

CARLO FELICE GIAMPAOLINO

CLAUSOLA ARBITRALE IN STATUTO DI SOCIETÀ
E NATURA EXTRACONTRATTUALE DELL'AZIONE
EX ART. 2394 E 2394-BIS C.C.

1. L'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 consente agli statuti di prevedere una clausola arbitrale avente ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e che, in tale caso, la clausola sia vincolante per costoro a seguito dell'accettazione dell'incarico. In altri termini, la disposizione sembra stabilire che l'accettazione della clausola compromissoria da parte degli amministratori avvenga automaticamente o "per relationem", sebbene l'amministratore si limiti ad accettare l'incarico gestorio, senza partecipare alla stipulazione dell'atto costitutivo.

Di conseguenza, sempre più di frequente gli statuti di società di capitali contengono una clausola arbitrale che affida agli arbitri le controversie che dovessero insorgere, per es., "in dipendenza dell'interpretazione ed esecuzione dello statuto e, in generale, di tutti i patti o fatti che anche indistintamente formano oggetto dello stesso".

L'ambito di efficacia di una clausola arbitrale così formulata sarebbe ben preciso e circoscritto e non si dovrebbe estendere alle azioni di responsabilità contro gli amministratori in materia di violazione di doveri imposti dalla legge relativi alla *mala gestio*, ma si dovrebbe riferire unicamente alle controversie derivanti da obblighi contenuti nello "Statuto", cioè dall'atto o documento alla cui corretta esecuzione la clausola arbitrale intende riferirsi, il quale può (e può anche non) contenere riferimenti a principi o doveri di corretta amministrazione ma che può essere muto sul punto. È noto tuttavia che sulla clausola arbitrale giudicano in primo luogo gli stessi arbitri.

A favore di una soluzione restrittiva vi sono diversi argomenti giuridici (trascurando quello fattuale, cioè che l'arbitrato è un meccanismo di risoluzione efficace e che può sopperire alla giurisdizione statale se le parti sono in una situazione omogenea anche con riferimento alla capacità finanziaria di sostenerlo. Ed amministratore e società non lo sono).

Con riferimento a quelli giuridici, in primo luogo, secondo l'orientamento pacifico della Suprema Corte, "poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine alla interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale, riconoscendosi non rientrare

la domanda in contestazione nell'ambito della materia rimessa agli arbitri"¹.

In secondo luogo, gli statuti societari si interpretano in senso oggettivo, senza che vi sia spazio per la ricerca di una vera o presunta intenzione soggettiva delle parti, diversa o ulteriore rispetto a quanto risulta oggettivamente dal testo delle clausole statutarie².

In terzo luogo, l'efficacia oggettiva risponde ai principi del diritto societario e, più in generale, dei contratti associativi: in base a siffatti principi, le clausole dell'atto costitutivo si applicano e sono vincolanti per tutti coloro che entrino a far parte dell'organizzazione sociale o associativa, indipendentemente dalla concreta ed espressa accettazione da parte di questi ultimi. Tali principi sono pertanto connessi all'organizzazione della società e alle regole organizzative che disciplinano il funzionamento della stessa³.

Ciò significa che l'efficacia dei medesimi principi, e il carattere vincolante delle clausole statutarie ad essi connessa, opera essenzialmente nelle ipotesi di questioni inerenti all'organizzazione e alle posizioni organizzative ricoperte dai soggetti coinvolti nel rapporto sociale o associativo, mentre incontra un limite nel caso di questioni relative alle posizioni personali ed individuali degli stessi. Il medesimo limite opera dunque rispetto al meccanismo di accettazione automatica o "per relationem" della clausola compromissoria previsto dall'art. 34 d.lgs. n. 5/2003.

