

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 05 / 2021

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 14 aprile 2021, n. 9838 – mutuo di scopo: si può parlare di mutuo di scopo quando sussiste un interesse del mutuante alla specifica modalità di utilizzazione delle somme mutate per un determinato scopo.

Corte di Cassazione, 14 aprile 2021, n. 9842 – assegno di traenza: il controllo dell'identità del beneficiario da parte della banca negoziatrice deve interessare anche i diversi dati "extracartolari" presentati dalla fattispecie concreta.

Corte di Cassazione, 14 aprile 2021, n. 9844 – assegno di traenza: non può essere considerato negligente il comportamento della banca trattaria che – nella permanente efficacia dell'ordine di pagamento emesso dal cliente – abbia onorato l'assegno presentatole all'incasso a significativa distanza dalla scadenza del termine di presentazione.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 28 aprile 2021, n. 11223 – Azione individuale di responsabilità del socio nei confronti degli amministratori di una società di persone: non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale.

Corte di Cassazione, 9 aprile 2021, n. 9460 – aumento di capitale di S.r.l. con diritto di opzione: il socio può liberamente cedere a terzi il diritto di opzione, salva contraria previsione dello statuto in tema di aumento di capitale e sempre che lo statuto non limiti la circolazione delle partecipazioni sociali.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Corte di Cassazione, 23 aprile 2021, n. 10885 – concordato preventivo: rimessione al Primo Presidente di talune questioni relative ai presupposti

per la prededucibilità del credito del professionista per le attività svolte nell'ambito della procedura, con particolare riferimento all'ipotesi in cui la proposta di concordato sia stata dichiarata inammissibile o sia stata rinunciata.

Corte di Cassazione, 31 marzo 2021, n. 8923 – revocatoria fallimentare: rimessione al Primo Presidente della questione circa la revocabilità dell'incasso derivante dalla vendita di un bene costituito in pegno ormai consolidato, con particolare riguardo al trattamento da riservare al credito originariamente garantito in sede fallimentare.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 14 aprile 2021, n. 9838 – mutuo di scopo: si può parlare di mutuo di scopo quando sussiste un interesse del mutuante alla specifica modalità di utilizzazione delle somme mutate per un determinato scopo.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 9838, pubblicata in data 14 aprile 2021](#), si è pronunciata sulle caratteristiche del mutuo di scopo e sulla differenza tra quest'ultimo e il mutuo fondiario.

La Cassazione ha anzitutto richiamato le definizioni di mutuo fondiario e mutuo di scopo e ne ha evidenziato le principali differenze, precisando che *«il mutuo (o il finanziamento) fondiario non è un mutuo di scopo, non essendo strutturalmente previsto, per la sua validità, che la somma erogata dall'istituto mutuante debba essere destinata a una specifica finalità che il mutuatario sia tenuto a perseguire; né - si è detto - l'istituto mutuante è abilitato a controllare l'utilizzazione che viene fatta della somma erogata, risultando piuttosto connotato, quel mutuo, dalla possibilità di prestazione da parte del proprietario di immobili (rustici o urbani) di una garanzia ipotecaria (...). Invece, il mutuo di scopo convenzionale è un contratto consensuale parzialmente diverso dal mutuo ex art. 1813 cod. civ. (...), data la sua diversa funzione, e il requisito per tale sua classificazione è l'esistenza di un interesse (anche) del mutuante, e non solo del mutuatario, alla destinazione delle somme»*.

Tanto premesso, la Corte, con riferimento al mutuo di scopo, ha chiarito quanto segue:

- a) *«è preordinato alla realizzazione di una finalità convenzionale necessaria, tale da contrassegnare la funzione consistente nel procurare al mutuatario i mezzi economici destinati a un'utilizzazione vincolata (...); **l'elemento caratterizzante è dato dal fatto che una somma di danaro viene concessa al mutuatario esclusivamente per raggiungere una determinata finalità, condivisa dal mutuante, la quale in tal modo entra a far parte del sinallagma contrattuale**»;*
- b) *«il mutuo di scopo (...) si differenzia dallo schema tipico del contratto di mutuo dal punto di vista strutturale, considerato che il sovvenuto si obbliga non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata; dal punto di vista funzionale, nel sinallagma assume rilievo essenziale anche quest'ultima prestazione, in termini di corrispettivo dell'ottenimento della somma erogata (...). In sostanza, essendo la disponibilità finanziaria concessa in vista della sua utilizzazione esclusiva per lo scopo convenuto, è esclusa ogni diversa volontaria destinazione delle somme, ivi compresa, in particolare, quella della estinzione di pregresse passività del mutuatario»;*

