

101. *Imprenditori collettivi, anche non societari, ed azioni di responsabilità nella nuova prospettiva della liquidazione giudiziale*, in *Il nuovo diritto delle società*, 15/2015, 157, in *Foro Padano*, 4/2016, II, 177 e Co-Autore in “Le proposte per una riforma della legge fallimentare - Un dibattito dedicato a Franco Bonelli”, a cura di Marco Arato e Giovanni Domenichini, Quaderni di Giur. Comm., Editore Giuffrè, 2017, p.225 e ss.

TOMASO GALLETTO^(*)

**IMPRENDITORI COLLETTIVI, ANCHE NON SOCIETARI, ED AZIONI DI RESPONSABILITÀ
NELLA NUOVA PROSPETTIVA DELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE**^(**)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Lo stato dell’arte: amministratori e sindaci dopo la riforma del 2003. - 3. Riflessi processuali della riforma del 2003. - 4. L’arbitrabilità delle azioni di responsabilità. - 5. Cenni all’azione di responsabilità nell’ambito delle società pubbliche. - 6. Il dilemma delle azioni di responsabilità nelle s.r.l.- 7. Le nuove indicazioni contenute nella legge delega ed il rafforzamento della legittimazione del curatore. - 8. Azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale delle imprese collettive non societarie: un problema irrisolto.

* * *

1. Premessa.

Lo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali predisposto dalla Commissione Rordorf e recentemente trasmesso al Ministro della Giustizia affronta, tra i numerosi altri, anche il tema – assai delicato – delle azioni di responsabilità esperibili nell’ambito delle procedure concorsuali e, con particolare riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale (nuova denominazione della procedura fallimentare) prevede l’integrazione dell’attuale disciplina delle azioni di responsabilità in pendenza della procedura concorsuale liquidatoria nella duplice prospettiva da un lato di una migliore definizione delle ipotesi di legittimazione attiva del curatore all’esperimento di tali

^(*)Avvocato, Professore a contratto di Diritto Processuale Civile presso l’Università di Genova.

^(**)Testo della relazione svolta al Convegno “La riforma della legge fallimentare: le proposte della Commissione Rordorf”. Una giornata dedicata a Franco Bonelli, Genova, 15 gennaio 2016

azioni e, dall'altro, di superamento di talune incertezze interpretative riferibili alla disciplina applicabile nell'ambito delle società a responsabilità limitata, con particolare riferimento all'azione di responsabilità esperibile dai creditori sociali.

Per quanto riguarda la procedura di concordato preventivo, opportunamente, il progetto di riforma affida al legislatore delegato il compito di "esplicitare presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in conformità di principi dettati dal codice civile". Si tratta di una scelta che contribuirà a superare le incertezze interpretative che, come è noto, connotano la materia della responsabilità degli organi gestori della società sottoposta a concordato preventivo.

La disamina delle scelte operate nella materia considerata dal progetto di riforma presuppone necessariamente un sintetico richiamo dei principi di diritto sostanziale e processuale che connotano il quadro normativo di riferimento.

Il tema della responsabilità (in sede civile) degli amministratori delle società è da sempre all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sia per la complessità delle questioni che solleva, sia per la difficoltà di enucleare soluzioni adattabili alle diverse vicende delle imprese coinvolte.

L'importanza e la delicatezza del tema della responsabilità degli amministratori nelle imprese societarie emerge con evidenza proprio nell'attività scientifica del Prof. Bonelli che vi ha dedicato numerosi scritti tra i quali una monografia che costituisce tuttora un indispensabile punto di riferimento in materia.

La complessità della materia, specialmente nell'ambito delle procedure concorsuali liquidatorie, è ulteriormente confermata dal recente intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, con la pregevole sentenza n. 9100 del 2015 redatta dal Presidente Rordorf, hanno delineato un fondamentale quadro di riferimento per gli operatori del settore.

Non è dubbio che, come è stato recentemente ricordato, le azioni di responsabilità rappresentino lo strumento giuridico volto a temperare la irresponsabilità degli amministratori per il risultato economico del loro operato indirizzandoli all'osservanza dei doveri di legge, sotto la minaccia della misura risarcitoria (così il Prof. Cabras a commento della menzionata sentenza delle Sezioni Unite), ma i confini di tale responsabilità sono di complessa identificazione proprio in ragione della funzione gestoria svolta dagli amministratori.

La funzione di gestione (esclusiva, ex art. 2380 *bis* cod. civ.) dell'impresa sociale che è attribuita agli amministratori fa sì che ad essi siano imputabili, in caso di inosservanza dei doveri gestori, le conseguenze del loro operato.

Il problema di fondo consiste nel distinguere con sufficiente chiarezza i confini della responsabilità degli amministratori (verso la società amministrata, verso i creditori sociali e verso i terzi) rispetto ad una attività (quella di amministratore) che implica quotidianamente l'adozione di decisioni e scelte che si possono dimostrare (ex post)

sbagliate e dannose e che quindi in astratto potrebbero comportare una responsabilità in capo a chi tali scelte ha compiuto.

Come è noto a tali difficoltà si cerca di ovviare adottando taluni accorgimenti che riguardano principalmente i criteri utilizzati per verificare la sussistenza di fattispecie di responsabilità nelle ipotesi (che sono le più ricorrenti) nelle quali da un lato non vi è la violazione di una specifica norma di legge o dello statuto della società e, dall'altro, dalle scelte degli amministratori consegue un danno per la società ed i creditori sociali.

I due criteri di riferimento sono da un lato la *diligenza* adoperata dagli amministratori e dall'altro *la insindacabilità delle scelte imprenditoriali* operate dagli stessi, purché sussistano certe condizioni (valutazione oggettiva delle circostanze e delle informazioni ed esclusione delle operazioni di pura sorte).

La riforma del diritto societario ha inciso significativamente la materia considerata anche attraverso la presa d'atto del diverso contesto economico-sociale attuale rispetto a quello considerato dal legislatore del 1942 (che pure, per la verità, si è dimostrato molto lungimirante, come risulta dalla ricchezza dei lavori preparatori in materia di società).

Si è proceduto non solo ad una più analitica definizione degli obblighi e delle correlative responsabilità degli amministratori ma anche a una più puntuale disciplina dei controlli e della revisione dei conti delle società, allo scopo di aumentare la trasparenza delle vicende societarie e di cercare di evitare abusi nell'utilizzazione dello schermo della persona giuridica e della conseguente responsabilità limitata degli azionisti.

2. Lo stato dell'arte: amministratori e sindaci dopo la riforma del 2003.

Il quadro normativo della responsabilità degli amministratori si configura – dopo la riforma del 2003 – sinteticamente nei termini che seguono.

