

CONTRIBUTO UNIFICATO



03401/13

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Liquidazione
coatta
amministrativa.

PRIMA SEZIONE CIVILE

R.G.N. 21751/2006

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Cron. 3401

Dott. GIUSEPPE SALME' - Presidente - Rep. 616
Dott. SERGIO DI AMATO - Rel. Consigliere - Ud. 15/01/2013
Dott. VITTORIO RAGONESI - Consigliere - PU
Dott. ANDREA SCALDAFERRI - Consigliere -
Dott. CARLO DE CHIARA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

IL CASO.it

SENTENZA

sul ricorso 21751-2006 proposto da:

PROVINCIA DI COMO (c.f. 80004650133), in persona
del Presidente pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA G. NICOTERA 29, presso
l'avvocato NOBILONI ALESSANDRO, che la rappresenta
e difende unitamente all'avvocato LAVATELLI MARIO,
giusta procura in calce al ricorso;

2013

38

- *ricorrente* -

contro

FIRS ITALIANA DI ASSICURAZIONI S.P.A. IN

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA (c.f. 80017670581), in persona del Commissario Liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE BRUNO BUOZZI 82, presso l'avvocato GREGORIO IANNOTTA, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

contro

FALLIMENTO CO.A.M. S.R.L.;

- **intimato** -

avverso la sentenza n. 657/2006 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 14/03/2006;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/2013 dal Consigliere Dott. SERGIO DI AMATO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato NOBILIONI che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. LUCIO CAPASSO che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con delibera del 10.10.1989 l'Amministrazione provinciale di Como rescindeva il contratto di appalto stipulato con la s.p.a. Impresa di costruzioni Orazio Mineri & Figlio (successivamente trasformatasi in CO.A.M. - Costruzioni Appalti Mineri s.r.l.) in quanto la stessa aveva sospeso ingiustificatamente i lavori e, in data 1.9.1989, era stata ammessa alla procedura di amministrazione controllata (alla quale erano poi seguiti, in data 14.6.1990, la procedura di concordato preventivo e, successivamente, la dichiarazione di fallimento). Sulla base di tale vicenda si incardinavano tre cause innanzi al Tribunale di Como. Nella prima la CO.A.M., contestando la legittimità e la fondatezza della rescissione, chiedeva la condanna dell'Amministrazione provinciale al risarcimento dei danni. Nella seconda la s.p.a. FIRS Italiana di Assicurazioni proponeva opposizione al decreto, provvisoriamente esecutivo, con cui il presidente del Tribunale di Como le aveva ingiunto il pagamento della somma di lire 478.600.600 all'Amministrazione provinciale in adempimento degli obblighi assunti con polizza fideiussoria a garanzia delle anticipazioni corrisposte alla CO.A.M. sul prezzo dell'appalto; nelle more del giudizio di primo grado, la FIRS, con d.m. del 23.5.1994, veniva posta in liquidazione coatta amministrativa; per




tale ragione il commissario liquidatore chiedeva, costituendosi, la dichiarazione di inopponibilità del decreto ingiuntivo e conseguentemente la condanna dell'Amministrazione provinciale alla restituzione della somma riscossa in forza del decreto ingiuntivo; in via subordinata chiedeva che fossero accolte le domande proposte dalla FIRS *in bonis* relative alla revoca del decreto ed alla condanna dell'opposta al rimborso della somma riscossa. Nella terza causa, infine, l'Amministrazione provinciale chiedeva la condanna della CO.A.M. al risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale. Dopo la riunione delle tre cause, veniva dichiarata l'interruzione del processo a seguito del fallimento della s.r.l. CO.A.M., pronunciato dal Tribunale di Catania; il giudizio veniva riassunto dalla FIRS in l.c.a.

Con sentenza del 4 marzo 2002, il Tribunale di Como dichiarava improseguibile il giudizio su tutte le domande, affermando che le stesse dovevano considerarsi acquisite alla competenza del Tribunale di Roma, che aveva dichiarato lo stato di insolvenza della FIRS.

