

Sentenza del 23 novembre 2021, n. 2862 – Giudice designato: Dott. Gianluigi Canali

Il termine decadenziale per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare – nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo faccia seguito la dichiarazione di fallimento – ai sensi dell'art. 69-*bis*, secondo comma, l. fall. decorre dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese. La disciplina in questione non opera alcuna distinzione tra l'ipotesi in cui la domanda di concordato preventivo venga poi omologata, e segua comunque il fallimento, ovvero l'ipotesi in cui la domanda di concordato sia invece rigettata, o rinunciata dall'istante stesso. Tuttavia, la retrodatazione non opera quando l'insolvenza, posta alla base della dichiarazione di fallimento, non sia quella sussistente alla data del deposito della domanda di concordato (conf. Cass. 9290/2018). Tale circostanza si verifica quando, dopo che la domanda di concordato sia stata rinunciata o respinta, l'impresa continui a svolgere la propria attività tipica e riesca a recuperare la capacità di far fronte alle proprie obbligazioni. Pertanto, la successiva dichiarazione di fallimento sarebbe fondata su di

una successiva e
diversa insolvenza che nulla avrebbe a che vedere con
l'insolvenza precedente.

In tema di azione revocatoria
fallimentare, l'estinzione di un'obbligazione da parte del
debitore mediante la
cessione di un bene di valore superiore al proprio debito
costituisce una *datio*
in solutum, qualificabile come mezzo anormale di pagamento e
quindi
revocabile ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, l. fall.

Nel caso
di *datio in solutum*, il soccombente nell'azione di revocatoria
fallimentare è tenuto a
restituire i beni oggetto dell'atto inefficace oppure, qualora
tali beni siano
stati alienati a terzi, a corrisponderne l'equivalente
pecuniario, secondo il
valore che i beni avevano all'atto della stipula. Ciò
premesso, nell'ipotesi di esperimento dell'azione revocatoria
nei
casi di cui al primo e secondo comma dell'art. 67 della l.
fall., l'atto oggetto
della revocatoria è originariamente valido ed efficace e, a
seguito
dell'accoglimento dell'azione, diviene privo di effetti nei
confronti della
massa fallimentare. In ragione della natura di azione
costitutiva, avente ad
oggetto l'esercizio di un diritto potestativo e non di un
diritto di credito,
l'obbligazione restitutoria pecuniaria nascente dalla
revocatoria stessa, in
dipendenza della natura dell'atto revocato, non ha ad oggetto
un debito di

valore, ma un debito di valuta. Ne consegue che gli interessi sulla somma da restituire decorrono dalla domanda giudiziale e che il risarcimento del maggior danno conseguente al ritardo con cui sia stata restituita la somma di denaro, oggetto della revocatoria, è dovuto solo ove l'attore allegghi specificamente tale danno e dimostri di averlo subito (conf. Cass. n. 887/2006; Cass. n. 12736/2011; Cass. n. 12850/2018).

I principi sono stati espressi nel giudizio promosso dalla curatela fallimentare, nei confronti del venditore, per ottenere la revocatoria ex art.

67, primo comma, n. 2, l. fall. della datio in solutum effettuata nell'anno

anteriore alla procedura di concordato, successivamente dichiarata estinta. La

parte convenuta aveva eccepito la non revocabilità dell'atto ai sensi dell'art.

69-bis, secondo comma, l. fall. e, altresì, che l'operazione commerciale

posta in essere dovesse essere qualificata come regolare compravendita con

compensazione del prezzo e non come datio in solutum.

Il Tribunale giudicava ammissibile l'azione

ai sensi dell'art. 69-bis, secondo

comma, l. fall., atteso che l'originaria insolvenza, che aveva determinato la

dichiarazione di fallimento, non era stata eliminata attraverso operazioni sul

capitale o facendo ricorso agli utili prodotti dall'attività d'impresa, e che

siffatta insolvenza fosse già esistente alla data di

presentazione della
domanda di concordato.

Per altro verso, il Tribunale
riteneva che la vendita e la successiva stipulazione
dell'accordo compensativo costituissero,
congiuntamente considerati, una datio in
solutum e, dunque, in quanto mezzo anormale di pagamento,
rilevava che la
parte convenuta non aveva provato la non conoscenza dello
stato di insolvenza, in
quanto si era limitata ad affermare che il mancato pagamento
fosse dovuto ad un
disguido momentaneo, ma non aveva, al riguardo, fornito
elementi concreti di
riscontro. A riprova della conoscenza dello stato di
insolvenza, veniva dato rilievo
alla circostanza per cui il ritardo del pagamento del debitore
si era protratto
per cinque mensilità.