- c) *«in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo convenzionale, è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata, incidendo sulla causa del contratto, finisca per coinvolgere direttamente anche l'interesse dell'istituto finanziatore; nel senso che, qualora - invece - venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate nell'interesse del mutuatario, si realizzerebbe una mera esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale; in tale eventualità, pertanto, non si potrebbe parlare di mutuo di scopo (sebbene uno scopo, in senso lato, vi sia ovviamente per il sovvenuto), poiché la mera indicazione dei motivi, non accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione, non è di per sé idonea a modificare il tipo negoziale».*

In conclusione, la Corte ha affermato che **«ove manchi un interesse del mutuante allo scopo, sul mutuatario non grava uno specifico obbligo di destinazione delle somme erogate; la qualificazione in termini di mutuo di scopo si può, invece, affermare quando sia rinvenibile un obbligo specifico del mutuatario nei confronti del mutuante, in ragione dell'interesse di quest'ultimo - diretto o indiretto - alla specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo; negli altri casi, l'inosservanza della destinazione indicata in contratto non rileva ai fini della validità o meno del contratto stesso».**

Corte di Cassazione, 14 aprile 2021, n. 9842 – assegno di traenza: il controllo dell'identità del beneficiario da parte della banca negoziatrice deve interessare anche i diversi dati “extracartolari” presentati dalla fattispecie concreta.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 9842, pubblicata in data 14 marzo 2021](#), si è pronunciata sul dibattuto tema degli obblighi della banca negoziatrice nell'identificazione del beneficiario di un assegno di traenza.

La Corte ha anzitutto richiamato i seguenti principi in materia di assegni di traenza, espressi dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 14712 del 26 giugno 2007:

- a) *l'assegno di traenza è l'assegno che «una banca autorizza taluno a sottoscrivere - appunto per traenza - sulla banca stessa, inviandogli a tal fine un modulo di assegno appositamente predisposto con previsione di pagamento in favore del traente medesimo. La predisposizione e l'invio dell'assegno al previsto traente presuppongono l'esistenza presso la banca di una provvista apposita, costituita o dalla medesima banca che invia il modulo ovvero da terzi»;*
- b) *«le notevoli peculiarità di tali titoli e il fatto che essi possono di fatto assolvere a una funzione corrispondente a quella del bonifico a mezzo banca (...) non tolgono che essi siano riconducibili al genus dell'assegno bancario»;*

- c) *«alla circolazione e al pagamento di un assegno siffatto, munito di clausola di non trasferibilità (...) risulta dunque applicabile (...) la disciplina stabilita dal legislatore in materia di assegno bancario non trasferibile, che trova la sua collocazione nell'art. 43 legge assegni»;*
- d) *ne segue che «la responsabilità della banca negoziatrice, nell'attività di identificazione nel legittimo portatore del titolo della persona che lo ha materialmente portato all'incasso, possiede natura di responsabilità contrattuale (sub specie del c.d. «contatto qualificato»), seguendo i parametri informanti della responsabilità per negligenza e colpa professionale ex art. 1176 comma 2 cod. civ., con esclusione di ogni riferimento al canone della responsabilità oggettiva»;*
- e) *«l'operatore professionale è tenuto a rispondere, ex art. 1176 comma 2 cod. civ., del danno provocato anche in ipotesi di colpa lieve».*

Tanto premesso, la Corte ha precisato che *«la collocazione dell'assegno di traenza nel genus dell'assegno bancario non esonera (...) dal mettere in evidenza le oggettive peculiarità che connotano tale figura: ché ciò è quanto propriamente occorre, anzi, per dimensionare in modo opportuno i termini del comportamento professionalmente diligente a cui la banca negoziatrice è tenuta nel verificare la rispondenza della persona, che presenta all'incasso un assegno di traenza, all'effettivo beneficiario dello stesso».*

Al riguardo la Corte ha evidenziato che *«l'assegno di traenza è privo di firma di traenza quando viene inoltrato dalla banca trattaria al suo beneficiario; tale firma verrà apposta dal medesimo beneficiario in seguito, nella prossimità, cioè, della presentazione del titolo per l'incasso».* Sul punto la Corte ha anche puntualizzato che *«la banca trattaria per sé non possiede lo specimen di firma del beneficiario (...). Né, tanto meno, dispone di un simile strumento di verifica la banca negoziatrice».*

