

## LA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE FALLIMENTARE ALL'AZIONE RISARCITORIA PER CONCESSIONE ABUSIVA DEL CREDITO

GIANLUCA SICCHIERO\*

Nel suo pregevolissimo articolo *L'abuso nella concessione del credito* comparso nel secondo fascicolo del 2015 di *Contratto e impresa*, Fabrizio di Marzio ricostruisce con estrema lucidità lo stato dell'arte relativo al problema della concessione abusiva del credito da parte delle banche ed a favore di un imprenditore insolvente che poi fallisca.

Riassumendo in estrema sintesi un saggio che va letto integralmente con molta attenzione, l'iter argomentativo mi pare questo: poiché le banche sono tenute a valutare il merito creditizio ex art. 5 t.u.b. (1) prima di concedere credito, qualora provvedano pur conoscendo lo stato di insolvenza dell'imprenditore, creano con l'apporto di finanza liquida un'apparenza di solvibilità che può indurre i terzi a contrattare con questo. Ciò comporta che, avvenuto poi il fallimento dell'imprenditore, i crediti di questi, contrariamente alla banca che si è munita per tempo di idonee manleve, non saranno soddisfatti, sicché in tal caso si avrà una lesione della loro libertà contrattuale, che per loro costituisce un danno ingiusto. Possiamo aggiungere che se anche il riparto fallimentare garantisca una qualche percentuale, il danno consisterà comunque nella differenza rispetto al credito originario.

Tuttavia poiché quella concessione abusiva di credito costituisce appunto fatto illecito (2), la legittimazione ad agire per il risarcimento, ritiene Di Marzio, non spetta al curatore del fallimento poi sopravvenuto, ma direttamente ai terzi, come la giurisprudenza afferma da molti anni (3).

Si dice infatti che "l'azione di risarcimento del danno extracontrattuale in relazione alla fattispecie di concessione abusiva di credito, se riferita al pregiudizio sofferto dai creditori, non è un'azione di massa

esperibile dal curatore, ma spetta a ciascun singolo creditore nei limiti in cui dimostri l'esistenza di un danno connesso alla prosecuzione dell'attività d'impresa" (4).

Sottoscrivo interamente quanto Di Marzio ha ricostruito con dovizia di argomenti in ordine alla qualificazione del comportamento di chi conceda credito "abusivamente".

È da molto tempo infatti che si ricorda come la nozione di danno ingiusto sia racchiusa da "mobili frontiere" (5); la lesione del credito è risarcibile da quarant'anni ed ormai nemmeno si discute più del risarcimento del danno derivante dalla lesione della libertà contrattuale, quando ad es. si induca qualcuno a concludere un contratto che, altrimenti, non avrebbe concluso, come di è detto proprio in relazione alla concessione di un mutuo (6).

La concessione abusiva di credito è stata ricondotta all'ipotesi del dolo del terzo: "qui la banca è, secondo lo schema dell'art. 1439, il terzo che ha posto in essere l'inganno, ben noto al contraente che ne ha tratto vantaggio" (7), ovvero l'imprenditore illiquido sovvenzionato contro ogni merito creditizio, sulla base però di garanzie che solo la banca sovventrice riesce a farsi concedere.

Non mi convince invece un passaggio che, pur del tutto coerente con il pensiero di Di Marzio, mi induce a suggerire una lettura diversa, che porta a conclusioni opposte in tema di legittimazione ad agire per il risarcimento del danno.

Il passaggio che non condivido è questo: «un soggetto che versa in stato di insolvenza può concludere contratti la cui validità non dipende in alcun modo, nel senso che non può essere pregiudicata, da quello stato» (di insolvenza) (8).

Non contesto, sia chiaro, l'osservazione esatta che il contratto concluso dall'insolvente sia valido: l'art.

