

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE / GIUGNO

2024

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

L'abusiva erogazione di credito alle imprese in crisi e i problemi di impiego delle azioni di massa per il risarcimento del danno ai creditori

SOMMARIO: 1. La rappresentanza dei creditori nella liquidazione giudiziale e l'esigenza di "azioni di massa". – 2. La dubbia legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione di responsabilità per abusiva erogazione del credito. – 3. L'attuale orientamento favorevole alla legittimazione del curatore in presenza di una "base comune" di danno. – 4. La non desumibilità dalla disciplina della liquidazione giudiziale di una preferenza dell'ordinamento per un trattamento concorsuale della violazione dell'obbligo di finanziare in modo responsabile. – 5. L'evoluzione della disciplina riguardante l'esercizio da parte del curatore delle azioni di responsabilità (...) – 6. (*Segue*): e la dubbia portata del *numerus clausus* introdotto dall'art. 255 CCII. – 7. La possibile diversità delle conseguenze dell'indebito finanziamento nei confronti dei creditori del debitore insolvente. – 8. La necessità di correttivi allo scopo di porre rimedio alle inopportune implicazioni dell'indistinta attribuzione del risarcimento alla massa. – 9. Il problema dell'ammissione del finanziatore abusivo allo stato passivo e della conseguente partecipazione al risarcimento del danno. – 10. Considerazioni conclusive.

1. La rappresentanza dei creditori nella liquidazione giudiziale e l'esigenza di "azioni di massa".

Intervenuta la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, il debitore è privato della gestione dei beni e ai creditori non è più consentito avviare azioni esecutive o cautelari sui beni interessati dalla procedura, alla tutela individuale sostituendosi quella collettiva affidata al curatore¹. Per indicare l'oggetto di queste fenomenologie la legge parla di "beni", un termine che non ne lascia intendere appieno l'ampiezza² ma che non ha comunque mai fatto dubitare che quel che

¹ Questi effetti discendono, rispettivamente, dall'art. 142 CCII, che prevede il c.d. spossessamento, dall'art. 150 CCII, che stabilisce il c.d. concorso formale escludendo l'esercizio di azioni esecutive o cautelari, e dall'art. 151 CCII, per il quale aperta la procedura ogni credito deve essere verificato secondo i principi dell'accertamento dello stato passivo. Queste metodologie «concorrono a definire la regola della concorsualità» (G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*², Torino, 2022, 237).

² Ciò dipendendo sia dal significato che allo stesso è attribuito dall'art. 810 cod. civ., per il quale «[s]ono beni le cose che possono formare oggetto di diritti», sia dalla

viene sottratto, e che deve essere gestito nel generale e indistinto interesse dei creditori, è tutto quanto riferibile al debitore³, ivi compresi i poteri, le facoltà e le aspettative ricollegabili al possibile esercizio di azioni giudiziarie. Per quanto spesso determinanti per la soddisfazione dei creditori, a queste ultime, tuttavia, la legge non riserva una disciplina esaustiva, tant'è che le regole applicabili appaiono non sempre chiare risultando in particolar modo incerto, talvolta, se il curatore sia legittimato a promuoverle.

Questo dubbio, per la verità, non si pone per ciò che concerne le azioni che il debitore avrebbe potuto direttamente esperire qualora ancora *in bonis*, ogni problema essendo in tal caso risolto dall'art. 143 CCII, che stabilisce – tra l'altro – che il curatore sta in giudizio in luogo del debitore in tutte le controversie di carattere patrimoniale, anche se non ancora esperite al momento dell'avvio della procedura o riguardanti beni sopravvenuti. Pertanto, il curatore potrà sicuramente promuovere le azioni che avrebbe potuto avviare il debitore, e quindi, per fare qualche esempio, le azioni per ottenere il rilascio di beni, per il realizzo dei crediti, per l'accettazione dell'eredità, per la riduzione della legittima e per il risarcimento del danno⁴.

A non essere pacifiche sono invece le conseguenze del fatto che, con l'apertura della liquidazione giudiziale ai creditori è precluso l'esercizio delle azioni esecutive nonché di quelle volte alla

distinzione che tradizionalmente viene proposta tra i beni e il patrimonio, i primi solitamente considerati nella loro individualità ed il secondo invece quale insieme di rapporti attivi e passivi facenti capo ad un soggetto (cfr. F. DE MARTINO, *Dei beni*, in *Della proprietà*⁴, di F. De Martino, R. Resta e G. Pugliese, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoia e G. Branca, 1976, Bologna-Roma, 4).

³ Vale a dire tutti i suoi beni mobili, immobili e immateriali, le entità e i diritti, materiali ed immateriali, tra cui anche quelli non suscettibili di valutazione autonoma e di valorizzazione immediata, quali ad esempio i crediti inesigibili e/o illiquidi e persino i beni non commerciabili (cfr. M. FABIANI, *Sistema, principi e regole della crisi d'impresa*, Piacenza, 2023, 319) e di provenienza illecita (cfr. G.B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice dell'impresa e dell'insolvenza*, Molfetta, 2019, 78), restando solo esclusi i beni personali previsti dall'art. 146 CCII. Per un generale commento della portata dello spossessamento, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Commento all'art. 42*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, I, 690 ss.

⁴ Rimane invece al debitore la legittimazione a far valere le (sole) azioni relative a beni e rapporti non ricompresi nella liquidazione giudiziale (Cass., 14 aprile 1983, n. 2599).

conservazione della garanzia patrimoniale, alla tutela individuale sostituendosi quella collettiva affidata al curatore. Rispetto a questa situazione, infatti, manca una norma analoga a quella rinvenibile nell'art. 143 CCII, di generale sostituzione del curatore ai creditori, rinvenendosi solo specifici riferimenti che con riguardo a ben determinate ipotesi stabiliscono che il curatore è legittimato, in quei casi, a prendere il posto dei creditori. Tra queste ipotesi le più note sono senz'altro quelle riguardanti le azioni di responsabilità esperibili contro gli organi della società, delle quali la legge fallimentare si occupava all'art. 146 e la cui disciplina, all'esito di una evoluzione della quale avremo modo di dire, è oggi rinvenibile nell'art. 255 CCII.

In mancanza di una previsione in tal senso, nel caso delle azioni spettanti ai creditori si potrebbe quindi essere portati a credere che il curatore non disponga di un generalizzato potere di rappresentanza degli stessi in giudizio, salvo le ipotesi rispetto alle quali tale potere risulti espressamente riconosciuto dalla legge. Ad avvalorare questa conclusione contribuisce peraltro l'art. 81 cod. proc. civ., per il quale «fuori dei casi previsti dalla legge, nessuno può agire in nome proprio per un diritto altrui»⁵. Una previsione che di per sé basterebbe ad escludere che il curatore possa agire in giudizio in rappresentanza dei creditori, salvo mettere in discussione l'applicabilità di tale norma sostenendo non trattarsi di una fattispecie di sostituzione processuale⁶.

⁵ Sulla sostituzione processuale, v. F. KELLER, *Profili evolutivi della legittimazione processuale*, Milano, 2018, 99 ss.

⁶ Invero, che l'azione intrapresa dal curatore in rappresentanza degli interessi dei creditori potrebbe non integrare una fattispecie di sostituzione processuale è stato ipotizzato con riguardo all'azione di risarcimento per irresponsabile finanziamento, della quale si sta per diffusamente dire nel testo, rispetto alla quale la dottrina non ha escluso che quel che si trasferirebbe al momento dell'apertura della procedura non sarebbe la mera legittimazione processuale ma il diritto stesso, che rimarrebbe nella massa concorsuale, in capo al curatore, per tutta la durata della procedura. In particolare, e con tutta la prudenza del caso, tale ricostruzione è stata proposta da I. PAGNI, *La concessione abusiva del credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Società*, 2007, 447 ss., che ha ipotizzato che «l'insolvenza commerciale, a differenza di quella civile, (omissis) comprimendo gli strumenti di tutela individuali rivolti ad un aumento o ad una conservazione dell'attivo, postulerebbe un passaggio, finché duri il fallimento, già del diritto attribuito ai creditori del patrimonio (e non soltanto della legittimazione, perché per questo occorrerebbe una norma espressa, come imposto dall'art. 81 c.p.c.) e perciò di tutti i rimedi, preventivi e successivi, che la facoltà di conservare o reintegrare la garanzia patrimoniale consenta di invocare».

Per quanto nessuna previsione deponga a favore dell'attribuzione al curatore di un generalizzato potere di rappresentanza dei creditori, resta però che tra i compiti del curatore vi è pacificamente anche quello di adoperarsi per la conservazione e la ricostruzione del patrimonio del debitore⁷. Un obiettivo la cui attuazione rende in molti casi indispensabile l'intrapresa di azioni giudiziarie (di natura esecutiva, cautelare, di condanna e di cognizione⁸) volte alla protezione ed alla ricostruzione di tutto quanto destinato ai creditori, ed alle quali – avendo come connotazione il fatto di essere finalizzate all'indistinta e generalizzata salvaguardia degli interessi dei creditori – è tradizionalmente riservata la definizione di “azioni di massa”⁹.

A contraddistinguere queste azioni è, come accennato, il carattere indeterminato dei suoi beneficiari, mirando infatti le azioni di massa ad

Considera la tesi «suggestiva ma non condivisibile» M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: la transizione dalla legge fallimentare al codice della crisi*, in *Fall.*, 2019, 1538. In argomento v. anche F. PACILEO, *Concessione “abusiva” di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio degli amministratori*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, II, 185 ss.; S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori ed interessi protetti*, Milano, 2013, 253 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 1041 ss.

⁷ Cfr. F. FERRARA - A. BORGIOLO, *Il fallimento*⁵, Milano, 1995, 504 ss. Gli obblighi di ricostruzione del patrimonio sono peraltro desumibili dalle previsioni dell'art. 213 CCII, riguardante i contenuti ed i doveri di redazione da parte del curatore del programma di liquidazione. Per Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, «[l]a funzione recuperatoria della garanzia patrimoniale a tutela della *par condicio creditorum* è tipica dell'attività demandata dalla legge al curatore».

⁸ Cfr. Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *Foro. It.*, 2003, I, 1770, che considera l'attribuzione al curatore del potere di esercitare nell'interesse dei creditori azioni anche di cognizione un naturale corollario del divieto da parte di questi ultimi di esercitare azioni esecutive e cautelari individuali, che comporta «anche il divieto di esercitare le azioni di cognizione che sono, nel diritto comune, nella titolarità dei creditori e che tendono alla ricostituzione del patrimonio del debitore, per esercitarvi la garanzia di cui all'art. 2740 c.c.».

⁹ Cfr., nella stessa manualistica, M. FABIANI, *Sistema, principi e regole della crisi d'impresa*, cit., 533; L. GUALANDI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Manuale di diritto fallimentare*, di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi e G. Scarselli, Milano, 2011, 179; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*², cit., 349. La consacrazione normativa di questa terminologia si deve invece all'art. 124 l. fall., che ha previsto nel concordato fallimentare la cedibilità ai creditori o al terzo assuntore, oltre che dei beni compresi nell'attivo, «delle azioni di pertinenza della massa».

incrementare l'attivo della procedura indipendentemente dalla misura in cui tale incremento avvantaggerà i singoli creditori, loro proposito essendo la reintegrazione della generica garanzia rappresentata dal patrimonio del debitore, indipendentemente dai criteri di suddivisione dello stesso al momento del riparto¹⁰. In questo novero, in particolare, sono ricondotte diverse azioni tra quelle espressamente spettanti al curatore, azioni di massa essendo ritenute, ad esempio, le azioni revocatorie previste dall'art. 166 CCII e l'azione revocatoria ordinaria disciplinata dall'art. 165 CCII, in quanto volte a ricondurre nell'ambito della procedura beni fuoriusciti dal patrimonio del debitore, nonché le varie azioni di responsabilità in materia societaria previste dall'art. 255 CCII, anch'esse miranti, se pur in altro modo, ad incrementare la consistenza dell'attivo nell'indistinto interesse dei creditori. Oltre a queste, seppur non espressamente menzionate dal legislatore, altre azioni sono tendenzialmente ricondotte alla competenza del curatore, proponendosi anch'esse la realizzazione di un indistinto vantaggio a favore della massa dei creditori. Come nel caso, sempre ad esempio, delle azioni di nullità, di simulazione, di surrogatoria nonché delle azioni di responsabilità contro soggetti diversi da quelli contemplati dall'art. 255 CCII¹¹.

Al curatore, per contro, non spetta l'esercizio delle azioni volte all'accertamento della sussistenza di specifici diritti soggettivi né quelle che, per quanto espressive di una pretesa estesa, non sono tuttavia destinate a produrre effetti generalizzati a beneficio, indistintamente, di

¹⁰ Definiscono sostanzialmente in tal modo le azioni di massa, Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7031 e 7030, quest'ultima in *Corr. Giur.*, 2006, 643 ss., con commento di G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni unite*.

¹¹ Si pensi, ancora una volta solo per fare qualche esempio, all'azione di responsabilità contro i soggetti finanziatori per abusiva erogazione del credito, della quale si sta per dire diffusamente; all'azione di responsabilità disciplinata dall'art. 15 del d.lgs. 39/2010 contro il revisore legale dei conti, alla quale anche si farà ancora cenno; all'azione contro il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nominato in base all'art. 154-bis TUF, assoggettato allo stesso regime di responsabilità degli amministratori in relazione alle proprie attribuzioni ma che l'art. 255 CCII non menziona espressamente; all'azione contro l'attestatore degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la cui attestazione abbia colpevolmente determinato danni (con riferimento ad una azione contro l'attestatore in ipotesi di ritardo nell'apertura della procedura di fallimento, v. Trib. Venezia, 19 maggio 2015, in Banca dati *One Legale*).

tutti i creditori¹²: in questi casi l'azione spetta infatti individualmente ai creditori, nella misura in cui direttamente interessati.

La legittimazione del curatore ad esercitare le azioni di massa risponderebbe dunque ad una sorta di esigenza del sistema. In pratica, la concorsualità e, specificamente, l'esigenza di necessaria ricostruzione del patrimonio del debitore ai fini di una ordinata soddisfazione in *par condicio* dei creditori, richiederebbe l'attribuzione al curatore della legittimazione all'esercizio di azioni di massa allo scopo di poter riversare l'eventuale risultato utile del vittorioso esercizio dell'azione «a favore dell'intera platea dei creditori»¹³, e questa esigenza giustificerebbe il riconoscimento di questa legittimazione anche in assenza di una espressa previsione di legge¹⁴.

2. La dubbia legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione di responsabilità per abusiva erogazione del credito.

In merito a questa legittimazione in assenza di una espressa previsione di legge, un caso molto discusso è quello riguardante

¹² V. ancora Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, § 4b, e poi anche Cass., Sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641, secondo cui «la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è *limitata* alle azioni c.d. di massa – finalizzate, cioè, alla ricostruzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere *indistinto* quanto ai possibili beneficiari del loro positivo esito» (corsivo aggiunto), e Cass., 12 maggio 2017, n. 11798 (in *Fall.*, 2017, 905 ss., con commento di G. TARZIA, *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato il fallimento*), per la quale «il curatore non è titolare di un potere di rappresentanza dei creditori, ma può al più agire con le azioni c.d. di massa, dirette ad ottenere nell'interesse del ceto creditorio in quanto tale la ricostruzione del patrimonio del debitore».

¹³ R. DEL PORTO, *Brevi note in tema di legittimazione attiva del curatore: le azioni di massa come regola "di sistema"*, in *Quaderni di ristrutturazione aziendale*, 4, 2023, 140.

¹⁴ Occasione per rimediare a questa mancanza di previsioni espresse avrebbe potuto essere l'approvazione del CCII, che ha invece preferito non intervenire su tale materia presumibilmente perché la legge 155/2017 non aveva conferito la necessaria delega (cfr. B. INZITARI - E. DEPRETIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 1062, ove si manifesta delusione per l'occasione perduta «non essendo contenuta nell'oggetto della delega alcuna indicazione rispetto a una possibile riscrittura della disciplina generale della legittimazione sostitutiva del curatore alla massa dei creditori nel loro interesse»).

l'ammissibilità di azioni risarcitorie da parte del curatore nell'ipotesi della c.d. concessione abusiva di credito, per tale intendendosi la condotta dell'ente finanziatore che, pur conoscendo lo stato di insolvenza in cui versa l'impresa – o che comunque avrebbe dovuto conoscerlo usando la diligenza normalmente pretendibile in considerazione della natura professionale e degli obblighi di verifica del merito creditizio imposti dalla disciplina bancaria¹⁵ – continua ugualmente a mantenere aperte le preesistenti linee di credito ovvero

¹⁵ Che, come noto, richiede al finanziatore professionale di subordinare l'erogazione del credito all'esito di un determinato processo di valutazione del merito creditizio nella prospettiva della salvaguardia degli interessi del sistema nella sua interezza, tutelandone la stabilità e l'efficienza complessiva e ferme restando le situazioni rispetto alle quali la verifica del merito creditizio deve altresì tener conto dell'interesse dello stesso soggetto finanziato (obblighi di questo genere essendo in particolar modo previsti a protezione del consumatore ma non anche del soggetto imprenditore: S. FORTUNATO, *Codice della Crisi e responsabilità di creditore finanziatore nella valutazione del "merito creditizio"*, in *Dir. banc. fin.*, 2019, I, 797 ss.; G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, I, 822; A.A. DOLMETTA, *Merito del credito e concessione abusiva. Dopo Cass. n. 18610/2021*, in *Dirittobancario.it*, ottobre 2021). Per una ricostruzione della responsabilità bancaria, comprensiva di riferimenti all'erogazione ed interruzione abusiva del credito, in una prospettiva di recupero di autonomia rispetto alle regole comuni, G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 141 ss. Per un generale inquadramento della speciale disciplina bancaria in relazione alla fattispecie della concessione abusiva del credito, S. DELLE MONACHE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, in *Fall.*, 2021, 1330 ss.; R. MUNARO, *La gestione del credito bancario per l'impresa in crisi*, in *Il diritto commerciale della crisi*, a cura di L. Lambertini e F. Platania, Milano 2023, 591 ss. Sulle specifiche "componenti" della fattispecie, F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, II, 693, che iscrive l'erogazione abusiva del credito nel novero dell'irragionevole esercizio della "libertà contrattuale", in tal modo differenziandola da figure affini di responsabilità quali in particolar modo quella del finanziatore che abusivamente interferisca nella gestione dell'impresa in crisi (da tempo valorizzata da varie esperienze straniere, quali ad esempio quella statunitense, che riconduce tale ipotesi alla più ampia nozione della c.d. *deepening insolvency*, quella tedesca, nella quale la concessione immorale di credito – *sittenwidrige Kreditgewährung* – è tra l'altro integrata nei casi di immorale controllo occulto della gestione dell'impresa, e quella francese, il cui *Art. L.650-1 Code de commerce*, come si dirà *infra*, ha limitato a specifiche ipotesi la responsabilità della banca per il sostegno alle imprese in crisi, tra cui quella della interferenza nella gestione).

concede nuova finanza, così consentendo il prosieguo di un'attività che altrimenti sarebbe stata interrotta¹⁶.

Rispetto a questa fenomenologia, mentre alcune questioni sono state risolte in modo sufficientemente condiviso¹⁷, altre invece hanno continuato ad essere dibattute¹⁸ e, tra queste (e più di altre) quella

¹⁶ Secondo la tradizionale visione, questa illegittima condotta manifesterebbe una attitudine potenzialmente plurioffensiva, risultando astrattamente idonea a danneggiare i creditori dell'impresa finanziata, i suoi concorrenti e, secondo una certa interpretazione, la stessa impresa finanziata. Per una ricostruzione dell'origine dottrinale di questa figura di illecito, A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 219 ss.; C.M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione «abusiva» di credito?*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 841 ss.; F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. impr.*, 1987, 20 ss.; B. INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc. fin.*, 1993, II, 399 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fall.*, 1997, II, 869 ss. In senso contrario alla ricostruzione di una responsabilità per concessione abusiva, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La responsabilità civile dell'impresa bancaria, in Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981, 275 ss.

¹⁷ Invero, non sembrano oramai sussistere più dubbi in merito alla circostanza che all'integrazione della fattispecie risarcitoria concorrano tanto gli obblighi di diligente esecuzione della prestazione che l'art. 1176, comma 2, cod. civ., pone a carico dell'operatore professionale, quanto l'obbligo di sana e prudente gestione, che notoriamente permea l'intero ordinamento bancario imponendo di verificare il merito creditizio del cliente secondo i canoni del *bonus argentarius*. L'inosservanza di questi doveri comporterebbe quindi, nei rapporti con l'impresa insolvente, una responsabilità di natura pre-contrattuale ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., qualora la banca abbia contrattato e, quindi, concesso il finanziamento, e di natura contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., qualora la banca abbia ingiustificatamente proseguito un finanziamento già in corso. Nei rapporti con i creditori dell'impresa la banca risponde invece a titolo aquiliano. Per una riassuntiva rappresentazione di queste conclusioni v., in giurisprudenza, Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, ed in dottrina, M. DE PAMPILIS, *L'azione risarcitoria per abusiva concessione di credito nel «diritto della crisi pandemica»*, in *Corr. Giur.*, 2020, 1250; L. CASTELLI - S. TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2022, 181).

