

Azioni di responsabilità

Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità. Spunti di riflessione

di Nicola de Luca (*)

Con una recente sentenza, le Sezioni Unite hanno affermato la legittimazione unitaria del curatore, in sede civile e penale, a fare valere le azioni di responsabilità degli amministratori anche per fatti di bancarotta preferenziale. Partendo da tale pronuncia, pur non del tutto convincente, l'A. esamina il fondamento civilistico dell'azione, giungendo alla conclusione che la stessa non si giustifica con la previsione ex artt. 2394 o 2476, comma 3, c.c., bensì quale azione collettiva, a legittimazione straordinaria, volta a canalizzare nell'attivo fallimentare il risarcimento che potrebbe spettare ai creditori individualmente lesi ex artt. 2395 o 2476, comma 6, c.c. Ed, infatti, i pagamenti preferenziali non recano pregiudizio all'integrità patrimoniale dell'impresa, bensì al pari concorso dei creditori sull'attivo. Presupposto di tale azione, e della legittimazione straordinaria del curatore (atta a prevalere su quella dei singoli creditori), è l'accertamento della responsabilità penale, sia esso a seguito del dibattimento o con procedimenti speciali, incluso il c.d. patteggiamento. In sede civile, per ottenere il risarcimento del danno, andrà dimostrato non solo il danno alla massa e il nesso rispetto a ciascun pagamento preferenziale effettuato nel periodo sospetto, ma anche che si tratti di pagamenti per i quali non sussistono esenzioni penali (ex art. 217 *bis* l.fall.) o esenzioni da revocatoria (ex art. 67, comma 3, l.fall.).

Pagamenti preferenziali, revocatoria fallimentare e azioni di responsabilità degli amministratori: premesse

In contrasto con la tendenza legislativa che sminuisce l'importanza del rispetto della *par condicio creditorum* a vantaggio della stabilità dei rapporti giuridici (1), in materia di revocatorie fallimentari, la tesi redistributiva (o antidendinaria) (2), sebbene ancora significativamente contrastata in dottrina (3), guadagna credito in giurisprudenza (4). Questa tesi, come noto, facilita l'esercizio dell'azione revocatoria

postulando l'irrilevanza della dimostrazione dell'*eventus damni*, inteso come lesione dell'integrità patrimoniale dell'impresa, al cospetto di operazioni poste in essere nel periodo sospetto e lesive della *par condicio creditorum*. L'esempio tipico è quello del pagamento preferenziale, il caso cioè dell'imprenditore che, in periodo crepuscolare, adempia all'obbligazione scaduta di un proprio creditore, ma non a quella di altro creditore in condizioni analoghe se non identiche, così condannandolo ad un concorso nel quale nulla, o poco, potrà ricavare. In tali circostanze,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Sono le parole con cui M. Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in questa *Rivista*, 2006, 611, *ivi* a 612, spiegava la nuova disciplina dell'azione revocatoria a seguito della riforma del 2006. Secondo S. la nuova disciplina va letta fondamentalmente con le esenzioni di cui all'art. 67, comma 3, l.fall., che ne chiariscono il senso e che risultano di tale portata sistematica da doversi applicare anche alla revocatoria ordinaria (*ivi* a 615 s.).

(2) E v. A. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, 151 ss.; *Id.*, *La funzione della revocatoria fallimentare*, in

Giur. comm., 1976, I, 362; nonché G. Rossi, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 511.

(3) E v. G. Ragusa Maggiore, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, 12 ss.; M. Libertini, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 84; *Id.*, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974 (rist. 1983), 82 ss.; G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, 52 ss.; F. Ferrara - A. Borgioli, *Il fallimento*⁵, Milano, 1995, 423.

(4) E v. Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028, nonché successivamente, Cass. 19 dicembre 2012, n. 23430.

provata anche in via di presunzione la conoscenza dello stato di insolvenza dell'*accipiens*, l'azione revocatoria intentata dal fallimento potrà risultare vittoriosa seppur in difetto della dimostrazione che il pagamento ha diminuito la consistenza patrimoniale dell'impresa: prova, viceversa, necessaria in una revocatoria ordinaria. Basterà infatti dimostrare che il pagamento ha comunque avuto l'effetto di ledere la *par condicio creditorum*, che - in definitiva - risulta essere il bene giuridico protetto dalla disciplina delle revocatorie, seppur con una significativa serie di esenzioni e correttivi.

Il pagamento preferenziale può peraltro avere rilevanza anche penale. Infatti, è punito con la reclusione da uno a cinque anni il 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 (art. 216, comma 3, l. fall.). Secondo la giurisprudenza, l'elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale (5). Ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo potrebbe dunque bastare il pagamento, senza che questo debba comportare un indebito depauperamento del patrimonio del debitore, purché idoneo a determinare l'alterazione dell'ordine, stabilito dalla legge, di soddisfazione dei creditori: parte della giurisprudenza, tuttavia, sottolinea l'esigenza che si realizzi un danno, inteso come effettiva alterazione della *par condicio creditorum* nella procedura concorsuale (6).

L'art. 240 l. fall. consente al curatore fallimentare di costituirsi parte civile nel procedimento penale "per i reati preveduti nel presente titolo", anche contro il fallito. Nel caso di esercizio dell'impresa in forma societaria, la fattispecie delittuosa di bancarotta riguarda l'operato degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori di società dichiarate fallite (art. 223 l. fall.). Pertanto, non è dubbio che il curatore possa esercitare nel processo penale un'azione di responsabilità degli

amministratori (o degli altri soggetti che possono assumere responsabilità) anche per fatti di bancarotta preferenziale, sebbene inidonei a recare un pregiudizio al patrimonio dell'impresa. Non altrettanto certa è, invece, la possibilità di esercitare detta azione in sede civile. Com'è noto, l'art. 146, comma 2, l. fall. attribuisce al curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali, i liquidatori, e i soci della società a responsabilità limitata nei casi di concorso con gli amministratori (art. 2476, comma 7, c.c.). Tuttavia, rispetto a questa regola, l'art. 2394 *bis* c.c. opera una delimitazione, precisando che, in caso di fallimento (o di altre procedure concorsuali), al curatore del fallimento (o al commissario liquidatore o al commissario straordinario) spettano l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori sociali (artt. 2393 e 2394 c.c.), ma non quella dei singoli soci o terzi (art. 2395 c.c.) (7): il che vale tanto verso gli amministratori, quanto verso i direttori generali, gli organi di controllo o i liquidatori.

