

## LEGITTIMAZIONE ATTIVA DELLA CURATELA FALLIMENTARE NELL'AZIONE DI CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO

di Giuseppe Bersani

### Premessa

In dottrina<sup>1</sup> ed in giurisprudenza si è ritenuto che si configuri una ipotesi di concessione abusiva di credito tutte le volte in cui

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali cfr, fra i tanti autori che si sono occupati della materia, cfr. Inzitari, Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale, in *Dir. banc.*, 1993, I, 399 ss; Id. Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 265; Id., L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in *Soc.*, 2007, 462; Viscusi, Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito, Milano, 2004 passim; Di Marzio, Abuso nella concessione del credito, Napoli, 2004 passim; Fulcheri - Goitre, La concessione abusiva di credito da parte della banca: uno sguardo d'insieme (Corte d'appello di Milano, 20 marzo 2015, n. 1229), in *Il Nuovo diritto delle società*, 2016, pag. 67 ss.; Balestra, Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito, in *Giur. comm.*, 2013, pag. 109, ss.; idem in *AA.VV. Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2016, pag. 191 ss; Fava, Abusiva concessione di credito e legittimazione ad agire del curatore fallimentare: verso l'azione risarcitoria "di massa", in *Dir. Fall.*, 2011, 5, 405; Nigro, La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito, in *Giur. comm.*, 1978, I, 219 segg.; Bargioli, Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito, in *Giur. comm.*, 1981, I, 287; Franchina, La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, in *Dir. fall.*, 1988, I, 656; Terranova, Profili dell'attività bancaria, Milano, 1989, 210; Sgroi -Santagati, "Concessione abusiva del credito" e "brutale interruzione del credito": due ipotesi di responsabilità della banca, in *Dir. fall.*, 1994, I, 625; Castiello d'Antonio, Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito, in *Dir. fall.*, 1995, I, 246; Id., La banca tra "concessione abusiva" e "interruzione brutale" del credito, in *Dir. fall.*, 1995, I, 765; Roppo, Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca, in *Fall.*, 1996, 874; Capolino, Rapporti tra banca ed impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito, in *Fall.*, 1997, 884; Anelli, La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito, in *Dir. banc.* 1998, I, 137; Sullo specifico profilo della

la banca conceda finanziamenti irregolari, vale a dire erogati a soggetti incapaci di assicurare una corretta restituzione del capitale e degli interessi a causa delle loro precarie condizioni patrimoniali, perché insolventi o potenzialmente insolventi o anche nell'ipotesi di ingiustificata tolleranza degli sconfinamenti da parte del soggetto affidato.<sup>2</sup>

Il comportamento degli istituti di credito, può essere – pertanto - fonte di responsabilità per dolo o per colpa, per il danno derivante dall'affidamento nella solvibilità dell'imprenditore da parte dei creditori e dei terzi.

In considerazione dell'importanza applicativa della tematica appare opportuno fornire una sintesi delle principali soluzioni che la giurisprudenza ha fornito in ordine al delicato problema successivamente al “punto di svolta” costituito dalla tre sentenze gemella delle SS.UU. del 2006.

---

legittimazione ad agire del curatore fallimentare contro un istituto di credito a titolo di "abusiva" concessione di credito cfr. Nigro, Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito e di legittimazione del curatore fallimentare, in *Dir. banc.*, 2002, I, 296 ss.; Id., La responsabilità della banca nell'erogazione del credito, in *Soc.*, 2007, 441; Ragusa Maggiore, La concessione abusiva del credito e la dichiarazione di fallimento, in *Dir. fall.*, 2002, II, 510; Lo Cascio, Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche, in *Fall.*, 2002, 1181; Robles, Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 274; Viscusi, Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 683; Esposito, L'azione risarcitoria "di massa" per "concessione abusiva di credito", in *Fall.*, 2005, 857; Ferrari, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in *Corr. giur.*, 2006, 419; Pagni, La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela, in *Soc.*, 2007, 442; Di Marzio, Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito", in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 399 segg.

<sup>2</sup> Tale orientamento è stato espresso da Cass. 8 gennaio 1997, n. 72, la quale dopo aver ribadito l'esigenza di qualificare l'attività bancaria alla stregua di attività di pubblico interesse (sul postulato che la principale funzione della banca consiste nella raccolta del pubblico risparmio), in quanto tale sottoposta al controllo della Banca d'Italia, ha riconosciuto in capo al banchiere, che è soggetto specializzato, l'obbligo di osservare le norme comportamentali proprie della sua professione (ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.) e le regole della correttezza (a norma dell'art. 1175 c.c.).

## Le soluzioni della giurisprudenza di merito

Ad oltre un decennio dalle pronunce delle SS.UU. del 2006 manca ancora un orientamento consolidato in giurisprudenza ed appare forse inevitabile una ulteriore pronuncia della giurisprudenza di legittimità anche alla luce delle domande delle curatele, che vengono attualmente formulate come risarcimento del “danno diretto” al patrimonio aziendale a seguito della prosecuzione dell’attività economica e – quindi – dell’aggravamento del dissesto.

A tal fine si richiamano – nelle pagine che seguono - le principali soluzioni giurisprudenziali che hanno affrontato la delicata materia della legittimazione attiva in capo alla procedura.

Nell’ambito della giurisprudenza di merito il Tribunale di Piacenza<sup>3</sup> ha affermato che qualora il curatore deduca un danno diretto al patrimonio sociale dell’impresa fallita la cui causa sia astrattamente riconducibile ad una abusiva concessione di credito ad opera di una o più banche, si deve ritenere che questi abbia inteso chiedere tutela e risarcimento per un danno che, avendo come presupposto l’aggravamento del dissesto e non già la dichiarazione di fallimento, era già presente nel patrimonio della società.

Da parte del Tribunale di Messina si è parimenti rilevato che se è vero che “... la legittimazione del curatore, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste neppure in presenza di azioni esercitabili individualmente, in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito ..... nella fattispecie in esame il curatore ha allegato un danno diretto ed immediato al patrimonio delle società fallite per dei fatti di reato compiuti dagli amministratori in concorso con il B. ed ha, pertanto, esperito un’azione risarcitoria che spetta certamente al curatore quale successore nei rapporti delle società fallite e titolare dei diritti sorti in capo a queste. ....La stessa Suprema Corte non ha escluso, infatti, che l’illecita concessione di credito bancario, al fine di mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando nel mercato la falsa opinione che si tratti di impresa economicamente valida, possa costituire circostanza fattuale capace di dare luogo anche

---

<sup>3</sup> Cfr. Trib. Piacenza, decreto del 7 ottobre 2008 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

ad eventi pregiudizievoli per il patrimonio del soggetto finanziato, ulteriori rispetto a quelli tipici che colpiscono solitamente i terzi i quali, ingannati dalla suddetta apparenza, contrattino o continuino a contrattare con la società (ipotesi cui si riferiscono le argomentazioni della Suprema Corte in tema di difetto di legittimazione attiva da parte del curatore), e nella fattispecie in esame si è proprio al cospetto di un danno che si assume direttamente subito dalle società fallite che sono divenute strumento attraverso il quale C. T., A. P. in concorso con B. Antonio, sono riusciti ad ottenere ingenti risorse finanziarie distratte in gran parte a loro vantaggio”.<sup>4</sup>

Va richiamata anche la pronuncia del Tribunale di Rovereto da parte del quale si è affermato che “... del tutto diverse ed autonome sono invece le fattispecie di responsabilità in cui il danno non è originato dall'erogazione abusiva del credito in quanto tale, per aver creato una falsa apparenza di solvibilità del debitore, ma dalla sua successiva illecita utilizzazione per aver consentito ad un'impresa in realtà insolvente di mantenersi artificialmente sul mercato, in violazione alle regole che vietano l'esercizio dell'impresa in danno dei creditori (cfr. art. 217, comma 1 nr. 3 e 4e 224 l.f.), così aggravando il dissesto, con pregiudizio in primo luogo della società finanziata e poi anche della massa dei creditori. In tal caso, in realtà, la responsabilità della banca per "abusivo esercizio del credito" si configura come un'ipotesi di concorso nella responsabilità per *mala gestio* degli amministratori, fonte della responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c., in riferimento alla quale non vi è ragione alcuna di escludere la legittimazione attiva del curatore fallimentare, essendo ravvisabile un diritto al risarcimento del soggetto finanziato al quale il curatore può succedere (cfr. infatti, Cass., 01.06.2010, nr. 13413, rv. 613407, la quale si pone in linea di perfetta continuità con la pronuncia delle Sezioni Unite in precedenza citata, proprio in ragione della diversità delle fattispecie di responsabilità oggetto della domanda nei due casi; la netta differenza delle due domande è ribadita anche da Cass., 23.07.2010, nr. 17284). Nei casi più gravi è addirittura ravvisabile un concorso nei reati di bancarotta fraudolenta e/o preferen-

---

<sup>4</sup> Cfr. Trib. Messina, 2 settembre 2008, in Nuova giust. civ. comm., 2009, pag. 864 ss.

ziale tra gli amministratori della società fallita e funzionari bancari (come avvenuto nel caso deciso da Cass., nr. 13413/2010 cit.), in riferimento al quale la banca deve rispondere a norma dell'art. 2049 c.c.”.<sup>5</sup>

Da parte del Tribunale di Parma<sup>6</sup> - in una complessa motivazione - si è affermata la legittimazione attiva in capo agli organi della procedura con riferimento alle vicende Parmalat.

