

## **PROFILI DI LEGITTIMAZIONE DEGLI ORGANI DELLE PROCEDURE CONCORSUALI ALL'ESERCIZIO DELLE AZIONI RISARCITORIE**

di Virgilio Sallorenzo

### **1. La legittimazione attiva del Commissario giudiziale e del Commissario liquidatore nell'ambito del concordato preventivo**

Il progressivo sviluppo operativo della procedura di concordato preventivo ha reso sempre più attuale la risoluzione del problema relativo alla sorte che avranno eventuali azioni risarcitorie proposte nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo delle medesime società che optano per tale procedura di risoluzione della crisi di impresa.

Di rilievo appare anche la problematica della legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione di risarcimento danni per la concessione abusiva di credito.

Con riferimento alla prima delle problematiche proposte, anche alla luce di alcune recenti pronunce della giurisprudenza di merito, appare importante verificare se, ed a quali condizioni, gli organi della procedura, ed in particolare quelli del concordato preventivo, potranno proporre azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali.

E' opportuno ricordare come in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali sono proposte, rispettivamente, dal curatore, dal commissario liquidatore e dal commissario straordinario (artt. 2394 *bis* c.c., 146, comma 2, lett. a, e 206 l. fall.).

Il socio ed il terzo direttamente danneggiati rimangono legittimati in via esclusiva all'esercizio dell'azione per i danni propri; con riferimento all'ipotesi di azione sociale non appare – tuttavia - esplicitamente disciplinata l'ipotesi in cui la società sia stata ammessa alla procedura del concordato preventivo.

Con riferimento a tale fattispecie sussiste - pertanto - il problema - evidenziato in dottrina<sup>1</sup> di stabilire:

- 1) se e a chi spetti la legittimazione ad esercitare l'azione sociale di responsabilità, in base alle norme applicabili al tipo cui appartiene la società, ed, eventualmente, a quali condizioni sostanziali e procedurali;
- 2) se e a chi spetti la legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità dei creditori sociali ed, eventualmente, a quali condizioni sostanziali e procedurali.

### **2. Le azioni dei creditori e dei terzi nel concordato preventivo**

---

<sup>1</sup> Cfr. Dongiacomo, Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 16 novembre 2012.

Con riferimento a tale ultimo aspetto va segnalato che coloro che negano la possibilità di esercitare l'azione dei creditori e dei terzi richiamano il *pactum de non petendo*, sottolineando l'impossibilità per i creditori sociali, una volta omologato il concordato - come conseguenza della sua obbligatorietà - di pretendere pagamenti oltre la percentuale offerta (o promessa) nell'ambito concordatario. Tale soluzione - tuttavia - appare prospettabile - pur con qualche riserva - solo una volta che si ammetta l'autonomia dell'azione, solo per il concordato in cui sia stato proposto un pagamento in percentuale delle somme dovute, in quanto, in tal caso, l'obiettivo della società è, in sostanza, quello di continuare l'attività, che si spera possa tornare profittevole una volta liberata da passività che possono comprometterne la continuità.

Si tratta, in buona sostanza, delle ipotesi di "concordato in continuità" in cui il debitore offre un pagamento in percentuale ai creditori, che accettano in base ad un giudizio di convenienza, fondato sulle garanzie offerte, i quali si impegnano a non chiedere nient'altro al debitore stesso, anche nel caso dovessero sopravvenire nuovi beni.

Diversa è, pertanto, la prospettiva in cui il pagamento percentuale del credito avvenga nel concordato con cessione dei beni, ove i creditori semplicemente accettano di rivalersi sull'intero patrimonio del debitore, compresi i beni eventualmente sopravvenuti nel corso della procedura. In tale forma di concordato gli stessi creditori manifestano (evidentemente) un comprensibile interesse ad esperire tutte le azioni suscettibili di incrementare il patrimonio oggetto della liquidazione concorsuale, all'unica condizione che esse trovino fondamento in una posizione risarcitoria già esistente al momento dell'omologazione del concordato.<sup>2</sup>

Da parte della dottrina si riteneva che tra tali posizioni risarcitorie dovessero rientrare anche quella verso gli amministratori, qualora fossero stati violati negligenzemente obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale, intendendo queste posizioni come «un diritto di credito che la società ha nei confronti degli amministratori conseguente alle loro violazioni di legge e di statuto, qualora siano state produttive di danno. Anche un siffatto diritto di credito è peraltro un bene giuridico, rientrante nel patrimonio del debitore e dunque, per legge, deve essere sottoposto a liquidazione per il soddisfacimento delle ragioni creditizie».<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Cfr. Frangini, Riflessioni e spunti ricostruttivi in tema di azione ex art. 2394 c.c. e concordato preventivo, in *Giust. civ.*, 1993, II, 372.