- a) nuove disposizioni in tema di amministrazione della società;
- b) nuove disposizioni in tema di responsabilità.

Per quanto riguarda l'attività di amministrazione il nuovo art. 2380 bis cod. civ. dispone che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori ed il nuovo art. 2381 descrive le attribuzioni del Consiglio di amministrazione e quelle che possono essere delegate a taluno dei componenti di tale organo.

Il primo dato normativo è rilevante purché l'attribuzione agli amministratori della gestione esclusiva dell'impresa (sociale) determina, quale conseguenza, una piena responsabilità di questi ultimi rispetto alle scelte gestionali operate.

Di ciò è riprova la previsione contenuta all'art. 2364 n. 5, laddove si conferma la responsabilità degli amministratori anche per gli atti autorizzati dall'assemblea dei soci e pertanto si impedisce una loro deresponsabilizzazione (per effetto della delibera assembleare).

Il secondo dato normativo è a sua volta molto rilevante perché descrive l'essenza delle funzioni del C.d.A., i limiti della delegabilità di tali funzioni, i diritti ed i doveri rispettivamente degli organi delegati e dei singoli amministratori privi di deleghe, nonché del Consiglio nel suo complesso.

Rispetto al passato si assiste ad una particolare accentuazione del compito di costante verifica dell'adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e contabile dell'impresa e si sottolinea altresì l'obbligo, per tutti gli amministratori, di agire in modo informato.

Emerge dal dato normativo la volontà del legislatore di contrastare il fenomeno – ricorrente nella prassi – di amministratori che siedono nei consigli di amministrazione con una presenza soltanto formale, disinteressandosi in concreto della amministrazione della società.

L'obbligo di agire in modo informato responsabilizza infatti *tutti* gli amministratori, anche quelli privi di deleghe operative.

Ancora, gli amministratori privi di deleghe sono destinatari di una posizione di garanzia rispetto agli amministratori operativi, perché rispondono solidalmente con questi ultimi se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non fanno quanto in loro potere per impedire il compimento di attività dannose o per eliminarne o attenuarne le conseguenze (art. 2392, terzo comma).

Per quanto riguarda i profili sostanziali di responsabilità degli amministratori rilevano principalmente le disposizioni di cui agli artt. 2392, 2394 e 2395, destinate a disciplinare rispettivamente la responsabilità verso la società, quella verso i creditori sociali e quella verso i soci o i terzi direttamente danneggiati dagli amministratori.

Più marginalmente rilevano gli artt. 2391 e 2391bis in tema di operazioni in conflitto di interessi e con parti correlate (relativamente alle società quotate).

L'art. 2392 è stato significativamente innovato dalla riforma del 2003 in due diverse direzioni: da un lato innalzandosi il livello della diligenza e competenza richiesta agli amministratori e, dall'altro, limitando la responsabilità degli amministratori non operativi per gli atti di quelli operativi alla violazione del dovere di sorveglianza e di agire in modo informato.

Per quanto concerne la natura del rapporto che lega gli amministratori alla società amministrata, indiscussa la fonte contrattuale di tale rapporto, si ritiene ormai superata la riconducibilità al contratto di mandato, in passato sostenuta da dottrina e giurisprudenza.

L'immedesimazione organica che contraddistingue il rapporto tra amministratore e società (quest'ultima non può che agire nel mondo del diritto per mezzo di persone fisiche) e l'esclusivo potere di gestione dell'impresa che la legge attribuisce agli amministratori (e non ai soci, arg. ex art. 2364 n. 5 e 2380 bis) mal si attagliano alla figura del mandato.

Tuttavia la società è autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici e la società di capitali, godendo di autonomia patrimoniale perfetta, è persona giuridica.

E' quindi ragionevole dedurre che la società, manifestando la sua volontà per mezzo dell'assemblea dei soci che nomina gli amministratori (ovvero tramite i soci stessi che provvedono alla nomina nell'atto costitutivo) pone in essere una relazione giuridica, di natura contrattuale, con i suoi amministratori.

Si tratta di un contratto dal quale scaturisce per l'amministratore il dovere di gestire la società come prescritto dalla legge e dallo statuto e per la società l'obbligo di remunerare l'amministratore per l'opera svolta (salva la rinuncia del compenso, che le parti nella loro autonomia possono stipulare).

Così descritto tale contratto assume, almeno parzialmente, i caratteri dell'atipicità, fermo restando che larga parte dei suoi contenuti è disciplinata dalle norme dettate dalla legge.

Le vicende che attengono alla responsabilità dei sindaci sono - come si sa - ancora più dibattute e complesse di quelle riguardanti gli amministratori.

La ragione di tale complessità deriva anche dalla eccessiva ampiezza dei doveri di controllo che la legge assegna al collegio sindacale, circostanza che fin dall'introduzione dell'organo di controllo (avvenuta con il codice di commercio del 1882) aveva indotto la dottrina ad individuare in essa una delle cause dell'insufficienza (o inefficienza?) del controllo medesimo.

Con la riforma del 2003 si è stabilita la tendenziale separazione tra "controllo gestionale", inderogabilmente assegnato ai sindaci e "revisione legale dei conti" che può essere attribuita a soggetti qualificati, diversi dai sindaci.

I doveri che connotano la funzione sindacale di controllo gestionale sono declinati all'art. 2403, primo comma, cod. civ imponendosi ai sindaci di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principî di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Si tratta di compiti (meglio, doveri) assai gravosi, anche perché l'interpretazione giurisprudenziale di essi si è da tempo indirizzata nel senso di pretendere dai sindaci un controllo di legittimità non solo formale, ma anche sostanziale, dell'operato degli amministratori ed in questa prospettiva risulta molto difficile tracciare una nitida linea di confine tra il controllo di legittimità (sostanziale, come vuole la giurisprudenza) e controllo di merito sulle operazioni societarie, la responsabilità delle quali appartiene pur sempre agli amministratori.

Anche l'affidamento a terzi (revisore legale o società di revisione) del controllo contabile non esime il collegio sindacale dal dovere di verificare l'adeguatezza delle modalità di espletamento di tali attività, anche attraverso una interlocuzione tra collegio sindacale e revisore.

La funzione di sentinella della legalità (formale e sostanziale) dell'amministrazione della società che è attribuita ai sindaci rende di immediata percezione l'ampiezza della responsabilità che è loro attribuita dalla legge.

A questo proposito, come è noto, l'art. 2407 cod.civ. distingue due diversi profili di responsabilità del collegio sindacale: una diretta e riferita alla verità delle loro attestazioni e alla conservazione del segreto di ufficio; l'altra, indiretta e solidale, riferita ai fatti ed alle omissioni degli amministratori quando il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato secondo professionalità e diligenza.