Il Tribunale emiliano ha ricostruito la vicenda del gruppo Parmalat, nel modo seguente: “... Il gruppo Parmalat era insolvente ed aveva un patrimonio netto negativo già nel 1990 da allora in avanti ha aggravato il proprio dissesto che ha raggiunto al 31 dicembre 2003 la cifra di E. 13.140.382.000. Tra gli intermediari che hanno consentito al gruppo insolvente di aggravare il proprio dissesto rientra JPM, che avrebbe operato quale *lead manager* o *co - lead manager* nell'attività di strutturazione, sottoscrizione a fermo e collocamento di obbligazioni emesse dal gruppo Parmalat dal 1997 al 2001 per un totale di 18 emissioni e di un complessivo ammontare di oltre E. 4.689,3 milioni. Tale attività, posta in essere dalle convenute in concorso con gli ex amministratori, sindaci e dirigenti delle società poi entrate in amministrazione straordinaria, avrebbe determinato l'aggravamento del dissesto del gruppo Parmalat, sia per gli oneri finanziari prodotti e di cui le società hanno sostenuto il costo precedentemente al default, sia perché successivamente ad esso quelle emissioni hanno gravato sul patrimonio del gruppo Parmalat come un debito liquido ed esigibile, che ne aggrava il dissesto (v. citazione sub pagg. 44 e 45). Inoltre, ed a prescindere dall'aggravamento del dissesto, i fatti addebitati avrebbero determinato la consumazione di parte relevantissima del patrimonio delle attrici e avrebbero comportato il differimento nel tempo della dichiarazione di fallimento consentendo l'effettuazione di taluni pagamenti preferenziali cui le convenute avevano interesse, con pregiudizio del restante ceto creditorio (v. citazione sub pagg. 93 e 94). La fattispecie sarebbe inquadrabile dal punto di vista penale nella disciplina della bancarotta ed in particolare nell'ipotesi di cui all'art. 217 n. 4 L.F. e dal punto di vista civilistico nelle ipotesi di cui agli artt. 2043 e 2055 cc essendo il dissesto del gruppo

---

<sup>5</sup> Cfr. Trib. Rovereto, 6 agosto 2012 in banca dati Giuffrè.

<sup>6</sup> Cfr. Trib. Parma 10 gennaio 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)

Parmalat e l'insostenibilità dell'indebitamento creato dalle operazioni per cui è causa noti e comunque riconoscibili per le convenute, sia per la specifica professionalità che va loro richiesta in quanto primari operatori sul mercato dei capitali di debito, ma anche in ragione della disciplina normativa e di prassi che esigeva il massimo grado di accuratezza, diligenza e professionalità nella verifica dei presupposti delle operazioni, primo tra tutti la solvibilità dell'emittente e del garante”.

Evidenzia a questo proposito il Tribunale di Parma come “... se le convenute avessero svolto le necessarie verifiche con la dovuta professionalità, sarebbe emerso che il gruppo Parmalat versava in stato di dissesto e comunque non era in grado di sostenere l'onere finanziario delle emissioni programmate, e ciò sulla base di una serie di elementi descritti in citazione da pag. 58 ad 87 ed in particolare alla luce della dimensione e della frequenza delle operazioni in questione. Il danno derivante alle attrici consisterebbe nell'indebitamento generato dalle emissioni sottoscritte e collocate dalle convenute quale *lead managers* o *co-lead managers* e pari ad E. 4.400.796.402,94 e veniva quindi domandata la condanna di queste ultime al risarcimento per tale importo”.

Esaurita tale premessa, con riferimento alla legittimazione attiva degli organi della procedura, da parte del Tribunale di Parma si sottolineava come “... Un *obiter dictum* della pronuncia delle Sezioni Unite e più volte richiamato dalle convenute a sostegno del proprio assunto ha escluso la possibilità di riconoscere un diritto di credito verso il proprio contraente ed in capo alla società abusivamente finanziata nascente da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei propri rappresentanti. Tale *dictum* tuttavia concerne un'ipotesi differente da quella oggetto del presente giudizio e che riguardava non un danno al patrimonio della società mai dedotto, ma la creazione di una falsa opinione nel mercato alla quale concorsero sia la banca finanziatrice che la società finanziata, sicché, avendo entrambe consapevolmente dato vita all'illecito, rispondono nei confronti dei terzi senza potere invocare il disposto di cui all'art. 1227 cc. Nel caso in esame invece è stata allegata dalle attrici un'azione risarcitoria promossa contro il terzo che concorrendo con i propri amministratori abbia cagionato un danno al patrimonio della società aggravandone il dissesto. Ciò determina la titolarità del rapporto

dal punto di vista passivo sia degli amministratori in forza dell'art. 2393 cc, sia di coloro che abbiano concorso nell'illecito ai sensi dell'art. 2055 c. c. Una recente sentenza della Cassazione (Cass. 1343/2010) ha sottolineato che sussiste un orientamento giurisprudenziale dalla stessa condiviso che legittima il curatore del fallimento a fare valere la responsabilità di terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza (Cass. 5028/2000) e tale azione è un ordinario credito risarcitorio da illecito che, atteso il suo contenuto patrimoniale, non rientra tra i beni ed i diritti di natura strettamente personali esclusi dall'esecuzione concorsuale (Cass. 3115/1982)".

Il Tribunale di Parma osservava infine che "... se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai criteri che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento, che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, configurandosi a carico dei responsabili del danno un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto per la sua totalità ad uno solo dei coobbligati con azione separata, non sussistendo nei confronti dei coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Non assume alcun rilievo che nel caso in esame (e come era avvenuto nella fattispecie trattata da Cass. 1343/2010) non sia stata accertata penalmente la responsabilità del funzionario della banca per concorso in bancarotta in quanto, per costante giurisprudenza, la risarcibilità del danno non patrimoniale a norma dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 185 c.p., non richiede che il fatto illecito integri in concreto un reato, essendo sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente preveduto come tale e sia, pertanto, idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale, sicché, ai fini del risarcimento di detto danno, l'inesistenza di una pronuncia del giudice penale non costituisce impedimento all'accertamento da parte del giudice civile della sussistenza degli elementi costitutivi del reato (Cassazione civile, sez. 11, 19/10/2007, n. 22020)".

Con riferimento al "merito" della domanda relativa alla sussistenza dei danni in capo all'azienda finanziata si evidenziava da parte del Tribunale emiliano come "... Le convenute hanno inoltre dedotto che le operazioni di finanziamento de quo sarebbero "neutre" e per definizione non possono costituire una fonte

di danno per il soggetto a cui favore il finanziamento è stato erogato e a supporto di tale tesi hanno richiamato un precedente giurisprudenziale di merito. L'assunto non è condivisibile se si considera che il credito ricevuto da un imprenditore che si trova in una situazione di insolvenza solo apparentemente e sulla scorta di un atteggiamento semplicistico può determinare tout court un arricchimento, mentre in realtà l'incremento è solo apparente perché bilanciato completamente dall'obbligo di restituire la somma ricevuta aumentata di interessi, oneri, spese, ecc. L'effetto finale, nel caso in cui il finanziamento sia palesemente improduttivo perché non suscettibile di impiego utile nell'azienda, è un depauperamento del patrimonio sociale e quindi una lesione all'integrità del patrimonio del debitore. Nel caso di finanziamento di un'impresa insolvente, infatti, nella stragrande maggioranza dei casi i capitali acquisiti difficilmente vengono indirizzati in impieghi produttivi, ma vengono solitamente dispersi. L'aumento del passivo quindi si risolve in una perdita concreta ed effettiva dei corrispondenti valori dell'attivo e il finanziamento dell'impresa insolvente comporta effetti del tutto negativi ed antieconomici in quanto questa prosegue nell'attività e nella produzione che inevitabilmente viene a causare solo perdite non bilanciate da utili”.

Concludeva il Tribunale di Parma affermando che “... Il danno così causato all'impresa poi fallita deve pertanto essere inteso quale danno alla sua integrità patrimoniale e la legittimazione all'azione da parte del curatore poggia sulla considerazione che si tratta di un'azione che fa parte del patrimonio sottoposto a liquidazione in quanto volta a rimuovere una sua lesione. Il giudizio a questo punto deve proseguire, come da separata ordinanza, al fine di accertare la effettiva sussistenza del danno lamentato dalle attrici assegnando i termini ex art. 184 cpc (vecchia formulazione) come richiesto da parte attrice”.<sup>7</sup>

La soluzione da ultimo richiamata ha trovato conferma anche in una pronuncia del Tribunale di Milano nella procedura “I viaggi del Ventaglio”<sup>8</sup>: a fronte dell'eccezione di carenza di legittimazione attiva dei curatori fallimentari ad esercitare nei confronti della banca finanziatrice l'azione risarcitoria per il danno

<sup>7</sup> Cfr. cfr. Trib. Parma, 10 gennaio 2013, cit.