Sulla base di queste premesse la Corte ha chiarito che *«la mancata disponibilità di sottoscrizioni di comparazione della firma di traenza, che segue alla riscontrata assenza di specimen di firma (...), viene, naturalmente, a sottolineare l'esigenza che l'attività di controllo della rispondenza della persona che presenta il titolo al reale beneficiario dello stesso sia particolarmente attenta».* Tale verifica dovrà quindi passare attraverso *«riscontri che (...) posseggono, per così dire, taglio non cartolare: nel senso, appunto, che non vengono a fare riferimento alla firma di traenza apposta sul titolo (al tempo della sua presentazione), né alle caratteristiche dell'intrinseco documentale».*

«In questo contesto, ruolo primario vengono di sicuro a svolgere (...) i documenti di identità personale del presentatore»; documenti che dovranno essere esaminati in modo scrupoloso dalla banca negoziatrice. Al riguardo, la Corte ha chiarito che *«non viene in considerazione l'eventualità di procedere al controllo di non uno, ma di più documenti di identità».* E ciò in quanto *«la presentazione di due (o più) documenti di identità non esclude l'eventualità*

che entrambi siano contraffatti; né, per altro verso, la contraffazione di un secondo documento comporta, in linea di principio almeno, margini di difficoltà superiori a quelli rappresentati dalla contraffazione del primo. Del resto, quella della diligenza professionale ex art. 1176 comma 2 cod. civ. è materia che, per sua propria natura, si orienta verso la qualità delle verifiche da porre in essere, non già sulla semplice quantità delle stesse».

Tanto chiarito, la Corte – proseguendo nel proprio ragionamento – ha precisato quanto segue:

- a) le peculiarità dell'assegno di traenza impongono che il controllo sull'identità della persona del beneficiario debba passare anche attraverso «*la verifica dei diversi dati "extracartolari" che la fattispecie concreta viene a presentare*»;
- b) ed invero «*in una simile prospettiva non v'è ragione oggettiva per assegnare al controllo del documento d'identità un valore senz'altro esaustivo o tale da mettere sempre e comunque a tacere ogni diversa indicazione che, nell'eventualità, il contorno della fattispecie concreta venga a presentare. Il controllo affidato al documento di identità si pone cioè come aspetto "naturale" (o prioritario, o anche "tipico", se si preferisce) di un comportamento che aspiri a onorare la diligenza professionale, ma non può dirsi in sé stesso sufficiente*»;
- c) ne consegue che «*la concreta presenza in fattispecie di altri segnali - come divergenti da quelli nel caso portati dal riscontro di un documento di identità e di peso in sé significativo - viene in effetti a mettere in discussione l'esito del controllo e dunque ad esigere, sotto il profilo della valutazione di diligente comportamento della banca negoziatrice, l'effettuazione di altre, più specifiche e approfondite verifiche*».

Corte di Cassazione, 14 aprile 2021, n. 9844 – assegno di traenza: non può essere considerato negligente il comportamento della banca trattaria che – nella permanente efficacia dell'ordine di pagamento emesso dal cliente – abbia onorato l'assegno presentatole all'incasso a significativa distanza dalla scadenza del termine di presentazione.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 9844, pubblicata in data 14 aprile 2021](#), si è pronunciata in tema di responsabilità della banca trattaria per aver pagato al beneficiario un assegno di traenza dopo la scadenza del termine di presentazione, come stabilito dall'art. 32 legge assegni.

La Corte ha preliminarmente chiarito che, per risolvere la questione della responsabilità della banca, è necessario «*esaminare la disciplina che è contenuta nella norma dell'art. 35 legge assegni e che appare propriamente dettata in via di completamento di quella relativa al termine di presentazione del titolo di credito, di cui all'art. 32 (art. 35, comma 1: "l'ordine di non pagare la somma dell'assegno bancario non ha effetto che dopo spirato il termine di presentazione"; comma 2: "in mancanza di tale ordine, il trattario può pagare anche dopo spirato detto termine")*».