\* Professore Ordinario di Diritto Privato all'Università Cà Foscari Venezia

(1) In realtà l'art. 5 del d. lgs. n. 385/1993 prevede che «le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia», sicché la necessità che il credito sia concesso a chi è davvero in grado di rimborsarlo viene dedotto da Di Marzio, cit., 318, dalla necessità di una prudente gestione aziendale.

(2) V. anche FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, 166 ss., ove ulteriori riferimenti ai molti indicati da Di Marzio.

(3) Tra le sentenze più recenti v. ad es., Trib. Novara, 18 novembre 2011, *Corriere giur.*, 2012, 819; Trib. Monza, 8 febbraio 2011, *Banca, borsa*, 2012, II, 690.

(4) Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, *Foro it.*, 2006, I, 3417.

(5) GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.

(6) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, III, 144 ss., che cita App. Milano, 14 marzo 1986, *Banca, borsa*, 1987, II, 627: «la banca che fornisce informazioni false o inesatte circa la situazione economica e la solvibilità di un cliente è responsabile in via extracontrattuale, verso il destinatario delle informazioni, dei danni da costui subiti (nella specie, per i finanziamenti erogati al cliente insolubile in seguito alle suddette informazioni)».

(7) GALGANO, *Trattato*, cit., 146, di cui vedi anche *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, *Contr. impr.*, 1987, spec. 20 ss. ed ivi il richiamo al suo *Società per azioni*, nel *Tratt. dir. comm.*, VII, Padova, 1984, 8 ss.

(8) DI MARZIO, cit., p. 332.

67 l.f. indica infatti a quali condizioni il contratto concluso dal fallito sia oggetto di revocatoria fallimentare, il che dimostra come il contratto sia valido ed efficace (tale essendo il presupposto della revocatoria) e non nullo o annullabile; lo stesso vale per la revocatoria ordinaria che pure spetta al curatore.

Né argomento migliore può trarsi oggi dal nuovo art. 2929-bis c.c., ove si ritenga che se ne possa giovare anche il curatore fallimentare utilizzando come titolo la sentenza di fallimento, perché il presupposto è pur sempre quello della validità dell'atto, essendo il medesimo oggetto di azione che punta a farlo dichiarare inefficace ma non nullo.

Decorso infine il termine di impugnazione, nessuno potrà più mettere in discussione il contratto stesso per ragioni attinenti allo stato di insolvenza dell'imprenditore.

Non condivido invece l'implicazione per cui «un soggetto che versa in stato di insolvenza può concludere contratti».

Il punto di partenza è che stiamo parlando di un imprenditore insolvente che poi fallisce, dato che la questione attiene alla legittimazione del curatore del fallimento per il risarcimento dei danni causati dal comportamento sopra descritto.

Com'è ben noto per spendere troppe parole, lo stato di insolvenza si manifesta con l'incapacità di adempiere con regolarità le obbligazioni assunte (art. 5 l.f.) e ciò può accadere anche se l'imprenditore abbia un enorme patrimonio ma una scarsa liquidità (9).

Se ciò accade, ecco la mia opinione diversa, l'imprenditore non può affatto contrarre nuove obbligazioni, perché l'art. 217 l.f. punisce la bancarotta semplice, la quale ricorre (*inter alias*) allorché l'imprenditore, quand'era fallibile ed insolvente, abbia «aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento».

Dunque il reato si consuma in presenza di un imprenditore insolvente che continua a concludere contratti; il bene tutelato è il mercato, ovvero l'insieme degli attori che possono concludere contratti con lui, nella convinzione di trovarsi di fronte un

(9) Per tutte v. Cass., 27 marzo 2014, n. 7252: «lo stato di insolvenza richiesto ai fini della pronunzia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili; in particolare, il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 l.fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche, si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio».

imprenditore sano anziché economicamente infetto (10).

Su questo danno concorda anche Di Marzio ove descrive, parlando di questo imprenditore attaccato alla bombola dell'ossigeno finanziario, di «floridezza [che è] una semplice apparenza, un vero e proprio miraggio che aleggia sulla scienza. Chi, osservandola, è stato indotto a non tutelare le proprie ragioni creditorie... subisce un danno cagionato dalla fiducia mal riposta» (11).