<sup>8</sup> Cfr. Trib. Milano – sezione specializzata in materia di impresa, 26 febbraio 2016, est. Mambriani, in [www.ilsocietario.it](http://www.ilsocietario.it).

derivante da abusivo ricorso al credito, il giudice milanese ha richiamato proprio quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza a SS.UU. n. 7029 del 2006, ai paragrafi “3 b” e “3 c” e sulla base di tali precedenti ha sottolineato come - nella fattispecie concreta - il curatore non aveva esercitato un’azione del tipo oggetto dei giudizi di legittimità in quanto “... in questo processo l’attore non ha dedotto che il credito sia stato ottenuto .... in assenza dei parametri previsti per l’erogazione dalle regole bancarie, né ha dedotto che l’abusivo ricorso al credito abbia generato un’apparente solvibilità ..... e che tale apparenza avrebbe indotto i creditori (successivi) ad erogare (ulteriore) credito, così rimanendo pregiudicati dall’emergere della (preesistente) insolvenza della società sovvenuta. In questo processo invece – come emerge chiaramente dagli atti di parte attrice, il cui contenuto è stato sintetizzato in parte introduttiva della presente motivazione e nella parte iniziale del presente capitolo VIII – l’attore ha esercitato un’azione risarcitoria chiedendo alla banche in tesi concorrenti con gli (innominati e non identificati) amministratori di ..... il ristoro del presunto danno consistente nell’aggravamento del dissesto prodottosi dopo il momento in cui essi avrebbero dovuto chiedere il fallimento in proprio (art. 217 n. 4 l.f.), ovvero il danno in tesi derivante dalla prosecuzione con modalità non conservative dell’attività della società dopo la perdita del capitale (art. 2486 c.c.)”.

Evidenziava il Tribunale di Milano come si “... tratta perciò in primis di azioni contrattuali – sebbene il concorso delle banche nell’illecito causativo di danno sia qualificabile in termini di responsabilità extracontrattuale - in quanto deducono la responsabilità degli amministratori della società verso la società stessa (alla quale sono legali da rapporto pacificamente contrattuale), per un danno, ipotizzabile in astratto, al suo patrimonio”, per poi specificare in modo destramente condivisibile alla luce delle premesse sopra esposte, che “... il relativo danno, proprio perché consistente nell’aggravamento del dissesto o nei negativi risultati economici della prosecuzione dell’attività della società - risultati di necessità sinteticamente intesi – è un danno che si produce innanzi tutto sul patrimonio sociale e che ricade indirettamente ed indistintamente su tutti i creditori, traducendosi nella diminuzione della massa attiva, posta genericamente a loro garanzia e disponibile al riparto, sicchè, per questo aspetto, le

azioni direttamente riconducibili al disposto degli art. 217 n. 4 e 2486 c.c. sono inquadrabili nella categoria delle azioni ex artt. 2394 (e 2394 bis) c.c. e non già ex art. 2395 c.c.”

Concludeva il Tribunale di Milano affermando che “... si tratta dunque di azioni che indiscutibilmente rientrano nel disposto dell’art. 146 comma 6 lett. A) l.f. al cui esercizio il curatore è per legge legittimato”.<sup>9</sup>

La sussistenza della legittimazione attiva in capo al curatore veniva affermata anche da parte del Tribunale di Prato che in ordine a tale particolare aspetto così motivava: “...Il fondamento normativo della *legitimatio ad causam* della Curatela è costituito, in questo caso, dalla previsione dell'art. 146, comma 2, lettera a), legge fall. che attribuisce al curatore, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, l'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori della società fallita. .... La disposizione citata, sebbene di frequente applicata alle azioni di responsabilità nei confronti dell'organo gestorio delle società di capitali (cfr. artt. 2393, 2394 e 2395 c.c., art. 2476 c.c.), non reca in sé alcuna esclusione in relazione alle società di persone, stante la sua ampia e generica formulazione che non offre le basi per un'interpretazione restrittiva. Se è vero che, in concreto, l'azione in questione non viene di norma esercitata dal curatore nei confronti degli amministratori delle società di persone perché questi ultimi coincidono con i soci illimitatamente responsabili che, con il fallimento della società, falliscono a loro volta e perdono la legittimazione processuale rispetto ai rapporti a contenuto patrimoniale, è altrettanto vero che, al di là di questo ostacolo "di fatto" all'esercizio di un'azione di responsabilità da parte del curatore nei confronti degli amministratori di società di persone — ostacolo peraltro non assoluto, essendo dibattuta la possibilità, nelle società di persone, di nominare un amministratore estraneo alla compagine sociale -, dal punto di vista teorico, non vi sono ragioni per escludere tale legittimazione: non potrebbe invocarsi, per esempio, l'assenza di personalità giuridica e l'indistinguibilità tra società e soci perché, da un lato, il disposto di cui all'art. 2260, comma 2, c.c., dettato per le società semplici, ma applicabile anche alle società in nome collettivo e alle società in accomandita semplice

---

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Milano, cit. pag. 73.

ex artt. 2293 e 2315 c.c., prevede espressamente la responsabilità degli amministratori nei confronti della società; dall'altro, la società di persone, pur se sprovvista di personalità giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e di imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci stessi (cfr. ex multis, Cass., Sez. I, Sentenza n. 1261 del 25/01/2016; Cass., Sez. I, Sentenza n. 26012 del 12/12/2007). D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità, con la sentenza della Prima Sezione, n. 13413 del 1/06/2010, richiamata dall'attrice, sulla quale si tornerà tra poco, ha espressamente affermato, pur pronunciandosi sull'azione ex art. 2393 c.c., che la legittimazione del curatore ad agire nei confronti della banca finanziatrice che ha concorso con l'illecito dell'amministratore non viene meno a causa del mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele. 3.1.4. È opportuno precisare che, secondo un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, la legittimazione attiva del curatore rispetto alle azioni di responsabilità ex art. 146 legge fall., racchiude, in sé, le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c., cioè sia l'azione sociale che l'azione dei creditori, ed è diretta alla reintegrazione del patrimonio della fallita. Tale principio ben può essere esteso all'azione di responsabilità dei creditori di una società di persone, quest'ultima configurabile applicando in via analogica l'art. 2394 c.c., oppure in base alla regola generale di cui all'art. 2043 c.c.. A ciò consegue che la qualificazione giuridica che s'intenda dare all'azione di responsabilità richiamata dall'attrice — come azione della società o dei creditori — non incide sulla legittimazione attiva del curatore fallimentare”.

Esaurita tale premessa da parte del Giudice di Prato si giungeva all'ulteriore conseguenza, affermando che se deve essere riconosciuta, - in astratto - la legittimazione del curatore ad esercitare l'azione di responsabilità sociale o dei creditori contro gli amministratori di una società di persone, allo stesso modo “.... dev'essere affermata la legittimazione dello stesso ad agire nei confronti delle Banche odierne convenute per avere queste ultime, secondo la prospettazione dell'attrice, concorso nella responsabilità dell'organo gestorio”.

Osservava il Tribunale di Prato come “.... Tale convincimento è in linea con il principio affermato dalla pronuncia sopra citata, secondo cui il curatore è legittimato ad agire, ai sensi

dell'art. 146, legge fall., in relazione all'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società. Tale condivisibile affermazione si fonda, nella motivazione della sentenza della S.C., da un lato, sul rilievo per cui il curatore può proporre domanda di risarcimento del danno derivante dalla dichiarazione di fallimento nei confronti di un terzo al cui comportamento illecito sia addebitata la verifica dello stato di insolvenza anche per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza (cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza del 18/04/2000 n. 5028), perché così facendo, si limita ad azionare un credito risarcitorio da illecito che, atteso il suo contenuto patrimoniale, non rientra tra i beni ed i diritti di natura strettamente personale esclusi dall'esecuzione concorsuale ai sensi dell'art. 46, n. 1, legge fall. ed è anch'esso acquisito alla massa attiva del fallimento (così Cass., Sez. 1, Sentenza del 20/05/1982 n. 3115); dall'altro, sull'assunto secondo cui, sia in tema di responsabilità contrattuale che responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità e il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento, che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, configurandosi a carico dei responsabili del danno, un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per la sua totalità, ad uno solo dei coobbligati con azione separata, non sussistendo nei confronti di coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio necessario”.

Peraltro, il Tribunale di Prato non si sottraeva alla confutazione di alcune obiezioni mosse a tale soluzione, evidenziando come la soluzione secondo cui il *decisum* della Corte di Cassazione sarebbe stato influenzato dalla peculiarità della fattispecie concreta, in cui l'amministratore della società fallita e il direttore della filiale della banca erano stati condannati in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito.

Osservava il Tribunale come “... leggendo la motivazione della sentenza citata, infatti, si evince chiaramente che i giudici di legittimità hanno richiamato la condanna penale solo per ricavarne, da essa, la condotta dell'amministratore di cui all'art. 2393

c.c., in cui la banca aveva concorso, così da poter affermare il principio di diritto sopra esaminato (pur concludendo, alla fine, che non avendo il curatore prospettato nel giudizio di merito quella fattispecie, il ricorso doveva essere rigettato). La pronuncia citata, come evidenziato dalle convenute, ha espressamente fatto salvo il principio, affermato da Cass., Sez. UU, Sentenza n. 7029 del 28/03/2006, secondo cui il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida, sul presupposto, da un lato, che la funzione del curatore è quella di conservare il patrimonio del debitore, come sua garanzia generica, attraverso l'esercizio delle così dette azioni di massa, dirette ad ottenere la ricostituzione del patrimonio predetto e caratterizzate dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo; dall'altro, che siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente, in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.. Nel caso in questione, tuttavia, la Curatela (cfr. § 4.1) non ha esercitato di un'azione volta a tutelare il singolo creditore, bensì un'azione fondata sul concorso delle Banche convenute nella responsabilità dell'amministratore nei confronti della società”.

