



15495.18

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

FN *mez*

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

ROSA MARIA DI VIRGILIO

Presidente

MASSIMO FERRO

Consigliere

ALBERTO PAZZI

Consigliere

PAOLA VELLA

Consigliere - Rel.

MASSIMO FALABELLA

Consigliere

Concordato
preventivo -
risoluzione -
applicabilità art.
140, comma 3,
legge fall.

Ud. 28/02/2018 CC

Cron. 15495

R.G.N. 5047/2013

ORDINANZA

sul ricorso 5047/2013 proposto da:

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi n.12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che lo rappresenta e difende ope legis;

-ricorrente -

contro

Curatela del Fallimento Polo Costruzioni Soc. coop. a r.l., in persona del curatore dott.

1

i

3

giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

n. 5047/2013 R.G.

1

cons. 15495/2018

4

ORD.
605
2018

avverso la sentenza n. 1065/2012 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 25/07/2012;
lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale DE RENZIS LUISA che ha chiesto che la Corte di Cassazione rigetti il ricorso con le conseguenze previste dalla legge;
lette le memorie ex art. 380-bis1 cod. proc. civ. di parte ricorrente;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/02/2018 dal cons. VELLA PAOLA.

FATTI DI CAUSA

I. In data 23/02/2000 il concordato preventivo della società Polo Costruzioni s.c. a r.l., omologato il 03/03/1998, veniva dichiarato risolto, con contestuale apertura della procedura fallimentare.

II. Con atto di citazione notificato il 17/11/2000, la curatela del fallimento chiedeva di «sentir revocare» ovvero dichiarare inefficace ai sensi dell'art. 44 legge fall. – stante la retrodatazione degli effetti del fallimento alla data di apertura della prima procedura – il pagamento della somma di lire 2.588.204.000 (pari ad euro 1.336.695,82) effettuato dai liquidatori giudiziali in favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze a titolo di IVA, «fruendo del condono previsto dall'art. 6 bis della l. 29.11.1997 n. 410».

III. Il Tribunale di Livorno rigettava la domanda poiché il pagamento era irripetibile ai sensi dell'art. 140, comma 3, legge fall. – applicabile analogicamente – in mancanza di prova da parte della curatela di una concreta violazione della *par condicio creditorum*, attese anche le conclusioni del c.t.u. per cui solo all'esito della liquidazione fallimentare si sarebbe potuta accertare l'incapienza dei crediti di grado poziore insinuati al passivo.

4

III. La suddetta decisione è stata riformata dalla Corte di appello di Firenze che con la sentenza impugnata – esclusa l'applicabilità al caso di specie dell'art. 44 legge fall. e confermata l'applicabilità analogica dell'art. 140, comma 3, legge fall. – ha ritenuto erronea la conclusione del giudice di primo grado circa la mancanza di prova concreta della lesione della *par condicio creditorum*, avendo lo stesso c.t.u. attestato l'esistenza di una massa di crediti di grado posteriore rispetto a quello del credito Iva soddisfatto, munito di privilegio generale mobiliare ex art. 2752, comma 3, cod. civ. (grado 19°) – segnatamente euro 3.254.805,91 per prededuzioni e privilegi mobiliari anteriori, oltre a crediti ipotecari per euro 1.524.170,74 e privilegi speciali immobiliari per euro 2.316,83 – con conseguente esistenza di una «violazione dell'ordine dei privilegi (...) eclatante».

IV. In particolare, il giudice *a quo* ha negato che l'onere probatorio della curatela circa la sussistenza in concreto di una violazione della *par condicio creditorum* debba essere assolto «con riferimento all'esito della procedura fallimentare», essendo al contrario «sufficiente accertare se nello stato passivo risultano presenti creditori con privilegio prevalente su quello del creditore soddisfatto che non erano stati già pagati o non lo sono stati contestualmente nell'ambito di un meccanismo di pagamento rispettoso del loro prevalente diritto», poiché «non avrebbe senso affermare la suddetta sanzione di inefficacia come predicabile soltanto dopo la fine della liquidazione e l'avvenuto riparto delle somme conseguite dalla medesima», in quanto «tale assunto si pone in insanabile contrasto con la finalità di recupero alla massa dei creditori concorsuali delle somme alla medesima spettanti poiché ingiustamente sottratte al corretto riparto di esse».