¹⁸ Molto discusse sono state, tra le altre, le questioni riguardanti lo stato in cui l'impresa finanziata dovrebbe versare, se cioè in situazione «di irreversibile insolvenza o, più largamente e meno nitidamente, «crisi»» (F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie «concessione abusiva di credito»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, II, 2009, 385. Nel senso della necessità di una situazione di insolvenza, A. NIGRO, *La responsabilità*

riguardante la riconducibilità delle pretese risarcitorie esperibili contro il soggetto finanziatore nel novero di quei valori destinati ad accrescere l'attivo della procedura nell'indistinto interesse dei creditori. A questo riguardo ci si è in particolar modo interrogati in merito a se quella in questione debba considerarsi una azione "di massa", che il curatore sarebbe tenuto (e quindi legittimato) a promuovere in adempimento del proprio dovere di ricostruire il patrimonio del debitore nell'interesse della generalità dei creditori, o se invece il pregiudizio derivante dalla erogazione abusiva di credito riguardi in modo differenziato i creditori dell'insolvente, ai quali spetterebbe perciò, in modo individuale, il diritto di agire in giudizio per il ristoro del danno individualmente subito.

della banca per concessione 'abusiva' di credito, cit., 249, e I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, cit., 443. V. poi anche M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2007, 252 ss.; ID., *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, in *Dir. fall.*, 2006, 160 ss.); sull'elemento psicologico rilevante, se necessariamente doloso o anche di semplice colpa, avendo al riguardo alcuni autori richiesto la necessaria presenza del dolo soprattutto alla luce della prospettiva adottata dal legislatore tesa a favorire, nella maggior parte dei casi con il necessario supporto di finanziamenti esterni, il raggiungimento di soluzioni concordate (A. NIGRO, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2006, 370; ID., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 440; ALLEGRETTI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 586 ss. Nel senso della non necessità di una connotazione dolosa, Cass., 21 novembre 2016, 23632; Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, ed in dottrina, S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, 67; L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 116; V. ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fall.*, 1997, 872, che in assenza di dolo limita la responsabilità ai soli casi di colpa grave, ad esempio per completa omessa istruttoria, e non anche a quelli di colpa lieve, come, sempre ad esempio, nel caso di erronea valutazione della meritevolezza della iniziativa imprenditoriale); sul ruolo attribuibile all'impresa finanziata, se da considerarsi necessariamente complice dell'illecito o se qualificabile essa stessa vittima del finanziamento (la circostanza secondo cui l'impresa non potrebbe essere nello stesso tempo autore e vittima dell'illecito è affermata, se pur come *obiter dictum*, da Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031. Tale argomento è stato però ritenuto privo di «pregio» da Cass., 30 giugno 2021, n. 18610. In dottrina cfr. B. INZITARI, *L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della cassazione*, in *Contr. impr.*, 2021, 1132).

Espressasi più volte sull'argomento, la giurisprudenza di legittimità ha modificato nel tempo le sue conclusioni.

Invero, in una prima decisione, pronunciata nel 2001 all'esito di un regolamento facoltativo di competenza, la Suprema Corte ha escluso che l'azione di risarcimento promossa contro la banca ritenuta responsabile di aver abusivamente finanziato una impresa insolvente potesse essere considerata una «azione di massa». Questa decisione ha in particolar modo sottolineato che il danneggiato dall'abusiva erogazione «non può, in via generale e di principio e in relazione alla struttura dell'illecito in questione, identificarsi con la totalità dei creditori, ossia con il ceto creditorio della procedura concorsuale», dovendosi il danneggiato invece identificare con «ciascuno dei creditori rispetto ai quali tutte le componenti dell'illecito saranno da verificare». La qual cosa, secondo la Suprema Corte, basterebbe ad escludere trattarsi di una «azione di massa», tanto più considerando, quale ulteriore aspetto critico, che del ceto creditorio di regola fa anche parte «quel banchiere al quale viene imputato e addebitato il comportamento lesivo»¹⁹.

Ad analoghe conclusioni sono successivamente pervenute tre decisioni pronunciate nel 2006 dalle Sezioni Unite della Suprema

¹⁹ Cass., 9 ottobre 2001, n. 12368 (in *Foro it.*, 2002, I, 435, e in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, II, 264, in quest'ultima con commento di M. ROBLES, *Erogazione «abusiva» di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*), come accennato nel testo pronunciata all'esito di un regolamento facoltativo di competenza avviato ai sensi dell'art. 43 cod. proc. civ. allo scopo di verificare la fondatezza della tesi secondo cui la domanda di risarcimento del danno per abusiva erogazione del credito deriverebbe dal fallimento e, pertanto, resterebbe attratta ai sensi dell'art. 24 l. fall. nella competenza funzionale del tribunale fallimentare. Disattendendo questa prospettazione, la decisione ha escluso la competenza del tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 24 l. fall., negando la natura di azione di massa dell'azione e sottolineando, tra l'altro, che il danno conseguenza dell'erogazione abusiva del credito non potrebbe comunque essere considerato una conseguenza della dichiarazione di fallimento, posto che l'aggravio del dissesto si realizzerebbe indipendentemente e già prima della dichiarazione di fallimento, quest'ultima potendo solo contribuire ad una più ordinata ricognizione degli effetti nelle forme rese possibili dall'accertamento del passivo. Tra gli altri aspetti trattati da Cass. 12368/2001, quello riguardante l'appartenenza del banchiere al ceto creditorio, pure ricordato nel testo, merita invece menzione in ragione della rilevanza che allo stesso è stata riservata dal successivo dibattito.

Corte²⁰, divenute note come “sentenze gemelle” in quanto sorrette da identiche motivazioni. Occupandosi in modo specifico del problema della legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori contro l’irresponsabile banchiere, queste decisioni hanno in particolar modo evidenziato la disomogeneità delle posizioni dei diversi creditori, facendone discendere la non riferibilità dei danni provocati dalla banca alla indistinta massa dei creditori. Questa disomogeneità è stata anzitutto segnalata con riguardo alla diversità delle conseguenze «a seconda che i crediti siano antecedenti oppure successivi», i creditori risultando in effetti danneggiati, nel primo caso per il fatto di dover concorrere con altri creditori, così recuperando una somma inferiore a quella che avrebbero riscosso, nel secondo, invece, perché senza l’abusivo finanziamento non avrebbero concesso credito, o perché il debitore sarebbe già stato assoggettato a procedura o anche perché non sarebbero stati tratti in inganno dalla solvibilità apparente creata dall’indebito finanziamento²¹. L’altra disomogeneità evidenziata è quella riguardante i rapporti tra creditori bancari e restanti creditori, avendo al riguardo le sentenze gemelle incidentalmente rilevato che, per ammettere la natura di massa delle azioni in questione, bisognerebbe (anche) ammettere che i creditori bancari, pur avendo abusivamente erogato credito, dovrebbero poter comunque «partecipare al riparto della massa così costruita e riprendere quanto versato», la qual cosa – nella visione espressa dalla tre decisioni – rappresenterebbe una anomalia. Inoltre, riferendosi sempre ai rapporti tra creditori bancari e non, le sentenze gemelle hanno dato rilievo alla circostanza che l’azione risarcitoria avrebbe avvantaggiato solo questi ultimi, ma senza che a tal riguardo possa parlarsi di una vera e propria diversità, l’aspetto rilevato dipendendo unicamente dal fatto che, per sua scelta, nei tre giudizi la curatela aveva ritenuto di dover agire nell’esclusivo interesse dei restanti creditori richiedendo a tal fine un risarcimento commisurato alle «passività non bancarie della fallita».

²⁰ Si tratta delle già citate Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031.

²¹ I primi riferimenti a questa distinzione fra creditori anteriori e creditori posteriori sono rinvenibili nella letteratura francese, notoriamente anticipataria nell’indagine del problema della responsabilità verso i creditori di chi abbia concesso credito a imprese insolventi (cfr. J. STOUFFLET, *L’ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?*, in *Jurisdasseur périodique*, 1965, I, 1882 ss.; C. GAVALDA - J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, Paris, 1974, 590 ss.).

Una prima apertura a favore della legittimazione del curatore è giunta invece con un *obiter dictum* del 2010²², quando la Suprema Corte ha per la prima volta riconosciuto che il curatore fallimentare sarebbe legittimato ad agire, ai sensi dell'art. 146 l. fall. in relazione all'art. 2393 cod. civ., nei confronti della banca, quale terzo solidalmente responsabile del danno cagionato alla società fallita dall'amministratore di quest'ultima, resosi responsabile di abusivo ricorso al credito. Secondo questa decisione, in particolare, nessuna rilevanza assumerebbe l'intervenuto esercizio dell'azione nei soli confronti della banca e non anche dell'amministratore, stante le previsioni dell'art. 2055 cod. civ., per le quali, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad uno solo dei diversi responsabili. A distanza di alcuni anni, e precisamente a partire dal 2017, in applicazione del principio sancito da questo *obiter dictum* sono quindi giunte le prime decisioni di condanna delle banche per concorso nella violazione degli amministratori responsabili di abusivo ricorso al credito²³. Tutte queste decisioni, va notato, non hanno però messo in discussione l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite del 2006, ma anzi confermato che il curatore fallimentare sarebbe carente

²² Cfr. Cass., 1 giugno 2010, n. 13413, che non ha però risolto la controversia applicando il principio menzionato nel testo dal momento che, in quel caso, «la responsabilità della banca 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 della 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» (la decisione è rinvenibile in *Fall.*, 2011, 306 ss., seguita da commento di A. MARCINKIEWICZ, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*).

²³ V. in particolare, per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, riportata in diverse riviste (tra cui *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, II, 236 ss., e *Giur. comm.*, 2018, II, 236 ss.), che ha riconosciuto il concorso della banca nella violazione commessa dagli amministratori dei propri obblighi di conservazione del patrimonio della società ai sensi dell'art. 2486 cod. civ., avendo fatto accesso al credito nonostante il verificarsi di una causa di scioglimento della società a seguito dell'intervenuta perdita del capitale sociale. Per la giurisprudenza di merito, App. Firenze, 11 novembre 2019, in *Fall.*, 2020, 812 ss., con nota di commento di G. FALCONE, *Concessione abusiva di credito e concorso della banca nel ricorso abusivo al credito*.

di legittimazione a proporre contro la banca finanziatrice l'azione da illecito aquiliano in rappresentanza del ceto creditorio. Ad essere esperibile non essendo infatti un'azione di massa ma l'azione che la stessa società avrebbe potuto promuovere autonomamente, prima ancora della dichiarazione di fallimento, e che a seguito dell'avvio della procedura il curatore eserciterebbe quindi al posto del fallito²⁴.

Alla definitiva svolta si è giunti, infine, con due decisioni del 2021²⁵, momento a partire dal quale anche altre sentenze²⁶ hanno riconosciuto

²⁴ Per una critica di questa impostazione, v. in dottrina A. JORIO, *Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 269, che ritiene che il risultato raggiunto da questo orientamento «è condivisibile, ma altrettanto non si può dire del percorso logico [omissis]; un po' più di coraggio non sarebbe guastato, riconoscendo che nei casi nei quali il patrimonio sia già svanito prima dell'erogazione abusiva del credito la legittimazione del curatore trova fondamento non già nella tutela dei diritti della società fallita bensì nella tutela dell'intero ceto creditorio per il pregiudizio subito dalla ritardata apertura e quindi con un'azione diretta alla reintegrazione del patrimonio assoggettato all'esecuzione concorsuale». Analogamente critica la valutazione di F. PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestione degli amministratori*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, II, 186, per il quale una legittimazione ampia del curatore fallimentare all'esercizio delle azioni di massa «trae origine dal generale ed esclusivo potere di disporre del patrimonio di gestione dell'impresa sottoposta al fallimento nell'interesse prioritario della massa dei creditori».

²⁵ Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, e Cass., 14 settembre 2021, n. 24725. Dopo questa svolta interpretativa, tra i diversi commenti in dottrina sul tema della responsabilità delle banche per abusiva erogazione del credito, B. INZITARI, *L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della cassazione*, cit., 1125 ss.; L. CASTELLI - S. TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*, cit., 176 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità della banca per abusiva concessione del credito*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. Callegari, S.A. Cerrato e E.R. Desana, II, Torino, 2022, 1194 ss.; I. D'ANSELMO, *Due sentenze sulla concessione abusiva*, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1110 ss.; G. FAUCEGLIA, *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel Codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione del credito*, in *Diritto della crisi*, 4 gennaio 2023; ID., *Il Codice della crisi e dell'insolvenza e le banche: qualche spunto di riflessione*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 334 ss.

²⁶ Cfr. Cass., 11 maggio 2022, n. 14876, che richiamando con assenso Cass. 18610/2021 ha ricordato, nelle proprie motivazioni, che «il curatore fallimentare, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, è legittimato

al curatore la legittimazione ad agire non solo allorché venga dedotta la responsabilità del finanziatore per il pregiudizio diretto al patrimonio dell'impresa, e quindi quale successore nei rapporti già facenti capo al debitore, ma anche nei casi della prospettazione di una responsabilità verso i creditori. In particolare, la legittimazione del curatore opererebbe ogniqualvolta risulti promossa una azione «recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio di quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, atteso che il fallimento persegue, appunto, l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della par condicio»²⁷. In tal caso, infatti, si tratterebbe di un danno al patrimonio dell'impresa dipendente da una diminuzione della generica garanzia patrimoniale ai sensi dell'art. 2740 cod. civ., che in quanto tale riguarderebbe tutti i creditori, sia che precedenti sia che successivi alla concessione dell'abusivo finanziamento, a nulla rilevando che solo per questi ultimi «possa aggiungersi pure la *causa petenti* di essere stati indotti in errore, ed allora individualmente, dall'apparente stato non critico della società»²⁸.

3. *L'attuale orientamento favorevole alla legittimazione del curatore in presenza di una "base comune" di danno.*

Per quanto da alcuni commenti ritenuto non del tutto convincente²⁹, il nuovo orientamento si sta consolidando in giurisprudenza e raccogliendo apprezzamenti anche in dottrina, le cui valutazioni più favorevoli lo hanno financo considerato una «definitiva tappa» nella ricostruzione sistematica «dell'intera tematica e specificamente della responsabilità della banca per abusiva concessione di credito e nella definizione della categoria di massa»³⁰.

ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio», e poi anche Cass., 18 gennaio 2023, n. 1387.

²⁷ Cass. 18610/2021, § 3.6.2.

²⁸ In questi termini sempre Cass. 18610/2021, poi anche richiamata da Cass. 1387/2023.

²⁹ A commento di Cass., 18610/2021 e di Cass. 24725/2021, parla ad esempio di analogie non chiarite e di sentenze con incoerenze di fondo, I. D'ANSELMO, *Due sentenze sulla concessione abusiva*, cit., 1121 e 1123.

³⁰ B. INZITARI, *L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della cassazione*, cit., 1125.

E in effetti, non c'è dubbio che le analisi rinvenibili nelle decisioni del 2021 rappresentino un utile contributo ad una più approfondita comprensione di alcuni importanti aspetti riguardanti la «tematica» in questione, ad essere stato meglio chiarito risultando, tra l'altro, che la legittimazione del curatore può essere inquadrata in vario modo, e precisamente, o in termini di diretta responsabilità (di natura precontrattuale o contrattuale³¹) nei confronti dell'impresa finanziata³², o come responsabilità della banca in concorso con quella degli amministratori per il danno arrecato alla società³³, ovvero quale responsabilità nei confronti della massa dei creditori³⁴, anche in questo caso con la possibilità di distinguere l'ipotesi della responsabilità diretta da quella del concorso con gli amministratori.

Riguardo a queste diverse ipotesi di legittimazione del curatore, le prime due si presentano di facile configurazione. Nel caso di danno

³¹ Invero, nel caso in cui la banca risulti aver contrattato disattendendo le prescrizioni di professionalità e di prudenza che dovrebbero soprassedere l'esercizio dell'attività creditizia, la responsabilità verso il debitore sarebbe a titolo precontrattuale ex art. 1337 cod. civ.; ove invece alla stessa venga imputata la prosecuzione di un finanziamento in corso, si tratterebbe, più propriamente, di una responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ. In generale, a risultare convincente dovrebbe poi essere l'inquadramento «nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., da cui derivano, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazioni, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c.» (Cass. 14 settembre 2021, 24725. Per tale costruzione v. anche Cass. 12 luglio 2016, n. 14188; Cass., 25 luglio 2018, n. 19775; Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236).

³² Che non possa escludersi la configurabilità di una responsabilità diretta della banca verso l'impresa sostenuta finanziariamente nonostante la mancanza di una ragionevole probabilità di risanamento, indipendentemente dalla rinvenibilità di responsabilità in concorso dei relativi amministratori, è spiegato da R. SACCHI, *Sulla responsabilità della banca per abusiva concessione del credito*, cit., 1198.

³³ La responsabilità della banca in concorso con quella contrattuale degli organi sociali sarebbe di natura aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il nostro ordinamento avendo da tempo riconosciuto il possibile concorso fra diversi responsabili, anche se a diverso titolo, come anche il possibile concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in capo allo stesso soggetto ogniquale volta un unico comportamento risulti lesivo del generale principio del *neminem laedere* e al tempo stesso di specifiche previsioni contrattuali (Cass., 14 dicembre 1991, n. 13039; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343; Cass., 24 febbraio 2016, n. 3651, e così anche, più di recente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Savona, 17 gennaio 2022, n. 44, in Banca dati *One Legale*).

³⁴ In tal caso di natura pacificamente aquiliana.

diretto all'impresa finanziata a poter essere esercitata, infatti, sarebbe la medesima azione che l'impresa avrebbe potuto essa stessa far valere qualora ancora *in bonis* e che, una volta aperta la procedura, passerebbe al curatore ai sensi dell'art. 143 CCII. Lo stesso si avrebbe, inoltre, in caso di condotte del soggetto finanziatore che abbiano agevolato gli amministratori nella commissione del ricorso abusivo al credito previsto dall'art. 325 CCII, comportante sul piano civile un'obbligazione risarcitoria del danno provocato alla società. Anche questa azione risarcitoria, esperibile contro la banca per la compartecipazione con gli amministratori, passerebbe infatti pacificamente al curatore per effetto dello spossessamento, le incertezze in tal caso riguardando semmai i presupposti del concorso. In effetti, la configurazione del concorso della banca nell'illecito degli amministratori responsabili di ricorso abusivo al credito è tutt'altro che agevole. Un'interpretazione rigida dovrebbe anzi portare ad escluderla per definizione, la fattispecie del ricorso abusivo al credito richiedendo difatti la dissimulazione dello stato di insolvenza quale elemento costitutivo del reato e il finanziatore dovendosi perciò considerare, di regola, più che il coautore il soggetto passivo del reato³⁵. Presupponendo inoltre il reato, quale elemento psicologico, il dolo generico, la fattispecie dovrebbe peraltro essere esclusa ogniquale volta la *mala gestio* degli amministratori si sia fermata alla colpa, ancorché particolarmente grave³⁶. Questa difficoltà di ricostruire la fattispecie penale non dovrebbe comunque portare ad anche escludere la possibilità di configurare l'ipotesi del concorso a fini solo civilistici, nel senso cioè di porre a carico della banca, a titolo di concorso, una responsabilità da illecito extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. Neppure il percorso di ricostruzione di questa responsabilità solidale a fini solo civilistici è tuttavia lineare, tant'è vero che l'interpretazione non è giunta a conclusioni condivise. Secondo la

³⁵ Cfr. G. INSOLERA, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito alla impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 848; I. VASSALLO - P. MAGRO, *Commento all'art. 325*, in *Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 1558.

³⁶ Cfr. F. PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio degli amministratori*, cit., 173; I. VASSALLO - P. MAGRO, *Commento all'art. 325*, in *Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, cit., 1558.

giurisprudenza, infatti, il concorso della banca nelle responsabilità degli amministratori potrebbe essere riconosciuto per il sol fatto dell'inosservanza degli obblighi di corretta valutazione del merito creditizio che l'ordinamento impone a che esercita professionalmente il credito³⁷. Alla banca, secondo questa visione, sarebbe in particolar modo imputabile – a titolo di concorso – il non aver impedito l'illegittima prosecuzione dell'attività di impresa erogando un credito del quale la società risultava immeritevole. Il fondamento di una siffatta ricostruzione è però quantomeno dubbio, nessuna norma richiedendo alla banca di assolvere a questa specifica funzione di controllo³⁸ né essendo configurabili a carico dei finanziatori professionali generali doveri di protezione ogniqualvolta la controparte sia un imprenditore³⁹. Sicché, rispetto a questa visione, dovrebbe risultare preferibile quella secondo cui la configurabilità di un concorso presupporrebbe un effettivo coinvolgimento nelle decisioni della società sovvenuta, in

³⁷ Per la sussistenza di un concorso in presenza di condotte di mera negligenza, v. ad esempio Cass., 20 aprile 2017, n. 9983 (che ha ritenuto che «dinanzi a una avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che ha perduto interamente il capitale, e dinanzi ad una altrettanto avventata o comunque imprudente concessione di credito da parte della banca, il comportamento illecito è concorrente e dotato di intrinseca efficacia causale»). Analogamente, tra altre, Cass., 12 maggio 2017, n. 11798.

³⁸ Cfr. V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1173, che osserva, tra l'altro, che «qui il problema non riguarda – se non indirettamente – l'inattuazione dei doveri di corretta valutazione del merito creditizio che l'ordinamento impone a che esercita professionalmente il credito, ma si incentra sull'imputazione a un terzo – il finanziatore, appunto – di un concorso nell'inadempimento dei doveri diretti a impedire l'illegittima prosecuzione dell'attività che l'ordinamento impone, in via primaria, a carico di chi è onerato della funzione gestoria entro l'organizzazione dell'impresa finanziata. Il fondamento di una siffatta responsabilità – in concorso – del finanziatore non può rinvenirsi nelle regole proprie dell'esercizio professionale del credito».