La conclusione cui giungeva il Tribunale di Prato è – pertanto – nel senso già anticipato e quindi che “... Il principio affermato dalle Sezioni Unite n. 7029/2006, sopra citate, non può essere invocato nemmeno per escludere la legittimazione attiva della Curatela in relazione alla domanda di risarcimento del danno derivante dalla responsabilità "diretta", contrattuale ed extracontrattuale, di ..., nei confronti della fallita. Secondo la prospettazione dell'attrice, infatti, l'azione proposta è finalizzata a tutelare un credito risarcitorio facente capo alla società fallita che non attiene a diritti o beni di natura strettamente personale ex art. 46, comma 1, n.1, legge fall. e che, quindi, rientra tra "i rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento" (art. 43, comma 1,

legge fall.) oggetto di controversie nelle quali sta in giudizio il curatore in sostituzione del soggetto fallito. Si tratta, pertanto, di una domanda che il fallito avrebbe potuto proporre prima della dichiarazione di fallimento, non annoverabile tra le azioni di massa, derivanti dal fallimento, ma che, non per questo, non può essere proposta dalla Curatela. .... Come già detto, costituisce un principio consolidato della giurisprudenza di legittimità quello per cui l'azione di responsabilità sociale, esperita dal curatore nei confronti degli amministratori a norma dell'art. 146, legge fall. racchiude, in sé, le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c. ed è diretta alla reintegrazione del patrimonio della fallita. Questo principio ben può essere esteso al caso che ci riguarda, sebbene non possano essere richiamate le disposizioni appena citate, venendo in rilievo piuttosto, come si è visto, l'art. 2260 c.c., quale fondamento dell'azione sociale di responsabilità e, in via analogica, l'art. 2394 c.c. oppure l'art. 2043 c.c., in relazione all'azione di responsabilità dei creditori".<sup>10</sup>

Ancora da parte del Tribunale di Milano<sup>11</sup> - rigettando le eccezioni di carenza di legittimazione attiva nei confronti del curatore fallimentare - si è affermato che il curatore fallimentare è legittimato ad agire ai sensi dell'art. 146 l.fall. in correlazione con l'art. 2393 cc nei confronti della banca, ove la posizione a questa ascritta sia di **terzo responsabile solidale** del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'**abusivo ricorso al credito** da parte degli amministratori della società stessa, precisando poi che alla **responsabilità delle banche** a titolo di **concorso** in atti di *mala gestio* degli amministratori è applicabile la disciplina di cui all'art. 1310 cc in materia di obbligazioni solidali, in virtù della quale gli atti con i quali il creditore interrompe la **prescrizione** contro uno dei debitori in solido hanno effetto riguardo agli altri condebitori.

Va richiamata anche la recente pronuncia del Tribunale di Bologna<sup>12</sup> per l'articolata motivazione.

---

<sup>10</sup> Cfr. Trib. Prato, 15 febbraio 2017, n. 152/2017, in *Il societario*, 19 aprile 2017, con nota di Cerisoli La responsabilità solidale della banca con gli amministratori della società fallita per ricorso abusivo al credito.

<sup>11</sup> Cfr. Tribunale di Milano – Sezione Imprese - 22 maggio 2017, sent. n. 5762, in *Il fallimentarista*, con nota di Fossati.

<sup>12</sup> Cfr. Tribunale Bologna sez. IV, 13 luglio 2017, n 1508, Pres. Fiorini, est. Salina, inedita.

Da parte del tribunale emiliano si osservava – nella citata sentenza - come la questione della legittimazione attiva del curatore fosse fondata in relazione soltanto ad alcuni dei titoli di responsabilità dedotti dall'attore. Premetteva il Tribunale di Bologna osservando che "... la "legitimatio ad causam" attiva consiste nella titolarità del potere di promuovere un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la deduzione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con la conseguenza che, fondandosi la legittimazione ad agire, quale condizione all'azione, sulla mera allegazione fatta in domanda, una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea solo quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come proprio (v. ad es. Cass. Civ. Sez. III n. 14468/2008). Con specifico riferimento alla legittimazione ad agire del curatore fallimentare, occorre distinguere il caso in cui questi eserciti l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società a titolo di mala gestio, eventualmente in concorso con terzi estranei, da quello in cui agisca nei confronti di terzi per un diverso profilo di responsabilità (ad es. per abusiva concessione di credito). Nel primo caso, l'azione di responsabilità esercitata dal curatore ex art. 146, comma II L.F. cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma, quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali, implicandone una modifica della legittimazione attiva, ma non dei presupposti”.

Il Tribunale bolognese richiamava la giurisprudenza delle SS.UU., secondo cui "...nel sistema delineato dalla legge fallimentare, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c. d. di massa, finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo" (v. anche Cass. Civ. n. 13412/2010; Cass. Civ. n. 17284/2010). Nel caso di specie, la curatela attrice ha, come sopra esposto, esperito tre distinte azioni di responsabilità: quella da abusiva concessione

del credito, quella per violazione dei doveri di buona fede e di protezione verso il sovvenzionato integrativi del contratto di finanziamento e, infine, quella da concorso della banca nella mala gestio degli amministratori per aggravamento del dissesto. In relazione ai predetti titoli di responsabilità, il Fallimento attore ha profuso un notevole sforzo al fine di inquadrare le rispettive azioni tra quelle finalizzate alla reintegrazione del patrimonio sociale e, quindi, al ripristino/salvaguardia della generale garanzia patrimoniale, anche a tutela delle ragioni dei creditori indistintamente considerati. Orbene, le argomentazioni svolte sul punto dall'attore non sono, tuttavia, condivisibili con riferimento tanto all'azione di responsabilità da abusiva concessione del credito, quanto a quella per violazione dei doveri di buona fede e di protezione del sovvenzionato discendenti dal contratto di finanziamento inter partes. Infatti, in *subiecta materia*, il Collegio, in assenza peraltro di più convincenti argomenti, ritiene di aderire pienamente al consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo cui il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (in particolare la banca), l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti d'impresa economicamente valida, perché nel sistema della legge fallimentare la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni di massa finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica e aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo, al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 c.c., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, giacché, per un verso, il danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità (essendo ipotizzabile che creditori aventi il diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto pregiudizio dalla continuazione dell'impresa), e, per altro verso, la posizione dei singoli creditori, quanto ai presupposti per la configurabilità del pregiudizio, è diversa a seconda che siano antecedenti o successivi all'attività medesima (Cass. Sez. U. 28 marzo 2006, n. 7029, n. 7030 e n. 7031; conformi Cass. 23 luglio 2010, n. 17284, 1 giugno 2010,

n. 13413 e 13 giugno 2008, n. 16031). I principi sopra enunciati sono stati di recente ribaditi dalla Corte di legittimità, che, con le pronunce dell'aprile e maggio 2017, sentenze n. 9983/2017 e n. 11798/2017, ha confermato espressamente l'orientamento indicato nelle sentenze in precedenza richiamate, rilevandone anche la coerenza con "la linea di tendenza che emerge dalle recenti riforme della materia fallimentare". Sul punto, la Corte di Cassazione ha pure affermato il principio secondo cui ogni pretesa che, pur riguardando il patrimonio del fallito, allega a fondamento un illecito da questo subito, sfugge alla logica dell'universalità e della concorsualità, tipiche delle azioni esecutive di massa, evidenziando, altresì, il carattere eccezionale della doppia legittimazione ad agire del creditore e del curatore, nonché il carattere non sostitutivo della legittimazione di quest'ultimo rispetto a quella del primo. L'affermata carenza di legittimazione attiva in capo al curatore in ordine alla responsabilità risarcitoria degli istituti di credito per abusiva concessione del credito comporta, stante l'*eadem ratio*, identica decisione anche in relazione all'ulteriore profilo di responsabilità, di natura contrattuale, per violazione dei doveri di buona fede e di quelli di protezione del sovvenzionato, atteso che la relativa azione si fonda pur sempre su circostanze di fatto e ragioni di diritto afferenti il rapporto di finanziamento *inter partes* dal cui inadempimento o inesatto adempimento, per le ragioni in precedenza esposte, può semmai derivare pregiudizio ai creditori *uti singuli*, la cui valutazione va condotta analiticamente, diversificando caso per caso".

Peraltro, il Tribunale di Bologna esamina la legittimazione della curatela anche sotto l'aspetto del "... soggetto subentrato, ex art. 43 L.F., nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore, evidenziando come "... Tale prospettazione, tuttavia, postula che la concessione del credito, asseritamente abusiva, abbia, di per sé, provocato al patrimonio dell'impresa un danno diretto ed immediato e che, quindi, prima della dichiarazione di fallimento, l'imprenditore avesse già maturato la titolarità del diritto alla reintegrazione del proprio patrimonio attraverso l'azione risarcitoria già, in quella fase, proponibile. Nella fattispecie in esame, tuttavia, la concessione asseritamente abusiva del credito non è configurata dall'attore quale fatto, in sé e per sé, direttamente ed immediatamente causativo di danno al patrimo-

nio della società, né essa, in astratto, da sola, può esserlo trattandosi di strumento attraverso il quale vengono immesse in società nuove risorse finanziarie, ma è allegata quale condotta che, in concreto, avrebbe consentito all'impresa, ormai decotta, di proseguire l'attività caratteristica, a sua volta, produttiva, per mala gestio degli amministratori, di ulteriori perdite, costi ed oneri economici, quali dirette ed immediate conseguenze dell'attività gestoria non propriamente conservativa dei suoi amministratori. Sulla scorta di tali allegazioni, potrà semmai configurarsi la diversa responsabilità della Banca a titolo di concorso, per il tramite dei suoi funzionari, nella mala gestio degli amministratori della società finanziata, ma non anche quella da concessione abusiva del credito. Ne consegue che, anche sotto il peculiare profilo sopra trattato, all'odierno attore non può essere riconosciuta l'invocata legittimazione ad agire nei confronti del terzo per abusiva erogazione di finanziamenti”.