V. Avverso la suddetta decisione il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha proposto ricorso affidato ad un unico motivo, cui la curatela ha resistito con controricorso, corredato da memoria difensiva.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Nel lamentare la «violazione e falsa applicazione dell'art. 140, c. 3, L.F.», il ricorrente muove dalla tesi per cui «la semplice emersione nella successiva procedura fallimentare di titoli poziori rispetto a quelli liquidati nella procedura concordataria oramai chiusa» non può comportare «una presunzione assoluta ... di violazione della *par condicio creditorum* e dell'ordine legale delle prelazioni», e che «solo ove provata la lesione concreta delle ragioni portate dai creditori poziori nella successiva procedura fallimentare si potrebbe ritenere revocabile il pagamento già disposto»; osserva quindi che, nel caso di specie, la procedura di concordato preventivo avrebbe avuto «pieno e legittimo svolgimento non essendo emersa in tale sede nessuna violazione dell'ordine legale delle prelazioni, o della *par condicio creditorum*, ma anzi essendosi seguito pedissequamente tale ordine alla luce delle valide istanze pervenute in tale procedura», dal momento che, prima di effettuare il pagamento del credito Iva in questione, i Commissari Liquidatori avevano richiesto apposita autorizzazione al Giudice Delegato, sulla scorta del «parere di un illustre giurista ... circa la possibilità di aderire alla sanatoria senza per questo creare nocumento al ceto creditorio», trattandosi del resto di pagamento che anche secondo il c.t.u. «rispondeva in pieno alla obbligatorietà del soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati nella procedura concordataria».

2. In altri termini, il principio di irripetibilità dei pagamenti concordatari di cui all'art. 140, comma 3, legge fall. potrebbe essere

derogato solo a fronte di una violazione della *par condicio creditorum* interna alla procedura concordataria – come sarebbe accaduto nelle fattispecie decise da Cass. n. 10938/99 e n. 17059/07 citate dal giudice *a quo*, ove erano stati pagati crediti chirografari in danno di crediti privilegiati – non anche a seguito di «circostanze esogene alla medesima (nuove istanze poziori pervenute dopo la chiusura del concordato ed a seguito della apertura del fallimento), nel qual caso la piana e inconfutabile disciplina di cui all’art. 140 L.F. non può che sterilizzare ogni e qualsiasi diversa pretesa». Di conseguenza, nel caso di specie «il pagamento a favore del Ministero ... esecutivo del concordato preventivo, era integralmente legittimo e tale legittimità ... non è venuta meno a seguito della risoluzione del concordato», non essendo stata data prova, da parte della curatela, «della concreta lesione delle ragioni creditorie dei creditori poziori».

3. La censura può trovare accoglimento nei limiti che si vanno ad illustrare.

4. Va preliminarmente chiarito che, trattandosi di procedura fallimentare aperta nell’anno 2000, ad essa non si applica il disposto del novellato art. 67, comma 3, lett. e), legge fall. – per cui «non sono soggetti all’azione revocatoria», tra l’altro, «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo» – stante la disposizione transitoria di cui all’art. 2, comma 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (in G.U. n. 62 del 16 marzo 2005), convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 (in G.U. n. 111 del 14 maggio 2005), secondo la quale «le disposizioni del comma 1, lettere a) e b)» – la prima delle quali relativa appunto al nuovo art. 67 legge fall. – «si applicano alle azioni revocatorie proposte nell’ambito di procedure iniziate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto».



4. Prima della riforma del 2005, i pagamenti effettuati in esecuzione del concordato preventivo non erano soggetti né ad esenzione da revocatoria, né ad una regola di stabilità analoga a quella invece da sempre contemplata per il concordato fallimentare, ove, in caso di riapertura della procedura di fallimento a seguito della risoluzione o dell'annullamento del concordato, «i creditori anteriori conservano le garanzie per le somme ad essi tuttora dovute in base al concordato risolto o annullato e non sono tenuti a restituire quanto hanno già riscosso» (art. 140, terzo comma, legge fall.).