³⁹ Per quanto, come *supra* accennato in nota 15, riguardo alla verifica del merito creditizio l'interpretazione tenda a non addossare alle banche obblighi di protezione del soggetto finanziato qualora imprenditore, deve al contempo essere segnalato come il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sembrerebbe aver comunque assegnato alle banche un ruolo di *gatekeepers* del sistema imprenditoriale, come in effetti desumibile, ad esempio, dalle previsioni dell'art. 25-*decies* CCII, che stabilisce obblighi di comunicazione agli organi di controllo, e dell'art. 16, comma 5, CCII, che pone a carico degli operatori finanziari doveri comportamentali particolarmente qualificati.

particolar modo riscontrabile qualora la banca agevoli l'opera dissimulativa degli amministratori dell'impresa finanziata⁴⁰ ovvero ne indirizzi la condotta ingerendosi nei relativi processi decisionali⁴¹, influenzandone le scelte ed inducendola ad accettare il finanziamento⁴².

Per quanto agevolmente inquadrabili sul piano della fattibilità giuridica, salvo le incertezze appena dette in merito ai presupposti di rinvenibilità di un concorso, le azioni volte a far valere la responsabilità della banca verso la società finanziata non rappresentano comunque la preferibile soluzione per i curatori, e questo in ragione di alcuni limiti in termini di risultato conseguibile. Un primo limite essendo in particolar modo riscontrabile dal punto di vista dei necessari

⁴⁰ Cfr. A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese "in crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 315, che riferendosi al caso in cui la condotta degli amministratori integri gli estremi del reato di concorso abusivo al credito, sottolinea come «complicità della banca può aversi solo ove essa concorra, con la sua assistenza creditizia, nella dissimulazione dello stato di dissesto o di insolvenza».

⁴¹ I possibili condizionamenti possono essere di più generi, potendosi ad esempio immaginare il potere della banca di imporre la nomina di propri amministratori, ovvero la capacità, in via di fatto e pur in assenza di gestori di propria nomina, di condizionare le scelte della società, ovvero ancora la presenza di accordi contrattuali implicanti l'impegno della impresa finanziata ad assecondare le indicazioni ricevute e in generale a rispettare i c.d. *covenants* (M. MOZZARELLI, *Business covenants e governo della società finanziata*, Milano, 2013; L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013; P. CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013; G. BARBARA, *Covenants e "fattispecie aggregative"*, Torino, 2022).

⁴² Il problema della rinvenibilità di una responsabilità della banca a condizione che risulti che le decisioni assunte dal soggetto finanziato non siano state consapevoli, libere e autonome, assume rilievo, prima ancora che ai fini della configurabilità del concorso con gli amministratori, dal punto di vista causale. Secondo un certo orientamento, infatti, l'assenso alla stipula del contratto di finanziamento e le successive libere scelte di impiego delle somme ottenute, sarebbero comportamenti di per sé sufficienti a recidere il nesso di causalità tra l'abusiva erogazione del credito ed il danno risentito dal soggetto finanziato (in argomento, G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, cit., 830, che sostiene un ordine di idee in dottrina menzionato già in precedenza, v. A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito e di legittimazione del curatore fallimentare*, in *Dir. banc. fin.*, 2002, I, 299 ss.; F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, II, 2009, 397).

presupposti dell'azione, che potrebbero risultare non facilmente configurabili per il presumibile coinvolgimento dell'impresa finanziata rispetto all'abuso realizzato dalla banca, non foss'altro perché il contratto di finanziamento è voluto e richiesto dalla stessa impresa sovvenuta, che pertanto, in base alle regole dell'autoresponsabilità, e tanto più considerando la connotazione imprenditoriale⁴³, potrebbe difficilmente argomentare la propria estraneità all'illecito⁴⁴ (potendosi tutt'al più ammettere una riduzione di questa difficoltà nel caso delle piccole realtà con livelli organizzativi non paragonabili alla diligenza pretendibile dai gestori dell'impresa bancaria, per quanto neppure in queste situazioni andrebbe trascurato come l'ordinamento stia indirizzando anche le imprese minori verso misure organizzative "idonee"⁴⁵, in tale prospettiva la completa deresponsabilizzazione

⁴³ E quindi di soggetto professionale, al quale sarebbe conseguentemente difficile estendere le regole protettive che espressamente l'ordinamento stabilisce a favore dei consumatori (L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, 401).

⁴⁴ Cfr. A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese "in crisi"*, cit., 309, che commentando l'ipotesi della responsabilità della banca finanziatrice verso l'impresa beneficiaria la considera una prospettazione che «non si può accogliere, non solo perché stravolge la figura "tipica" della responsabilità per concessione abusiva di credito, ma anche e soprattutto perché una responsabilità diretta nei confronti del debitore appare difficilmente ammissibile visto che la concessione di credito viene normalmente richiesta dallo stesso debitore, il quale pertanto, in principio ed in generale, non avrebbe certo titolo per dolersi successivamente del pregiudizio che possa essergliene successivamente derivato»; dello stesso avviso F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. impr.*, 2015, 319, ove si osserva che l'impresa, poiché necessariamente consapevole del proprio stato e della contrarietà alle regole del merito creditizio della condotta della banca, rivestirebbe semmai la posizione di complice di quest'ultima. Analogamente, escludendo che un soggetto possa incorrere in errore in merito al proprio stato, escludendo perciò in capo allo stesso il diritto al risarcimento del danno, Trib. Rovereto, 6 agosto 2012, in *Banca dati De Jure*. V. anche Trib. Monza, 8 febbraio 2011, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, II, 690 ss.

⁴⁵ V. al riguardo l'art. 3, comma 1, CCII, che a differenza dell'art. 2086 cod. civ., che per le imprese collettive contempla il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi, richiede all'imprenditore individuale di adottare «misure idonee» al tempestivo rilevamento della crisi e l'assunzione senza indugio delle iniziative necessarie, ponendo così il dubbio di cosa debba intendersi per misure idonee e quale diversità sarebbe eventualmente riscontrabile rispetto agli adeguati assetti organizzativi ma senza potersi escludere che ad essere richiesti sarebbero i medesimi presidi organizzativi (B. MAFFEI ALBERTI, *Commento all'art. 3*, in *Commentario*

dell'impresa dovendosi perciò tendenzialmente escludere). Una seconda limitazione riguarderebbe invece il carattere comunque incerto e discutibile delle responsabilità eventualmente configurabili, le ipotesi più semplici risultando forse quelle di concorso della banca nell'illecito degli amministratori, in tal caso potendosi in effetti immaginare azioni dei gestori, della banca e dell'impresa finanziata, complessivamente lesive dell'interesse di quest'ultima, ma senza escludere l'ipotesi di illeciti degli amministratori dell'impresa finanziata aventi rilievo assorbente e dovendosi in aggiunta considerare che, perlomeno secondo un certo orientamento, una responsabilità concorrente della banca risulterebbe di difficile configurazione nel caso delle società di persone e sarebbe in ogni caso da escludere nell'ipotesi dell'impresa individuale, per evidente irrealizzabilità di alcun concorso con gli amministratori⁴⁶. Per non dire, infine, del carattere solo parziale del risarcimento conseguibile, non potendosi difatti escludere – vuoi perché dell'operazione di finanziamento è necessariamente partecipe l'impresa finanziata, vuoi perché l'attività della banca si basa inevitabilmente sulla documentazione e sulle attestazioni ricevute dalla stessa impresa e vuoi perché pacificamente su quest'ultima gravano obblighi di collaborazione – che la banca, anche in caso di condanna, possa

*breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*⁷, diretto da A. Maffei Alberti, Milano, 2023, 50).

⁴⁶ La responsabilità in concorso del terzo sarebbe infatti regolata dai principi del diritto delle società di capitali e, pertanto, non sarebbe configurabile «là dove, in considerazione della struttura dell'impresa finanziata, difetti tout court un momento organizzativo dell'attività e manchi, di conseguenza, come per l'impresa individuale, l'imputazione di compiti gestori a una funzione autonoma e, a sua volta, responsabile nei confronti del titolare: V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità*, cit., 1174. Vedi però le osservazioni di R. SACCHI, *Sulla responsabilità della banca per abusiva concessione del credito*, cit., 1197, che, sottolineando l'evoluzione della disciplina in tema di obblighi organizzativi ed il carattere oramai generalizzato di questi doveri, sposta l'attenzione dal tipo di società alla diversa complessità delle regole organizzative e procedurali, senza peraltro escludere, nel caso di società di persone espressive di realtà imprenditoriali meno complesse, doveri organizzativi meno stringenti ed un ridotto grado di diligenza pretendibile dai relativi gestori, compatibili con l'ipotesi della non configurabilità di una responsabilità concorrente con quella dei gestori dell'impresa finanziata.

comunque beneficiare di una riduzione del *quantum debeatur* ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.⁴⁷

Tutte queste limitazioni non sarebbero invece rinvenibili ammettendo la legittimazione del curatore ad agire in giudizio nel generalizzato interesse dei creditori, dovendo ragionevolmente essere valutata alla luce di questa diversità, e quindi nella prospettiva di favorire l'esercizio di una più efficace azione risarcitoria, la rivisitazione promossa dal recente orientamento delle possibili diversità tra creditori – a partire da quelle riguardanti il momento di formazione del credito, la natura soggettiva e le ragioni della pretesa risarcitoria⁴⁸ –

⁴⁷ A favore dell'applicabilità dell'art. 1227 cod. civ., G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, cit., 828, il quale ritiene, in definitiva, che mentre il creditore del soggetto finanziato che sia stato leso dall'aggravamento della situazione del sovvenuto a causa del proseguimento dell'attività può far valere in modo pieno la responsabilità *solidale* della banca per concorso con il debitore nella generazione dell'evento pregiudizievole, «la pretesa risarcitoria del soggetto finanziato è significativamente ridimensionata, ai sensi dell'art. 1227 c.c., a causa del contributo dato da quest'ultimo alla produzione dell'evento lesivo».

⁴⁸ Tra le distinzioni tradizionalmente tenute in considerazione la più importante è sicuramente quella riguardante il momento di formazione del credito. I creditori precedenti l'erogazione abusiva sarebbero infatti unicamente danneggiati dalla riduzione della generica garanzia patrimoniale a seguito della sopravvenienza di nuovi creditori che altrimenti non avrebbero partecipato al riparto, mentre i creditori successivi sarebbero danneggiati anche dal fatto di aver confidato nella solvibilità dell'impresa posto che, qualora il credito illegittimo non fosse stato erogato, neppure sarebbero divenuti creditori del soggetto insolvente. Altra tipica distinzione è quella dipendente dalla natura bancaria del soggetto creditore, la specificità potendo in tal caso dipendere dal fatto di risultare la banca titolare di una aspettativa di pagamento insinuabile al passivo ed al tempo stesso co-responsabile della situazione (tant'è che in alcuni casi, quali ad esempio quelli decisi dalle tre ricordate sentenze gemelle, le azioni risarcitorie sono state promosse richiedendo che del risarcimento beneficiassero solo i creditori non bancari). Un'ulteriore distinzione è stata infine proposta tenendo conto delle regole la cui violazione ha dato luogo alla erogazione abusiva, distinguendo cioè tra violazioni delle regole dell'attività creditizia, la cui inosservanza implicherebbe danni a carico dei singoli creditori il cui risarcimento andrebbe fatto valere unicamente da questi, e violazione da parte degli amministratori della società finanziata della disciplina dell'attività societaria resa possibile dal concorso della banca, implicante pregiudizio dell'integrità del patrimonio e quindi lesione degli interessi di tutti i creditori (su quest'ultima distinzione v. in particolar

e l'affermazione, quale esito di questa rivisitazione, della rinvenibilità di un danno comune a tutti i creditori, identificabile con quanto andato perduto a seguito del finanziamento che abbia reso possibile il prosieguo dell'attività, indipendentemente dall'esistenza di eventuali diversità tra i creditori e di danni ulteriori a carico di solo alcuni. L'esistenza di questa base comune di danno, secondo il nuovo orientamento, renderebbe infatti possibile la prospettazione di un indistinto vantaggio a favore di tutti i creditori, l'importo ottenuto dal curatore potendo essere destinato «esclusivamente in favore della massa» e trovando così «idonea collocazione la distinzione tra, da un lato, il danno individuale ai singoli creditori e, dall'altro, il danno anche collettivo al patrimonio d'impresa»⁴⁹.

La configurabilità di un danno comune a tutti i creditori varrebbe peraltro a legittimare il curatore ad agire nei confronti degli organi di gestione responsabili di aver fatto abusivo ricorso al credito, rientrando a quel punto l'azione non più tra quelle esperibili dal singolo creditore, a norma dell'art. 2395 cod. civ., bensì tra quelle che i creditori possono far valere nei casi di inosservanza degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2394 cod. civ. Ciò implicando – tra l'altro – che, analogamente a quanto già visto rispetto all'azione volta a far valere la responsabilità nei confronti della società finanziata, non vi sarebbero troppi dubbi in merito al fatto che il curatore potrebbe far anche valere la responsabilità verso i creditori ai sensi dell'art. 2055 cod. civ., invocando cioè il concorso della banca nell'illecito ricorso abusivo al credito da parte degli amministratori⁵⁰

modo V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità*, cit., 1161 ss.).

⁴⁹ Cass., 30 giugno 2021, n. 18610.

⁵⁰ Come già ricordato, la giurisprudenza è in generale favorevole all'applicazione dell'art. 2055 cod. civ. anche in caso di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (v. *supra*, nota 33) e, nelle ipotesi di concorso nell'abusivo ricorso al credito da parte degli amministratori, ammette la legittimazione del curatore ad agire contro la banca. Che al ricorrere di una «responsabilità degli amministratori nei confronti della società sovvenuta e dei suoi creditori ai sensi degli artt. 2392 e 2394 cc.» corrisponda la possibilità di ricostruire la legittimazione del curatore ad agire contro la banca sotto forma di «concorso o complicità della stessa appunto nell'inadempimento degli amministratori», è peraltro condiviso anche in dottrina (A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 441; v. anche A. JORIO, *Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità*

(fermi restando, anche in questo caso, i dubbi ed i limiti di configurabilità di una responsabilità concorrente per le ragioni cui si è in precedenza fatto cenno).

4. *La non desumibilità dalla disciplina della liquidazione giudiziale di una preferenza dell'ordinamento per un trattamento concorsuale della violazione dell'obbligo di finanziare in modo responsabile.*

Per quanto abbia una sua logica e non dia certo l'impressione di essere sguarnita di fondamento, la ricostruzione sostenuta da questo recente orientamento non manca tuttavia di suscitare perplessità e, anch'essa, potrebbe dimostrarsi non in grado di porre fine alle discussioni riguardanti il trattamento da riservare, in caso di apertura della liquidazione giudiziale del soggetto finanziato, alla banca irrispettosa dei propri obblighi di verifica del merito creditizio.

A questo proposito, prima di dire altro, vale la pena segnalare che nella disciplina della liquidazione giudiziale non si rinvengono norme riguardanti in modo espresso gli obblighi degli operatori professionali di erogare finanziamenti in modo responsabile, né sono presenti, a differenza di quanto riscontrabile in discipline analoghe, riferimenti normativi dai quali potersi desumere la preferenza dell'ordinamento per un trattamento concorsuale della violazione dei doveri di verifica del merito creditizio.

Parlando di situazioni analoghe intendo in particolar modo riferirmi alle previsioni del CCII riguardanti i finanziatori che con la propria irresponsabile condotta abbiano contribuito al sovraindebitamento dei soggetti nei cui confronti la liquidazione giudiziale non è applicabile. Ad assumere specifica rilevanza, in questa prospettiva, sono in particolar modo le previsioni degli artt. 67, comma 1, e 69, comma 2, CCII, le quali, in tema di ristrutturazione dei debiti del consumatore, sanzionano il creditore che abbia violato i propri doveri di verifica del merito creditizio sanciti dall'art. 124-*bis* t.u.b., stabilendo, rispettivamente, che la domanda di ristrutturazione può prevedere un

della banca e legittimazione del curatore, cit., 268). *De jure condendo*, potrebbero dimostrarsi perciò forse non in grado di spostare i termini della questione eventuali interventi normativi che dovessero limitarsi ad esplicitare che le azioni esperibili contro gli obbligati in solido rientrano anch'esse nel novero di quelle che, per legge, il curatore è autorizzato a promuovere.

trattamento «differenziato» dei creditori e che il finanziatore irresponsabile non possa presentare opposizione o reclamo in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta di ristrutturazione⁵¹. Nel loro complesso queste disposizioni rendono cioè possibile⁵² una proposta che riservi al creditore che abbia erogato credito in modo scorretto un trattamento peggiore rispetto agli altri creditori⁵³, privandolo della facoltà di opporsi e quindi utilizzando lo strumento concorsuale, in pratica, per finalità riparatorie.

Riguardo alla liquidazione giudiziale non si rinvengono invece previsioni di questo genere, dalle quali potersi cioè desumere il proposito di una reazione di stampo concorsuale nei confronti del finanziatore che abbia violato i propri doveri di verifica del merito creditizio, la disciplina della liquidazione giudiziale non prendendo espressamente in considerazione, come già fatto cenno, questo genere di violazione. Né può dirsi il contrario tenendo conto delle situazioni rispetto alle quali l'erogazione di un finanziamento potrebbe rilevare ai fini del perfezionamento di talune fattispecie di reato stabilite dalla normativa concorsuale⁵⁴, quali in particolar modo quelle previste dall'art. 325 CCII, in tema di ricorso abusivo al credito, e dall'art. 323 CCII, in tema di bancarotta semplice. Nel primo caso, perché la norma,

⁵¹ V. poi anche l'art. 80, comma 4, CCII, che con riguardo al concordato minore, con previsione di portata generale, prevede che il creditore che abbia determinato colpevolmente la situazione di indebitamento, o il suo aggravamento, non possa contestare la convenienza della proposta proponendo opposizione in sede di omologa.

⁵² Secondo un'interpretazione questa possibilità assumerebbe anzi carattere obbligatorio, argomentando bene questa ipotesi R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, 141 ss., che evidenzia – tra l'altro – la portata non solo processuale delle preclusioni introdotte dall'art. 69, comma 2, CCII.

⁵³ Potrà perciò aversi che il creditore venga inserito in una apposita “classe” cui riservare un trattamento particolare rispetto a quello previsto per gli altri creditori e senza limitazioni dipendenti dal confronto con l'alternativa liquidatoria, il creditore non potendo infatti lamentare che la proposta preveda un trattamento peggiore rispetto all'alternativa della liquidazione controllata.

⁵⁴ Un'altra fattispecie, anch'essa legata al tema del merito creditizio ma del tutto diversa rispetto a quella prevista dalla disciplina concorsuale, è quella del mendacio bancario prevista dall'art. 137, comma 2, t.u.b., del quale risponde l'amministratore della banca o il dipendente che in relazione alle attività di credito «consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido».

pur potendo essere valorizzata a riprova dell'esistenza di un generale dovere dei soggetti di astenersi da atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio dissesto⁵⁵, non è certamente finalizzata alla sanzione della violazione degli obblighi di verifica del merito creditizio da parte del finanziatore, che anzi – salvo non ricorrano, sulla base delle regole generali, gli estremi per una sua imputazione a titolo di concorso⁵⁶ – assume di regola, come già accennato, il ruolo di persona offesa. Nel secondo caso, perché riguardante tutta una serie di situazioni tra le quali potrebbe sì rientrare anche l'ipotesi dell'aggravio della situazione patrimoniale in conseguenza del ritardo nell'avvio della procedura con il concorso della banca, responsabile di aver illegittimamente finanziato l'impresa insolvente⁵⁷, ma senza che vi sia possibilità di argomentare che il reato in questione sia stato pensato e si regga sul necessario presupposto della violazione degli obblighi di verifica del merito creditizio da parte della banca.

La mancanza di specifici riferimenti a questo particolare tipo di violazione e, in ogni caso, di previsioni dalle quali potersi desumere una preferenza dell'ordinamento per una gestione concorsuale delle

⁵⁵ Cfr. A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., 238, che dopo aver ricordato come la *ratio* di questa previsione penale sia da ravvisare nell'intento di proteggere i creditori dal pericolo di inadempimento del debitore a seguito del dissesto, osserva come alla base della norma vi sia una regola che riguarda anzitutto il debitore, imponendogli di non ricorrere al credito dissimulando le proprie effettive condizioni economiche, «ma che ben può essere dilatato fino a comprendere altresì un dovere da parte dei terzi di astenersi dal compiere atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto». Potendosi quindi agevolmente pervenire all'affermazione, su queste premesse, dell'antigiuridicità della condotta di chi, concedendo credito o magari con atti di altro genere comunque idonei all'artificioso mantenimento in vita dell'impresa, integri una «fattispecie di “concorso” nella violazione di un obbligo di comportamento posto a tutela della generalità dei creditori».

⁵⁶ Non potendosi in particolar modo escludere che il banchiere concorra alla dissimulazione del dissesto, rappresentando questa dissimulazione il tipico elemento costitutivo della fattispecie di reato (cfr. A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese “in crisi”*, cit., 315, e ancora, con riferimento allo stesso Autore, quanto ricordato nella parte conclusiva della nota che precede).