E' questo secondo profilo che nella quasi totalità dei casi viene in rilievo in tema di azione di responsabilità nei confronti dei sindaci.

Più precisamente è l'aspetto che sistematicamente ricorre nell'ipotesi di fallimento della società (molto raramente, invece, nell'ipotesi di procedure concorsuali minori).

Al di là di quanto possa apparire da una lettura superficiale della norma, si tratta di una ipotesi di responsabilità propria dei sindaci (per omesso controllo) e non già di una responsabilità per fatto altrui (degli amministratori).

Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente i profili sostanziali delle responsabilità dell'organo sindacale: qui era importante soltanto sottolineare, per rapidi cenni, l'importanza e l'ampiezza dei doveri che incombono sul sindaco di società di capitali.

3. Riflessi processuali della riforma del 2003

La tradizionale ripartizione delle azioni di responsabilità in ambito societario, che si declina nell'azione sociale di responsabilità, nell'azione dei creditori sociali ed in quella dei singoli soci o terzi direttamente danneggiati dagli amministratori, è stata incisa solo marginalmente dalla riforma del 2003 dal punto di vista sostanziale, mentre diverse novità sono state introdotte dal punto di vista processuale.

Sotto questo profilo, infatti, sono stati colti alcuni spunti di derivazione giurisprudenziale, si è prevista la possibilità dell'iniziativa dei soci titolari di una soglia qualificata del capitale sociale nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, i sindaci sono stati legittimati all'esercizio dell'azione nei confronti degli amministratori e sono stati meglio precisati i profili dell'esercizio delle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali.

Gli interventi normativi ai quali si è fatto cenno presentano taluni profili di difficile decifrazione nonostante l'apparente linearità del testo legislativo.

Le nuove ipotesi di legittimazione ad agire, la diversa formulazione in taluni casi delle regole relative ai termini per l'esercizio dell'azione, l'istituzione del cosiddetto Tribunale delle imprese impongono una nuova lettura, sotto il profilo del diritto processuale, delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire nell'ambito delle procedure concorsuali occorre rilevare che il legislatore della riforma ha provveduto ad accorpate nel nuovo art. 2394bis cod.civ. la disciplina delle azioni di responsabilità, precedentemente frammentata nell'ambito di diversi contesti normativi (legge fallimentare ed altre normative speciali in tema di insolvenza).

La nuova norma dispone che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità (quella sociale e quella esercitabile dai creditori sociali) spettano al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

Si tratta di una legittimazione sostitutiva di quella originariamente spettante alla società, ai soci di minoranza, ai sindaci ed ai creditori sociali e non di una autonoma azione di responsabilità derivante dalla sottoposizione dell'ente alla disciplina concorsuale.

L'organo concorsuale, quindi, esercita le medesime azioni e, nell'ipotesi in cui esse siano in corso, subentra ex lege quale soggetto legittimato alla loro prosecuzione.

La particolarità della fattispecie consiste nella circostanza che le due azioni di responsabilità (quella sociale e quella dei creditori sociali) nell'ipotesi di procedura concorsuale (diversa dal concordato preventivo, naturalmente) confluiscono in un'unica azione al cui esercizio è legittimato l'organo concorsuale e che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, assume carattere unitario ed inscindibile cumulando i presupposti e gli scopi di entrambe le azioni.

E' tuttavia discusso se le due azioni di responsabilità mantengano la loro autonoma disciplina, ancorché cumulativamente esercitate in ambito concorsuale, ovvero se il loro esercizio unitario consenta che si possa alternativamente fare ricorso ai presupposti dell'una e/o dell'altra senza necessità di una specifica individuazione dei fatti costitutivi dell'una e/o dell'altra.

La ontologica diversità di causa *petendi* e di *petitum* che caratterizza le due azioni di responsabilità alle quali si fa riferimento induce a preferire la tesi che, ferma restando la legittimazione dell'organo concorsuale all'esercizio unitario di tali azioni, ritiene necessario che siano dedotti in causa specificamente i presupposti dell'una o dell'altra, ovvero di entrambe ma che non sia possibile invece passare indifferentemente dall'una all'altra, ove i presupposti di fatto di entrambe non siano specificamente dedotti in giudizio.

Il carattere derivato e non originario della legittimazione degli organi fallimentari all'esercizio delle azioni di responsabilità si riflette anche sulla disciplina dei termini per l'esercizio di tali azioni che restano quelli ordinari.

A seguito della istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui alla legge 24 marzo 2012 n.27 (più comunemente conosciute quale "tribunale delle imprese") la competenza a giudicare in materia di azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, i liquidatori, il direttore generale ed i soggetti incaricati della revisione contabile nelle società di

capitali spetta al tribunale delle imprese istituito presso il capoluogo di Regione, salvi gli accorpamenti previsti con riferimento a talune regioni.

Vi è quindi una possibile dissociazione, in ipotesi di procedure concorsuali, tra il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento e per la gestione della relativa procedura e quello competente per l'esercizio delle azioni di responsabilità promosse dagli organi fallimentari ai sensi del nuovo art. 2394 bis cod.civ.

La circostanza non deve stupire in quanto, come in precedenza si è già rilevato, l'azione di responsabilità esercitata dagli organi fallimentari non è una azione derivante dal fallimento e come tale attratta alla competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare ex. art. 24 L.F. .

Gli organi fallimentari esercitano le azioni di responsabilità di cui artt. 2393 e 2394 (ma anche quella degli azionisti di minoranza ex. art. 2393 bis) del Codice Civile sostituendosi ai soggetti ordinariamente legittimati.

In questa prospettiva, dunque, il curatore eserciterà l'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali della società fallita davanti al tribunale delle imprese ancorché il fallimento sia stato dichiarato da un diverso tribunale ubicato nella regione.

Analogamente anche le azioni di responsabilità promosse dalla società, dai soci di minoranza o dai creditori sociali saranno devolute alla competenza esclusiva del tribunale delle imprese indipendentemente dalla ubicazione della sede legale della società nella circoscrizione di altro tribunale.

Per quanto riguarda il rito applicabile l'avvenuta abrogazione del processo societario fa sì che il processo davanti al tribunale delle imprese sia regolato dalle norme che disciplinano il processo ordinario di cognizione.

Gli aspetti strettamente processuali delle azioni di responsabilità esercitabili nei confronti di amministratori e sindaci debbono essere separatamente indagati distinguendosi tra l'azione sociale di responsabilità da un lato e l'azione dei creditori sociali dall'altro (non approfondendosi in questa sede i profili dell'azione diretta del socio o del terzo di cui all'art. 2395 cod. civ., se non per segnalare l'indiscussa natura extracontrattuale).

