

**TOMASO GALLETTO**

**LA RESPONSABILITÀ DI AMMINISTRATORI E SINDACI  
NELLA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE:  
UNO SGUARDO D'INSIEME**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Lo stato dell'arte: amministratori e sindaci dopo la riforma societaria del 2003. 2.1. - 2.2. - 2.3. - 3. Le linee guida della legge delega nella materia considerata. - 4. Le proposte attuative nel progetto di decreto legislativo di riforma della disciplina delle crisi di impresa e dell'insolvenza. - 5. Verso una codificazione dei criteri di quantificazione del danno risarcibile. - 6. Il ruolo del Tribunale delle Imprese. - 7. Conclusioni.

**1. PREMESSA**

Le proposte di decreti legislativi attuativi della riforma della disciplina della crisi di impresa finalizzate all'attuazione della legge delega 30 ottobre 2017 n. 155, recentemente trasmesse al Ministro della Giustizia da parte della Commissione Rordorf, affrontano, tra i numerosi altri, anche il tema delle azioni di responsabilità esperibili nell'ambito delle procedure concorsuali.

L'intervento nella materia considerata è in larga misura ricognitivo di regole e principî già attualmente applicati, ma non mancano novità assai interessanti sia sotto il profilo civilistico che sotto quello della disciplina delle procedure concorsuali.

L'impressione che si trae dalla lettura dei diversi articolati che compongono le proposte della Commissione Rordorf è che sia stato fatto un buon lavoro in una materia molto delicata, quale quella in esame, in cui si è talvolta assistito ad una eccessiva dilatazione della responsabilità gestoria delle imprese collettive.

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

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 SOCIETARIA DEL 2003.**

### **2. 1.**

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, 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.

In questa prospettiva - come è noto - una recente decisione delle sezioni Unite della Cassazione, superando un proprio risalente precedente (del 1994) alla luce della legge della riforma del 2003 ha aderito alla teoria secondo la quale il rapporto tra amministratori e società è riconducibile all'ambito dei rapporti societari, data l'essenzialità del rapporto di rappresentanza in capo a questi ultimi (secondo la figura della "immedesimazione organica) non assimilabile né ad un contratto d'opera, né ad un rapporto di tipo subordinato o parasubordinato (Cass. Sez. Unite 20 gennaio 2017 n. 1545)

## 2. 2.

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.

### 2. 3.

Per quanto riguarda i riflessi processuali della riforma del 2003 può osservarsi che 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 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.

Esula dai limiti del presente lavoro una più approfondita disamina della disciplina processuale delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e controllo

delle imprese collettive: in questa sede sarà sufficiente ricordare che diversi sono gli oneri probatori nelle diverse azioni (azione di responsabilità sociale, azione promossa dai creditori sociali, azione diretta del socio o del terzo) e, soprattutto, diverse sono le legittimazioni ad agire.

### **3. LE LINEE GUIDA DELLA LEGGE DELEGA NELLA MATERIA CONSIDERATA.**

Nel complesso quadro normativo e giurisprudenziale che regola la responsabilità gestoria delle imprese collettive, del quale si è cercato di dare conto, si collocano i principî contenuti nella legge delega di riforma e dedicati a questo specifico tema.

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 separatezza 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 principî dettati dalla riforma in ordine alla legittimazione del curatore della liquidazione giudiziale (*olim* fallimento), sono stati estesi al commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa.

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".

#### **4. LE PROPOSTE ATTUATIVE NEL PROGETTO DI DECRETO LEGISLATIVO DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLE CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.**

Venendo all'esame dell'articolato attuativo della riforma proposta dall'apposita Commissione, un primo significativo aspetto che merita di essere sottolineato è l'introduzione nel codice civile (art. 2086, secondo comma) della norma precettiva che in via generale impone all'imprenditore (individuale o collettivo) il *dovere* di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche nella prospettiva di una rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché il dovere di attivarsi senza indugio per il superamento della crisi.

La nuova previsione normativa estende a tutti gli imprenditori un precetto – quello della verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa – già vigente nell'ambito della disciplina della società per azioni (art. 2381, 5° comma, cod. civ.) e ne declina meglio le finalità.

L'assolvimento di questi doveri è a sua volta richiamato nelle disposizioni relative agli assetti organizzativi societari incluse le società di persone (art. 2257, 2380 bis, 2409-*novies*, 2475 cod. civ.) e costituisce, nella prospettiva della riforma, pre-condizione indispensabile per una corretta gestione dell'attività di impresa.

Analoghe previsioni sono contenute nell'articolato del progetto di riforma delle procedure concorsuali, ove all'art. 4 è richiamato il dovere dell'imprenditore (individuale e collettivo) di adottare un adeguato assetto amministrativo ai sensi dell'art. 2086, 2° comma Cod. civ.

