

*Legittimazione del curatore ad agire nei confronti della banca per concorso nel fatto dell'amministratore di ricorso abusivo al credito*

Cassazione civile, sez. I. Sentenza del 01/06/2010, n. 13413. Pres. Carnevale. Est. Didone.

**Fallimento – Abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore – Legittimazione del curatore ad agire nei confronti della banca – Sussistenza**

*Il curatore è legittimato ad agire, ai sensi della art. 148, legge fall., in relazione all'art. 2393 cod. civ., nei confronti della banca quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione anche contro l'amministratore infedele.*

*(Massima a cura di Franco Benassi – Riproduzione riservata)*

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. CARNEVALE Corrado - Presidente -  
Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere -  
Dott. ZANICHELLI Vittorio - Consigliere -  
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere -  
Dott. DIDONE Antonio - rel. Consigliere -  
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 5823/2005 proposto da:  
FALLIMENTO LA VITIMEC S.R.L. (P.I. (OMISSIS)), in persona del Curatore rag. M.R., elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA DELL'EMPORIO 16/A, presso l'avvocato FERRI LIANA, rappresentato e difeso dall'avvocato MARINONI Roberto, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.P.A. (C.F. (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI VAL GARDENA 3, presso l'avvocato DE ANGELIS Lucio, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato BIGLIA CRISTINA, giusta procura speciale per Notaio dott. MARIO LIGUORI di ROMA - Rep. n. 140637 del 18.03.05;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1294/2004 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 11/05/2004;  
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 20/04/2010 dal Consigliere Dott. ANTONIO DIDONE;  
udito, per il ricorrente, l'Avvocato ROBERTO MARINONI che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;  
udito, per la controricorrente, l'Avvocato GIANFRANCO GARONE, con delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;  
udite il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Libertino Alberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

#### Fatto

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Il Tribunale di Milano, con sentenza del 21 maggio 2001, dichiarava inammissibile la domanda di risarcimento del danno proposta dal curatore del fallimento della s.r.l. La Vitimec (dichiarato nel (OMISSIS)) contro la BNL s.p.a. per abusiva concessione di credito, accogliendo l'eccezione di difetto di legittimazione attiva sollevata dalla convenuta.

A sostegno della domanda la curatela aveva dedotto che, subito dopo la costituzione (nel 1990) della società suddetta con un capitale di L. 20.000.000, un'agenzia cittadina della Banca convenuta aveva preso ad erogarle cospicui, crescenti importi nonostante che risultanze di ordine contabile evidenziassero una condizione economica che tanto non giustificava, e che anzi, verosimilmente attraverso opinabili decisioni personali di un funzionario responsabile, l'esposizione debitoria aveva raggiunto in meno di due anni un livello superiore ai 18 miliardi di lire, cui sarebbe del resto seguita, una insinuazione al passivo fallimentare di pari importo.

Inoltre, la Banca, nell'instaurare e sviluppare il rapporto di finanziamento con la società, poi fallita, non si era affatto attenuta a canoni operativi di prudenza e professionalità, tenendo un comportamento perciò valutabile come oggettivamente illegittimo, e causando con ciò danni rilevanti, oltre che alla medesima società, ai numerosi soggetti entrati in rapporti commerciali con essa, la quale, giovandosi dell'ampia liquidità procuratale, aveva potuto "contrabbandare un'immagine di sé non rispondente al vero".

Per il risarcimento del danno subito dai creditori della società fallita, il curatore aveva agito in giudizio nei confronti dell'ente creditizio, quale responsabile dell'abusiva erogazione del credito, e ne aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni causati alla massa dei creditori per la somma di L. 10.990.000.000, riferita almeno al periodo a partire dal quale avrebbe dovuto cessare, in conformità di un'avveduta gestione del credito bancario, ogni forma di sovvenzionamento.