5. Peraltro, la giurisprudenza di questa Corte ha per un verso interpretato restrittivamente quel principio di "stabilità" – affermando che «i creditori anteriori alla riapertura della procedura fallimentare sono esonerati dalla restituzione di quanto hanno riscosso in base al concordato risolto o annullato, sempre che si tratti di riscossioni valide ed efficaci e non di riscossioni cui essi non avevano diritto» – e per altro verso applicato analogicamente il criterio così rielaborato anche ai pagamenti effettuati nell'ambito di procedure di concordato preventivo, affermando che «in caso di risoluzione del concordato preventivo e di conseguente dichiarazione di fallimento, in applicazione analogica del principio sancito dall'art. 140, comma 3, l.fall., in tema di concordato fallimentare (...) sono privi di efficacia quegli atti che, pur trovando la loro ragione d'essere nella procedura concordataria, siano divenuti estranei alle finalità dell'istituto, in quanto eseguiti al di là dei limiti stabiliti nella sentenza di omologazione o in violazione del principio della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle prelazioni» (Cass. Sez. 1, Sent. 14/01/2016 n. 508, con riguardo a procedura fallimentare aperta prima dell'entrata in vigore della novella del 2005). Negli stessi termini si erano già espresse, *ex ceteris*, Cass. Sez. 1, Sent.

h

23/07/2014 n. 16738 (che ha cassato la sentenza impugnata per non avere rilevato l'esistenza di pagamenti illegittimamente effettuati in favore di creditori chirografari, senza il previo soddisfacimento di creditori privilegiati quali l'I.N.P.S. e l'Esattoria comunale, per come facilmente evincibile dalla stessa sentenza di risoluzione del concordato preventivo) nonché Cass. Sez. 1, Sent. 03/08/2007 n. 17059 (di conferma della pronuncia dei giudici di merito che, sul presupposto che alla banca creditrice chirografaria era stato effettuato un pagamento senza che prima fosse soddisfatto il credito privilegiato dell'I.N.P.S., avevano condannato il creditore *accipiens* alla restituzione in favore del fallimento di quanto riscosso, negando inoltre ogni rilievo di natura pregiudiziale alla valutazione dell'insieme dell'attivo ovvero delle prospettive della liquidazione fallimentare, essendo la predetta esigenza di recupero delle somme versate in violazione della *par condicio creditorum* diretta conseguenza della risoluzione ai sensi dell'art. 186 legge fall.), in continuità con una serie di precedenti ancor più risalenti (Cass. n. 10938/99, n. 3943/76, n. 828/65 e n. 1539/61).

6. Questa Corte ha altresì affermato che «i pagamenti eseguiti nel corso della procedura minore in violazione della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle prelazioni sono eccezionalmente ripetibili non in quanto oggettivamente non dovuti, ma perché, in quanto difformi ai canoni di soddisfacimento concordatario, inefficaci rispetto alla massa dei creditori, sicché la relativa azione, esercitabile soltanto dalla curatela, ha carattere costitutivo e si prescrive, al pari delle azioni revocatorie, nel termine di cinque anni, con decorrenza dalla sentenza dichiarativa di fallimento, da cui sorge» (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 509 del 14/01/2016).

7. Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale *in subiecta materia*, non vanno trascurati i riflessi delle differenze di fondo esistenti tra le due procedure concordatarie, essendo evidente come la regola della stabilità dei pagamenti risulti più giustificata nel concordato fallimentare – necessariamente preceduto dalla verifica del passivo (l'art. 24 legge fall. applicabile *ratione temporis* ne escludeva la proponibilità prima della esecutività dello stato passivo, mentre la riforma del 2006 lo ha reso proponibile anche anteriormente, «purché i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato») – che non nel concordato preventivo, ove la fase dell'accertamento del passivo manca del tutto.

8. Se dunque nello stesso concordato fallimentare – caratterizzato dalla previa verifica dei crediti, dallo spossessamento del debitore e dalla gestione esclusiva del curatore – la giurisprudenza ha avvertito l'esigenza di consentire comunque la ripetibilità dei pagamenti che risultino effettuati in violazione della *par condicio creditorum*, ciò sta a significare, da un lato, che la legittimità formale dei pagamenti non è decisiva, dall'altro che la loro ripetibilità va a maggior ragione consentita nel concordato preventivo – ove i crediti non sono verificati, il debitore *in bonis* subisce uno spossessamento attenuato, il commissario giudiziale non ha compiti di gestione ma solo di controllo e la nomina di liquidatori giudiziali e comitato dei creditori è prevista in via eventuale solo nel caso di cessione dei beni (art. 182 legge fall.) – essendo lì evidentemente maggiori le probabilità di pagamenti che violino la *par condicio creditorum*.