Il Tribunale revocava ai sensi
dell'art. 67, primo comma, l. fall. la vendita dei beni
effettuata a favore
della convenuta e, poiché detti beni non erano più nella sua
disponibilità, la
condannava al pagamento della somma dovuta oltre interessi
legali dalla domanda
al saldo escludendo la rivalutazione, poiché la parte istante
non aveva
allegato la sussistenza del maggior danno ex art. 1224,
secondo comma, c.c.

[Sent. 23.11.2021 n. 2862Download](#)

(Massima a cura di Simona Becchetti)

Sentenza del 18 novembre 2021

– Giudice designato: dott. Lorenzo Lentini

In materia di buoni postali fruttiferi cointestati e recanti la clausola “pari facoltà di rimborso”, in caso di morte di uno dei cointestatari, ciascun cointestatario superstite è legittimato ad ottenere il rimborso dell’intera somma portata dal documento (conf. Cass. n. 24639/2021). In particolare, la Suprema Corte ha osservato che i buoni postali fruttiferi si caratterizzano per un marcato rafforzamento del diritto di credito dell’intestatario sulla somma portata dal documento ad ottenerne il rimborso “a vista”, il che si traduce nell’incanalamento della fase di pagamento della somma portata dal titolo su un unico prefissato binario, quale il pagamento, appunto “a vista”, all’intestatario. Ebbene, ciò è sufficiente a dire che la previsione concernente la riscossione, in caso di clausola “pari facoltà di rimborso”, dei libretti di deposito non è esportabile al campo dei buoni fruttiferi; viceversa, la lettura del dato normativo patrocinata da una banca, secondo cui, in caso di clausola “pari facoltà di rimborso” di buoni postali fruttiferi cointestati a due o più persone, il decesso di uno di essi precluderebbe il rimborso dell’intero agli altri, finirebbe per paralizzare proprio l’aspetto per il quale detti buoni, dotati della apposizione della menzionata clausola, si caratterizzano. In definitiva, il vaglio di applicabilità previsto dall’art. 203 del D.P.R. n. 256/89, si infrange contro l’evidenziata peculiarità dei buoni postali fruttiferi rispetto ai libri postali.

In materia di buoni postali fruttiferi, non rileva la funzione di protezione dell’erede o dei coeredi del cointestatario

defunto al quale l'art. 187 del D.P.R. n. 256/89 sarebbe strumentale. Difatti, la normativa in esame non tutela gli interessi dei coeredi, i quali potranno venire eventualmente a conoscenza *aliunde* dell'esistenza dei buoni intestati anche a propri danti causa e agire nei confronti del coerede davanti al giudice ordinario. Ciò si comprende tenuto con dell'evidente distinzione concettuale tra titolarità del credito e legittimazione alla riscossione di quanto portato dal buono fruttifero. Posto che, in caso di cointestazione con clausola "pari facoltà di rimborso", e dunque di solidarietà attiva, l'obbligazione solidale, alla morte di uno dei concreditori, si divide fra gli eredi in proporzione delle quote (art. 1295 c.c.), senza incidere sulla posizione del cointestatario superstite (i termini della questione non mutano affatto se il cointestatario superstite è anche erede). La riscossione riservata all'intestatario superstite non interferisce con la spettanza del credito, sicché colui che abbia riscosso rimarrà tenuto nei rapporti interni nei confronti dell'erede o degli eredi del cointestatario defunto (A.B.F. n. 22747/2019).

Principi espressi nel giudizio d'appello promosso dalla posta avverso la sentenza del Giudice di Pace con la quale veniva rigettata l'opposizione avverso il decreto con cui era stato ingiunto alla posta il pagamento di una somma in favore del sottoscrittore del buono postale fruttifero, munito di clausola di "pari facoltà di rimborso", cointestato ad altro soggetto deceduto.

In particolare, l'appellante lamentava l'erronea applicazione delle norme da parte del Giudice di Pace, il quale non avrebbe applicato alla fattispecie oggetto di causa l'art. 187 D.P.R. n. 256/89.

Il Tribunale rigettava l'appello, siccome infondato nel merito, tenuto conto che in materia di buoni postali fruttiferi cointestati e recanti la clausola "pari facoltà di rimborso", in caso di morte di uno dei cointestatari, ciascun

cointestatario superstite era legittimato ad ottenere il rimborso dell'intera somma portata dal documento.