<sup>3</sup> Cfr. Borella, Note in tema di concordato preventivo e azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori, in *Giur. comm.*, 1993, II, 79.

Analoghe considerazioni possono essere espresse con riferimento al danno conseguente alla concessione abusiva di credito, sulla quale si ritornerà più avanti.<sup>4</sup>

Ritornando al problema della responsabilità degli amministratori va ricordato come da parte della giurisprudenza<sup>5</sup> sia stata confermata la possibilità, nel caso di concordato preventivo omologato, che i creditori sociali esercitino l'azione di responsabilità *ex art. 2394 c.c.* contro gli amministratori.

A tale conclusione si era giunti in considerazione della natura autonoma ed extracontrattuale di tale azione. Occorre verificare come la prospettata soluzione sia ancora compatibile alla luce del mutato quadro normativo del concordato preventivo, avendo la legge fallimentare profondamente inciso su tale quadro normativo, in quanto - come noto - da un lato ha eliminato, quanto meno tra i requisiti per l'ammissione, la regolare tenuta nella contabilità nel biennio, eliminando il requisito della meritevolezza; dall'altro ha previsto che se il concordato possa consistere nella cessione dei beni della società debitrice, tuttavia non ha riprodotto la norma contenuta nel testo previgente dell'art. 160 l. fall., nella parte in cui prevedeva che tale cessione dovesse necessariamente investire tutti i beni della società.

Appare pertanto possibile che determinate "azioni" non facciano parte del "complesso di beni" che viene ceduto ai creditori e dal quale ricavare la percentuale promessa in ambito concordatario.

Da tale nuova impostazione si ritiene che derivino due importanti conseguenze<sup>6</sup>: in primo luogo - essendo venuto meno il requisito della meritevolezza - è ora diventato possibile che la procedura di concordato preventivo sia aperta nei confronti di società con amministratori (cessati o in carica) che abbiano commesso fatti di *mala gestio* e che abbiano cagionato danni al patrimonio sociale, anche in termini di commissione di reati, o di indebita assunzione di ulteriori obbligazioni nonostante lo stato di dissesto ovvero la perdita del capitale sociale o il *deficit* patrimoniale.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Cfr. par. 5.

<sup>5</sup> Cfr. Trib. Bologna, 8 agosto 2002, in Foro pad., 2002, I, 573.

<sup>6</sup> Cfr. Dongiacomo, op. cit. passim.

<sup>7</sup> In tal senso cfr. Cass. civ. sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, secondo cui la nozione di atto in frode con valenza ingannatoria ai fini della revoca del concordato *ex art. 173*, comma 1, l. fall. presuppone che il debitore abbia occultato situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori e che siano state "scoperte" dal commissario. Non è qualificabile come atto in frode il comportamento del debitore che già nel ricorso abbia indicato gli atti di disposizione del patrimonio, risultando ininfluenza la successiva valutazione del Commissario. Per una completa rassegna giurisprudenziale in materia cfr. Casa, Gli "atti di frode" e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo. L'architettura dell'art. 173 l.fall. nella lettura della Corte di cassazione: fratture, ricomposizioni, rimedi, in *Il Fallimento*, 2015, pag. 317 ss.

La seconda conseguenza è che, come sopra anticipato - alla luce del dato legislativo appare possibile che la cessione dei beni in ambito concordatario sia solo parziale, riguardi cioè non tutti i beni e i diritti compresi nel patrimonio della società istante, con possibile esclusione anche dell'azione sociale di responsabilità o altre azioni risarcitorie.

Pertanto, alla luce di tale filone interpretativo, la proposta di concordato potrebbe essere formulata in modo tale da non comprendere (in modo espresso o implicito), tra i beni offerti, il credito della società al risarcimento dei danni ad essa cagionati dai suoi amministratori o dalle banche che abusivamente hanno finanziato la società aumentando il dissesto.

In tale prospettiva si è affermato che il concordato può consistere nell'offerta di cessione di beni determinati, per cui quelli non espressamente contemplati (ad es. l'azione sociale), in quanto non offerti, ne sono necessariamente esclusi; in tal modo si sottolinea come tale soluzione sia più coerente con la lettera dell'art. 160 l. fall., nella parte in cui prevede che il concordato può prevedere la soddisfazione dei creditori in qualsiasi forma e può consistere nella cessione di beni, senza, quindi, che possa fondarsi alcuna presunzione che, in difetto di espressa menzione di beni esclusi, la proposta abbia per oggetto di tutti i beni e i diritti della società.<sup>8</sup> A tale soluzione si è contrapposto che quando la proposta di concordato preveda - in modo generico - la cessione di beni o diritti sociali alla titolarità di terzi o alla gestione di un liquidatore ex art. 182 l. fall., e nulla disponga in merito all'azione sociale di responsabilità, dovrà ritenersi che comprende anche tale azione.

