

Civile Ord. Sez. 3 Num. 2906 Anno 2021

Presidente: ARMANO ULIANA Relatore: IANNELLO EMILIO Data pubblicazione: 08/02/2021

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 33237/2018 R.G. proposto da Bondioli Raffaele e C.E.D. Bondioli S.r.I., rappresentati e difesi dall'Avv. Cristina Battilega;

- ricorrenti -

contro

Fallimento II Mosaico S.p.a., rappresentato e difeso dall'Avv. Enrico Mango, con domicilio eletto in Roma, via Francesco Siacci, n. 38, presso lo studio dell'Avv. Alessandro Giussani non;

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di appello di Bologna, n. 2156/2018

2020 1792



Water September 1 September 1



depositata il 20 agosto 2018;

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 21 ottobre 2020 dal Consigliere Emilio Iannello.

Rilevato in fatto

- 1. Il Fallimento de Il Mosaico S.p.a. convenne in giudizio, davanti al Tribunale di Bologna, sezione specializzata in materia di impresa, Raffaele Bondioli e la società C.E.D. Bondioli S.r.I. chiedendo:
- del primo la condanna, ai sensi dell'art. 2489 cod. civ., al pagamento della complessiva somma di € 38.755,94, oltre rivalutazione ed interessi, per avere, nello svolgimento dell'incarico di liquidatore della società Il Mosaico S.p.a., in bonis, liquidato in proprio favore, in assenza di delibera sociale e quando si era già evidenziato lo stato di decozione, il compenso di € 21.952,32 e per aver inoltre corrisposto alla C.E.D. Bondioli S.r.I. la somma di € 16.803,62 a titolo di corrispettivo per non meglio precisate prestazioni professionali svolte in favore della società poi fallita;
- della seconda la condanna, in solido con il Bondioli, di tale ultimo importo.
- Il Tribunale accolse entrambe le domande, rilevando che, trattandosi di «crediti chirografari liquidati successivamente all'emersione dello stato di insolvenza della società, ovvero in una fase che avrebbe imposto al liquidatore di operare nel rispetto della par condicio creditorum e dei privilegi riconosciuti per legge», la condotta del liquidatore doveva ritenersi in contrasto con gli obblighi imposti dall'art. 2489 cod. civ. e tale da cagionare un danno alla massa dei creditori pari all'importo complessivo dei pagamenti contestati. Quanto alla C.E.D. Bondioli S.r.I. ritenne che la stessa «dovesse rispondere a titolo di responsabilità aquiliana, nei limiti dei pagamenti effettuati a suo favore ... per il proprio concorso nell'illecito compiuto dal Bondioli», dovendosene escludere la buona fede per esserne, il Bondioli medesimo, legale rappresentante e





amministratore unico.

- 2. Con la sentenza in epigrafe la Corte d'appello di Bologna ha confermato tale decisione respingendo, per quanto ancora in questa sede interessa, il motivo di gravame con il quale gli appellanti avevano:
- a) contestato la ritenuta legittimazione attiva del curatore fallimentare, sull'assunto che i pagamenti preferenziali in oggetto non avevano recato danno alla massa creditoria nel suo complesso, ma solo ai singoli creditori eventualmente rimasti insoddisfatti;
- b) opposto il rilievo preclusivo asseritamente attribuibile, *ex* art. 1227, comma secondo, cod. civ., alla colposa omissione, da parte del curatore, delle azioni revocatorie fallimentari;
- c) dedotto l'insussistenza di alcun danno dal momento che, grazie all'attività del liquidatore, le disponibilità liquide della società erano aumentate per importi maggiori.

Richiamando a supporto l'arresto di Cass. Sez. U. n. 1641 del 2017 la Corte territoriale ha infatti ritenuto che:

sub a) il pagamento preferenziale, in una situazione di dissesto, comporta una riduzione del patrimonio sociale in misura maggiore a quella che si determinerebbe con un pagamento rispettoso della par condicio; conseguentemente «il Curatore fallimentare è legittimato, tanto in sede penale, quanto in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale mediante pagamenti eseguiti in violazione della par condicio creditorum»;

sub b) il curatore è libero di scegliere la tutela giudiziaria che ritiene più opportuna per la ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia per la massa dei creditori; né l'eventuale non revocabilità del pagamento, ai sensi del novellato art. 67 l. fall., varrebbe a rendere questo, per ciò stesso, legittimo e non preferenziale; inoltre, anche in caso di positivo esercizio delle







prospettate azioni revocatorie, gli importi dei pagamenti in questione sarebbero stati restituiti alla procedura, sebbene per altro titolo;

sub c) la circostanza che l'attività del liquidatore e quella della C.E.D. Bondioli S.r.I., consistita nella cura della contabilità della società Il Mosaico, abbiano apportato benefici alla società non vale ad escludere il danno dedotto, rimanendo questo conseguenza del fatto che il liquidatore, in violazione dei suoi doveri, ha provveduto a soddisfare legittime ragioni di credito (sue proprie e della C.E.D. s.r.I.) nonostante lo stato di dissesto de Il Mosaico e, dunque, senza il rispetto della par condicio creditorum e dell'art. 2741 c.c..