Se è vero che i pagamenti preferenziali sono revocabili in quanto offensivi della *par condicio creditorum*, non perché lesivi dell'integrità patrimoniale dell'impresa, non è affatto scontato che gli stessi diano luogo ad un danno risarcibile a norma dell'art. 2394 c.c., potendosi in effetti ritenere che il danno ai (singoli) creditori sia risarcibile solo a norma dell'art. 2395 c.c., e cioè a loro iniziativa individuale. In questo senso potrebbe tra l'altro deporre l'art. 240, comma 2, l. fall., a mente del quale i creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta, anche preferenziale, quando manca la costituzione del curatore *oppure quando intendono far valere un titolo di azione propria personale*.

Il tema è stato recentemente oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite (8) che, nel riconoscere legittimazione al curatore anche in sede civile, sembra avere voluto affermare il principio di ordine processuale, senza però indagare approfonditamente i presupposti sostanziali dell'azione che il curatore è

(5) Cass. Pen. 28 febbraio 2014, n. 32725; Cass. Pen. 12 marzo 2014, n. 15712; Cass. Pen. 21 novembre 2013, n. 673; Cass. Pen. 4 dicembre 2013, n. 592; Cass. Pen. 26 settembre 2013, n. 48802; Cass. Pen. 19 maggio 2010, n. 24865; Cass. Pen. 26 giugno 2009, n. 31894.

(6) Cass. Pen. 15 gennaio 2018, n. 3797; Cass. Pen. 12 marzo 2014, n. 15712; Cass. Pen. 26 settembre 2013, n. 48802; Cass. Pen. 20 maggio 2009, n. 31168.

(7) Cass. 12 maggio 2017, n. 11798; Cass. 10 aprile 2014, n. 8458; Trib. Milano 19 dicembre 2015, in *Quotidiano giuridico*, 2016, *online*.

(8) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2017, n. 1641, in questa *Rivista*, 2017, 149, con nota di S. Fiore, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime*; in questa *Rivista*, 2017, 660, con nota di L. Balestra, *Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*; in *Società*, 2017, 595, con nota di G. Fauceglia, *Brevi note sul risarcimento dei danni per pagamenti preferenziali*. Questa pronuncia è già stata seguita dalle corti di merito, e v. Trib. Milano 2 agosto 2017, n. 8553, *inedita*, ma reperibile su *ilmerito.extra*.

legittimato a fare valere: resta incerto, infatti, se il diritto fatto valere sia quello alla reintegrazione del patrimonio diminuito dai pagamenti preferenziali o quello alla redistribuzione del patrimonio secondo il principio del pari concorso. Tema che, appunto, pone il dubbio se sia ammessa un'azione di responsabilità degli amministratori con finalità più propriamente redistributiva che non risarcitoria di un pregiudizio patrimoniale.

Bancarotta preferenziale e danno risarcibile: impostazione del problema

La soluzione di reputare legittimato il curatore di un fallimento a costituirsi parte civile in un processo per bancarotta preferenziale, ovvero a promuovere un'azione in sede civile per i medesimi fatti, può essere considerata in sé corretta sotto il profilo processuale. Ed infatti, tale soluzione risponde alla lettera e al sistema della legge fallimentare che, *da una parte*, attribuisce al curatore legittimazione all'esercizio dell'azione di risarcimento in sede penale, anche verso il fallito (art. 240 l.fall.) e, *dall'altra parte*, attribuisce al medesimo la legittimazione alle azioni di responsabilità verso gli amministratori in sede civile (art. 146 l.fall.) (9). Ciò tuttavia ancora non dimostra che al curatore competa anche sotto il profilo sostanziale l'esercizio di un corrispondente diritto al risarcimento del danno a vantaggio della massa, date le peculiari caratteristiche della fattispecie della bancarotta preferenziale, idonea a ledere gli interessi patrimoniali dei creditori concorrenti, senza comportare nel complesso diminuzione del patrimonio della società fallita. Sorprende perciò la sicurezza con cui la corte, in evidente contraddizione con la stessa ordinanza di rimessione, affermi che la bancarotta preferenziale "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". In tale affermazione, infatti, la corte sembra sostenere che l'effetto dei pagamenti preferenziali è un danno in termini di diminuzione del patrimonio sociale, non solo una lesione del principio di pari concorso dei creditori: proprio per questo può essere fatto valere con un'azione di responsabilità degli amministratori,

a norma dell'art. 2394 c.c. Tale impostazione appare discostarsi dalla tesi redistributiva, accolta per le revocatorie e utilizzata sia dall'ordinanza di rimessione sia anche dalla sentenza delle Sezioni Unite, e rende per ciò stesso opinabile che l'assunto contrario - e cioè che il danno da pagamenti preferenziali si riverberi sui singoli creditori, e non sul patrimonio - sia "palesamente erroneo" (10).

Come osservato, il pagamento preferenziale è condotta illecita e penalmente sanzionata quando dà corso alla bancarotta preferenziale. Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è indubbiamente la *par condicio creditorum*, non l'integrità del patrimonio sociale (11). Ma, nell'impianto della legge fallimentare, la tutela della *par condicio creditorum* è assicurata - principalmente se non esclusivamente - dalle revocatorie fallimentari, volte ad elidere il danno ai *creditori concorrenti* - cioè a quelli che si sottopongono al concorso - mediante ricostruzione dell'attivo. Ove si tratti di revocatorie di pagamenti, l'accoglimento dell'azione revocatoria impone al percettore la restituzione del pagamento, pur consentendogli di insinuarsi al passivo per essere soddisfatto in moneta concorsuale. Dunque, ove mai i fatti di bancarotta preferenziale cadano nel periodo sospetto e il curatore eserciti vittoriosamente le azioni revocatorie fallimentari, il danno alla *par condicio* è destinato a risultare mancante. In queste circostanze, gli amministratori, pur macchiatisi della condotta delittuosa, non potrebbero essere condannati al risarcimento, né in sede penale né in sede civile. Ed infatti non tutte le condotte illecite e penalmente perseguibili sono anche fonte di danno risarcibile, come invero si ricava dalla stessa formulazione dell'art. 185 c.p., il quale obbliga al risarcimento il colpevole del reato o i responsabili civili, *se e nella misura in cui* il reato abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale a chi lo reclama.