La Corte di appello di Milano, con la sentenza impugnata, ha confermato la decisione di primo grado, condividendo, in primo luogo, l'affermazione del primo giudice circa la carenza di legittimazione del curatore fallimentare a far valere un'azione risarcitoria concernente danni patiti dai singoli creditori, non essendo individuabile un pregiudizio di pertinenza collettiva subito dalla totalità del ceto creditorio, in quanto tale, perchè il pregiudizio dipendente dall'abusiva concessione di credito può inerire solamente a singoli soggetti, ossia a "quelli divenuti titolari di crediti prima della concessione di credito francamente anomala od

irregolare, e che vengono a risentire dell'aggravamento del passivo creato da una procrastinata apertura della procedura concorsuale, e quelli che, ove si fosse dato un suo più tempestivo inizio in mancanza del fornito sostegno bancario con meri effetti dilatori, si sarebbero anzi astenuti dal contrarre rapporti negoziali, o ne sarebbero receduti con anticipo".

Inoltre, la Corte territoriale, in relazione alla precisazione della domanda come riferita a danno patito dalla società, congiuntamente a quello patito dai creditori, e per il quale il curatore sarebbe stato legittimato ad agire, ha osservato che "non è dato di vedere come l'impresa che si deduce essere stata sorretta oltre limiti ragionevoli da elargizioni creditizie mal ponderate" possa "nel contempo lamentare essa stessa l'essergliene derivato un danno ingiusto: con una qualche poco comprensibile (e non ammissibile) scissione della sua posizione giuridica soggettiva, quasi che alla chiesta ed ottenutane fruizione del credito, e non subita per imposizione, fosse sottesa una non posseduta consapevolezza dei possibili esiti correlati". Inoltre, "assai di sovente se non quasi per regola, si constata come l'ente sovventore partecipi poi parimenti, quale creditore fallimentare (ed è quanto accade qui), alla massa: di modo che il curatore, nella costruzione delineata dall'appellante, verrebbe ad agire contro un soggetto, la banca, cui tuttavia l'azione in parola potrebbe insieme giovare, facendosi insomma portatore in giudizio di interessi, e non è forse il caso di dirlo, apertamente conflittuali: per il che non è però dato di rinvenire referenti normativi legittimanti. In realtà si ravvisa incompatibile con le considerazioni sopra svoltesi addurre un danno ingiusto che, in rapporto ed insieme alle situazioni in inizio individuatesi, venga ad insorgere nei riguardi ed a carico dell'imprenditore medesimo nell'epoca antecedente alla dichiarazione di suo fallimento, e circa il quale il curatore possa così rivendicare un diritto risarcitorio reperito nel suo patrimonio, in quanto cioè già venuto ad esistenza prima della dichiarata insolvenza, e perciò spettantegli in via indipendente dal dissesto.

Nel qual caso soltanto, in effetti, il curatore potrebbe allora assumere con fondamento giuridico la qualità rivendicata di avente causa o successore, di "subentrante ex lege" - come si esprime la difesa -, dell'imprenditore in prosieguo divenuto insolvente, ed allo scopo di ristorare un documento che si assume essere stato "in prima linea patito dall'imprenditore": insomma subentrando nella sua posizione per esercitare una azione tutelante ragioni a quello direttamente riconducibili. Che se, altrimenti, venga infine invocata l'oggettiva funzione che il curatore adempie di rappresentare gli interessi della collettività dei creditori, con l'agire in loro sostituzione mediante l'esercizio di diritti e poteri suoi propri, in qualità di organo della procedura - a differenza dell'ipotesi prima disattesa in cui siano esercitati diritti di spettanza del soggetto fallito - va detto che quella sua veste ricorre allorquando gli interessi siano indifferenziati e comuni nella loro genesi e nei loro effetti rispetto, appunto, alla massa: come accade attraverso l'esperienza delle tipiche attività recuperatorie e di ricostruzione del patrimonio originario del fallito".