Osserva ancora il Tribunale di Bologna – giungendo ad affermare la legittimazione della curatela - come “.... Il tema da ultimo trattato consente, però, di introdurre la questione della legittimatio ad causam del curatore con riferimento al terzo titolo di responsabilità allegato dalla curatela attrice. Come esposto in premessa, il Fallimento attore, sin dal proprio atto introduttivo, ha prospettato la responsabilità della Banca convenuta (anche) per violazione del dovere di *neminem laedere*, ex art. 2043 c.c., in concorso, ex art. 2055 c.c., con gli amministratori della società allora in bonis, implementando e specificando, successivamente, tale ultimo titolo di responsabilità sub specie di concorso della Banca nei reati di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto (art. 217 L.F.) e/o di ricorso abusivo al credito (art. 218 L.F.) ascritti agli (ex) amministratori di Aeradria s.p.a. In relazione al profilo di responsabilità da ultimo dedotto dalla curatela attrice, l'eccezione sollevata da Banca CARIM, di difetto di legittimazione attiva, risulta infondata. La Corte di legittimità, infatti, già con la sentenza n. 13413/2010, ha riconosciuto al curatore fallimentare la legittimazione ad agire, a norma dell'art. 146 L.F., in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società, senza che possa assu-

mere rilievo il mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele, in quanto, ai sensi dell'art. 2055 c.c., se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile. Siffatti principi sono stati nuovamente enunciati e sviluppati dalla Suprema Corte con le citate sentenze n. 9983/17 e n. 11798/17. In questo caso, il curatore fallimentare, quale successore nei rapporti facenti capo all'imprenditore fallito, deduce a fondamento dell'esperita azione risarcitoria la responsabilità della banca finanziatrice concorrente con quella dell'organo gestorio, postulando, rispettivamente, la violazione dei principi di sana e prudente gestione del credito, da un lato, e, dall'altro, la violazione dei doveri di accorta gestione imprenditoriale”.

Conclude, sulla scorta di tale premessa, il Tribunale bolognese affermando che “...La concessione di finanziamento da parte della banca, ove avventata o, comunque, imprudente, se concorre con una parimenti avventata o imprudente richiesta di credito da parte degli amministratori della società ormai decotta, può, in astratto, contribuire al differimento dell'emersione del dissesto e, quindi, al suo aggravamento prima della dichiarazione del suo fallimento. Ne consegue che, sotto questo specifico aspetto, il curatore fallimentare, alla stregua delle allegazioni svolte in citazione, è, in tesi, legittimato ad agire nei confronti della banca, senza peraltro necessità di esperire, simultaneamente, l'azione, nel medesimo processo, nei confronti degli amministratori”.<sup>13</sup>

Va peraltro evidenziato – al fine di fornire un quadro completo delle soluzioni giurisprudenziali dei giudici di merito – come due pronunce della Corte di Appello di Bologna e della Corte di Appello di Milano negavano la sussistenza della legittimazione attiva in capo al curatore fallimentare.

La sentenza della Corte di Appello di Milano<sup>14</sup> escludeva la legittimazione del curatore nella proposizione dell'azione di risarcimento del danno “diretto” al patrimonio della società fallita in quanto “... *l'azione di massa è caratterizzata dal carattere*

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Bologna sent. cit.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Appello Milano sez. IV, 20 marzo 2015, n. 1229, in [www.ilsocietario.it](http://www.ilsocietario.it).

*indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo e perviene nell'immediato all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno".*<sup>15</sup>

In particolare, la Corte milanese affermava che "... Non appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo a uno o più creditori. Né vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere la specifica pretesa, necessita sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento non essendo sufficiente ad assicurare l'eventuale beneficio la vera appartenenza ad un ceto".

La Corte milanese – pur essendo stato chiesto il risarcimento del danno subito direttamente al patrimonio della società fallita - utilizzava le medesime argomentazioni che la Corte di Cassazione aveva svolto per escludere la legittimazione in capo al curatore quando – tuttavia – era stato chiesto (solo) il risarcimento del danno in capo ai creditori; afferma infatti la Corte milanese: "... quindi, osservato che l'azione risarcitoria in esame, nella sua ontologia costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, analogamente alle azioni che traggono origine atti degli amministratori della società fallita che danneggiano il terzo, ai sensi dell'articolo 2395 c.c. Il danno che deriva da tale attività andrà, comunque, caso per caso valutato nella sua esistenza e nella sua entità, essendo certamente ipotizzabile che creditori, che pure hanno diritto di partecipare al riparto, non abbiano titolo per il risarcimento di cui si tratta per non aver ricevuto danno dalla continuazione dell'attività di impresa. Tale danno, inoltre, si differenzia per ogni creditore a seconda che i crediti siano anteriori o successivi all'attività di abusivo finanziamento atteso che il creditore antecedente potrà dolersi per la partecipazione al riparto dei creditori successivi, mentre questi ultimi potranno dolersi esclusivamente dell'eventuale capienza e solo per questa parte. Deve escludersi, dunque,

---

<sup>15</sup> Sulla delicata problematica dell'individuazione delle c.d. azioni di massa" cfr. Esposito, La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili, in *Fall.*, 2006, pag. 1132; Ferrari, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in *Corr. giur.*, 2006, pag. 437.

che l'azione proposta dall' appellante possa qualificarsi azione di massa e come tale sia riferibile dall'organo rappresentativo della procedura di amministrazione straordinaria”<sup>16</sup>.

La soluzione fornita dalla Corte di Appello di Milano – seppure analitica ed argomentata - non appare convincente: è evidente l’equivoco in cui è caduta la Corte milanese quando - pur rendendosi conto che nel caso concreto veniva chiesto il risarcimento del danno subito dal patrimonio della società fallita (sub specie di aggravamento del dissesto) - afferma come tale danno non sarà comunque risarcibile in quanto, alla causazione dello stesso, hanno contribuito gli stessi legali rappresentanti della società fallita avendo costoro chiesto il finanziamento alla banca.

In particolare, si esclude la legittimazione degli organi della procedura per richiedere i danni arrecati al patrimonio della società evidenziando come da parte della stessa società si sarebbe “... dato luogo all'illecito di cui si discute. In altri termini, l'abuso del credito si è perfezionato mediante la conclusione dei contratti cui la società finanziata ha partecipato, con i suoi organi, a tanto legittimati dai suoi statuti; con la conseguenza che, al più, potrebbe ipotizzarsi una responsabilità di costoro per *mala gestio*, ma questa esclude comunque l’azione risarcitoria in oggetto per la ragione che alcun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente è potuto nascere da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi i rappresentanti. Ragionare diversamente vorrebbe dire ammettere che la banca, dopo aver subito l'azione risarcitoria, e dunque aver conferito alla massa l'equivalente del pregiudizio arrecato, possa, poi, non essendo venuta meno la sua qualità di creditore del fallito, partecipare al riparto della massa così costruita e riprendere quanto versato.

Da parte della Corte milanese si esclude – pertanto - il diritto degli organi fallimentari ad esercitare ex art. 43 l.f. in diritto risarcitorio a seguito del danno conseguente all'abuso di credito in quanto appare “... indubitabile che l'imprenditore abbia partecipato (sia pure nel ruolo di richiedente) ai contratti di finanziamento che hanno dato luogo all'asserito abuso di credito, né la sua richiesta di finanziamento può essere ritenuto atto estraneo

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte Appello di Milano cit.

alla concessione di credito per il fatto che la valutazione sull'opportunità di accoglierla o meno sia stata rimessa alle Banche”.

Tuttavia, con riferimento a tale aspetto appare agevole evidenziare - come peraltro ricordato recentemente dal Tribunale di Milano<sup>17</sup> - che il richiamo al principio di “auto responsabilità” non appare pertinente quando si sia in presenza di atti illeciti e pregiudizievoli commessi dagli amministratori di una società (e di soggetti con essi concorrenti) in danno diretto del patrimonio della stessa, poiché - in tali fattispecie - trova applicazione il principio cardine del nostro ordinamento societario, secondo cui, con riferimento ad atti del genere, non vale il principio di immedesimazione organica e riprende rilievo e vigore la terzietà soggettiva società /amministratori ricavabile dagli artt. 2393 e 2476 c.c.

Pertanto, quando come nel caso di concessione abusiva di credito in cui l'aggravamento del dissesto sia conseguenza diretta della condotta degli amministratori che in concorso con i funzionari di banca abbiano rispettivamente richiesto e concesso finanziamenti che non potevano essere erogati, dovrà trovare applicazione il principio per cui la condotta lesiva dell'organo sociale non è imputabile alla società (ma solo agli amministratori) quando la norma violata sia posta proprio a tutela dell'interesse della persona giuridica.

Tale ultima conclusione appare condivisa da parte di quella giurisprudenza<sup>18</sup> la quale ha efficacemente sottolineato come “... ciò è avvio se si pone mente per un verso al fatto che la società come tale è istituzionalmente “in mano” o “in balia” dei suoi organi – compresi ovviamente quelli di controllo -, e per altro verso, al fatto che imputare alla società il concorso in un danno al proprio patrimonio causato da comportamento illegittimo dei propri amministratori (non evitato da organi di controllo a ciò preposti) significa negare la radice logica della responsabilità gestoria e, dunque, negare un dogma su cui è fondata questa parte dell'ordinamento”.

Del resto - come evidenzia la dottrina - risulta difficilmente invocabile l'art. 1227, comma 1, c.c. in quanto, se si guarda alla

---

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Milano, 25 febbraio 2016, cit. pag. 69.