L'azione sociale di responsabilità è certamente una azione contrattuale (meglio, una azione per inadempimento contrattuale) essendo ascrivibile al novero dei rapporti contrattuali (sia pure connotati da elementi di atipicità) le relazioni che legano gli amministratori e i sindaci alla società.

In questa prospettiva, trattandosi dell'inadempimento di obblighi contrattuali, chi agisce con l'azione di responsabilità sociale ha l'onere di individuare i comportamenti contrari alla legge o allo statuto posti in essere dai convenuti in responsabilità, il danno che ne è conseguito ed il nesso causale tra il comportamento denunciato e il danno di cui si chiede il risarcimento.

Spetta invece ai convenuti, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., dimostrare che l'inadempimento agli obblighi legali o statutari deriva da fatti ad essi non imputabili.

Si tratta di una circostanza estremamente rilevante poiché essa esime l'attore dall'onere di dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo (colpa o dolo) in capo al soggetto convenuto in giudizio. In virtù del richiamato principio codificato all'art. 1218 cod. civ., infatti, la colpa si presume una volta dimostrato l'inadempimento e spetta al convenuto superare tale presunzione provando la non imputabilità dell'inadempimento (la giurisprudenza sul punto è pacifica: cfr. ad esempio Cass. 27 aprile 2011 n. 9384)

L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, invece, si configura, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza, fondata su una responsabilità da fatto illecito e quindi con natura extracontrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano sotto il profilo probatorio (l'elemento soggettivo costituito dalla colpa o dal dolo deve essere dimostrato dall'attore).

Ciò detto in ordine al diverso atteggiarsi dell'onere della prova nelle due diverse azioni di responsabilità, può essere interessante notare che, indipendentemente dal tipo di azione esercitata, l'attore è onerato di individuare sin dall'inizio i comportamenti degli amministratori asseritamente contrari dai doveri imposti dalla legge o dallo statuto sociale e non è invece sufficiente – come spesso avviene – che l'atto introduttivo del giudizio contenga genericamente il compimento di atti di *mala gestio* ed enunci genericamente i danni che ne siano derivati con rinvio, nel corso ulteriore del giudizio, ad una più specifica descrizione di tali comportamenti.

In questa prospettiva la giurisprudenza ha chiarito che la compiuta enunciazione della causa *petendi* di un'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci (sia essa azione sociale o azione dei creditori sociali) richiede non la generica denuncia di un fenomeno di *mala gestio*, bensì l'indicazione di ben individuati comportamenti illegittimi, attivi o omissivi e che l'eventuale denuncia in corso di causa di comportamenti illegittimi diversi ed ulteriori, rispetto a quelli menzionati dall'atto introduttivo, implica il mutamento essenziale di uno degli elementi di identificazione della domanda inammissibile se a quel momento si sono già verificate le preclusioni processuali alla introduzione di nuove domande (cfr. in questo senso Cass. 27 ottobre 2006 n. 23180). Anche l'ipotesi, che talvolta ricorre, di enunciazione dei fatti addebitati ad amministratori e sindaci mediante il rinvio contenuto nell'atto di citazione a documenti (relazioni tecniche, relazioni del curatore) allegati agli atti del processo deve essere vista con disfavore.

In questo senso si è espressa, di recente, Cass. 12 dicembre 2008 n.29241, in relazione alla possibilità di desumere la determinazione del *petitum* e l'esatta indicazione della causa *petendi* dal contenuto della documentazione prodotta dall'attore, con finalità probatoria, all'atto della sua costituzione in giudizio; la Corte di Cassazione, nella succitata pronuncia, conclude nel senso dell'inammissibilità di un criterio di valutazione che tenga conto della documentazione allegata all'atto di citazione, sulla base dell'argomento fondato sulla ratio della previsione normativa di cui all'art. 163, comma 3, nn.3 e 4, c.p.c., posta nell'interesse precipuo del convenuto in ragione dell'esigenza di apprestare le proprie difese sulla base del contenuto dell'atto di citazione; l'esigenza di difesa del convenuto risulterebbe compromessa ove si ammettesse la possibilità di

integrazione in base al contenuto della produzione documentale, successiva nel tempo rispetto alla citazione in giudizio in quanto presentata all'atto della costituzione dell'attore ai sensi dell'art.165 c.p.c.

Per quanto riguarda gli ulteriori profili probatori, specialmente riferibili all'entità del danno risarcibile nell'ambito delle azioni di responsabilità, esula dai limiti del presente lavoro il loro approfondimento. Qui preme soltanto sottolineare le difficoltà insite nella individuazione e quantificazione del danno risarcibile, specialmente nell'ambito delle azioni di responsabilità promosse in occasione di procedure concorsuali: sono note in proposito le oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza in ordine ai criteri di quantificazione del danno risarcibile.

L'importante intervento delle Sezioni Unite nel 2015, del quale già si è riferito, ha contribuito a chiarire non soltanto i vari profili degli oneri di allegazione e prova nell'ambito delle azioni di responsabilità anche in sede concorsuale, ma soprattutto ha ricondotto ad ipotesi residuale il criterio di liquidazione del danno nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede concorsuale, chiarendo che la mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili non è sufficiente a consentire il ricorso a quel criterio di determinazione del danno risarcibile sul condivisibile assunto che le scritture contabili registrano gli accadimenti economici che interessano l'attività dell'impresa, ma certamente non li determinano.

Il criterio della differenza tra il passivo e l'attivo potrà essere – in via residuale – utilizzato quando ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione equitativa del danno, siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento puntuale degli effetti dannosi della condotta imputata all'amministratore ed il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto al caso concreto.

Pur essendo vero, come da più parti rilevato, che la Corte non ha condiviso gli auspici della dottrina maggioritaria, favorevole al ripudio totale del criterio di liquidazione del danno fondato sullo sbilancio tra attivo e passivo accertati in sede concorsuale, occorre riconoscere che dall'impianto della motivazione della richiamata decisione emerge con estrema chiarezza la marginalità delle ipotesi in cui ancora potrà farsi ricorso a detto criterio.

4. L'arbitrabilità delle azioni di responsabilità.

Anteriormente alla riforma societaria del 2003 e più precisamente all'introduzione della disciplina dell'arbitrato societario di cui agli artt. 34/36 del d.lgs. 5/2003 (che dettava norme sul processo societario oggi abrogate fatta eccezione appunto per il solo arbitrato societario), il dibattito in ordine alla arbitrabilità delle controversie in materia di responsabilità di amministratori e sindaci è stato molto vivace.

Si discuteva infatti in ordine alla presenza, nell'ambito delle vicende che attengono alla responsabilità di amministratori e sindaci, di interessi trascendenti quelli dei singoli soci

e si dubitava conseguentemente della possibilità di devolvere in arbitrato tali controversie.

