

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ DEL CURATORE NELLA (NUOVA) LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE DELLE SOCIETÀ

di **STEFANO DELLE MONACHE**

Editoriale del 05 settembre 2018

ISSN 2420-9651

L'emanando Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, secondo l'attuale schema di decreto legislativo, offre qualche interessante punto di riflessione nel prefigurato passaggio dall'[art. 146, comma 2, 1.fall.](#) alla disciplina nuova affidata al suo art. 254, il quale concerne la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità, allorché la liquidazione giudiziale (quale procedura destinata a sostituire il fallimento) si apra con riguardo ad una società, e in particolare, per quanto qui interessa, ad una società di capitali.

L'emanando Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, secondo l'attuale schema di decreto legislativo, offre qualche interessante spunto di riflessione nel prefigurato passaggio dall'[art. 146, comma 2, l.fall.](#) alla disciplina nuova affidata al suo art. 254, il quale concerne la **legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità**, allorché la liquidazione giudiziale (quale procedura destinata a sostituire il fallimento) si apra con riguardo ad una società, e in particolare, per quanto qui interessa, ad una società di capitali.

Ben noto è il modello della **responsabilità degli amministratori** disegnato, segnatamente, a proposito delle società per azioni, modello che si incentra sui due strumenti regolamentati dagli [artt. 2393 e 2394 c.c.](#), al di là di quanto previsto dall'[art. 2395 c.c.](#), per un verso, e dall'[art. 2497 c.c.](#), per l'altro. E pure risaputo è il fatto che l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali si differenziano in ragione della natura propria a ciascuna, essendo la prima un'azione diretta a far valere una responsabilità contrattuale, mentre l'altra si regge – sebbene la questione sia discussa – su un titolo di responsabilità extracontrattuale. Con tutto ciò che ne deriva sul piano della disciplina applicabile: *in primis*, con riguardo all'onere della prova e alla prescrizione.

Nel sistema vigente questa distinzione, peraltro, tende ad appannarsi nei casi in cui ad agire sia il curatore fallimentare. La sua legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione spettante ai creditori sociali è inequivoca, giusta il dettato dell'[art. 2394-bis c.c.](#), alla luce del quale va dunque riguardata la formula, di per sé generica, dell'[art. 146, co. 2, lett. a\), l.fall.](#) (mentre un contenuto più preciso, a proposito della liquidazione coatta amministrativa, presenta l'[art. 206 l.fall.](#)). Del resto, per quanto riguarda, almeno, l'azione sociale di responsabilità, che è posta a tutela di un rapporto di cui è parte la società fallita, eloquente è già il dettato dell'[art. 43, co. 1, l.fall.](#)

Senonché quando il curatore agisce e fa valere la responsabilità degli amministratori (o

dei sindaci) della fallita, domandandone la condanna a risarcire il danno che questa abbia subito come conseguenza di una loro condotta repressibile, accade che il titolo posto a fondamento della pretesa svolta in giudizio tenda a passare, nei fatti, in secondo piano, ritenendosi sufficiente, almeno secondo un largo indirizzo interpretativo, che la pretesa stessa appaia giustificata e meritevole di accoglimento sulla base dell'uno o l'altro tipo di responsabilità invocabile dal curatore.

Due pretese che dovrebbero essere in **concorso alternativo** tra loro (rispetto al ristoro, quanto meno, del danno emergente) finiscono dunque con il fondersi in un unico rimedio, attraverso il quale il curatore è messo in condizione di recuperare alla massa attiva l'equivalente della perdita provocata dagli amministratori al patrimonio sociale. Ed è questa in definitiva la tesi – ben nota – dell'azione di responsabilità esercitabile dal curatore come azione unitaria e capace di assorbire in se stessa le due “anime” proprie dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali. La giurisprudenza, ancora di recente, si è espressa nei seguenti e assai chiari termini: *«Le azioni di responsabilità ex artt. 2393 e 2394 c.c. confluiscono, in caso di fallimento della società, nell'unica azione di responsabilità esercitabile da parte del curatore ai sensi dell'art. 146 della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942), la quale assumendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime, implica una modifica della legittimazione attiva di quelle azioni, ma non ne immuta i presupposti. L'azione del curatore, in particolare, è caratterizzata dal cumulo dei vantaggi processuali e sostanziali di dette due azioni, senza subirne gli svantaggi, tale che non può ritenersi vincolante la clausola arbitrale eventualmente prevista nello statuto societario, atteso che rispetto all'azione dei creditori sociali, esercitata dal curatore (specificamente dal commissario straordinario), non può essere fatta valere la clausola statutaria, in quanto i creditori sono terzi rispetto alla società»* ([Cass. civ., Sez. I, 12 settembre 2014, n. 19308](#)).