Tanto osservato, non è tuttavia scontato che il pagamento preferenziale sia revocabile, o che la revocatoria eventualmente esercitata possa ricostituire il patrimonio da ripartire secondo l'ordine di legge nella misura anteriore ai pagamenti preferenziali, dato il rischio che il destinatario del pagamento possa risultare non solvibile (12). In questi casi vi è

(9) Sotto questo profilo, sono infatti favorevoli le note di commento: e v. S. Fiore, *Risarcimento del danno*, cit., 154, 160 s.; L. Balestra, *Azioni di responsabilità*, cit., 671; G. Fauceglia, *Brevi note*, cit., 601.

(10) E v. S. Fiore, *Risarcimento del danno*, cit., 160, osservando che, per potersi dire integrato il reato di bancarotta preferenziale, è necessario che il pagamento abbia determinato un'alterazione funzionale della instaurata procedura, quantomeno divaricando il

suo esito possibile da quello atteso e risultando magari i rimedi interni alla procedura stessa non attivabili o, almeno *de iure condito*, inadeguati, sembra difficile negare che da ciò derivi (o possa derivare) un danno che coinvolge la massa dei creditori.

(11) Sul punto v. ampiamente S. Fiore, *Risarcimento del danno*, cit., 157 ss.

(12) Nello stesso senso S. Fiore, *Risarcimento del danno*, cit., 158; L. Balestra, *Azioni di responsabilità*, cit., 670.

dunque sicuramente spazio per immaginare l'esercizio di una azione di responsabilità degli amministratori.

Come ricordato, sebbene l'art. 146, comma 2, l.fall., attribuisca al curatore le azioni di responsabilità, tra altri, contro gli amministratori, tuttavia l'art. 2394 *bis* c.c. opera una delimitazione escludendo che allo stesso spetti anche quella dei singoli soci o terzi (art. 2395 c.c.) (13). Similmente, l'art. 2497, comma 4, c.c. si cura di precisare che, nel caso di fallimento (o di altre procedure concorsuali) di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore (o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario), mentre non menziona quella dei soci per il danno al valore e alla redditività della partecipazione, la cui titolarità resta dunque in capo a questi ultimi (14).

Si deve però aggiungere che, a norma dell'art. 240 l.fall. il curatore (il commissario giudiziale o il commissario liquidatore e il commissario speciale di cui all'art. 37 del decreto di recepimento della Dir. 2014/59/UE) "possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati preveduti nel presente titolo, anche contro il fallito" e i suoi amministratori. Poiché la costituzione di parte civile ha l'obiettivo di fare conseguire alla procedura un risarcimento del danno, occorre comprendere se tale azione sia ammissibile nei limiti in cui lo sarebbe ove esercitata in sede civile, oppure se possa fondarsi su presupposti anche diversi ed ulteriori. E, ove mai accolta questa seconda prospettiva, occorre comprendere se le azioni che possono essere esercitate in sede penale possono essere anche esercitate in sede civile con i medesimi presupposti, in ipotesi diversi ed ulteriori rispetto a quelli dettati dal codice civile.

Quanto osservato mostra che non basta riconoscere al curatore legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità disciplinate dal codice civile per affermare che lo stesso abbia anche la titolarità del diritto al risarcimento del danno per pagamenti preferenziali. Per giungere a tale conclusione occorre infatti ancora dimostrare: o *a*) che tra le azioni di responsabilità disciplinate dal codice civile che il curatore può esercitare ve ne è una idonea a ristorare in capo alla massa il danno da pagamenti preferenziali; oppure *b*) che una tale azione è fondata direttamente dalla legge fallimentare, in relazione all'art. 185 c.p., in aggiunta

a quelle del codice civile, e allora occorrerà descriverne i contorni e gli eventuali limiti.

L'oggetto dell'azione di responsabilità: a) il danno all'integrità patrimoniale della società

Cominciamo col verificare se tra le azioni di responsabilità disciplinate dal codice civile, attribuite al curatore a norma degli artt. 146 l.fall. e 2394 *bis* c.c., rientri anche quella tesa a far valere nei confronti degli amministratori non già una effettiva diminuzione del patrimonio, bensì una canalizzazione dello stesso a scapito di una parte dei creditori, rimasti insoddisfatti in misura superiore a quanto lo sarebbero stati in una procedura concorsuale aperta in assenza di pagamenti preferenziali.

In questo senso, è necessario chiedersi se l'azione di responsabilità per pagamenti preferenziali possa farsi rientrare in quella dei creditori di cui all'art. 2394 c.c.: solo in questo caso, infatti, sarebbe esclusivamente legittimato il curatore, e non i singoli creditori.

Per affrontare il punto, è dirimente il caso di una società per azioni o a responsabilità limitata che, sebbene in stato di conclamata insolvenza, non possa essere dichiarata fallita, a ragione dei limiti dimensionali (art. 1 l.fall.). Sebbene gli amministratori di questa società possano essersi macchiati di condotte che, in caso di fallimento, si qualificerebbero come di bancarotta preferenziale, tuttavia non sono penalmente perseguibili, né rileverà nei loro confronti o della società l'esclusione dall'esdebitazione, prevista solo per le persone fisiche (art. 14 *terdecies*, L. 27 gennaio 2012, n. 3). Ciò non esclude che la relativa condotta possa essere censurata in quanto fonte di responsabilità civile, soprattutto considerando che i pagamenti preferenziali non potranno essere recuperati con azioni revocatorie fallimentari. È proprio in queste circostanze che i creditori insoddisfatti potrebbero valutare l'esercizio di una azione di responsabilità. Ma con quale strumento giuridico?

È indubbio che il danno da essi subito è diretto, in quanto è il loro patrimonio personale a subire diminuzione per la svalutazione del credito fino anche a zero. È altrettanto privo di dubbio, tuttavia, che il danno è stato determinato, in tutto o in parte, dalla scelta degli amministratori, in una situazione di insolvenza, di canalizzare il patrimonio sociale "disponibile" a soddisfazione di alcuni debiti e non di altri: il

(13) E v. i richiami a nt. 7.

(14) E v. in questo senso, per tutti, A. Valzer, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 212,

nonché Id., *sub art. 2497*, in P. Abbadessa - G.B. Portale (a cura di), *Le società per azioni*, II, Milano, 2016, 3029 s.

maggior danno è, dunque, il riflesso della diminuzione del patrimonio sociale “disponibile” ed è peraltro “comune” a tutti i creditori rimasti insoddisfatti. In una situazione del genere, si può sostenere che ove gli amministratori fossero condannati a reintegrare il patrimonio sociale nella misura che esso aveva al momento dei pagamenti preferenziali, tutti i creditori che hanno subito i danni di tale condotta sarebbero per ciò stesso ristorati.