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., 1 dicembre 1999, n. 2126, in *Giur. it.*, 2002, 1259, con nota di S. VINCIGUERRA, che ha affermato il concorso in bancarotta preferenziale per simulazione di un titolo di prelazione del funzionario di banca per aver concesso a un imprenditore in stato di insolvenza un mutuo garantito da ipoteca, allo scopo di consentirgli di ripianare uno scoperto di pari entità in conto corrente.

conseguenze risarcitorie, naturalmente non equivale a dire che la violazione degli obblighi di verifica del merito creditizio dalla quale siano dipesi danni ai creditori rappresenti una circostanza irrilevante per la procedura. Neppure deve essere trascurato, tuttavia, che l'attribuzione al curatore di una legittimazione in rappresentanza dei creditori integra pur sempre una deroga ai principi generali, che l'assenza di indizi normativi dovrebbe suggerire di valutare con tutta la prudenza del caso.

5. *L'evoluzione della disciplina riguardante l'esercizio da parte del curatore delle azioni di responsabilità (...)*

Che l'ipotesi di una legittimazione del curatore sostitutiva di quella dei creditori danneggiati debba essere prudentemente valutata, del resto, sembra anche suggerito dai più recenti interventi normativi, i quali lascerebbero intendere il proposito del legislatore di delimitare le azioni di responsabilità rispetto alle quali riconoscere una legittimazione sostitutiva del curatore.

Un proposito di questo genere è in particolar modo riscontrabile riguardo alle azioni di responsabilità espressamente regolate dal diritto societario, la cui disciplina rappresenta un importante riferimento per lo studio e la comprensione del fenomeno delle azioni di massa e rispetto alle quali, come si sta per dire, è indubbio che la disciplina introdotta dal CCII abbia inteso delimitarne la portata. Invero, nella legge fallimentare la materia delle azioni di responsabilità era disciplinata dall'art. 146, comma 2, 1. fall., che nella sua originaria formulazione attribuiva al curatore la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità contro «gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori a norma degli artt. 2393 e 2394 del c.c.». Successivamente, la riforma organica del diritto societario del 2003 ha inserito nella disciplina delle società per azioni l'art. 2394-*bis* cod. civ., in tal modo stabilendo che in caso di fallimento le azioni di responsabilità «previste dai precedenti articoli» (ovvero le azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 cod. civ, nonché quella prevista a favore dei soci dall'art. 2393-*bis* cod. civ., aggiunto dalla riforma) spettano al

curatore⁵⁸. Successivamente ancora, la riforma della disciplina fallimentare operata dal d.lgs. 5/2006 ha modificato l'art. 146, comma 2, l. fall., prevedendo una indistinta legittimazione del curatore a promuovere le azioni di responsabilità previste dalla legge contro «gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori» nonché quella contro «i soci della Società a responsabilità limitata nei casi previsti dall'art. 2476, comma settimo, del c.c.». In questo contesto, infine, è intervenuto l'art. 255 CCII, che ha modificato la previgente disciplina⁵⁹, per un verso, non menzionando i legittimati passivi, per altro verso, indicando specificamente quali

⁵⁸ Riferibile anche alle società cooperative cui si applicano le disposizioni della società per azioni nonché alle società in accomandita per azioni, per effetto del richiamo operato dagli artt. 2519, comma 1, e 2454 cod. civ., e non espressamente estesa alle società a responsabilità limitata ed alle società cooperative cui si applicano le relative disposizioni, l'art. 2394-*bis* cod. civ. è stato reso applicabile, mediante vari richiami, anche nei confronti degli organi di gestione e di controllo previsti dai modelli di amministrazione dualistico e monistico, dei direttori generali e dei liquidatori.

⁵⁹ Oltre a delimitare le azioni di responsabilità esperibili dal curatore, nei termini di cui si sta per dire nel testo, l'art. 255 CCII ha modificato la previgente disciplina sul piano procedurale, in particolar modo prevedendo che il curatore debba essere «autorizzato ai sensi dell'art. 128, comma 2», e quindi dal solo giudice delegato e senza necessità del parere del comitato dei creditori. Tenuto però conto che le azioni di responsabilità potrebbero, e secondo altra tesi dovrebbero, essere menzionate nel programma di liquidazione previsto dall'art. 213 CCII, l'esclusione del coinvolgimento del comitato dei creditori non può esser dato per certo (sul rapporto, riguardo al ruolo del comitato dei creditori, tra le previsioni degli artt. 255 e 213 CCII, V. GIORGI, *Il diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza dalla legge fallimentare al codice*, Padova, 2024, 589). Nella originaria formulazione l'art. 255 CCII aveva anche previsto che le azioni possono essere promosse o proseguite «anche separatamente», e quindi, secondo quanto riferito dalla relazione al d.lgs. 14/2019 «non più in forma necessariamente cumulativa, come ritenuto dalla giurisprudenza prevalente con riguardo alla disciplina in vigore». L'inciso è stato tuttavia eliminato dall'art. 32 del d.lg. 17 giugno 2022, n. 83, stando alla relazione illustrativa di quest'ultimo decreto per evitare il proliferare dei giudizi promossi dalle curatele e connesse inefficienze nella gestione delle procedure (con generale riferimento all'art. 255 CCII, A. NASTRI, *Commento all'art. 255*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 1266 ss.; G. D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, in *Fall.*, 2019, 1257 ss.; LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, 275; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*³, Torino, 2022, 336).

azioni di responsabilità il curatore deve ritenersi legittimato ad esperire⁶⁰, per altro verso ancora, inserendo quale previsione di chiusura che la legittimazione del curatore sussiste in relazione a «tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge».

Con quest'ultima previsione, stando a quanto anche esplicitato dalla relazione illustrativa del d.lgs. 14/2019, il legislatore avrebbe inteso chiarire che il curatore sarebbe legittimato ad esercitare «le (sole) azioni di responsabilità che (nel rispetto della riserva prevista dall'art. 81 c.p.c.) gli sono attribuite da singole disposizioni di legge, in tal modo superando l'incerta disposizione in vigore, che attribuisce al curatore la legittimazione ad esercitare “le azioni di responsabilità” senza altra precisazione». In altre parole, la previsione di chiusura dell'art. 255 CCII avrebbe inteso far emergere come il catalogo delle azioni esperibili dal curatore «debba intendersi come un *numerus clausus*»⁶¹, avendo in tal modo cercato di superare le incertezze interpretative nella definizione del perimetro delle azioni esercitabili dal curatore⁶².

Affermando che le azioni di responsabilità esperibili dal curatore sarebbero solo quelle espressamente previste dal legislatore, l'art. 255 CCII sembrerebbe peraltro aver dato seguito alla visione di quella dottrina che, occupandosi delle ragioni dell'attribuzione al curatore della legittimazione all'esercizio della azione di responsabilità verso i creditori disciplinata dall'art. 2394 cod. civ., ritiene questa attribuzione il risultato di una «precisa scelta del legislatore»⁶³ piuttosto che la

⁶⁰ Le azioni di responsabilità che l'art. 255 CCII attribuisce specificamente al curatore sono a) le azioni risarcitorie in favore della società (artt. 2392 e 2393 cod. civ.), b) le azioni dei creditori sociali (artt. 2394 e 2476, comma 6, cod. civ.); c) l'azione prevista dall'art. 2476, comma 8, cod. civ., nei confronti dei soci di società a responsabilità limitata che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi; d) l'azione prevista dall'art. 2497, comma 4, cod. civ., spettante ai creditori di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento.

⁶¹ G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*³, cit., 336.

⁶² Cfr. A. NASTRI, *Commento all'art. 255*, cit., 1271.

⁶³ Cfr. G. DONGIACOMO, *Il giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*², Milano, 2024, 419, e così anche nella precedente edizione del 2020, 387. V. anche G. FAUCEGLIA, *Commento all'art. 146*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, II, 2144, che spiega la «scelta» di trasferire la legittimazione al curatore menzionando i propositi di una diversa finalizzazione dell'azione,

naturale conseguenza dei principi della concorsualità. La legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori non potrebbe infatti derivare dal divieto di azioni esecutive e cautelari individuali, previsto in passato dall'art. 51 l. fall. e oggi dall'art. 150 CCII, non foss'altro perché questo divieto riguarda i soli beni della società e non anche i beni dei terzi⁶⁴. Di regola, inoltre, il curatore non ha il potere di rappresentare in giudizio i diritti dei creditori sociali, che in conformità a quanto previsto dall'art. 81 cod. proc. civ. mantengono la titolarità dell'azione con la sola esclusione delle ipotesi espressamente previste⁶⁵. Né la legittimazione potrebbe discendere dallo spossessamento, salvo non voler attribuire all'azione di responsabilità verso i creditori natura surrogatoria dell'azione di responsabilità sociale, nel qual caso potrebbe dirsi, in effetti, che poiché a seguito della liquidazione giudiziale il debitore perderebbe la propria legittimazione di conseguenza neppure i creditori potrebbero poi agire (in surrogatoria) al suo posto⁶⁶.

Dietro la legittimazione del curatore all'esercizio di un'azione di responsabilità, insomma, non vi sarebbe altro se non una discrezionale valutazione del legislatore, sorretta da ragioni eventualmente diverse tra di loro (e che nel caso dell'azione prevista dall'art. 2394 cod. civ.

«considerata non più diretta a reintegrare il patrimonio dei singoli creditori, ma ad aumentare la massa attiva del fallimento».

⁶⁴ Sicché, ad esempio, un'azione contro gli amministratori o gli organi di controllo, in quanto terzi rispetto alla società, non sarebbe preclusa dal divieto di azioni esecutive individuali contro la società.

⁶⁵ Sulle previsioni dell'art. 81 cod. proc. civ., v. anche *supra* il paragrafo 1 e ivi la nota 6.

⁶⁶ Superato il precedente orientamento (Cass., 27 novembre 1982, n. 6431; Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498; Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251), oramai la giurisprudenza propende per la natura autonoma dell'azione di responsabilità verso i creditori: Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1812; Cass., 6 dicembre 2000, n. 15487; Cass., 28 maggio 1998, n. 5287; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488. In dottrina, a favore della natura autonoma, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 247 ss.; L. SAMBUCCI, *Commento all'art. 2394*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, II, 705; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2014, 208 ss.; G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Milano, 2016, 1440; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Diritto delle società*¹⁰, a cura di M. Campobasso, Torino, 2020, 391.

potrebbero essere ricercate, ad esempio, nel proposito di assicurare alla massa dei creditori una tutela rafforzata preservando al contempo la *par conditio*⁶⁷).

6. (Segue): *e la dubbio portata del numerus clausus introdotto dall'art. 255 CCII.*

Che l'attribuzione al curatore della legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità verso i creditori sociali presupponga una discrezionale scelta del legislatore, e che, come l'art. 255 CCII ha ora chiarito, le azioni di responsabilità esperibili dal curatore siano solo quelle rispetto alle quali questa scelta del legislatore sia stata esplicitata, non equivale però ad aver risolto ogni interrogativo in merito a tutte le ipotetiche azioni di responsabilità astrattamente esperibili dal curatore. Per quanto sia certo che l'art. 255 CCII abbia inteso limitare i poteri di rappresentanza del curatore alle sole ipotesi espressamente previste, resta infatti da precisare quale sia l'effettivo ambito di applicazione di questa norma. A tal fine dovendosi chiarire, in particolare, se la limitazione ivi prevista debba riferirsi a qualsiasi azione di responsabilità nei confronti di qualsiasi destinatario, come talvolta la dottrina sembrerebbe ritenere⁶⁸, o se invece la limitazione in discorso riguardi unicamente le azioni esperibili nei confronti di ben determinati soggetti.

Per meglio comprendere quanto appena riferito è il caso di ricordare nuovamente che, nella legge fallimentare le azioni di responsabilità

⁶⁷ Le ragioni riguardanti il rafforzamento della tutela della massa dei creditori si rinvengono chiaramente espone in Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, ove si osserva, tra l'altro, che la sostituzione della legittimazione del curatore a quella dei creditori sociali «rappresenta frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela». Che la legittimazione esclusiva del curatore favorisca anche il rispetto della *par conditio* è invece desumibile, tra l'altro, dal fatto che la predetta esclusività non consente ai singoli creditori di aggredire il patrimonio dei soggetti responsabili, ciò assicurando la paritetica soddisfazione dei creditori (G. DONGIACOMO, *Il giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*², cit., 421).

⁶⁸ Cfr. F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2019, 78, che considera la previsione dell'art. 255 CCII indicativa della volontà del legislatore di non riconoscere al curatore «un generalizzato potere di rappresentanza dei creditori del fallito».

esperibili dal curatore erano disciplinate dall'art. 146, il quale delimitava il proprio ambito di applicazione indicando i soggetti passivi delle azioni di responsabilità esperibili dal curatore, espressamente identificandoli con gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali, i liquidatori ed i soci di società a responsabilità limitata responsabili di aver deciso o autorizzato atti dannosi. A differenza dell'art. 146 l. fall, invece, l'art. 255 CCII non individua più i soggetti contro i quali il curatore può agire, e questo, stando alla relazione illustrativa, «onde evitare questioni di più o meno vasta area di differente applicazione soggettiva». Dal che la necessità di capire, come già fatto cenno, se la norma – e quindi, per quanto qui interessa, la previsione secondo cui la legittimazione del curatore sussisterebbe nei soli casi di una sua espressa attribuzione da parte della legge – debba riferirsi a qualsiasi azione nei confronti di qualsiasi soggetto, come l'eliminazione di riferimenti soggettivi lascerebbe intendere e come la stessa relazione illustrativa suggerirebbe, o se invece delimitazioni soggettive debbano dirsi ancora sussistenti per effetto dell'interpretazione, che in particolar modo potrebbe indurre a dire che l'art. 255 CCII riguarderebbe in realtà le sole azioni di natura strettamente societaria.

In effetti, a favore di questa interpretazione potrebbero deporre vari elementi, quali in particolare il rapporto con la norma della quale l'art. 255 CCII ha preso il posto, che come detto menzionava espressamente i soggetti passivi identificandoli con i gestori, i controllori ed i soci della società; la collocazione della norma, facente parte del capo disciplinante la liquidazione giudiziale delle società; la natura delle azioni espressamente menzionate dalla norma, tutte di natura prettamente societaria.

Dando per buona questa interpretazione si potrebbe a quel punto dire che il *numerus clausus* introdotto dall'art. 255 CCII andrebbe riferito alle sole azioni di responsabilità di natura strettamente societaria e che lo stesso, pertanto, non escluderebbe che altre azioni di responsabilità, pur non espressamente previste, possano comunque essere esercitate dal curatore contro soggetti esterni alla società, quali, secondo esempi già fatti⁶⁹, il revisore legale dei conti, l'attestatore e la banca, salvo

⁶⁹ V. *supra*, nota 11.

naturalmente verificare il ricorrere dei presupposti indispensabili per poter qualificare l'azione in termini di "azione di massa".

A mettere in crisi questa ricostruzione potrebbe essere però la relazione illustrativa del d.lgs.14/2019 lì dove, nel menzionare i soggetti passivi delle azioni previste dall'art. 255 CCII, affianco ai gestori, i controllori ed i soci della società, indica i «revisori contabili»⁷⁰ ma non anche i soggetti responsabili di erogazione abusiva del credito. Questa espressa menzione dei revisori potrebbe infatti voler dire che, nelle logiche del legislatore, l'art. 255 CCII riguarderebbe qualsiasi tipo di azione di responsabilità e non solo quelle di natura strettamente societaria, valendo perciò il *numerus clausus* nei confronti di qualsivoglia soggetto passivo. La qual cosa, equivalendo ad ammettere la portata generalizzata della riserva di legge prevista dalla norma, porterebbe ad escludere l'esperibilità da parte del curatore dell'azione contro la banca⁷¹.

Chi non condividesse la conclusione, tuttavia, avrebbe agio nel dire che il ragionamento attribuisce un peso eccessivo ai contenuti della relazione illustrativa, non tanto perché alle relazioni alle leggi non è

⁷⁰ Stando alla relazione illustrativa, soggetti interessati dalle azioni del curatore sarebbero in particolar modo «gli amministratori (artt. 2392, 2393, 2394, 2485, 2486 c.c.), i liquidatori (art. 2489 c.c.), i sindaci (artt. 2407 e 2477 c.c.), i revisori contabili (art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2010) ed i direttori generali (art. 2396 c.c.) della società in liquidazione giudiziale, nonché i soci della società a responsabilità limitata che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato l'atto di mala gestio degli amministratori della società in liquidazione giudiziale (art. 2476, settimo comma, c.c.) ed i soggetti ai quali le predette norme si applicano, come i componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico (artt. 2409-decies e art. 2409-undecies c.c.) ed i componenti del consiglio di amministrazione del sistema monistico (art. 2409-noviesdecies, primo comma, c.c.). La disposizione in esame, inoltre, attribuisce al curatore della liquidazione giudiziale della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento la legittimazione ad esercitare l'azione attribuita ai relativi creditori dall'art. 2497, quarto comma, c.c.».

⁷¹ Senza mettere in conto l'ipotesi di un'interpretazione dell'art. 255 CCII limitata all'ambito strettamente societario, e assumendo quindi l'applicabilità della norma a tutte le azioni di responsabilità astrattamente esperibili dal curatore, sembra giungere a questa conclusione F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., 78, il quale, ritenendo l'introduzione della norma «destinata a condizionare negativamente anche il dibattito relativo alle azioni risarcitorie contro la banca per abusiva concessione del credito», alla luce della riserva di legge ha escluso la possibilità di desumere in favore del curatore «un generale potere di rappresentanza della massa dei creditori».

possibile riconoscere un determinante valore interpretativo⁷², quanto piuttosto per il fatto che non è chiaro perché mai, a fronte di azioni di pari rilevanza⁷³ e che si atteggiavano allo stesso modo rispetto al problema della legittimazione del curatore, la relazione abbia menzionato una tacendo sull'altra.

Invero, entrambe riferibili a soggetti esterni alla società ed accomunate dal fatto di non essere espressamente previste dalla legge, le azioni del curatore contro i revisori e contro la banca si atteggiavano nello stesso modo sia nel caso della responsabilità verso la società, pacificamente regolata rispetto ad entrambe le azioni dall'art. 142 CCII nelle forme del subentro del curatore nella posizione del debitore, che nell'ipotesi della responsabilità verso i creditori, la comunanza dipendendo questa volta dai dubbi di proponibilità. Invero, i dubbi di proponibilità da parte del curatore delle azioni di responsabilità in rappresentanza dei creditori, dei quali sino ad ora si è detto con riferimento alle iniziative contro la banca, non sono meno evidenti per ciò che riguarda le azioni contro il revisore. A quest'ultimo riguardo, in particolare, è noto che inizialmente la disciplina non comprendeva alcun riferimento alla possibilità di azioni di responsabilità contro i revisori da parte dei creditori sociali, mentre l'indiretto riferimento operato dagli artt. 2409-*sexies* cod. civ. e dal modificato art. 164 t.u.f. mediante rimando all'art. 2407 cod. civ., è venuto meno al momento

⁷² Che la relazione illustrativa, come in generale i lavori preparatori, non possa sovrapporsi alla volontà obiettivamente espressa dalla legge, e che la stessa possa essere solo utilizzata, unitamente ad altri criteri interpretativi, per chiarire una disposizione ambigua, è principio pacificamente riconosciuto (cfr., tra le altre, Cass., 21 giugno 1997, 5569, ove si ricorda che «ai lavori preparatori non può riconoscersi un peso determinante nel procedimento di interpretazione delle leggi, non potendo essi sovrapporsi alla volontà della legge quale consacrata ed obiettivata nel testo della legge stessa e quale desumibile dal significato proprio delle parole usate». V. anche, più di recente, Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914; Cons. Stato, 16 novembre 2021, n. 7618. In dottrina, N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in parlamento*, in *Osservatorio sulle fonti 2000*, a cura di U. De Siervo, Torino, 2000, 67 ss.; M. CLARICH, *I materiali della legge nel giudizio amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁷³ A rendere i due tipi di azioni di pari rilevanza è la loro comune idoneità a soddisfare le aspettative dei creditori, ai quali – soprattutto a seguito della drastica limitazione dei margini di esperibilità delle azioni revocatorie – spesso non rimane altro che confidare nelle azioni risarcitorie, tra le quali senz'altro primeggiano quelle contro le banche e i revisori, a motivo delle loro note *deep pockets*.

della formulazione dell'attuale art. 15 del d.lgs. 39/2010⁷⁴. Ristrutturando la disciplina della responsabilità del revisore, l'art. 15 ha infatti eliminato il riferimento all'art. 2407 cod. civ., riproponendo così l'originaria incertezza in merito alla esperibilità contro i revisori dell'azione di responsabilità da parte anche dei creditori sociali per inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale⁷⁵. Fino al punto che, parte della dottrina ha ritenuto che con l'art. 15 la possibilità di agire contro i revisori sarebbe venuta meno⁷⁶.

⁷⁴ Per rendere più chiaro quanto accennato nel testo può essere utile ricordare che, all'inizio, l'art. 12 del d.p.r. 136/1975 e successivamente l'art. 164 t.u.f. non menzionavano i creditori sociali tra i soggetti nei cui confronti gli stessi potevano essere ritenuti responsabili. Inoltre, anche l'art. 2409-*sexies* cod. civ., nell'introdurre la disciplina riguardante la responsabilità dei soggetti incaricati del controllo contabile, pur avendo aggiunto alle responsabilità già in precedenza menzionate dall'art. 164 t.u.f. e prima ancora dall'art. 12 del d.p.r. 136/1975 (vale dire quelle verso la «società che ha conferito l'incarico» e verso i «terzi») la responsabilità verso i «soci», aveva continuato a non fare parola dei creditori sociali. Una mancata menzione che aveva fatto dubitare della possibilità di intraprendere contro i revisori l'azione di responsabilità verso i creditori nei casi di violazione dei doveri di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Con la riforma del diritto societario la questione era stata invece risolta grazie al rimando, da parte dell'art. 2409-*sexies* cod. civ. e del modificato art. 164 t.u.f., all'art. 2407 cod. civ., che con riguardo ai sindaci consente – tra l'altro – l'esercizio dell'azione di responsabilità verso i creditori ed il cui richiamo era stato perciò inteso come espressione della volontà legislativa di consentire ai creditori di agire anche contro i revisori (cfr. C. SACCO, *Commento all'art. 2409-sexies*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, tomo I, Torino, 2009, 639; G. DI CECCO, *Commento all'art. 2409-sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 655; M. MAGGIOLINO, *Commento all'art. 2409-sexies*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2005, 619; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 2409-sexies*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. Grippo e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 851). Con l'art. 15 del d.lgs. 39/2010, come riferito nel testo, questo rimando all'art. 2407 cod. civ. è però venuto meno.

⁷⁵ Cfr. G.M. BUTA, *Commento all'art. 15*, in *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, a cura di N. De Luca, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, 172, che riferendosi all'eliminazione da parte dell'art. 15, d.lgs. 39/2010, del rimando all'art. 2407 cod. civ. ha considerato la questione della esperibilità dell'azione contro il revisore da parte dei creditori essersi riproposta in termini «pressoché analoghi rispetto alla disciplina precedente al 2003».

⁷⁶ Cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010, 38, che ha ritenuto che non ci sarebbe più spazio «per l'azione dei creditori sociali fondata sull'art. 2394 c.c.». La mancanza di riferimenti ai creditori sociali ed il

Stante dunque l'incertezza in merito all'esperibilità da parte degli stessi creditori e tenendo conto che nessuna norma legittima espressamente il curatore ad agire contro i revisori, la circostanza che la relazione illustrativa abbia invece menzionato questi ultimi, e non anche la banca, come possibili destinatari delle azioni di responsabilità previste dall'art. 255 CCII, sembrerebbe quindi senza giustificazione⁷⁷. Salvo a non voler ritenere che il legislatore abbia inteso riferire l'art. 255 CCII alle sole azioni di natura strettamente societaria e che nel fare ciò i revisori legali siano stati considerati, del tutto impropriamente⁷⁸,

mancato richiamo dell'art. 2394 cod. civ. è anche sottolineato da P.G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2019, 470. In argomento, e per dubbi in merito all'esperibilità dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 2394 cod. civ. contro i revisori, v. anche S. AMBROSINI, *La revisione legale dei conti*, in *Le società azionarie*, di N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso e P. Montalenti, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. 4, Padova, 2010, 814, nonché da M. SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15 del d.lgs. 39/2010*, in *Giur. comm.*, I, 711. Sulla necessità di una ricostruzione unitaria del problema considerando anche la disciplina della responsabilità verso i terzi e i soci e la necessaria contemporanea applicazione o disapplicazione, nei confronti anche del revisore, della disciplina di cui agli artt. 2394 e 2395 cod. civ., F. SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Riv. soc.*, 2013, 997 ss.

⁷⁷ E lo stesso dovrebbe dirsi anche qualora, come pure non è da escludere, il riferimento al revisore si sia avuto pensando alla sola azione di responsabilità verso la società, che come già ricordato il curatore è legittimato ad esperire per effetto del subentro nella posizione del debitore. Anche in tal caso il mancato riferimento all'azione contro la banca rimarrebbe infatti senza evidente giustificazione, dal momento che anche nel caso della banca, non meno pacificamente che nel caso del revisore, il curatore sarebbe legittimato a prendere il posto del debitore ai sensi dell'art. 142 CCII.

⁷⁸ Per quanto si rinvengano derive interpretative volte ad assimilare i revisori legali agli organi di controllo, da ciò facendone tra l'altro discendere la legittimazione del curatore ad esperire tanto l'azione contrattuale spettante alla società quanto quella extracontrattuale rispetto alla responsabilità verso i creditori (cfr. Trib. Bologna, 12 dicembre 2019, n. 2651, in Banca dati *One Legale*, che con riferimento alle previsioni dell'art. 146, comma 2, lett. b), ha ritenuto che «l'ampia nozione di organi di controllo non può essere circoscritta solamente ai componenti dell'organo sindacale ma, tenuto conto della attività espletata, può ragionevolmente essere estesa ai revisori, in quanto soggetti deputati al controllo contabile della società»), l'interpretazione del tutto prevalente tende a differenziare in maniera netta il revisore rispetto all'organo di controllo, dando in particolar modo per assunta la sua posizione di terzietà rispetto alla società, seppur oscillando, riguardo alla natura giuridica dell'attività svolta soprattutto dalle società di revisione, tra la tesi del rapporto con prevalente

come soggetti societari in quanto assimilabili agli organi interni di controllo.

Insomma, quale sia il significato da attribuire alle previsioni introdotte dall'art. 255 CCII, ed in particolare alla limitazione prevista dalla sua lett. e), non è chiaro, né ai fini della comprensione di questo significato vanno sopravvalutati i contenuti della relazione illustrativa. Sicché, se per un verso non può dirsi certo che tutte le azioni di responsabilità non espressamente previste siano divenute improponibili da parte del curatore, potendosi sostenere che il *numerus clausus* introdotto dall'art. 255 CCII andrebbe ristretto alla sole azioni di stampo strettamente societario, per altro verso neppure può escludersi che questa norma abbia inteso negare in modo generalizzato la legittimazione del curatore senza possibilità di sopperire alla mancanza di una previsione di legge richiamando la categoria delle azioni di massa. In tal senso, che le azioni di responsabilità spettanti ai creditori non si trasferirebbero cioè agli organi della procedura, sembrerebbe del resto anche deporre la disciplina del concordato preventivo, e specificamente l'art. 115, comma 3, CCII⁷⁹, in base al quale – in pendenza della procedura e nel corso della sua esecuzione – ciascun

connotazione professionale (M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, 304 ss.), dell'appalto (P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2004, 314), del mandato (M. NUZZO, *Commento all'art. 164*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, II, Padova, 1998, 1506) e del contratto con sue tipiche connotazioni (S. AMBROSINI, *La revisione legale dei conti*, cit., 812). Che i revisori non facciano parte degli organi di controllo e che pertanto le azioni di responsabilità nei loro confronti non vadano trattate alla stregua di quelle contro gli organi sociali, è evidenziato in L. CALVOSA - G. GIANNELLI - A. PACIELLO - R. ROSAPEPE (a cura di), *Diritto fallimentare. Manuale breve*³, Milano, 2017, 276).

⁷⁹ Il comma fa parte di un articolo riguardante il concordato liquidatorio con cessione dei beni, ma la previsione, secondo una interpretazione rinvenibile in dottrina, potrebbe essere ritenuta valida riguardo anche ad altri tipi di concordato (A. AUDINO, *Commento all'art. 115*, in *Commentario breve alle leggi su Crisi d'impresa ed insolvenza*⁷, diretto da A. Maffei Alberti, Milano, 2023, 839). Sui profili di legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità verso i creditori nell'ambito del concordato preventivo, a seguito del CCII, v. M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: la transizione dalla legge fallimentare al codice della crisi*, cit., 1539 ss.; ID, *L'azione dei creditori sociali nella s.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 31 dicembre 2020, 29 ss.; F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., 80.

creditore sociale conserva «la legittimazione a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2394 del codice civile». Introdotta per risolvere una questione in passato discussa⁸⁰, la lettura di questa norma potrebbe infatti supportare l'idea che, anche quando avviata da una procedura concorsuale, la legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità verso i creditori rimane comunque in capo a questi ultimi⁸¹.

7. La possibile diversità delle conseguenze dell'indebito finanziamento nei confronti dei creditori del debitore insolvente.

Così chiarito che la mancanza di utili riferimenti e la stessa evoluzione normativa suggeriscono prudenza rispetto all'ipotesi di una legittimazione del curatore in rappresentanza dei creditori, rimane a

⁸⁰ Nel vigore della legge fallimentare, una volta ammessa l'esperibilità in caso di concordato preventivo dell'azione di responsabilità da parte dei creditori (A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Bologna-Roma, 1979, 480 ss.), si era infatti discusso se detta azione dovesse rimanere nel patrimonio dei creditori sociali o passare invece al liquidatore giudiziale; avendo la dottrina da parte sua ritenuto il trasferimento dell'azione al liquidatore impedito dalla mancanza di una previsione di legge in grado di superare i limiti imposti dall'art. 81 cod. proc. civ. (G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2015, 32; I. POLLASTRO, *Responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2017, 400; A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, Torino, 2018, 138; M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: la transizione dalla legge fallimentare al codice della crisi*, cit., 1537. Nel senso che nelle situazioni di crisi della società la legittimazione dovrebbe spettare ad un soggetto terzo, se del caso all'uopo nominato, Trib. Roma, 20 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 913 ss., con commento di C. CARDARELLI, *Azione di responsabilità: legittimazione del liquidatore "ad acta" e volontà sociale*. Per altri riferimenti, V. LENOCI, *Commento all'art. 115*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 525).

⁸¹ V. però anche la differente proposta di R. DEL PORTO, *Brevi note in tema di legittimazione attiva del curatore: le azioni di massa come regola "di sistema"*, cit., 142, il quale, pur definendola «quasi provocatoria», si spinge in una interpretazione stando alla quale per il legislatore le azioni di massa sarebbero «naturalmente affidate alla legittimazione del curatore (o del liquidatore giudiziale): potrebbe quindi ritenersi che il legislatore abbia ritenuto necessaria una norma *ad hoc* per derogare a tale regola "di sistema" e prevedere che l'azione dei creditori sociali resti, nell'ambito del concordato per cessione dei beni, agli stessi creditori proprio in forza di tale espressa previsione».

questo punto da dire che a far dubitare di questa legittimazione potrebbero essere anche le dubbie implicazioni dal punto di vista degli interessi dei soggetti coinvolti.

Per meglio cogliere la portata di quanto appena detto, vale la pena premettere che, ovviando alla circostanza che le conseguenze della abusiva erogazione del credito sono di difficile standardizzazione, sino al punto da neppure potersi dare per scontato che la violazione dei doveri del *bonus argentarius* implichi necessariamente un danno⁸²,

⁸² Difatti, se per un verso è vero che il sostegno all'impresa che non versi in stato di equilibrio produttivo comporti, di solito, negative conseguenze, non foss'altro perché lo stato in cui versa l'impresa insolvente non consente un impiego delle somme tale da assicurare la realizzazione di un utile sufficiente a coprire anche i costi del prestito, non può tuttavia dubitarsi che questa regola possa conoscere eccezioni, rendendosi perciò necessario verificare caso per caso. Stando ad una condivisibile interpretazione, il finanziamento ad un'impresa insolvente andrebbe infatti considerato alla stregua di un fatto neutro, da valutarsi in concreto, nella consapevolezza che le somme erogate, come spesso accade, potrebbero essere impiegate per il pagamento di scadenze a breve (utile a solo ritardare l'interruzione dell'attività, con inevitabile aggravio della situazione patrimoniale) ma senza potersi escludere l'eventualità di usi proficui, al riguardo potendosi immaginare, ad esempio, il caso del finanziamento che venga utilizzato per il salvataggio di beni aziendali strategici; o quello dell'esercizio di un'opzione in scadenza riguardante l'acquisto di un bene a condizioni particolarmente vantaggiose; o dell'adempimento di un'obbligazione altrimenti implicante una penale particolarmente gravosa; o per la salvaguardia di un valore aziendale che altrimenti sarebbe andato perso, in tutti questi casi l'aggravio del passivo potendo essere compensato dall'incremento dell'attivo, in misura uguale o magari superiore all'ammontare del nuovo debito. Né potrebbe obiettarsi – io credo – che non sarebbe possibile accertare quale sia stato l'effettivo impiego di un determinato finanziamento in ragione della fungibilità del danaro, il problema essendo evidentemente risolvibile sulla base di semplici presunzioni, verificando cioè la liquidità nella disponibilità dell'impresa, i pagamenti dalla stessa effettuati nel tempo e le eventuali operazioni proficue eventualmente poste in essere successivamente al finanziamento e la cui realizzazione non sarebbe stata altrimenti possibile (sull'opportunità di verifiche in concreto in merito all'uso del finanziamento, Trib. Monza, 31 luglio 2007, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, II, 375 ss., con nota di commento di F. DI MARZIO. V. poi anche App. Milano, 11 maggio 2004, *ivi*, 2004, II, 643 ss., nonché in dottrina, L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit., 401. Sulla possibilità di erogazioni non necessariamente dannose per il patrimonio dell'impresa, in ragione della proficuità dell'impiego, cfr. G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni unite*, cit., 649, N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 162, e M. VITIELLO, *Il danno*

l'orientamento che riconosce al curatore la legittimazione ad agire contro la banca è stato netto nel dare unicamente spazio, quale sola rilevante tipologia di danno, all'aggravio del dissesto in conseguenza dell'indebita prosecuzione dell'attività di impresa: questa delimitazione emergendo in modo chiaro – in particolare e tra l'altro – lì dove al curatore è richiesto di dimostrare il rapporto di causalità della condotta della banca con il «danno-evento, dato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa in perdita» da cui sia derivato il «danno conseguenza, rappresentato dall'aumento del dissesto»⁸³. In altre parole, solo quanto andato perduto a seguito dell'indebito prosieguo dell'impresa andrebbe recuperato dal curatore, e l'importo così ottenuto interamente acquisito alla massa a reintegrazione del patrimonio.

Questa impostazione, forse troppo semplificativa, oltre a non considerare che le conseguenze dell'indebito finanziamento non sono necessaria funzione del prosieguo dell'attività, non mette però affatto in conto la possibile diversità di effetti nei confronti dei creditori. Un'eventualità, quest'ultima, che dopo essere stata colta – lo si è già accennato – dalla stessa Suprema Corte⁸⁴ è stata poi ben descritta dalla dottrina, che ha in particolar modo spiegato come, se da un lato la rinvenibilità di un danno dipendente dalla minore percentuale di soddisfacimento, espressivo di un «minimo comune denominatore»,

risarcibile nelle azioni di responsabilità della curatela, ivi, 169. Escludono la dannosità del finanziamento A. CASTIELLO D'ANTONIO, Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito, in Dir. fall., 1995, I, 253 ss.; G. LO CASCIO, Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche, in Fall., 2002, 1182 ss.; in giurisprudenza, App. Bari, 18 febbraio 2003, ivi, 2004, 427. In senso opposto, B. INZITARI, L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in Società, 2007, 462 ss.; P. PISCITELLO, Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore, in Riv. dir. civ., I, 2010, 667 ss.).

⁸³ Cfr. Cass. 18610/2021, le cui previsioni, per quanto molto chiare nel richiedere la dimostrazione del rapporto di causalità, non mancano tuttavia di suscitare qualche incertezza nella misura in cui non si occupano di rilevanti aspetti quali in particolar modo quelli riguardanti il profilo psicologico. Ove si ritenesse, ad esempio, che alla banca non dovrebbe essere imputato il danno nel caso di un finanziamento destinato ad una finalità ragionevolmente vantaggiosa ma di fatto poi utilizzato diversamente da come concordato, andrebbe difatti anche chiarito in che modo l'onere della prova dovrebbe investire quest'aspetto.

⁸⁴ Cfr., ancora, Cass. 18610/2021, in particolar modo il § 3.6.2., già menzionato *supra* nella parte finale del paragrafo 2.

sarebbe di per sé sufficiente a giustificare l'esercizio dell'azione di massa, dall'altro non si può tuttavia escludere che alcuni creditori possano aver risentito un danno ulteriore, come ad esempio nel caso del «creditore successivo che ha fatto incolpevolmente (alla luce delle sue caratteristiche e delle informazioni di cui disponeva/avrebbe potuto disporre) affidamento sull'apparenza di solvibilità ingenerata dal credito abusivo»⁸⁵.

Ammesso, quindi, che i danni potrebbero essere diversi e dato per scontato che l'integrale attribuzione alla massa dell'importo acquisito lascerebbe insoddisfatti i danni ulteriori, rimane allora da verificare se sia possibile un concorso tra azioni di pertinenza della massa ed azioni a legittimazione individuale⁸⁶. Dovendosi in particolar modo capire se la questione non sia risolvibile mediante una duplicità di azioni, nel

⁸⁵ Cfr. R. SACCHI, *Sulla responsabilità della banca per abusiva concessione del credito*, cit., 1200, ove anche argomentazioni ed esemplificazioni della possibile rinvenibilità di danni ulteriori.

⁸⁶ Se pur rispetto a situazione del tutto diversa da quella in esame, ove il danno riguarda unicamente i creditori, differentemente danneggiati, un esempio di possibile concorso tra l'azione di pertinenza della massa ed azioni individuali è rinvenibile riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 255, lett. d), CCII, che attribuisce al curatore l'esercizio dell'azione spettante ai creditori della società eterodiretta ai sensi dell'art. 2497, comma 4, cod. civ. Riferendosi alle responsabilità dei soggetti esercitanti l'attività di direzione e coordinamento, l'art. 7, comma 5, lett. a), della legge delega 155/2017, parlando al plurale di «azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 del c.c.», aveva lasciato intendere il proposito di concentrare in capo al curatore tutte le azioni previste dalla predetta norma, compresa quindi l'azione spettante al socio per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione (cfr. A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 308). Utilizzando invece il singolare, l'art. 255, lett. d), CCII, sembrerebbe aver invece confermato l'idea (già in precedenza sostenuta in dottrina: cfr. G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 59 ss.; A. VALZER, *Commento all'art. 2497*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Milano, 2016, 3030) secondo cui, anche dopo l'apertura della procedura, i soci rimarrebbero legittimati ad agire per il risarcimento dei danni subiti. Ammettendo questa persistente legittimazione del socio, la capogruppo potrebbe essere quindi convenuta in giudizio sia dal curatore, per il risarcimento del danno subito dai creditori della società eterodiretta, nei limiti di quanto necessario a soddisfare integralmente questi ultimi, che dal socio, cui spetterebbe invece, pro quota, il risarcimento del danno subito dal patrimonio sociale per la parte restante, una volta soddisfatti tutti i creditori (A. NASTRI, *Commento all'art. 255*, cit., 1293).

sensu cioè che, a fronte di una erogazione abusiva che oltre ad aver aggravato il dissesto dovesse aver provocato un ulteriore danno, legittimati ad agire sarebbero tanto il curatore, per il danno comune, quanto il singolo creditore, per l'ulteriore danno. A voler pur ammettere che a fronte di uno stesso atto illecito le iniziative risarcitorie potrebbero essere più d'una, per evitare il rischio di sovrapposizioni e duplicazioni di pretese si renderebbe tuttavia necessario individuare un criterio di gestione del concorso, a tal fine divenendo necessario chiarire, tra l'altro, secondo quali modalità al singolo creditore dovrebbe essere consentito agire per il recupero della parte di danno ulteriore rispetto a quello comune alla generalità dei creditori⁸⁷; entro quali limiti ed in che termini, in relazione alla illegittima condotta del terzo, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno dovrebbe essere ripartita tra il curatore e il creditore singolarmente danneggiato⁸⁸; se la legittimazione ad agire, così ripartita tra curatore e creditore, potrebbe eventualmente essere ricomposta in capo a quest'ultimo in caso di disinteresse da parte del primo o qualora lo stesso, con il programma di liquidazione o in altro modo, dovesse rendere noto il proposito di non promuovere alcuna azione di massa⁸⁹.

⁸⁷ Tenuto conto che il fatto causativo del danno sarebbe ravvisabile in una medesima condotta, tra gli aspetti da considerare vi sarebbero anche profili di carattere processuale, dipendenti ad esempio dal possibile rapporto di connessione tra le due azioni.

⁸⁸ La principale questione riguarda, evidentemente, la ripartizione del risarcimento tra la massa ed il singolo creditore agente. Anche se, una volta ammessa la legittimazione della curatela per la reintegrazione della generica garanzia rappresentata dal patrimonio del debitore, onde evitare che a fronte di una stessa condotta illecita ed un unico pregiudizio ad invocare il risarcimento possano essere tanto la curatela quanto il singolo creditore, sembrerebbe ragionevole ritenere che su quest'ultimo debba gravare l'onere di dimostrare che si tratti di danno ulteriore e diverso (e dunque senza duplicazione) rispetto a quello della massa; e quindi, analogamente a quanto ritenuto nel caso delle azioni di responsabilità contro gli amministratori, il risarcimento del danno apparentemente autonomo ma nella sostanza mero riflesso di quello subito direttamente dal patrimonio sociale, andrebbe attribuito unicamente alla massa (sulla natura diretta o indiretta del danno, quale criterio distintivo delle azioni contro gli amministratori spettanti alla massa dei creditori ovvero al singolo, P.G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*⁸, cit., 432 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Diritto delle società*¹⁰, a cura di M. Campobasso, cit., 392).