Da tali principi deriverebbe che l'accettazione dell'incarico di amministratore comporta un'automatica accettazione della clausola compromissoria solo in relazione alle controversie che riguardano il funzionamento dell'ufficio amministrativo (c.d. posizione organizzativa dell'amministratore), ma non dovrebbe implicare di per sé l'accettazione della clausola compromissoria anche con riferimento alle controversie relative alla posi-

¹ Cfr. Cass., 23 gennaio 2013, n. 1543; Cass. 3 gennaio 2013, n. 28; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22841; Cass., 26 aprile 2005, n. 8575; Cass., 23 luglio 2004, n. 13830; 4 giugno 2003, n. 8910; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410.

² C. ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 797 ss.; C. IBBA, *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 525 ss.; ID., *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, I, 1, Torino, 2004, 137; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 383; M. SCIUTO, *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 279; P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote*, Torino, 1995, 126 et seq.; M. STELLA RICHTER JR., *La costituzione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, I, 280; G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, I, 1, 550; G. COTTINO - R. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato Cottino*, III, Padova, 2004, 61. Anche per l'interpretazione fondata sul commune intento delle parti (Lodo Arbitrale, 29 luglio 2008, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2009, II, 493 et seq.; e recentemente App. Torino, 1 ottobre 2013, in *Giur. comm.*, 2014, I, 864 et seq.) esso va ricercato nel testo del contratto (Cass., 4 settembre 2012, n. 14775; Cass., 16 giugno 2011, n. 13234).

³ Cfr. D. CORAPI, *Gli statuti di società per azioni*, Milano, 1971, 252.

zione e alla responsabilità individuale e personale di chi l'ufficio ha esercitato (c.d. posizione individuale o personale dell'amministratore).

Per poter essere valida ed efficace anche con riferimento a queste ultime controversie, l'accettazione della clausola compromissoria richiederebbe un apposito patto, specifico e separato dallo statuto.

2. Il tema si è di recente posto in relazione ad una fattispecie decisa dalla S.C.⁴. Nel caso, l'amministratore, questa volta, aveva eccepito la clausola arbitrale in un'azione proposta dal curatore della società fallita. La S.C. ha ritenuto che "come affermato, tra le ultime, nella pronuncia 10378/2012, le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società di capitali previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., pur essendo tra loro distinte, in caso di fallimento dell'ente confluiscono nell'unica azione di responsabilità, esercitabile da parte del curatore ai sensi della L. Fall., art. 146". "Da tale principio, non consegue affatto la vincolatività della clausola arbitrale prevista nello statuto, come sostenuto dai ricorrenti, atteso che rispetto all'azione dei creditori sociali, che il Commissario straordinario ha esercitato, non può essere fatta valere la clausola statutaria, per l'evidente rilievo che i creditori sono terzi rispetto alla società". Segue la constatazione che l'azione del curatore (o commissario), quando esercita l'azione L. Fall., ex art. 146, contiene istanze risarcitorie verso gli amministratori tanto con riferimento ai presupposti della responsabilità (contrattuale) di questi verso la società (art. 2392 c.c.), quanto a quelli della responsabilità (extracontrattuale) verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.).

Per il presente scritto, occorre allora considerare se la mancata devoluzione in arbitrato dell'azione ex 2394 c.c. sia necessariamente collegata alla natura extracontrattuale dell'azione stessa.

3. La questione sopra descritta sarebbe forse compromessa (con soggezione dei creditori alla clausola arbitrale) se fosse accolta acriticamente l'impostazione della dottrina e di parte della giurisprudenza, sulla natura surrogatoria dell'azione ex art. 2394 c.c.⁵ – cioè rientrante nell'art. 2900

⁴ Cass., 12 settembre 2014, n. 19308.

