

***La legittimazione del curatore fallimentare per il risarcimento dei danni da bancarotta preferenziale, alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione n. 1641 del 2017.***

***Sintesi dell'intervento del relatore Avv. Paolo Mulazzani.***

Il titolo in argomento pone subito in rilievo la figura del curatore fallimentare, ovvero l'organo della procedura concorsuale al quale, dopo la riforma organica del 2006 (d.lgs 5/2006) e il decreto correttivo del 2007 (d.lgs. 169/2007), è stato affidato il ruolo di gestire il patrimonio fallimentare (art. 31 l.fall.) nell'interesse dei creditori ed anche del soggetto fallito.

Il legislatore ha inteso assimilare la figura del curatore ad un amministratore della società fallita all'uopo affidandogli ampi poteri gestori e direttivi: tale funzione, svolta sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, si estrinseca sotto i diversi aspetti dell'acquisizione del patrimonio sociale, della sua conservazione e, da ultimo, della liquidazione mirata al soddisfacimento dei creditori.

In merito a quest'ultimo aspetto il curatore ha l'obbligo di predisporre, *ex art. 104 ter l.fall.*, un "*programma di liquidazione*", ovvero, un atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo.

Detto programma deve contenere, tra l'altro, l'indicazione specifica "*delle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito*"<sup>1</sup>.

\* \* \*

Ebbene, la pronuncia in commento trae origine proprio dal ricorso presentato dalla curatela fallimentare che aveva proposto, cumulativamente, sia un'azione generale aquiliana da fatto illecito (art. 185 c.p. e art. 2043 c.c.), sia, ai sensi dell'art. 146 l.fall., le specifiche azioni di responsabilità *ex artt. 2393 e 2394 c.c.* contro gli amministratori della società fallita, chiedendo un risarcimento per le condotte di bancarotta preferenziale ad essi contestate.

---

<sup>1</sup> Art. 104, comma 1, let. c), l.fall..

La Corte d'Appello di Milano, chiamata a pronunciarsi, riteneva che l'azione di responsabilità non potesse essere esercitata dal curatore fallimentare, né ai sensi dell'art. 2393 c.c., né ai sensi dell'art. 2394 c.c., attesa la mancanza di una lesione del patrimonio sociale.

I giudici meneghini affermavano, infatti, che la lesione della *par condicio creditorum*, conseguente al pagamento preferenziale, può al limite generare una contesa tra le posizioni soggettive individuali dei singoli creditori, ma non anche un pregiudizio per la massa creditoria considerata nel suo complesso, la quale manterrebbe, comunque, la medesima consistenza anche nel caso di pagamento preferenziale, qualunque sia il creditore beneficiato dal pagamento.

Così statuendo, la Corte d'appello affermava che il danno derivante da un qualunque pagamento preferenziale poteva intendersi solo come pregiudizio individuale subito direttamente da ciascun creditore onde il curatore non poteva ritenersi legittimato all'esercizio dell'azione in esame in quanto l'art. 240, comma 2, l.fall. prevede che i creditori possano costituirsi parte civile nel processo penale di bancarotta, in assenza di costituzione da parte del curatore, qualora intendano “*far valere un titolo di azione propria personale*”.

Si consideri, infatti, che secondo la giurisprudenza la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è **limitata alle azioni c.d. di massa**, finalizzate cioè alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo (Cass. Sez.Un. 28 marzo 2006 n.7029).

Ciò premesso, il tema posto dal fallimento ricorrente - rimesso alle Sezioni Unite per l'importanza della questione di massima - attiene alla possibilità di ricondurre ad una “azione di massa” la domanda proposta dal curatore fallimentare al fine di ottenere il risarcimento dei danni cagionati dal fallito che “*prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione*” ex art. 216, comma 3 l.fall..

