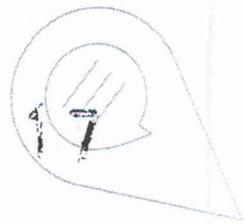




12302.17



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

DIDONE ANTONIO  
DI VIRGILIO ROSA MARIA  
FERRO MASSIMO  
DI MARZIO MAURO  
TERRUSI FRANCESCO

Presidente  
Consigliere  
Consigliere  
Consigliere - Rel.  
Consigliere

Oggetto

Dichiaraz. fallim.  
Onere probatorio  
Riparto

Ud. 27/01/2017 PU  
Cron. 12382  
R.G.N. 17514/2015

**SENTENZA**

sul ricorso 17514/2015 proposto da:

(omissis) S.r.l. in liquidazione, in persona liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis), presso l'avvocato (omissis), che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

(omissis) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis), presso l'avvocato (omissis), rappresentata e difesa dagli avvocati (omissis), (omissis), giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

1

125  
2017

Fallimentare.it

contro  
Fallimento della (omissis) S.r.l. in liquidazione, in persona del  
Curatore dott.ssa (omissis) , domiciliato in Roma, Piazza  
Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione,  
rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) , giusta procura in  
calce al controricorso;

- controricorrente -

nonchè contro  
(omissis) S.p.a.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 119/2015 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI,  
depositata il 05/06/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del  
27/01/2017 dal cons. DI MARZIO MAURO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato (omissis) , con delega,  
che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente (omissis) , l'Avvocato  
(omissis) che ha chiesto l'inammissibilità o il rigetto del  
ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale DE  
RENZIS LUISA che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

#### FATTI DI CAUSA

1. — (omissis) S.r.l. ha chiesto dichiararsi il fallimento di  
(omissis) S.r.l. in liquidazione.

Quest'ultima ha resistito.

2. — Il Tribunale di Napoli ha respinto il ricorso, procedendo alla  
verifica della sussistenza dello stato di insolvenza — esclusa — in

applicazione delle regole di formazione giurisprudenziale in proposito affermate per il caso di fallimento di società collocate in liquidazione.

3. — Interposto reclamo dal creditore istante, ai sensi dell'articolo 22 della legge fallimentare, esso è stato accolto dalla Corte d'appello di Napoli, che ha rimesso gli atti al Tribunale.

4. = Quest'ultimo ha dichiarato il fallimento della società.

5. — Contro la sentenza dichiarativa di fallimento hanno proposto reclamo (omissis) S.r.l. in liquidazione e (omissis) S.p.a., socia della fallita, mentre hanno resistito al reclamo il creditore istante ed il Fallimento.

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 5 giugno 2015, ha respinto i reclami.

Ha osservato la Corte territoriale:

-) che, pur aderendo all'opinione giurisprudenziale secondo cui, in caso di istanza di fallimento di una società collocata in liquidazione, la verifica dello stato di insolvenza va condotta in considerazione della sufficienza del patrimonio sociale ad assicurare il soddisfacimento dei creditori sociali, l'effettività dello stato di insolvenza era nel caso di specie conclamato anche se riguardato attraverso la lente del criterio statico della consistenza patrimoniale rapportata all'entità del passivo;

-) che, infatti, l'immobile appartenente alla società, unico elemento attivo, era stato sovrastimato, perché era stato preso a base del calcolo un valore teorico e non quello venale di mercato, anche in considerazione della congiuntura economica sfavorevole, del sospetto della presenza di amianto, dell'incapacità della società di provvedere alla manutenzione e custodia dell'immobile, la quale

faceva presumere che esso potesse trovarsi in situazione di abbandono e di incuria, della mancata verifica delle potenzialità edificatorie, del valore parametrato al costo storico dell'immobile;

-) che, per altro verso, il passivo era di gran lunga superiore rispetto a quello iscritto a bilancio, dovendosi considerare i gravosi oneri connessi alle liti pendenti, destinati ad incrementarsi in caso di soccombenza, gli oneri legati alla liquidazione del compendio, l'esistenza di crediti suscettibili di crescita esponenziale per interessi e sanzioni;

-) che, infine, dal lato attivo, non poteva considerarsi il credito vantato dalla società nei confronti dei soci, tenuto conto della mancanza di elementi di giudizio in ordine alla solvibilità dei debitori;

-) che, in definitiva, in mancanza di una adeguata prova dell'insussistenza dello sbilancio, incombente sul debitore, non poteva sostenersi che la società fosse in grado di pagare integralmente senza comportamenti preferenziali i propri creditori.

6. — Per la cassazione della sentenza (omissis) S.r.l. in liquidazione ha proposto ricorso affidato a due motivi.