⁵ Cfr. sin dalla prima edizione G. FERRI, *Manuale del diritto commerciale*, Torino, 1952, 232, G. MINERVINI, *Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (artt. 2394 e 2395 cod. civ.)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 209 e ss., ove la menzione sulle posizioni dottrinali del tempo; v. inoltre C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, ed. III, 460, sull'azione dei creditori sociali i quali hanno "un'azione propria contro gli amministratori per costringerli a reintegrare il capitale sociale che hanno colpevolmente sciupato". "Essi la esercitano in nome proprio, ma collo stesso contenuto che avrebbe se fosse esercitata dagli azionisti: la reintegrazione del patrimonio sociale". V. inoltre G. RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1959, 234; P. GRE-

c.c.. In effetti per la S. C.⁶, la clausola di arbitrato rituale vincola anche il creditore nell'azione surrogatoria.

Infatti, per effetto dello spossessamento, il curatore esercita le azioni della società e si sostituisce ai creditori nell'esercizio delle azioni surrogatorie per crediti dei quali è titolare la società⁷⁻⁸.

CO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 322; A. BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, 338. La tesi è anche presente in giurisprudenza: Cass., 22 febbraio 1998, n. 2251, "Si è rilevato infatti che nel caso di fallimento di società di capitali, le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e, surrogatoriamente, dei creditori sociali, confluiscono nell'unica azione di cui all'art. 146, 2 comma., l. fall., di cui è titolare esclusivo il curatore. In costanza di fallimento la legittimazione dei creditori sociali ad esercitare l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. non sopravvive, ancorché il curatore rimanga inerte (Cass., 28.11.1984, n. 6187)". Cfr. anche Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1803; Cass., 28 novembre 1984, n. 6187, in *Foro it.*, 1985, I, c. 3179; 27 novembre 1982, n. 6431, in *Le Soc.*, 1983, 751; Cass., 9 agosto 1977, n. 3652, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 90; App. Roma, 21 maggio 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1805; App. Bologna 8 luglio 1978, in *Giur. merito*, 1979, 864; Trib. Palermo, 11 settembre 1992, in *Le Soc.*, 1993, 788; Trib. Torino, 13 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 145; Trib. Milano, 13 novembre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1169.

Diversamente ora v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G. B. FERRI, Torino, 2006, ed. XII, 362, che dalla natura surrogatoria dell'azione *ex art.* 2394 c.c. fa discendere la sua non applicabilità nella s.r.l. in quanto se l'art. 2394 c.c. è richiesto per chiarire i rapporti tra l'azione sociale e la surrogatoria *ex art.* 2900 c.c. "non vi sarebbero motivi per invocarne l'applicazione in altri tipi sociali, ove tali esigenze tecniche non sussistono, salva ovviamente la società in accomandita per azioni".

⁶ Seppure in obiter, Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Corriere giuridico*, 1995, 1373 (nota di: C. CECHELLA), "qualora un creditore agisca in surrogatoria, in relazione a controversia per la quale il debitore "surrogato" abbia stipulato una clausola compromissoria per la devoluzione della stessa ad arbitri, siffatta clausola sarà opponibile al credito surrogante (art. 2900 c.c. e 81 c.p.c.) solo nel caso in cui l'arbitrato in questione abbia natura rituale".

⁷ Sarebbe quindi del tutto naturale che "dovendosi riportare l'azione surrogatoria alla figura della sostituzione processuale (art. 81 cod. proc. civ.) la dichiarazione di fallimento, nel determinare l'inammissibilità della surrogatoria in relazione ai diritti del fallito, determina, automaticamente, il venir meno della legittimazione straordinaria del creditore del fallito all'azione surrogatoria". Orientamento pacifico cfr. ad esempio Cass., 6 marzo 1991, n. 2339.

⁸ Per la s.r.l. la sussistenza dell'azione dei creditori prevista per la società per azioni *ex art.* 2394 c.c., che non è direttamente richiamato per la società a responsabilità limitata, è stata discussa. Cfr. Trib. Roma, 23 febbraio 2009, in *Soc.*, 2010, 97 con nota di E.E. BONAVERA; E. LOFFREDO - G. RACUGNO, *La società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 38 e ss.; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2006, III, 630.