Il fatto che la reintegrazione del patrimonio sociale consenta di soddisfare al contempo gli interessi di tutti i creditori insoddisfatti non legittima tuttavia un’azione ex art. 2394 c.c. Sebbene infatti possa prediligersi la tesi dell’autonomia di tale azione, resta fermo che la stessa non può essere esperita se non per il risarcimento di un danno che la stessa società potrebbe esigere a norma degli artt. 2392 e 2393 c.c. (15). In questo caso, invece, è pacifico che l’azione sociale di responsabilità non potrebbe essere fruttuosamente esercitata, perché manca il danno al patrimonio sociale.

Non resta quindi che immaginare l’esercizio dell’azione ex art. 2395 c.c.

Dottrina (16) e giurisprudenza (17) concordano che tale azione va esclusa tutte le volte che il danno lamentato sia riflesso del danno al patrimonio sociale. Vi sono limitate eccezioni nelle quali è permessa l’azione diretta in relazione a danni riflessi: a) è il caso dell’azione dei soci esterni di una società soggetta ad altrui direzione e coordinamento (art. 2497, comma 3, c.c.) (18); b) quello dei soci lesi da una deliberazione assembleare che non possano impugnare con effetti demolitori (art. 2377, comma 4, c.c.) (19); c) ed è, sostanzialmente, anche quello dei quotisti di un fondo comune di investimento, oggetto di *mala gestio* della Sgr (20). Caratteristica comune di tali azioni è che la pretesa dei singoli azionisti o quotisti non può essere assecondata se il danno al valore della partecipazione o

della quota del fondo sia stato eliminato per effetto di una reintegrazione del patrimonio di cui quelle sono rappresentative, ovvero se la delibera lesiva sia stata annullata.

Come osservato dall’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, il documento subito dai creditori è “mediato ed indiretto”, ed allo stesso potrebbe porre “rimedio l’iniziativa recuperatoria del curatore, unico soggetto deputato alla tutela della *par condicio creditorum*, sicché le azioni volte al perseguimento di tale fine sarebbero per definizione azioni di massa”. La stessa ordinanza aggiunge poi, questa volta con affermazione più discutibile, che si tratta di azione “che i singoli creditori non potrebbero azionare direttamente”.

Orbene, appare evidente che la situazione dei creditori pregiudicati da pagamenti preferenziali è analoga a quella dei singoli azionisti o quotisti lesi nei casi di abusiva direzione e coordinamento, di deliberazioni invalide o di *mala gestio* del fondo. In astratto, infatti, il danno dagli stessi subito può essere eliminato attraverso la reintegrazione del patrimonio fuoriuscito dalla società. Tuttavia, nel caso di società non fallibili, non possono essere esperite azioni volte alla ricostituzione del patrimonio nella consistenza che esso aveva prima dei pagamenti preferenziali. Ne consegue, perciò, che i creditori pregiudicati non possono tutelare la lesione del proprio patrimonio altro che con iniziative individuali a norma dell’art. 2395 c.c.

Fatte queste considerazioni, è evidente che la natura dell’azione di responsabilità non può mutare per il solo fatto che la società debitrice risulti fallibile: la stessa perciò deve continuare a qualificarsi come azione dei singoli creditori lesi, a norma dell’art. 2395 c.c., e come tale non spetta al curatore in forza dell’art. 2394 bis c.c. Ciò che può cambiare è solo la circostanza che il danno potrebbe risultare mancante per effetto di azioni a tutela della massa, quali le revocatorie,

(15) Il punto è particolarmente enfatizzato da A. Luciano, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 76 ss. Per ulteriori indicazioni, tutte nel senso espresso nel testo, v. G.M. Buta, *sub art. 2394*, in P. Abbadessa - G.B. Portale (a cura di), *Le società per azioni*, I, Milano, 2016, 1439 s.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*⁹, a cura di M. Campobasso, Torino, 2015, 389 s.; nonché A. Stagno d’Alcontres - N. de Luca, *Le società*, II, *Le società di capitali*, Torino, 2017, 664 s.

(16) Sul punto, v. per tutti V. Pinto, *La responsabilità degli amministratori per “danno diretto” agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, II, Torino, 2006, 891 ss.; Id., *La tutela risarcitoria tra danno diretto e danno riflesso*, Pisa, 2012, 32 ss., ove è formulata la tesi secondo cui le ipotesi di risarcimento di cui all’art. 2395 c.c. postulano l’insussistenza di una azione in grado di canalizzare il risarcimento sul patrimonio sociale, onde sia così eliminato il danno al valore e alla redditività della partecipazione del socio.

(17) Tra le moltissime, Cass. 25 ottobre 2016, n. 21517; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22573; Cass. 10 aprile 2014, n. 8458; Cass. 22 marzo 2012, n. 4548; Cass. 23 giugno 2010, n. 15220; Cass. 22 marzo 2011, n. 6558; Cass. 22 marzo 2010, n. 6870. Da ultimo, nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma 5 giugno 2017, in *Foro it.*, 2018, I, 359; Trib. Milano 19 dicembre 2015, in *Giur. it.*, 2016, 629.

(18) E v. i richiami a nt. 14.

(19) Tema su cui v. E. La Marca, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012; Id., *Deliberazione assembleare non impugnata e risarcimento del danno alla partecipazione sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, 647.

(20) E v., soprattutto, l’analisi di P. Spolaore, *Gestione collettiva del risparmio e responsabilità*, in *Riv. Società*, 2015, 1138, nonché R. Costi - L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2004, 435.

idonee a privare l'azione di responsabilità del suo presupposto.

(Segue) b) il danno al patrimonio dei creditori concorrenti e alla *par condicio creditorum*

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo che precede escludono che il riconoscimento di una legittimazione processuale al curatore per l'esercizio di una azione di responsabilità in sede civile o penale per fatti di bancarotta preferenziale possa giustificarsi, sotto il profilo della titolarità del diritto fatto valere, con le azioni di responsabilità che il codice civile disciplina e che lo stesso codice - in consonanza con la legge fallimentare - riserva all'esercizio esclusivo del curatore in sede fallimentare. Si deve quindi valutare la fondatezza dell'ipotesi, sopra prospettata, che l'azione di responsabilità del curatore, esercitata mediante costituzione di parte civile in un processo per bancarotta preferenziale, sia fondata esclusivamente dalle norme penali contenute nella legge fallimentare e nell'art. 185 c.p., senza preesistere alla dichiarazione di fallimento in capo ai creditori come collettività, esattamente al pari delle azioni revocatorie fallimentari.