⁸⁹ L'eventualità che il curatore non coltivi un'azione risarcitoria di sua competenza è stata presa in considerazione con riferimento all'azione spettante ai creditori sociali,

Analoghe incertezze sarebbero peraltro ipotizzabili riguardo alla situazione che potremmo dire speculare rispetto a quella appena detta, riguardante il caso in cui ai pregiudizi a carico della massa si associno ulteriori effetti, anche in questo caso nei confronti di solo alcuni creditori ma questa volta vantaggiosi per gli stessi. Come potrebbe essere, ad esempio, nel caso in cui l'erogazione abusiva abbia reso possibile la prosecuzione dell'attività permettendo, sempre ad esempio, a dei fornitori di portare a conclusione lucrosi rapporti contrattuali fonte di guadagni superiori, tenuto conto della quota, rispetto alla quota di danno provocato dall'aggravio del dissesto. In questa situazione occorrendo quantomeno chiedersi se al curatore possa essere riconosciuta un'indistinta legittimazione a far valere, con un'azione di massa, un danno comprensivo della parte di spettanza dei creditori/fornitori avvantaggiati dal prosieguo dell'attività, ed in che modo dovrebbe eventualmente essere consentito alla banca di eccepire, nel giudizio di massa intentato nei suoi confronti, che alcuni creditori, anziché danneggiati, avrebbero in realtà tratto beneficio dal finanziamento erogato.

Se questi esempi, come credo, permettono di intuire che le diversità possono essere anche altre e che le situazioni in concreto possono variare da caso a caso, la conclusione dovrebbe essere, pertanto, nel senso della non agevole configurabilità di un pregiudizio comune e di un conseguente risarcimento a beneficio della "massa", e questo non solo perché, come già accennato, alcuni creditori potrebbero nel complesso non aver risentito alcun pregiudizio, ma anche perché la valutazione delle singole condotte potrebbero portare a comunque escludere la risarcibilità del danno, come potrebbe immaginarsi, sempre ad esempio, nel caso del creditore che pur avendo consapevolezza dello stato di dissesto dell'impresa finanziata e del supporto abusivamente

rispetto alla quale «in caso di disinteresse da parte del curatore si ammette la possibilità di esercitare l'azione da parte dei creditori» (V. GIORGI, *Il diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza dalla legge fallimentare al codice*, cit., 588; v. anche F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, I, 2005, 32, che riferendosi alle azioni esperibili a seguito di una illegittima fusione e con riguardo all'ipotesi dell'esperimento concorsuale da parte del curatore, giustifica l'iniziativa processuale del singolo danneggiato, oltre che con riferimento ai profili di danno non assorbiti dall'azione "collettiva", «nel caso di inerzia dell'organo della procedura»).

garantito dalla banca abbia ciononostante intrattenuto nuovi rapporti, senza che il finanziamento possa quindi assumere rilievo sul piano causale stante il rilievo assorbente della propria negligente condotta.

Non a caso, del resto, la passata giurisprudenza ha sempre dato enfasi alla circostanza che l'azione risarcitoria da abusiva erogazione del credito costituirebbe uno strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, giacché il danno derivante ai creditori dall'attività di sovvenzione abusiva andrebbe valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità, la posizione dei singoli creditori potendo in effetti essere diversa quanto a presupposti e configurabilità del pregiudizio. Né può dirsi che la soluzione adottata dal recente orientamento avrebbe ovviato a questi problemi nel momento in cui ha stabilito che il curatore sarebbe legittimato ad agire in rappresentanza della massa dei creditori limitatamente al caso in cui si prospetti una azione recuperatoria della diminuita garanzia patrimoniale dell'impresa ai sensi dell'art. 2740 c.c. in conseguenza dell'indebita prosecuzione dell'attività, anche in tal caso non potendosi difatti escludere l'iniquità dell'attribuzione del risarcimento indistamente a tutti i creditori, ivi compresi quelli che se considerati individualmente non avrebbero avuto diritto – per le ragioni cui esemplificativamente si è fatto cenno – ad alcun ristoro.

8. La necessità di correttivi allo scopo di porre rimedio alle inopportune implicazioni dell'indistinta attribuzione del risarcimento alla massa.

Se quanto precede fa dunque emergere la complessità di coordinamento tra le conseguenze a carico della massa e gli effetti nei confronti dei singoli creditori, rimane ora da aggiungere che queste difficoltà non rappresentano un portato esclusivo delle azioni da abusivo finanziamento, trattandosi invece dell'inevitabile riflesso dell'attribuzione al curatore di azioni collettive in rappresentanza di soggetti portatori di interessi non omogenei. Non a caso, del resto, il problema è stato in passato approfondito dalla dottrina riguardo ad altro genere di situazioni, anch'esse contraddistinte dalla presenza, all'interno di una più ampia massa, di soggetti danneggiati in modo specifico o comunque in misura differente rispetto ad altri, evidenziando come, in casi analoghi a quello in esame, il sistema delle

azioni di massa richiederebbe dei correttivi allo scopo di porre rimedio alle inique conseguenze dell'indistinta attribuzione del risarcimento⁹⁰.

Ovviare a questo problema potrebbe peraltro sembrare all'apparenza semplice, la soluzione potendo intuitivamente essere rappresentata dall'individuazione della "sottomassa" di creditori concorsuali effettivamente (o differentemente) danneggiata e dalla successiva esclusiva (o prevalente) attribuzione alla stessa del risultato conseguito dal curatore a seguito dell'esercizio dell'azione risarcitoria. Per quanto sul piano pratico intuitiva e apparentemente semplice, sul piano giuridico questa soluzione è tuttavia problematica, posto che, consentendo al curatore di farsi interprete degli interessi di determinate sottocategorie anziché dell'intero ceto creditorio, potrebbe dirsi non in linea con la regola della *par condicio*. Dal che, prima di ammetterne la fattibilità, la necessità di verificare entro che limiti l'ordinamento potrebbe eventualmente ammettere la possibilità da parte del curatore di discostarsi dal principio di pariteticità nel trattamento operando selettivamente a tutela di una specifica categoria di creditori. Una verifica, quest'ultima, a sua volta da condurre alla luce degli interventi degli ultimi anni che, innovando la disciplina della crisi dell'impresa, hanno dato spazio alla frantumazione del ceto creditorio in ragione degli interessi economici sottesi, prevedendo espressamente, in special modo nell'ambito delle diverse soluzioni concordatarie, la possibilità di

⁹⁰ Il problema in discussione è stato ad esempio indagato con riferimento al caso della fusione, qualora illegittimamente posta in essere a discapito di una delle società partecipanti e quindi, tra l'altro, dei suoi creditori. Questo problema si pone in particolar modo nel caso in cui, successivamente all'operazione, la società post-fusione divenga insolvente e le responsabilità degli autori della fusione illegittimamente posta in essere vengano fatte valere collettivamente da parte dell'organo della procedura. In tal caso, il risultato dell'azione risarcitoria dovrebbe essere interamente, o comunque principalmente, destinato ai creditori della società propriamente danneggiata dall'illegittima operazione, mentre, per effetto della fusione, questi creditori confluiscono nella massa dei creditori cui in maniera indifferenziata è attribuito il risultato dell'azione risarcitoria. Una situazione chiaramente insoddisfacente, per rimediare alla quale «occorrerebbe approntare soluzioni innovative e flessibili fondate da un verso sull'ampliamento sorvegliato della legittimazione ad agire del curatore o del commissario; dall'altro sulla destinazione differenziata ai creditori (da suddividersi per «sottomasse», come del resto lo saranno, sotto altro profilo, per «classi») del risultato utile dell'azione» (F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, cit., 34).

trattamenti differenziati per classi⁹¹, ed altresì promuovendo anche nell'ambito delle procedure a carattere liquidatorio un generalizzato affievolimento del principio di pariteticità del trattamento dei creditori, testimoniato – in particolare e tra l'altro⁹² – dal vistoso depotenziamento della revocatoria concorsuale (a lungo considerata vera pietra miliare a presidio della pariteticità⁹³) oltre che dalle varie ipotesi di pagamento in prededuzione (la cui numerosità è stata solo in parte attenuata dalle modifiche sollecitate dalla legge delega 5/2017⁹⁴).

⁹¹ Sulla funzione delle classi nel concordato, per la cui formazione la legge indica quali criteri di riferimento la natura giuridica e l'omogeneità degli interessi economici coinvolti, cfr. S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*², Milano, 2022, 254 e 340 ss. 511).

⁹² Al di là degli aspetti di cui si sta per dire nel testo, la cui rilevanza è frutto di una non troppo risalente evoluzione normativa, un'altra fattispecie da sempre ritenuta derogativa della *par condicio creditorum* è rappresentata dalla facoltà concessa ai creditori di opporre i propri crediti in compensazione di eventuali debiti verso il soggetto insolvente. La compensazione, oggi disciplinata dall'art. 155 CCII, consente infatti, per ragioni non troppo evidenti e forse neppure del tutto logiche, la piena soddisfazione del soggetto *in bonis* senza che lo stesso debba sottostare alle regole dell'accertamento del passivo né, per la parte di debito elisa, agli effetti della «falcidia fallimentare» (A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 120).

⁹³ Le modifiche che a partire dalla riforma del 2005 hanno interessato la disciplina della revocatoria fallimentare, oggi denominata concorsuale, hanno depotenziato questo strumento sia dal punto di vista dei tempi, per effetto di un sostanziale dimezzamento del periodo sospetto, che dal punto di vista degli atti suscettibili di essere dichiarati inefficaci, avendo la normativa introdotto numerose nuove ipotesi di esenzione. Per effetto di questi cambiamenti, l'istituto ha di fatto perso la sua originaria connotazione di strumento volto a ricondurre alle regole della *par condicio* valori dell'attivo altrimenti sottratti al concorso, oramai assolvendo, in pratica, una funzione per lo più sanzionatoria di condotte ritenute immeritevoli (cfr. M. FABIANI, *Sistema, principi e regole della crisi d'impresa*, cit., 351).

⁹⁴ I pagamenti suscettibili di essere soddisfatti “per primi” sono andati man mano ampliandosi, tanto da aver indotto il legislatore a coniare, nel 2006 introducendolo nell'art. 111 l. fall., il termine “prededuzione”. Ritenendo che questi pagamenti avessero raggiunto una dimensione eccessiva, l'art. 2, comma 1, lett. 1), della legge delega n. 155/2017, ha poi incluso, tra i principi cui il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi, quello della riduzione delle ipotesi che danno luogo a crediti prededucibili, anche allo scopo di ovviare a taluni eccessi registrati in occasione di alcuni tentativi di salvataggio aziendale che avevano visto sottrarre significativa liquidità ai creditori concorsuali (S. SANZO, *I principi generali e le disposizioni di immediata attuazione*, in *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di S. Sanzo e D. Burrioni, Bologna, 2019, 27).

Che la *par condicio* si presenti oramai contraddistinta da nuove connotazioni, d'altra parte, trova conferma nell'opinione che tende a considerarla, più che un inderogabile principio, un criterio di gestione delle procedure concorsuali che può cedere il passo a criteri alternativi, qualora meglio in grado di garantire vantaggi di altro genere tenuto conto della causa del credito, e/o della qualità dei creditori e/o della situazione in cui questi ultimi effettivamente versano⁹⁵. Né va trascurato che, se pur rispetto a procedure particolari quali quelle rivolte alla composizione della crisi da sovraindebitamento, rispetto alle quali la *par condicio* potrebbe dirsi essere contraddistinta da sue specifiche connotazioni⁹⁶, la giurisprudenza non ha escluso la possibilità di mettere da parte il principio allo scopo di perseguire obiettivi di giustizia ed equità sostanziale⁹⁷. A queste generali considerazioni in

⁹⁵ Sulla novata valenza della *par condicio*, V. GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza*³, Padova, 2020, 57 ss.; F. GUERRERA, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir. fall.*, 2010, 707 ss.; M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 711 ss.; G. TARSIA, *Parità e discriminazioni tra i creditori nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1984, 155 ss.; P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 88 ss.; V. COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fall.*, 1984, 32 ss.

⁹⁶ In effetti, la disciplina del sovraindebitamento introdotta dalla legge 3/2012 e da qui riversata nel CCII, non enfatizza la *par condicio* e, con riguardo all'eventualità della creazione di classi, senza dare particolari indicazioni in merito al trattamento da riservare ai creditori, non contiene precisazioni, a differenza che nel concordato preventivo e del concordato nella liquidazione giudiziale, in merito ai criteri secondo i quali le classi devono essere formate e soddisfatte. La qual cosa rende più agevolmente sostenibile – nonostante la loro indiscutibile natura concorsuale, stante la quale dovrebbe comunque essere garantito il rispetto della parità tra creditori – che nelle procedure di composizione del sovraindebitamento il principio della *par condicio* potrebbe più agevolmente cedere il passo ad altri criteri di gestione (M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile”* (d.l. 212/2011), in *www.ilcaso.it*, documento 278/2012, 8; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 368 ss.; F. DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario e G. Terranova, Milano, 2012, 28; L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 13).

⁹⁷ Obiettivi di questo genere essendo alla base, ad esempio, della scelta di accantonare il principio della *par condicio* operata dal decreto di Trib. Ascoli Piceno, 4 aprile 2014, divenuto noto per aver omologato un piano del consumatore che riservava ad uno dei creditori un trattamento sfavorevole giustificato in ragione della

merito alla *par condicio* va infine aggiunto che la disciplina concorsuale neppure manca di fornire specifici indici normativi dai quali poter desumere la non incompatibilità col sistema dell'eventualità che il curatore possa farsi interprete di interessi limitati ad una determinata sottocategoria di creditori. Un indice in tal senso potendo in special modo essere ravvisato nella disciplina introdotta nella legge fallimentare con riguardo ai patrimoni destinati ad uno specifico affare⁹⁸, che come noto, nello stabilire che anche il curatore debba gestire separatamente i patrimoni preservandone la funzione produttiva o procedendo alla liquidazione nella prospettiva di previamente rimborsare i debiti (del patrimonio separato) e gli apporti dei terzi, prevede – tra l'altro – che in caso di violazione delle regole della separatezza il curatore possa agire in responsabilità contro gli

censurabile condotta tenuta dal creditore trattato in modo deteriore. Una decisione, questa, che ha in qualche modo preannunciato gli interventi che, come già fatto cenno, hanno poi riconosciuto a livello normativo la possibilità di utilizzare la procedura di esdebitazione quale strumento di reazione alla condotta dei finanziatori resisi responsabili della situazione di sovraindebitamento (v. *supra* il paragrafo 4, ed ivi i riferimenti agli artt. 67, comma 1, e 69, comma 2, CCII, ed in nota 51 anche all'art. 80, comma 4, CCII).

⁹⁸ Mi riferisco agli artt. 155 e 156 l. fall. i cui contenuti sono poi stati riversati, previo i necessari adattamenti lessicali, negli artt. 262 e 263 CCII. Questa disciplina concorsuale si ricollega alle previsioni degli artt. 2447-*bis* – 2447-*decies* cod. civ., mediante le quali la riforma societaria del 2003 ha consentito di limitare il rischio di impresa ad uno specifico affare, evitando, mediante questa tecnica, la proliferazione delle società (e dei relativi costi). La società resta infatti unica ma nel suo ambito sono individuati più patrimoni che rispondono delle sole obbligazioni relative a predeterminate operazioni (P. MANES, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-decies*, in *Codice civile*, commentario diretto da M. Franzoni e R. Rolli e coordinato da G. De Marzo, II, Torino, 2018, 3723 ss.; R. SANTAGATA, *Commento agli artt. 2447-bis – 2447-decies*, in *La società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, 2016, 2744 ss.; ID., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2014; V. GIORGI, *I patrimoni destinati nella nuova disciplina concorsuale*, in *Studi per Franco Di Sabato, 2. Impresa e procedure concorsuali*, Napoli, 2009, 665 ss.; F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008; M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2006; G. FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2003, 809 ss.).

amministratori e i componenti degli organi di controllo⁹⁹. Riflettendo su quest'ultima azione, ora prevista dall'art. 263, comma 3, CCII, in dottrina è stato infatti sostenuto che la violazione delle regole della separazione potrebbe essere fatta valere dal curatore a tutela degli interessi di una specifica classe di creditori, e precisamente, «a seconda dei casi, di quelli garantiti dal patrimonio generale ovvero da quello destinato»¹⁰⁰.

Se questa interpretazione, da non tutti condivisa¹⁰¹, fosse corretta, potrebbe allora dirsi che l'ordinamento offre indici normativi dai quali

⁹⁹ Sulla disciplina concorsuale dei patrimoni dedicati ad uno specifico affare, S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*², cit., 307; A. NASTRI, *Commento agli artt. 262 e 263*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 1341 ss.; G. PESCATORE, *Commento agli artt. 262 e 263*, in *Commentario breve alle leggi su Crisi d'impresa ed insolvenza*⁷, diretto da A. Maffei Alberti, Milano, 2023, 2057 ss.; C. COMPORI, *Commento agli artt. 155 e 156*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, II, Torino, 2006, 953 ss.; A. CUCCURU, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Contr. impr.*, 2009, 422 ss.; R. PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contr. impr.*, 2006, 1559 ss.; A. CAIAFA - A. VALERIO, *Patrimoni e finanziamenti destinati ad uno specifico affare: profili concorsuali*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, II, Torino, 2006, 1665 ss.; S. VINCRE, *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 127 ss.

¹⁰⁰ L. CALVOSA - G. GIANNELLI - A. PACIELLO - R. ROSAPEPE (a cura di), *Diritto fallimentare. Manuale breve*³, cit., 288. Dello stesso avviso – che l'azione del curatore può cioè essere «promossa tanto per tutelare i creditori sociali, quando la confusione abbia arrecato un danno alle loro pretese ed a vantaggio di quelle dei creditori speciali o viceversa, quanto per tutelare una massa di creditori speciali contro un'altra, relativa ad altro patrimonio destinato» – C. COMPORI, *Commento agli artt. 155 e 156*, cit., 975. V. anche A. NASTRI, *Commento all'art. 263*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 1350, che sottolinea come a differenza delle ipotesi previste dall'art. 255 CCII, nelle quali il risultato dell'azione è ripartito tra tutti i creditori ammessi al passivo, nel caso in esame «l'importo ricavato è distribuito tra i soli creditori della massa pregiudicata».

¹⁰¹ Di diverso avviso, infatti, R. PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, cit., 1591, che dopo aver segnalato che l'art. 156 l. fall. (oggi art. 263 CCII) non specifica quale sarebbe il ceto creditorio danneggiato, ritiene debba trattarsi dei generali creditori ammessi a soddisfarsi sul patrimonio della società fallita dovendo invece la responsabilità verso i creditori del patrimonio separato essere esercitata «sino alla concorrenza del singolo credito risarcitorio, da ciascun creditore in proprio (e non dalla curatela quale sostituto processuale), atteso che l'insolvenza del patrimonio destinato allo specifico affare è regolata "esclusivamente" dalle disposizioni in materia di liquidazione della società, in quanto compatibili». Così anche A. CAIAFA - A. VALERIO, *Patrimoni e finanziamenti*

poter desumere che al curatore non è sempre richiesto di rappresentare indistintamente la generalità dei creditori, stante la rinvenibilità di indizi che lascerebbero intendere che lo stesso potrebbe esercitare azioni anche a tutela di una determinata categoria di creditori¹⁰². La qual cosa, ritornando a questo punto al tema dell'abusivo finanziamento e delle sue dannose conseguenze, dovrebbe indurre a chiedersi se il problema della legittimazione del curatore debba essere affrontato, secondo quanto proposto dalla più recente giurisprudenza, accontentandosi della rinvenibilità di una "base comune" di danno e riconoscendo in quest'ultima un sufficiente presupposto per l'esercizio di un'azione nell'indistinto interesse della generalità dei creditori, o se non debbano invece anche considerarsi le eventuali diversità di conseguenze ricercando dei correttivi per porre rimedio agli iniqui effetti dell'indistinta attribuzione alla massa dell'intero risarcimento.

9. Il problema dell'ammissione del finanziatore abusivo allo stato passivo e della conseguente partecipazione al risarcimento del danno.

Discorrendo di iniqui effetti non può peraltro farsi a meno di menzionare, quale discutibile implicazione dell'attribuzione al curatore della legittimazione a rappresentare indistintamente la massa, il vantaggio conseguibile dallo stesso finanziatore qualora ammesso al passivo per la restituzione del credito concesso. Una questione, questa della potenziale coincidenza della qualità di creditore (per la restituzione del finanziamento erogato) e di debitore (in relazione al risarcimento del danno prodotto), che dopo essere stata valorizzata allo

destinati ad uno specifico affare: profili concorsuali, cit., 1726, per il quale il curatore potrebbe agire in ipotesi di danno ai creditori generali mentre, in caso di violazione a danno dei creditori particolari, l'azione di responsabilità andrebbe esercitata «da ogni singolo creditore in proprio e non dal curatore fallimentare, quale sostituto processuale».

¹⁰² Con riferimento a queste previsioni esprime l'avviso che «[v]i sarebbe già quindi nella legge fallimentare, la possibilità per gli organi della procedura di esercitare azioni a tutela di una determinata categoria di creditori», S. CORSO, *Le azioni di responsabilità nel fallimento tra "azioni della massa" e "azioni individuali"*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1077. Sull'opportunità di approntare soluzioni innovative, promuovendo una interpretazione "aggiornata" della *par condicio* che consenta al curatore di farsi portavoce degli interessi di una determinata sottocategoria di creditori, M. SPIOTTA, *Il curatore "affina le armi"*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 461.

scopo di escludere la legittimazione del curatore ad agire contro la banca in rappresentanza dei creditori¹⁰³ è stata valutata in modo opposto dal più recente orientamento, a detta del quale nessuna norma o principio di legge impedirebbe il cumulo della qualità di creditore e di debitore tanto più considerando «l'operatività, in tal caso, dell'istituto della compensazione»¹⁰⁴. Dopo aver ammesso la legittimazione del curatore a rappresentare in giudizio tutti i creditori diversi dalla banca per il risarcimento del danno provocato dall'illegittima condotta di quest'ultima, il più recente orientamento non ne fa cioè discendere, quale naturale corollario, l'esclusione della banca dal passivo della procedura, ammettendo invece il recupero da parte della stessa delle somme versate a titolo di risarcimento nella sua veste di creditrice delle somme finanziate.