h

9. In altri termini, la presenza di una procedura concordataria e dei relativi organi – con regole, vincoli, controlli o autorizzazioni più o meno stringenti – non è di per sé dirimente né ostativa alla ripetibilità dei pagamenti nella successiva procedura fallimentare aperta (o riaperta) a seguito della risoluzione del concordato preventivo (o fallimentare), essendo a tal fine sufficiente che quei pagamenti abbiano per qualche ragione violato il principio della *par condicio creditorum* e, segnatamente, non abbiano rispettato l'ordine delle cause legittime di prelazione in cui essa tipicamente si manifesta. Diversamente, ai creditori di grado uguale o poziore che fossero rimasti incapienti non resterebbe altro che una tutela di tipo risarcitorio, da esercitare in sede civile o penale nei confronti degli organi (se non anche del fallito, una volta tornato *in bonis*) che avessero con dolo o colpa effettuato, autorizzato, avallato o non impedito i pagamenti che li hanno ingiustamente pregiudicati.

10. Quanto al criterio in base al quale operare quella valutazione, è certamente condivisibile l'orientamento sopra riportato in base al quale essa non va ancorata alle prospettive della liquidazione fallimentare, né tantomeno deve attenderne l'esito – sia perché l'azione di ripetizione dei pagamenti, finalizzata al ripristino della *par condicio creditorum*, finirebbe per non poter essere esercitata sino al termine della liquidazione fallimentare, sia perché ne resterebbe minata l'esigenza di certezza e tutela dell'affidamento dei creditori in buona fede – ma va invece parametrata ai canoni di soddisfacimento concordatario, avuto riguardo in primo luogo alle regole fissate nella sentenza (ora decreto) di omologazione – che rende il concordato omologato obbligatorio per tutti i creditori concorsuali (art. 184, comma 1, legge fall.) – e, per gli aspetti ivi eventualmente non disciplinati, alle regole legali, prima fra tutte il rispetto dell'ordine

14

delle cause legittime di prelazione, che può risultare violato attraverso omissioni, posposizioni o ulteriori disparità di trattamento, tutte le volte in cui esse non siano accompagnate dalla certezza di potersi comunque provvedere con la liquidità esistente (o con risorse prontamente liquidabili) anche al pagamento dei crediti di pari grado, o addirittura di grado superiore, rimasti insoddisfatti. Al riguardo va altresì precisato che – diversamente da quanto sostiene parte ricorrente – non può non tenersi conto della eventuale emersione di ulteriori crediti in sede fallimentare (fermi restando i limiti della partecipazione al riparto dei creditori tardivi ex art. 112 legge fall.), proprio in considerazione del fatto che l'applicazione analogica dell'art. 140, comma 3, legge fall. al concordato preventivo sconta la mancanza di una verifica del passivo; in altri termini, il rischio rappresentato dalla emersione di crediti pretermessi in sede concordataria non può restare a carico dei creditori pregiudicati da pagamenti comunque effettuati in violazione della *par condicio* o a vantaggio di creditori di grado inferiore, ma va equamente ripartito tra tutto il ceto creditorio, secondo il meccanismo ripetitorio in disamina che partecipa della natura e delle finalità delle azioni revocatorie.

11. Il giudice d'appello, pur muovendo da premesse giuridiche per lo più corrette, non ha poi effettuato in concreto un'analisi esaustiva della violazione della *par condicio creditorum* secondo i parametri sopra indicati, limitandosi sostanzialmente a rilevare che «il Ministero dell'economia e delle finanze aveva una massa di crediti superiori per un valore complessivo di oltre € 3.000.000,00»; è rimasta infatti appena abbozzata ed alquanto equivoca l'osservazione sugli ulteriori accertamenti del c.t.u. («Comunque è appena il caso di significare come egli al momento della verifica accerti che a tale

momento non vi è attivo liquido per pagare anche i creditori potiori accertati»).

12. La sentenza merita quindi di essere cassata affinché il giudice di rinvio, in diversa composizione, verifichi se i pagamenti in questione siano ripetibili alla luce dei criteri sopra indicati.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Firenze, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 28/02/2018

Il Presidente

R.M. Di Vito