<sup>18</sup> Cfr. Trib. Milano, ult. cit.

posizione dei terzi creditori danneggiati, potrebbero assumere rilievo, alla stregua di quanto in precedenza osservato, solo quelle ipotesi in cui, nonostante l'erogazione del finanziamento, esistevano elementi idonei a rendere edotti del grave dissesto in cui versava l'imprenditore finanziato.

Nella fattispecie di abusiva concessione del credito l'evento dannoso, vale a dire l'aggravamento della situazione di dissesto, è ascrivibile in via esclusiva alla banca, sulla quale — indipendentemente dalla richiesta del sovvenuto e dal successivo impiego della somma ottenuta — incombeva, la verifica della solvibilità dell'imprenditore al momento dell'erogazione del finanziamento.

La risposta che la Corte Milanese fornisce a tale ricostruzione non può che lasciare perplessi anche e soprattutto perché la Corte dà atto di conoscere il precedente arresto della Corte di Cassazione con la sentenza numero 13413/2010,<sup>19</sup> in cui erano state fornite alcune precisazioni rispetto al contenuto delle sentenze gemelle del 2006 pronunciate da parte delle SS.UU.

---

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 1 giugno 2010 n. 13413, in *Fallimento*, 2010, pag. 306, ed in *Dir.fall.*, 2011, II, pag. 405 con nota di Fava. I principi contenuti nella sentenza n. 13413/2010 devono essere richiamati attesa la loro importanza nella soluzione del problema che è oggetto del presente studio: “... *Con un secondo motivo di appello l'Amministrazione Straordinaria lamenta che il Giudice di Monza abbia errato nella considerazione del ruolo degli amministratori della società Formenti Seleco nei comportamenti illeciti delle Banche convenute. In particolare l'appellante rileva che, contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice impugnato, essa sin dall'atto introduttivo del giudizio aveva sostenuto che "La legittimazione del Commissario straordinario della società Formenti Seleco S.p.A. a richiedere i danni determinati al patrimonio della società dalla abusiva concessione del credito è ancor più chiara se si considera che le ripetute concessioni di credito da parte delle banche convenute sono state poste in essere in concorso tra gli amministratori della società Formenti Seleco S.p.A. e le banche convenute. Ed invero, le banche che, di fronte all'evidente dissesto della società, hanno indotto gli amministratori all'inadempimento dei propri doveri hanno realizzato un'attività illecita ai sensi dell'art. 2043 c.c."*. L'appellante precisa di aver chiarito, sin dall'atto introduttivo di primo grado, che l'illecito degli amministratori della società Formenti Seleco S.p.A. cui hanno concorso le banche convenute consisteva nell'aver proseguito l'attività "in contrasto con il principio dell'illiceità della protrazione nel tempo di un'impresa in stato di decozione desumibile dalle norme penali che sanzionano il compimento di operazioni di grave imprudenza volte a ritardare l'apertura della procedura concorsuale (altri 217 legge fall.), o che punisce l'imprenditore che ricorre o continua a ricorrere al credito dissimulando il proprio dissesto”.

In tale ultima pronuncia - con riferimento alla responsabilità del terzo che ha concorso con l'amministratore della società ai sensi dell'art 2043 e 2049 c.c. – si era riconosciuta la legittimazione ad agire del curatore nei confronti della banca *ex art 2393 c.c.* affermando che *"in relazione a domanda di risarcimento del danno, derivante dalla dichiarazione di fallimento, proposta nei confronti di un terzo al cui comportamento illecito sia addebitata la verifica dello stato di insolvenza il curatore del fallimento è legittimato a far valere la responsabilità dei terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza (sez.3 18-4-2000 n 50289). Invero da tempo questa corte ha chiarito che il diritto al risarcimento del danno dei danni subiti dal fallito che sia fondato su comportamento illecito, contrattuale o extracontrattuale, di un soggetto che si assume aver cagionato la situazione di dissesto determinativa del fallimento, è un ordinario credito risarcitorio da illecito che atteso il suo contenuto patrimoniale, non rientra tra i beni ed i diritti di natura strettamente personale esclusi dall'esecuzione concorsuale ai sensi della L. Fall, art 46 n 1, ed è anch'esso acquisito alla massa attiva del fallimento (sez. I 20/05/1982 n 3115)"*.

Affermava quindi la Corte di Appello richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 13413/2010: *"... Effettivamente la pronuncia citata della Suprema Corte, dopo aver richiamato i principi interpretativi di cui alla citata sentenza numero 7029/2006 Sezioni Unite, ha preso in esame un'ipotesi peculiare, cioè quella in cui tutti gli elementi dell'illecito siano desumibili dalla sentenza penale di condanna dell'amministratore e del direttore della filiale della Banca per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo del credito, ritenendo che il curatore possa far valere, ai sensi dell'art. 146 L.F., in relazione all'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale responsabile solidale del danno cagionato dalla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società e senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione anche nei confronti dell'amministratore infedele. Inutilmente però l'appellante cerca di assimilare l'ipotesi esaminata in tale sentenza con quell'oggetto di causa posto che in questa sede non sussiste alcun accertamento positivo della responsabilità penale di amministratori di Fo. Se. in concorso con direttori delle banche appellate"*.

Pertanto, ad avviso della Corte Milanese, la legittimazione attiva del curatore doveva escludersi – nel caso sottoposto al suo scrutinio - solo perché non sussisteva alcun accertamento positivo della responsabilità penale degli amministratori in concorso con gli istituti di credito, con ciò rendendo - evidentemente - l'esercizio dell'azione penale presupposto e (di fatto) condizione legittimante la presentazione della domanda di risarcimento del danno in sede civile.<sup>20</sup>

Tuttavia la soluzione proposta dalla Corte di Appello di Milano non appare condivisibile in quanto proprio dalla sentenza n. 13413/2010 si ricava un principio chiaramente applicabile nella soluzione del problema della legittimazione del curatore fallimentare, nella parte in cui si afferma che se il danno al patrimonio della persona giuridica sussiste - ed è stato cagionato dagli amministratori in concorso con le banche - il diritto al risarcimento non necessariamente dovrà essere esercitato in sede penale, e ciò in quanto, per le più svariate ragioni, l'illecito penale potrebbe non essere oggetto di accertamento.<sup>21</sup>

Più complessa ed articolata appare la motivazione della Corte di Appello di Bologna, la quale – nel riformare la sentenza del Tribunale di Parma di cui più sopra si è dato conto<sup>22</sup> - è parimenti giunta ad escludere la legittimazione degli organi della procedura.

Da parte della Corte bolognese si dà innanzi tutto atto che le SS.UU. con le sentenze del 2006 non avevano disciplinato il

---

<sup>20</sup> La Corte milanese prosegue poi affermando che "... Peraltro chiaramente la prospettazione dell'appellante, sin dall'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado, non è quella di un'azione svolta ai sensi dell'articolo 146 L.F. in relazione all'articolo 2393 c.c., bensì di un'azione di responsabilità contrattuale e extra contrattuale delle banche convenute per fatti ed operazioni indicate nel medesimo atto introduttivo. E deve sottolinearsi che anche esaminando nel dettaglio i rapporti intrattenuti tra Formenti Seleco e le Banche, così come descritte negli atti di causa, l'appellante ha sempre fatto solo esclusivo riferimento all'avviamento del credito e ad operazioni finanziarie che hanno aumentato l'esposizione debitoria della società senza fare alcun cenno a richieste o comportamenti degli amministratori rilevanti sotto il profilo penale e concorrenti con l'azione del dirigente bancario - eventualmente responsabile degli illeciti - neppure identificato"

<sup>21</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla situazione di morte o sopravvenuta non imputabilità dell'imputato, di amnistia, di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p.

<sup>22</sup> Cfr. Trib. Parma, Parma 10 gennaio 2013, cit.

caso del danno “diretto” al patrimonio della società e, richiamano il precedente costituito dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 13413/2010.

In particolare i giudici bolognesi prendevano atto che “...*Le società del gruppo Parmalat, con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, nell'agire in giudizio nei confronti delle società JP Morgan Securities PLC e JP Morgan Europe Limited non hanno mai prospettato che il comportamento illecito del terzo abbia determinato o concorso a determinare lo stato di insolvenza delle società e che abbia causato il loro fallimento, avendo al contrario dato atto che le società attrici erano insolventi già a partire dagli anni 1990 ed in ogni caso a partire dagli anni 1993-1995 e che in epoca anteriore ai finanziamenti in contestazione le società avevano già un patrimonio netto negativo (per cui non è dato rilevare il significato concreto della contestazione relativa alla diminuzione del patrimonio sociale di fatto già pregiudicato dalla precedente gestione sociale) e non erano in grado di adempiere e di proseguire la propria attività, come più volte ribadito dalle attrici nei propri atti difensivi*”.

Sottolineava quindi la Corte di Appello di Bologna come già “...*in epoca anteriore ai finanziamenti abusivi, le società del gruppo Parmalat versavano in stato di insolvenza per cui l'attività illecita in concreto contestata al terzo, in concorso con gli amministratori della società, sulla base degli stessi fatti allegati da parte attrice in primo grado, "non è fatto anteriore e causativo dello stato di insolvenza" e la condotta contestata di "aggravamento del dissesto" non è "...conforme alla condotta richiesta dalla corte di legittimità di condotta del terzo idonea a determinare lo stato di insolvenza*”.

Nel caso di specie, pertanto, la Corte bolognese escludeva la sussistenza dell'aggravamento del dissesto solo perché il patrimonio della società era già stato integralmente perduto al momento del finanziamento, con conseguenza che nessun danno alla stessa società poteva concretamente configurarsi.