[Sent. 18.11.2021Download](#)

(Massima a cura di Simona Becchetti)

Sentenza del 12 novembre 2021 – Giudice designato: Dott. Raffaele Del Porto

Ai sensi dell'art. 1669 c.c. la responsabilità dell'appaltatore nei confronti del committente e dei suoi aventi causa sorge quando i gravi difetti consistono in alterazioni che, in modo apprezzabile, riducono il godimento del bene nella sua globalità, pregiudicandone la normale utilizzazione, in relazione alla sua funzione economica e pratica e secondo la sua intrinseca natura, rilevando a tal fine anche vizi non totalmente impeditivi dell'uso del bene. In caso di immobile, i gravi difetti di costruzione che danno luogo alla garanzia prevista dall'art. 1669 c.c. non si identificano necessariamente con vizi influenti sulla staticità dell'edificio, ma possono consistere in qualsiasi alterazione che, pur riguardando soltanto una parte condominiale, incida sulla struttura e funzionalità globale dell'edificio, menomandone il godimento in misura apprezzabile, come nell'ipotesi di infiltrazioni d'acqua e umidità nelle murature (conf. Cass. n. 24230/2018 e Cass. n. 27315/2017).

In tema di responsabilità per rovina e difetti di cose immobili ex art. 1669 c.c., qualora il materiale esecutore delle opere non sia legato direttamente da contratto di

appalto con il venditore, ma indirettamente attraverso una catena di uno o più subappalti (o contratti di altra tipologia), trova applicazione il principio per cui il danneggiato acquirente può agire sia contro l'appaltatore (e gli altri appaltatori) sia contro il venditore, quando l'opera sia riferibile a quest'ultimo (conf. Cass. n. 27250/2017).

L'acquirente può esercitare l'azione di responsabilità per rovina e difetti di cose immobili nei confronti del venditore quando quest'ultimo risulta fornito della competenza tecnica per dare direttamente, o tramite il proprio direttore dei lavori, indicazioni specifiche all'appaltatore esecutore dell'opera, gravando sul medesimo venditore l'onere di provare di non aver avuto alcun potere di direttiva o di controllo sull'impresa appaltatrice, così da superare la presunzione di addebitabilità dell'evento dannoso ad una propria condotta colposa, anche eventualmente omissiva (conf. Cass. n. 9370/2013).

Il termine di un anno per la denuncia del pericolo di rovina o di gravi difetti della costruzione di un immobile, previsto dall'art. 1669 c.c. a pena di decadenza dall'azione di responsabilità contro l'appaltatore, decorre dal giorno in cui il committente consegua un apprezzabile grado di conoscenza oggettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera, non essendo sufficienti manifestazioni di scarsa rilevanza e semplici sospetti. (conf. Cass. n. 777/2020).

L'impegno dell'appaltatore ad eliminare i vizi della cosa o dell'opera costituisce, alla stregua dei principi generali non dipendenti dalla natura del singolo contratto, fonte di un'autonoma obbligazione di *facere* soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale fissato per l'inadempimento contrattuale che si affianca all'originaria obbligazione di garanzia, senza estinguerla, salvo uno specifico accordo novativo. (conf. Cass. n. 62/2018).

La proposizione di una domanda di manleva, che trae origine dal medesimo contratto di appalto, risulta preclusa per effetto del giudicato formatosi nel primo giudizio, quando il (sub-)committente abbia già ottenuto la condanna del (sub-)appaltatore al risarcimento dei danni patiti per la cattiva esecuzione delle opere oggetto del contratto stipulato *inter partes*.

In tema di rappresentanza, possono essere invocati i principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento incolpevole alla presenza non solo della buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante, ma anche di un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente (conf. Cass. n. 18519/2018).

Principi espressi nel procedimento promosso da un condominio per ottenere la condanna, ex art 1669 c.c. al risarcimento dei danni patiti per l'ammaloramento ed il distacco degli intonaci dell'edificio condominiale riconducibili all'operato negligente della società convenuta. La convenuta ha contestato la propria responsabilità ex art 1669 c.c., non avendo provveduto alla materiale esecuzione delle opere asseritamente viziate e ha formulato istanza di chiamata in causa dell'impresa che aveva realizzato i lavori di fornitura e posa in opera dell'intonaco, spiegando domanda di manleva nei suoi confronti. Il Tribunale ha respinto la domanda essendo già intervenuta altra condanna, passata in giudicato, del subappaltatore per cattiva esecuzione delle opere appaltate dichiarando tenuta la società convenuta al risarcimento dei danni per i vizi lamentati ex art 1669 c.c.