In giurisprudenza nel senso del riconoscimento della esperibilità dell'azione di responsabilità da parte dei creditori e della legittimazione all'azione in capo al curatore in base ad una applicazione analogica dell'art. 2394 c.c., ovvero all'applicazione dei principi generali, Trib. Mantova, 14 settembre 2005; Trib. Udine, 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, 809, con nota adesiva di M. BIANCA, *La responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, anche traendo spunto dall'art. 240, l. fall., che attribuisce al curatore

È poi noto che, ancorché la posizione più equilibrata sulla natura composita dell'azione – quanto ad interessi tutelati – ammetta la conclusione della giurisprudenza sulla natura diretta e non surrogatoria dell'azione dei creditori sociali⁹, le disposizioni sui rapporti tra l'azione sociale e quella dei creditori si prestano anche alla lettura giurisprudenziale prevalente che ritiene trattarsi di azioni distinte, la prima contrattuale e l'altra, quella dei creditori, extracontrattuale.

In effetti, secondo l'orientamento prevalente della S.C., sin dagli anni '50¹⁰, l'azione *ex art.* 2394 c.c. (e oggi 2394-*bis*) non ha natura surrogatoria ma è un'azione di responsabilità extracontrattuale (anche se si registrano nello stesso anno due sentenze di segno opposto della prima sezione)¹¹. Se-

la legittimazione alla costituzione di parte civile nel processo penale salvo che per i casi di danni arrecati direttamente ai singoli creditori; Trib. Napoli 12 maggio 2004 e 16 aprile 2004, in *Soc.*, 2005, 1007 ss. *Contra*, nel senso che il curatore abbia perso ogni legittimazione a far valere l'azione sociale di responsabilità dei creditori; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 18 marzo 2005, in *Il Fall.*, 2006, 190 (s.m.); M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, 2128, riferisce di Trib. Milano, 25 gennaio 2006, inedita, che applica tale principio anche alle azioni riferibili a eventi antecedenti alla riforma ma proposte dopo la sua entrata in vigore; Trib. Napoli, 11 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2218 e in *Soc.*, 2005, 1017, con nota critica di M. CRISTIANO.

In dottrina, per la tesi dell'applicabilità analogica degli artt. 2394 e 2394-*bis* c.c. alla società a responsabilità limitata, o comunque il riconoscimento in via diretta della legittimazione del curatore ad esperire l'azione dei creditori sociali V. PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2004, 1133 ss.; L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, *ivi*, 2002, 1480 ss.; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, *ivi*, 2004, 293 ss.; ID., *sub art.* 2476, in P. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), 1607; O. CAGNASSO, *sub art.* 2476, in G. Cottino *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 1875; D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 221. Per l'impossibilità di attribuire una legittimazione alla curatela ma a ciascun creditore per l'esperimento in via diretta dell'azione di responsabilità L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 5 ss.; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina dello società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 301; G. M. ZAMPERETTI, *sub artt.* 2394-2394 *bis*, in G. Cottino, (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, cit., 828; L. PARRELLA, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 421; L. STANGHELLINI, *Società a responsabilità limitata e procedure concorsuali*, in *AGE*, 2003, 428.

⁹ Cfr. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità degli amministratori della società per azioni*, Milano, 1979, 97 e ss..

¹⁰ Cass., 24 giugno 1950, n. 1607, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, c. 849; Cass., 22 marzo 1947, n. 417, in *Dir. fall.*, 1947, II, 109, in base al codice di commercio.

¹¹ Cfr. Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251 (est. Carbone): "si è rilevato infatti che nel caso di fallimento di società di capitali, le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e, surrogatoriamente, dei creditori sociali, confluiscono nell'unica azione di cui all'art. 146, 2 comma, l. fall., di cui è titolare esclusivo il curatore. In costanza di fallimento la legittimazione dei creditori sociali ad esercitare l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. non sopravvive,

condo questo orientamento prevalente, la legge fallimentare assegna(va) l'azione dei creditori all'ufficio fallimentare per assicurare un maggiore livello di tutela ed a fini di economia processuale, e non per effetto dello spossessamento che attribuisce al curatore l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità¹².