Conclusivamente la Corte di appello ha affermato che la L. Fall., art. 146, comma 2, conferisce al curatore l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità - di natura contrattuale - contro gli amministratori, ed insieme quella surrogatoria tendente alla reintegrazione del patrimonio sociale depauperato - sul presupposto di una responsabilità diretta non

verso i creditori sociali, bensì verso l'ente societario e di cui rispettivamente agli artt. 2393 e 2394 cod. civ.; ma non attribuisce, per contro, l'esercizio dell'azione - avente un' eminente natura extracontrattuale - di cui al susseguente art. 2395 c.c.: contemplante infatti l'azione individuale riconosciuta al singolo (socio o terzo) direttamente danneggiato da atti colposi o dolosi".

Contro la sentenza di appello la curatela del fallimento della s.r.l.

Vitimec ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi.

Resiste con controricorso la banca intimata. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

## Diritto

### MOTIVI DELLA DECISIONE

2.1.- Con il primo motivo la curatela ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto deducendo che dalla L. Fall., art. 6, art. 64, e segg., art. 187 (ora abrogato), artt. 217 e 218, D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 30 e art. 2449 c.c. (vecchio testo e nuovi artt. 2484, 2485 e 2486 c.c.) si trae il principio generale del divieto per l'imprenditore insolvente di compiere nuove operazioni, che avrebbero il solo effetto di aggravare l'insolvenza e di erodere ulteriormente il patrimonio dell'impresa, che l'art. 2740 c.c., vincola a garanzia della soddisfazione dei creditori, con il corollario che è dovere per i terzi di astenersi dal compiere atti illeciti, che consentano all'imprenditore di dissimulare l'insolvenza e continuare a contrarre debiti. Comportamenti, questi ultimi, che determinano un danno ingiusto non solo per il singolo creditore del fallito (indotto in errore circa la solvibilità del fallito) ma anche il patrimonio sociale e per la massa dei creditori del fallito, i quali vedono eroso il patrimonio sociale che l'art. 2740 c.c., vincola a garanzia per la loro indistinta e paritaria tutela.

2.2.- Con il secondo motivo la curatela ricorrente deduce che l'illecito (ex artt. 2043 e 2049 c.c.) lede contemporaneamente l'impresa, di cui aggrava il dissesto economico, e la massa dei creditori. Ne conseguirebbe la legittimazione attiva del curatore a promuovere l'azione risarcitoria a tutela di quel diritto dell'impresa e della massa, come si evince dalla L. Fall., art. 240, che riconosce al curatore il diritto di costituirsi parte civile anche per i reati di cui alla L. Fall., artt. 217 e 218.

A ciò non sarebbe di ostacolo la L. Fall., art. 146.

L'argomento valorizzato dalla Corte di merito - secondo cui l'azione sarebbe rivolta contro un soggetto (la banca) che, come creditore, si avvantaggerebbe della reintegrazione del patrimonio - sarebbe, peraltro, irrilevante a fronte di analoga situazione disciplinata dalla L. Fall., art. 71.

2.2.1 - Deduce, infine, che tutti gli elementi dell'illecito sarebbero desumibili dalla sentenza penale di condanna (intervenuta nelle more del giudizio civile) dell'amministratore e del direttore della filiale della banca per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito.

3.1- E' opportuno premettere che su parte delle questioni poste con il ricorso sono intervenute le Sezioni unite di questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 7029 del 28/03/2006) le quali hanno affermato i seguenti principi:

1) Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (nella specie, una 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 una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida. Nel sistema della legge fallimentare, difatti, 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 - al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 cod. civ., 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.

2) Costituisce domanda nuova, inammissibile ove proposta per la prima volta in sede di legittimità, quella con la quale il curatore fallimentare - dopo aver richiesto, nei confronti del finanziatore responsabile (nella specie, una banca), il risarcimento del danno da illecito aquiliano causato alla massa dei creditori dall'abusiva concessione di credito ad una impresa in stato di insolvenza, poi fallita, allo scopo di mantenerla artificiosamente in vita - deduca a fondamento della sua pretesa la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto ed immediato causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento, quale presupposto dell'azione che al curatore spetta come successore nei rapporti del fallito.