[Sent. 12.11.2021Download](#)

(Massime a cura di Francesco Maria Maffezzoni)

Tribunale di Brescia, ordinanza dell'11 novembre 2021 – società di capitali, società a responsabilità limitata, fusione, opposizione dei creditori, autorizzazione a procedere

Il procedimento di autorizzazione a procedere alla fusione nonostante l'opposizione di un creditore ex artt. 2503, ult. co., e 2445, ult. co., c.c. ha natura cautelare: lo si inferisce principalmente dalla natura contenziosa dell'opposizione, che è assimilabile, per taluni profili, all'azione revocatoria, in quanto volta a tutela della garanzia patrimoniale generica ed avente ad oggetto il carattere pregiudizievole dell'operazione rispetto alla posizione dei creditori anteriori all'iscrizione del progetto di fusione.

Milita nella medesima direzione anche il fattore strutturale, alla stregua del quale il procedimento di autorizzazione non può che aprirsi in via incidentale, una volta introdotto il giudizio di cognizione piena. L'autorizzazione a procedere alla fusione nonostante l'opposizione presuppone, infatti, l'accertamento giudiziale, sia pure in via sommaria, della stessa situazione controversa fra le parti nell'ambito del giudizio contenzioso di opposizione sul carattere pregiudizievole o meno dell'operazione contestata.

L'istanza da parte delle società coinvolte nell'operazione di essere autorizzate a procedere comunque alla fusione, in quanto volta alla rimozione degli effetti di sospensione *ex lege* di quest'ultima conseguenti all'opposizione proposta, non può dar luogo, in ragione della matrice contenziosa, ad un procedimento di volontaria giurisdizione, ma dà origine ad un procedimento di natura cautelare in corso di causa c.d. a parti invertite, nell'ambito del quale va sommariamente apprezzata anche la fondatezza delle ragioni di opposizione (cfr. Trib. Milano, 20.12.2018; Trib. Milano, 20.8.2015; Trib. Milano, 18.7.2011; Trib. Genova, 13.7.2010).

Detto procedimento, condividendo la natura contenziosa del giudizio di opposizione, si caratterizza per una funzione anticipatoria del contenuto definitivo della sentenza, nel contemperamento degli opposti interessi della società debitrice coinvolta nella fusione e del suo creditore, con finalità cautelare rispetto alla definizione degli stessi.

Nel giudizio di opposizione alla fusione, il rischio di un pregiudizio alle ragioni creditorie dell'opponente deve essere accertato valutando le possibilità di soddisfacimento del credito avendo come riferimento, da un lato, le garanzie economico-patrimoniali che la società debitrice offre prima della fusione, e, dall'altro, le garanzie che, dopo la fusione, offrirebbe la società che rimane o che diviene comunque debitrice. Grava perciò sul creditore opponente l'onere di provare il pregiudizio arrecatogli dalla fusione, mentre nel procedimento cautelare di autorizzazione alla fusione incombe sulla società interessata all'operazione la prova dell'inesistenza del pregiudizio al creditore opponente, sia pure tenendo conto dei fatti da questo dedotti nel giudizio di opposizione.

Il peggioramento qualitativo delle condizioni della garanzia patrimoniale offerta all'opponente nel passaggio dallo scenario *ante* fusione a quello *post* fusione nulla dice, in realtà, sul rischio di pregiudizio per il medesimo, dovendosi

prendere in esame, ai fini della valutazione, anche gli aspetti economico-finanziari che, in chiave prospettica, caratterizzano l'operazione oggetto di contestazione. In particolare, tale rischio può essere escluso qualora la consulenza tecnica espletata abbia evidenziato che i margini operativi generati dal *business* sarebbero sufficientemente cipienti da sopportare i debiti contratti dalla società debitrice, consentendo la maturazione di utili.

Principi espressi in occasione di un giudizio di opposizione alla fusione promosso dal creditore di una società di capitali coinvolta in tale operazione ai sensi dell'art. 2503, ult. co., c.c. La società debitrice, costituendosi in detto giudizio, aveva formulato un'istanza ex artt. 2503, ult. co., e 2445, ult. co., c.c. volta ad ottenere l'autorizzazione a procedere comunque alla fusione, attesa l'infondatezza dell'opposizione e l'assenza di qualsiasi pregiudizio per il creditore opponente.

[Ord. 11.11.2021 n. 7235Download](#)

(Massime a cura di Carola Passi)

Sentenza del 3 novembre 2021 – Giudice designato: dott. Lorenzo Lentini

A seguito della riforma del diritto societario, attuata dal d.lgs. 6/2003, qualora all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal Registro delle Imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del

quale: a) l'obbligazione della società non si estingue, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione, o illimitatamente, a seconda che, "*pendente societate*", fossero, rispettivamente, limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese (conf. Cass. n. 6070/2013). Pertanto, il fenomeno successorio che si realizza a seguito dell'estinzione della società comporta il subentro dei soci nella medesima posizione della società con riferimento ai rapporti giuridici pendenti, con effetti analoghi a quelli tipici di una successione universale, con la conseguenza che la clausola di scelta del foro può essere efficacemente opposta ai soci succeduti alla società.

La clausola di scelta di foro esclusivo non consente il cumulo soggettivo di domande, non potendo attrarre domande svolte verso altri convenuti (conf. Cass. n. 9/13032). Difatti, la connessione per accessorietà opera nelle ipotesi in cui l'accoglimento della domanda accessoria dipenda dall'esito della causa connessa.

In tema di domanda di accertamento, con efficacia di giudicato, della risoluzione del contratto di *leasing*, la mancata formulazione è irrilevante atteso che la parte che agisce in giudizio ben può limitarsi a chiedere un accertamento della questione *incidenter tantum*, senza che tale scelta osti all'ammissibilità della domanda di rilascio, trattandosi di antecedente logico non controverso.

In tema di legittimazione passiva, la partecipazione al riparto in base al bilancio finale di liquidazione non costituisce una condizione di ammissibilità delle domande svolte dai creditori insoddisfatti nei confronti dei soci della società estinta, bensì un limite di responsabilità (conf. Cass., S.U., n. 6070/2013). Siffatto limite, pertanto,

risulta inapplicabile qualora si controverta non già su crediti pecuniari insoddisfatti dal liquidatore, ma su rapporti giuridici non definiti all'esito della liquidazione, segnatamente, sui diritti discendenti dal contratto di *leasing* e sui beni oggetto del medesimo contratto, nonché sul correlato credito restitutorio in capo a parte concedente. Per altro verso, in punto di legittimazione passiva, la circostanza che il bene possa essere di fatto occupato da un soggetto terzo non incide sulla corretta formulazione della domanda di rilascio nei confronti dei soci succeduti, trattandosi di domanda fondata sul rapporto di *leasing*, che deve necessariamente essere proposta nei confronti della controparte contrattuale. In tal senso, l'eventuale presenza di un soggetto terzo all'interno dei locali può rilevare unicamente in *executivis*, ma non influenza la valutazione in punto di legittimazione passiva.

I principi sono stati espressi nel giudizio promosso da una banca con ricorso ex art. 702-bis c.p.c., ai fini del rilascio delle unità immobiliari sulla base del contratto di leasing, risolto dalla concedente ex art. 1456 c.c., stante il persistente inadempimento all'obbligazione di pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatrice (nel caso di specie una s.r.l., posta in liquidazione e cancellata dal Registro delle Imprese). In particolare, la ricorrente agiva nei confronti dei soci della s.r.l. e nei confronti di una s.r.l.-c.r., quale soggetto occupante sine titolo degli immobili, già affittuaria del ramo d'azienda della s.r.l., comprensivo del diritto di godimento derivante dal rapporto di leasing in esame.

I soci eccepivano: i) l'incompetenza territoriale del Tribunale di Brescia, in favore del Tribunale di Vicenza (luogo di residenza dei convenuti) ovvero del Tribunale di Treviso (eccezione sollevata anche dalla s.r.l.-c.r.), nella cui circoscrizione era stato concluso il contratto, era sito l'immobile di cui si chiedeva il rilascio e andava

eventualmente adempiuta l'obbligazione richiesta dalla ricorrente, ritenendo la clausola di scelta di foro convenzionale esclusivo, contenuta nel contratto di leasing, inopponibile ai soci del contraente estinto; ii) la nullità o inefficacia della clausola, in quanto generica e inidonea ad escludere la competenza di altri fori nonché contrastante con gli artt. 1341 e 1342 c.c.; iii) la carenza di legittimazione passiva, allegando di non avere riscosso alcuna somma in forza del bilancio di liquidazione della società cancellata; iv) la mancata formulazione di una domanda di accertamento della risoluzione del rapporto di locazione finanziaria, con conseguente impossibilità di accoglimento della domanda di rilascio.