3. Avverso tale decisione Raffaele Bondioli e la società C.E.D. Bondioli S.r.I. propongono ricorso per cassazione articolando due motivi, cui resiste Il Fallimento de Il Mosaico S.p.a. depositando controricorso.

La trattazione è stata fissata in adunanza camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 cod. proc. civ..

Non sono state depositate conclusioni dal Pubblico Ministero.

I ricorrenti hanno depositato memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ..

Considerato in diritto

1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 2395 e 2043 cod. civ. in relazione alla ritenuta legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (e dei liquidatori) in riferimento a pagamenti preferenziali.

Pur dando atto dell'opposto principio affermato dalla richiamata pronuncia delle Sezioni Unite della S.C., sostengono che il curatore del fallimento non può ritenersi legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità in caso di pagamenti preferenziali.

Ciò in quanto — affermano — per effetto di tali pagamenti si produce un danno specifico (solo) nel patrimonio dei singoli creditori



AANTON SERVICE STREET



rimasti insoddisfatti corrispondente all'incremento della falcidia subita, ossia alla minore misura in cui ciascuno può concorrere sull'attivo liquidato.

Da tali pagamenti, dunque, secondo i ricorrenti, non deriva un pregiudizio per la massa creditoria considerata nel suo complesso, che mantiene comunque la medesima consistenza, qualunque sia il creditore beneficiario dal pagamento lesivo della par condicio, mentre un pregiudizio individuale diretto viene a delinearsi compiutamente e definitivamente solo con l'esecuzione del riparto finale e all'esito dell'esperimento infruttuoso insufficiente di eventuale azione revocatoria, sicché esso sarebbe imputabile in via immediata e diretta agli amministratori solo se alla sua determinazione non abbia dato causa lo stesso curatore, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, cod. civ., per non avere esercitato, per tempo, le revocatorie o le altre azioni recuperatorie possibili.

2. Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1227, 2476 e 2489 cod. civ., per avere la Corte d'appello ritenuto i pagamenti illegittimi ancorché non revocabili perché rientranti nei casi di esclusione ex art. 67, comma terzo, legge fall. e per avere altresì ritenuto inidoneo ad escludere il danno dedotto il fatto che l'attività del liquidatore e quella della C.E.D. Bondioli S.r.l. avessero apportato un beneficio alla società poi fallita.

Sostengono che i pagamenti, di per sé soli, non possono essere qualificati come illeciti, se non sono stati censurati, né sotto il profilo penale, né sotto il profilo fallimentare ex art. 67 l. fall., e che, conseguentemente, l'illecito non si verifica con l'effettuazione dei singoli pagamenti ma solo successivamente, nell'eventualità che questi, nell'ambito della complessiva attività svolta dal liquidatore, abbiano comportato la mancata conservazione del patrimonio sociale.

In tale prospettiva, però - argomentano, evocando anche i





recenti arresti delle Sezioni Unite in tema di compensatio lucri cum damno e le ordinanze che tale questione avevano rimesso al supremo consesso — occorre considerare anche i vantaggi che da quella attività sono derivati alla società, senza di che si attribuirebbe al risarcimento una funzione punitiva, «immemore della propria funzione compensativo-reintegrativa».

Deducono, infine, che la Corte territoriale ha erroneamente incluso nella quantificazione del danno l'intero importo pagato al lordo dell'iva, che invece, quale imposta neutra, è stata detratta dalla società fallita.

3. Il primo motivo è inammissibile, ai sensi dell'art. 360-bis.1 cod. proc. civ., avendo la Corte di merito deciso sul punto — come del resto espressamente riconosciuto anche in ricorso — in modo conforme alla giurisprudenza di questa S.C. e non offrendo l'esame degli argomenti censori elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa.