Avverso detta sentenza proponevano appello la FIRS in l.c.a., in via principale, e l'Amministrazione provinciale di Como, in via incidentale. Con sentenza del 14 marzo 2006, la Corte di appello di Milano accoglieva l'appello principale proposto dalla FIRS in l.c.a. e, in parziale

riforma della decisione di primo grado, integrava la decisione di improseguibilità del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo con la condanna dell'Amministrazione provinciale di Como a restituire alla FIRS la somma di € 273.616,99= riscossa in forza della provvisoria esecutività del decreto opposto; rigettava, invece. l'appello incidentale proposto dall'Amministrazione provinciale contro la stessa FIRS e contro il fallimento della s.r.l. CO.A.M.

In particolare, per quanto ancora interessa, la Corte di appello osservava che: 1) il decreto ingiuntivo era diventato, in conseguenza della procedura concorsuale intervenuta a carico della FIRS, inopponibile alla massa dei creditori; infatti, il decreto non era passato in giudicato per effetto dell'opposizione e non era equiparabile ad una sentenza, con conseguente inapplicabilità del disposto dell'art. 95, comma 3, 1. fall. Pertanto, l'accertamento del credito vantato dall'Amministrazione provinciale non poteva che avvenire in sede concorsuale; 2) la domanda di restituzione proposta dal Commissario liquidatore non era domanda nuova sia perché implicita nella opposizione della FIRS *in bonis*, che aveva chiesto la revoca del decreto ingiuntivo e la sospensione della provvisoria esecuzione, sia perché l'improcedibilità della domanda sarebbe stata posta nel nulla se non accompagnata dalla condanna alla restituzione,



in quanto il commissario liquidatore sarebbe stato costretto a promuovere un giudizio per accertare se la committente avesse o meno diritto di trattenere quanto ricevuto in restituzione dell'anticipazione sul prezzo d'appalto, ribaltando il sistema che addossa al creditore di l'onere di dimostrare nella sede concorsuale la fondatezza del suo credito; 3) doveva escludersi la revoca del decreto ingiuntivo perché la condanna alla restituzione discendeva dalla messa in l.c.a. della società opponente e non dalla accertata infondatezza della domanda monitoria; 4) la domanda di risarcimento dei danni proposta dall'Amministrazione provinciale nei confronti del fallimento della CO.A.M. s.r.l. era improcedibile in quanto il credito risarcitorio doveva essere accertato innanzi al Tribunale di Catania.

L'Amministrazione provinciale di Como propone ricorso per cassazione, deducendo sei motivi. La FIRS Italiana di Assicurazioni s.p.a. in l.c.a. resiste con controricorso. Il fallimento della CO.A.M. non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo la ricorrente Amministrazione eccepisce l'illegittimità, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., degli artt. 52 e 95 l. fall. nella parte in cui non equiparano il decreto ingiuntivo alla sentenza, malgrado il primo contenga «un provvedimento giurisdizionale di natura




dichiarativa, identico, per natura, a quello contenuto in un'ordinaria sentenza definitiva di condanna».

La questione, come già ritenuto da questa Corte (Cass. 22 settembre 1997, n. 9346) è manifestamente infondata. Alla stregua di quanto previsto dagli artt. 52 e 95 l. fall., nell'ipotesi di dichiarazione di fallimento intervenuta nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo proposto dal debitore ingiunto poi fallito, il creditore opposto deve partecipare al concorso con gli altri creditori previa domanda di ammissione al passivo, attesa la inopponibilità, al fallimento, di un decreto non ancora definitivo e, pertanto, privo della indispensabile natura di "sentenza impugnabile", esplicitamente richiesta dall'art.95, comma 3, l. fall., legge fallimentare, norma di carattere eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica (e plurimis Cass. 13 agosto 2008, n. 21565). Tale disciplina non è in contrasto con il principio di eguaglianza e con il principio di indefettibilità della tutela giurisdizionale, in considerazione della evidente diversità tra il decreto ingiuntivo opposto e la sentenza impugnabile, poiché solo nella seconda l'accertamento è avvenuto nel contraddittorio delle parti; inoltre, la soggezione al concorso formale non comprime le possibilità di difesa del creditore, mentre l'eccezione in favore del creditore che abbia ottenuto una sentenza impugnabile si spiega con esigenze di economia