4. In presenza di tali controversi dati, si deve verificare se l'azione dei creditori sociali *ex art.* 2394 c.c. abbia una natura extracontrattuale.

Secondo la S.C., l'art. 2394 c.c. configura una responsabilità extracontrattuale, che spetta in origine ai creditori, per le seguenti ragioni: i) mancherebbe un preesistente vincolo obbligatorio, ii) la rinuncia da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, iii) la prescrizione non è sospesa per la permanenza in carica, iv) l'art. 146, l. fall., previgente, distingue le due azioni.

Nella decisione più articolata sulla natura autonoma dell'azione dei creditori¹³ è enfatizzato che la previsione di cui all'art. 2394 c.c. fonderebbe una separata azione. L'argomento non è strumentale alla decisione – si trattava di determinazione del danno – ma si afferma la diversità dei titoli sulla base dell'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio del quale possa configurarsi l'inadempimento, con un corollario secondo il quale la responsabilità sorge se ed in quanto il comportamento degli amministratori cagiona una diminuzione del patrimonio sociale.

In questa decisione, l'azione è extracontrattuale perché manca il collegamento tra l'amministratore ed i creditori¹⁴. Tuttavia, la natura dell'azione

ancorché il curatore rimanga inerte (Cass., 28.11.1984, n. 6187)". Cfr. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488 (pres. Carbone, est. Rordorf), di seguito ampiamente commentata, opposta.

¹² Cfr. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità degli amministratori della società per azioni*, cit., 97; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1991, IV, 440; per la giurisprudenza v. anche E. CICONI, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 523.

¹³ La posizione recente della S.C. con riguardo al distinto fondamento dell'azione della società e dei creditori è contenuta nella sentenza Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488. Questa respinge il ricorso di un amministratore condannato a risarcire a seguito di azione sociale di responsabilità danni maggiori della differenza tra attivo e passivo. Il ricorrente sosteneva che, poiché l'azione dei creditori è surrogatoria, "intervenuto il fallimento della società, non può non trovare applicazione in entrambi i casi il principio della commisurazione del danno risarcibile in caso di ritenuta responsabilità dell'amministratore alla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare". Poiché l'azione civile esercitata era solo quella sociale, la S.C. ribadisce la diversità delle due azioni e – ma si tratta di altro argomento – rifiuta la tesi per la quale il danno arrecato non poteva essere superiore alla differenza tra l'attivo ed il passivo.

¹⁴ "La responsabilità in questione ha natura extracontrattuale, in assenza dell'imprescindibile presupposto della responsabilità contrattuale che è costituito dalla preesistenza di un vincolo obbligatorio (anche se non necessariamente di genesi contrattuale) del quale possa configurarsi l'inadempimento; tale responsabilità sorge se ed in quanto il comporta-

influenza il tema dell'azione surrogatoria. Sembra alla S.C. che, considerata la natura extracontrattuale della responsabilità verso i creditori, non si può trattare di un fenomeno surrogatorio ("Non sembra invero riconducibile il mutamento del titolo della responsabilità, da contrattuale a extracontrattuale, nel novero degli effetti di un mero fenomeno surrogatorio"). Segue il richiamo di alcuni dati normativi favorevoli all'autonomia dell'azione¹⁵. Il resto è conseguenza: mentre l'accoglimento della domanda proposta ai sensi degli artt. 2392 e 2393 c.c. comporta la devoluzione del risultato utile di essa in via primaria e diretta ad incremento del patrimonio sociale (mentre i creditori attori ne trarrebbero solo indiretto beneficio), ciò non si verifica nel caso di cui all'art. 2394 c.c., dove il danno subito dai creditori costituisce anche la misura del loro interesse ad agire.

Nella decisione quindi c'è un unico presupposto: poiché manca il contratto con gli amministratori, la responsabilità che questi hanno nei confronti dei creditori non può che essere extracontrattuale. Questo presupposto, puramente di carattere dogmatico, è però stato superato da altre sentenze della stessa S.C. a Sezioni Unite in relazione ad ipotesi di responsabilità civile da sorveglianza e a casi di responsabilità del professionista sanitario.

È stato infatti ritenuto che quando un soggetto subisca un danno per il comportamento dell'organo/incaricato dal soggetto responsabile, è contrattuale anche la responsabilità tra l'organo/incaricato del responsabile ed

mento degli amministratori cagioni una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la funzione di garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., e il diritto riconosciuto ai creditori sociali è quello di ottenere dagli amministratori, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che, per loro colpa, la società non è più in grado di adempiere (o di integralmente e correttamente adempiere)".

¹⁵ In particolare, il "quarto comma dell'art. 2394, ove si stabilisce che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, con disposizione che risulterebbe inconcepibile se ad essa si dovesse attribuire il significato del conferimento all'attore in surrogatoria della facoltà di sostituirsi al titolare principale del diritto nel far valere un'azione a questo preclusa; dall'art. 146 della legge fallimentare, ove si prevede la possibilità per il curatore del fallimento della società di agire contro gli amministratori a norma degli articoli 2393 e 2394 del codice civile, per tal modo confermandosi la persistenza, nella pendenza della procedura concorsuale, di una duplicità di azioni; dal regime della prescrizione, che il legislatore, se non ne avesse presupposto l'autonomia, non avrebbe disciplinato con una specifica previsione normativa, per assoggettarla allo stesso termine dell'azione sociale di responsabilità, con la sola differenza che in questo caso non opera la causa di sospensione di cui al n. 7 dell'art. 2941, non essendo configurabile quel rapporto diretto tra le parti che della causa di sospensione costituisce ragione di essere, e con la particolarità che il termine di prescrizione inizia a decorrere in questo caso, in applicazione del criterio generale posto dall'art. 2935 c.c., dal momento in cui sia divenuto oggettivamente conoscibile il dato di fatto della insufficienza del patrimonio sociale, anche se lo stesso sia stato in concreto ignorato".

il terzo¹⁶. Ancora, è stato ritenuto¹⁷ che sia diversa la posizione del danneggiato quando il danno derivi dalla violazione di obblighi e non solo dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui. Per la S.C., quando il danno deriva dalla violazione di un obbligo assunto contrattualmente nei confronti di terzi si tratta di una responsabilità contrattuale. Pertanto, il fatto che non ci sia un contratto tra creditori e amministratori non esclude che gli amministratori, comportandosi correttamente, proteggano l'interesse dei creditori a ricevere quanto promesso dalla società.

La posizione dei creditori, che essi farebbero valere per violazione dei doveri di protezione dell'integrità del patrimonio sociale, è necessariamente – e non solo accidentalmente – protetta dal rispetto da parte degli amministratori delle regole di corretta amministrazione, tanto che se queste sono attuate non vi potrà essere danno risarcibile. Infatti, l'organo che agisce per l'ente titolare del rapporto obbligatorio, e quindi nell'area della responsabilità contrattuale tra creditore e società, ha con quest'ultimo un contatto qualificato dalla sua carica. Il pregiudizio che il creditore subisce deriva dall'azione dell'amministratore svolta per conto dell'ente e non da una sua condotta estranea all'incarico.

Ancora in campo societario, per la responsabilità dell'amministratore di fatto, si è chiarito che il “discrimine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale” non deve essere ricercato nella fonte ma “nella natura della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche se non derivanti da contratto, la violazione dà luogo a responsabilità contrattuale”, essendo invece extracontrattuale la violazione del “dovere generale di rispetto delle situazioni giuridiche altrui”¹⁸.