3.2.- Dal principio di cui alla prima massima - al quale il collegio, pienamente condividendolo, intende dare, anche in questa occasione, integrale continuità - discende l'infondatezza delle censure miranti all'affermazione della legittimazione del curatore a promuovere l'azione per abusiva concessione di credito quale rappresentante della massa dei creditori.

Peraltro, nella concreta fattispecie - come evidenziato nella parte narrativa - la Corte di merito da per formulata, sin dalla precisazione contenuta nelle memorie integrative di primo grado, la domanda risarcitoria fondata sulla lesione del patrimonio dell'impresa fallita alla stregua di un diritto rinvenuto dal curatore nel patrimonio di questa ed esercitato ai sensi della L. Fall., art. 43.

In relazione a tale tipo di azione le Sezioni unite hanno puntualizzato che la società fallita "partecipò al contratto che dette luogo alla abusiva concessione del credito. Essa dunque da quel contratto non trasse un credito nei confronti della banca, oggi rivendicabile dal curatore.

Piuttosto dette luogo, nella stessa costruzione proposta dalla curatela, all'illecito di cui si discute. Dunque non può ragionarsi in termini di compensazione delle colpe, come pretende la curatela, giacché l'ipotesi di cui all'art. 1227 cod. civ., non può applicarsi al caso in cui entrambe le parti del rapporto danno vita, consapevolmente, al medesimo illecito, riguardando la norma codicistica la fattispecie nella quale distinte condotte, diversamente efficienti a produrre l'evento di danno, ma tuttavia l'una avente titolo nella colpa, concorrono a produrre l'evento

pregiudizievole". Considerazioni che si attagliano anche alla domanda proposta dalla curatela ricorrente nella parte in cui ha precisato di avere agito per far valere il danno cagionato al patrimonio sociale e, solo di riflesso, alla massa dei creditori.

3.3.- E' da rilevare, però, che la peculiarità della fattispecie concreta consiste in ciò che - come dedotto dalla curatela ricorrente - tutti gli elementi dell'illecito sarebbero desumibili dalla sentenza penale di condanna (intervenuta nelle more del giudizio civile) dell'amministratore e del direttore della filiale della banca per "concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito".

Orbene, premesso che la "legitimitas ad causam", attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire 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 (Sez. 3<sup>^</sup>, Sentenza n. 14468 del 30/05/2008) -, per quanto attiene alla prospettazione della domanda come azione ex artt. 2043 e 2049 cod. civ., per la lesione arrecata al patrimonio della società - come interpretata dalla Corte di merito con accertamento non impugnato con ricorso incidentale condizionato - va precisato 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 di terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza" (Sez. 3<sup>^</sup>, 18/04/2000 n. 5028). Invero, da tempo questa Corte ha chiarito che 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 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. 1<sup>^</sup>, 20/05/1982 n. 3115).

Senonchè, la circostanza che l'amministratore della società fallita e il direttore della filiale della banca siano stati condannati per "concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito", vale ad integrare un'ipotesi di responsabilità dell'amministratore verso la società ex art. 2393 cod. civ. - che il curatore può far valere ai sensi della L. Fall., art. 146 - e di concorso nella stessa responsabilità della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario.

Costituisce, infatti, principio giurisprudenziale indiscusso quello 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.

Il curatore è, perciò, legittimato ad agire, ai sensi della l.

Fall., art. 148, in relazione all'art. 2393 cod. civ., 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, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione anche contro l'amministratore infedele. Ma, poichè la responsabilità della banca convenuta quale concorrente nell'illecito commesso dall'amministratore della società fallita non risulta essere stata prospettata nel giudizio di merito e il curatore della società fallita in violazione del principio dell'autosufficienza - non ha indicato nel ricorso (trascrivendone il contenuto rilevante) in quali atti del giudizio di merito abbia formulato la domanda nei termini sopra precisati, le censure formulate con il secondo motivo debbono essere dichiarati inammissibili. La novità delle questioni trattate e solo in parte risolte dalle Sezioni unite (stante la segnalata peculiarità della concreta fattispecie) giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 20 aprile 2010.

Depositato in Cancelleria il 1 giugno 2010