processuale, ferma restando in ogni caso la soggezione al concorso sostanziale.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 112 e 184 c.p.c., lamentando che la Corte di appello, pur dando atto della novità della domanda di indebito oggettivo formulata dalla liquidazione in sostituzione di quella di natura contrattuale esperita dalla FIRS *in bonis*, aveva ritenuto possibile la *mutatio libelli* in vista delle esigenze di tutela della *par condicio creditorum*, anche se contraddittoriamente aveva ritenuto non accoglibile la domanda di revoca del decreto ingiuntivo.

IL CASO.it
Con il terzo motivo la ricorrente deduce la contraddittorietà della motivazione laddove, come accennato nel motivo precedente, aveva accolto la domanda di condanna dell'Amministrazione provinciale alla restituzione della somma riscossa, pur escludendo la revoca del decreto ingiuntivo, con la conseguente coesistenza di titoli confliggenti quali appunto il decreto ingiuntivo e la sentenza di condanna. 

Il secondo ed il terzo motivo sono da esaminare congiuntamente in quanto strettamente connessi: in una situazione caratterizzata dalla sottoposizione a procedura concorsuale dell'imprenditore che ha effettuato un pagamento sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo emesso in suo danno e da lui

opposto, entrambi i motivi richiedono di accertare quale sia la sorte del pagamento effettuato dall'imprenditore *in bonis*.

Secondo un primo orientamento « ancorché la dichiarazione di fallimento o la sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa, intervenute nelle more del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo emesso a carico del debitore fallito o sottoposto a l.c.a., determinino l'inopponibilità ai sensi dell'art. 95 legge fall., il curatore o il commissario liquidatore non hanno diritto di ripetere dal creditore la somma da questo incassata a seguito del pagamento (volontario o coattivo) eseguito dal debitore ingiunto, prima della sottoposizione alla procedura concorsuale, per effetto del titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo » (Cass. 12 settembre 2003, n. 13444; Cass. 4 giugno 2001, n. 7539). In particolare, le citate decisioni hanno escluso che nella fattispecie ricorra una ipotesi di *condictio indebiti*, rilevando che l'inefficacia nei confronti della massa del titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo non comporta affatto l'accertamento del difetto di obbligazione che soltanto consentirebbe di affermare che il pagamento è avvenuto indebitamente; pertanto, secondo tale orientamento il pagamento in questione potrebbe al più essere impugnato con una azione revocatoria ove ne sussistessero i presupposti.

A diverse conclusioni è pervenuta Cass. 20 marzo 2006, n. 6098 secondo cui, se è vero che nella fattispecie non si può configurare una azione di ripetizione di indebito, ricorre però una specifica ed autonoma esigenza di restaurazione della situazione patrimoniale antecedente all'esecuzione volontaria o coattiva del decreto ingiuntivo (del tutto analogamente a ciò che accade nel caso di ripetizione di somme pagate in esecuzione di una sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, riformata in appello), con la conseguenza, da un lato, che la domanda di ripetizione delle somme corrisposte in forza della provvisoria esecutività del decreto opposto deve ritenersi implicitamente contenuta nell'istanza di revoca del decreto e, d'altro canto, che l'inefficacia del decreto ingiuntivo travolge anche il pagamento che sia stato effettuato sulla sua base.