¹⁰³ V. in particolar modo le tre sentenze delle Sezioni Unite del 2006, le quali, nel valutare criticamente l'ipotesi di una azione risarcitoria promossa dal curatore nell'indistinto interesse di tutti i creditori ammessi al passivo, hanno sottolineato come riconoscere questa generalizzata legittimazione «vorrebbe dire ammettere che la banca dopo di avere subito l'azione risarcitoria, e dunque avere 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. Siffatto duplice eventuale ruolo della banca, creditrice e insieme responsabile di un pregiudizio, viene autorevolmente indicato in dottrina come ulteriore ragione di esclusione della legittimazione di cui si tratta». Valuta criticamente l'eventualità che la banca ritenuta responsabile del danno da abusivo finanziamento possa al contempo essere ammessa al passivo, App. Milano, 20 marzo 2015, in *ilsocietario.it*. In argomento, N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 156.

¹⁰⁴ V., in questi termini, Cass. 18610/2021, ove in particolar modo si osserva che «[n]è il cumulo, in capo alla banca, della qualità di debitrice per l'azione sinora esaminata, e di creditrice per la restituzione delle somme finanziate, interessi ed altri importi, è impedito da qualche norma o principio di legge, potendo anzi operare al riguardo, se ne ricorrano gli estremi, l'istituto della compensazione tra i rispettivi crediti, ai sensi degli artt. 1241 c.c. e ss. e artt. 56 L. Fall. Non ha dunque pregio il distinto argomento contrario, sollevato dai controricorrenti, secondo cui l'azione della procedura sarebbe rivolta contro la banca, soggetto che, nel contempo, nella sua veste di creditore per la restituzione delle somme finanziate e non restituite, si avvantaggerebbe della reintegrazione del patrimonio sociale, all'esito dell'azione esperita contro i finanziatori "abusivi": ed invero, nulla impedisce l'operatività, in tal caso, dell'istituto della compensazione dei reciproci crediti, che non necessariamente saranno della medesima entità».

Che questa impostazione desti perplessità lo si desume però dal fatto che, a fronte di una erogazione di credito ritenuta abusiva, il primo strumento di tutela attivabile dal curatore dovrebbe proprio consistere nel proporre l'esclusione dallo stato passivo del credito connesso al finanziamento. Solo l'esclusione, infatti, impedendo alla banca l'innaturale recupero di un pro-quota di quanto versato a seguito dell'azione risarcitoria, darebbe coerenza al sistema consentendo ai creditori lesi dall'abusiva erogazione di conseguire l'integrale ristoro del danno. Solo l'esclusione, inoltre, porrebbe la procedura al riparo dalle inevitabili eccezioni di giudicato rispetto all'intervenuto accertamento del rapporto di finanziamento, la giurisprudenza essendo in effetti orientata nel senso che l'esecutività dello stato passivo precluderebbe la contestazione della validità e dell'efficacia dei titoli negoziali alla base dell'operazione di credito¹⁰⁵, per quanto questo non dovrebbe escludere la possibilità di lamentare l'illiceità della medesima operazione ai fini dell'iniziativa risarcitoria¹⁰⁶. Solo l'esclusione, infine, eviterebbe gli effetti della compensazione, la cui disciplina, per ragioni non troppo evidenti e forse neppure del tutto logiche¹⁰⁷,

¹⁰⁵ Avendo al riguardo la Suprema Corte in particolar modo più volte chiarito che, pur non avendo l'accertamento dei diritti di credito nell'ambito dello stato passivo valore di giudicato al di fuori della liquidazione giudiziale, tale accertamento comunque preclude la possibilità di contestare la validità e l'efficacia dei titoli posti a fondamento della domanda di ammissione: cfr. Cass., 9 giugno 2011, n. 12638, che si è «attenuta all'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, secondo cui nel procedimento fallimentare la definitività dello stato passivo, conseguente al decreto con cui il giudice delegato ne dichiara l'esecutività a norma dell'art. 97 L. Fall., conferisce all'accertamento dei crediti ammessi un grado di stabilità tale da precludere l'ulteriore proposizione di questioni attinenti all'esistenza ed all'entità del credito ed alla sussistenza di cause di prelazione, come pure alla validità e all'opponibilità del titolo dal quale il credito stesso deriva (cfr. Cass., Sez. lav., 15 giugno 2006, n. 13778; Cass., Sez. 1, 16 marzo 2001. N. 3830; 22 gennaio 1997, n. 664)».

¹⁰⁶ Cfr. S. FAGETTI, *Breve rassegna in tema di abusiva concessione di credito e mutuo fondiario per il ripianamento di debiti pregressi*, in *Dir. fall.*, 2019, II, 965, e G. MINNITI, *La concessione abusiva del credito un'introduzione*, in *Diritto della crisi*, 12 febbraio 2024, 6.

¹⁰⁷ In questi termini v. già *supra*, nota 92.

consente la piena soddisfazione dei crediti anche qualora solo chirografari senza dover neppure sottostare agli effetti della falcidia¹⁰⁸.

Per chi ammetta che debba essere compito del curatore agire in giudizio contro la banca in rappresentanza di tutti i creditori, naturale corollario dovrebbe essere, all'opposto dell'affermazione dell'operatività della compensazione, l'enfasi sul fatto che l'interesse dei creditori contrapposti alla banca andrebbe perseguito nel modo più proficuo per la massa, secondo modalità in grado cioè di escludere possibili eccezioni e rischi di riduzione degli importi risarcitori, e quindi avendo cura, tra l'altro, di contestare la domanda di ammissione allo stato passivo della banca per la restituzione delle somme erogate. Tale contestazione potendo essere supportata, o argomentando l'esistenza di un controcredito risarcitorio¹⁰⁹, del quale andrebbe dedotta in via incidentale la pronta e facile liquidazione (seppur, naturalmente, con onere della prova in capo alla curatela nell'eventuale giudizio di opposizione intentato dalla banca)¹¹⁰, o anche invocando

¹⁰⁸ Potendosi quindi arguire che la banca, debitrice a titolo di risarcimento e creditrice a titolo di restituzione, «sia destinata a trarre vantaggio da questa sua posizione, potendo ottenere il soddisfacimento integrale del proprio credito – anche se solo chirografario e comunque liquido – sia pure solo per compensazione» (S. DELLE MONACHE, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore*, cit., 1343). Per un esempio di compensazione tra credito maturato a favore del soggetto tenuto al risarcimento e debito risarcitorio, v. Trib. Venezia, 6 luglio 2021, n. 1389, in Banche dati *De Jure*.

¹⁰⁹ Cfr. Trib. Rimini, 29 ottobre 2019, n. 12335, in *Corr. Giur.*, 2020, 1238, che ha rigettato la domanda di ammissione allo stato passivo presentata dalla banca facendo valere in compensazione la pretesa risarcitoria per abusiva erogazione del credito. La decisione è stata successivamente annullata da Cass., 27 ottobre 2023, n. 29840, che ha ritenuto insufficiente l'impianto motivazionale ma senza mettere in discussione l'astratta legittimazione del curatore ad opporre in compensazione il controcredito risarcitorio.

¹¹⁰ In effetti, per quanto finalizzata all'esclusione della banca dal passivo, non vi sono dubbi che quella fatta valere dalla curatela rappresenterebbe una eccezione riconvenzionale che in quanto tale imporrebbe alla curatela, nel giudizio di opposizione, di provare gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, al fine di impedire l'ammissione del credito nella misura pretesa, salva la possibilità di riservarsi di agire successivamente in un separato giudizio, allo scopo di dimostrare il diritto al risarcimento del maggior danno, ovvero di avviare tempestivamente l'azione risarcitoria richiedendo nel frattempo la sospensione del giudizio di opposizione (F. SEBASTIANO - A. SCHIAVO, *L'eccezione di ricorso abusivo al credito nel giudizio di*

l'invalidità dell'operazione di finanziamento a motivo della sua illegittimità, ad esempio nei casi di compartecipazione della banca all'illecito penale imputabile all'imprenditore¹¹¹, cui potrebbe seguire l'affermazione dell'irripetibilità delle somme da parte del finanziatore.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, va registrato l'orientamento della giurisprudenza che, al ricorrere di operazioni di abusiva erogazione del credito ritenute nulle, tende ad escludere la pretesa restitutoria da indebito oggettivo ricorrendo all'applicazione dell'art. 2035 cod. civ., che come noto nega a chi abbia eseguito una prestazione per uno scopo che da parte sua costituisce offesa al buon costume la possibilità di agire al fine di ripetere quanto pagato. Secondo quanto chiarito dalla stessa Suprema Corte, infatti, la nozione di buon costume interesserebbe tutte le prestazioni contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale di un determinato ambiente

ammissione allo stato passivo, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 4 maggio 2023, 12).

¹¹¹ Tenuto conto, in tema di illiceità, della scolastica distinzione tra contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, e ferma restando la possibile sovrapposibilità delle predette cause di illiceità, le ipotesi di invalidità del finanziamento forse più semplici da ipotizzare sono quelle riconducibili a fattispecie di concorso nel reato, pacificamente implicanti nullità del contratto per contrarietà a norme imperative. Per quanto le operazioni di abusiva erogazione del credito non sempre assumono rilievo penale, non è infatti da escludere il coinvolgimento dei funzionari della banca in eventuali ipotesi di reato, ad esempio immaginabili riguardo ai fatti di bancarotta semplice previste dall'art. 323 CCII, che punisce l'imprenditore che aggravi il proprio dissesto astenendosi dal richiedere l'apertura della liquidazione giudiziale ed alla cui consumazione la banca potrebbe concorrere erogando finanziamento, magari allo scopo di avvantaggiarsi del ritardo e ad esempio per impedire l'esperibilità nei suoi confronti di azioni revocatorie; ai fatti di bancarotta fraudolenta previsti dall'art. 322 CCII, potendosi rispetto a questa norma ipotizzare, sempre ad esempio, la concessione di un finanziamento a soggetto insolvente al solo scopo di trasformare il credito chirografario della banca in credito assistito da garanzia (Cass. 23 settembre 2021, n. 31513; v. anche Cass. pen., 20 maggio 2004, n. 23675, che con riferimento alle condizioni richieste ai fini dell'integrazione del concorso nei fatti di bancarotta fraudolenta attribuisce rilevanza, tra l'altro, alla prova della consapevolezza da parte dell'imputato a titolo di concorso che la propria azione sia foriera di danno ai creditori); ai fatti di bancarotta fraudolenta commessi dagli esponenti di società previsti dall'art. 329, comma 2, lett. b, CCII, che punisce i gestori della società che mediante operazioni dolose ne abbiano cagionato la liquidazione giudiziale, potendosi in tal caso ipotizzare il concorso del funzionario di banca che partecipi dolosamente alla condotta dei gestori che abbiano cagionato il dissesto.

in un certo momento storico, dovendosi pertanto procedere, a fronte di ogni atto ritenuto illegittimo per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico, all'ulteriore verifica della contrarietà al buon costume ai fini della eventuale affermazione della *soluti retentio*, che nei contesti di concorsualità favorirebbe non più l'originario contraente (al pari del *solvens* versante anch'egli, ragionevolmente, in una situazione di immoralità) bensì – oramai – la massa dei creditori¹¹². Una verifica operando la quale anche la giurisprudenza di merito è talvolta pervenuta alla conclusione della non ripetibilità di pagamenti effettuati

¹¹² Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, che richiamando l'indirizzo risalente a Cass., Sez. un., 17 luglio 1981, n. 4414, ha chiarito, tra l'altro, che ai fini della “*soluti retentio*” prevista dall'art. 2035 cod. civ. la nozione di buon costume non si identifica con le sole prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, potendo in realtà anche implicare che chiunque abbia versato «una somma di denaro per una finalità truffaldina o corruttiva non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tali finalità, certamente contrarie a norme imperative, sono da ritenere anche contrarie al buon costume» (v. anche Cass., 21 aprile 2010, n. 9441, e Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631). In tale prospettiva, l'aggravamento del dissesto, per le conseguenze economiche che comporta, andrebbe quindi considerato non solo giuridicamente proibito ma anche eticamente riprovevole, l'applicazione a tale condotta della “*soluti retentio*” costituendo esplicazione del principio di cui all'art. 41, comma 2, Cost., che esclude lo svolgimento della libera iniziativa economica in contrasto con l'utilità sociale (sulla nozione di buon costume, A. TRABUCCHI, voce “Buon costume”, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 700 ss.; sulla “*soluti retentio*”, E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 359 ss.; D. MAFFEIS, *Contrati illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997; E.M. PIERAZZI, *Commento all'art. 2035*, in *Codice civile*, diretto da M. Franzoni e R. Rolli e coordinato da G. De Marzo, Torino, 2018, I, 2726 ss.). Nel caso indagato dalla ricordata Cass. 16706/2020, l'affermazione di contrarietà al buon costume dell'atto negoziale trovava giustificazione nelle specificità attraverso le quali l'operazione di finanziamento, espressione di una condotta «potenzialmente predatoria», si era articolata, oltre che nel pregiudizio obiettivamente occorso alla massa dei creditori per effetto dell'incremento delle dimensioni della decozione. L'abusiva erogazione di credito si iscriveva, infatti, nell'ambito di una complessa ed anomala fattispecie (comprensiva di un patto di opzione per l'acquisto del controllo totalitario della società e di un accordo avente ad oggetto la promessa di vendita di un immobile), solo apparentemente espressione di una operazione commerciale ma nei fatti dissimulativa di un finanziamento, ritenuto in contrasto con norme imperative di natura penale e con l'ordine pubblico economico. Per un commento della decisione, S. DELLE MONACHE, *Buon costume e fallimento*, in *Fall.*, 2021, 507.

nell'ambito di operazioni ritenute, oltre che contrarie a norme imperative o all'ordine pubblico, irrispettose del buon costume. Questa conclusione essendo stata in particolar modo sostenuta dalla giurisprudenza rispetto a talune fattispecie di finanziamento anch'esse contraddistinte, al pari di quella indagata dalla Suprema Corte¹¹³, da accentuati profili di censurabilità della condotta, come nel caso di operazioni volte a sostituire debiti chirografari con debiti muniti di prelazione aggirando rischi di revocatoria¹¹⁴, o nel caso di consistenti finanziamenti a società manifestamente insolvente concessi solo confidando sulle garanzie fornite da fondi pubblici¹¹⁵.

¹¹³ V. ancora Cass. 16706/2020, richiamata nella nota che precede.

¹¹⁴ Cfr. Trib. Vicenza, 19 maggio 2022, rinvenibile in *www.ilcaso.it*, riguardante tra l'altro l'erogazione di finanziamenti ipotecari utilizzati per ripianare esposizioni chirografarie insolitamente rimborsate in via anticipata.

¹¹⁵ Cfr. Trib. Vicenza, 22 aprile 2021, rinvenibile in *www.ilcaso.it*, che ha considerato contraria al buon costume una operazione di finanziamento erogata confidando sulle possibilità di recupero dipendenti dalla garanzia «concessa con delibera della Banca del Mezzogiorno - Medio Credito Centrale spa del 03.12.2014 dal Fondo di Garanzia per le PMI legge n. 662/1996 con copertura dell'insolvenza 80%». V. anche Trib. Asti, 6 dicembre 2023, rinvenibile in *www.dirittodellacrisi.it*, riguardante la concessione di un mutuo a soggetto insolvente per estinguere un pregresso debito contando sulla garanzia assicurata dallo Stato, rispetto alla quale la curatela ha eccepito «la nullità del negozio e contrarietà dello stesso al buon costume» e che il Tribunale ha ritenuto nullo in quanto «[u]na simile causa del negozio è in contrasto con le disposizioni normative di natura primaria e secondaria che regolano le modalità con le quali va condotta l'attività bancaria». Il dibattuto tema delle garanzie pubbliche ai finanziamenti alle imprese è stato portato alla ribalta dal contesto emergenziale causato dalla crisi pandemica da Covid-19, di fronte alla quale il legislatore è notoriamente intervenuto per fronteggiare le difficoltà del sistema (v. le garanzie introdotte dal decreto "Cura Italia" trasfuse nell'art. 13 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, che ha rafforzato e semplificato l'accesso al Fondo di Garanzia per le PMI, e le modifiche operate dalle leggi di bilancio 30 dicembre 2020, n. 178, e 30 dicembre 2021, n. 234, che si sono susseguite). L'impiego di garanzie pubbliche ha in particolar modo sollevato il problema della valutazione del merito creditizio e dell'erogazione di finanziamenti in modo colposo, lasciando senza risposte certe l'interrogativo relativo a se il rischio di credito correlato alla pandemia abbia consentito l'erogazione di finanziamenti a favore anche di imprese sprovviste di merito creditizio, il dubbio vertendo in particolar modo riguardo a se l'eccezionalità della situazione dell'emergenza abbia consentito verifiche meno accurate. La questione assume peraltro una rilevante connotazione pratica, oltre che in ragione della numerosità delle garanzie concesse, per il fatto che il sistema di garanzia statale promosso dai decreti emergenziali ha previsto, nella sostanza, l'ingresso del pubblico

Se dunque, come appena visto, non mancano gli strumenti per reagire, per chi volesse sostenere la legittimazione del curatore all'esercizio di un'azione di massa contro l'autore di una erogazione abusiva, dovrebbe allora essere inevitabile anche dire che il finanziatore che irresponsabilmente abbia provocato un danno alla procedura giammai dovrebbe essere ammesso al passivo per la relativa restituzione. Naturale corollario di questa visione dovendo essere, pertanto, il dovere degli organi della procedura di contestare immediatamente alla banca l'abusività della propria condotta, evitando la restituzione dell'importo ottenuto e quindi la partecipazione al riparto. A meno che, ovviamente, le ragioni dell'illegittimità del finanziamento non siano emerse in un secondo momento e lo stato passivo non sia stato dichiarato nel frattempo esecutivo. Nel qual caso riterrei dovrebbe essere compito degli organi della procedura ricercare una qualche soluzione al problema, ad esempio valutando gli estremi della revocazione ai sensi dell'art. 206, comma 5, CCII¹¹⁶, o magari

in qualità di creditore privilegiato, dimodoché il credito privilegiato del garante pubblico concorrerà con il restante ceto creditorio comprimendone ulteriormente le possibilità di recupero (sui rilevanti temi sollevati dal sistema di garanzia nel contesto della pandemia, cfr. G. MINNITI, *La concessione abusiva del credito un'introduzione*, cit., 6 ss.; F. SEBASTIANO - A. SCHIAVO, *L'eccezione di ricorso abusivo al credito nel giudizio di ammissione allo stato passivo*, cit., 1 ss.; M. DE PAMPILIS, *L'azione risarcitoria per abusiva concessione di credito nel diritto della crisi pandemica*, in *Corr. Giur.*, 2020, 1246 ss.).

¹¹⁶ La revocazione, quale mezzo straordinario di impugnazione proponibile anche contro il creditore concorrente la cui domanda sia stata indebitamente accolta, è notoriamente soggetta a limiti stringenti (la sua esperibilità presupponendo che il provvedimento sia stato determinato «da falsità, dolo o errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi») e sino a prima della riforma del 2006 era vista come strumento esperibile soprattutto contro i provvedimenti di accoglimento. Facendo esplicito riferimento anche a provvedimenti di rigetto, la sua attuale formulazione ha determinato invece il superamento della tesi che vedeva nella revocazione lo strumento a tutela della *par conditio* per espungere dal concorso pretese creditorie ingiustamente accolte. Poiché l'art. 206, comma 5, CCII (a differenza dell'art. 395 c.p.c.), non menziona tra le cause di revocazione il contrasto con un precedente giudicato, tale questione è stata discussa (G. FAUCEGLIA, *Le impugnazioni dello stato passivo*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. Cagnasso e L. Panzani, II, Milano, 2016, 1739; F. ROLFI, *Commento all'art. 206*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 1017; in giurisprudenza Trib. Monza, 9 gennaio 2013, in www.ilcaso.it). In tale questione non dovrebbe comunque rientrare il caso dell'azione

facendo valere l'intervenuta ammissione al passivo nell'ambito del giudizio di risarcimento successivamente intrapreso, richiedendo cioè l'incremento della quantificazione del danno in considerazione del credito riconosciuto dalla procedura così da nettare le attribuzioni spettanti alla banca in sede di riparto. Peraltro, ove nel frattempo dei riparti dovessero già essere intervenuti, le iniziative del curatore dovrebbero tenerne conto, cercando di conseguire la restituzione di quanto eventualmente corrisposto.

Insomma, una volta ammesso che debba essere il curatore ad agire contro la banca nell'interesse della massa, tutto dovrebbe procedere di conseguenza, (anche) sotto quest'aspetto sembrando perciò poco convincente quanto suggerito dal più recente orientamento giurisprudenziale, il quale, dopo aver affermato che l'interesse ad agire contro la banca sarebbe non del singolo creditore ma della massa, affronta poi il problema della eventuale restituzione del finanziamento richiamando, in modo davvero semplicistico, la disciplina della «compensazione».