A partire peraltro dall'ultimo decennio del secolo scorso alcune decisioni della Suprema Corte hanno chiarito che l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci poteva formare oggetto di arbitrato (tanto rituale, quanto irrituale) individuando con chiarezza un sicuro dato normativo che militava in favore di tale scelta.

Si osservava infatti che l'ambito oggettivo dell'arbitrabilità delle controversie era individuato, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., nella transigibilità dei diritti che ne formavano oggetto. In questa prospettiva la previsione contenuta nell'art. 2393 cod. civ. a mente della quale l'azione di responsabilità sociale può essere rinunziata o transatta, purchè a ciò non si opponga una minoranza qualificata dei soci, rendeva palese la disponibilità dei diritti sottesi a tale azione e conseguentemente doveva affermarsi l'arbitrabilità della relativa controversia (per una conferma di tale consolidato orientamento cfr. ad esempio Cass. 19 febbraio 2014 n.3887, riferita a vicenda anteriore alla riforma societaria).

La disciplina dell'arbitrato societario introdotta con il d.lgs. 5/2003 ha posto fine a qualsiasi residua perplessità sul punto, disponendo espressamente all'art.34, quarto comma che “gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro”.

Questa scelta del legislatore, se da un lato pone fine ad ogni dubbio sull'arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità (sia pure, come si accennerà nel prosieguo, soltanto con le regole dell'arbitrato societario), da altro lato pone qualche dubbio interpretativo in merito alla vincolatività della scelta arbitrale nei confronti di soggetti estranei alla convenzione di arbitrato.

Secondo il consolidato orientamento della corte costituzionale, come è noto, la compatibilità della scelta arbitrale con il diritto di azione in sede giurisdizionale garantito dall'art.24 cost. è subordinata alla volontarietà della scelta arbitrale, essendo per contro inammissibile ogni forma di arbitrato obbligatorio.

In questa prospettiva si pone il problema della opponibilità della scelta arbitrale nei confronti di soggetti (amministratori, sindaci e liquidatori) che sono estranei alla convenzione di arbitrato stipulata dai soci in sede di atto costitutivo ovvero successivamente introdotta nello statuto della società.

La dottrina ha superato tali dubbi osservando che la norma introduce una sorta di “consenso implicito” degli organi sociali alla devoluzione in arbitrato delle controversie che li riguardano e che consegue alla accettazione della carica.

Ciò è sicuramente vero qualora la convenzione di arbitrato preesista alla accettazione della carica, mentre la questione è più delicata nell'ipotesi in cui la convenzione di arbitrato venga introdotta nello statuto sociale durante l'esercizio della carica sociale.

In questo caso si ritiene, condivisibilmente, che gli amministratori, i sindaci e i liquidatori, ove siano in disaccordo sulla sottoposizione ad arbitrato delle controversie che li riguardano, abbiano la facoltà di rinunciare all'incarico per giusta causa.

Un profilo molto delicato riguarda l'efficacia soggettiva della clausola arbitrale statutaria nei confronti di soggetti che, pur non essendo menzionati nell'art.34, quarto comma del d.lgs. 5/2003, ricoprono ruoli gestionali o di controllo nella società.

Per quanto concerne i componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza è ragionevolmente predicabile una interpretazione estensiva che comporta la riferibilità anche ad essi della convenzione statutaria di arbitrato.

Più delicata è la vicenda relativa all'amministratore di fatto, sembrando preferibile tra le varie opinioni della dottrina quella che esclude la soggezione dell'amministrazione di fatto alla convenzione di arbitrato in difetto di una espressa accettazione dell'incarico dalla quale conseguirebbe una accettazione implicita della convenzione di arbitrato, assicurandosi così il rispetto dell'art. 24 cost.

Sul punto deve tuttavia rilevarsi che la giurisprudenza milanese sembra consolidarsi nel senso di ritenere ricomprese nella clausola arbitrale statutaria anche le controversie che attengono alla responsabilità dell'amministratore di fatto (cfr. Trib. Milano, 22 agosto 2012 n. 9494 e ID., 1 luglio 2010 in *Le Società*, 2010, 1396).

Secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, invece, la convenzione statutaria di arbitrato non potrebbe estendersi alle controversie promosse da (o nei confronti di) società di revisione o revisore dei conti.

Non vi sono quindi ostacoli, nei limiti in precedenza indicati, alla arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità.

Merita peraltro di essere ricordata, in questo contesto, la questione relativa alla esclusività o meno dell'arbitrato societario disciplinato dal d.lgs. 5/2003 e più precisamente della ammissibilità del ricorso all'arbitrato di diritto comune in ambito societario.

In dottrina e nella giurisprudenza di merito prevale l'opinione, suffragata anche dai lavori preparatori della riforma del 2003, che ammette la compatibilità dell'arbitrato di diritto comune in ambito societario, consentendo ai soci di optare per l'una o l'altra soluzione (si tratta della teoria cd del "doppio binario"). La Corte di Cassazione, peraltro, con una serie di pronunce a partire dal 2010 ha bruscamente posto fine al dibattito affermando perentoriamente (e per la verità con motivazioni assai sbrigative) l'esclusività del solo arbitrato societario come disciplinato dal d.lgs. 5/2003.

La Corte ritiene nulle le convenzioni di arbitrato di diritto comune inserite negli atti costitutivi o negli statuti di società commerciali e ravvisa ipotesi di responsabilità disciplinare a carico del notaio che rediga un atto costitutivo di società contenente una clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune. Non è possibile in questa sede affrontare ex professo la questione, che pure è più complessa e di soluzione più incerta di quanto non traspaia dalle motivazioni dei giudici di legittimità.

Qui conviene soltanto sottolineare, dal punto di vista della pratica applicativa, la necessità che le convenzioni di arbitrato inserite negli atti costitutivi o negli statuti di società commerciali siano rispettose della specifica disciplina dell'arbitrato societario ed in particolare prevedano che la nomina degli arbitri sia effettuata in ogni caso da un soggetto diverso dalle parti in conflitto, poiché la violazione di tale regola determina la nullità insanabile della convenzione di arbitrato.

Ammissa, nei termini che precedono, l'arbitrabilità delle azioni sociali di responsabilità occorre indagare, sia pure sinteticamente, quali conseguenze derivino dalla sottoposizione della società a fallimento (in futuro, liquidazione giudiziale).

La configurazione dell'azione spettante al creditore ex art. 146 L.F. quale azione unitaria, ricomprendente tanto l'azione sociale di responsabilità, quanto quella dei creditori sociali, dovrebbe comportare la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria statutaria, dal momento che essa non sarebbe certamente opponibile ai terzi (i creditori sociali).