già recata A.
A tale secondo orientamento il Collegio ritiene di dover dare continuità per l'assorbente ragione che una volta escluso il decreto ingiuntivo dall'ambito di operatività dell'art. 95, comma 3, 1. fall. (nel testo anteriore alla riforma), con la conseguente inopponibilità alla massa dei creditori dello stesso decreto ingiuntivo, non si può ipotizzare che il pagamento intervenuto resti fermo e che la restaurazione della situazione patrimoniale precedente debba avvenire ad opera di un giudice diverso da quello che ha accertato l'inefficacia del titolo giudiziale e sulla

base di una vera e propria azione di ripetizione di indebito, la quale soltanto, in quanto azione recuperatoria già nel patrimonio dell'imprenditore insolvente, potrebbe giustificare l'accertamento della insussistenza del debito in una sede diversa da quella deputata all'accertamento del passivo. Infatti, l'improcedibilità dell'opposizione e l'inopponibilità del decreto ingiuntivo alla massa dei creditori rendono il pagamento, indipendentemente dall'accertamento dell'esistenza o meno del credito, privo della giustificazione sulla cui base lo stesso è avvenuto, con conseguente obbligo di restituzione delle somme pagate e di ripristino della situazione precedente. La situazione è del tutto analoga a quella, già ricordata, della sentenza di primo grado riformata in appello con sentenza ancora non passata in giudicato. In entrambi i casi ricorre un pagamento effettuato sulla base di un titolo giudiziale che ha perso efficacia, senza che vi sia stato ancora un accertamento definitivo sulla sussistenza o meno del credito (Cass. 6 ottobre 2005, n. 19491). Tale circostanza, pur ricorrendo in entrambi i casi una esigenza di restaurazione della situazione patrimoniale antecedente all'esecuzione volontaria o coattiva, esclude che l'inefficacia del titolo consenta di configurare ex se una ipotesi di *condictio indebiti*, come è confermato dal fatto che il comportamento dell'*accipiens* non si presta a valutazione di buona o mala fede ai sensi dell'art. 2033

cod. civ., non potendo venire in rilievo stati soggettivi rispetto a prestazioni eseguite e ricevute nella comune consapevolezza della rescindibilità del titolo e della provvisorieta dei suoi effetti (Cass. 19 ottobre 2007, n. 21992; Cass. 5 agosto 2005, n. 16559; Cass. 3 dicembre 1993, n. 11999). Si deve perciò applicare analogicamente il disposto dell'art. 336, comma 2, 1. fall. e predicare che l'inefficacia del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti che dallo steso dipendono per effetto di una esecuzione volontaria o coattiva.

Sono conseguentemente applicabili alla fattispecie i principi elaborati da questa Corte in tema di azione di restituzione ex art. 336 c.p.c. Anzitutto, pertanto, la richiesta di restituzione delle somme corrisposte in virtù della provvisoria esecuzione del titolo, essendo conseguente alla domanda proposta, da un lato è conforme al principio di economia dei giudizi e, d'altro canto, non altera i termini della controversia e, perciò, non solo è ammissibile in appello, non costituendo domanda nuova (e pluribus Cass. 24 maggio 2010, n. 12622), ma è anche possibile nel corso del giudizio, ove l'esecuzione abbia avuto luogo dopo la proposizione dell'impugnazione (Cass. 30 aprile 2009, n. 10124). Inoltre, la richiesta di restituzione, che è la necessaria conseguenza, ex art. 336 cod. proc. civ., dell'eliminazione dalla realtà giuridica

dell'atto solutorio posto in essere, deve ritenersi implicita nell'istanza di revoca del decreto ingiuntivo (Cass. 3 novembre 2009, n. 23260; nel senso che la restituzione può essere addirittura disposta d'ufficio v. Cass. 21 dicembre 2001, n. 16170 e Cass. 19 luglio 2005, n. 15220).

In conclusione, nell'ipotesi di inefficacia del decreto ingiuntivo a causa del sopravvenuto fallimento o della sopravvenuta liquidazione coatta amministrativa del debitore ingiunto, che rendono il decreto ingiuntivo inopponibile alla procedura e impongono al creditore opposto di partecipare al concorso con gli altri creditori, previa domanda di ammissione al passivo, il pagamento ricevuto dal creditore in forza della provvisoria esecuzione del decreto non trova più alcuna giustificazione né nel titolo, divenuto inefficace, né nel credito, contestato e non accertato. In questo caso gli organi della procedura non devono neppure formulare un'esplicita domanda di ripetizione di ciò che è stato corrisposto poiché la domanda è implicita nella richiesta di dichiarare l'improseguibilità dell'azione di pagamento nei confronti dell'impresa insolvente, visto che tale richiesta, se accolta, determina di per sé l'esigenza di restaurazione della situazione patrimoniale antecedente, indipendentemente dall'accertata esistenza di un indebito oggettivo. Pertanto, i motivi in esame sono infondati