Ciò che ritengo opportuno precisare è che il danno che subiscono i creditori sociali è un danno che si riverbera anche sui soci: infatti ogni credito ammesso al passivo del fallimento comporta anche una riduzione del valore del patrimonio della società, destinato alla previa soddisfazione dei primi.

Si tratta cioè di un illecito plurioffensivo ed anzi, a ben vedere, i primi ad essere colpiti sono proprio i soci, che vedono destinare il patrimonio sociale a soddisfare creditori che nemmeno avrebbero dovuto essere indotti a concludere rapporti con la società.

Aggiungo che non importa affatto che l'imprenditore, in cuor suo, pensasse di riuscire a riprendersi sulla base di finanziamenti ottenuti dal creditore che ne conosca l'insolvenza: a parte il fatto che le nuove operazioni possono dar luogo alle altre ipotesi di bancarotta semplice se non scivolano in quella aggravata o preferenziale, ciò che conta è che, agli effetti civili, è sufficiente la semplice colpa aquiliana, che consiste qui nel tentare la sorte quando si è insolventi, anziché chiedere il proprio fallimento.

Direi cioè che, quand'anche non ricorra il dolo dell'imprenditore, agli effetti civili si verserebbe nel caso del concorso doloso (12) (della banca) con il fat-

(10) Non ritengo invece che si possa invocare, per il caso in esame, il reato di ricorso abusivo al credito (art. 218 l.f.), perché questo si consuma se avvenga «dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza»: ammesso che ciò sia possibile senza chela situazione risulti dai dati censiti in Centrale Rischi, che le banche consultano regolarmente, sarebbe allora proprio la dissimulazione ad impedire la responsabilità della banca nel concedere credito abusivamente, perché non le sarebbe rimproverabile nemmeno la colpa, che è il presupposto soggettivo minimo di questo fatto illecito.

(11) DI MARZIO, cit. 339.

(12) Lo qualifico doloso perché le già ricordate risultanze della Centrale Rischi indicano alla banca l'esistenza dello stato di insolvenza: lo conferma (tra altre) anche Cass., 24 maggio 2010, n. 12626, *Danno e resp.*, 2011, 285: «il discredito che deriva da una illegittima segnalazione alla centrale dei rischi è tale da ingenerare una presunzione di scarso affidamento dell'impresa e da connotare come rischiosi gli affidamenti già concessi». Inoltre per Trib. Salerno, 25 novembre 2009, *Dir. fallim.*, 2010, II, 582, «ai fini della segnalazione alla centrale rischi della banca d'Italia, la normativa vigente subordina la legittimità della segnalazione stessa alla circostanza che l'imprenditore versi in uno stato di insolvenza, in qualche modo equiparabile a quello che porterebbe alla dichiarazione di fallimento, anche se una siffatta declaratoria non sia nel frattempo intervenuta», va da sé che una banca che nel concedere credito ometta di verificare la situazione patrimoniale del debitore, ipotesi del tutto scolastica, risponderrebbe allora per colpa

to (quantomeno) colposo dell'imprenditore, ma non invece che ricorra la *vis attractiva* del comportamento doloso della banca, che consenta di imputare solo a questa gli effetti del comportamento dell'imprenditore, che dovrebbe ritenersi causalmente irrilevante (13).

È dunque l'imprenditore insolvente che, rimanendo sul mercato artificialmente, crea l'apparenza di una propria inesistente capacità di adempiere nei confronti dei creditori; è lui che poi non adempie perché l'insolvenza non viene superata; è lui, alla fine, che fallisce.

In una situazione simile mi pare dunque che il comportamento della banca sia pari a quello di chi vendendo (perché si fa pagare) l'arma ad una persona che sa essere intenzionata di compiere una rapina: il reato di rapina è compiuto da chi si presenta con l'arma, sempreché lo faccia, rispetto al quale chi l'ha consegnata risponderà semmai a titolo di concorso, non per il reato proprio.