Il Tribunale di Brescia, in merito alla competenza territoriale, dichiarava che la cognizione della causa andava devoluta alla competenza del Tribunale di Treviso, in quanto: a) pur se il contratto di leasing in esame conteneva una clausola (c.d. clausola di scelta del foro che può essere efficacemente opposta ai soci succeduti alla società nel rapporto contrattuale) che nitidamente rimetteva alla competenza del Tribunale di Brescia ogni controversia comunque discendente dal contratto, ad esclusione di qualsiasi altra competenza concorrente, la domanda in esame era di tipo extracontrattuale; b) a tacer della diversità di soggetti destinatari del rispettivo petitum, la causa petendi della domanda svolta nei confronti della s.r.l., oltre a essere del tutto autonoma, non dipendeva affatto da quella che identificava la domanda svolta nei confronti degli altri convenuti, trattandosi in un caso di causa petendi reale (occupazione sine titolo) e nell'altro di causa petendi contrattuale.

Il Tribunale respingeva l'eccezione di carenza legittimazione passiva, poiché: a) il limite di responsabilità della partecipazione al riparto in base al bilancio finale di liquidazione risultava inapplicabile, posto che si

controverteva su rapporti giuridici non definiti all'esito della liquidazione, segnatamente sui diritti discendenti dal contratto di leasing e sui beni oggetto del medesimo contratto nonché sul correlato credito restitutorio in capo a parte concedente; b) l'eventuale presenza di un soggetto terzo all'interno dei locali non influenzava la valutazione in punto di legittimazione passiva dei convenuti.

[Sent. 3.11.2021Download](#)

(Massima a cura di Simona Becchetti)

Decreto del 28 ottobre 2021 – Presidente: Dott.ssa Simonetta Bruno – Giudice relatore: Dott. Gianluigi Canali

In tema di ammissione allo stato passivo, colui che agisce per l'adempimento deve provare la sussistenza del titolo e allegare l'esecuzione della prestazione promessa. Nell'ipotesi in cui il debitore eccepisca il mancato o inesatto adempimento, il creditore deve dimostrare di avere esattamente adempiuto la propria prestazione. Di conseguenza, il creditore che chieda di essere ammesso allo stato passivo fallimentare deve dimostrare la sussistenza di un vincolo contrattuale e allegare, con la

necessaria precisione, la prestazione eseguita.

Il riconoscimento di un credito nei confronti del fallito è soggetto all'applicazione dell'art. 2704 c.c., ai fini dell'opponibilità alla massa dei creditori. La carenza probatoria può, tuttavia, ritenersi superata, qualora il debitore non contesti l'attività prestata dal creditore.

In relazione alla possibilità di superare l'onere di allegazione attraverso la produzione documentale, il giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte, interessata, ne faccia specifica istanza, esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte la impossibilità di controdedurre ed essendo per lo stesso giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione (conf. Cass. n. 8304/1990). Nel vigente ordinamento processuale, caratterizzato dall'iniziativa della parte e dall'obbligo del giudice di rendere la propria pronuncia nei limiti delle domande delle parti, al giudice è inibito trarre dai documenti, comunque esistenti in atti, deduzioni o indicazioni, necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda, o – comunque – sollecitate dalla parte interessata (conf. Cass. n. 1419/1994; Cass. n. 1385/1995).

Affinché il giudice possa e debba esaminare i documenti versati in atti lo stesso deve accertare, oltre la ritualità della produzione, ovvero che la produzione sia avvenuta nel rispetto delle regole del contraddittorio, anche l'esistenza di una domanda, o di un'eccezione, espressamente basata su tali documenti (conf. Cass. n. 15103/2000; Cass. S.U. n. 2435/2008).

Il professionista incaricato di redigere un accordo di ristrutturazione o una domanda di concordato deve – qualora il piano non abbia alcuna possibilità di conferire ai creditori un'utilità maggiore di quella che avrebbero conseguito con il fallimento – consigliare al mandante di chiedere il fallimento in proprio, salvo che i soci non siano disponibili a ricapitalizzare la società. Se il professionista collabora con l'imprenditore per posticipare il fallimento sapendo che non vi è alcuna possibilità di giungere alla formulazione di un piano accettabile dai creditori, oltre al rischio di concorrere nel reato di bancarotta per aggravamento del dissesto, pone in essere un inadempimento gravissimo, con conseguente risoluzione dell'incarico professionale e obbligo di risarcire il danno cagionato ai creditori e alla società.