Tanto premesso, la Corte ha affermato che «*da quest'insieme di norme (artt. 32 e 35 legge assegni) può trarsi, nei fatti, la seguente serie di regole*»:

- a) «*durante il correre del periodo di presentazione del titolo, sussiste un vincolo specifico e immodificabile di destinazione della provvista, che è destinato a operare in deroga al principio secondo cui la convenzione di assegno vincola la banca soltanto nei confronti dell'emittente, con la conseguenza che quest'ultima **deve comunque provvedere al pagamento se vi sono fondi disponibili**, atteso che **la disposizione dell'art. 35 mira ad assicurare un'affidabile circolazione del titolo di credito***»;
- b) «*l'inutile trascorrere del periodo di presentazione, peraltro, non comporta ex se (in via automatica, cioè) la sopravvenuta inefficacia dell'ordine delegatorio che è espresso nell'apposizione della firma di traenza, la scadenza di tale termine venendo invece a incidere solo sul detto vincolo di destinazione e così facendolo [venire] meno con conseguente, immediato riflesso sulla posizione del prenditore del titolo (cfr. appunto il testo del comma 2 dell'art. 35, per cui alla richiesta di pagamento somme avanzata dal prenditore dopo l'avvenuta scadenza del termine di presentazione il trattario ha "facoltà" di dare positivo riscontro, sempre che manchi un contrario ordine proveniente dal traente, ma pur in presenza di adeguata provvista sul conto corrente di riferimento)*»;
- c) «*nei rapporti direttamente correnti tra traente e banca trattaria, l'inutile trascorrere del termine di presentazione apre solo, e in via correlata, **il potere del traente di disporre una revoca dell'ordine di pagamento emesso in precedenza, che abbia diretta efficacia nei confronti della Banca trattaria***: il traente potrà «*revocare l'ordine senza particolari limitazioni di tempo, sino a quando il trattario non abbia eseguito il pagamento a favore del legittimo prenditore del titolo: cfr., in particolare, la norma dell'art. 1270 comma 1 cod. civ.*» e l'atto di revoca non avrà «*bisogno di indicare una qualche giustificazione a supporto*»;
- d) ne segue che se «*il rapporto intercorrente tra (...) il cliente che ha emesso l'ordine di pagamento e la banca che lo ha ricevuto (...) rimane nei termini in cui stava, inalterato*», «*di conseguenza, la Banca risulta tenuta nel contesto di questo rapporto, a dar corso all'ordine ricevuto*».

La Corte, a conclusione del proprio ragionamento, ha espresso il seguente principio: «**non può essere considerato negligente, e fonte di responsabilità risarcitoria, il comportamento della Banca trattaria che - nella permanente efficacia dell'ordine di pagamento emesso dal cliente - abbia onorato l'assegno presentatole all'incasso per il mero fatto che tale presentazione sia avvenuta a significativa distanza dalla scadenza di detto termine**».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 28 aprile 2021, n. 11223 – Azione individuale di responsabilità del socio nei confronti degli amministratori di una società di persone: non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 11223, pubblicata in data 28 aprile 2021](#), si è pronunciata in tema di azione diretta del socio di società di persone nei confronti degli amministratori.

La Corte, in principio, ha richiamato un suo risalente orientamento affermando che *«in tema di società di persone (...) mentre legittimata ad esperire l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, a norma dell'art. 2260 cod. civ., era esclusivamente la società in persona del nuovo amministratore o del liquidatore, al socio (o al terzo), direttamente danneggiato da un atto colposo o doloso dell'amministratore, doveva in ogni caso essere riconosciuta l'azione individuale di responsabilità in applicazione analogica dell'art. 2395 cod. civ.; tale strumento difensivo doveva riconoscersi anche al socio co-amministratore, in caso di amministrazione disgiunta, se l'affermazione di responsabilità fosse stata chiesta dal soggetto danneggiato nella sua veste di socio, relativamente ad atti di amministrazione per intero compiuti da altro co-amministratore. A questo approdo la giurisprudenza era pervenuta osservando che anche nelle società di persone, accanto all'azione di responsabilità spettante alla società, sobriamente disciplinata dal citato art. 2260 cod. civ. e corrispondente, mutatis mutandis, a quella ben più dettagliatamente contemplata dagli artt. 2392 e 2393 dello stesso codice per la società di capitali, doveva trovar posto, in applicazione analogica dell'art. 2395 cod. civ., la cosiddetta azione individuale del socio (o del terzo) direttamente danneggiato da atto colposo o doloso dell'amministratore; non poteva infatti negarsi la sussistenza dell'*eadem ratio* per ammettere tale azione anche nel campo delle società personali»*.