Da parte dei giudici bolognesi, peraltro, si tendeva a far coincidere il danno “diretto” al patrimonio della società finanziata (sub specie di aggravamento del dissesto), con quello subito dai singoli creditori; tale “coincidenza” porta - conseguente - a ritenere che il curatore è privo di legittimazione ad agire con riferimento all'azione a tutela dei creditori sociali sotto il profilo

dell'aggravamento dello stato di dissesto ed al pregiudizio al patrimonio sociale “... non potendosi ritenere in ipotesi di abusiva concessione del credito, analoga alla fattispecie in esame, l'azione promossa verso il terzo per i crediti illegittimamente erogati diretta alla tutela indistinta della massa dei creditori, ma al contrario trattasi di azione volta alla tutela dei singoli creditori danneggiati dalla prosecuzione dell'attività e dall'aggravamento dello stato di dissesto per effetto di detti finanziamenti, come tale esercitabile dai singoli danneggiati, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale e delle argomentazioni già in precedenza indicate.

Sotto questo aspetto si sembra evidente l'equivoco in cui è caduta la Corte bolognese (costituito dalla coincidenza fra danno alla società e danno ai creditori) e come tale soluzione sia superabile se si richiama la - (a nostro avviso) evidente - “natura plurioffensiva” della concessione abusiva di credito, che, come tale, crea un danno a diverse categorie di soggetti.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> In tal senso si richiamano le lucide argomentazioni di Inzitari, L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in Società, 2007, pag. 469; nonché Galletti, Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il “nuovo” curatore fallimentare, in il fallimentarista, secondo cui “... la legittimazione del curatore fallimentare non si riferisce punto ad un (preteso ed implicito) potere di tale soggetto di far valere in giudizio la responsabilità della banca in relazione ad un pregiudizio pari alla sommatoria di tutti i pregiudizi subiti dai singoli creditori dell'imprenditore decotto. La stessa si ricollega piuttosto a quel distinto ed autonomo pregiudizio, uniforme e generalizzato, che investe indiscriminatamente qualsiasi creditore, e che consiste nel protratto ed aggravato depauperamento patrimoniale dell'impresa conseguente alla sua artificiale permanenza nel mercato, resa possibile dell'illecito comportamento dell'istituto finanziatore”; cfr. altresì Milano, Abusiva concessione di credito, tripartizione del danno e legittimazione attiva del curatore, in Il societario, 5 agosto 2015. In particolare, secondo tale dottrina “Dall'abusiva concessione di credito può in astratto generarsi un triplice danno: 1) un danno in capo al singolo creditore, il quale è indotto a contrarre con la società decotta perché confida nell'apparente situazione di solvibilità generata dal finanziamento. Si tratta di un danno individuale, che lede il diritto di credito del singolo e la cui sussistenza va apprezzata caso per caso alla luce della specifica relazione tra il terzo contraente e la società decotta; 2) un danno in capo a tutti i creditori. L'abusiva concessione può causare un danno alla massa dei creditori, ossia un danno patrimoniale indistinto provocato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, che porta con sé l'aggravio del deficit patrimoniale dell'insolvente e, di riflesso, la diminuzione della garanzia generica patrimoniale dei creditori. Se difatti l'insolvenza fosse stata dichiarata prima, i creditori non avrebbero visto aggravarsi la faldicia fallimentare; può parlarsi al riguardo di danno da minor riparto; 3) in capo alla **società**. Il finanziamento abusivo può causare un danno al patrimonio sociale,

## Le soluzioni della giurisprudenza di legittimità'

Se quello sopra sinteticamente riportato è lo stato della giurisprudenza di merito, va evidenziato come successivamente alle pronunce delle SS.UU. del 2006 non sono mancati interventi da parte della giurisprudenza di legittimità in tale delicata materia.

Va innanzi tutto ricordata la già citata sentenza n. 13413/2010 che è stata oggetto di plurimi richiami da parte della giurisprudenza di merito citata; peraltro quello indicato non è l'unico intervento in favore della legittimazione attiva del curatore, in quanto la giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite<sup>24</sup> nel corso del 2017 è giunta a conclusioni molto importanti in ordine al problema che ci riguarda.

Al fine di meglio comprendere la fattispecie decisa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite si rende necessario riepilogare brevemente il caso concreto: la Corte d'appello di Milano si era pronunciata sulle domande di risarcimento dei danni proposte dalla curatela di un fallimento nei confronti degli amministratori della stessa e di altra società in favore della quale erano stati erogati finanziamenti qualificati come ingiustificati ed eseguiti pagamenti contestati come preferenziali nel procedimento penale per bancarotta definito con sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

In particolare da parte dei Giudici milanesi era stata esclusa la legittimazione del curatore del Fallimento a proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita eseguiti in violazione della *par condicio*, affermando che l'azione di responsabilità non potesse essere esercitata dal curatore né ai sensi dell'art. 2393 c.c. né ai sensi dell'art. 2394 c.c. in

---

vuoi per l'evoluzione negativa del patrimonio netto conseguente alla permanenza in vita delle società (evoluzione che si sarebbe arrestata se la società fosse stata tempestivamente dichiarata fallita), vuoi per la diretta incidenza sul deficit patrimoniale degli oneri finanziari (in primis, gli interessi) assunti con il finanziamento. Ci permettiamo infine di rinviare anche a Bersani, La legittimazione del curatore fallimentare nell'azione di responsabilità nei confronti delle banche per la concessione abusiva di credito. La pronuncia delle Sezioni Unite, in *Il fisco*, 2006, 4662 ove si era precisato che il danno patito dal creditore non sarebbe che il riflesso del pregiudizio subito, in primo luogo, dal patrimonio della società.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. SS.UU. 23 gennaio 2017 n. 1641, in *Il Fallimento*, con commento di Fiore, Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale, e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime, ivi pag. 153 ss.

mancanza di una lesione del patrimonio sociale, di cui il pregiudizio subito dai creditori costituiva un mero riflesso.

Si era quindi affermato che la lesione della *par condicio creditorum* conseguente al pagamento preferenziale potesse “... *al limite generare una contesa tra le posizioni soggettive individuali dei singoli creditori ma non anche un pregiudizio per la massa creditoria considerata nel suo complesso, la quale 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 a partecipare al concorso*”.

Peraltro, in parziale riforma della decisione di primo grado, la Corte d'Appello di Milano aveva accolto la domanda di risarcimento dei danni per l'indebita protrazione dell'attività aziendale anche dopo il manifestarsi dell'insolvenza.

La terza sezione civile della Corte di Cassazione, cui il ricorso era stato assegnato, ne aveva chiesto la rimessione alle Sezioni Unite, ritenendo che fosse di particolare importanza la questione relativa alla legittimazione del curatore fallimentare a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita quando costoro abbiano eseguito pagamenti preferenziali.

Con riferimento al primo motivo che ha giustificato la rimessione al giudizio delle Sezioni Unite, la Corte di Cassazione evidenziava come - da parte del fallimento ricorrente - veniva dedotta la violazione degli art. 216 e 240 legge fall., nella parte in cui riconoscono al curatore la legittimazione esclusiva a costituirsi parte civile nel procedimento penale, anche contro il fallito, per i reati previsti nel titolo VI della legge fallimentare, inclusa, dunque la bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, legge fall.), che lede l'interesse della massa al pari trattamento dei creditori.

Il fallimento ricorrente evidenziava - infatti - come pur essendo stata ammessa la costituzione di parte civile nel processo penale a carico degli amministratori della società fallita, era tuttavia rimasto escluso dal procedimento penale in seguito all'ammissione degli imputati al procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, perché l'art. 444 comma 2 c.p.p. prevede che in tal caso, “se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda”.

Da parte del fallimento veniva - pertanto - chiesto alla Corte di Cassazione di verificare se tale azione, necessariamente esercitata in sede civile, potesse essere ricondotta ad una "azione di massa" , in ordine alla quale è sicuramente riconosciuta la legittimazione attiva del curatore.

Al fine di rispondere al quesito la Corte di Cassazione premetteva che nel sistema della legge fallimentare, “...*la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni ed. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo*» (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029, m. 590934)”.

Alla luce di tale premessa da parte della delle SS.UU. veniva affrontata la questione preliminari della natura dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare.

Con riferimento a tale aspetto da parte della Corte di Cassazione si evidenziava come “...*sussiste una piena "sovrapposibilità" tra esercizio dell'azione civile nel processo penale ed esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 2393 e 2394 c.c., come talora si è ritenuto (Cass., sez. V, 16 dicembre 2004, Capozzi, m. 231415), ovvero questa sovrapposizione resti esclusa «già dal rilievo che la prima investe anche il danno non patrimoniale risarcibile, a norma dell'art. 2059 c.c., quando, tra l'altro, il fatto illecito sia appunto astrattamente configurabile come reato*”. (Cass., sez. V, 17 marzo 2016, Lande, m. 267404).

Si precisava poi da parte della Corte di Cassazione che le stesse azioni di responsabilità degli amministratori, benché esperibili cumulativamente dal curatore fallimentare, hanno e mantengono titoli distinti e autonomi; ma il curatore “non potrebbe pretendere di esercitare separatamente tali azioni al fine di conseguire due volte il ripristino del patrimonio della società fallita, cui dette azioni concorrono” (Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13765, m. 601317, Cass., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, m. 638140), precisando quindi come “ l'azione di responsabilità sociale ex art. 2393 c.c. ha natura contrattuale e presuppone un danno prodotto alla società da ogni illecito doloso o colposo degli amministratori per violazione di doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo; l'azione di responsabilità verso i creditori sociali ex art. 2394 c.c. ha natura extracontrattuale e presuppone

l'insufficienza patrimoniale cagionata dall'inosservanza di obblighi di conservazione del patrimonio sociale (Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, m. 519978, Cass., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, m. 623922)”.

La logica conseguenza di questa premessa - secondo le SS.UU. - è che il curatore fallimentare, quando agisce postulando indistintamente la responsabilità degli amministratori, “...fa valere sia l'azione che spetterebbe alla società, in quanto gestore del patrimonio dell'imprenditore fallito, sia le azioni che spetterebbero ai singoli creditori, considerate però quali "azioni di massa" in ragione dell'art. 146 legge fall. (Cass., sez. I, 3 giugno 2010, n. 13465, m. 613663). E il titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2394 c.c. può certamente risultare riferibile anche al danno da reato ex art. 185 c.p.”

D'altro canto, evidenziano le SS.UU. “... la fattispecie astratta di reato è configurabile anche nei casi in cui la colpa sia addebitata per non aver fornito la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c., sicché anche alla responsabilità contrattuale può cumularsi la responsabilità per danno morale (Cass., sez. L, 3 febbraio 2015, n. 1918, m. 634611, Cass., sez. L, 24 febbraio 2006, n. 4184, m. 587299). Ne consegue che anche per la responsabilità da reato può aversi una responsabilità concorrente, sia contrattuale sia extracontrattuale, degli amministratori della società fallita, perché a entrambe può essere ricondotto anche il danno lamentato ex art. 185 c.p. e art. 2043 c.c.”.

L'applicazione di tali principi al “sistema delle azioni” esercitabili dal curatore per il recupero dell'integrità patrimoniale della società fallita, porta all'enunciazione del successivo e fondamentale principio, secondo cui a ... questa concorrenza di titoli di responsabilità corrisponde una legittimazione unitaria del curatore fallimentare sia in sede penale sia in sede civile per tutte le azioni esercitabili nei confronti degli amministratori”.

Peraltro, i principi sopra indicati vengono ribaditi anche in altra parte della pronuncia delle Sezioni Unite, in cui vengono confutate le argomentazioni utilizzate dal giudice di merito per negare la legittimazione attiva del curatore; a tale fine si evidenzia come “... il disconoscimento della legittimazione attiva del curatore fallimentare da parte dei giudici del merito si fonda sull'assunto che il pagamento preferenziale possa arrecare 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”.*

La conclusione cui giungono le Sezioni Unite è – pertanto – nel senso che *“si tratta tuttavia di assunto palesemente erroneo, perché 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 falce fallimentare. Tanto che, secondo la giurisprudenza di questa 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, 1 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)”.*

Osservava infine la Corte di Cassazione come *“... 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”.*

L'accoglimento del primo motivo di ricorso è quindi avvenuto da parte della Corte di Cassazione enunciando il seguente principio di diritto la cui applicazione appare – a nostro avviso – rilevantissima nelle cause di risarcimento danni per concessione abusiva di credito con riferimento all'aspetto della sussistenza della legittimazione attiva: “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”.<sup>25</sup>

Tale soluzione ha trovato conferma anche in una successiva sentenza della Corte di Cassazione,<sup>26</sup> la quale ha ribadito che è legittimata ad agire la Curatela fallimentare nei confronti della banca che si assuma responsabile di avere danneggiato il patrimonio della società fallita, in concorso con gli amministratori di quest'ultima, per avere erogato credito in condizioni di accertata perdita del capitale sociale, ed in carenza di adeguata valutazione del merito creditizio.

L'importanza di tale pronuncia è anche con riferimento alla precisazione che “Il danno può essere liquidato mediante l'applicazione del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali”.

Nel caso da ultimo richiamato la curatela fallimentare aveva agito in giudizio nei confronti degli amministratori di una società fallita e di alcune banche, imputando a tutti i soggetti, in concorso fra di loro, la responsabilità di avere aggravato il dissesto della società, mediante il procurato ritardo nell'emersione dello stesso, ed il conseguente deterioramento del patrimonio.

La Corte di Appello di Milano aveva affermato l'inammissibilità della domanda introdotta verso le banche, in quanto la curatela non sarebbe stata titolare di una apposita legittimazione a fare valere il pregiudizio subito dalla massa creditoria, e d'altro canto l'erogazione del credito sarebbe avvenuta su sollecitazione diretta dell'organo amministrativo della società debitrice,

---

<sup>25</sup> Cfr. Corte di Cassazione SS.UU., cit.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983.

ossia da quest'ultima, in forza del nesso di immedesimazione organica.<sup>27</sup>

La Corte di Cassazione nella sentenza da ultimo citata ha riformato il *decisum*, affermando la sussistenza della legittimazione del curatore a reclamare il risarcimento del danno subito dal patrimonio della società, diritto nel cui esercizio la curatela subentra a seguito del fallimento. La Corte – inoltre – ha manifestato il proprio deciso dissenso rispetto alla proposta di equiparare il criterio di liquidazione del danno fondato sulla differenza fra attivo e passivo fallimentari a quello della differenza dei netti patrimoniali, affermando il principio di diritto per cui, nei casi come quello evidenziato, quando cioè sia accertata la perdita del capitale sociale, ed il fallimento subentri dopo un apprezzabile divario temporale, per effetto di condotte idonee ad occultarne la rilevanza, il danno può essere liquidato facendo riferimento al criterio presuntivo della differenza fra i netti patrimoniali di periodo.

### **Le piu' recenti soluzioni fornite dalla dottrina**

La dottrina più recente appare in netta maggioranza favorevole alla sussistenza della legittimazione attiva della procedura: in particolare<sup>28</sup> dopo aver premesso che per mezzo del sistema della revocatoria fallimentare i beni usciti dal patrimonio del debitore insolvente possono essere appresi al fallimento in vista del soddisfacimento di tutti i creditori concorsuali, senza differenziazioni di sorta ed ad opera dell'azione del curatore, si è affermato che è a beneficio della "massa", impersonalmente e globalmente considerata, che viene in un certo senso "vincolato" e "cristallizzato" il patrimonio dell'imprenditore fallito (come pare confermato anche dal fatto che l'elemento soggettivo è riferito non più al "pregiudizio" ma all'"insolvenza" e, dunque, alla generalità dei creditori.

---

<sup>27</sup> E' evidente come si tratti del medesimo percorso argomentativo utilizzato da Corte di Appello di Milano, 20 marzo 2015, cit.

<sup>28</sup> Cfr. Galletti, Abusiva concessione di credito e legittimazione della curatela, in *Il societario.it*.

In tale prospettiva si è ribadito in dottrina come “... sembra, pertanto, preferibile aderire all'impostazione di taluna giurisprudenza di merito che ritiene legittimato il curatore ad esperire l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c., posto che, in seguito all'intervenuta dichiarazione di fallimento, le azioni di risarcimento individuali si trasformano in strumento di reintegrazione del patrimonio dell'impresa fallita”.

A tale conclusione si perviene – ragionevolmente – se si riflette sul fatto che la procedura non agisce in rappresentanza di alcuni creditori od obbligazionisti, né in rappresentanza di una specifica categoria, bensì a tutela dell'integrità del patrimonio del debitore, mirando a reintegrarlo a seguito di condotte anti-giuridiche poste in essere dagli amministratori e/o di terzi (id est gli istituti di credito)<sup>29</sup>

Va da ultimo evidenziato come le soluzioni sopra prospettate trovano conferma nell'analisi delle norme penali (cfr. art. 217 n. 4 l.f. aggravamento del dissesto) che sanzionano il compimento di operazioni di grave imprudenza finalizzate a ritardare l'apertura della procedura concorsuale.

In tale ipotesi non appare in dubbio che il curatore ben possa costituirsi parte civile per chiedere ed ottenere il risarcimento del danno nei confronti di coloro (amministratori ed istituti di credito) che con la loro condotta hanno consentito o agevolato l'aggravamento del dissesto patrimoniale dell'azienda fallita.

Nel senso della legittimazione in favore del curatore a proporre la richiesta di risarcimento del danno vi è – indubbiamente - il disposto dell'art. 240 della l. fall. che prevede che il curatore fallimentare possa costituirsi parte civile nel procedimento penale, anche contro il fallito, per i reati previsti nel titolo VI della legge fallimentare.

In tal senso appare orientata anche quella dottrina<sup>30</sup>, che pur essendo critica in ordine alle più recenti decisioni della Corte di Cassazione favorevoli alla legittimazione del curatore, dopo aver sottolineato che “...Ai fini di una scelta fra i due orientamenti dottrinari dovrebbe considerarsi, a nostro avviso, che alle

---

<sup>29</sup> Cfr. per un caso analogo Trib. Milano, sez. VI, 1 luglio 2011, est. Brat, in Leggiditalia.it.

<sup>30</sup> Cfr. Tarzia, La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per “concessione abusiva di credito” che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento op. cit., pag. 921.

*ragioni prettamente “civilistiche” espresse dalla giurisprudenza al riguardo oggi se ne può aggiungere un'altra: quella che una responsabilizzazione del sostegno bancario alle imprese in crisi si pone in antitesi con gli indirizzi della riforma del diritto concorsuale, come già detto all'inizio di questa nota, ed anche ciò dovrebbe dunque indurre a mantenere l'orientamento che conduce ad escludere quella responsabilizzazione”, giunge alla conclusione che “... Ovviamente, questa scelta trova un limite nell'ipotesi di commissione di taluno dei reati pre-fallimentari previsti dalle norme degli artt. 216 ss. l.fall.: perché nessuno può essere esonerato dal risarcimento di danni che siano la conseguenza di un reato da lui commesso, o alla cui commissione abbia concorso”.*