Se le cose stanno così allora occorre rovesciare la prospettiva che porta alla legittimazione del soggetto che può chiedere il risarcimento del danno.

Ove il fallito sia una società di capitali, il curatore potrà infatti esercitare l'azione di responsabilità prevista dall'art. 146 l.f. nei confronti degli amministratori, organi di controllo o liquidatori che si siano astenuti dal chiedere il fallimento e magari non abbiano provveduto alla convocazione dell'assemblea per la ricostituzione del capitale sociale ove eroso dalle perdite o, se liquidatori, se abbiano intrapreso nuove operazioni nonostante lo stato di liquidazione.

Ciò significa che è l'imprenditore (gli amministratori o i liquidatori della società) che rispondono per fatto proprio, cioè per il danno cagionato all'integrità del patrimonio sociale e poi ai creditori nuovi mentre la banca risponderà per concorso nel loro comportamento e la legittimazione spetterà al curatore, cui è attribuita dai ricordati artt. 146 l.f. e 2394-bis c.c.

Mi conforta in questo senso un arresto che condividendo, ovvero Cass., 1 giugno 2010, n. 13413 (14), per la quale

il curatore fallimentare è legittimato ad agire, ai sensi dell'art. 146 l. fall. 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 assumere 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.

Ma c'è di più: per il risarcimento del danno causato dagli amministratori per l'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, l'art. 2394 c.c. attribuisce la legittimazione ai creditori sociali, mentre l'art. 2394-bis c.c. aggiunge che, in caso di fallimento, la legittimazione spetti al curatore. Dunque (anche) per ogni credito che si sia aggiunto a quelli esistenti nel momento in cui l'insolvenza si era proclamata, anche a tacer dell'apparenza derivante dalla concessione abusiva di credito, vi sarà sempre la legittimazione attiva del curatore se, come indica la disposizione, il patrimonio sociale sia insufficiente a soddisfare i creditori stessi (ovvio, altrimenti... il danno non ci sarà!).

È la tesi sostenuta da Trib. Verona, 3 agosto 2012 (15):

I creditori della srl possono agire ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti degli amministratori che si siano resi responsabili dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ove questo risulti insufficiente ed in caso di fallimento è legittimato a far valere tale azione il curatore.

Si tratta semmai di vedere se le regole che consentono di colpire l'amministratore o il liquidatore, valgano anche nei confronti dell'imprenditore individuale, per il quale manca una disposizione, posto che il legislatore non vi ha pensato, considerando il suo totale spossessamento come effetto sufficiente a colpire l'autore del fallimento. In questo senso si potrebbe perfino ipotizzare un difetto di interesse del creditore (art. 100 c.p.c.) il quale, con l'ammissione al passivo, dove si provvederà al riparto di tutto il ricavabile dal patrimonio del fallito, incluse le azioni esercitabili, riceverà quanto al massimo si possa distribuire.

In realtà non è così perché vi è già la legittimazione del curatore a chiedere al fallito il risarcimento dei danni causati, costituendosi parte civile nel procedimento penale contro di lui (art. 240 l.f.): il che dimostra come il requisito della possibilità materiale di ottenere il risarcimento del danno non costituisce un presupposto per la domanda risarcitoria.

Inoltre dall'esdebitazione restano esclusi i debiti per il risarcimento del danno da fatto illecito (art. 142, c. III, lett. b) l.f.) e dunque vi è interesse a che anche l'imprenditore individuale sia convenuto in giudizio per aver violato il divieto di contrarre nuove obbligazioni, una volta che si sia manifestato lo stato

grave, stante la necessità di adempiere alle segnalazioni obbligatorie in C.R.

(13) Su questa distinzione v. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, nel *Comm. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, 728.

(14) *Foro it.*, 2011, I, 856.

(15) *Fall.*, 2013, 344.