Nel valutare, pertanto, la diligenza professionale dispiegata dagli amministratori e sindaci di enti collettivi non potrà prescindere dalla verifica della correttezza dell'assetto organizzativo dell'impresa.

Con più specifico riferimento alle responsabilità di amministratori e sindaci il progetto di riforma contiene novità di notevole interesse per gli operatori.

La prima riguarda l'esercizio dell'*azione di responsabilità nell'ambito del concordato preventivo con cessione dei beni*.

Sono note, in proposito, le questioni che si agitano, – tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza – in merito alla legittimazione ad agire - *de iure condito* – nei confronti degli organi di gestione e controllo della società ammessa al concordato preventivo con cessione dei beni.

Difettando nella specie il fenomeno del c.d. "*spossessamento*" del debitore che caratterizza il fallimento, la tesi maggioritaria esclude che le azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) possano essere esercitate dagli organi della procedura di concordato.

La proposta di riforma, con previsione innovativa, attribuisce al liquidatore dei beni l'esercizio o la prosecuzione dell'azione sociale di responsabilità, vietando che tale azione possa essere esclusa dal perimetro della cessione (art. 120 del progetto).

L'azione dei creditori sociali resta invece in capo a ciascun creditore, anche nel corso della procedura concordataria.

La scelta di attribuire al liquidatore dei beni la legittimazione dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità risolve le questioni controverse alle quali si è fatto cenno, ma apre a sua volta una nuova questione, relativa al titolo di tale legittimazione. Attesa la natura e la funzione del liquidatore dei beni, generalmente intesa quale mandatario ex lege nell'interesse dei creditori, si dovrebbe configurare la natura surrogatoria dell'azione di responsabilità sociale iniziata o proseguita dal liquidatore, dal momento che quest'ultimo eserciterebbe un'azione che appartiene alla società concordataria.

La seconda innovazione, di natura più sistematica che sostanziale, riguarda la enumerazione delle azioni di responsabilità che il Curatore (della futura liquidazione giudiziale) può esercitare.

Sotto rubrica "*Azioni di responsabilità*" l'art. 260 del progetto di riforma dispone:

*"1. Il curatore può promuovere o proseguire, anche separatamente:*

- a) l'azione sociale di responsabilità;*
- b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'articolo 2394 e dall'articolo 2476, comma 5-bis, del codice civile;*
- c) l'azione prevista dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile;*
- d) l'azione prevista dall'articolo 2497, comma quarto, del codice civile;*
- e) tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge".*

Nel catalogo delle varie azioni di responsabilità al cui esercizio è abilitato il Curatore meritano particolare menzione l'azione dei creditori sociali nella s.r.l. (previsione che pone fine alla residua perplessità sulla sopravvivenza o meno di tale azione a causa del

silenzio sul punto nella riforma societaria del 2003) e quella per responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497, comma quarto, cod. civ.

Tra le altre azioni di responsabilità attribuite al Curatore da singole norme si annovera quella nei confronti degli amministratori per i danni arrecati dalla prosecuzione dell'attività sociale dopo il verificarsi di una causa di scioglimento (art. 2486, secondo comma, cod. civ.) e quella esercitabile ex art. 262 comma 6 del progetto di riforma "*nei confronti del socio amministratore cui la procedura di liquidazione giudiziale non è stata personalmente estesa*".

Quest'ultima previsione non risulta di agevole decifrazione.

Infatti 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 da singoli soci direttamente danneggiati dalla "*mala gestio*" degli amministratori, che dottrina e giurisprudenza sembrano ammettere pur nell'assenza di una specifica disposizione, sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 2395 cod. civ. o, forse più attendibilmente, sulla base dell'art. 2043 cod. civ..

Con riferimento alle imprese collettive non societarie la legge delega per la 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.).

In questo complesso quadro normativo interviene ora, in sede attuativa, il progetto di riforma prevedendo all'art. 264 che *“le disposizioni degli articoli precedenti trovano applicazione, in quanto compatibili, anche agli enti e imprenditori collettivi non societari e ai relativi componenti, ove illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente e a coloro che, in base alle norme che li disciplinano, rispondono personalmente e illimitatamente delle obbligazioni dell'ente”*.

La norma colma una evidente lacuna del sistema e deve conseguentemente essere accolta con favore, non senza rilevare che la complessità del fenomeno dell'esercizio di impresa da parte di enti collettivi non societari avrebbe meritato una disciplina *ad hoc* piuttosto che di mero rinvio a quella degli imprenditori collettivi societari.

## **5. VERSO UNA CODIFICAZIONE DEI CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE.**

Strettamente correlata al tema della responsabilità di amministratori e sindaci è la previsione della introduzione nell'art. 2486 Cod. civ. di un nuovo (terzo) comma che detta il criterio da seguirsi per la quantificazione del danno conseguente alla violazione degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale che incombono sugli amministratori (e sindaci) al verificarsi di una causa di scioglimento della società.