Al riguardo va ripresa la regola di cui all'art. 240, comma 2, l.fall., a mente della quale i creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta, quando manca la costituzione del curatore *oppure* quando intendono far valere un titolo di azione propria personale. Questa regola, applicabile a tutti i reati di bancarotta fraudolenta, non solo a quella preferenziale, consente di chiarire sia i connotati dell'azione del curatore, sia di quella dei creditori, tanto nel processo penale quanto in quello civile.

Che sia esercitata in sede civile o penale, l'azione dei creditori è necessariamente individuale: è pacifico, infatti, che anche in caso di inerzia del curatore i creditori non possono esercitare in sede penale (o in sede civile) un'azione dal contenuto analogo a quella *ex art. 2394 c.c.*, che - a norma dell'art. 2394 *bis c.c.* - spetta esclusivamente al curatore. Conseguentemente, l'azione dei creditori non può essere diretta altro che al ristoro del danno alle proprie ragioni di credito, e cioè ad ottenere dagli amministratori la differenza tra la somma che sarà verosimilmente percepita nel fallimento e quella che sarebbe stata ripartita a ciascun creditore in mancanza dei pagamenti preferenziali. Al di là di ogni altro profilo, l'accoglimento di tale azione dovrà necessariamente dipendere: a) dall'esito delle eventuali azioni

revocatorie fallimentari, idonee a ricostituire l'attivo; b) dalla eventuale decisione del curatore di esercitare azione di responsabilità degli amministratori in relazione ai medesimi fatti di bancarotta preferenziale, in sede penale o, seguendo le Sezioni Unite, anche civile.

Orbene, il fatto che l'accoglimento delle azioni dei singoli creditori sia condizionato dall'esercizio delle azioni a tutela della massa che spettano al curatore chiarisce anche i profili dell'azione di responsabilità esercitata del curatore. Questa azione, infatti, si presenta come unitariamente volta a recuperare nell'interesse di tutti i creditori concorrenti, e cioè a vantaggio della massa, le somme rese indisponibili all'attivo fallimentare per effetto dei pagamenti preferenziali, imputabili alla responsabilità degli amministratori. In altri termini, l'azione della curatela, fondata esclusivamente dalla legge fallimentare e dall'art. 185 c.p., e non preesistente al fallimento se non come somma di una serie di azioni individuali dei creditori, assume i connotati dell'azione della massa, equivalente dunque ad un'azione collettiva dei singoli creditori ma con la caratteristica che, dirigendo il ricavato del risarcimento all'attivo fallimentare (cioè, canalizzandolo), impedisce ai singoli creditori, pur legittimati in via concorrente in sede civile e penale, di soddisfarsi in via extraconcorsuale.

Da tale inquadramento discende che, in caso di esercizio dell'azione da parte del curatore, le eventuali azioni individuali esercitate dai singoli creditori - da ritenersi comunque ammissibili non solo in punto di legittimazione processuale, ma soprattutto in punto di titolarità del diritto fatto valere - ove mai proposte in separato processo, devono essere sospese *ex art. 295 c.p.c.* o *ex art. 75 c.p.p.* e, in caso di accoglimento dell'azione del curatore, essere rigettate per il sopravvenuto difetto di interesse.

Rapporto di pregiudizialità tra azione penale e responsabilità fatta valere dal curatore

Chiarito il rapporto tra esercizio dell'azione del curatore e azioni dei singoli creditori, occorre soffermarsi sulla relazione tra la responsabilità penale e quella civile.

Al riguardo, trattandosi del rapporto tra giudizio penale e quello civile di danno, rilevano gli artt. 75, 538, 651 e 652 c.p.p., oltre, ovviamente, all'art. 185, comma 2, c.p., a mente del quale ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le

persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

Conviene partire dall'ipotesi in cui l'azione civile sia esercitata in sede penale. In questo caso, il giudice penale ha competenza a pronunciarsi anche sul risarcimento del danno solo qualora emetta sentenza di condanna (art. 538 c.p.p.), non potendo viceversa pronunciarsi sui danni civili, pur accertati, in caso di proscioglimento per qualunque ragione (21), incluso il vizio totale di mente (22). Lo stesso vale per il caso di patteggiamento, perché il procedimento speciale previsto dagli artt. 444 ss. c.p.p. preclude al giudice la cognizione sull'azione civile e lo esonera da un accertamento pieno della colpevolezza (art. 444, comma 2, c.p.p.).

Diverse regole presiedono tuttavia al rapporto tra azione penale e azione di danni esercitata in sede civile.

Il codice di procedura penale del 1988 consente l'esercizio dell'azione di danni in sede civile senza necessità, di norma, di sospensione del giudizio civile e senza che l'accertamento di responsabilità civile possa risultare pregiudicato dalla sentenza penale assolutoria (23). Più esattamente, le sentenze di assoluzione - e similmente quelle di condanna (art. 651 c.p.p.) - hanno influenza sull'accertamento della responsabilità civile per danni, purché si tratti di sentenza che decida nel merito (art. 530 c.p.p.), accertando che il reato non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, ovvero adempisse doveri o esercitasse diritti (art. 652 c.p.p.). Tale accertamento, tuttavia, spiega effetti pregiudicanti sull'azione di danni esercitata in sede civile solo qualora quest'ultima sia avviata dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la pronuncia penale di primo grado (art. 75, comma 3, c.p.p.).

Ne consegue che, mentre l'accertamento dell'insussistenza della responsabilità in sede penale preclude l'accertamento nella medesima sede della responsabilità civile, il mancato esercizio dell'azione penale o il proscioglimento non escludono, di per sé, il risarcimento in sede civile del danno conseguente ai fatti materiali che potevano configurare reato: nel caso di specie, i pagamenti preferenziali. Tale ultima considerazione è confermata dal rilievo che i singoli creditori possono fare valere la responsabilità civile

anche quando la società non è fallibile e, dunque, non può integrarsi il reato di bancarotta preferenziale. Il medesimo rilievo complica tuttavia la questione.