La Corte ha poi analizzato lo sviluppo successivo del suo orientamento ricordando che *«successivamente (...) si è precisato che l'azione diretta del socio contro gli amministratori di società di persone coesiste con l'azione concessa all'ente per ottenere il ristoro dei danni subiti a causa dell'inadempimento dei doveri statutari o legali; tuttavia si è ribadito che **la natura extracontrattuale ed individuale dell'azione del socio**, fondata sull'art. 2043 cod. civ. ed in applicazione analogica dell'art. 2395 cod. civ., **esige che il pregiudizio non sia il mero riflesso dei danni eventualmente recati al patrimonio sociale, ma si tratti di danni direttamente causati al socio** come conseguenza immediata del comportamento degli amministratori»*.

*«Più recentemente ancora (...) è stata introdotta una **distinzione**, affermando che nelle società di persone, **se l'amministratore non presenta il rendiconto, il socio non percepisce gli utili, subendo così, in via diretta***

ed immediata, un danno che, come tale, può invocare agendo per far valere la responsabilità extracontrattuale dell'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 2395 cod. civ. (...). A tal riguardo, deve sottolinearsi «l'evidente diversità di disciplina tra le due categorie di società: nelle società di persone, l'art. 2262 cod. civ. prevede che ciascun socio, dopo l'approvazione del rendiconto, ha diritto alla divisione ed alla distribuzione degli utili, mentre nelle società di capitali occorre la previa deliberazione assembleare ex art. 2433 cod. civ., che, preso atto della sussistenza di utili nel bilancio, ne autorizzi la distribuzione». La Corte ne ha conseguito che «il diritto agli utili per il socio di società personale è subordinato alla sola approvazione del rendiconto, e quindi coerentemente **la lesione di detto diritto può essere fatta valere dal socio come danno diretto ed immediato**, proprio in quanto conseguente al mancato assolvimento da parte del socio amministratore dello specifico obbligo di distribuzione degli utili, ovviamente ove sussistenti».

La predetta ipotesi deve tuttavia essere tenuta distinta dal caso in cui – ricorrente nella fattispecie in esame - «il socio fa valere in giudizio la mancata percezione degli utili come derivante da diversi comportamenti di gestione tenuti dall'amministratore», ove «il danno lamentato viene a configurarsi quale conseguenza del danno arrecato alla società».

La Corte ha, dunque, concluso conformandosi «al principio generale secondo cui **l'azione individuale del socio nei confronti dell'amministratore di una società non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale**, giacché l'art. 2395 cod. civ. esige che il singolo socio sia stato danneggiato direttamente dagli atti colposi o dolosi dell'amministratore, mentre il diritto alla conservazione del patrimonio sociale appartiene unicamente alla società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale, la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore».

Corte di Cassazione, 9 aprile 2021, n. 9460 – aumento di capitale di S.r.l. con diritto di opzione: il socio può liberamente cedere a terzi il diritto di opzione, salva contraria previsione dello statuto in tema di aumento di capitale e sempre che lo statuto non limiti la circolazione delle partecipazioni sociali.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 9460, pubblicata in data 9 aprile 2021](#), si è pronunciata in tema aumento di capitale con diritto di opzione nelle società a responsabilità limitata.

Anzitutto, la Corte ha ricordato che «la norma, introdotta col d.lgs. n. 6/2003, ha disciplinato in maniera autonoma rispetto a quanto stabilito per le società per azioni l'aumento di capitale «a pagamento» delle società a responsabilità limitata; lo ha fatto valorizzando il profilo personalistico di queste ultime società (...). Coerentemente a tale impostazione di fondo l'art. 2481 bis

attribuisce al socio il diritto di sottoscrivere l'aumento di capitale in proporzione alla quota posseduta e ammette l'esclusione o la limitazione di tale diritto solo nel caso in cui ciò sia contemplato dallo statuto, facendo salvo, in tal caso, il recesso del socio; la norma, attraverso il richiamo all'art. 2482 ter chiarisce, poi, che la possibilità di escludere o limitare il detto diritto del socio non opera in caso di riduzione di capitale per perdite, giacché in tale ipotesi l'esigenza di ricapitalizzazione della società è recessiva rispetto alla necessità di conservare al socio il diritto di partecipazione».