La nuova norma dispone testualmente quanto segue: *“il danno risarcibile è determinato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1225, 1226 e 1227, in quanto compatibili con la natura della responsabilità, in relazione al pregiudizio arrecato al patrimonio sociale dai singoli atti compiuti in violazione del dovere previsto dal comma primo. Tuttavia, in caso di scritture contabili o comunque inattendibili, il danno risarcibile corrisponde alla differenza tra il netto patrimoniale al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento della società e il netto patrimoniale al momento in cui è cessata la prosecuzione indebita dell'attività oppure è aperta la procedura di liquidazione della società, con salvezza della prova contraria e, in ogni caso, del potere di liquidazione equitativa del danno da parte del giudice.”*

Come è agevole rilevare la nuova disposizione è fortemente influenzata dalla già citata decisione delle Sezioni Unite del 2015, della quale riprende quasi testualmente il fulcro della motivazione.

Un altro esempio, dunque, della tecnica legislativa che consolida a livello normativo il portato della evoluzione della giurisprudenza (una specie di *Restatement* tipico dell'esperienza nord-americana), rispetto al quale deve rilevarsi che i criteri dettati dalla norma sembrano idonei ad evitare derive interpretative che – come è accaduto – perdono di vista il necessario nesso causale tra comportamento e danno.

Nell'ipotesi di scritture contabili mancanti o inattendibili la scelta operata a favore della quantificazione del danno nella c.d. differenza tra i netti patrimoniali coglie i suggerimenti della più attenta dottrina, anche economica, e ripudia il discutibile criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare che in passato ha trovato avallo anche in sede di legittimità.

## **6. IL RUOLO DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE.**

Per quanto riguarda l'individuazione del giudice competente a conoscere le cause di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci il progetto di legge delegata predisposto dalla Commissione non innova la vigente disciplina.

Nel capo dedicato alla “Giurisdizione concorsuale”, infatti, si individuano i criteri attributivi della giurisdizione e della competenza in materia di regolazione della crisi e dell’insolvenza (distinguendo quanto alla competenza, tra il Tribunale circondariale per i procedimenti relativi al sovraindebitamento, quello sede del Tribunale delle Imprese per le amministrazioni straordinarie e per i gruppi di imprese di rilevanti dimensioni, e quello concorsuale – individuato in apposita Tabella – per le procedure concorsuali diverse da quelle in precedenza indicate).

Non si rinviene una specifica disciplina in materia di competenza per le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci, dovendosi conseguentemente ritenere la perdurante applicabilità delle vigenti regole.

Da ciò deriva che la competenza a conoscere delle azioni di responsabilità (relative alle società di capitali e cooperative, alle stabili organizzazioni in Italia di Società costituite all’estero e alle società - anche di persone – che rispetto a quelle in precedenza elencate esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento) appartiene al Tribunale delle imprese ai sensi dell’art. 3, comma 2 del D. Lgs. 27 giugno 2003 n. 168 e successive modifiche ed integrazioni.

E’ destinata così a reiterarsi la possibile dissociazione tra tribunale competente per la procedura concorsuale e Tribunale competente per l’esercizio dell’azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci.

## **7. CONCLUSIONI**

L’esame delle disposizioni che il progetto di riforma dedica alla materia – qui considerata – della responsabilità di amministratori e sindaci nelle crisi di impresa consente di confermare la valutazione positiva delle scelte che sono state operate.

Sono stati risolti taluni nodi interpretativi conseguenti alla riforma delle società del 2003 e sono stati altresì codificati alcuni principî di derivazione giurisprudenziale nella prospettiva di assicurare una maggiore uniformità delle soluzioni in concreto applicate in sede contenziosa.

Particolarmente significativa, ai fini di una adeguata soluzione delle crisi di impresa, appare poi la previsione che impone ad amministratori e sindaci di adottare un assetto organizzativo adeguato alle dimensioni dell’impresa allo scopo di consentire una tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di iniziative idonee a farvi fronte (art. 4 del progetto di riforma).

La violazione di tale obbligo costituirà, di per sé, fonte di responsabilità in capo agli organi gestori e di controllo dell’imprenditore collettivo (societario e non), imponendosi così una opportuna elevazione del grado di diligenza dispiegata nella conduzione dell’impresa.

Sotto un diverso profilo non può che essere salutato con favore l’introduzione di regole sulla responsabilità degli amministratori di enti collettivi non societari, che vanno a

colmare una lacuna dell'ordinamento che consentiva rilevanti aree di possibile irresponsabilità in ambito civilistico.

Permane invece l'insoddisfazione per la mancata previsione di analoghe regole in ambito penale.

Per i delitti previsti nella legge fallimentare si pongono infatti delicatissime questioni attese la tassatività delle ipotesi incriminatrici che testualmente si riferiscono ad amministratori, sindaci, liquidatori ed institori di società, senza alcuna menzione alle ipotesi di imprese collettive non societarie.

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.