A tale fine si è sostenuto in dottrina che se il concordato non esclude espressamente dall'offerta determinati diritti o beni, la cessione (pur se, in ipotesi, formulata con riferimento a taluni beni o diritti) avrà necessariamente per oggetto tutte le attività sociali, nel senso che ricomprenderà anche i beni e i diritti non espressamente menzionati nel piano, e quindi anche l'azione sociale di responsabilità e quella per la concessione abusiva di credito.

A sostegno di tale soluzione interpretativa si è invocato - a nostro avviso correttamente - il principio per cui la cessione parziale costituisce pur sempre una deroga rispetto al principio generale di cui all'art. 2740 c.c., per cui - normalmente - il debitore risponde dei suoi debiti con tutti i suoi beni, presenti e futuri: la cessione, pertanto, potrà essere parziale, solo quando ciò sia indicato in modo esplicito ed i beni esclusi dovranno (quanto meno) essere specificamente individuati. Pertanto tutto ciò che sarà espressamente indicato come non facente parte del patrimonio ceduto ai creditori, sarà destinato ad integrare l'attivo liquidabile da parte del commissario liquidatore.

In tale contesto interpretativo - indubbiamente ancora frammentario - appaiono meritevoli di citazione le soluzioni proposte da parte della giurisprudenza più

---

nonché Bersani, La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del subprocedimento previsto dall'art. 173 l.fall., in [www.ildirittodegliaffari.it](http://www.ildirittodegliaffari.it), 2 ottobre 2014.

<sup>8</sup> Cfr. Dongiacomo, op. cit. passim. Da parte del citato autore si evidenzia, peraltro come "...Ovviamente, in alcuni casi, può ritenersi che l'azione sociale, pur se non espressamente prevista, sia comunque ceduta, come nel caso in cui l'offerta riguardi non beni e diritti atomisticamente considerati, ma l'intera azienda della società, comprensiva come tale, salvo diversa previsione, del diritto risarcitorio verso gli amministratori ex art. 2559 c.c..".

recente: il Tribunale di Piacenza, nell'ambito di una azione di responsabilità proposta da un singolo creditore nei confronti degli amministratori di società ammessa a concordato preventivo omologato, dopo aver premesso che l'effetto esdebitatorio e l'efficacia vincolante del concordato anche nei confronti dei creditori dissenzienti non può essere utilmente invocata "... qualora l'iniziativa assunta dal creditore concordatario si fondi su un differente titolo e sia finalizzata al risarcimento, non già nei riguardi della stessa società in concordato preventivo, ma nei confronti di un soggetto diverso da essa", ha quindi concluso nel senso della sussistenza di una legittimazione attiva in capo agli organi della procedura in quanto "... il riferimento alla previsione di cui all'art 184 L. Fall., al fine di dichiarare inammissibile ovvero improcedibile l'azione in esame, non pare, conclusivamente, condivisibile, non potendo il concordato preventivo omologato determinare una sorta di immunità per gli organi sociali, senza che tale valutazione comporti alcuna forzatura della norma stessa. Le considerazioni esposte non presuppongono una sorta di equiparazione della posizione degli amministratori con quella dei coobbligati che, ai sensi della previsione dell'ultima parte dell'art 184 citato, sono espressamente esclusi dall'effetto esdebitatorio del concordato preventivo, trattandosi di situazioni soggettive francamente non equiparabili ma traggono fondamento in un percorso valutativo del tutto autonomo".<sup>9</sup>

### **3. Le azioni proposte da parte del Commissario giudiziale nell'ambito del concordato preventivo.**

Ulteriore apparato interpretativo è giunto da parte del Tribunale di Napoli<sup>10</sup> il quale, in sede cautelare, - con riferimento al problema della legittimazione del liquidatore e del commissario giudiziale all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art. 2476 c.c. contro amministratori e sindaci di s.r.l., - ha evidenziato come la relativa azione non aveva costituito oggetto di specifica cessione all'interno del piano di concordatario e tale circostanza era idonea - di per sé - per escludere la legittimazione all'esperimento della relativa azione, quanto meno con riferimento al liquidatore.

Il Tribunale napoletano ha affrontato anche il tema dell'ammissibilità di una surroga, quanto all'esercizio dell'azione in esame, degli organi della procedura e, nella specie, del commissario giudiziale alla posizione della società, precisando che nel concordato preventivo non si verifica il c.d. spossessamento della società, la quale rimane nella titolarità dei beni e nell'amministrazione del proprio patrimonio, con la conseguenza che l'esercizio dell'azione sociale spetta unicamente alla società in quanto soltanto i competenti organi sociali possono attuare quei poteri deliberativi che la legge riconosce loro. In tale contesto motivazionale non è stata considerata rilevante e determinante la necessità di una preventiva delibera ad opera della società della relativa azione soprattutto dal momento che "*si dubita della sua indispensabilità quando la società versa in uno stato patologico*".