Infatti, se è vero che la legittimazione del curatore a promuovere l'azione di responsabilità dipende dalla rilevanza penale dei pagamenti preferenziali, e cioè dalla perseguibilità degli stessi con l'ipotesi delittuosa della bancarotta preferenziale, appare evidente che tale azione di responsabilità non può essere esaminata o accolta anche quando, rispettivamente, l'azione penale non sia mai stata esercitata ovvero, sebbene esercitata, non vi sia stato accertamento di responsabilità.

Più precisamente, il mancato esercizio dell'azione penale esclude a monte la legittimazione straordinaria del curatore a fare valere in nome proprio, nell'interesse della massa, i diritti dei singoli creditori lesi. L'azione eventualmente esercitata sarà perciò inammissibile, risultando legittimati in via esclusiva i creditori individualmente.

Nel caso di esercizio dell'azione penale, viceversa, la legittimazione del curatore - come rimarcato dalle Sezioni Unite - sussiste, ma, per la peculiarità della fattispecie, la domanda non può essere esaminata se non all'esito del giudizio penale. Orbene, mentre la sospensione necessaria dell'azione civile è prevista, a norma dell'art. 75, comma 3, c.p.p., solo qualora quest'ultima sia avviata dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la pronuncia penale di primo grado, nel caso di specie essa va comunque disposta ex art. 295 c.p.c. anche quando l'azione civile sia stata esercitata in pendenza del giudizio penale di primo grado e in mancanza di previa costituzione di parte civile. Ed infatti, a tale conclusione necessariamente conduce il rilievo che, in caso di mancato accertamento della responsabilità penale (sia pure mediante patteggiamento o riti non dibattimentali) l'azione civile di danni esercitata dal curatore non può essere proseguita. Ed infatti, in assenza del reato, il danno non può essere reclamato dalla massa, e dunque dal curatore, ma solo dai creditori individualmente: perciò, mentre l'azione del curatore va dichiarata inammissibile o, quanto meno, improcedibile - al pari di una azione revocatoria ordinaria o fallimentare in caso di chiusura o

(21) Sul punto v. F. Cordero, *Procedura penale*³, Milano, 1995, 856 s., il quale precisa che tale regola vale solo per il primo grado di giudizio, potendosi avere una condanna civile del giudice penale nei casi di proscioglimento per amnistia o prescrizione, qualora la sentenza impugnata contenga una condanna al risarcimento dei danni.

(22) E v. Cass. Pen. 8 ottobre 2013, n. 45228. Sul punto peraltro si è pronunciata la Corte costituzionale (Corte cost. 29 gennaio 2016, n. 12) per escludere che sussista una questione di costituzionalità di tale regola in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

(23) E v. per tutti F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1070; G. Spangher-G.P. Voena-V. Zappalà, *Soggetti*, in G. Conso-V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*², Padova, 1991, 60.

revoca del fallimento - quelle dei singoli creditori, se proposte contemporaneamente, potranno essere esaminate ed eventualmente accolte, nei limiti del danno da ciascuno sofferto e reclamato.

L'azione di responsabilità esercitata dal curatore in sede civile: presupposti per il suo esercizio e oneri di prova

Risolto il complesso nodo del rapporto tra azione penale, azione del curatore e azioni dei singoli creditori, si può così finalmente giungere alla descrizione dei contenuti dell'azione che il curatore può esercitare anche in sede civile e che deve corrispondere, sotto il profilo degli elementi costitutivi della responsabilità, a quella che potrebbe essere esercitata dai singoli creditori. Il curatore che intenti un'azione di responsabilità per pagamenti preferenziali, al pari dei singoli creditori, dovrà dimostrare la colpevolezza degli amministratori - prova evidentemente facilitata dalla sentenza penale di condanna o quanto meno dal patteggiamento -, l'entità del danno ai singoli creditori e il nesso di causalità: questi ultimi due elementi non fanno parte della fattispecie delittuosa, ove al più si richiede la dimostrazione della effettiva lesione della *par condicio creditorum*, sicché andranno specificamente provati in sede di azione di responsabilità. Ai fini della dimostrazione di tali elementi, certamente non basterà individuare i pagamenti intervenuti a seguito del momento in cui la società doveva reputarsi insolvente ed imputarli come tali alla responsabilità degli amministratori. Al proposito è utile ricordare che l'ordinamento tedesco prevede una speciale forma di responsabilità personale degli amministratori per il caso di pagamenti effettuati oltre il momento in cui la società doveva essere sottoposta ad una procedura di insolvenza. Secondo l'ordinamento tedesco, infatti, una società deve essere sottoposta al concorso quando è insolvente (*Zahlungsunfähigkeit*, par. 17 InsO) o sovraindebitata (*Überschuldung*, par. 19 InsO) e tale obbligo va adempiuto dagli amministratori, mediante deposito di un ricorso per la dichiarazione di fallimento (*Antragspflicht*, par. 15a InsO), entro tre settimane da quando l'insolvenza o il sovraindebitamento si sono manifestati. Dal momento della rilevazione dell'insolvenza o del sovraindebitamento decorre il divieto di pagamenti (*Zahlungsverbot*), salvo che gli stessi non siano effettuati con la diligenza dell'uomo d'affari capace (par. 64 GmbHG; par. 92 AktG). I pagamenti

effettuati senza tale diligenza vanno "restituiti" dall'amministratore alla procedura successivamente avviata, eventualmente con obbligazione solidale del percettore, indipendentemente dalla loro qualificazione come preferenziali ed indipendentemente dall'accertamento di alcun danno al patrimonio della società o alla massa.

La funzione della norma tedesca perciò è quella di garantire l'indisponibilità del patrimonio della società insolvente dal momento in cui l'insolvenza si manifesta, prima della dichiarazione di fallimento. La stessa pone dunque un precetto analogo, quanto alla funzione, a quello previsto dall'art. 44 l.fall., che tuttavia si applica ai soli pagamenti successivi alla dichiarazione di fallimento. La regola tedesca, dunque, pur attribuendo rilevanza alla diligenza degli amministratori nell'effettuare il pagamento, prescinde del tutto dall'accertamento del danno e del nesso, sia esso inteso come diminuzione del patrimonio o offesa al pari trattamento dei creditori. È perciò evidente che alla stessa non può farsi riferimento per individuare i connotati dell'azione di responsabilità per pagamenti preferenziali esercitabile in Italia. *Da una parte*, infatti, non è scontato che un pagamento intervenuto pur in stato di insolvenza determini automaticamente un danno al patrimonio o alla massa: si può ben immaginare infatti che il pagamento, pur non avendo avuto l'effetto di concorrere al recupero della redditività dell'impresa, abbia però consentito all'impresa di ottenere un servizio che valorizza il patrimonio, o un cespite importante, risolvendosi in un vantaggio per la massa anziché in un nocumento. *Dall'altra parte*, resta da dimostrare che i pagamenti censurati siano stati fatti allo scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi e cioè abbiano quei connotati di rimproverabilità che integrano l'elemento soggettivo del reato e che devono egualmente sussistere per integrare il requisito soggettivo dell'illecito.