Devesi, anzi, notare che gli argomenti svolti a sostegno del motivo non fanno altro che riproporre — per ampi passaggi, testualmente — le motivazioni della Corte d'appello che, nel caso esaminato nel richiamato arresto di Cass. Sez. U. 23/01/2017, n. 1641, era per l'appunto giunta ad escludere la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti dell'amministratore autore di pagamenti preferenziali, con decisione che le Sezioni Unite hanno cassato, enunciando l'opposto principio di diritto secondo cui «il curatore fallimentare ha legittimazione attiva unitaria, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori».

È appena il caso di rimarcare che a quegli argomenti — come





detto, pedissequamente riproposti in questa sede dai ricorrenti a sostegno del primo motivo e che sono riassumibili nell'assunto secondo cui il pagamento preferenziale arreca un danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, perché si tratta di operazione neutra per il patrimonio sociale, che vede diminuire l'attivo in misura esattamente pari alla diminuzione del passivo conseguente all'estinzione del debito — le Sezioni Unite hanno persuasivamente risposto evidenziandone la «palese erroneità» sulla base dei seguenti rilievi:

«il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori.

«Infatti, la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falcidia fallimentare. Tanto che, secondo la giurisprudenza di guesta Corte, "in tema di revocatoria fallimentare, la legge in nessun caso richiede l'accertamento di un'effettiva incidenza dell'atto che ne è oggetto sulla par condicio creditorum, sicché è evidente che la funzione dell'azione revocatoria fallimentare è esclusivamente quella di ricondurre al concorso chi se ne sia sottratto, e ciò esclude anche che un'effettiva lesione della par condicio creditorum possa assumere rilevanza sotto il profilo dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), essendo evidente che l'interesse del curatore ad agire ha natura procedimentale, in quanto inteso ad attuare il pari concorso dei creditori, e va accertato con riferimento al momento della proposizione della domanda, perché si fonda sul già dichiarato stato di insolvenza del debitore, non sui prevedibili esiti della procedura concorsuale, mentre potrebbe assumere rilevanza solo l'eventuale impossibilità di qualificare come bene la cosa oggetto dell'azione"





(Cass., sez. I, I settembre 2004, n. 17524, m. 576574, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, m. 591009, Cass., sez. I, 19 dicembre 2012, n. 23430, m. 624800).

«Del resto, anche dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori.

«Vero è che, secondo la giurisprudenza penale, "nel caso in cui il fallito provveda al pagamento di crediti privilegiati, la configurabilità del reato di bancarotta preferenziale presuppone il concorso di altri crediti con privilegio di grado prevalente o eguale rimasti insoddisfatti per effetto dei pagamenti *de quibus* e non già di qualsiasi altro credito" (Cass., sez. V, 12 marzo 2014, Consol, m. 260221, Cass., sez. V, 28 maggio 1991, Martelli, m. 187698).

«Ma ancora una volta la legittimazione del curatore a costituirsi parte civile va accertata "con riferimento al momento della proposizione della domanda", attenendo alla sua ammissibilità, non al suo fondamento. Come ha chiarito la giurisprudenza penale, infatti, "ai fini dell'ammissibilità della costituzione di parte civile rileva esclusivamente la *legitimatio ad causam* e non anche la persistenza di un danno tuttora risarcibile, la cui valutazione attiene al merito dell'azione risarcitoria e non alla legittimazione a stare in giudizio" (Cass., sez. IV, 27 settembre 2007, Pasqualetti, m. 237888)».

4. Il secondo motivo è parimenti inammissibile, con riferimento a tutti e tre gli argomenti proposti.

La Corte d'appello, come detto, ha escluso che l'eventuale non revocabilità del pagamento, ai sensi del novellato art. 67 l. fall., varrebbe a rendere questo, per ciò stesso, legittimo e non preferenziale e ha inoltre evidenziato l'irrilevanza del vantaggio





acquisito dalla società in conseguenza delle attività remunerate con i pagamenti preferenziali, la cui dannosità va rapportata e misurata in relazione alla lesione, che essi comportano, della *par condicio creditorum* ed alla corrispondente sottrazione delle somme versate alla garanzia dei creditori.

Le censure non propongono, nei confronti di tali motivazioni, specifici argomenti critici, ma si limitano a formulare delle mere apodittiche asserzioni contrarie.

4.1. Può comunque osservarsi che l'assunto secondo cui la non revocabilità ex art. 67 l. fall. dei pagamenti renderebbe questi anche leciti e «non preferenziali», oltre a fondarsi su un dato fattuale (quello, appunto, della non revocabilità dei pagamenti de quibus) che risulta solo ipotizzato in sentenza e non anche oggetto di specifico accertamento, non ha comunque alcun fondamento logico giuridico.