Il Fallimento e (omissis) S.r.l. hanno resistito con controricorsi.

(omissis) S.p.a. non ha spiegato attività.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. — Il ricorso contiene due motivi.

1.1. — Il primo motivo è svolto sotto la rubrica: «*Violazione o falsa applicazione degli articoli 1, 5 legge 1942/267 e 2697 c.c. (articolo 360, numero 3, c.p.c.)*».

Si sostiene che la Corte d'appello avrebbe violato la regola che pone a carico del creditore istante l'onere della prova in ordine alla sussistenza dello stato di insolvenza.

1.2. — Il secondo motivo è svolto sotto la rubrica: «*Violazione o falsa applicazione degli articoli 112 c.p.c. e 111 Costituzione (articolo 360, numero 3, c.p.c.)*».

Si sostiene che la Corte d'appello sarebbe incorsa in violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato avendo posto a fondamento della decisione non già fatti allegati dalle parti, ma fatti da essa stessa ricercati, laddove aveva ritenuto, per altro sulla base di elementi del tutto generici, sovrastimato il valore del compendio immobiliare e sottostimata l'entità del passivo.

2. — Il Fallimento ha dedotto:

-) l'improcedibilità del ricorso per violazione dell'articolo 369 c.p.c., avendo la società ricorrente depositato i due fascicoli dei gradi precedenti di giudizio, ma non in fascicolo separato gli atti specificamente rilevanti ai fini della prospettazione delle censure e del loro accoglimento;

-) l'improponibilità del ricorso per avvenuta acquiescenza alla decisione con cui la Corte d'appello, accogliendo il reclamo contro il rigetto del ricorso per dichiarazione di fallimento, aveva affermato che l'avanzo patrimoniale si fondava sulla stima dell'unico immobile di proprietà della società nonché sul recupero del credito da essa vantato nei confronti dei soci in forza di delibera del 11 febbraio 2008.

Le eccezioni sono entrambe infondate.

Quanto alla prima occorre rammentare che in tema di ricorso per cassazione, l'articolo 366, primo comma, n. 6, c.p.c., novellato dal

TRIBUNALE DI VENEZIA

d.lgs. n. 40 del 2006, oltre a richiedere l'indicazione degli atti, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi posti a fondamento del ricorso, esige che sia specificato in quale sede processuale il documento risulti prodotto; tale prescrizione va correlata all'ulteriore requisito di procedibilità di cui all'articolo 369, secondo comma, n. 4, c.p.c., per cui deve ritenersi, in particolare, soddisfatta: a) qualora il documento sia stato prodotto nelle fasi di merito dallo stesso ricorrente e si trovi nel fascicolo di esse, mediante la produzione del fascicolo, purché nel ricorso si specifichi che il fascicolo è stato prodotto e la sede in cui il documento è rinvenibile; b) qualora il documento sia stato prodotto, nelle fasi di merito, dalla controparte, mediante l'indicazione che il documento è prodotto nel fascicolo del giudizio di merito di controparte, pur se cautelativamente si rivela opportuna la produzione del documento, ai sensi dell'articolo 369, comma 2, n. 4, c.p.c., per il caso in cui la controparte non si costituisca in sede di legittimità o si costituisca senza produrre il fascicolo o lo produca senza documento; c) qualora si tratti di documento non prodotto nelle fasi di merito, relativo alla nullità della sentenza od all'ammissibilità del ricorso (art. 372 c.p.c.) oppure di documento attinente alla fondatezza del ricorso e formato dopo la fase di merito e comunque dopo l'esaurimento della possibilità di produrlo, mediante la produzione del documento, previa individuazione e indicazione della produzione stessa nell'ambito del ricorso (Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 7161).

lev

Fallimento

Nel caso in esame il ricorso si fonda sulla perizia redatta dall'ingegner (omissis), indicata come documento numero 20 della produzione di parte dinanzi al tribunale fallimentare, dalla quale risulterebbe che il compendio immobiliare della società aveva un valore di € 11.722.000, con la conseguenza che l'attivo patrimoniale superava il passivo di € 2.464.733,94 ovvero di € 1.116.372,85,

mentre in calce al ricorso si dà atto della produzione dei due fascicoli dei gradi precedenti. Sicché la condizione di procedibilità è soddisfatta.

Quanto alla seconda, non è affatto vero che la società abbia fatto acquiescenza alla pronuncia della Corte d'appello resa in sede di reclamo contro il rigetto del ricorso per dichiarazione di fallimento, avendo (omissis) S.r.l. in liquidazione, in occasione del reclamo contro la sentenza dichiarativa del fallimento negato in radice l'esistenza dello stato di insolvenza, sia sotto il profilo della quantificazione delle poste attive, sia sotto il profilo della quantificazione di quelle passive.