In effetti, come già rilevato in giurisprudenza, il reato non si integra quando il pagamento riguarda crediti privilegiati, e non rimangono insoddisfatti altri crediti con privilegio di grado prevalente o eguale (24). Né, sempre secondo la giurisprudenza, sussiste il reato là dove il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile (25), ovvero persegua la strategia di alleggerire la pressione dei creditori, in vista di un

(24) Cass. Pen. 12 marzo 2014, n. 15712.

(25) Cass. Pen. 5 marzo 2014, n. 16983; Cass. Pen. 26 settembre 2013, n. 48802; Cass. Pen. 26 giugno 2009, n. 31894.

ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale (26). L'orientamento della giurisprudenza è stato peraltro recepito dal legislatore nel 2010 che, introducendo l'art. 217 bis l.fall., ha stabilito specifici casi di esenzione dai reati di bancarotta in relazione ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti, o del piano di risanamento, ovvero di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 12, L. 27 gennaio 2012, n. 3), nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182 *quinquies* l.fall.

Deve dunque ritenersi che, nei casi in cui il reato non si integra per la sussistenza di una esenzione, o comunque per l'assenza dell'elemento soggettivo, data la finalità perseguita in concreto dall'imprenditore o dagli amministratori, va egualmente esclusa la responsabilità civile per difetto del requisito soggettivo.

Si deve aggiungere che i visti casi di esenzione dal reato costituiscono altresì casi di esenzione da revocatoria (art. 67, comma 3, lett. d-e), l.fall.). Ne consegue che, se è vero che i pagamenti preferenziali sono fonte di responsabilità per gli amministratori in quanto offensivi della *par condicio creditorum*, i medesimi non potranno essere chiamati a rispondere per pagamenti che, pur lesivi della *par condicio*, non si connotano tuttavia per rimproverabilità, in quanto parimenti beneficiano di una esenzione da revocatoria: così, per i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso (art. 67, comma 3, lett. a), l.fall.); per i corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori del fallito (art. 67, comma 3, lett. f), l.fall.); per i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. g), l.fall.). E se è vero che i casi di esenzione da revocatoria fallimentare valgono anche per la revocatoria ordinaria (27), dovrà allora concludersi per l'insussistenza della responsabilità degli amministratori anche per i pagamenti anteriori al semestre o all'anno che rivestono medesima finalità o connotati.

Chiarite le ipotesi in cui l'azione di responsabilità non potrà essere accolta in quanto la condotta

dell'amministratore, pur concretatasi in pagamenti preferenziali, non assume rilievo delittuoso né, comunque, connotato illecito, è da chiedersi se possa essere reclamato dall'amministratore a titolo di danno un pagamento effettuato nel periodo sospetto per il quale il curatore abbia trascurato di esercitare l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, e sia dimostrato che questa poteva avere possibilità concrete di successo. Ancora a monte è da chiedersi se sia possibile invocare la responsabilità degli amministratori per pagamenti pur lesivi della *par condicio*, ma intervenuti in un momento e in condizioni tali da non consentire la revocatoria.

Alla prima questione sembra doversi dare soluzione affermativa. È noto che il debitore di una prestazione, anche se dovuta a responsabilità aquiliana, non è tenuto a risarcire il danno che il creditore avrebbe potuto evitare attraverso l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.). Non par dubbio che nelle fattispecie di pagamento preferenziale è il terzo percettore del pagamento colui che trae vantaggio dalla condotta, pur illecita e censurabile, dell'amministratore. Sarebbe iniquo che il curatore trascurasse l'esercizio dell'azione verso chi si avvantaggia a scapito della massa, per poi reclamare le somme da chi, pur avendo concorso all'illecito, tuttavia non ne ha tratto beneficio. Con la conseguenza, che deve reputarsi consentito all'amministratore evocato in responsabilità di invocare a proprio vantaggio il concorso del creditore nella causazione di un danno evitabile con l'ordinaria diligenza. In questi casi, peraltro, del danno dovrà reputarsi responsabile il curatore medesimo (*ex art. 38 l.fall.*).

Alla seconda questione sembra invece doversi dare soluzione negativa. Ed invero, a differenza dell'ordinamento tedesco in cui la "responsabilità" dell'amministratore è oggettivamente collegata alla violazione di effettuare pagamenti, anche se non preferenziali, e si attegga ad obbligazione di "restituzione" del pagamento, eventualmente in solido con il percettore, l'azione che si delinea nella disciplina italiana sembra propriamente da inquadrarsi nella responsabilità civile aquiliana. Pertanto, il fatto che il pagamento non sia revocabile *ex art. 67 l.fall.*, perché anteriore al periodo sospetto, non può escludere né la responsabilità dell'amministratore, né quella eventualmente concorrente del percettore. Ne consegue che anche nei casi in cui l'azione

(26) In particolare quando gli atti contestati siano rilevanti ai fini della esclusione della revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, l.fall.: e v. Cass. Pen. 26 settembre 2013, n. 48802; Cass. Pen. 20 maggio 2009, n. 31168.

(27) E v. M. Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, cit., 615 s.

revocatoria non possa essere esercitata *ratione temporis*, l'azione di responsabilità deve reputarsi proponibile tanto nei confronti dell'amministratore, quanto anche verso il terzo che abbia concorso nell'illecito (28). Con la ulteriore conseguenza che, ove sia condannato il solo amministratore, questo potrà successivamente agire in regresso dal percettore del pagamento, dimostrando che lo stesso ha concorso nell'illecito e che è costui che, in definitiva, ritrae il vantaggio del pagamento preferenziale (ex art. 2055 c.c.).