---

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015, Pres. est. Schiaffino, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>10</sup> Cfr. Trib. Napoli, 25 luglio 2013, est. Macrì, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Va anche ricordato come la Corte di Cassazione, abbia affermato che “il terzo assunto del concordato preventivo di una società in stato di insolvenza è legittimato, in qualità di successore a titolo particolare del liquidatore, a spiegare intervento nel giudizio di responsabilità da quest'ultimo promosso, ai sensi dell'art. 2394 c.c., nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle società, in rappresentanza della massa dei creditori”.<sup>11</sup>

#### **4. Il problema della configurabilità dell'azione di responsabilità da parte dei creditori dopo la riforma societaria.**

In dottrina si ritiene che il problema della configurabilità dell'azione di responsabilità da parte dei creditori non sussista con riferimento agli amministratori di una società per azioni, perché in tal caso è rimasto immutato l'art. 2394 c.c., mentre, come è noto, per le società a responsabilità limitata, la riforma societaria ha abbandonato il principio del rinvio alle disposizioni dettate per le società per azioni (ed infatti negli artt. 2476 e 2487 c.c. non si trova alcun richiamo agli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c.) e non ha espressamente regolamentato l'azione di responsabilità dei creditori.

A seguito di tale modifica legislativa si sono, pertanto, formati due filoni interpretativi: il primo<sup>12</sup> secondo cui, con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 6 del 2003, recante la riforma del diritto societario, è venuta meno la legittimazione dei creditori delle società a responsabilità limitata a proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori; secondo una seconda corrente di pensiero gli amministratori di società a responsabilità limitata sono, al pari di quelli di società per azioni, responsabili ai sensi dell'art. 2394 c.c. verso i creditori sociali del pregiudizio recato al patrimonio sociale dalla violazione dei doveri di conservazione dell'integrità del patrimonio medesimo.<sup>13</sup>

La Corte di Cassazione, è intervenuta per il caso che la srl sia stata dichiarata fallita, affermando che “in tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, la riforma societaria di cui al d.lg. n. 6 del 2003, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all'esercizio della predetta azione ai sensi dell'art. 146 legge fall., in quanto per tale disposizione, riformulata dall'art. 130 del d.lg. n. 5 del 2006, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l'interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque

---

<sup>11</sup> Cfr. Cas. civile, sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309.

<sup>12</sup> Cfr. App. Napoli 28 giugno 2008; Trib. Torino 13 maggio 2011.

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Verona 27 febbraio 2008; Trib. Novara 12.1.2010; Trib. Napoli 11 novembre 2004.

esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli art. 2393 e 2394 c.c.". <sup>14</sup>

Tale argomentazione viene utilizzata sia a sostegno della estensione dello stesso principio anche al di fuori del fallimento sia, in senso opposto, in quanto esso darebbe la prova che la legittimazione riconosciuta al curatore fallimentare ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori di società a responsabilità limitata non discende dalla esistenza della azione del creditore sociale, ma deriva dalla titolarità in capo al curatore della azione sociale di responsabilità, titolarità espressamente prevista dal secondo comma, lettera a), dell'articolo 146 citato, che non limita in alcun modo le azioni esercitabili dal curatore fallimentare nei confronti di amministratori.

### **5. La rilevanza dell'omessa indicazione nell'ambito della proposta concordataria del possibile svolgimenti di azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e l'operatività eventuale dell'art. 173 l.f.**

Direttamente connesso a quanto sopra esposto in ordine allo svolgimento di azioni risarcitorie nei confronti degli organi sociali è il problema dell'omessa indicazione delle stesse nell'ambito del piano concordatario da parte del debitore.

Secondo parte della dottrina tale omissione – qualora accertata da parte del Commissario Giudiziale - costituirebbe idoneo motivo di revoca della procedura ai sensi dell'art. 173 l.fall. <sup>15</sup>

Si è recentemente osservato in dottrina<sup>16</sup> come il motivo della rilevanza dell'omesso avvio dell'azione di responsabilità risiederebbe nel fatto che la proposta di concordato sarebbe inquadrabile in una *cessio bonorum*, e dalla promessa cessione sarebbe stato omesso un attivo, seppure eventuale, senza che del fatto ne fosse stata data notizia ai creditori.

Sarebbero, pertanto configurabili due profili di contestazione rilevabili ai sensi dell'art. 173 l.fall.: l'occultazione di un potenziale attivo, e la tenuta di un comportamento decettivo, inquadrabile tra gli "altri atti di frode".