In questo senso si è recentemente espressa la Suprema Corte osservando che “le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società di capitali previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., pur essendo tra loro distinte, in caso di fallimento dell'ente, confluiscono nell'unica azione di responsabilità, esercitabile da parte del curatore ai sensi della L. Fall. Art. 146, la quale, assumendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime [...] implica una modifica della legittimazione attiva di quelle azioni, ma non ne immuta i presupposti. Da tale principio, non consegue affatto la vincolatività della clausola arbitrale prevista nello statuto [...], atteso che rispetto all'azione dei creditori sociali, che il Commissario straordinario ha esercitato, non può essere fatta valere la clausola statutaria, per l'evidente rilievo che i creditori sono terzi rispetto alla società” (Cass. 12 settembre 2014, n. 19308).

Si tratta di una soluzione oggettivamente indiscutibile, che esclude la percorribilità della via arbitrale nell'ambito dell'azione di responsabilità ex art. 146 L.F. (a meno che, ma si tratta di caso di scuola, essa non sia limitata alla sola azione sociale).

5. Cenni all'azione di responsabilità nell'ambito delle società pubbliche.

Nell'affrontare i profili della responsabilità di amministratori e sindaci, sia pure dall'angolo visuale del diritto processuale, non può non farsi cenno alle delicate questioni che si pongono in ordine all'applicabilità o meno delle regole di diritto comune nell'ambito delle società pubbliche.

Il tema delle società pubbliche, come è risaputo, è di estrema attualità sotto diversi profili che spaziano dalla politica economica (nell'ambito della quale si contesta l'utilizzazione spregiudicata da parte degli enti locali degli strumenti societari che determina un intollerabile aumento dei costi di gestione) alla regolazione delle crisi

delle imprese pubbliche con particolare riferimento alla applicabilità o meno della disciplina fallimentare.

Esula dai limiti del presente lavoro un'approfondita indagine sul fenomeno delle società pubbliche: in questa sede si farà cenno soltanto a quei profili che coinvolgono gli aspetti processuali della responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo di esse.

In questi limiti circoscritti occorre preliminarmente distinguere, all'interno della categoria delle società pubbliche, quelle che, pur partecipate dallo Stato o da enti pubblici operino nel mercato in regime di concorrenza e quelle, invece, che – interamente partecipate, da uno o più enti pubblici - svolgano attività non commerciale o industriale e che siano strumentali all'erogazione di servizi pubblici, configurandosi così quali articolazioni dell'ente pubblico rispetto alle quali quest'ultimo esercita un controllo analogo a quello normalmente esercitato sui propri uffici.

La distinzione rileva non soltanto ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di contratti di lavori, forniture o servizi pubblici, ma anche dal punto di vista processuale.

Le società in mano pubblica, infatti, non perdono per il solo fatto di tale partecipazione le loro caratteristiche tipiche di società lucrative, come tali assoggettate alle regole del diritto privato; quando tuttavia la società in mano pubblica si configuri quale mero strumento organizzativo per la gestione, da parte dell'ente pubblico titolare di un pubblico servizio (cosiddette società *in house*), allora la funzione prevale sulla forma societaria, nel senso che non ci si troverebbe di fronte ad una persona giuridica autonoma, ma ad una mera articolazione dell'ente pubblico (per una recente affermazione di questi principi cfr. Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26233).

Dal punto di vista processuale dalla distinzione sopra indicata tra società con partecipazione pubblica e società *in house* discendono rilevanti conseguenze.

Occorre infatti domandarsi se in ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori ricorra o meno la giurisdizione della Corte dei Conti anche ai fini del risarcimento del danno erariale.

Sotto questo profilo la giurisprudenza, dopo qualche oscillazione, sembra ormai consolidata nel senso che occorre distinguere tra le due fattispecie.

Con riferimento alle società meramente partecipate da enti pubblici si tende ad escludere la giurisdizione della Corte dei Conti per gli atti di *mala gestio* che abbiano depauperato il patrimonio sociale: l'azione del procuratore contabile resterebbe quindi confinata al solo danno diretto subito dal socio pubblico in applicazione di quanto dispone l'art. 2395 cod. civ.; nell'ambito del danno diretto sarebbe altresì da ricomprendere il danno all'immagine e, secondo taluni, anche il danno alla funzione pubblica.

A diversa soluzione invece si perviene con riferimento alle società *in house* perché il danno da esse subito a seguito di atti di *mala gestio* degli amministratori si risolverebbe in un danno diretto al patrimonio di una pubblica amministrazione in ragione del fatto

che la distinzione tra socio pubblico e società avrebbe una valenza puramente formale. In questa ipotesi, allora, sussisterebbe pienamente la giurisdizione contabile, sostituendosi l'azione erariale a quella ordinaria di responsabilità.

Nelle società a partecipazione pubblica (non in quelle *in house*) il regime della responsabilità per atti di *mala gestio* è dunque riconducibile alle ordinarie regole codicistiche e, quale corollario della natura privatistica e lucrativa di tali società esse risulteranno assoggettabili a fallimento, come recentemente chiarito dalla Corte di legittimità, e conseguentemente saranno esperibili nei confronti dei loro amministratori e sindaci le azioni di responsabilità di cui agli artt. 146 comma 2 L.F. e 2394bis cod.civ.

6. Il dilemma delle azioni di responsabilità nelle S. r. L.

Il legislatore della riforma, come è noto, ha riscritto la normativa codicistica in materia di società a responsabilità limitata, emancipando quest'ultima dal ruolo di "sorella minore" della S.p.A. che le era stato attribuito nell'impianto originario del codice.

Anche le regole sostanziali in tema di responsabilità degli amministratori non coincidono più con quelle previste nell'ambito della Società per Azioni. Di queste nuove regole, specifiche per la S.r.L., occorre fare un breve cenno, funzionale alla disamina dei profili processuali specifici delle azioni di responsabilità nell'ambito della tipologia societaria in esame.

L'art. 2476 cod. civ. dispone la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società onerando chi si voglia sottrarre alla solidarietà della dimostrazione di essere esente da colpa e, ove a conoscenza dell'atto dannoso, di aver fatto constare il proprio dissenso.

Nonostante l'apparente somiglianza di queste regole con quelle previste nella Società per Azioni, la responsabilità degli amministratori delle S.r.L. presenta connotazioni peculiari: basti al riguardo ricordare che le norme non fanno cenno alla diligenza professionale ed all'obbligo di agire in modo informato, imposti invece agli amministratori di S.p.A.

Altra significativa differenza che occorre ricordare concerne la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. (art. 2476 comma 7, cod.civ.).

La norma composita che disciplina la responsabilità degli amministratori nella S.r.L. fa salvo il risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, riprendendo il contenuto dispositivo dell'art. 2395, riferito alle S.p.A.