La Corte ha, quindi, osservato che «il primo comma dell'art. 2481 bis si occupa della previsione statutaria che consenta un aumento di capitale da attuarsi mediante offerta delle quote di nuova emissione a terzi: la disposizione ha quindi ad oggetto una modalità di capitalizzazione della società che, basandosi sull'offerta delle nuove partecipazioni a soggetti estranei alla società, comporta una compressione del diritto di opzione spettante ai soci. In tal senso, la fattispecie presa in considerazione dalla norma appare non sovrapponibile a quella di cui si dibatte; l'art. 2481 bis contempla infatti un regolamento statutario che sottrae le nuove quote al diritto di opzione, mentre l'ipotesi presa qui in considerazione presuppone un dato di partenza di segno opposto: e cioè la titolarità, in capo al socio, del diritto di opzione sulle quote di nuova emissione (di cui si predica la cedibilità)».

*La Corte ha, altresì, affermato che «[q]uanto, poi, al **carattere personalistico della società a responsabilità limitata**, esso, secondo la dottrina, può intendersi in due distinti significati. In una prima declinazione tale connotato è atto a descrivere la tendenziale chiusura della società a responsabilità limitata a soggetti terzi, che non potrebbero quindi farvi ingresso: in tale prospettiva, la detta società sarebbe dunque qualificata dal dato della sostanziale immutabilità della sua componente soggettiva, rappresentata dai soci. In una seconda accezione di senso il carattere personalistico della società a responsabilità limitata è da riferire al ruolo che la partecipazione sociale assegna ad un socio rispetto agli altri: la dimensione personale della società sarebbe quindi da correlare alla volontà del legislatore di mantenere inalterata non già la composizione della società (...) ma la misura della partecipazione del singolo socio».*

La Corte ha, poi, spiegato che «[n]el primo significato la connotazione personalistica della società si opporrebbe alla libera cessione del diritto di opzione, dal momento che, attraverso il trasferimento del detto diritto a terzi, che poi lo esercitano, l'originaria composizione della società verrebbe a certamente a modificarsi. E' difficile credere, tuttavia, che la società a responsabilità limitata sia definita, in termini generali, da una tale esaltazione dell'intuitus personae: basti considerare, in proposito, che a norma dell'art. 2469, comma 1, c.c., le partecipazioni della detta società sono liberamente trasferibili, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo (...). Appare pertanto preferibile l'opinione che intende il carattere personalistico della società in senso, per così dire, debole: avendo cioè riguardo al ricordato interesse del socio a non vedere ridotta la propria partecipazione all'interno della compagine. E' precisamente in tale chiave che si spiega, del resto, la disciplina del diritto di opzione, giacché tale regolamentazione, contenuta nel

cit. art. 2481 bis, è diretta a preservare, in seno alla società, i medesimi rapporti di forza tra i soci».

La Corte ha, poi, osservato che **«non è dato di ravvisare, in linea di principio, ragioni che ostino alla configurabilità della trasferibilità del diritto di opzione del singolo socio. Se, infatti, la richiamata disciplina del diritto di opzione è intesa a tutelare l'interesse del socio a mantenere inalterata la propria partecipazione all'interno della società, quel che rileva è la volontà di tale soggetto di dare attuazione a tale interesse: ove, dunque, una volontà in tal senso difetti (...) deve ritenersi che egli possa privarsi del diritto di opzione che gli spetta, rinunciandovi o cedendolo a terzi».**

La Corte ha, inoltre, sostenuto che **«il trasferimento del diritto di opzione può allora ritenersi precluso solo in presenza di una regolamentazione statutaria che sia direttamente o indirettamente incompatibile con esso. Assumono, cioè, portata ostativa, rispetto alla cessione dell'opzione, sia la disposizione dello statuto che espressamente la vieti, sia quella che escluda la libera circolazione delle partecipazioni societarie. A quest'ultimo riguardo è infatti da osservare che risulterebbe incongruo ammettere la trasferibilità del diritto di opzione delle quote di aumento del capitale sociale quando la norma statutaria impedisce la cessione della partecipazione societaria (...): in una siffatta evenienza (...) la libera trasferibilità del diritto di opzione condurrebbe a un risultato che il contratto sociale ha vietato e non può conseguentemente ritenersi ammessa. In altri termini, l'esistenza della clausola statutaria che impedisca la circolazione delle partecipazioni sociali conferisce alla società quella peculiare caratterizzazione personalistica — estranea, come si è detto, alla disciplina legislativa — che è funzionale al mantenimento dell'originaria composizione soggettiva della società, la quale non si concilia con l'ingresso di nuovi soci. All'opposto, ove la partecipazione societaria sia suscettibile di trasferimento, il divieto di cessione del diritto di opzione si mostra privo di fondamento giustificativo. Non solo: assumere l'esistenza del divieto in tale ipotesi porterebbe a conseguenze scarsamente coerenti sul piano logico; dovrebbe difatti riconoscersi che il socio non possa trasferire il proprio diritto di opzione al terzo che intenda acquisire la partecipazione sociale, ma possa, immediatamente dopo aver esercitato il diritto di opzione, trasferire la relativa quota allo stesso terzo».**