Quanto al nesso di causalità e all'entità del danno, va notato che, ancora a differenza dell'ordinamento tedesco ove l'oggetto dell'azione è la "restituzione" del pagamento illegittimo, nel nostro ordinamento l'azione di responsabilità non può reclamare somme eccedenti il danno sofferto dalla massa, e cioè - come già visto - la somma di quello dei singoli creditori per la quota di credito insoddisfatta per effetto dei pagamenti preferenziali. Di tale onere dimostrativo deve reputarsi gravato il curatore. Con un'estrema semplificazione, può affermarsi che il danno si determina: a) partendo dalla massa attiva disponibile, b) a cui vanno sommati tutti i pagamenti preferenziali effettuati dagli amministratori, c) correlativamente aumentando il passivo del valore nominale dei crediti vantati dai creditori che non hanno partecipato al concorso in quanto destinatari di pagamenti preferenziali, d) onde potersi calcolare la maggiore percentuale di soddisfazione che ciascun creditore avrebbe potuto ottenere: operata questa ricostruzione e) si determina la cifra del danno nella differenza tra la percentuale di soddisfazione del passivo in mancanza dei pagamenti preferenziali e quella che si prospetta in ragione dei pagamenti preferenziali. Tale danno tuttavia non può essere addebitato automaticamente in capo agli amministratori senza la necessaria prova del nesso di causalità.

Ed infatti il minor attivo disponibile all'apertura del concorso per i pagamenti in moneta concorsuale non necessariamente è conseguenza diretta ed immediata dei pagamenti preferenziali. Come accennato, infatti, *da una parte*, il pagamento preferenziale potrebbe in sé risultare strumentale a consentire ricavi o incrementi patrimoniali a beneficio della massa; *dall'altra parte*, potrebbe concorrere alla diminuzione patrimoniale insieme a cause da esso del

tutto indipendenti e non imputabili a responsabilità degli amministratori. Pertanto, del danno complessivamente sofferto dai creditori, in termini di minor attivo disponibile tra il momento dei pagamenti preferenziali e quello di apertura del concorso, gli amministratori potranno essere chiamati a rispondere solo al netto dei benefici comunque arrecati dai pagamenti preferenziali e degli altri fattori causali che possano avere diminuito la consistenza del patrimonio disponibile all'apertura del concorso.

Prima di concludere, possono essere utili, a beneficio di chiarezza, due esempi: uno nel quale i pagamenti preferenziali non sono fonte di danno risarcibile, ed uno in cui invece lo sono.

Si supponga che un imprenditore nell'ambito dell'edilizia abbia in costruzione due palazzine, una in stato di avanzata realizzazione, l'altra a metà dell'opera, già vendute come cosa futura. Tale imprenditore, al fine di poter consegnare l'immobile quasi finito all'acquirente e riceverne il prezzo, paga tutti i fornitori ad esso relativi e questi, quindi, completano l'opera. Non paga invece gli altri che dunque smettono di proseguire nell'opera. La seconda palazzina in costruzione deve essere demolita per evitare rischi di crollo. È evidente che i pagamenti preferenziali hanno consentito la realizzazione di un maggiore attivo, a disposizione dei creditori astrattamente pregiudicati dai pagamenti preferenziali, mentre la demolizione della seconda palazzina, indipendente dal pagamento preferenziale, li ha invece pregiudicati riducendo l'attivo. Si nota peraltro come, in assenza dei pagamenti preferenziali, il danno ai creditori sarebbe stato maggiore, in quanto, da una parte, l'imprenditore non avrebbe potuto incassare il prezzo dell'immobile portato a compimento e, d'altra parte, non avrebbe comunque potuto evitare la demolizione. Si dimostra così che causa del danno dei creditori rimasti insoddisfatti non sono stati, in sé, i pagamenti preferenziali, e pertanto, difettando il nesso di causalità, gli amministratori non possono essere tenuti al risarcimento.

Si immagini ora il medesimo caso in relazione a due palazzine già completate, ma per le quali il prezzo sia incassato solo parzialmente; qui la scelta di quali fornitori pagare dipende esclusivamente dall'interesse del costruttore di favorirli (perché soci in altri affari, parenti o amici e così via). In questo caso, i creditori rimasti insoddisfatti o il curatore - ferma

(28) La giurisprudenza più recente ha mostrato aperture alla possibilità di invocare la corresponsabilità di terzi nelle azioni di responsabilità degli amministratori, anche nei casi in cui queste condotte sono censurate a norma degli artt. 2393 e 2394 c.c. Un caso emblematico è quello della corresponsabilità della banca per abusiva concessione del credito, ove però è altamente dibattuto

se la legittimazione possa spettare al curatore nell'ambito di una azione di responsabilità degli amministratori, dunque ex artt. 2393 e 2394 c.c. (e v. in tal senso, Cass. 20 aprile 2017, n. 9983; Cass. 19 novembre 2010, n. 13413) oppure se tale azione spetti solo ai singoli creditori, analogamente alle azioni ex art. 2395 c.c. (e v. Cass. 12 maggio 2017 n. 11798; Cass. 23 luglio 2010, n. 17284).

restando, se esperibile, l'azione revocatoria verso i fornitori favoriti - potranno agire per il danno conseguente ai pagamenti. Immaginiamo che prima dei pagamenti preferenziali (T_0) l'attivo fosse 100, mentre il passivo fosse 200, ripartito tra creditori A (100) e creditori B (100); i pagamenti preferenziali hanno estinto l'attivo e ridotto il passivo di 100, ma i creditori B sono rimasti integralmente insoddisfatti. I creditori B o il curatore possono esigere dagli amministratori non già 100, e cioè una somma pari ai pagamenti preferenziali, bensì 50, una somma pari all'insoddisfazione che ne è conseguenza. Infatti, se al tempo T_0 gli amministratori avessero pagato con tutto l'attivo disponibile (100) sia i creditori A (100) sia i creditori B (100), *pro quota*, questi ultimi avrebbero subito una falciatura non per 100, ma per 50:

la differenza perciò si deve imputare agli amministratori a titolo di danno. Ma lo stesso risultato si otterrebbe con l'esercizio vittorioso di un'azione revocatoria: recuperando 100 dai creditori A, ma consentendo agli stessi di insinuarsi al passivo, l'attivo ricostruito pari a 100 potrà essere impiegato per soddisfare, in pari misura, un passivo ricostruito per complessivi 200, e cioè in definitiva 50 ai creditori A e 50 ai creditori B. Fuori dal concorso, ciascuno dei creditori B potrebbe singolarmente esigere dagli amministratori una somma pari a 0,50 per unità di credito vantata, fino a concorrenza di un totale di 50. Tale danno non è risarcibile se, per effetto di revocatorie o dell'azione collettiva del curatore, l'attivo e il passivo sono ricostruiti alla consistenza che avevano al tempo T_0 .