

Pagamenti preferenziali al curatore

La questione è stata recentemente risolta dalle Sezioni Unite penali della Cassazione

/ Maurizio MEOLI

Ai sensi dell'art. 2394-*bis* c.c., in caso di fallimento, l'azione di responsabilità sociale, ex art. 2393 c.c., e l'azione di responsabilità verso i creditori sociali, ex art. 2394 c.c., spettano al **curatore**.

L'azione ex art. 2394 c.c., in particolare, è quella riconosciuta ai creditori sociali per l'inosservanza, da parte degli amministratori, degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale; azione che può essere proposta quando il patrimonio sociale risulti **insufficiente** al soddisfacimento dei crediti. La domanda diretta a far valere tale responsabilità, quindi, diviene improcedibile in conseguenza del fallimento, essendo riservata al curatore.

Il creditore sociale, invece, conserva la legittimazione personale in relazione all'azione di cui all'art. 2395 c.c., in presenza di un danno procuratogli **"direttamente"** da un atto doloso o colposo degli amministratori.

Come evidenziato dal Tribunale di Torino n. 3168/2016, è la condizione di **proponibilità** dell'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei propri crediti, non prevista dall'art. 2395 c.c., a far comprendere la natura profondamente diversa delle due azioni e dei pregiudizi che i creditori possono far valere con ciascuna di esse. Il creditore che agisce ex art. 2395 c.c. lamenta un danno prodottosi direttamente nel proprio patrimonio che "prescinde" dalla possibilità di ottenere il soddisfacimento del suo credito in relazione al patrimonio sociale. Il danno che lamenta il creditore che agisce in base all'art. 2394 c.c., invece, è quello consistente nell'impossibilità di soddisfare (in tutto o in parte) il proprio credito in ragione dell'**insufficienza** del patrimonio societario.

Un'ipotesi estremamente problematica, poi, è risultata per lungo tempo quella del danno che il creditore sociale subisca a causa di pagamenti **preferenziali**.

Secondo una prima ricostruzione (prevalente nella giurisprudenza di merito), il pagamento preferenziale **non** costituirebbe un danno per la **massa**, ma solo per il singolo creditore pretermesso. La soddisfazione di un creditore al posto di un altro, che a ciò sia legittimato secondo la corretta graduazione dei crediti, potrebbe tutt'al più generare una contesa tra le posizioni soggettive individuali dei singoli creditori, ma non anche un pregiudizio per la massa creditoria considerata nel suo complesso, che mantiene comunque la medesima consistenza anche in caso di pagamento preferenziale, qualunque sia il creditore beneficiato dal pagamento lesivo della *par condicio* tra quelli aventi diritto di partecipare al concorso.

Tale legittimazione ricadrebbe, quindi, su ciascun creditore, in quanto, qualora siano compiuti pagamenti

preferenziali, si produce, per effetto di essi, un **danno specifico** nel patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti corrispondente all'incremento della falcidia subita, ma non anche un pregiudizio per la massa creditoria nel suo complesso, che mantiene la medesima consistenza (*cf.* Trib. Milano n. [10206/2016](#), Trib. Roma n. [19331/2015](#), Trib. Milano [10 luglio 2015](#), Trib. Roma n. [19857/2013](#), Trib. Milano n. [11656/2012](#), Trib. Milano n. [501/2011](#) e Trib. Milano n. [14632/2010](#)).

Secondo altra ricostruzione, invece, il danno che il creditore subisce a causa dei pagamenti preferenziali sarebbe pur sempre una conseguenza dell'**incapienza del patrimonio** sociale rispetto all'integrale soddisfacimento dei creditori. Si tratterebbe, quindi, di un tipico pregiudizio "riflesso" che il creditore subisce in ragione dell'impoverimento del patrimonio sociale e che il creditore ha interesse e ragione di proporre "quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei [suoi] crediti" ex art. 2394 comma 2 c.c.

È vero che il danno causato dal pagamento preferenziale non è un danno per la "massa passiva". Esso rimane, però, un **danno riflesso**, cioè una conseguenza dell'insufficienza del patrimonio sociale. Ed è proprio questo elemento che induce a ricondurre l'azione nel perimetro dell'art. 2394 c.c. (*cf.* Trib. Torino n. [3168/2016](#), Trib. Isernia 1° aprile 2009 e Trib. Napoli [28 febbraio 2003](#)).

Questa soluzione è stata recentemente fatta propria dalle Sezioni Unite penali della Cassazione. Nella sentenza n. [1641/2017](#), infatti, si è stabilito che 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 della *par condicio creditorum*.

Non è corretto, infatti, ritenere che il pagamento preferenziale possa recare danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, in ragione della neutralità dell'operazione per il patrimonio sociale (che vede diminuire l'attivo in misura esattamente corrispondente alla riduzione del passivo conseguente all'estinzione del debito). 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 operando nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori. Ciò in quanto la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale e, quindi, della relativa "falcidia".