In tal modo però alla curatela vengono assicurati vantaggi, in realtà, difficili da giustificare nel confronto con i soggetti da essa convenuti in giudizio. Anche al di là della possibile esistenza di una clausola compromissoria statutaria, si pensi al caso in cui, ad es., l'azione venga promossa contro un direttore generale, il quale però vanta un credito derivante dal rapporto di lavoro intercorso con la società fallita. Potrà essere accolta la compensazione? Nonostante la difficoltà del tema, che si lega al controverso

dettato dell'[art. 56 l. fall.](#), si potrebbe pensare di sì, qualora il curatore abbia, in concreto, promosso la tutela giudiziale del credito della fallita derivante dall'inadempimento degli obblighi a carico del direttore generale. No, invece, se venga fatto valere un credito a presidio del quale sta un'azione della massa, com'è quella *ex art. 2394 c.c.* E quindi no, ancora, se l'azione di responsabilità esercitabile dal curatore è ricostruita in termini unitari, in quanto destinata ad assorbire in sé, sempre e comunque, anche l'azione dei creditori sociali.

Si pensi al caso in cui, poi, l'iniziativa del curatore riguardi un amministratore cessato dalla carica da oltre cinque anni. A voler intendere, anche qui, che in sede fallimentare il rimedio esercitabile dal curatore sia non già l'azione di cui all'[art. 2393 c.c.](#) o, in alternativa, di cui all'[art. 2394 c.c.](#), ma un'azione unitaria, che cumula in sé le caratteristiche dell'una e dell'altra, l'eccezione *ex art. 2393, co. 4, c.c.* non potrebbe mai assumere valore dirimente. È noto infatti che il *dies a quo* della prescrizione, rispetto al rimedio concesso ai creditori, viene fatto coincidere con il momento in cui si manifesta l'insufficienza del patrimonio sociale e cioè, tendenzialmente, con la dichiarazione di fallimento.

Può essere richiamato, ancora, quanto previsto dall'[art. 1225 c.c.](#) sulla limitazione del risarcimento al danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione, se l'inadempimento non è doloso. Si tratta di un dettato normativo non applicabile, com'è noto, alla **responsabilità extracontrattuale**. Di tal che, ad ammettere che l'azione del curatore si presenti quale rimedio comunque volto a sanzionare anche la responsabilità *ex art. 2394 c.c.*, che è una responsabilità – come detto – extracontrattuale, sarebbe sempre vano da parte del convenuto opporre un'eccezione fondata, appunto, sul citato [art. 1225 c.c.](#) Ciò, laddove questo disposto normativo andrebbe invece opportunamente rivalutato (sulla scorta di indirizzi interpretativi, del resto, già presenti), in un'epoca in cui fioriscono azioni di rilevantissima portata e relative a danni di ammontare eccezionale, azioni rispetto alle quali sembra giusto concedere agli amministratori equilibrate armi di difesa, anche a fronte di una rinnovata tendenza giurisprudenziale – a quanto sembra – verso un'oggettivizzazione della loro responsabilità.

Ebbene, il quadro così tracciato parrebbe destinato tuttavia a mutare alla luce di quanto previsto, nel suo art. 254, dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Vi sono

due argomenti testuali i quali spingono a ritenere, infatti, che il legislatore voglia offrire all'interprete una prospettiva rinnovata, all'interno della quale non dovrebbe esservi più spazio per l'intendimento dell'azione di responsabilità promossa dal curatore contro gli amministratori (o i sindaci) quale azione unitaria, cumulante in sé i caratteri tanto dell'**azione sociale di responsabilità** quanto dell'**azione dei creditori sociali**. Anzitutto, queste azioni sono invero tenute distinte l'una dall'altra e specificamente individuate nelle lett. *a*) e *b*) del citato art. 254, al contrario di quanto avviene nell'attuale [art. 146, co. 2, lett. a\), l.fall.](#), che invece rimette indifferenziatamente al curatore l'esercizio delle «azioni di responsabilità» verso amministratori, componenti degli organi di controllo, direttori generali e liquidatori della società fallita. In secondo luogo, nell'*incipit* sempre del nuovo art. 254 il legislatore chiarisce che, in particolare, l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali possono essere promosse «*anche separatamente*».

Non può essere, dunque, il fatto contingente dell'esercizio congiunto delle due azioni a determinarne la fusione in un'azione unica. E il testo del citato art. 254 del Codice sembra appunto diretto a scongiurare un tale esito interpretativo, restandone di riflesso valorizzata, invece, la lettera dell'[art. 2394-bis, c.c.](#) da cui già si ricava che l'azione spettante al curatore non è unica.

Resta infine da aggiungere che una prospettiva identica, incentrata sulla distinzione, pure in sede concorsuale, tra azione sociale di responsabilità e azione dei creditori sociali, è destinata ad aprirsi, con l'avvento del Codice, anche a proposito delle s.r.l. colmando un vuoto sul cui significato la dottrina ancora si divide, è infatti prevista (art. 411) la modifica dell'[art. 2476 c.c.](#), con l'introduzione al suo interno di un nuovo comma, il sesto, nel quale dovrebbe trovar posto la disciplina, anche per le s.r.l., della responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali.