

# LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE  
ANNO XXXIX

a cura di  
**GIORGIO CIAN**  
**ALBERTO MAFFEI ALBERTI**  
**PIERO SCHLESINGER**

## 3/2016

> [edicolaprofessionale.com/NLC](http://edicolaprofessionale.com/NLC)

### Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,  
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,  
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

### Redattore capo:

A. Finessi

**Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio**

**Profili processualcivilistici del d.lgs. n. 7/2016**

**La prospettiva processuale della pauliana**

**Transazioni nelle procedure di bonifica e  
riparazione del danno ambientale**

**Credito d'imposta e interventi di bonifica  
da amianto**

**Le procedure di risoluzione alternativa  
delle controversie in materia di consumo**

**Clausole *claims made* e determinazione unilaterale  
dell'oggetto nel B2B**

**La responsabilità dell'amministratore  
nell'impresa in crisi**

**S.r.l con socio unico: proposta di direttiva**



Wolters Kluwer

GIANLUCA GUERRIERI (\*)  
Professore nell'Università di Bologna

## LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE NELL'IMPRESA IN CRISI <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I doveri degli amministratori di società in crisi. – 2.1. Crisi patrimoniale. – 2.2. Crisi finanziaria sfociata in insolvenza. – 2.3. Crisi finanziaria non sfociata in insolvenza. – 3. Le azioni di responsabilità nelle procedure di crisi. – 3.1. Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. – 3.2. Concordato preventivo. – 3.2.1. L'azione sociale di responsabilità. – 3.2.2. L'azione di responsabilità dei creditori sociali. – 3.2.3. Proposta di concordato preventivo ed azione di responsabilità dei creditori sociali.

### 1. Premessa.

Trattare di responsabilità degli amministratori di imprese in crisi richiede di affrontare due ordini di problemi che possono e devono essere mantenuti distinti: da un lato, l'individuazione dei doveri che incombono sugli organi gestori di società in crisi <sup>(2)</sup>, doveri il cui inadempimento può determinare l'insorgere di profili di responsabilità a carico dei loro componenti; d'altro lato, l'individuazione delle modalità attraverso cui, negli enti societari in stato di crisi, la responsabilità di detti soggetti può essere fatta valere.

Si tratta di questioni che, nell'ordinamento italiano <sup>(3)</sup>, sono disciplinate in parte da norme di diritto societario, in parte da norme di diritto

---

(\*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del *Comitato per la valutazione scientifica*.

(1) Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore nel corso del convegno scientifico dedicato a «*La responsabilità degli amministratori di società*», svoltosi a Bolzano in data 27 novembre 2015, ed è destinato alla pubblicazione negli Atti del convegno.

(2) Dovendosi trattare della responsabilità dei componenti gli organi amministrativi di enti esercenti attività di impresa, si prenderà in considerazione, in particolare, la posizione degli amministratori di società: gli enti deputati, per eccellenza, all'esercizio delle attività di cui all'art. 2082 c.c. Particolare attenzione, in particolare, verrà rivolta alla disciplina delle società per azioni, cercando, tuttavia, di ampliare il discorso – perlomeno implicitamente – ai diversi tipi sociali presi in considerazione dal nostro sistema giuridico.

(3) Il solo a cui è dedicata la presente trattazione.

concorsuale: scelta – comune anche ad altri sistemi giuridici – in grado di determinare problematiche di non poco momento ogni qual volta si apra una procedura concorsuale che, sulla base delle norme in tema di insolvenza transfrontaliera<sup>(4)</sup>, assoggetti le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori ad una legge diversa da quella loro applicabile nel periodo in cui la società era *in bonis*; essendo evidente che, indipendentemente dal contenuto della *lex concursus*, la stessa non dovrebbe mai comportare l'accertamento, in capo agli amministratori, di profili di responsabilità derivanti da azioni od omissioni che, sulla base della *lex societatis*, dovevano considerarsi legittime<sup>(5)</sup>.

## 2. I doveri degli amministratori di società in crisi.

Il dibattito relativo ai doveri che incombono in capo agli amministratori di società in crisi<sup>(6)</sup> si è rivitalizzato, in Italia, alla luce delle norme di

<sup>(4)</sup> E v. il reg. CE n. 1346/2000 e il reg. UE n. 848/2015, che per previsione dell'art. 92 si applica, salvo sia diversamente disposto, a partire dal 26 giugno 2017.

<sup>(5)</sup> La conclusione riportata nel testo pare doversi imporre, in via ermeneutica, in applicazione del principio per cui a nessuno possono essere imputati gli effetti negativi di un comportamento a cui non era – né poteva sapere di essere – tenuto.

<sup>(6)</sup> Crisi che – stante il tema oggetto del presente contributo – si considererà già manifestata, perlomeno agli occhi degli amministratori; rimanendo dunque estranea alla presente trattazione la serie di problematiche inerenti i doveri degli amministratori aventi ad oggetto la tempestiva rilevazione della crisi. Su tali questioni, e sui temi trattati nel testo, v., *ex multis*, NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 457 ss.; SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304 ss.; MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi*, in *Riv. società*, 2011, p. 820 ss.; D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 411 ss. (ove, a p. 473, riferimenti alla *Guida legislativa sull'insolvenza* elaborata dall'Uncitral); STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in BENAZZO, CERA e PATRIARCA (diretto da), *Il diritto delle società oggi - Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, Torino, 2011, p. 733 ss.; GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); A. ROSSI, *La gestione dell'impresa nella crisi "atipica"*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2015; ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 896 ss.; GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. società*, 2013, p. 1114 ss.; TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. società*, 2013, p. 1138 ss., ove ampi riferimenti di diritto comparato, e da ultimo LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016; cfr., inoltre, il *Report Winter*, elaborato nel 2002 dall'*High Level Group of Company Law Experts*, la cui *Recommendation III.13* ha ad oggetto l'adozione di una *wrongful trading rule* (e v. NIGRO, *op. cit.*, p. 474, ove riferimenti all'art. 214 dell'*Insolvency Act* del 1986); in particolare, a p. 68 del Report si legge quanto segue: "[...] if the directors ought to foresee that the company cannot continue to pay its debts, they must decide either to rescue the company (and ensure

diritto concorsuale che, dal 2005 ad oggi, hanno arricchito il catalogo degli strumenti di soluzione concordata della crisi d'impresa e, a differenza che nel passato, ne hanno consentito l'utilizzo anche agli imprenditori che siano in semplice stato di crisi, non ancora sfociato in insolvenza, senza tuttavia imporre espressamente nuovi, specifici comportamenti a carico degli organi di società che si trovino in tale condizione: scelta di politica legislativa confermata anche dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83<sup>(7)</sup>, convertito in legge con l. 6 agosto 2015, n. 132 (in *G.U.* n. 192 del 20 agosto 2015), e dal recentissimo d.l. 3 maggio 2016, n. 59<sup>(8)</sup> (in *G.U.* n. 102 del 3 maggio 2016), che si sono astenuti dal legiferare in materia (secondo quanto previsto, per contro, dal disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", elaborato dalla commissione governativa presieduta dal Consigliere Renato Rordorf e approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016<sup>(9)</sup>).

---

future payment of creditors) or to put it into liquidation. Otherwise, the directors will be liable fully or in part to creditors for their unpaid claims. The details of the national rules vary considerably. In some Member States there are no specific provisions, but a similar effect is achieved through general rules on directors' liability, sometimes by tort law, though the general duty to file a petition for bankruptcy in the case of actual insolvency comes too late. The concept of wrongful trading applies both to independent companies and to companies within groups. The directors of a subsidiary company are subject to the rules, as well as the parent company and its directors if they operate as de facto or "shadow" directors of the subsidiary. The beauty of the rule is that it does not interfere with the ongoing business decisions of directors, as long as an insolvency situation is not yet foreseeable. A general obligation to file for bankruptcy in case of actual insolvency usually comes too late".

(7) Decreto legge (su cui *infra*, in nota) recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e procedura civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria.

(8) Decreto recante disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione, e che, in materia concorsuale, ha inciso su profili estranei ai temi oggetto della presente trattazione (fra i quali la creazione di un registro elettronico relativo alle procedure espropriative e concorsuali e la possibilità di utilizzare strumenti telematici nell'ambito delle procedure di crisi; senza considerare le norme di diritto concorsuale dettate in tema di pegno mobiliare non possessorio e di finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato).

(9) Su tale disegno di legge (comunemente denominato d.d.l. Rordorf) si veda di seguito, *passim*, nel testo e in nota.

### 2.1. *Crisi patrimoniale.*

Come noto e già evidenziato in altra sede<sup>(10)</sup>, la legge italiana dedica specifiche disposizioni sia all'ipotesi in cui una società di capitali si trovi in difficoltà di ordine patrimoniale, sia all'ipotesi in cui un qualsivoglia imprenditore – ivi compresi quelli costituiti in forma societaria – sia insolvente.

Sotto il primo profilo vengono in considerazione i precetti in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale e, segnatamente, gli artt. 2446 e 2447 c.c., in tema di s.p.a., e gli artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c., in tema di s.r.l.; disposizioni che,

(i) per l'ipotesi di discesa del patrimonio netto della società al di sotto dei due terzi del capitale sociale (e di conseguente perdita superiore ad un terzo del capitale sociale), impongono agli amministratori di convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti; dovendosi comunque ridurre obbligatoriamente il capitale sociale – salva l'ipotesi di cui all'art. 182 *sexies* l. fall.<sup>(11)</sup> – ove la perdita non risulti diminuita a meno di un terzo entro l'esercizio successivo;

---

<sup>(10)</sup> E v. GUERRIERI, *Risanamento dell'impresa e diritto societario*, destinato alla pubblicazione all'interno del volume, a cura di *Dialogi Europaei*, contenente gli atti del convegno di Oporto, tenutosi il 23 gennaio 2015 su *Recuperaçao de empresas e insolvencia*; articolo di cui, nel prosieguo del presente par. 2, saranno ripresi molti passaggi.

<sup>(11)</sup> L'articolo ora citato – come noto – è stato introdotto nel nostro sistema giuridico mediante d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, in *G.U.* n. 187 dell'11 agosto 2012, s.o. n. 171) e, nel recepire un orientamento diffuso in giurisprudenza (e v., *inter alia*, Trib. Ancona 12 aprile 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 110; NOBILI e SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. 6, Torino, 1993, p. 330), ma svincolato, sino all'entrata in vigore del citato decreto legge, dai dati di diritto positivo, ha previsto l'inapplicabilità degli artt. 2447, 2482 *ter*, 2484, n. 4) (oltre che, per le società cooperative, 2545 *duodecies*) c.c., “Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo (...), della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* ovvero della proposta di accordo a norma del comma sesto dello stesso articolo e sino all'omologazione” e ha stabilito che, durante lo stesso periodo, non si applicano nemmeno gli artt. 2446, commi 2° e 3°, e 2482 *bis*, commi 4°, 5° e 6°, i quali prevedono ulteriori casi di riduzione obbligatoria del capitale, per le ipotesi in cui, verificatasi la diminuzione di oltre un terzo del capitale “in conseguenza di perdite” e convocata “senza indugio” l'assemblea dei soci “per gli opportuni provvedimenti”, “la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo” “entro l'esercizio successivo”: disciplina che si giustifica in considerazione della volontà legislativa di evitare, alle società in crisi, di dover ridurre il proprio capitale sociale e/o optare per l'alternativa fra ricapitalizzazione e scioglimento in epoca anteriore, o immediatamente successiva, all'ingresso in procedure generalmente volte a una diminuzione del passivo e/o a un incremento dell'attivo e al conseguente ripristino di un equilibrio patrimoniale.

Evidente come l'art. 182 *sexies* l. fall. incida profondamente sul riparto di competenze fra assemblea ed amministratori nell'ambito della *governance* delle società. Qualora, infatti, l'organo di gestione opti per la presentazione di una domanda di concordato preventivo o di

(ii) per l'ipotesi di discesa del patrimonio netto, oltre che al di sotto dei due terzi del capitale sociale, al di sotto del minimo legale<sup>(12)</sup>, impongono ugualmente la convocazione dell'assemblea, che sarà chiamata ad optare immediatamente – salvo il già citato disposto dell'art. 182 *sexies*, l. fall. – fra ricapitalizzazione, trasformazione in un tipo sociale che non preveda un capitale minimo incompatibile col valore del patrimonio netto della società o liquidazione dell'ente (disposta dalla legge – come anticipato – ogni qual volta i soci non prescelgano una delle ulteriori alternative delineate dalla legge)<sup>(13)</sup>.

---

omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti prima che ricorrano i presupposti di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., nel momento in cui tali presupposti, eventualmente, si verificheranno l'assemblea sarà verosimilmente libera di optare per una delle tre alternative previste dai predetti articoli solo ove compatibili – in astratto e in concreto – con la domanda presentata (potendo allora essere concretamente impedita, ad esempio, la trasformazione della società). Qualora, per contro, nel momento in cui l'assemblea sia convocata per deliberare ai sensi degli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., non sia stata avviata alcuna procedura di soluzione concordata della crisi, occorre chiedersi se la stessa assemblea – in alternativa a ricapitalizzazione, trasformazione o liquidazione della società – possa deliberare, con effetto vincolante per gli amministratori, la presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti: quesito a cui, per le s.r.l., pare possibile dare una risposta affermativa (e v. l'art. 2479 c.c.), al contrario di quanto sembra doversi sostenere per le s.p.a. (e v. l'art. 2380 *bis* c.c.). Su questi e su altri problemi, scaturenti dal coordinamento fra l'art. 182 *sexies* l. fall. e le disposizioni del codice civile sulla gestione delle società di capitali, v. in particolare A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it), p. 1 ss.

<sup>(12)</sup> Oggi stabilito, per le s.p.a., nella misura di 50.000,00 euro (e v. l'art. 2327 c.c.); per le s.r.l., nella misura di 10.000,00 euro (e v. l'art. 2463, n. 4), c.c.); ferma la possibilità, per tutte le s.r.l. ordinarie, di determinare il capitale “in misura inferiore a euro diecimila, pari almeno a un euro” (e v. lo stesso art. 2463, comma 4°, c.c.), e salva la disposizione dettata dall'art. 2463 *bis*, comma 2°, n. 3), c.c., per cui il capitale delle s.r.l. semplificate deve essere “pari almeno a 1 euro e inferiore all'importo di 10.000 euro previsto dall'art. 2463, secondo comma, n. 4)” c.c.

<sup>(13)</sup> La disciplina ora descritta rappresenta l'architrave su cui si impernia la normativa in tema di capitale sociale: normativa oggetto di un vibrante dibattito, animato da giuristi di formazione anglosassone (e v. per tutti ENRIQUES e MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. società*, 2002, p. 78 ss.; *contra*, tuttavia, *ex multis*, DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 585 ss.), convinti dell'opportunità di apprestare forme di tutela dei creditori basate su coefficienti di natura finanziaria piuttosto che su parametri di carattere patrimoniale.

È noto, peraltro, come recentemente la “riscrittura” della seconda direttiva CEE in materia societaria (dir. 2012/30/UE) abbia consacrato la scelta del legislatore comunitario di riconfermare, ad onta di detti orientamenti dottrinali, la disciplina del capitale, nella convinzione che imporre il mantenimento di un valore positivo del patrimonio netto possa rappresentare uno dei baluardi posti a protezione del ceto creditorio.

E, in effetti, la scelta pare condivisibile, dovendosi considerare che, per rimanere al sistema italiano, la disciplina dettata dagli artt. 2447, 2482 *ter* e 2484, n. 4), c.c., ove

## 2.2. *Crisi finanziaria sfociata in insolvenza.*

Sotto il secondo profilo, occorre ricordare che, fra le disposizioni di carattere penale contenute nella legge fallimentare, riveste un ruolo significativo l'art. 217, comma 1°, n. 4), per cui è punito, a titolo di bancarotta semplice, “con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente”<sup>(14)</sup>, “ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa”. Disposizione da cui viene generalmente desunto che l'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, riconosciuta dall'art. 6 l. fall. anche al debitore (oltre che ai creditori e al pubblico ministero), se generalmente è oggetto di una mera facoltà, nella situazione preveduta dall'art. 216, n. 4), l. fall. diviene oggetto di un vero e proprio obbligo, che l'art. 223, comma 1°, l. fall.<sup>(15)</sup> estende – oltre che all'imprenditore individuale insolvente – anche “agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società” fallite.

In realtà, per rimanere alla posizione degli amministratori<sup>(16)</sup> delineata dalle norme penali della legge fallimentare con riferimento alle società in stato di insolvenza, è opportuno ricordare – *inter alia* – che,

---

rispettata, assicurerebbe la soddisfazione integrale dei creditori anche nelle ipotesi di insolvenza e di conseguente apertura di una procedura concorsuale a carico della società; non potendosi, teoricamente, verificare – se non per avvenimenti imponderabili – casi in cui l'ente divenga incapace di soddisfare regolarmente i propri creditori e, al contempo, essendosi conformato alla regola “ricapitalizza o liquida”, abbia un attivo patrimoniale inferiore alle passività.

D'altra parte, se è vero che, in moltissimi casi, la regola “ricapitalizza o liquida” non viene rispettata – tanto che la sua violazione rappresenta l'addebito più ricorrente mosso agli amministratori nel contesto delle azioni di responsabilità esercitate dagli organi delle procedure concorsuali – è altrettanto vero che una seria statistica circa il grado di efficienza di detta regola dovrebbe muovere dalla rilevazione degli innumerevoli casi in cui, su iniziativa degli organi sociali, i soci vengono indotti a ricapitalizzare, trasformare o sciogliere la società, consentendo dunque ai creditori di godere delle forme di protezione accordate loro dalla legge.

<sup>(14)</sup> Trattasi, chiaramente, dell'art. 216 l. fall., che disciplina le fattispecie di “Banca-rotta fraudolenta”.

<sup>(15)</sup> Ai sensi della citata disposizione, “Si applicano le pene stabilite nell'art. 216” anche ai soggetti individuati di seguito, nel testo, ove abbiano “commesso alcuni dei fatti preveduti nel suddetto articolo” 216 l. fall. e la società sia dichiarata fallita.

<sup>(16)</sup> Quanto ai liquidatori, ai direttori generali e ai componenti degli organi di controllo, è inutile dire che la normativa loro applicabile deve essere ricostruita anche tenendo conto dei doveri dei gestori.

(i) ai sensi dell'art. 223, comma 2°, l. fall., “si applica” loro (oltre che ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori) “la pena prevista dal primo comma dell'art. 216<sup>(17)</sup> se:

1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società commettendo alcuni dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile”<sup>(18)</sup>;

“2) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società”;

(ii) ai sensi dell'art. 224 l. fall., amministratori – oltre che direttori generali, sindaci e liquidatori – di società fallite sono puniti con le pene stabilite dall'art. 217 l. fall., in tema di bancarotta semplice, se abbiano commesso alcuni dei fatti previsti da quest'ultimo articolo o abbiano “concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge” (fra cui il dovere di agire con diligenza per rilevare ed affrontare tempestivamente la crisi);

(iii) ai sensi dell'art. 236 l. fall., i citati artt. 223 e 224 l. fall. si applicano anche nel caso di concordato preventivo.

Una precisa individuazione dei doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società è, dunque, possibile solo ricostruendo la nozione di aggravamento del dissesto e le ipotesi in cui lo stesso possa dirsi cagionato, *inter alia*, dall'omessa istanza di fallimento in proprio<sup>(19)</sup>; ricostruzione che dovrebbe valere a chiarire, in particolare, in quali ipotesi è consentito all'organo di gestione di una società insolvente proporre ai creditori il ricorso a un istituto di soluzione concordata della crisi e in quali ipotesi, per contro, tale comportamento può essere fonte di responsabilità, sul piano penale e/o sul piano civile. Ed è inutile osservare che, ove effettivamente il legislatore italiano voglia promuovere il ricorso a tali istituti anche da parte di società insolventi<sup>(20)</sup>, è opportuno che fornisca

---

<sup>(17)</sup> E cioè la reclusione da tre a dieci anni.

<sup>(18)</sup> Norme penali in materia di società e di consorzi, facenti parte del titolo XI del libro V c.c., e relative a false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.), illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.), illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.), operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.), formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.), indebita restituzione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.), infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

<sup>(19)</sup> Sul punto, e su altre problematiche ingenerate dagli artt. 223 ss. l. fall., v. per tutti CASAROLI, *Art. 223 (e successivi)*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1518 ss., ove ampi riferimenti.

<sup>(20)</sup> Proposito che, in realtà, pare contraddetto dalle norme introdotte nel testo della legge fallimentare dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge con l. 6 agosto 2015, n.

una risposta a tali interrogativi, auspicabilmente statuendo ciò che, *de iure condito*, pare ragionevole sostenere già alla luce degli attuali dati normativi, e cioè che la tempestiva presentazione – da parte di un imprenditore insolvente – di una proposta di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (a.r.d.), ovvero di un accordo o di una convenzione *ex art. 182 septies*, l. fall., se non anche la negoziazione di un piano di risanamento attestato *ex art. 67*, lett. *d*, l. fall., di per sé sola<sup>(21)</sup> non possa essere fonte di responsabilità<sup>(22)</sup>; fermo restando che qualora tali ipotesi si rivelino non percorribili, o in concreto non vengano percorse, entro un ragionevole arco di tempo dal manifestarsi dell'insolvenza (o, *de iure condendo*, di specifici segnali di allerta che siano considerati rilevatori dell'insolvenza<sup>(23)</sup>), il deposito di un'istanza di fallimento in proprio, per-

---

132, che – in palese controtendenza con il *trend* normativo che ha caratterizzato l'ordinamento italiano nel periodo 2005-2015 – ha ridotto la possibilità per gli imprenditori in crisi di accedere al concordato preventivo, statuendo, *inter alia*, che – con la sola eccezione dei concordati con continuità aziendale – “in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari” (e v. il novellato art. 160, ultimo comma, l. fall.) ed eliminando il principio del silenzio-assenso in sede di manifestazione del voto da parte dei creditori (art. 178, comma 4°, l. fall.).

<sup>(21)</sup> E salve le ipotesi (oltre che di commissione di specifici reati) di illegittimità dolose o colpose del debitore (per quanto interessa in questa sede, degli amministratori della società debitrice) e dell'attestatore, che si sia pronunciato – secondo quanto disposto dagli artt. 67, lett. *d*, 161, 182 *bis* l. fall. – sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità del piano, esponendosi in tal modo, perlomeno astrattamente, oltre che a responsabilità penale (e v. l'art. 236 *bis* l. fall., in tema di “Falso in attestazioni e relazioni” dell'attestatore), anche a responsabilità civile; parendo corretto ritenere, sotto quest'ultimo profilo, che ambedue tali soggetti possano ritenersi responsabili per il danno derivante dalla ritardata declaratoria di fallimento della società, e dal conseguente aggravamento del dissesto, oltre che nelle ipotesi di dolo, solo nei casi in cui, impiegando la diligenza da loro esigibile (e ferma l'esclusione da responsabilità per colpa lieve prevista dall'art. 2236 c.c., per il professionista chiamato alla “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”, ove ricorrano i presupposti previsti da tale norma), avrebbero potuto e dovuto rendersi conto della non fattibilità del piano; dovendosi invece escludere che la negoziazione e la predisposizione di un piano a priori fattibile, al fine di ricorrere a uno degli istituti di soluzione concordata della crisi, possano ritenersi fonte di responsabilità, anche in caso di insuccesso di detti istituti e di aggravamento del dissesto della società.

<sup>(22)</sup> E questo, nonostante l'attestazione avente ad oggetto la veridicità dei dati e la fattibilità del piano – prevista per ciascuno di detti istituti – non garantisca necessariamente che si tratti di una proposta ragionevole, secondo quanto potrebbe avvenire ove l'attestatore dovesse esprimersi – sotto la propria responsabilità – anche circa l'idoneità della proposta ad assicurare (se non la migliore) una congrua soddisfazione dei creditori, tenendo conto dello stato di crisi in cui si trova il debitore.

<sup>(23)</sup> Sulle “Procedure di allerta e composizione assistita della crisi” v. l'art. 4 del disegno di legge Rordorf recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza”, cit. (e v. nel testo, *sub par. 2*): d.d.l. su cui di seguito, alla nt. 34. V., inoltre, *infra, sub par. 2.3*, nel testo e in nota.

lomeno quando la società continui a produrre perdite, dovrebbe essere dichiarato obbligatorio<sup>(24)</sup>, secondo quanto pare corretto ritenere anche alla luce della normativa attualmente in vigore.

### 2.3. *Crisi finanziaria non sfociata in insolvenza.*

Quanto alle ipotesi di crisi non sfociata in insolvenza – generalmente ricondotta, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alla temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni o al concreto pericolo di insolvenza<sup>(25)</sup> – l’ordinamento italiano non detta alcuna specifica disposizione inerente la condotta degli amministratori.

Certo, nell’ipotesi in cui la società abbia perduto la c.d. “continuità aziendale”<sup>(26)</sup>, taluno sostiene<sup>(27)</sup> che possa dirsi integrata la causa di scioglimento di cui all’art. 2484, n. 2), c.c., a norma del quale le società di capitali si sciolgono “per il conseguimento dell’oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l’assemblea, all’uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie”; con la conseguenza che gli amministratori sarebbero tenuti a iscrivere nel registro delle imprese la dichiarazione di accertamento dell’avvenuto scioglimento, di cui allo stesso art. 2484 c.c., e a porre in essere gli ulteriori incombeni prescritti dagli artt. 2485 ss. c.c., per l’ipotesi di liquidazione.

Trattasi, tuttavia, di una chiave di lettura dell’art. 2484 c.c. che si pone in contrasto con l’orientamento tradizionale, secondo cui si ha impossibilità di conseguimento dell’oggetto sociale quando l’esercizio dell’attività di impresa prevista dallo statuto diviene giuridicamente o materialmente impossibile<sup>(28)</sup>.

Ne discende che, anche in caso di perdita della continuità aziendale, così come in ogni altra ipotesi di crisi non ancora sfociata in insolvenza, gli

<sup>(24)</sup> Si vedano, al riguardo, le soluzioni previste dall’ordinamento francese e dall’ordinamento spagnolo ricordate da NIGRO, *op. cit.*, p. 473.

<sup>(25)</sup> E v. per tutti FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 88 ss.; NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2014, pp. 21 ss., 61 ss. e 354 ss.

<sup>(26)</sup> E si trovi dunque nella situazione per cui l’impresa non può più operare quale *going concern* (e v. l’art. 2423 *bis*, n. 1), c.c., per cui il bilancio delle s.p.a. deve venire redatto, fra l’altro, “nella prospettiva della continuazione dell’attività”).

<sup>(27)</sup> E v., *inter alia*, RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 223 ss.; SPOLIDORO, *Capitale sociale*, in *Enc. Dir. Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 229 ss.; ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d’impresa*, cit., p. 915.

<sup>(28)</sup> E v. in questo senso, fra gli altri, FERRI jr. e SILVA, *In tema di impossibilità di conseguimento dell’oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali*, Studio n. 237-2014/I del Consiglio Nazionale del Notariato, 9 settembre 2014, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it); MONTAGNINI, *Crisi dell’impresa e impossibilità dell’oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 245 ss.

amministratori dovranno conformarsi ai parametri generali che devono ispirare l'attività gestionale, *in primis* il canone di diligenza<sup>(29)</sup>.

È alla stregua di tale criterio, dunque, che si dovrà verificare, *inter alia*, se, in quale momento e con quali modalità gli amministratori siano tenuti a proporre al ceto creditorio una soluzione concordata della crisi<sup>(30)</sup>: comportamento che, alla luce della spinta propulsiva impressa dal legislatore a tali istituti, perlomeno sino al 2015, potrà di frequente essere giudicato doveroso, specie nelle situazioni in cui, in un'ottica *ex ante*, sia prevedibile un aggravamento del dissesto<sup>(31)</sup>.

Invero, per conferire al sistema un maggior grado di certezza e per consentire ai componenti dell'organo di gestione di individuare con precisione le condotte imposte loro dalla legge<sup>(32)</sup>, si potrebbe pervenire – eventualmente mediante riferimento a specifici parametri e sintomi di allerta – a una definizione dello stato di crisi<sup>(33)</sup> e statuire che, in presenza

<sup>(29)</sup> E v., in tema di s.p.a., l'art. 2392, c.c., a norma del quale “Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”: norma che rappresenta un limite alla c.d. *business judgment rule*, per la quale il merito delle scelte compiute dagli amministratori è insindacabile sia dagli organi di vigilanza (a cui siano affidati – ed è il caso del collegio sindacale – controlli di legittimità), sia – *a fortiori* – dall'autorità giudiziaria.

<sup>(30)</sup> Si noti, peraltro, che la possibilità, prevista in tema di concordato preventivo dagli artt. 163 e 163 *bis* l. fall. (e v. la novella di cui al d.l. n. 83/15, conv. con l. n. 132/15, cit.), di presentazione di proposte concorrenti (inammissibili quando un professionista attesti che la proposta di concordato presentata dal debitore assicura il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il quaranta per cento – nei concordati con continuità aziendale, il trenta per cento – dei crediti chirografari: art. 163, comma 5°, l. fall.) e di offerte concorrenti (e v. l'art. 163 *bis* l. fall.) condurrà verosimilmente a un affievolimento della responsabilità adossabile agli amministratori in considerazione del contenuto della proposta e del piano di concordato (perlomeno quando gli stessi non impediscano il lancio di proposte e offerte concorrenti), essendo evidente che, (i) ove vengano approvate e omologate proposte od offerte concorrenti, gli organi della società debitrice, per definizione, non ne potranno rispondere; (ii) identiche conclusioni debbano verosimilmente valere ove sia approvata ed omologata la proposta della debitrice in presenza di proposte od offerte concorrenti; (iii) analoga considerazione possa essere svolta (perlomeno, in linea di principio) quando proposte od offerte concorrenti non siano state presentate.

<sup>(31)</sup> E ciò sia in considerazione di fattori esogeni, *in primis* l'andamento del mercato, sia in considerazione di fattori endogeni, fra cui il rifiuto dei soci di apportare a favore della società nuovo capitale di rischio (conferimenti o apporti a fondo perduto) ovvero, e sempre che possa essere utile ai fini della risoluzione della crisi, nuovo capitale di credito.

<sup>(32)</sup> Ferma restando la responsabilità degli amministratori che abbiano determinato la crisi per effetto di atti illegittimi (ivi compresa la violazione del dovere di diligenza), o che non abbiano tempestivamente rilevato la crisi, per effetto di azioni o di omissioni *contra legem*.

<sup>(33)</sup> Questa la nozione a cui parrebbe più opportuno riferirsi (eventualmente adottando alcuni indici elaborati dai sostenitori delle procedure di allerta; e v., sul punto, ROSAPEPE, *op. cit.*, p. 899, ove riferimenti a JORIO, *I lineamenti di una nuova... improbabile legge*

di tale presupposto, i gestori, in linea di principio<sup>(34)</sup>, siano tenuti a verificare, mediante l'ausilio di professionisti, se è possibile presentare, in un arco di tempo predefinito, soluzioni concordate della crisi<sup>(35)</sup>; fermo

---

*fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 323 ss.; SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rivelazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, p. 1102; GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi di impresa*, Padova, 2012, p. 149 ss.), trattandosi del presupposto oggettivo individuato dalla legge per l'accesso alle procedure di soluzione concordata della crisi.

(34) E salva, forse, la possibilità di derogare alla regola ipotizzata nel testo, mediante l'adozione di una delibera motivata (il cui contenuto potrà evidentemente venire in considerazione in sede di giudizio di responsabilità).

(35) La cui presentazione, pure, se palesata, può concorrere ad aggravare la crisi, non fosse altro per i problemi di carattere reputazionale che inevitabilmente determina; sì che talora potrebbe essere giudicato doveroso, per gli amministratori, studiare un piano di risanamento *ex art. 67, lett. d, l. fall.*, senza procedere alla sua divulgazione e alla sua pubblicazione nel registro delle imprese (e v. A. ROSSI, *La gestione dell'impresa nella crisi "atipica"*, cit., p. 13).

In senso parzialmente conforme a quanto sostenuto nel testo v. il disegno di legge Rordorf, cit (già oggi suscettibile di essere considerato espressione degli orientamenti dottrinali di cui la maggioranza dei membri della commissione di riforma sono fautori, non necessariamente soltanto in un'ottica *de iure condendo*); disegno di legge che:

all'art. 13 ("Modifiche al codice civile"), lett. *b*, prevede "il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché l'obbligo di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale" (e si veda l'analogia di contenuto con la norma 11 - "Attività del collegio sindacale nella crisi di impresa" - delle "Norme di comportamento del collegio sindacale" dettate, per i sindaci di società non quotate, dal CNDCEC-Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti Esperti Contabili, recentemente approvate a far data dal settembre 2015; norma che, *sub* 11.1 "Prevenzione ed emersione della crisi" - "Principi" - recita quanto segue: "Il collegio sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento. Il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni provvedimenti");

all'art. 4 ("Procedure di allerta e composizione assistita della crisi") prevede, d'altra parte, l'introduzione di "procedure di allerta e composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori": procedure che l'organismo di composizione della crisi (OCC) dovrebbe essere tenuto ad avviare, su segnalazione dei soggetti individuati alla lett. *b* (gli "organi di controllo societari, il "revisore contabile" e le "società di revisione" - ai quali dovrebbe essere imposto di "avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati inizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi"; essendo allora ragionevole che analoghi doveri siano imposti all'imprenditore individuale) e alla lett. *c* (che stabilisce l'obbligo dei "creditori qualificati" "di segnalare immediatamente agli organi di controllo della società o, in mancanza, all'organismo di composizione della crisi, il perdurare di inadempimenti di importo rilevante" dovendosi coordinare detti obblighi "con quelli di informazione e vigilanza spettanti alla

quanto precedentemente suggerito<sup>(36)</sup>, con riferimento all'ipotesi in cui la crisi, invece di dissolversi, sfoci in stato di insolvenza<sup>(37)</sup>.

---

Consob”).

L'OCC, in particolare, dovrebbe promuovere “le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi”, affidando a “un soggetto scelto tra soggetti di adeguata professionalità nella gestione della crisi d'impresa” “l'incarico di addivenire ad una soluzione concordata della crisi”, “entro un congruo termine” “non superiore complessivamente a sei mesi”; dovendosi altrimenti allertare il “presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha sede”, il quale, convocato l'imprenditore, dovrebbe far verificare a un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 l. fall. “la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa”; essendo stabilito che, “se dalla relazione depositata dal predetto professionista risulta che l'impresa versa in stato di crisi, il presidente assegna un termine per intraprendere le misure idonee a provi rimedio, decorso inutilmente il quale dispone la pubblicazione della relazione medesima nel registro delle imprese” (pare di comprendere, per palesare lo stato di crisi dell'imprenditore e consentire ai creditori di valutare l'opportunità di richiederne il fallimento).

<sup>(36)</sup> *Supra*, *sub* par. 2.2.

<sup>(37)</sup> Si tenga conto, del resto, che l'art. 182 *sexies* l. fall., fa salvo, per il periodo anteriore al deposito delle domande di concordato preventivo o di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti, il disposto dell'art. 2486 c.c., a norma del quale, al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale e sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali e ai terzi per atti ed omissioni eventualmente compiuti in violazione di tale precetto. Con la conseguenza che gli amministratori, per evitare di vedersi un giorno citati in responsabilità per non avere tempestivamente rilevato la causa di scioglimento dell'ente di cui all'art. 2484, n. 4), c.c. (e v. l'art. 2485 c.c., a norma del quale gli amministratori “devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento” e procedere ai relativi adempimenti pubblicitari, essendo personalmente responsabili, “in caso di ritardo od omissione”, “per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi”) saranno spinti ad anticipare, quanto più possibile, l'istanza di concordato preventivo o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti; essendo evidente che, per non incorrere in responsabilità, gli stessi dovranno pervenire al deposito della relativa istanza prima che la perdita del capitale superi le soglie previste dagli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. o, al più, appena l'assemblea, tempestivamente convocata, abbia omesso di deliberare nel senso ivi previsto (riduzione e contestuale aumento del capitale o trasformazione dell'ente); potendosi dunque classificare l'art. 182 *sexies* l. fall. fra le norme volte a favorire l'emersione della crisi d'impresa e ad anticipare, quanto più possibile, l'avvio dei processi di soluzione concordata della crisi.

Rischia peraltro di vanificare tale obiettivo il d.l. n. 83/15, convertito in l. n. 132/15, cit., che – come anticipato (e v. *supra*, la nt. 30) – (i) sia pure nelle sole ipotesi contemplate dal novellato art. 163, commi 4° ss., l. fall., consente ai creditori rappresentanti almeno il dieci per cento dei crediti di presentare una proposta di concordato preventivo alternativa a quella formulata dall'imprenditore in crisi: proposta che, se preferita dai creditori e omologata dal tribunale, risulta vincolante per il debitore, tenuto a compiere, *ex lege*, ogni atto necessario a darvi esecuzione (ivi compreso, per i debitori aventi la forma di s.r.l. e di s.p.a., “un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione”); (ii) ammette che, qualora il piano di concordato preveda un'offerta di “un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni”, si debba aprire una procedura competitiva (applicabile

Ma è inutile evidenziare come una legislazione che affidi la soluzione delle crisi d'impresa a *rules*, invece che a *standards*, potrebbe comportare un eccessivo irrigidimento del sistema; con la conseguenza che una riforma in tal senso delle norme sui doveri dei componenti gli organi sociali sarebbe possibile, al più, al termine di un periodo di ponderata riflessione, che tenga conto delle linee evolutive del sistema e che conduca alla cristallizzazione, per un periodo di tempo consolidato, dei dati normativi.

### 3. Le azioni di responsabilità nelle procedure di crisi.

Quanto alla disciplina delle azioni di responsabilità nell'ambito delle procedure di crisi (tema anch'esso trascurato nella normativa più recente, salva la previsione normativa di cui all'art. 6, comma 2°, lett. a, del disegno di legge Rordorf, in tema di concordato preventivo<sup>(38)</sup>), è necessario distinguere.

Nel fallimento, nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, l'art. 2394 *bis* attribuisce la legittimazione all'esercizio di dette azioni (il riferimento è sia all'azione della società, sia all'azione dei creditori sociali) all'organo della procedura chiamato a gestire il patrimonio del debitore insolvente, nell'interesse dei creditori: si tratta, rispettivamente, del curatore fallimentare, del commissario liquidatore e dei commissari straordinari.

L'esercizio, da parte di tali soggetti, delle azioni *de quibus*, si verifica – come noto – con grande frequenza; tanto più da quando, essendo stata

---

“anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda”) al cui esito il debitore si deve adeguare, dovendo “modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara”.

È evidente, infatti, che la consapevolezza di poter subire una procedura di concordato completamente diversa da quella che si intenderebbe proporre al ceto creditorio (situazione che, sino all'emanazione del d.l. n. 83/15, l'ordinamento giuridico italiano non contemplava, essendo accordata al solo debitore la legittimazione a presentare una proposta di concordato preventivo e potendo i creditori soltanto accettarla o rifiutarla) potrebbe indurre, e di frequente indurrà, l'imprenditore in crisi a non effettuare alcuna proposta (non potendo ancor oggi il concordato essere imposto al debitore in assenza di una sua “prima mossa”). Pacifico, del resto, che il d.l. n. 83/15, convertito in l. n. 132/15, cit., abbia reso l'accesso al concordato preventivo molto più difficile che nel decennio appena trascorso, ponendosi in antitesi col ciclo di riforme avviato nel triennio 2005-2007 (d.l. n. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, in *G.U.* n. 111 del 14 maggio 2005, s.o. n. 91; d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in *G.U.* n. 12 del 16 gennaio 2006, s.o. n. 13; d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, in *G.U.* n. 241 del 16 ottobre 2007), tanto da poter essere definito una vera e propria “controriforma”.

(38) E v. di seguito, al par. 3.2, in nota.

depotenziata la revocatoria fallimentare<sup>(39)</sup>, sono drasticamente diminuite le *chances* di sopperire altrimenti alla cronica mancanza di attivo che caratterizza le procedure concorsuali.

Il tema è talmente noto da non richiedere alcun approfondimento e da consentire il rinvio ai numerosi scritti e alla numerosissime statuizioni giurisprudenziali in argomento; essendo risaputo che proprio le procedure fallimentari rappresentano lo scenario principale nel quale vengono esperite – e divengono dunque oggetto di applicazione pratica da parte degli operatori e di studio da parte degli interpreti – le azioni di responsabilità verso i componenti gli organi sociali.

### 3.1. *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti.*

Molto meno esplorata la tematica inerente l'esercizio delle azioni di responsabilità, o la gestione delle stesse, nell'esecuzione di piani attestati di risanamento, *ex art. 67, lett. d, l. fall.*, o di piani di gestione della crisi posti alla base di accordi di ristrutturazione dei debiti, *ex art. 182 bis l. fall.*

In effetti, in tali circostanze, l'avvio delle citate procedure non determina, in linea di principio, alcuna incidenza sulla *governance* societaria né il trasferimento del credito *de quo*<sup>(40)</sup>; con la conseguenza che, salva l'ipotesi di azione di sociale di responsabilità contro ex amministratori che non si siano adeguatamente tutelati – o che non abbiano potuto adeguatamente tutelarsi – al momento della cessazione dalla carica<sup>(41)</sup>, è

<sup>(39)</sup> Mediante la citata novella di cui al d.l. n. 35/05, convertito con l. n. 80/05.

<sup>(40)</sup> Trasferimento su cui v. comunque di seguito, al par. 3.2.1.

<sup>(41)</sup> Circa la possibilità di una rinuncia all'azione sociale di responsabilità da parte dei soci e/o della società nel momento in cui gli amministratori cessano dalla carica (e generalmente, se soci, alienano le loro partecipazioni), è noto che la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza hanno espresso orientamenti talora molto restrittivi. Al riguardo, e per rimanere alle pronunce più recenti, è possibile citare Cass. 7 luglio 2011, n. 14963 (in *Giur. it.*, 2012, p. 1074, con nota di DESANA: "La rinuncia all'azione sociale di responsabilità manifestata preventivamente da tutti i soci, in difetto di espressa delibera assembleare, è affetta da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio"); Trib. Genova 4 febbraio 2008, in *Pluris* ("In tema di società, la validità della rinuncia all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, rimane sottoposta, in virtù dell'ultimo comma dell'art. 2393 c.c., alla ricorrenza di determinate condizioni e, segnatamente, alla approvazione, con la maggioranza indicata dalla predetta norma, proveniente da apposita delibera assembleare e, sempre che, la rinuncia abbia ad oggetto una specifica azione di responsabilità fondata su fatti dei quali l'assemblea societaria abbia precedentemente avuto contezza"); Cass. 24 aprile 2007, n. 9901 (in *Giur. it.*, 2007, p. 2757: "La rinuncia o la transazione relative all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni senza la preventiva deliberazione assembleare sono affette da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e

difficile immaginare piani *ex art. 67, lett. d*, o *ex art. 182 bis l. fall.*, che prevedano l'esercizio di iniziative giudiziarie, da parte della società debitrice, nei confronti dei componenti l'organo amministrativo.

In tal modo, in realtà, le società in crisi potrebbero recuperare attività da destinare al superamento, o alla gestione, della crisi; né, d'altra parte, si può escludere che i predetti piani, venendo elaborati una volta che l'azione sociale di responsabilità sia già stata esercitata, o quando sarebbero maturati i presupposti per esercitarla<sup>(42)</sup>, contemplino la rinuncia alla stessa<sup>(43)</sup> o, più verosimilmente, una transazione con gli amministratori convenuti.

In tali casi, rinunce e transazioni, ove possano effettivamente considerarsi atti esecutivi del piano predisposto dalla società in crisi *ex artt. 67 e 182 bis l. fall.*, saranno sottratte all'applicazione delle norme sulla revocatoria, la bancarotta semplice e la bancarotta preferenziale<sup>(44)</sup>; fermo restando che le stesse, nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., potranno venire poste in essere unicamente alle condizioni prescritte dall'art. 2393, comma 6°, c.c.<sup>(45)</sup> e, dunque, in presenza di una delibera assembleare e in assenza

rilevabile d'ufficio"); Trib. Milano 2 dicembre 2005, in *Società*, 2006, p. 1525, con nota di CIVERRA ("La rinuncia all'azione sociale di responsabilità, perché possa produrre efficacia, deve essere deliberata dall'assemblea in relazione a specifici e concreti episodi di amministrazione integranti la pretesa risarcitoria della società. Per tale ragione, non è ammissibile una rinuncia anteriore ai fatti di 'mala gestio'") Cass. 9 giugno 1994, n. 7030 ("Il patto col quale i soci di una s.r.l. si impegnino nei confronti di un terzo, socio uscente ed ex amministratore unico della società, a non deliberare l'azione sociale di responsabilità nei confronti dello stesso, abdicando all'esercizio del diritto di voto pur in presenza dei presupposti dell'indicata azione, è affetto da nullità, in quanto il contenuto della pattuizione realizza un conflitto di interessi tra la società ed i soci fattisi portatori dell'interesse del terzo ed integra una condotta contraria alle finalità inderogabilmente imposte dal modello legale di società, non potendo i soci non solo esercitare, ma neanche vincolarsi negozialmente ad esercitare il diritto di voto in contrasto con l'interesse della società, a nulla rilevando che il patto in questione riguardi tutti i soci della società, né che la compagine sociale sia limitata a due soci aventi tra loro convergenti interessi (nella specie, coniugi)"). Per un'ampia disamina dei problemi connessi all'esonero da responsabilità dei componenti l'organo amministrativo di società per azioni v. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, ove ampi riferimenti.

<sup>(42)</sup> Perlomeno, secondo la prospettazione della società che asserisce di essere stata danneggiata dall'operato dei suoi amministratori.

<sup>(43)</sup> Si può immaginare, dietro corresponsione, da parte degli amministratori, di un "contributo" prestato, a qualsivoglia titolo, alla soluzione della crisi; trattandosi dunque verosimilmente di rinuncia che, se anche preventiva rispetto all'instaurazione di un procedimento giudiziario, avrà una funzione perlomeno *lato sensu* transattiva.

<sup>(44)</sup> E v. gli artt. 67, lett. *d ed e*, e 217 *bis l. fall.*

<sup>(45)</sup> Trovando invece applicazione, alle s.r.l., l'art. 2476, comma 5°, c.c., per il quale "Salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale

del voto contrario di tanti soci che rappresentino un quinto (o, nelle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio, un ventesimo) del capitale sociale<sup>(46)</sup>; così come, d'altra parte, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, ove contemplata dal piano, richiederebbe la deliberazione dell'assemblea prevista dall'art. 2393, comma 1°, c.c.<sup>(47)</sup> (48).

---

e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo dal capitale sociale”.

<sup>(46)</sup> “Ovvero” – recita la seconda parte dell'art. 2393, comma 6°, c.c. – “la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2393 *bis*” c.c.

<sup>(47)</sup> Tale conclusione – pacifica per le s.p.a. e per le s.a.p.a., a cui tale articolo è direttamente applicabile – vale, secondo l'opinione dominante (invero, perlomeno discutibile), anche per le s.r.l., nonostante la legge, nel disciplinare tale tipo sociale, non detti alcuna disposizione di contenuto analogo all'art. 2393 c.c. e, per la verità, non regoli nemmeno l'azione sociale di responsabilità (la cui configurabilità, tuttavia, discende dai principi generali sul rapporto di amministrazione e la responsabilità contrattuale); e v., sul punto, GUIDOTTI, *Sub art. 2476*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2015, p. 1395 ss., ove ampi riferimenti.

<sup>(48)</sup> Ne discendono – in particolare con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti – problemi di *governance* non ancora sufficientemente esplorati: da un lato, essendo necessario domandarsi se, una volta che gli amministratori abbiano presentato un a.r.d. prevedente una delibera assembleare avente ad oggetto l'esercizio dell'azione di responsabilità (si può immaginare, verso gli ex amministratori), ovvero a rinunciarsi o a transigervi, l'assemblea sia vincolata ad adottarla (essendo comunque dubbio, in tale ipotesi, quale sia la sorte di una deliberazione che si discosti dalle previsioni del piano); d'altro lato, dovendosi comprendere se e come gli amministratori possano proporre un a.r.d. prevedente la rinuncia all'azione di responsabilità nei loro confronti, o una transazione in ordine alla stessa.

Con riferimento al primo problema (che parrebbe evitabile facendo assumere all'assemblea le delibere *de quibus* in via contestuale – se non preventiva e condizionata – rispetto alla decisione dell'organo gestionale avente ad oggetto la presentazione della domanda di omologa dell'a.r.d.), sembra corretto ritenere che i soci, in assemblea, mantengano la propria discrezionalità e che, pertanto, la mancata adozione della delibera assembleare prevista nel piano (o avente il contenuto ivi previsto) non sia configurabile quale inadempimento da parte della società (non potendo i suoi amministratori assumere validamente o, comunque, efficacemente obbligazioni con riferimento a materie riservate alla competenza assembleare – ivi comprese, a mero titolo esemplificativo, aumenti di capitale, fusioni, scissioni – in assenza di una previa delibera dell'assemblea).

Circa la seconda questione, non v'è dubbio che gli amministratori rischino di trovarsi in conflitto di interessi, o comunque portatori di un interesse personale all'esecuzione dell'operazione, con conseguente (astratta) applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 2391 e 2475 *ter* c.c.; dovendosi tuttavia considerare come, una volta che non solo l'accordo coi creditori sia stato raggiunto e la domanda di omologa dell'a.r.d. sia stata depositata, ma che per di più le delibere assembleari *de quibus* siano state adottate, le rinunce e le transazioni non potranno venire dichiarate inefficaci (non potendo comunque essere impedita l'adozione di dette delibere assembleari anche se la domanda di omologa dell'a.r.d. potesse venire dichiarata improduttiva di effetti, o dovesse comunque essere respinta – con conseguente diniego dell'omologazione – stante l'annullabilità della delibera consiliare avente ad oggetto il deposito del ricorso *ex art. 182 bis* l. fall.: questione – che non è possibile approfondire in questa sede – la cui soluzione richiede di comprendere come, nel giudizio di omologa, si

Qualora peraltro tali iniziative<sup>(49)</sup>, in sede di elaborazione del piano, siano negoziate con uno o più creditori o terzi, è ipotizzabile che gli stessi, prima di eseguire (o quale condizione per eseguire) la prestazione eventualmente prevista a loro carico dalle pattuizioni intercorse con la società (nelle procedure di cui all'art. 182 *bis* l. fall., preferibilmente post omologa, non essendo altrimenti possibile godere dell'esenzione da revocatoria e da responsabilità penale, di cui agli artt. 67, lett. *d* ed *e*, e 217 *bis* l. fall.), richiedano l'adozione ed, eventualmente, l'esecuzione di tali delibere; ed è inutile sottolineare come, nell'ipotesi di accordi *ex art.* 182 *bis* l. fall. prevedenti una transazione con gli amministratori già citati in giudizio dalla società<sup>(50)</sup>, anche questi ultimi, per godere della protezione accordata dagli artt. 67, lett. *e*, e 217 *bis* l. fall. agli atti esecutivi di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, richiederanno verosimilmente l'inclusione espressa della transazione nel piano e la sua esecuzione post omologa dell'accordo.

Al contempo è lecito supporre che, in taluni casi, fra gli elementi oggetto di negoziazione fra la società e i creditori o i terzi, vi siano anche le azioni di responsabilità esperibili da questi ultimi nei confronti dei componenti l'organo amministrativo; potendosi ad esempio immaginare che, ove gli amministratori di una società per azioni siano stati citati in giudizio (o coinvolti in un contenzioso stragiudiziale) da una banca, ai sensi degli artt. 2394<sup>(51)</sup> e 2395 c.c., l'istituto di credito sia disponibile ad accordare sostegno al piano di risanamento proposto dalla debitrice

---

possa dare rilievo all'invalidità della delibera consiliare *de qua*, eventualmente coordinando le deduzioni svolte al riguardo all'interno di detto giudizio con l'impugnativa della medesima deliberazione).

Ambedue le problematiche sopra accennate, peraltro, appaiono risolvibili, da parte dei soci, avocando a sé stessi la competenza deliberativa in tema di a.r.d., secondo quanto pare possibile, perlomeno nelle s.r.l. (ma lo stesso vale nelle s.p.a., se si giudica applicabile alla presentazioni di a.r.d. l'art. 152, comma 2°, l. fall., ove è espressamente sancita la derogabilità della competenza decisionale in materia attribuita *ex lege* all'organo di gestione).

<sup>(49)</sup> Esercizio dell'azione sociale di responsabilità, ovvero rinuncia o transazione della stessa.

<sup>(50)</sup> Ovvero la rinuncia della società all'azione.

<sup>(51)</sup> La norma, come noto, regola l'azione di responsabilità esperibile, nei confronti degli amministratori, dai creditori sociali di s.p.a., quando "il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti" e i componenti l'organo di gestione abbiano violato gli obblighi, sugli stessi incombenti, "inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale". Rimane ferma, almeno astrattamente, la possibilità per gli stessi creditori sociali di agire verso gli amministratori *ex art.* 2043 c.c., per richiedere il risarcimento dei danni cagionati loro per effetto di comportamenti dolosi o colposi dei gestori; essendo peraltro questo il principale, se non l'unico rimedio a disposizione dei creditori di società appartenenti a tipi sociali (fra cui, in particolare, la s.r.l.) per i quali non sia previsto

solo una volta negoziata ed eseguita, con gli organi gestori, una transazione che ponga fine al contenzioso in essere, in maniera considerata soddisfacente dagli organi di gestione della stessa banca<sup>(52)</sup>. Ferma, ovviamente, l'inapplicabilità, ai piani di cui all'art. 67, lett. *d* e agli accordi *ex art.* 182 *bis* l. fall., del principio di maggioranza nei rapporti interni al ceto creditore: sì che gli amministratori, nell'ambito di tali procedimenti, non potranno mai porsi al riparo dalle azioni dei creditori con i quali non inter venga una transazione<sup>(53)</sup>.

### 3.2. Concordato preventivo.

Più complesso trattare di azioni di responsabilità nell'ambito del concordato preventivo: questione a lungo trascurata da parte della dottrina e dalla giurisprudenza ed assurda solo di recente all'attenzione degli interpreti<sup>(54)</sup>, in considerazione del fatto che le riforme poste in essere a partire

---

un'azione tipica quale quella di cui all'art. 2394 c.c. (alla quale soltanto, perlomeno tendenzialmente, si farà riferimento nel prosieguo del presente articolo).

<sup>(52)</sup> In tal caso, non trattandosi di atti di disposizione di cespiti facenti parte dell'attivo sociale (ma dell'attivo della banca, sedicente creditrice degli amministratori *ex art.* 2394 e/o 2395 c.c.), non dovrebbe, peraltro, nemmeno porsi il problema di esentare detta transazione dall'ambito di applicazione delle norme in tema di revocatoria e di bancarotta semplice e fraudolenta. Interessante, piuttosto, rilevare che, perlomeno in caso di esercizio dell'azione post omologa, i creditori sociali aderenti all'accordo, ove abbiano visto falcidiato il proprio credito, potrebbero vedersi eccepire che, se la società è in grado di dare esecuzione all'a.r.d., non sussiste il presupposto di cui all'art. 2394, comma 2°, c.c. (l'essere il patrimonio sociale divenuto insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti); e v. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. società*, 2015, p. 37. Sull'analogo problema che si pone in caso di omologa di un concordato preventivo v. peraltro di seguito, il par. 3.2.2.

<sup>(53)</sup> Sul punto del resto, con riferimento al concordato preventivo, v. di seguito il par. 3.2.3.

<sup>(54)</sup> E v., fra gli altri, D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 15 ss.; PAGNI, *La legittimazione alle azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 601 ss.; FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 612 ss. (ma, dello stesso autore, v. anche *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015); A. DIMUNDO, *La responsabilità civile degli amministratori di s.r.l. in concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 1138 ss.; GRACI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo e la legittimazione del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 154; DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 16.11.2012; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2013, p. 1003 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI, LUISO e GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* vol. IV, Torino, 2014, p. 142. Si vedano inoltre F. PASQUARIELLO, *Le azioni risarcitorie per lesione aquiliana del credito contro 'amministratore di società fallita: una nuova lettura, anche nella prospettiva dell'imminente riforma del diritto (societario) della crisi d'impresa*, in corso di pubblicazione su *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, ed il blog di GALLETTI, *Le azioni di responsabilità esercitate nel corso di procedure di concor-*

dal d.l. n. 35/05, se da un lato hanno eliminato, fra i presupposti di accesso al concordato preventivo, i requisiti di meritevolezza di cui al previgente art. 160 l. fall.<sup>(55)</sup> (la cui sussistenza rendeva spesso arduo configurare una responsabilità in capo agli amministratori), d'altro lato hanno elevato il numero di procedure concordatarie (in precedenza, come noto, non così diffuse).

Al riguardo, occorre distinguere fra azione di responsabilità spettante alla società ed azione di responsabilità riconosciuta in capo ai creditori sociali<sup>(56)</sup>.

### 3.2.1. *L'azione sociale di responsabilità.*

Quanto all'azione sociale, la disciplina varia a seconda che si tratti di:

(i) piano di concordato prevedente, quanto all'esercizio dell'impresa, una continuità c.d. soggettiva senza liquidazione di *assets*, o con liquida-

---

*dato preventivo*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 31.3.2015. Quanto al sistema previgente v., fra gli altri, RAGUSA MAGGIORE, *Concordato preventivo e responsabilità degli amministratori ex articolo 2394 codice civile*, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1173; CARDARELLI, *Azione di responsabilità: legittimazione del liquidatore "ad acta" e volontà sociale*, in *Società*, 1996, p. 916; MARIANI, *Questioni in tema di concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 288 ss.; RORDORF, *Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata*, in *Società*, 1995, p. 748; FISCION, *Sull'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori sociali contro gli amministratori nel concordato preventivo delle società*, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 839; BORELLA, *Note in tema di concordato preventivo e azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 75; per ulteriori riferimenti cfr., inoltre, AUDINO, *Sub art. 184*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1307. Con riferimento al tema trattato nel testo, l'art. 6, comma 2°, lett. a, del disegno di legge Rordorf, cit., in tema di concordato preventivo, delega il Governo a "esplicitare presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in conformità ai principi dettati dal codice civile".

<sup>(55)</sup> Per il quale poteva proporre ai propri creditori un concordato preventivo unicamente l'imprenditore iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio (o, comunque, dall'inizio della sua attività), sempre che avesse tenuto, per lo stesso arco di tempo, una regolare contabilità, non fosse stato dichiarato fallito, o ammesso a concordato preventivo, nei cinque anni precedenti, e non fosse stato condannato per bancarotta o delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

<sup>(56)</sup> Il riferimento, quanto alle s.p.a., è rispettivamente all'azione di cui all'art. 2392 e a quella di cui all'art. 2394 c.c. Le considerazioni svolte di seguito in tema di azione sociale di responsabilità paiono valere, peraltro, anche per l'azione che dovesse riconoscersi alla società eterodiretta, ex art. 2497 c.c. (per come interpretato dalla dottrina maggioritaria: e v. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 38, nt. 62); quelle svolte in tema di azione dei creditori sociali sembrano adattabili anche all'azione riconosciuta da tale disposizione ai creditori della società sottoposta a direzione e coordinamento.

Non sembra potersi dubitare, per contro, che rimangano nella disponibilità dei legittimati, *uti singuli*, sia l'azione per danno diretto attribuita ai soci e ai terzi, ex art. 2395 c.c., sia l'azione riconosciuta ai soci di società eterodirette dall'art. 2497 c.c.

zione parziale delle attività sociali<sup>(57)</sup>, escluso il diritto al risarcimento dei danni vantato dalla società nei confronti degli amministratori, ovvero di

(ii) piano di concordato prevedente una liquidazione totale o comunque, ove ammissibile<sup>(58)</sup>, una liquidazione parziale degli *assets* sociali comprendente anche il credito risarcitorio *de quo*<sup>(59)</sup>.

<sup>(57)</sup> E v. l'art. 186 *bis* l. fall., il cui comma 1° dispone che il piano di concordato con continuità aziendale “può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”.

<sup>(58)</sup> Nonostante sia opinione dominante, perlomeno in giurisprudenza (e v. App. Roma 5 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*, 2013; Trib. Roma 25 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 748; Trib. Roma 29 luglio 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 225; ma – in senso contrario – si vedano gli autori citati da FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., p. 615, nt. 14), che i concordati liquidatori debbano prevedere la liquidazione totale delle attività sociali, o comunque l'attribuzione ai creditori di beni di valore pari a quello, complessivo, di tutti i cespiti dell'attivo, non paiono ravvisabili indici normativi in grado di supportare detta conclusione. Sembra ingiustificato, in particolare, il richiamo all'art. 2740 c.c., che da un lato trova un'espressa deroga nel concordato con continuità aziendale c.d. soggettiva (procedura in cui è concesso al debitore di esdebitarsi per la parte di passività eccedenti la percentuale oggetto della proposta concordataria e che peraltro, nell'ottica del legislatore, non è certo maggiormente meritevole di incentivi rispetto al concordato con continuità aziendale c.d. oggettiva) e nei concordati prevedenti la fusione fra più società, con conseguente confusione delle masse attive e passive (procedure in cui perlomeno una delle società partecipanti alla fusione vedrà destinata una parte dei propri *assets* ai creditori di altra, o di altre società, e non ai propri); d'altro lato, si caratterizza per una *ratio legis* (consentire ai creditori, sino alla loro completa soddisfazione, di poter contare su tutti i cespiti dell'attivo del debitore, presenti e futuri) che viene tradita in ogni tipo di concordato comportante esdebitazione (e, conseguentemente, il venir meno del debito, prima ancora che della responsabilità; e questo nonostante, estinto il primo, la seconda, dal punto di vista formale, non possa sussistere, sì che, in ogni concordato prevedente liquidazione totale degli *assets* ed esdebitazione, l'art. 2740 c.c. risulta tecnicamente rispettato, non essendovi più debiti di cui il debitore debba rispondere con i propri beni futuri). Pare, in altre parole, che in un sistema che consente al debitore – ove la maggioranza dei creditori lo accetti e il tribunale conceda l'omologazione – di liberarsi da una parte anche molto consistente dei propri debiti, evitando di dover destinare per il futuro, ai propri (ex) creditori, i beni di cui diverrà titolare, anche ove si tratti di milioni e milioni di euro, ritenere che sia impedito allo stesso debitore di offrire ai creditori una parte soltanto del proprio attivo (al limite, con uno scostamento di un solo euro fra valore totale degli *assets* e valore messo a disposizione del ceto creditorio) pare non conforme alla *mens legis*; dovendosi oltretutto considerare che, nel novellare l'art. 160 l. fall., il d.l. n. 35/05 ha eliminato la previsione per cui, in caso di concordato liquidatorio, il debitore doveva offrire “la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall'art. 46” l. fall.

<sup>(59)</sup> In assenza di diversa previsione pattizia che contempra la cessione (se non, espressamente, del credito *de quo*) di tutti i crediti, il credito della società al risarcimento del danno non potrà considerarsi trasferito, nemmeno in caso di cessione di azienda (fattispecie dalla quale, secondo l'opinione dominante, sono di regola esclusi – salva diversa disposizione convenzionale – tanto il trasferimento dei crediti, quanto il trasferimento dei debiti: e v. per tutti COLOMBO, *Contratti, crediti e debiti nel trasferimento dell'azienda in piena titolarità*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*,

Nella prima ipotesi (*sub i*), non v'è dubbio che l'azione di responsabilità rimanga a far parte del patrimonio della società<sup>(60)</sup>, che difficilmente deciderà di esercitarla per le note ragioni che, in concreto, ostano all'esperimento di tale iniziativa nelle società *in bonis* (*id est*, la tendenziale riferibilità degli amministratori ai soci di maggioranza che dovrebbero adottare la delibera assembleare di cui all'art. 2393 c.c.). La disciplina dell'azione, infatti, è la medesima applicabile alle società *in bonis*; ferma la necessità di integrare dette apparato di regole con le norme che prescrivono l'autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione in corso di procedura<sup>(61)</sup>; dovendosi far rientrare in tale insieme – ad avviso di chi scrive – unicamente la rinuncia o la transazione dell'azione *de qua*, ma non anche il suo esercizio<sup>(62)</sup>.

vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, p. 123 ss.).

Del resto, occorre tener conto che, secondo parte della giurisprudenza (v. Trib. Lucca 23 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*, 2013), “La cessione dell'azienda sociale non include la cessione del credito risarcitorio rinveniente titolo nell'azione sociale di responsabilità, postulando quest'ultima, come ogni atto dispositivo dell'azione sociale di responsabilità (rinuncia, transazione), una preventiva autorizzazione dell'assemblea sociale”; tesi invero opinabile, non solo in considerazione del fatto che nessuna norma impone, quale condizione di efficacia del trasferimento del predetto credito, una delibera dell'assemblea, e che l'art. 2393 c.c., nell'attribuire all'organo assembleare il potere di esercitare l'azione, e quello di rinunziarvi o transigervi, pare dover essere considerato una norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica, ma anche per via delle particolarità che la cessione dell'azione *de qua* presenta nell'ambito del concordato: in tal caso, infatti, in cui la società debitrice mette a disposizione dei creditori le proprie attività o, comunque, il risultato della loro liquidazione, non v'è il pericolo che il trasferimento dell'azione sociale potrebbe presentare al di fuori del concordato; pericolo consistente in una cessione a prezzo vile (eventualmente, a terzi individuati *ad hoc* per ledere gli interessi della società), operata peraltro dagli amministratori in una situazione di conflitto di interessi (che potrebbe comunque essere arginata mediante impugnativa della relativa delibera da parte dei sindaci, *ex art.* 2391 c.c.). Sul punto v. peraltro D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 24, nt. 27.

<sup>(60)</sup> Al pari di quanto si verifica nella fase precedente l'ammissione al concordato, in cui la disciplina dell'azione è la medesima applicabile alla società *in bonis*, salva la necessità dell'autorizzazione del Tribunale – *ex art.* 161, comma 7°, l. fall. (testualmente riferito alle domande di concordato con riserva, ma verosimilmente applicabile anche alle domande *ex art.* 161, comma 1°) – per l'ipotesi di compimento di atti di straordinaria amministrazione (insieme in cui, come detto nel testo, pare corretto fare rientrare la rinuncia all'azione, o la transazione della stessa, ma non anche il suo esercizio).

<sup>(61)</sup> E questo – come ovvio – sempre che si tratti di iniziative da esperire in corso di concordato; non essendovi per contro necessità di alcuna autorizzazione qualora le stesse siano assunte post omologam.

<sup>(62)</sup> Quanto alla transazione di un'azione già esercitata, potrebbe trattarsi – come già evidenziato per gli a.r.d. e i piani attestati di risanamento (e v. *supra*, *sub* 3.1) – di un atto esecutivo della proposta e del piano di concordato, finalizzato a recuperare attivo a favore della società; fermo restando che anche la rinuncia potrebbe assolvere la medesima funzione (e si pensi, a titolo esemplificativo, a una rinuncia preventiva all'azione nei confronti di un socio amministratore che apporti alla società nuova finanzia, al servizio del piano di concor-

Nell'ipotesi (*sub ii*) di soluzione liquidatoria comprendente il credito risarcitorio nei confronti degli amministratori, quest'ultimo, di regola (e sempre che non venga ulteriormente ceduto, unitamente o disgiuntamente rispetto all'azienda, nell'esecuzione del concordato<sup>(63)</sup>), potrà essere azionato dal liquidatore nominato dal tribunale, ai sensi dell'art. 182 l. fall., e incaricato di liquidare i crediti della società fallita, eventualmente facendoli valere in sede contenziosa<sup>(64)</sup>.

In tal caso, è discusso se sia o meno necessaria la delibera dell'assemblea prevista, per le s.p.a., dall'art. 2393 c.c.

Preferibile la risposta negativa<sup>(65)</sup>, parendo corretto ritenere che l'adozione della delibera assembleare non costituisca un presupposto di esistenza del credito risarcitorio, ma rappresenti una condizione dell'azione, per la sola ipotesi in cui la stessa rimanga nella disponibilità dei soci; divenendo, dunque, superflua in caso di esperimento della stessa da parte di terzi<sup>(66)</sup>.

dato). In tali ipotesi, è possibile immaginare che la società, nell'elaborare la proposta di concordato, intenda prevedere che l'approvazione della stessa e la successiva omologazione comportino anche la rinuncia dei creditori all'azione di responsabilità loro spettante; ma v. quanto osservato di seguito, al par. 3.2.3.

<sup>(63)</sup> Dallo stesso liquidatore nominato *ex art.* 182 l. fall. e menzionato di seguito, nel testo.

<sup>(64)</sup> In realtà, il liquidatore giudiziale di cui all'art. 182 l. fall. potrebbe non essere nominato (e v. l'inciso iniziale della norma, riferito all'ipotesi in cui il concordato non disponga diversamente); in tal caso, qualora la gestione e la liquidazione dell'attivo spettino alla società debitrice, l'azione di responsabilità, sino alla sua cessione a terzi, potrà essere esercitata dalla stessa società secondo le ordinarie regole di *governance*: e v. FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2015, p. 971, nt. 33, che poi, alla nt. 41, ricorda anche la pronuncia di Trib. Roma 20 gennaio 1996, in *Società*, 1996, p. 913, il quale ha nominato un liquidatore *ad acta* per promuovere un'azione di responsabilità che la società si era rifiutata di deliberare.

<sup>(65)</sup> E v. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, cit., p. 9 e, nel sistema previgente, Trib. Roma 20 gennaio 1996, cit. alla nota che precede; *contra*, tuttavia, D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 22; Trib. Milano 19 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*, 2011.

<sup>(66)</sup> Lo stesso pare possa affermarsi con riferimento alla rinuncia e alla transazione dell'azione, che dovrebbero rientrare nelle competenze del liquidatore, al pari di qualsivoglia atto dispositivo avente ad oggetto i crediti e, più in generale, le posizioni giuridiche attive facenti parte dell'attivo concordatario; sì che lo stesso liquidatore pare avere il potere di gestione e di disposizione di tali posizioni giuridiche attive, senza dover richiedere una preventiva delibera dell'organo generalmente competente a disporre sulla base delle norme di diritto societario: principio pacifico per le attribuzioni riconosciute, di regola, all'organo amministrativo, e che sembra corretto applicare anche alle attribuzioni che normalmente rientrano nella sfera decisionale dell'assemblea. Più dubbio che la legittimazione del liquidatore – per il periodo in cui lo stesso rimane in carica – possa dirsi esclusiva (secondo quanto si dovrebbe ritenere applicando, al concordato preventivo con cessione dei beni, i principi desumibili dagli artt. 1979 e 1980 c.c., in tema di cessione dei beni a creditori), dal

### 3.2.2. *L'azione di responsabilità dei creditori sociali.*

Quanto, invece, all'azione dei creditori sociali, un recente orientamento giurisprudenziale<sup>(67)</sup> – avallato dalla dottrina processualistica<sup>(68)</sup> – ha ritenuto di doverla riconoscere al commissario giudiziale. Ciò, alla luce del disposto dell'art. 240 l. fall., a norma del quale “Il curatore, il commissario giudiziale e il commissario liquidatore possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati preveduti nel presente titolo<sup>(69)</sup>, anche contro il fallito. I creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta quando manca la costituzione del curatore, del commissario giudiziale o del commissario liquidatore o quando intendano far valere un titolo di azione propria personale”.

In effetti, dalla lettura di tale articolo matura la sensazione per cui, se la legge riconosce al commissario giudiziale la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale, non può non riconoscergli anche l'esercizio della medesima azione in sede civile.

Ma tale modo di ragionare si scontra con il principio per cui, in assenza di un'espressa disposizione normativa che riconosca ad un soggetto (all'organo di una procedura concorsuale) il diritto di far valere in giudizio un diritto altrui, o comunque di agire per conto di terzi (i singoli creditori concorsuali), la relativa azione rimane nella disponibilità degli

momento che, con particolare riferimento ad azioni già esercitate prima dell'apertura del concordato preventivo, il più recente orientamento della Cassazione (e v. Cass. 27 ottobre 2015, n. 21851) – invero opinabile – ha condotto ad affermare che, “In tema di concordato preventivo con cessione dei beni, il giudizio promosso dal debitore per la riscossione di un proprio credito prima dell'ammissione alla procedura e proseguito dopo l'omologazione, non richiede l'integrazione del contraddittorio nei confronti del commissario liquidatore dei beni nominato dal tribunale, non determinandosi in capo agli organi della procedura il trasferimento della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma esclusivamente dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore conserva il diritto di esercitare in proprio le azioni e resistervi nei confronti dei terzi a tutela del suo patrimonio”. Sul punto, che non è possibile approfondire adeguatamente in questa sede, v. inoltre Cass. 11 agosto 2000, n. 10738 (la quale correttamente esclude che, qualora il liquidatore trascuri l'esercizio di determinati crediti, questi possano dirsi estinti, una volta che lo stesso liquidatore sia decaduto dall'esercizio delle sue funzioni: e v. invece Cass. 18 dicembre 1991, n. 13626); Cass. 13 aprile 2005, n. 7661.

<sup>(67)</sup> E v. Trib. Napoli, 5 luglio 2013, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 144 ss.

<sup>(68)</sup> E v. PAGNI, *La legittimazione alle azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 611, che per la verità, pur ricordando la pronuncia di Trib. Napoli 5 luglio 2013, citata alla nota che precede, si dichiara più propensa ad “immaginare una legittimazione all'azione dei creditori sociali in capo ad un organo della procedura che, per semplicità, si è ipotizzato essere il liquidatore, perché al Commissario è tradizionalmente attribuito un ruolo diverso da quello che qui verrebbe a svolgere se si facesse parte attiva del rimedio”.

<sup>(69)</sup> Il titolo VI della legge fallimentare, dedicato – come noto – alle “Disposizioni penali”.

interessati, *uti singuli*<sup>(70)</sup>. Senza considerare le incertezze sollevate dal dato normativo quanto all'azione attribuita dall'art. 240 l. fall. al commissario giudiziale, in rapporto con quella ivi riconosciuta ai creditori sociali (ai quali la norma in parola, non senza ambiguità, nega di regola la legittimazione alla costituzione di parte civile, a meno che – come anticipato – manchi “la costituzione [...] del commissario giudiziale” o i creditori intendano “far valere un titolo di azione propria personale”<sup>(71)</sup>).

Sembra dunque più corretto ritenere che i creditori sociali abbiano il diritto di agire individualmente nei confronti degli amministratori<sup>(72)</sup>, facendo valere, perlomeno nelle s.p.a., il disposto dell'art. 2394 c.c.; con

---

(70) E v., fra gli altri, l'art. 81 c.p.c., a norma del quale, “Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”. Una delle applicazioni più note, nell'ambito del diritto concorsuale, del principio espresso nel testo si è avuta da parte della giurisprudenza che, in tema di concessione abusiva di credito, ha escluso la legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della relativa azione, riconoscendola ai soli creditori *uti singuli*: e v., fra le altre, Cass. 23 luglio 2010, n. 17284 e App. Roma 5 luglio 2012, in *Pluris* (che peraltro paiono trascurare la circostanza per cui, se e nella misura in cui l'abusiva concessione di credito abbia cagionato un danno non solo ai creditori, ma anche alla società, il curatore fallimentare, deputato a gestirne il patrimonio, deve ritenersi naturalmente investito del potere di esercitare il relativo credito).

(71) Titolo che pare riconducibile, *prima facie*, alla stessa azione di cui si discorre nel testo, riconosciuta ai creditori sociali, nelle s.p.a., dall'art. 2394 c.c. e, nelle s.r.l. (per chi non ritenga analogicamente applicabile, a tale tipo sociale, quest'ultima disposizione), dall'art. 2043 c.c. (si che sorge addirittura il dubbio che l'azione attribuita dall'art. 240 l. fall. agli organi ivi citati – azione il cui esercizio è possibile in concorso con quella dei creditori avente ad oggetto un titolo “di azione propria personale” – sia l'azione sociale: tesi verosimilmente da escludere, ma significativa quanto ai dubbi sollevati dal dato normativo): proposta interpretativa scartata dal Trib. Napoli, nella citata pronuncia del 5 luglio 2013 (e v. *supra*, la nt. 66), sulla base della considerazione per cui, nel riferirsi ad un “*titolo di azione propria personale*” dei creditori, l'art. 240 l. fall. farebbe riferimento alla sola azione diretta a ottenere il risarcimento dei danni morali. Sul punto v. ROSSI VANNINI, Sub art. 240, in ROSSI VANNINI e MAZZACUVA, *Disposizioni penali. Art. 232-241*, in *Comm. Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997, p. 142 ss.; SAMMARCO, *La costituzione di parte civile*, in GHIA, PICCININI e SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, p. 395 ss.; CASAROLI, Sub art. 240, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1608 ss.; APRILE, Sub art. 240, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, p. 3022 ss., ove ampi riferimenti.

(72) E v. Trib. Piacenza 12 febbraio 2015, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 577 ss.; Trib. Bolzano 30 aprile 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 958; Trib. Ravenna 27 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*, 2015. Superato, per contro, l'orientamento che giudicava inammissibile, nel concordato preventivo, l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c.: e v., in giurisprudenza, Trib. Bologna 17 gennaio 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 478; Trib. Milano 23 dicembre 1968, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 283; in dottrina cfr. inoltre MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 846.

la conseguenza che gli stessi potranno richiedere il risarcimento dei danni eziologicamente riconducibili alla violazione delle norme “inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale” (73), entro il limite (74) della differenza fra quanto agli stessi attribuito in sede di esecuzione del concordato e la somma che avrebbero ricevuto in caso di regolare adempimento dei loro crediti.

Al riguardo, si è ipotizzato (75) che, trattandosi di procedura concorsuale, la legge impedisca il *free riding*, sì che ciascun creditore, ove non volesse accontentarsi del risarcimento del danno nella “misura minima” (76), dovrebbe convenire in giudizio gli altri creditori, di modo da consentire al giudice di procedere alla liquidazione del danno a favore di ciascuno degli aventi diritto, considerandolo in una posizione di *par condicio* rispetto agli altri (77). Ma la tesi non pare convincente, non essendo dato applicare i principi della concorsualità ed invocare la *par condi-*

(73) Non essendovi alcun dubbio che, essendo la società ammessa al concordato preventivo e trovandosi, dunque, in crisi, ricorra la condizione di cui al comma 2° dell'art. 2394 c.c.: il risultare il patrimonio sociale insufficiente al soddisfacimento (se non integrale, tempestivo) di tutti i creditori. Ciò, perlomeno, in corso di procedura; una volta omologato il concordato, invece, l'esdebitazione della società comporta che il patrimonio sociale possa dirsi sufficiente alla soddisfazione delle obbligazioni sociali (nella misura falcidiata), sì che secondo taluni interpreti gli amministratori, convenuti in responsabilità da uno o più creditori, potrebbero eccepire l'insussistenza del presupposto di cui all'art. 2394, comma 2°, c.c.; e v. in questo senso, sia pure dubitativamente, D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 36, le cui argomentazioni potrebbero forse essere superate sostenendo che, ai fini dell'esperibilità dell'azione *de qua*, rileva l'insufficienza del patrimonio sociale rispetto alla soddisfazione dei creditori nella misura a cui originariamente avevano diritto, dovendosi ritenere che l'effetto esdebitatorio non possa prodursi se non nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e relativamente alla loro responsabilità per le obbligazioni sociali (e v. l'art. 184, comma 2°, l. fall.), non potendo giovarsi dello stesso – oltre ai coobbligati, ai fideiussori e agli obbligati in via di regresso (e v. l'art. 184, comma 1°, l. fall.) – nemmeno gli amministratori (e v. *infra*, il paragrafo che segue).

(74) Limite che, in verità, potrebbe anche non venire raggiunto, potendo ricorrere situazioni nelle quali i danni riconducibili alle condotte *contra legem* degli amministratori, sulla base dei principi in tema di nesso causale, ammontino ad una cifra inferiore a quella ora individuata nel testo.

(75) E v. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., p. 623.

(76) Pari – secondo lo stesso FABIANI (*Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., p. 623) – all'importo che, determinato l'ammontare massimo complessivamente risarcibile ex art. 2394 c.c., spetterebbe al creditore attore simulando “una specie di riparto concorsuale in modo da verificare quale sia l'esatta porzione del danno che a ciascun creditore può competere”.

(77) O dovendosi, altrimenti, procedere sulla base delle alternative proposte dallo stesso FABIANI (*Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., p. 624). Circa la problematica trattata nel testo v. comunque, con diversità di posizioni, gli autori citati *supra*, alla nt. 53.

*cio* con riferimento al patrimonio di soggetti diversi dalla società debitrice, quali gli amministratori.

### 3.2.3. *Proposta di concordato preventivo ed azione di responsabilità dei creditori sociali.*

La circostanza che, nel corso o nell'esecuzione del concordato, e in ogni caso in epoca successiva alla sua omologazione, gli amministratori possano essere esposti alle azioni di responsabilità accordate dalla legge alla società e ai creditori sociali<sup>(78)</sup>, e la relativa frequenza con cui costoro potrebbero decidere di attivarsi, induce a chiedersi se sia ammissibile una proposta di concordato con cui la società in crisi preveda che per effetto dell'omologa – eventualmente, una volta deliberata (la rinuncia o) la transazione all'azione sociale<sup>(79)</sup> – gli amministratori dovranno considerarsi liberati da responsabilità nei confronti dei creditori<sup>(80)</sup>.

---

<sup>(78)</sup> Peraltro, secondo parte della giurisprudenza, “la mancata indicazione nella domanda di concordato preventivo di circostanze che giustificano l'esperimento di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori impedisce ai creditori di esprimere una valutazione comparativa di convenienza della proposta di concordato rispetto al fallimento” e deve, pertanto, essere considerata un atto in frode ai creditori, tale da determinare la revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall. (e v., di recente, Trib. Rimini 8 ottobre 2014, in *wvv.ilcaso.it*, 2015, riprendendo le massime di Trib. Monza 2 novembre 2011 e App. Bologna 25 febbraio 2013; nello stesso senso, in dottrina, GALLETTI, *Le azioni di responsabilità esercitate nel corso di procedure di concordato preventivo*, cit., riferendosi non solo all'occultamento, ma anche alla mancata considerazione, nel piano concordatario, del credito risarcitorio vantato dalla società verso gli amministratori, quando, per la verità, l'art. 173 l. fall. pare attribuire rilievo unicamente a condotte dolose della società debitrice; in senso contrario, Trib. Bolzano 30 aprile 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 958, con nota conforme di FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit.).

<sup>(79)</sup> Secondo quanto ipotizzato *supra*, al par. 3.1 (ove un accenno alle problematiche di *governance* che si possono porre nell'ipotesi considerata: e v., in particolare, la nt. 48) e secondo quanto è verosimile che accada sia per porre al riparo gli amministratori anche dall'azione sociale, sia per formulare una proposta che possa apparire conveniente per i creditori (non essendo per contro agevole convincerli dell'opportunità di votare a favore di un concordato che impedisca loro l'esercizio dell'azione di responsabilità verso gli amministratori, senza che questi ultimi abbiano versato alcunché nelle casse della società, in esecuzione della transazione dell'azione sociale).

<sup>(80)</sup> Il problema potrebbe verosimilmente porsi nei termini precisati nel testo, in considerazione della probabilità che i soci e gli amministratori – anche nei casi in cui si tratti di soggetti diversi – abbiano interessi coincidenti o, comunque, convergenti, sì che i primi vogliano porre il riparo i secondi non solo dall'azione sociale di responsabilità, ma anche da quella esperibile dai creditori. È tuttavia possibile – e v. *infra*, in questo stesso par. – che gli amministratori ipotizzino di proporre un concordato che li liberi da responsabilità verso i creditori, pur rimanendo esposti all'azione sociale, stante la mancata rinuncia a detta azione da parte dell'assemblea.

Il dubbio sorge sia alla luce della disciplina concorsuale, sia alla luce della disciplina societaria.

Sotto quest'ultimo profilo, è evidente che, nell'ipotesi di coincidenza fra gli amministratori che dovrebbero beneficiare della rinuncia all'azione di responsabilità e quelli in carica al momento del deposito della domanda di concordato, questi ultimi, nel votare la delibera volta all'approvazione della proposta e del piano, si troverebbero in conflitto di interessi<sup>(81)</sup>.

Per evitare che l'organo di gestione, per tale ragione, dia vita ad una deliberazione annullabile<sup>(82)</sup>, i soci potrebbero allora decidere di modificare lo statuto e attribuire la competenza a deliberare sulla domanda di concordato all'organo assembleare, secondo quanto consentito dall'art. 152 l. fall.; salvo, tuttavia, in particolare per l'ipotesi di coincidenza fra i soci e gli amministratori, il disposto dell'art. 2373, comma 2°, c.c.<sup>(83)</sup>: norma che pare applicabile, se non anche alla delibera di approvazione della proposta di concordato preventivo, alla delibera assembleare di rinuncia alla (o di transazione della) azione da adottarsi in esecuzione di detta proposta.

Ma le maggiori perplessità circa la percorribilità della soluzione ipotizzata sorgono alla luce del diritto concorsuale, essendo perlomeno dubbio che la proposta di concordato di un soggetto (la società) possa avere ad oggetto le passività che gravano su un altro soggetto (l'amministratore); e ciò, anche ove si tratti di proposta rivolta a creditori comuni ad entrambi<sup>(84)</sup> e anche se, senza dubbio, sia configurabile un interesse concreto ed

---

<sup>(81)</sup> E v. quanto già osservato in precedenza, al par. 3.1, con riferimento ai piani attestati di risanamento, *ex art. 67, lett. d, l. fall.*, e agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

<sup>(82)</sup> Qualora, in effetti, la proposta di concordato venga sottoscritta dai legali rappresentanti della società e depositata presso il tribunale in esecuzione di una delibera consiliare annullabile, l'apertura della procedura e, comunque, l'omologazione del concordato potrebbero dirsi impediti (in questo senso v. anche DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, cit., p. 9). E v., ancora una volta, quanto già osservato in precedenza, al par. 3.1, con riferimento ai piani attestati di risanamento, *ex art. 67, lett. d, l. fall.*, e agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

<sup>(83)</sup> A norma del quale "Gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità [...]".

<sup>(84)</sup> In realtà non è affatto certo che, ogni qual volta i componenti l'organo di gestione si siano resi autori di condotte rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 2394 c.c., tutti i creditori concorsuali siano anche creditori degli amministratori, potendosene dubitare perlomeno con riferimento a coloro i cui crediti siano sorti dopo il compimento delle condotte illegittime *de quibus* e che fossero consapevoli del loro compimento; e questo, nonostante anche rispetto a tali soggetti sia possibile affermare che, qualora il patrimonio sociale sia divenuto insufficiente alla loro soddisfazione, sussistono i presupposti per l'esercizio dell'azione *ex art. 2394 c.c.*: condotta illegittima, danno e nesso di causalità (giacché, ove la condotta illegittima non fosse mai stata perpetrata, il valore del patrimonio sociale risulterebbe

attuale della società e dei suoi soci<sup>(85)</sup> a mantenere gli amministratori esenti da responsabilità<sup>(86)</sup>.

In effetti, l'ampia autonomia contrattuale riconosciuta al proponente, ai sensi dell'art. 160 l. fall., non consente di obliterare la circostanza per cui il principio di maggioranza, su cui è imperniato l'istituto del concordato preventivo, pare concepito dal legislatore quale mezzo eccezionalmente utilizzato dall'ordinamento, in deroga al canone dell'autonomia contrattuale in senso negativo<sup>(87)</sup>, per rendere possibile la gestione della crisi che caratterizza il debitore; tanto che, ai sensi dell'art. 184 l. fall., i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo<sup>(88)</sup> conservano impregiudicati i loro diritti contro "i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso"<sup>(89)</sup> e che tale precetto è considerato inderogabile dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>(90)</sup>, venendo letto nel senso che

---

rebbe più elevato, sì che i creditori vedrebbero ridotto, se non eliso, il proprio danno). Il che spiega perché l'art. 2394 *bis* c.c., per l'ipotesi di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, attribuisce anche l'azione di cui all'art. 2394 c.c. al curatore fallimentare, al commissario liquidatore e al commissario straordinario, a tutela di tutti i creditori concorsuali.

<sup>(85)</sup> Che – fermo quanto precedentemente osservato circa la competenza all'adozione della domanda di c.p. – rappresentano il substrato personale dell'ente (e v., fra gli altri, Cass., sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, sull'estinzione delle società).

<sup>(86)</sup> Diversa l'ipotesi – già considerata – in cui i soci intendano allettare i creditori sociali prevedendo, fra gli atti esecutivi del piano, l'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori (o, più verosimilmente, gli ex amministratori).

<sup>(87)</sup> Trattasi – come noto – del principio per cui nessuno, di regola, può vedere incisi negativamente i propri diritti soggettivi contro (o comunque indipendentemente da) la sua volontà: e v., per tutti, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1, Padova, 1990, p. 131.

<sup>(88)</sup> Coloro nei cui confronti il concordato preventivo omologato è obbligatorio e vincolante.

<sup>(89)</sup> Insieme a cui, pure, gli amministratori sono estranei.

<sup>(90)</sup> E v., in giurisprudenza, App. Bologna 16 aprile 1977, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 174; Trib. Roma 15 marzo 1958, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 90 e, in tema di concordato fallimentare, con riferimento al disposto dell'art. 135, comma 2°, l. fall. (il cui contenuto è analogo a quello di cui all'art. 184, comma 1°, secondo periodo, citato nel testo), Trib. Bari 4 marzo 1985, in *Fallimento*, 1985, p. 1107. Sul contenuto dell'art. 184 l. fall. v., fra gli altri, FILOCAMO, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, p. 2654 ss.; RIVOLTA e PAJARDI, *Sub art. 184*, in BOCCHIOLA e PALUCHOWSKY (a cura di), PAJARDI, *Codice del fallimento*, p. 2094 ss.; AUDINO, *sub art. 184*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1300 ss.

sarebbe consentita dall'ordinamento, attraverso il concordato della società, la sola liberazione "dei soci illimitatamente responsabili" <sup>(91)</sup> e, per di più, limitatamente alla responsabilità per debiti <sup>(92)</sup>.

E pare arduo allora immaginare che taluno dei creditori, per effetto del voto favorevole della maggioranza, possa venire spogliato di un'azione – quella contro gli amministratori resisi autori delle condotte di cui all'art. 2394 c.c. – che potrebbe essere rivolta verso soggetti diversi dai soci, per fare valere una responsabilità diversa da quella per debiti a cui è riferito il secondo comma dell'art. 184 l. fall.

---

<sup>(91)</sup> E v. l'art. 184, comma 2°, l. fall., che pure si apre con l'inciso "*Salvo patto contrario*".

<sup>(92)</sup> Non essendovi alcun dubbio che, in linea di principio, soci che fossero responsabili per danni nei confronti della società e dei creditori – ad esempio ai sensi dell'art. 2476, comma 7°, c.c. – non beneficerebbero degli effetti positivi (immaginiamo, anche esdebitatori) del patto di concordato. E v., di recente, nel senso della mancata liberazione, *ex art. 184 l. fall.*, di soci illimitatamente responsabili terzi datori di ipoteca, Cass., sez. un., 16 febbraio 2015, n. 3022, in *Fallimento*, 2015, p. 1204 ss.