Le Sezioni Unite hanno dunque enunciato il seguente principio di diritto:

**“ il curatore fallimentare ha legittimazione attiva unitaria, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, anche per fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori ”.**

Ebbene, il disconoscimento della legittimazione attiva del curatore fallimentare da parte dei giudici di merito si fondava sull'assunto che il pagamento preferenziale

potesse arrecare un danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, perché si trattava di operazione neutra per il patrimonio sociale, che vedeva diminuire l'attivo in misura esattamente pari alla diminuzione del passivo conseguente all'estinzione del debito ed alla mancata insinuazione al passivo, quindi, del creditore che aveva ricevuto il pagamento (*accipiens*).

Secondo gli Ermellini si tratta di un assunto palesemente erroneo vero essendo che il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori.

Ed invero la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori ad una (il più delle volte) inevitabile falcidia fallimentare.

Si consideri infatti che, anche da un punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori.

In conclusione, il Supremo Collegio riconduce il delitto di bancarotta preferenziale nell'alveo dei reati che ledono gli interessi del ceto creditorio contemplati dagli artt. 2740 e 2741 c.c., onde è da ritenersi sussistente la legittimazione del curatore ad esercitare qualsiasi azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che abbiano posto in essere tali condotte.

Nella pronuncia in commento vengono poi affrontate due ulteriori questioni che, sempre nell'ottica della legittimazione attiva del curatore, assumono una rilevanza fondamentale.

In primo luogo la Corte ha chiarito il rapporto tra i due titoli di legittimazione dedotti in giudizio: il fallimento ricorrente, infatti, ha proposto nei confronti degli amministratori, sia la generale azione aquiliana da fatto illecito (*ex art. 185 c.p. e art. 2043 c.c.*), sia le specifiche azioni di responsabilità (*ex art. 146 l.Fall., in relazione agli artt. 2393 e 2394 c.c.*).

Sul punto si rammenta che in giurisprudenza era controverso se vi fosse una piena "sovrapposibilità" tra esercizio dell'azione civile nel processo penale ed esercizio dell'azione di responsabilità *ex artt. 2393 e 2394 c.c.*

Ebbene, la Corte è giunta ad affermare che anche per la responsabilità da reato può aversi una responsabilità concorrente, sia contrattuale sia extracontrattuale, degli amministratori della società fallita, perché a entrambe può essere ricondotto anche il danno lamentato *ex art. 185 c.p. e art. 2043 c.c.* E a questa concorrenza di titoli di responsabilità corrisponde una legittimazione unitaria del curatore fallimentare, sia in sede penale, che in sede civile, per tutte le azioni esercitabili nei confronti degli amministratori.

In secondo luogo la pronuncia ha affrontato un ulteriore dubbio interpretativo imperniato sulla legittimazione del curatore fallimentare ad esperire le ripetute azioni di responsabilità *ex artt. 2393 e 2394 c.c.*, nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata.

Si consideri, infatti, che prima della riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6 del 2003 le azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. erano disciplinate dall'art. 2487 c.c., il quale rimandava espressamente alle norme sulle società per azioni, sicché non si dubitava che il curatore potesse agire nei confronti degli amministratori di s.r.l., ancorché il testo originario dell'art. 146 l.fall. richiamasse solo gli artt. 2393 e 2394 c.c..

Con la riforma societaria di cui al citato d.lgs. n.6 del 2003, il legislatore ha disciplinato autonomamente la responsabilità degli amministratori di s.r.l., eliminando ogni richiamo alla disciplina delle società per azioni.

Si è discusso, pertanto, se il curatore fallimentare conservasse la legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità anche nei confronti degli amministratori di s.r.l..

Sul punto la Corte ha chiaramente affermato che il curatore fallimentare deve ritenersi legittimato ad esercitare qualsiasi azione contro qualsiasi società, quindi anche nei confronti di amministratori di società a responsabilità limitata.

E tale interpretazione risulta, inoltre, confermata dallo stesso legislatore che nella nuova formulazione dell'art. 146 l.fall. (così come modificato dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n.5) ha previsto in capo al curatore, *sic et simpliciter*, la legittimazione a esercitare “ ... *le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori* ... “ della società fallita, senza dunque specificare in alcun modo la tipologia societaria.

§ = § = §