10. *Considerazioni conclusive.*

Se sul piano giuridico e formale le perplessità emerse farebbero dunque dubitare dell'orientamento favorevole alla legittimazione del curatore ad agire contro la banca in rappresentanza della massa, non può tuttavia sottacersi che, sin da quando l'esperienza francese ha per la prima volta prospettato la possibilità di una responsabilità risarcitoria per i danni provocati dai finanziamenti abusivi, è subito emersa la difficoltà di identificare il danno riferibile al singolo creditore¹¹⁷, la relativa determinazione richiedendo il non agevole calcolo di quanto ciascuno avrebbe potuto ricevere qualora la procedura fosse intervenuta prima, tenendo inoltre conto di tutte le eventuali altre possibili esternalità non necessariamente tutte negative, secondo quanto si è avuto modo di fare cenno¹¹⁸. Rimanendo certo, in ogni caso, che

di risarcimento avviata contro la banca una volta emerse gravi responsabilità incompatibili con l'ammissione del credito, trattandosi di decisione sopravvenuta (e non di un precedente giudicato).

¹¹⁷ Cfr. J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*², 1977, 162 ss.; C. GAVALDA - J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, cit., 590.

¹¹⁸ V. *supra*, in conclusione del paragrafo 7.

argomentare la natura individuale del danno equivale a scoraggiare l'avvio delle possibili iniziative risarcitorie anche nelle situazioni più eclatanti, non foss'altro per le difficoltà riguardanti la raccolta delle informazioni, l'acquisizione dei necessari mezzi di prova e la rilevanza dei costi, a partire dalle inevitabili spese legali¹¹⁹. A ciò dovendosi inoltre aggiungere che i singoli creditori sono spesso insufficientemente attrezzati dal punto di vista delle necessarie conoscenze e magari anche scarsamente motivati dal punto di vista del risultato economico, ad esempio a motivo della misura del proprio credito¹²⁰.

Per quanto queste manifeste difficoltà, e quindi ragioni di ordine pratico, rendano comprensibile la tendenza a consentire l'esercizio dell'azione di massa da parte del curatore considerando il pregiudizio arrecato dall'irresponsabile finanziamento come un danno alla generalità dei creditori¹²¹, resta però che l'intervento finanziario da parte delle banche non dovrebbe essere ostacolato, loro funzione primaria dovendo essere proprio quella di sostenere le imprese in difficoltà. Non a caso, del resto, la dottrina che per prima ha

¹¹⁹ Menziona il tema F. PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito tra azioni "di massa" e «sana e prudente gestione»*, in *Dir. banc. fin.*, 2022, I, 508.

¹²⁰ Cfr. F. DIMARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, cit., 400.

¹²¹ Anche da questo punto di vista a fare scuola è stata l'esperienza francese, nella quale – dopo una iniziale prevalenza dell'orientamento contrario – la decisione di Cass. com., 7 janvier 1976, n° 72-14029, ha riconosciuto al curatore la legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità per abusiva erogazione del credito (suscitando però contrastanti commenti in dottrina: in senso contrario, C. GAVALDA - J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, cit., 590 ss., e M. VASSEUR, *La mise en jeu de la responsabilité du banquier*, in *Banque*, 1976, 367 ss.; a favore, A. ZENNER, *Responsabilités du donneur de crédit*, in *Revue de la banque*, 1974, 707 ss.). A distanza di anni, il legislatore francese è peraltro intervenuto sul tema della erogazione abusiva del credito (in particolar modo con l'Article L.650-1 Code de commerce, modifié par Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 – art. 129, sui cui contenuti e relative ragioni v. *infra*, nel testo e in nota 130), ma senza occuparsi espressamente del problema della legittimazione all'esercizio dell'azione. Nel silenzio della legge, l'interpretazione prevalente ha comunque continuato a riconoscere la legittimazione degli organi della procedura ritenendo tra l'altro che «[d]ès l'instant de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les organes de la procédure chargés de représenter et défendre l'intérêt collectif du débiteur disposent en effet d'un monopole de représentation (Com. 3 juin 1997, D. 1997. 517, note F. Derrida; JCP E 1997. II. 988, note M. Béhar-Touchais)» (M.L. COQUELET, *Entreprises en difficulté*⁷, Dalloz, 2022, 457).

argomentato la configurabilità (anche) nel nostro ordinamento di una responsabilità risarcitoria per indebito finanziamento, ha subito evidenziato la necessità di una comparazione tra gli interessi di stampo pubblicitario sottesi a questa funzione rispetto a quelli dei creditori eventualmente lesi dal prosieguo dell'attività in conseguenza del protrarsi del sostegno finanziario¹²². Una necessità che negli ultimi anni è peraltro divenuta ancor più manifesta a seguito degli interventi legislativi tesi a incentivare il sistema bancario al sostegno delle iniziative di risanamento¹²³; ai quali però, per tutta risposta, le

¹²² A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., 235.

¹²³ Il favore dell'ordinamento per le operazioni di finanziamento delle imprese in crisi si è andato progressivamente accentuando a motivo della evidente centralità, ai fini della soluzione della crisi, del supporto della finanza-ponte (spesso indispensabile per il successo delle operazioni di salvataggio dell'impresa), della finanza interinale (erogata in corso di procedura funzionalmente al giudizio di omologazione) e della finanza in esecuzione (posta in essere nel rispetto delle previsioni del piano promosso dal debitore in crisi). Gli indici normativi del generalizzato *favor* verso il sostegno finanziario alle imprese in crisi sono numerosi, potendosi ad esempio menzionare la prededuzione prevista dagli artt. 99 e 101 CCII, riguardante rispettivamente i finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti ed i finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti; le previsioni dell'art. 166, comma 3, CCII, di esenzione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione di cui all'art. 64-*bis* CCII omologato e dell'accordo di ristrutturazione omologato; la precisazione rinvenibile nell'art. 16, comma 5, CCII, secondo cui l'accesso alla composizione negoziata non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore; le previsioni dell'art. 62 CCII riguardanti l'efficacia estesa degli obblighi di moratoria, attualmente riferibili alla generalità dei creditori ma nell'originaria formulazione dell'art. 182-*septies* l. fall. relativa ai soli soggetti bancari e finanziari; l'esenzione dai reati di bancarotta prevista dall'art. 324 CCII nel caso di operazioni in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione di un piano attestato, ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 CCII, nonché dei pagamenti e finanziamenti autorizzati dal giudice ai sensi degli artt. 99, 100 e 101, CCII. A questi indici di portata generale vanno peraltro aggiunti, se pur nella consapevolezza della specialità del contesto e della conseguente particolarità della loro portata, quelli rinvenibili nei numerosissimi provvedimenti (v., tra altri, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante "Misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario", convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27; il d.l. 20 aprile 2020, n. 23, recante "Misure di accesso al credito per le imprese", convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40; il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, recante

procedure hanno da parte loro fatto seguire un crescendo di aspettative risarcitorie, presumibilmente determinate dall'esigenza di rimediare in qualche modo all'intervenuto depotenziamento di altri strumenti, a partire da quello riguardante la revocatoria¹²⁴.

misure di “Sostegno alle imprese e all'economia” e “Disposizioni per la tutela del risparmio nel settore creditizio”, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77) adottati nel tentativo di portare supporto economico e finanziario alle imprese messe dall'emergenza sanitaria in situazioni di insolvenza “incolpevole” e “reversibile” (sulla configurazione dell'insolvenza al tempo della pandemia, G. FAUCEGLIA, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 438 ss.), per far fronte alle quali la legislazione emergenziale adottata dal Governo si è posta come obiettivo – tra l'altro – di consentire l'accesso al credito da parte delle imprese, a tal fine esortando gli istituti a mettere a disposizione degli operatori i finanziamenti richiesti anche velocizzando le procedure di valutazione del merito creditizio. Sul difficoltoso rapporto tra le esigenze creditizie delle imprese in crisi, il conseguente *favor* dell'ordinamento a supporto delle operazioni di finanziamento ed i problemi di responsabilità delle banche erogatrici, cfr. C. MOTTI, *L'evoluzione del ruolo delle banche nella crisi d'impresa*, in *Banche, Europa e sviluppo economico*, a cura di A. Brozzetti, Milano, 2023, 99 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza e le banche: qualche spunto di riflessione*, cit., 334 ss.; ID., *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione del credito*, cit., 5 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità della banca per abusiva concessione del credito*, cit., 1202 ss.; N. ABRIANI – L. BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca, borsa tit. cred.*, I, 2020, 49 ss.; M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1079 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese “in crisi”*, cit., 305 ss.; S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 65 ss.; M. PORZIO, *Il paradosso del banchiere: la banca e l'impresa in difficoltà*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 1453 ss.

¹²⁴ Ridotti gli spazi di operatività delle azioni revocatorie, le azioni risarcitorie, tra cui quelle contro le banche, rappresentano infatti uno dei principali strumenti a disposizione dei curatori desiderosi di arricchire l'attivo delle procedure: menzionano quest'aspetto, A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, cit., 438; F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie “concessione abusiva di credito”*, cit., 400; A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in “crisi”*, cit., 305; R. BOCCHINI, *La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o fallibilità umana?*, in questa *Rivista*, 2022, I, 237.

Questa contraddittoria evoluzione, che nel contesto delle situazioni di crisi ha interessato il rapporto banca-impresa¹²⁵, dovrebbe allora suggerire l'opportunità di definire alcuni punti fermi partendo anzitutto dalle previsioni comunitarie in tema di quadri di ristrutturazione, molto chiare nello stabilire che le discipline nazionali, dovendo indirizzare le imprese verso decisioni commerciali ragionevoli, non dovrebbero prevedere che la concessione di credito alle imprese in crisi possa di per sé rappresentare motivo di responsabilità¹²⁶. In altri termini, per non scoraggiare la partecipazione delle banche ai tentativi di risanamento delle imprese in crisi, il sistema dovrebbe cercare di definire entro quali limiti, nei casi di insuccesso, le iniziative di sostegno finanziario potrebbero eventualmente essere sottoposte a sindacato giudiziale; equivalendo ciò a dire che il rischio giudiziale delle banche dovrebbe essere in qualche modo predefinito sulla base di criteri che dovrebbero al tempo stesso dimostrarsi in grado, da un lato, di non ostacolare gli obiettivi di disponibilità dei finanziamenti necessari all'attuazione dei piani di ristrutturazione¹²⁷, dall'altro, di facilitare le verifiche di rinvenibilità di un effettivo nesso causale tra la condotta del finanziatore e i danni asseritamente determinati dal prosieguo dell'attività d'impresa¹²⁸, e dall'altro ancora, di mettere in relazione l'imputabilità

¹²⁵ Per una attenta analisi della complessiva evoluzione che negli ultimi anni ha interessato il rapporto banca-impresa, v. C. MOTTI, *L'evoluzione del ruolo delle banche nella crisi d'impresa*, cit., 83 ss.

¹²⁶ Tutta orientata in questo senso è in particolar modo la Direttiva (UE) 2019/1023, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

¹²⁷ V. ancora la Direttiva (UE) 2019/1023 ed ivi, tra l'altro, le previsioni dell'art. 17 riguardante la "Tutela dei nuovi finanziamenti e dei finanziamenti temporanei" nonché le valutazioni rinvenibili nei Considerando 66, 67 e 68.

¹²⁸ Per quanto di agevole impostazione teorica, il problema del nesso causale è particolarmente complesso da un punto di vista pratico, il ritardo dell'apertura della procedura potendo difatti dipendere da una molteplicità di fattori rispetto ai quali l'intervento della banca potrebbe assolvere un ruolo solo secondario. Né è da escludere l'astratta inidoneità del singolo sostegno finanziario a determinare il prosieguo dell'attività che potrebbe però comunque rilevare come concausa in presenza di ulteriori concessioni di credito (v. al riguardo A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., 251). Approfondisce il problema, considerando quello del nesso causale «[l']aspetto più delicato della configurazione di una responsabilità della banca verso i creditori», G.P. LA SALA, *La*

del danno ai profili soggettivi della condotta, magari distinguendo – a quest'ultimo riguardo – a seconda della connotazione fraudolenta o colposa delle operazioni poste in essere, delle eventuali interferenze nella gestione dell'impresa rese possibili dal sostegno finanziario e dei propositi concretamente perseguiti dal soggetto finanziatore (a seconda, ad esempio, che volti a realizzare benefici strettamente individuali ovvero a trarre vantaggi solo indiretti, quale mero riflesso del salvataggio dell'impresa¹²⁹).

Se la definizione di questi criteri potrebbe di per sé ridimensionare, similmente a quanto accaduto in altre esperienze¹³⁰, il problema di una

responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente), cit., 813 ss.

¹²⁹ A questo riguardo non potendosi a mio avviso dubitare, infatti, che una cosa è la grave condotta del finanziatore che persista nel suo sostegno allo scopo di salvaguardare interessi esclusivamente individuali (come nel caso dell'artificioso sostegno dell'impresa al solo scopo di rendere non più revocabili pregresse operazioni o per trasformare l'originaria natura chirografaria di un pregresso credito), altro è invece il sostegno all'impresa nei cui confronti già risulti una forte esposizione e che il finanziatore continui tuttavia a sostenere nella speranza di una ripresa di mercato, magari valutando erroneamente le prospettive ma comunque con un preciso proposito di salvataggio dell'impresa, il vantaggio individuale perseguito rappresentando chiaramente un mero riflesso di quest'ultimo.

¹³⁰ In Francia, in particolare, la valutazione comparata degli interessi coinvolti ha indotto il legislatore ad introdurre il già ricordato *Article L.650-1 Code de commerce* (v. *supra*, nota 121), che ha subordinato la responsabilità per concessione abusiva del credito al rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo della condotta, limitando tale responsabilità alle sole ipotesi di comportamento fraudolento, di interferenza nella gestione della impresa e di ottenimento di garanzie sproporzionate rispetto al credito, escludendo in tal modo ogni ipotesi di responsabilità solo colposa («Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge»). Questa disciplina, in ragione delle predette limitazioni, ha inizialmente suscitato dubbi di legittimità costituzionale, che sono stati tuttavia superati da Cons. const., Décision n° 2005-522 DC du 22 juill 2005. Per l'interpretazione giurisprudenziale di questa disciplina, v. Cass. com., 29 juin 2022, n° 21-10.715; Cass. com., 20 septembre 2017, n° 16-12.939; Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077; Cass. com., 18 mai 2017, n° 15-25.914; Cass. com., 22 mars

eccessiva esposizione delle banche al rischio di azioni risarcitorie¹³¹, ridimensionando così anche la portata pratica della questione riguardante la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza della massa¹³², non priverebbe tuttavia questa stessa questione di interesse, stante la sua specifica rilevanza ai fini della soluzione del problema della corretta destinazione del risultato dell'azione.

Una volta ammesso, come per le già viste ragioni da parte mia sarei portato a fare, che l'indistinta attribuzione del risultato risarcitorio alla massa condurrebbe a risultati spesso insoddisfacenti, a suggerire di escludere la legittimazione del curatore dovrebbe essere infatti l'opportunità di una tutela selettiva, per il cui perseguimento occorrerebbe, o riconoscere la possibilità da parte del curatore di agire a tutela degli interessi dei creditori appartenenti alle sottomasse, anche se questo presupporrebbe una nozione della *par condicio* forse non ancora acquisita dalla prevalente interpretazione, o in alternativa concludere che ad agire dovrebbero essere in ogni caso i singoli creditori, i quali tutt'al più, versando in situazioni analoghe, potrebbero promuovere un "fascio" di azioni individuali.

2017, n° 15-13.290, tutte rinvenibili in <https://www.legifrance.gouv.fr>. In dottrina, R. ROUTIER, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif*, *Gaz. Pal.*, 2005, 252-253, 33 ss.; V. FORRAY, *Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce*, *RTD comm.*, 2008, 661 ss. Sulle incertezze della disciplina, J. LAISNEY, *Nouvelles incertitudes sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif*, *RLDA*, 2010, 48. Per altri riferimenti v., R. ROUTIER, *L'article L. 650-1 du code de commerce: un article «détonnant» pour le débiteur et «détonnant» pour le contribuable?*, *Recueil Dalloz*, 2006, 2916; D. LEGAIS, *Loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, *RDT Com.*, 2005, 818. Per quanto sia pacifico che sia stata introdotta per non scoraggiare il supporto degli istituti di credito, va infine notata la portata generale della disciplina, avendo in particolar modo Cass. com., 16 ottobre 2012, n° 11-22.993, confermato l'applicabilità del principio di non responsabilità (non alle sole banche bensì) ad ogni fornitore di assistenza finanziaria.

¹³¹ Alla cui soluzione non può di certo bastare la circostanza che i finanziatori non dovrebbero essere chiamati a rispondere ogniqualvolta il supporto finanziario abbia riguardato iniziative ragionevolmente destinate al successo, i confini del sindacato di "ragionevolezza" essendo «troppo labili» oltre che «inevitabilmente viziat[i] dal senno di poi» (C. MOTTI, *L'evoluzione del ruolo delle banche nella crisi d'impresa*, cit., 101).

¹³² Come già visto, la legittimazione del curatore è infatti sicuramente in grado di condizionare in modo pragmatico il livello di rischiosità risarcitoria cui va incontro la banca, ciò dipendendo dalla minore propensione dei singoli creditori all'avvio dell'azione rispetto a quella del curatore.

Come facile intuire, però, questo fascio di domande, né se coordinate tra di loro e neppure se cumulate in un unico giudizio¹³³, potrebbero ovviare alle difficoltà pratiche delle quali si è dato conto. Mentre, forse, sarebbe diverso se anche il nostro ordinamento riuscisse a rendere operativo lo strumento delle azioni “di classe”¹³⁴, che come noto prevede l’accertamento che la condotta addebitata abbia leso diritti individuali omogenei, consentendo ai portatori di questi ultimi di beneficiare del risultato dell’azione mediante il meccanismo della adesione. Semplificando e rendendo la partecipazione meno onerosa, lo strumento dell’azione collettiva potrebbe infatti facilitare l’avvio dell’iniziativa risarcitoria anche nelle situazioni più complesse, quali

¹³³ Ai sensi dell’art. 103 cod. proc. civ., disciplinante il litisconsorzio facoltativo, il cumulo delle domande è notoriamente consentito qualora più parti agiscano contro un medesimo soggetto per la medesima *causa petendi*.

¹³⁴ In effetti, nonostante le varie modifiche alla disciplina della *class action*, il nostro paese sembra non essere ancora riuscito a delineare una strada per i procedimenti risarcitori a carattere collettivo. Invero, dopo essere stata inizialmente introdotta dalla legge 244/2007, la disciplina è stata interessata da vari interventi di modifica ad opera della l. 99/2009, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 27/2012, e sino a giungere alla l. 31/2019, che ha inserito nel codice di procedura civile il Titolo VIII-bis, rubricato «Dei procedimenti collettivi» (artt. 840-bis – 840-sexiesdecies), che come noto consente la tutela delle «situazioni giuridiche attribuite ai membri di una classe, in cui i diritti dei singoli sono diversi e distinti tra di loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o diritto capace di rendere possibile un provvedimento giurisdizionale di contenuto uniforme» (F. SANTANGELI - P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l’azione di classe dopo le recenti modifiche all’art. 140-bis cod. cons.*, in *Judicium - Il processo civile in Italia e in Europa*, 10 e 11, in www.judicium.it). Sulla disciplina introdotta nel Titolo VIII-bis del codice di procedura civile, v. in dottrina M. LORENZOTTI, *Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite?*, in *Contr. impr.*, 2022, 682 ss.; C. CONSOLO, *L’azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714 ss.; B. SASSANI, *Class Action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 3*, Pisa, 2019; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno resp.*, 2019, 309 ss.; D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1049 ss.; P. FLORIO, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in www.ilcaso.it, 22 giugno 2019). In tema di azioni di classe, nuove previsioni a tutela dei soli consumatori sono state infine introdotte dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, che ha dato attuazione alla direttiva UE 2020/1828 inserendo nel codice del consumo il Titolo II.1, rubricato “Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori” (artt. 140-ter – 140-quaterdecies).

soprattutto quelle con un gran numero di creditori portatori di interessi commisurati a percentuali magari modeste, come anche potrebbe fornire una soluzione nei casi contraddistinti dalla presenza di vari gruppi di creditori ciascuno dei quali danneggiato in maniera diversa¹³⁵. Senza a quel punto la necessità, qualora lo strumento dell'azione di classe dimostrasse di essere in grado di dare una risposta effettiva, di dover necessariamente assecondare la tendenza, sorretta più dal piano pratico che da quello formale e giuridico, a considerare il pregiudizio arrecato dall'irresponsabile finanziamento come un generalizzato danno alla massa, implicante la legittimazione del curatore a promuovere l'azione per ripartirne il ricavato indistintamente tra tutti i creditori.

¹³⁵ Richiedendo l'azione di classe l'identificazione dei caratteri dei diritti omogenei lesi e la conseguente specificazione degli elementi necessari per l'adesione, quest'ultima dovrebbe presupporre la possibilità di una successiva liquidazione del danno in applicazione di un criterio uniforme. In mancanza di tale requisito, ogniqualvolta dovesse emergere che una abusiva condotta abbia differentemente danneggiato varie categorie di soggetti, andrebbe quindi valutata o l'ipotesi dell'avvio di distinte azioni ovvero, secondo quanto suggerirebbe qualche precedente giurisprudenziale, la formazione, nell'ambito della medesima azione di classe, di sottoclassi che tengano conto delle differenti conseguenze della medesima condotta (cfr. Trib. Cagliari, 10 febbraio 2017, con commento di F. DE DOMINICIS, in *giustiziacivile.com*, 11 aprile 2018).