A nostro avviso con riferimento al contenuto presuntamente decettivo – così come evidenziato più sopra - non essendo richiesto che il debitore metta a disposizione tutti i suoi beni, ben può configurarsi l'ipotesi in cui lo stesso non indichi fra "le attività" anche le azioni di responsabilità o risarcitorie, a condizione che tale circostanza venga espressamente enunciata ai creditori i quali potranno, conseguentemente, votare contro il concordato ed optando per l'eventuale fallimento, ottenere che il curatore svolga in ambito fallimentare le azioni che venivano escluse dal potenziale attivo.

In assenza di tale specificazione, a nostro avviso, il rischio di un sub procedimento ex art. 173 l.f. diventa attuale e concreto.

---

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 21 luglio 2010, n. 17121.

<sup>15</sup> Cfr. Trib. Monza 25 novembre 2011, in *Il Fallimento*, 2012, pag. 73.

<sup>16</sup> Cfr. Croce, La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu in *Il Fallimento*, 2015, pag. 315.

Non riteniamo – pertanto – condivisibili le considerazioni espresse recentemente in dottrina<sup>17</sup> secondo cui non sussisterebbe un obbligo per gli amministratori che aderiscano alla procedura concordataria di rendere edotti i creditori delle eventuali azioni proponibili nei loro confronti in quanto gli stessi dovrebbero al contempo auto-accusarsi con evidenti ricadute sul fronte della propria responsabilità penale ex art. 236 l.fall.

Nella prospettiva “contrattualistica” cui sembra ispirarsi la giurisprudenza<sup>18</sup>, non si può infatti prescindere da una completa ed esauriente informazione ai creditori i quali dovranno valutare la convenienza economica della proposta concordataria rispetto al fallimento, e quindi – ovviamente – essere informati che nella proposta concordataria non viene ricompreso il potenziale “attivo” costituito dall’azione di responsabilità rispetto al fallimento.

---

<sup>17</sup> Cfr. Croce, op. ult. cit. pag. 315. La dottrina citata osserva – a sostegno delle proprie conclusioni – che i creditori conservano, al contrario di quanto accade nel fallimento, il diritto all’azione di cui all’art. 2394 c.c., motivo per il quale è da negarsi che nel comportamento del proponente possa ravvisarsi qualsiasi profilo doloso di cui la frode dell’art. 173 l.fall. deve essere connotata, dato che le condotte del suo organo amministrativo, con l’ausilio della relazione del commissario, potranno essere oggetto di risarcimento in favore di ogni singolo creditore anche in sede civile e non solo penale. Il che porta con sé la naturale conclusione che nessun attivo, neppure potenziale, risulterebbe sottratto ai creditori dato che essi, pur singolarmente, mantengono piena la autonoma legittimazione all’azione risarcitoria, avendo il legislatore optato per l’inapplicabilità dell’art. 146 al concordato preventivo che, invece, ogni diversa opinione vi introdurrebbe surrettiziamente. In secondo luogo va osservato come anche nell’ordinamento riformato permanga, per via delle immutate disposizioni dell’art. 240 l.fall., la legittimazione attiva del commissario a costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta ex art. 236 l.fall.; constatazione questa che, a sua volta, esclude che l’occultamento possa produrre effetti dannosi in capo ai creditori, intesi come massa, proprio per il fatto che il commissario può agire in via autonoma per reclamare i medesimi danni in favore di questi ultimi.

<sup>18</sup> Cfr. Cassazione civile, sez. un., 23/01/2013, n. 1521, in *Giur. Comm.* 2013, pag. 621, con nota di Ciervo, secondo cui “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”; cfr. su tale aspetto anche Ferro, *Il nuovo concordato preventivo; la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. mer.*, 2006, 770. nonché - per significative considerazioni circa la tesi che include tra i requisiti di ammissibilità del concordato preventivo anche “l’inesistenza di taluno dei fatti di cui all’art. 173 l.fall. avvenuti prima dell’apertura della procedura” - Norelli, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2008, pag. 363-364, n. 49; in giurisprudenza cfr. fra le tante in senso conforme. Trib. Cagliari 19 novembre 2009, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), 2009

## 6. La legittimazione attiva del curatore nell'esercizio dell'azione di concessione abusiva di credito.

Deve essere da ultimo affrontato il problema dell'individuazione della legittimazione in capo alla curatela o in capo al commissario liquidatore, all'esercizio dell'azione risarcitoria per concessione abusiva di credito all'impresa in stato di decozione.<sup>19</sup>

Non è questa la sede per ripercorrere il tema della concessione abusiva di credito, limitandoci a ricordare come appare incontestato in dottrina che tale azione possa essere esercitata da parte dei singoli creditori, i quali – tuttavia - difficilmente saranno propensi ad affrontare le incertezze di un'azione risarcitoria nei confronti delle banche.