Principi

espressi nel giudizio di opposizione ex art. 98 l. fall. promosso dal creditore, nel caso di specie, un

professionista, avverso il decreto che aveva dichiarato inammissibile l'istanza di ammissione allo stato passivo fallimentare, posto che l'istante non aveva né allegato né provato le prestazioni effettuate. Il Tribunale di Brescia confermava la decisione del Giudice delegato, ritenuto non assolto, da parte del professionista, l'onore di provare in modo specifico e puntuale la concreta attività prestata a favore della società fallita ai fini della liquidazione, secondo la tariffa professionale. L'opponente si limitava, infatti, a produrre un mandato professionale privo di data certa e, quindi, inopponibile ex art. 2704 c.c. alla massa dei creditori. Osservava il Tribunale che la domanda, anche a prescindere dai suddetti rilievi, sarebbe comunque stata rigettata, poiché il creditore avrebbe dovuto provare l'adempimento e, quindi, avrebbe dimostrato la concreta realizzabilità del piano.

[Decr. 28.10.2021Download](#)

(Massima a cura di Simona Becchetti)

**Tribunale di Brescia,
ordinanza del 25 ottobre 2021
– s.s., nuova istanza di**

sospensione delibera esclusione soci basata su circostanze sopravvenute

[Ord. 25.10.2021Download](#)

Sentenza del 14 ottobre 2021 – Giudice designato: dott. Lorenzo Lentini

In materia di rapporti di *leasing* vige la regola di riparto dell'onere della prova generalmente applicabile alla responsabilità contrattuale, con la conseguenza che compete al creditore l'onere di allegare il titolo e l'altrui inadempimento e al debitore l'onere di provare la corretta esecuzione dell'obbligazione di pagamento (principalmente) dei canoni periodici, nel caso di finanziamento che presenta un piano di ammortamento predefinito. Pertanto, la parte che agisce a titolo di indebito oggettivo ha l'onere di allegare e provare i fatti a fondamento della propria pretesa. Ne consegue che tale onere non può ritenersi assolto mediante un mero rinvio alla perizia di parte, non essendo il giudice tenuto a ricercare all'interno della documentazione versata in atti quegli elementi in fatto che spetta unicamente alla parte interessata introdurre in giudizio, ritualmente e tempestivamente, all'interno dell'atto difensivo (conf. Trib. Brescia, ord. 10.2.2020).

In materia di *leasing* resta impregiudicata la facoltà per l'utilizzatore, nell'ipotesi in cui il valore residuo

dell'immobile superi l'importo spettante al concedente in forza della clausola penale, di agire in un autonomo giudizio ai fini della restituzione della differenza (conf. Trib. Brescia, 9.7.2021). Invero, soltanto nel relativo giudizio il ricavato della vendita del bene potrà costituire un controcredito da opporre in compensazione.

I principi sono stati espressi nel giudizio di opposizione promosso dall'utilizzatrice (nel caso di specie una s.r.l.) e dal fideiussore (nel caso di specie una s.p.a.) avverso il decreto ingiuntivo con cui il Tribunale aveva loro ingiunto il pagamento in favore di una banca della somma dovuta a titolo di canoni scaduti e interessi di mora risultanti dall'estratto conto del rapporto contrattuale (i.e. contratto di leasing immobiliare), risolto dalla concedente per inadempimento dell'utilizzatrice, giusta clausola risolutiva espressa.

In particolare, gli opposenti eccepivano: i) la carenza di prova scritta del credito, anche alla luce delle disposizioni dell'art. 1, comma 137, L. 124/2017; ii) la condotta della concedente contraria a buona fede, stante la repentina interruzione delle trattative avviate; iii) la violazione della L. 108/96, poiché il TAEG applicato al leasing risulterebbe notevolmente superiore rispetto al tasso soglia; iv) la nullità della fideiussione ex art. 2 della L. 287/90, per conformità allo schema elaborato dall'ABI nel 2003.

[Sent. 14.10.2021Download](#)

(Massima a cura di Simona Becchetti)

Sentenza del 24 settembre 2021 – Giudice designato: Dott. Luciano Ambrosoli

È nullo, per difetto di causa in concreto ex art. 1322 c.c., il contratto di IRS che, stipulato per dichiarate finalità di copertura del rischio di altra operazione, non sia in effetti strutturato, ad opera dell'intermediario che confeziona il derivato OTC, in correlazione alla posizione di rischio del cliente e al suo bilanciamento (cfr., specifica sul punto, Cass. Sez. 1, 31 luglio 2017, n. 19013).

È altresì nullo il contratto che, pur coerente per correlazione strutturale con la copertura del rischio del diverso rapporto contrattuale, non contenga indicazione del valore del derivato espresso dal *mark to market* e degli eventuali costi occulti e così pure degli scenari probabilistici in relazione ai quali si determina la misura e la distribuzione dell'alea (Cass., S.U., n. 8770 del 12 luglio 2020).