La Corte ha, infine, concluso che **«può ritenersi, allora, che il socio, anteriormente alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di opzione, possa liberamente cedere il diritto stesso a terzi non soci, salva la contraria previsione dello statuto dettata in tema di aumenti di capitale mediante nuovi conferimenti, e sempre che lo stesso statuto non limiti la circolazione delle partecipazioni sociali».**

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

Corte di Cassazione, 23 aprile 2021, n. 10885 – concordato preventivo: rimessione al Primo Presidente di talune questioni relative ai presupposti per la prededucibilità del credito del professionista per le attività svolte nell'ambito della procedura, con particolare riferimento all'ipotesi in cui la proposta di concordato sia stata dichiarata inammissibile o sia stata rinunciata.

La Corte di Cassazione con [ordinanza interlocutoria n. 10885, pubblicata in data 23 aprile 2021](#), ha rimesso al Primo Presidente una serie di questioni, ritenute di massima di particolare importanza, attinenti alla prededucibilità del credito del professionista per l'attività svolta nell'ambito della procedura di concordato preventivo, affinché ne valuti l'assegnazione alle Sezioni Unite.

Secondo la Suprema Corte la necessità del coinvolgimento delle Sezioni Unite sarebbe giustificata dall'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia.

In particolare, la Corte ha ricordato che:

- a) *«secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza di merito la prededuzione competerebbe sì al professionista, ma all'esito di un'indagine diretta alla concreta verifica del nesso di funzionalità, sicché, in particolare, in caso di concordato che non giunga ad una determinata fase di sviluppo (per alcuni l'ammissione ai sensi dell'articolo 163 della legge fallimentare, per altri l'omologazione della procedura) il nesso di funzionalità sarebbe tendenzialmente da escludere»*; ne deriva, quindi, la necessità di **«verificare ex post se la prestazione fosse stata utile, in presenza di una proposta concordataria mancante di fattibilità giuridica ovvero economica»**;
- b) secondo un orientamento della Suprema Corte, invece, andrebbe esclusa la *«soggezione della prededuzione del professionista ad una verifica giudiziale, ex post, dell'utilità»*, in quanto **«qualora al concordato preventivo consegua il fallimento non occorre un'indagine concernente il conseguimento di un'utilità in concreto per la massa dei creditori, utilità che è altra cosa rispetto alla funzionalità: anche a non voler considerare che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sé un vantaggio per i creditori ove si tenga conto degli effetti della consecuzione delle procedure, tra cui la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare (...), l'utilità non rientra invece nei requisiti richiesti e nelle finalità perseguite dalla norma in questione e non deve perciò essere in alcun modo indagata»**;
- c) secondo un altro orientamento della Suprema Corte, invece, **«il credito del professionista per l'attività svolta in favore di un imprenditore, al fine**

verificare la praticabilità dello strumento concordatario quale mezzo di superamento del suo stato di crisi o di insolvenza, **non ha sempre natura prededucibile, indipendentemente dall'esito dell'incarico**: «il 2° comma dell'art. 111 l.fall., nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti in "funzione" di una procedura concorsuale, **presuppone infatti che la procedura sia stata aperta** e non la semplice presentazione di una domanda di concordato, che dà luogo unicamente ad un procedimento di verifica volto al mero accertamento dell'ammissibilità della proposta. Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza o consulenza per la presentazione della domanda di concordato preventivo dichiarata **inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile** nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda».

Alla luce del contrasto giurisprudenziale così ricostruito, la Corte ha formulato taluni quesiti da sottoporre, se del caso, alle Sezioni Unite, tra cui:

- 1) «se debba essere ribadito che la prededucazione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale»;
- 2) «se debba essere ribadito che il criterio della funzionalità va scrutinato ex ante, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista»;
- 3) «se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale»;
- 4) «se la prededucazione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente».

Corte di Cassazione, 31 marzo 2021, n. 8923 – revocatoria fallimentare: rimessione al Primo Presidente della questione circa la revocabilità dell'incasso derivante dalla vendita di un bene costituito in pegno ormai consolidato, con particolare riguardo al trattamento da riservare al credito originariamente garantito in sede fallimentare.