La dottrina è inoltre giunta alla conclusione – pienamente condivisibile - che la concessione di finanziamenti abusivi arreca danni al patrimonio dell'imprenditore sovvenuto, poi dichiarato fallito: infatti è proprio la concessione di nuova ricchezza, o la conservazione delle linee di credito già accordate che, permettendo la permanenza dell'impresa sul mercato, conduce ad un ulteriore aggravamento della crisi sofferta.<sup>20</sup>

Il problema appare, pertanto, incentrarsi sulla sussistenza della legittimazione attiva a chiedere il risarcimento del danno in capo agli organi della procedura.

La Corte di Cassazione a Sezioni unite<sup>21</sup> ha affermato ha formalmente escluso la legittimazione del curatore fallimentare, ma ciò solo perché la richiesta di risarcimento del danno cagionato direttamente all'azienda finanziata era stata proposta solo in secondo grado.

Si legge infatti nelle sentenze citate che la richiesta di danno non era stata accolta in quanto "... nella vicenda in esame il dedotto danno al patrimonio della società non è mai stato allegato autonomamente, ma solo quale indistinto elemento del danno alla massa. Un danno diretto ed immediato al patrimonio della fallita, quale

---

<sup>19</sup> In tema di concessione abusiva di credito il primo precedente giurisprudenziale viene individuato da parte della dottrina nella sentenza della Corte di Cassazione 13 gennaio 1993 n. 343, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, 399 ss., con nota di Inzitari, Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale. In dottrina su tale specifico aspetto cfr. senza pretesa di completezza, Castiello D'Antonio, Il rischio delle banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva di credito, in *Dir. fall.*, 1995, I, 247; Di Marzio, Abuso nella concessione del credito, Napoli, 2004; Vitiello, Responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito e risanamento, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); 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, 278; Patini, Abusiva concessione del credito e poteri del curatore, in *Fall.*, 2004, 430-431.

<sup>20</sup> Cfr. Inzitari, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, p. 96 ss; Galletti, La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia, Bologna, 2006, p. 436 ss.

<sup>21</sup> Cass. Sez. Un., 28.3.2006, n. 7029.

presupposto dell'azione che al curatore spetta come successore nei rapporti del fallito e titolare dei diritti sorti in capo a questi, non venne mai dedotto”.

Pertanto, nella citata sentenza le Sezioni Unite, pur dando conto della possibile configurabilità di un danno diretto ed immediato al patrimonio della fallita, in ordine al quale sussiste chiaramente la legittimazione del curatore in quanto “successore nei rapporti del fallito e titolare dei diritti sorti in capo a questi”, non hanno accolto il ricorso solo per l’intempestività della relativa domanda.

Da parte delle Sezioni Unite si è poi precisato che “...*Il sistema piuttosto prevede che la funzione del curatore sia diretta a conservare il patrimonio del debitore, garanzia del diritto del creditore, attraverso l'esercizio delle c.d. azioni di massa, dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie*”; peraltro da parte della corte di Cassazione si individua il danno cagionato dalla concessione abusiva evidenziando come la “... *competenza si individua con riferimento al luogo nel quale si è verificato l'evento dannoso, che non è costituito dal fallimento, fatto estraneo alla struttura del danno, ma dall'aggravamento del dissesto economico della impresa artificialmente tenuta in vita. Evento che per l'appunto si realizza laddove essa svolge la sua attività economica*”.

Una ulteriore ed espressa apertura in ordine alla sussistenza di una legittimazione attiva in capo al curatore si è avuta, dopo l’apparente chiusura delle Sezioni unite con le sentenze del 2006, con la pronuncia n. 13413 della stessa Corte di Cassazione nel 2010.

La soluzione adottata da parte della giurisprudenza di legittimità nella pronuncia da ultimo citata è stata quella da un lato, di ribadire l'esclusione della legittimazione del curatore rispetto all'azione da illecito aquiliano ma solo per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito (proprio perché la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni cd. di massa finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore), dall'altro, peraltro nel solco tracciato dalle SS.UU, di affermare che il curatore fallimentare è legittimato a far valere le responsabilità di terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza (Cass., civ. n. 5028/2000), precisando quindi, come “... *il diritto al risarcimento dei danni subiti dal fallito che sia fondato sul 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 personali esclusi dall'esecuzione concorsuale ai sensi della L.F. art. 46, n. 1 ed è anch'esso acquisito alla massa attiva del fallimento (sez. I, n. 3115/1982)*”.