considerato che non può neppure prospettarsi una questione di novità della domanda di restituzione proposta dal commissario liquidatore al momento del suo intervento nel processo e che , d'altro canto, la revoca del decreto ingiuntivo è assorbita dalla sua sopravvenuta inefficacia, con la conseguente esclusione di una contraddittorietà tra la mancata revoca e la sentenza di condanna alla restituzione per effetto della inopponibilità del decreto.

Con il quarto motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865 All. E, lamentando che la Corte di appello aveva posto nel nulla, e non semplicemente disapplicato, il provvedimento di rescissione del contratto di appalto, dal quale conseguiva il diritto dell'Amministrazione di chiedere al garante il pagamento della somma anticipata all'appaltatore; nella specie, inoltre, erano da escludere anche gli estremi per una disapplicazione, poiché il provvedimento non aveva leso diritti soggettivi e non era illegittimo.

Il motivo è infondato. L'accertata inopponibilità alla massa del decreto ingiuntivo non comporta affatto la disapplicazione o l'annullamento del provvedimento di rescissione adottato dall'Amministrazione, il cui diritto, da accertare in sede concorsuale, continua ad essere fondato su detto provvedimento.

Con il quinto motivo la ricorrente deduce il vizio di omessa motivazione, lamentando che la Corte di appello non

aveva espresso alcuna valutazione in ordine all'eccezione rapporto di mera occasionalità tra le procedure concorsuali e l'azione da essa esperita nei confronti dell'appaltatrice e della sua garante, dal quale discendeva una eccezione alla *vis attractiva* del fallimento; in particolare, secondo la ricorrente, la mera occasionalità era dimostrata dal fatto che il pagamento era avvenuto nel 1990 e perciò ben prima della messa in liquidazione coatta della FIRS.

Con il sesto motivo la ricorrente deduce il vizio di motivazione, omessa o insufficiente, in relazione alla declaratoria di improcedibilità della domanda di risarcimento dei danni da essa proposta nei confronti della CO.A.M. s.r.l., lamentando che anche in questo caso la Corte di appello non aveva tenuto conto del rapporto di mera occasionalità con il fallimento.

I motivi possono essere esaminati congiuntamente e sono infondati. Il rapporto di mera occasionalità di una azione con il fallimento può declinarsi quando essa non subisce deviazioni rispetto al suo schema legale tipico, come accade quando il curatore esercita una azione che già si trova nel patrimonio del debitore (v. e *plurimis* Cass. ord. 9 novembre 2005, n. 21708) ovvero azioni relative a contratti da lui stesso stipulati (v. Cass. ord. 8 giugno 2005, n. 12004). Non è questo, evidentemente, il caso delle azioni esercitate nei confronti di soggetti sottoposti a procedure concorsuali (nella specie l'azione di

restituzione nei confronti della FIRS in liquidazione coatta amministrativa e l'azione di risarcimento del danno nei confronti della CO.A.M. dichiarata fallita), atteso che rispetto ad esse operano i principi in tema di concorso formale, fissati dagli artt. 52 e 92 ss. l. fall.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo nei rapporti tra la ricorrente e la FIRS in l.c.a.

P . Q . M .

rigetta il ricorso; condanna l'Amministrazione provinciale di Como al rimborso, in favore della s.p.a. FIRS Italiana di Assicurazioni in l.c.a., delle spese di lite liquidate in € 10.200,00=, di cui 200,00 per esborsi, oltre IVA e CP. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 15 gennaio 2013.

il cons. estensore

Sergio Di Amato

il presidente

Giuseppe Belli

Depositato in Cancelleria

12 FEB 2013

IL CANCELLIERE
Alfonso Madafferi

Alfonso Madafferi