La Corte di Cassazione con [ordinanza interlocutoria n. 8923, pubblicata in data 31 marzo 2021](#), ha trasmesso gli atti al Primo Presidente affinché valuti se rimettere alle Sezioni Unite la questione di massima di particolare importanza «dell'assoggettabilità a revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 2, legge fall. della rimessa in conto corrente bancario effettuata dalla banca con denaro proveniente dalla vendita di un bene costituito in pegno, ormai consolidatosi in suo favore, da valutare alla luce della connessa questione circa il trattamento in sede fallimentare del credito originariamente garantito, ai sensi dell'art. 70, comma 2, legge fall.».

Anzitutto, la Corte ha ricordato che sulla questione così descritta si sono formati due orientamenti:

- a) un primo che **«negava che, una volta consolidatasi la garanzia, fosse revocabile l'incasso rinveniente dalla vendita del bene dato in pegno, «atteso che il tal modo il creditore esercita il proprio diritto alla realizzazione del pegno, la cui costituzione non è più attaccabile con l'azione revocatoria, e la revoca del pagamento produrrebbe l'effetto di un'indiretta revoca della garanzia»;**
- b) un secondo di segno esattamente contrario, secondo cui **«la rimessa in conto corrente bancario effettuata con denaro proveniente dalla vendita di un bene costituito in pegno ormai consolidatosi in favore della stessa banca è revocabile, ai sensi dell'art. 67 della legge fall., non assumendo alcun rilievo la circostanza che il ricavato della vendita sia destinato a soddisfare un credito privilegiato, in quanto l'«eventus damni» deve considerarsi «in re ipsa», consistendo nella lesione della «par condicio creditorum» ricollegabile all'uscita del bene dalla massa in forza dell'atto dispositivo, e non potendosi escludere «a priori» il pregiudizio delle ragioni di altri creditori privilegiati, insinuatisi in seguito al passivo».**

Quanto agli effetti indiretti dell'azione revocatoria, la Corte ha ricordato che è stato recentemente affermato **«in una fattispecie del tutto analoga a quella in esame, che «qualora, a seguito del positivo esperimento di un'azione revocatoria fallimentare, il creditore pignoratizio che abbia escusso la garanzia, incamerando il ricavato della vendita di titoli ottenuti in pegno, sia condannato a restituirne l'importo, lo stesso ha diritto ad insinuarsi al passivo solo in via chirografaria nella misura del pagamento revocato, senza che possa rivivere l'originaria garanzia, dal momento che il credito che può essere insinuato ai sensi dell'art. 70, comma 2, l.fall. non è quello originario, ma un credito nuovo che nasce dall'effettiva restituzione e trova fonte direttamente nella legge».**

A fronte di quanto precede, la Corte ha affermato che:

- a) **«ferma restando la funzione redistributiva (o "anti-indennitaria") dell'azione revocatoria fallimentare (...) - le esposte conclusioni meritino di essere ponderate, al fine di scongiurare una possibile eterogenesi dei fini nella loro applicazione, avuto riguardo proprio al principio sotteso della par condicio creditorum»;**
- b) **«ciò in quanto, a fronte di una garanzia consolidata e dunque pienamente efficace nei confronti della massa, una volta ricostituito l'attivo distribuibile attraverso la revoca del "pagamento" realizzato mediante il controvalore del bene sul quale la garanzia era stata costituita (...), la degradazione a chirografo del credito originariamente garantito integrerebbe essa stessa - in difetto di una azione di revoca dell'atto costitutivo della garanzia - una lesione della par condicio creditorum, per giunta in chiave sanzionatoria, quando invece la ratio della revocatoria fallimentare è semplicemente attrarre la soddisfazione del credito garantito in sede**

concorsuale, ai fini della sua compiuta graduazione rispetto a tutti i restanti crediti, sia concorsuali che prededucibili, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 111, 111-bis, 111-ter, 111-quater e 112 legge fall.»;

- c)** *«in altri termini, occorre valutare se l'applicazione congiunta degli artt. 67, comma 2 e 70, comma 2, legge fall. - nella lettura divisatane da Cass. 4785/2010 e 24627/2018 - non finisca per privare di efficacia una causa di prelazione costituita in forza di un atto non più suscettibile di essere ritenuto pregiudizievole per i creditori, al di là delle stesse esigenze della concorsualità».*