In caso di usurarietà dell'interesse moratorio per superamento del tasso soglia (tasso soglia calcolato sulla maggiorazione media per mora del 2,1%, secondo la precisa formula individuata dalle S.U. n. 19597/2020), dal principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite non discende la nullità ex art. 1815, comma 2, c.c. anche del tasso corrispettivo lecitamente determinato e l'azzeramento del costo del finanziamento (*id est*, la gratuità del mutuo). L'art. 1815 c. 2 c.c. importa in tal caso la nullità del solo interesse convenzionale di mora usurario; e, in forza dell'art. 1224, comma 1, c.c., gli interessi di mora non saranno affatto esclusi, ma saranno comunque dovuti, seppur nella minor misura degli interessi corrispettivi leciti.

Decreto del 16 settembre 2021 – Presidente: Dott.ssa Simonetta Bruno – Giudice relatore: Dott. Gianluigi Canali

In tema di locazione finanziaria, la dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore comporta la sospensione ex lege dell'esecuzione del contratto sino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto, assumendone i relativi obblighi, ovvero di recedere, con conseguente risoluzione del contratto e obbligo di restituzione del bene. Tale sospensione, quindi, opera ex lege e si protrae sino alla dichiarazione del curatore o sino al momento in cui il giudice delegato, su richiesta dello stesso contraente *in bonis*, assegna al curatore un termine – massimo 60 giorni – per decidere sull'eventuale subentro.

In ambito di locazione finanziaria, la curatela: *i)* se subentra nel contratto è tenuta a pagare in

prededuzione, tutte le obbligazioni derivanti dal contratto stesso, comprese
quelle maturate nel periodo di sospensione; *ii*) se, invece, dichiara di
sciogliersi dal contratto, si determina nella sostanza una risoluzione che ha
effetto *ex tunc* del rapporto pendente. Secondo quanto disposto dal secondo
comma dell'art. 72 *quater* l. fall., va escluso che il concedente possa
pretendere il pagamento dei canoni maturati tra la dichiarazione di fallimento
e la restituzione del bene. La sospensione, difatti, è disposta a favore della
curatela, al fine di consentir al curatore la valutazione in ordine alla
convenienza del contratto e della sua prosecuzione; nel corso della sospensione
– in quanto periodo di quiescenza del rapporto – non sussiste, se non disposto
diversamente, l'obbligo di corrispondere alcunché. La conferma di ciò si
rinviene, nell'art. 72 *quater* l. fall., il quale, disciplinando gli
effetti economici e le conseguenze nel rapporto creditorio con il concedente
del mancato subentro, si limita a disporre che in caso di scioglimento del
contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a
versare alla curatela l'eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata
dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso, avvenuta a valori di
mercato, rispetto al credito residuo in linea capitale. Il concedente ha
diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza

tra il credito
vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova
allocazione del
bene. Infine, va osservato come naturalmente
sussista onere del pagamento in favore della concedente
qualora il curatore
ritenga conveniente l'esercizio del diritto di riscatto del
bene rispetto all'utilità
del bene ed alle condizioni contrattuali.

Principi

*espressi nel giudizio di opposizione ex art. 98 l. fall.
promosso dal
creditore, nel caso di specie, una banca, avverso il decreto
che aveva
dichiarato inammissibile l'istanza ex art. 101 l. fall. di
insinuazione in prededuzione, posto che il la curatela
fallimentare non aveva mai occupato l'immobile e che il
corrispettivo per
l'esercizio del diritto di riscatto non era dovuto.*

Il Tribunale

*di Brescia, a conferma della decisione del Giudice delegato,
respingeva
l'opposizione, poiché: a) per il periodo intercorrente tra la
dichiarazione di fallimento e la
comunicazione da parte del curatore della volontà di
sciogliersi dal contratto,
nulla spettava all'opponente ai sensi del secondo comma
dell'art. 72-quater l. fall.; b) per il periodo compreso tra
lo scioglimento
del contratto e la restituzione del bene, nulla poteva essere
riconosciuto a
titolo di risarcimento del danno, posto che il ritardo nella
riconsegna risultava
ascrivibile alla responsabilità esclusiva dell'opponente; c)
nessun credito era sorto in capo alla società di leasing,*

*atteso che
il contratto prevedeva il pagamento della somma richiesta
solamente nel caso in
cui l'opponente avesse esercitato il diritto di riscatto e
l'utilizzatrice
fosse divenuta proprietaria del bene.*

[Decr. 16.9.2021Download](#)

(Massima a cura di Simona Becchetti)