¹⁶ Cass., SS.UU., 27 giugno 2002, n. 9346: “nel caso di danno arrecato dall'allievo a se stesso, appare più corretto ricondurre la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì nell'ambito della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.”.

¹⁷ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con nota di F. DI CIOMMO, utilizzando la dogmatica del “contatto sociale” (“secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi), si fa riferimento, in questi casi al “rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale”. La sentenza in realtà ammette il concorso di titoli di responsabilità “In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale”.

¹⁸ Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, *Foro it.*, 2000, I, c. 2299.

Ne esce quindi ulteriormente indebolita la tesi della natura extracontrattuale dell'azione dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.* adottata dalla Casazione¹⁹.

Il dovere di conservare il patrimonio sociale, che costituisce il comportamento dovuto sottostante alla responsabilità nei confronti dei creditori sociali, esiste principalmente nei confronti della società e la previsione dell'art. 2394, ult. co., c.c. seconda proposizione, per la quale "la transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi" pare definitivamente segnare la natura dell'azione.

La menzione della revocatoria della transazione conclusa dalla società da parte dei creditori ha infatti due conseguenze sulla qualificazione dell'azione.

In primo luogo, la transazione sull'azione di responsabilità intrapresa dai creditori è atto che intercorre tra la società e gli amministratori ed esso fa cessare la materia del contendere tra creditori ed amministratori.

Se però si trattasse autenticamente di un diritto dei creditori ad essere risarciti per un illecito extracontrattuale ("lesione del credito"), la disposizione non avrebbe senso in quanto la transazione non potrebbe compromettere il diritto dei creditori, terzi rispetto alla rinuncia o alla transazione. Ciò vuol dire che la situazione soggettiva dedotta nell'azione di responsabilità dei creditori sociali è la stessa (vale a dire un dovere di conservazione del patrimonio sociale) e non è direttamente la lesione del credito da parte degli amministratori.

In secondo luogo, la disposizione prevede che il beneficiario dell'azione dei creditori è comunque e sempre la società in quanto, solo se è la società a ricevere il risarcimento derivante dalla transazione sull'azione, si spiega la revocatoria della transazione sull'azione.

La società può concludere una transazione che incide anche sull'azione dei creditori, e quindi disporre del diritto al risarcimento in un modo che indirettamente giova o nuoce ai creditori. Non si potrebbe invece affermare il carattere pregiudizievole di un atto della società se il creditore stesso fosse il destinatario diretto del risarcimento e potesse riceverlo dagli amministratori. In altri termini, ritenendo che i creditori siano beneficiari del risarcimento per la pretesa lesione del (loro) credito, non si spiegherebbe il rimedio della revocatoria ordinaria, cioè dell'azione che colpisce l'atto di disposizione pregiudizievole delle ragioni dei creditori del titolare del diritto del quale si è disposto.

¹⁹ Corollario di tale impostazione dovrebbe essere che l'azione del curatore può essere esercitata eventualmente nel processo penale e che, in tale sede, se esercita l'azione sta esercitando anche l'altra. I creditori possono costituirsi parte civile nel processo penale per il danno non patrimoniale sofferto.

La disposizione è quindi nel senso che, se l'amministratore risarcisce il danno patrimoniale subito dalla società, ripristina anche la situazione dei creditori lesa dall'atto che ha pregiudicato il patrimonio sociale.

Tali considerazioni portano a concludere che, nel caso della società per azioni e per analogia nel caso delle società di capitali, l'art. 2394 c.c. costituisce il riconoscimento di un interesse qualificato del creditore all'integrità del patrimonio sociale, cioè di una situazione giuridica soggettiva accessoria al diritto soggettivo credito, che consente, in presenza di un evento qualificato come l'insufficienza del patrimonio, l'ingerenza di un altro soggetto rispetto all'esercizio dell'azione della quale è titolare la società²⁰.