In sede di commento a tale pronuncia da parte della dottrina<sup>22</sup> si è affermato che “... *le persistenti divergenze sull'individuazione del soggetto titolare del diritto al risarcimento del danno da “concessione abusiva di credito” — che trova la sua*

---

<sup>22</sup> Cfr. Pinto, La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità, in *Giur comm*, 2011, pag. 1161.

*più evidente espressione giurisprudenziale in caso di fallimento dell'impresa finanziata — rappresentano la naturale conseguenza dell'idea secondo cui il relativo fenomeno possa ridursi a una fattispecie unitaria, idonea a comprendere ogni conseguenza pregiudizievole derivante dalla condotta della banca che, in spregio alle regole governanti la funzione di valutazione del merito creditizio, sostenga finanziariamente un'impresa in crisi (con l'erogazione di nuovo credito o col mantenimento dei finanziamenti pregressi”.*

La dottrina<sup>23</sup> è giunta alla conclusione che si è in presenza di una condotta illecita tipicamente “plurioffensiva”, che ben può assorbire entrambe le categorie di danno in cui è idealmente ripartito il pregiudizio sofferto dai creditori in rapporto alla diversa collocazione delle loro pretese rispetto alla «“ora X” a decorrere dalla quale l'impresa può considerarsi lasciata solo artificialmente in vita», nonché quelli conseguenti alla stessa impresa a causa della indebita prosecuzione dell'attività imprenditoriale e dei conseguenti danni al patrimonio sociale.<sup>24</sup>

Seguendo tale condivisibile impostazione, da un lato si configurerà un danno subito dalla stessa impresa (ed indirettamente da parte dei c.d. “creditori anteriori”

---

<sup>23</sup> Cfr. Inzitari, l'Abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Patini, Abusiva concessione del credito e poteri del curatore, op. cit., 433; Viscusi, Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità, in Banca borsa tit. cred., 2004, II, 648 ss.; Ferrari, Legittimazione del curatore per abusiva concessione di credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in Fall., 2006, 419 ss..

<sup>24</sup> In tal senso si è peraltro pronunciata chiaramente la giurisprudenza di merito affermando 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 (cfr. Tribunale di Piacenza, 7 ottobre 2008, Pres. est. Schiaffino, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), nonché Tribunale di Messina, 2 settembre 2008, in Nuova giust. civ. comm., 2009, pag. 864 ss., secondo cui se la legittimazione del curatore, sostitutiva dei singoli creditori, non 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, nel caso concreto “... 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”. Nello stesso senso si è pronunciato il Tribunale di Parma con pronuncia del 10 gennaio 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), il quale, dopo aver osservato che “... 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” ha sottolineato come “... 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 come “... 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)”.

alla concessione del credito, in conseguenza della diminuzione delle possibilità di soddisfacimento e della diminuzione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.), costituito dall'aggravamento del dissesto, il cui risarcimento non potrà che essere chiesto dagli organi della procedura (e di cui si avvantaggeranno, nella misura in cui vengono ammessi al passivo anche i creditori *anteriori*); tale danno sarà determinato nella “differenza tra il valore aziendale se si fosse pervenuti ad una tempestiva dichiarazione di fallimento e quanto, invece, realizzato in sede concorsuale”<sup>25</sup>.

Dall'altro lato (e contemporaneamente) si potrà configurare il danno ai c.d. creditori *posteriori* alla concessione di credito, conseguente alla lesione dell'affidamento che il sostegno bancario abusivo — tenuto conto del ruolo sistemico dell'impresa bancaria — ha indotto nei terzi (non informati) sull'apparente solidità dell'impresa finanziata, ed è individuato nell'intero ammontare della pretesa creditoria sul presupposto che quest'ultima, in mancanza della condotta illecita, non sarebbe sorta.

Appare evidente che nel primo caso - proprio perché si tratta di un danno “diretto”, cagionato al patrimonio della società fallita, sussisterà la legittimazione del curatore a esercitare la pretesa risarcitoria (in forza del subingresso degli organi della procedura ex art. 43 l. fall. o tramite l'applicazione di un principio desumibile dagli artt. 2394-*bis* e 2497, comma 4°, c.c. e 146 e 240 l. fall.).

Pertanto aderendo a tale prospettazione la legittimazione degli organi della procedura all'esercizio dell'azione, trae il suo fondamento dal “normale subentro” degli organi fallimentari nei diritti e nei poteri del debitore, sul presupposto che la “concessione abusiva di credito” integra una responsabilità del finanziatore verso l'imprenditore sovvenuto assimilabile a “quella di qualunque terzo il quale abbia cooperato con l'imprenditore (o con gli amministratori) arrecando un danno al patrimonio dell'impresa”.

Naturalmente il singolo creditore (anteriore o successivo alla concessione abusiva di credito) conserverà – come già anticipato - la legittimazione a fare valere i danni che abbia individualmente patito a causa della condotta di terzi, come quelli derivanti dalla situazione di apparente solidità che lo ha indotto a contrattare con

---

<sup>25</sup> Cfr. Ferrari, Legittimazione del curatore per concessione abusiva del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, op. cit., 419 ss. e Inzitari, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito, op. cit., da parte dei quali si osserva che la concessione abusiva di credito produrrebbe direttamente nel patrimonio dell'impresa sovvenuta un danno che, una volta dichiarato il fallimento, il curatore sarebbe legittimato a far valere sostituendosi all'imprenditore. In tale prospettiva interpretativa, a nostro avviso pienamente condivisibile, il finanziamento può ritenersi vantaggioso per l'impresa solo se la stessa è in grado di trarre, dalle risorse ottenute, un'utilità sufficiente (quantomeno) a restituire il capitale e a pagare i relativi interessi. Nel caso in cui l'impresa si trovi in una situazione di perdita sistematica, la concessione di credito si tradurrà in un'inutile aggravamento del passivo che potrà assumere rilevanza anche ai fini dell'art. 217 l.f. Su tale ultimo aspetto ed in generale sui profili penalistici cfr. Insolera, La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito alla impresa in crisi, in Giur. comm., 2008, I, 841 ss.

l'impresa, confidando sulla possibilità di questa di adempiere le proprie obbligazioni.

Alla medesima soluzione si può – peraltro - giungere anche seguendo un altro percorso argomentativo in cui anziché porre l'accento sul pregiudizio (diretto) al patrimonio dell'imprenditore, si evidenzia come la legittimazione del curatore prescinde dalla necessaria sussistenza di “un titolo di responsabilità della banca verso la società destinataria del finanziamento” e sia fondata sul potere degli organi fallimentari di esercitare le azioni spettanti alla “massa” dei creditori, sul presupposto che il sostegno finanziario abusivo determini un pregiudizio “non solo ai singoli creditori, ma anche alla massa “impersonalmente” considerata, a beneficio della quale l'insolvenza “vincola” il patrimonio dell'imprenditore», con (un supposto) rilievo verso terzi.

Quale che sia la strada che si vuole seguire, alla luce di quanto sopra esposto appare evidente che il danno subito dai c.d. creditori *anteriori* alla concessione del credito assume un rilievo tipicamente collettivo, là dove si consideri che, in tal caso, la riduzione delle possibilità di soddisfacimento del credito altro non è che il riflesso di un pregiudizio prodottosi in via primaria e diretta nel patrimonio dell'impresa per effetto e conseguenza della continuazione dell'attività (secondo un modello analogo a quelli delineati dagli artt. 2394, 2394-*bis* e 2497 c.c.).

Le indicazioni fornite da parte della giurisprudenza, pertanto, consentono di inquadrare il problema della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria in una dimensione più ampia, che consenta di individuare i reciproci confini delle due fattispecie di illecito in cui si articola il fenomeno del sostegno finanziario abusivo.

La dottrina ha quindi conclusivamente osservato come la “*concessione abusiva di credito*”, a seconda che l'attenzione si incentri sulla lesione dell'affidamento dei singoli creditori oppure sul pregiudizio al patrimonio dell'impresa sovvenuta, può integrare una forma di responsabilità tipicamente inerente all'attività professionale di esercizio del credito svolta dal finanziatore oppure una forma di responsabilità da concorso del finanziatore medesimo in un illecito che, in via primaria, si consuma nel contesto dell'impresa finanziata. Il che, visto dall'angolo visuale del finanziatore, equivale ad affermare che il sostegno abusivo, a seconda della prospettiva in cui sia considerato, può tradursi sia in un illecito relativo all'esercizio della propria impresa, sia in un illecito relativo all'esercizio dell'impresa altrui”.<sup>26</sup>

Alla luce di tale conclusione non appare – a nostro avviso – revocabile in dubbio che sussista una legittimazione attiva in capo agli organi della procedura per il risarcimento del danno cagionato direttamente al patrimonio sociale (sotto forma

---

<sup>26</sup> Cfr. Pinto op. cit. passim.

di aggravamento del dissesto), in caso di concessione di credito avvenuta in assenza degli ordinari criteri utilizzati dagli operatori bancari.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Si osserva – peraltro - del tutto condivisibilmente da parte della dottrina (cfr. Vitiello, op. cit. passim) come nessuna responsabilità per concessione abusiva di credito potrà essere configurata in capo alle banche, laddove queste ultime abbiano erogato credito ad imprese in crisi temporanea o comunque risanabili grazie ad un piano di salvataggio “oggettivamente serio, vale a dire dotato di comprovate ed obiettive possibilità di realizzazione”.