La disciplina sostanziale dettata in tema di responsabilità degli amministratori di S.r.L. della quale si è fatto cenno in precedenza presenta lacune ed oscurità che si riverberano sia sotto il profilo del diritto sostanziale sia sotto quello strettamente processuale.

Dal punto di vista sostanziale la norma pone un dilemma di non agevole soluzione.

L'art. 2476 cod. civ., infatti, non menziona, accanto all'azione di responsabilità per danni alla società, l'azione dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, prevista dall'art. 2394 cod. civ. in materia di società per azioni.

La lacuna normativa che ne consegue, e che non trova giustificazione nei lavori preparatori e nella relazione di accompagnamento alla riforma, pone l'interprete di fronte all'alternativa se ritenere esclusa l'azione dei creditori sociali ovvero ritenerla consentita ricorrendo all'interpretazione analogica delle norme ai sensi dell'art. 12 comma 2 delle disposizioni sulla legge in generale.

Il dibattito sul punto è aperto, ma deve segnalarsi la tendenza della giurisprudenza di merito a privilegiare l'applicabilità in via analogica della regola prevista per le società per azioni, non risultando logicamente giustificabile la privazione nei confronti dei creditori sociali dell'azione a tutela della integrità del patrimonio sociale (in questo senso, fra le molte, cfr. Trib. Milano, 22 dicembre 2010 n. 14632 in *Le Società*, 2011, 757 ss.).

Per quanto riguarda, invece, le azioni di responsabilità esercitate in ambito concorsuale la soluzione che predica la possibilità di esercitare, anche con riferimento alle S.r.L., cumulativamente l'azione di responsabilità sociale e quella di spettanza dei creditori sociali trova base normativa nell'art. 146 comma 2 l.f. che ammette il curatore all'esercizio delle "azioni di responsabilità" senza alcuna distinzione. Questa opzione interpretativa raccoglie generale consenso sia in dottrina che in giurisprudenza.

7. Le nuove indicazioni contenute nella legge delega ed il rafforzamento della legittimazione del curatore.

Come si è già accennato il progetto di riforma interviene anche nel complesso quadro normativo e giurisprudenziale relativo alle azioni di responsabilità in sede concorsuale.

Le linee dell'intervento prefigurato riguardano da un lato una specifica disciplina della legittimazione del curatore a promuovere o a proseguire, nella liquidazione giudiziale di società di capitali e di società cooperative, l'azione sociale di responsabilità, le azioni dei creditori sociali e l'azione nei confronti dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (nell'ambito delle società a responsabilità limitata) nonché ogni altra azione di responsabilità contemplata da specifica disposizione di legge; l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali in caso di violazione delle regole di separazione fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima;

nell'ambito delle società di persone, l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale.

Da altro lato è prevista l'applicabilità dell'articolo 2394 cod. civ. alla società a responsabilità limitata, superandosi così in sede legislativa le incertezze sussistenti al riguardo, e l'abrogazione dell'art. 2394 *bis* dello stesso codice che disciplina(va) la legittimazione all'esperimento delle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali attribuendola al curatore del fallimento, al commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa e al commissario straordinario dell'amministrazione straordinaria.

I principi dettati dalla riforma in ordine alla legittimazione del curatore della liquidazione giudiziale (*olim* fallimento), pur in assenza di uno specifico richiamo nell'ambito dei principi dettati per la riforma della liquidazione coatta amministrativa e della amministrazione straordinaria (artt. 14 e 15 dello schema di disegno di legge delega), dovranno ragionevolmente essere estesi, in sede attuativa della delega, al commissario liquidatore e al commissario straordinario, con espressa disposizione in seguito alla prefigurata abrogazione dell'art. 2394 *bis* cod. civ.

Per il resto la riforma non incide sulle norme di diritto sostanziale in materia di responsabilità degli amministratori, salva la previsione di uno specifico dovere di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale e di attivarsi per l'adozione tempestiva degli strumenti previsti per il superamento della crisi e la sospensione in taluni casi, correlati ai tentativi di regolazione non liquidatoria della crisi o dell'insolvenza, degli obblighi conseguenti alla diminuzione o perdita del capitale sociale.

Dal punto di vista sostanziale, quindi, il progetto di riforma contribuisce al superamento di talune criticità emerse nella materia considerata ed in particolare, come già sottolineato, risolve in sede legislativa il problema dell'ammissibilità dell'esercizio dell'azione dei creditori sociali, di cui all'art. 2394 cod. civ., nell'ambito delle società a responsabilità limitata.

Dal punto di vista processuale disciplina in maniera chiara la legittimazione attiva degli organi della liquidazione giudiziale estendendola ad ipotesi che, non essendo specificamente contemplate nell'attuale art. 146 L.F., potevano dare luogo a dubbi e contrasti interpretativi.

Di non agevole decifrazione è tuttavia la previsione della legittimazione del curatore ad esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore di società di persone "cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale".

L'art. 147 1° comma, L.F. prevede – come è noto - l'estensione del fallimento ai soci, anche non persone fisiche, illimitatamente responsabili, di s.n.c. s.a.s. e s.a.p.a. .

La riforma, per parte sua, opta per il mantenimento del c.d. fallimento in estensione nei casi sopra indicati, pur dando atto che si tratta di una peculiarità del nostro ordinamento.

Ora, per dato normativo, ogni socio amministratore è anche illimitatamente responsabile (potendosi semmai discutere se sia ammissibile la figura dell'amministratore non socio nella s.n.c.) ed allora occorre chiedersi la ragione della previsione in esame.

L'unica risposta plausibile sembrerebbe riferirsi alle ipotesi del socio amministratore che sia deceduto da oltre un anno (o comunque rispetto al quale si sia sciolto da oltre un anno il rapporto sociale) ovvero della cessazione della responsabilità illimitata per causa di trasformazione, fusione o scissione.

In questa ipotesi il socio-amministratore non sarebbe (più) soggetto al fallimento in estensione ed allora acquista un senso la previsione dell'esercizio dell'azione di responsabilità sociale nei suoi confronti da parte del curatore.

La nuova previsione normativa non affronta la delicata questione della ammissibilità o meno, nell'ambito delle società di persone, dell'azione di risarcimento del danno proposta dai creditori sociali, che dottrina e giurisprudenza sembrano ammettere pur nell'assenza di una specifica disposizione, sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 2394 cod. civ. o, forse più attendibilmente, sulla base dell'art. 2043 cod. civ. .

In questa prospettiva resta aperta la questione se, in caso di liquidazione giudiziale, permanga o meno in capo ai creditori sociali la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità per incapacità del patrimonio sociale a far fronte ai loro crediti.

8. Azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale delle imprese collettive non societarie: un problema irrisolto.