Come evidenziato, infatti, anche nel richiamato arresto delle Sezioni Unite, l'azione revocatoria fallimentare risponde allo scopo di recuperare al concorso creditori che ne sono stati indebitamente sottratti e, al contempo, anche le somme a questi corrisposte in violazione della par condicio. L'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore o del liquidatore per pagamenti preferenziale può bensì condurre ad un risultato pratico equivalente, dal punto di vista della massa dei creditori, ma, oltre ad avere direzione soggettiva evidentemente diversa, tale risultato raggiunge sulla base di presupposti e di un fondamento logico giuridico totalmente diversi (la violazione dei doveri gravanti su tali organi ovvero della regola generale del neminem laedere), tali per cui non può in alcun modo predicarsi un collegamento tra l'una e l'altra azione tale che la non esperibilità dell'una escluda l'esercizio dell'altra.

L'esenzione dalla revocatoria fallimentare esclude che il rimedio alla lesione della regola della *par condicio* possa avvenire nei confronti e ai danni del creditore preferito per ragioni legate alle

9





causali del pagamento ovvero alla qualità soggettiva del creditore (es. corrispettivi per prestazioni di lavoro ex art. 67, comma terzo, lett. f, l. fall.) ma non esclude di per sé che il pagamento resti preferenziale e leda le ragioni degli altri creditori, e non può pertanto precludere l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli organi della società che quei pagamenti abbiano effettuato in violazione dei doveri su di essi gravanti ovvero con dolo o colpa grave.

4.2. Per analoghe ragioni del tutto eccentriche si appalesano le considerazioni svolte a supporto dell'asserita non lesività dei pagamenti preferenziali, poiché eseguiti a fronte di prestazioni che hanno comunque apportato benefici alla società.

A prescindere dal rilievo, pur doveroso, che anche tale argomento è fondato su dati fattuali (l'asserita vantaggiosità delle prestazioni remunerate con i pagamenti preferenziali) che non emergono dalla sentenza, è evidente che, come correttamente rilevato dai giudici a quibus, nessun rilievo può avere tale circostanza rispetto alla fattispecie di danno considerata, rappresentata dalla sottrazione delle somme pagate alla par condicio creditorum.

È sufficiente in tal senso rilevare che è ben possibile — ed è anzi del tutto probabile — che anche gli altri creditori concorsuali, a fronte dei crediti la cui soddisfazione rimane lesa dal pagamento preferenziale, abbiano reso prestazioni che avevano anch'esse comportato benefici alla società o ne hanno incrementato il patrimonio.

Del tutto fuori di luogo si appalesa, pertanto, il richiamo alla tematica della *compensatio lucri cum damno*, non potendosi nemmeno ipotizzare, nella specie, alcuna coincidenza tra il fatto generatore del danno (ovvero il pagamento delle pur legittime spettanze eseguito in violazione della *par condicio*) e quello che ha prodotto un vantaggio per la società (la prestazione resa dal creditore preferito).





4.3. Il riferimento, infine alla indebita comprensione, nella somma oggetto di condanna, anche dell'Iva, introduce una questione che non risulta dedotta né trattata nel giudizio di merito e che è, pertanto, da ritenersi inammissibile in questa sede.

Occorre al riguardo rammentare che, qualora con il ricorso per cassazione siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, è onere della parte ricorrente, al fine di evitarne una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegare l'avvenuta loro deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche, in ossequio al principio di specificità del motivo, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo a questa Corte di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della suddetta questione (tra le tante, Cass. n. 31227 del 2019; n. 15430 del 2018).

Difatti, il giudizio di cassazione ha, per sua natura, la funzione di controllare la difformità della decisione del giudice di merito dalle norme e dai principi di diritto, sicché sono precluse non soltanto le domande nuove, ma anche nuove questioni di diritto, qualora queste postulino indagini ed accertamenti di fatto non compiuti dal giudice di merito che, come tali, sono esorbitanti dal giudizio di legittimità (tra le molte, Cass. n. 15196 del 2018).

5. Il ricorso deve essere, pertanto, dichiarato inammissibile, con la conseguente condanna dei ricorrenti, in solido, alla rifusione, in favore del controricorrente, delle spese del presente giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo.

Va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso principale, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis





dello stesso art. 13.

P.Q.M.

dichiara inammissibile il ricorso. Condanna i ricorrenti, in solido, alla rifusione delle spese, in favore del controricorrente, liquidate in Euro 5.000 per compensi, oltre rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15%, oltre € 200 per esborsi e accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso il 21/10/2020

Il Presidente (Uliana Armano)

Uhen Aun

.....