3. — Il ricorso va accolto nei limiti che seguono.

3.1. — Il primo motivo è fondato.

La Corte d'appello ha correttamente richiamato il principio secondo cui: *«Quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 legge fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto - non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci - non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte»* (Cass. 6 settembre 2006, n. 19141; Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834; Cass. 30 maggio 2013, n. 13644).

Richiamato il principio, la Corte d'appello ha proceduto al raffronto tra l'attivo ed il complesso dei debiti, ritenendo che il valore dell'immobile appartenente ad (omissis) S.r.l. in liquidazione fosse stato sovrastimato e che, d'altro canto, il passivo fosse di gran lunga maggiore di quello iscritto a bilancio: di qui, tuttavia, il giudice del reclamo non è pervenuto alla positiva verifica dell'insufficienza dell'attivo al soddisfacimento dei debiti, ma ha ritenuto versarsi in una situazione di incertezza giuridica, addossando le conseguenze di essa alla società dichiarata fallita, sul rilievo, già testualmente trascritto, della «mancanza di una adeguata prova dell'insussistenza dello sbilancio (incombente sul debitore)» (pagina 12 della sentenza impugnata).

Così ragionando, tuttavia, la Corte d'appello è incorsa in violazione dell'articolo 2697 c.c., la quale ricorre quando il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne risultava per legge gravata (Cass. 17 giugno 2013, n. 15107): ed infatti, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, grava sull'istante l'onere di provare gli elementi integranti il fatto costitutivo, ovvero la qualità di imprenditore commerciale del soggetto da dichiararsi fallito e lo stato di insolvenza; mentre grava sul fallendo la prova degli elementi impeditivi, estintivi e modificativi, quali la sussistenza delle esclusioni legate al limite dimensionale di fallibilità (Cass. 24 marzo 2014, n. 6835, in motivazione).

D'altro canto, neppure può ritenersi che lo spostamento dell'onere probatorio sul fallendo discenda dalla fase processuale in cui la Corte d'appello ha giudicato, avuto riguardo al principio due volte ribadito dalle Sezioni Unite di questa Corte secondo cui l'appellante deve provare la fondatezza dei motivi posti a sostegno dell'impugnazione (Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28498; Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3033): ed infatti, il reclamo avverso la sentenza

dichiarativa di fallimento ex articolo 18 della legge fallimentare, come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha ridenominato il precedente istituto dell'appello, adeguandolo alla natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno, con conseguente inapplicabilità dei limiti previsti dagli articoli 342 e 345 c.p.c. in tema di nuove allegazioni e nuovi mezzi di prova (Cass. 24 marzo 2014, n. 6835): sicché il riparto degli oneri probatori, poc'anzi rammentato, rimane in sede di reclamo inalterato.

3.2. — Il secondo motivo è assorbito.

Una volta stabilito infatti che la Corte d'appello non ha accertato in concreto la sussistenza dello sbilancio, ma ha ritenuto di far ricadere sulla società dichiarata fallita la giudicata incertezza del quadro probatorio, non si pone il problema di verificare se il giudice di merito abbia ritenuto sussistente lo sbilancio sulla base di fatti non allegati dalle parti ma da esso stesso ricercati, e se ciò potesse fare: il che esime dal rammentare che, in sede di reclamo ai sensi dell'articolo 18 della legge fallimentare il giudice è tenuto a riesaminare, anche avvalendosi dei poteri officiosi previsti dal comma 10 di detta disposizione, tutte le questioni in ordine alla sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento, pur attinenti a fatti non allegati da alcuno nel corso del procedimento innanzi al giudice di primo grado, né da quest'ultimo rilevati d'ufficio, ed invece dedotti per la prima volta nel giudizio di reclamo (Cass. 22 giugno 2016, n. 12964).

4. — La sentenza è cassata in relazione al motivo accolto e rinviata alla Corte d'appello di Napoli, la quale, in applicazione del corretto riparto degli oneri probatori, come in precedenza ricordato,

verificherà, anche avvalendosi se necessario dei poteri officiosi previsti dal comma 10 dell'articolo 18 della legge fallimentare, se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali.

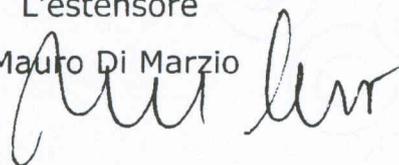
### PER QUESTI MOTIVI

accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia anche per le spese di questo giudizio di cassazione alla Corte d'appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, il 27 gennaio 2017.

L'estensore

Mauro Di Marzio



Il presidente

Antonio Didone