Il progetto di riforma, pur prevedendo nell'ambito dei principi generali l'assoggettamento al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza di ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente una attività commerciale, industriale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici (ma riservando all'imprenditore che rivesta un profilo dimensionale inferiore a parametri predeterminati la procedura di sovraindebitamento riservata ai debitori civili, professionisti e consumatori) non prende specificamente in considerazione l'insolvenza delle *imprese collettive non societarie* sino ad oggi ritenute assoggettabili al fallimento, naturalmente se esercenti effettivamente attività commerciale.

Si tratta, come è noto, dei consorzi con attività esterna (da considerarsi imprenditori commerciali), delle associazioni (riconosciute e non) e delle fondazioni che, deviando o meno dallo scopo istituzionale, esercitano di fatto attività commerciale.

Il discorso riguarda, altresì, gli enti ecclesiastici che svolgano di fatto attività commerciale.

Il tema dell'assoggettamento di tali soggetti o enti alle procedure concorsuali è particolarmente delicato e complesso e non può essere affrontato in questa sede: qui

sarà sufficiente rilevare che la giurisprudenza, anche di legittimità, ha di volta in volta riconosciuto, sussistendo particolari circostanze, l'assoggettamento di consorzi con attività esterna, associazioni (riconosciute e non) fondazioni ed istituti o enti ecclesiastici alle procedure concorsuali.

In questa prospettiva il profilo dell'esercizio delle azioni di responsabilità in sede concorsuale è quanto mai complesso.

Con riferimento al consorzio con attività esterna, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente escluso che il curatore del fallimento del consorzio sia legittimato ad esercitare, nei confronti degli amministratori del consorzio, l'azione di responsabilità eventualmente spettante a coloro che vantino pretese creditorie a valere sul fondo consortile e lamentino l'incapienza di questo ovvero abbiano subito danni diretti per essere stati fuorviati dalla applicazione dei criteri legali che presiedono alla redazione della situazione patrimoniale del consorzio (cfr. Cass. 3 giugno 2010, n. 13465).

Nella citata decisione è stata altresì esclusa l'esperibilità dell'azione di responsabilità da parte del consorzio nei confronti dei propri amministratori, i quali per legge rispondono solo direttamente nei confronti dei singoli consorziati ed è stata invece postulata l'esperibilità, da parte dei creditori, dell'azione aquiliana di cui all'art. 2043 cod. civ.

Nell'ipotesi di fallimento di associazioni non riconosciute in passato si era ritenuto possibile estendere il fallimento a coloro che avessero agito in nome dell'associazione assumendo così la responsabilità illimitata di cui all'art. 38 cod. civ. Questa soluzione, peraltro non unanimemente condivisa, è resa assai discutibile dalla nuova formulazione dell'art. 147, primo comma, della legge fallimentare a seguito della riforma del 2006 e ciò in quanto la norma novellata si riferisce testualmente ai soci di società commerciali illimitatamente responsabili.

Ancora più complessa è sempre apparsa l'ipotesi di esercizio di azioni di responsabilità, ovvero di estensione del fallimento, in caso di insolvenza di associazioni riconosciute e fondazioni, dotate di autonomia patrimoniale perfetta (tranne per queste ultime le azioni di responsabilità autorizzate dall'autorità governativa ex art. 25 cod. civ.).

Paradigmatica è in questo senso la nota vicenda che ha riguardato l'Istituto Sieroterapico Milanese, nell'ambito della quale si è ritenuto che una fondazione riconosciuta che, eccedendo i limiti posti dallo statuto, eserciti di fatto un'attività imprenditoriale, non solo possa essere dichiarata fallita, ma che l'attività imprenditoriale, essendo incompatibile con lo schema fondazionale, sia in realtà imputabile all'associazione a latere fra i soggetti che hanno gestito l'attività, con conseguente assoggettamento a fallimento di tale associazione da estendersi, in applicazione degli artt. 38 cod.civ. e 147 L.F., a coloro che hanno agito in nome e per conto apparente della fondazione ma in realtà della sottostante associazione (cfr. Cass. 16 marzo 2004 n. 5305).

Qui lo stesso articolato percorso argomentativo necessario per giungere all'affermazione della responsabilità di coloro che hanno agito in nome della fallita

fondazione dimostra all'evidenza le difficoltà di individuare regole certe per la disciplina della insolvenza della fondazione-impresa e per la risarcibilità del danno subito dai creditori.

Per la verità oggi l'opinione che assume una ontologica incompatibilità tra struttura fondazionale ed esercizio dell'attività commerciale risulta (almeno in dottrina) superata, ritenendosi che una fondazione, ma anche una associazione (riconosciuta o meno) possa esercitare attività di impresa, ma i profili di imputazione della responsabilità del dissesto restano nebulosi come per il passato.

Per quanto concerne specificamente la legittimazione ad agire del curatore, infatti, occorre confrontarsi con il dato normativo costituito dall'art.146 L.F., che non menziona l'ipotesi di insolvenza di enti collettivi non societari.

Si è in proposito sostenuta una interpretazione "evolutiva" della norma, intesa quale strumento che consente al curatore di esercitare l'azione di responsabilità in ogni contesto caratterizzato dall'esercizio di una impresa collettiva anche non societaria in regime di limitazione del rischio, o in alternativa una legittimazione fondata sugli artt. 42 e 43 L.F., ma l'assenza di norme di diritto sostanziale che disciplinino le ipotesi di responsabilità (non sembrando gli artt. 22 e 25 cod. civ. sufficienti allo scopo) rendono assai discutibile la sussistenza, *de iure condito*, di una legittimazione del curatore ad agire per far valere la responsabilità di coloro che hanno agito in nome dell'ente collettivo non societario.

Anche sotto il profilo della responsabilità penale per i delitti previsti nella legge fallimentare si pongono delicatissime questioni attesa la tassatività delle ipotesi incriminatrici che testualmente si riferiscono ad amministratori, sindaci, liquidatori ed institori di società, senza alcuna menzione alla ipotesi di imprese collettive non societarie.

Emerge allora un quadro nel quale, in assenza di idonee previsioni legislative, si evidenziano rilevanti aree di possibile irresponsabilità in sede civile e di non punibilità in sede penale di condotte riferibili ad amministratori di enti collettivi non societari idonee a causare dissesti anche di rilevantissime dimensioni.

Pur nella consapevolezza della difficoltà di affrontare una tematica così complessa in assenza di una riforma delle associazioni e delle fondazioni e più in generale delle disposizioni in tema di persone giuridiche, da tempo allo studio, è auspicabile l'eliminazione (o almeno la riduzione) delle aree di potenziale irresponsabilità che tuttora persistono nelle ipotesi sopra considerate.