5. L'aver confermato che si tratta di un'azione di natura surrogatoria (cioè che presuppone una "derivazione" dalla mancata soddisfazione di un interesse creditorio altrui ed una sorta di sostituzione nella legittimazione all'esercizio dell'azione²¹) non determina comunque la soggezione del curatore alla clausola arbitrale dello statuto societario.

La natura surrogatoria dell'azione non rende infatti l'art. 2394 una azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., cioè l'esercizio di un diritto di credito altrui in presenza di inerzia, soggetto alle stesse regole esistenti tra le parti e quindi alla convenzione arbitrale. Il riferimento contenuto nell'art. 2394 c.c. agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale ed all'insufficienza patrimoniale (generalmente, data di fallimento o antecedente) caratterizzano tale azione rispetto all'azione surrogatoria. Vi è che l'azione ex 2394 c.c. subisce, in presenza di fallimento, una sorte analoga a quella dell'azione dei creditori nella s.p.a. in quanto l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. viene esercitata dal curatore in caso di fallimento²².

²⁰ Cfr. pare analogamente M. RESCIGNO, *op. cit.*, 2131, che comunque dimostra che anche ove si trattasse di azione diretta, questa spetterebbe al curatore. Nella disciplina della società per azioni, ne deriva, nella società per azioni, in sede di applicazione analogica dell'art. 2393-bis c.c. dettato per l'azione di responsabilità sociale promossa da almeno un quinto del capitale, e dei principi in tema di gestione di affari altrui, che la società stessa rimborsa le spese del giudizio.

²¹ R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Roma-Bologna, 1953, 80; G. GIAMPICCOLO, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 950 ss., spec. 958; S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 1985, 127 ss., spec. 130 e 132. Ne dubita G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali nell'esercizio dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, 320.

Nota M. RESCIGNO, *Riforma societaria*, cit., 2131, che anche se si trattasse di azione diretta dei creditori, il fallimento produce il trasferimento in capo al curatore di azioni che i creditori individualmente possono esperire, come l'azione revocatoria ordinaria, strumentale alla successiva soddisfazione del proprio credito.

²² È infatti pacifico in giurisprudenza che la legittimazione del creditore, ai sensi dell'art. 2900 cod. civ., a far valere in giudizio i diritti patrimoniali del debitore verso il terzo cessa a seguito della dichiarazione del fallimento del debitore stesso: "Perché l'apertura della procedura concorsuale, a norma degli artt. 31 e 42 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267, priva

Posto che, quando la società è *in bonis*, per le ragioni esposte i creditori della società sono titolari di un'azione per far valere il diritto risarcitorio, derivante dalla responsabilità degli amministratori ed in origine spettante alla società, a seguito del fallimento è il curatore a poter far valere tale azione.

L'insufficienza patrimoniale è inserita nell'art. 2394 c.c. essenzialmente per evitare interferenze tra l'azione dei creditori sociali e l'autonomia imprenditoriale della società. La soglia – la sufficienza del patrimonio – di “indifferenza” per i creditori dell'atto dannoso compiuto dall'amministratore evita che l'attività venga sindacata se non c'è rischio di inadempimento.

L'esistenza di una responsabilità per la conservazione del patrimonio sociale (non extracontrattuale, in quanto nascente da un rapporto qualificato), degli amministratori verso i creditori sociali, attivata dal curatore, derivante da un obbligo specificamente previsto dalla legge (e quindi soggetta alla disciplina della responsabilità contrattuale) si pone su un piano affatto diverso rispetto alla considerazione del curatore, in luogo dei creditori, come parte della clausola arbitrale. Ne consegue che la mancata soggezione non dipende dalla natura dell'azione ma dipende essenzialmente dall'assenza di un vincolo derivante dalla clausola compromissoria efficace verso creditori e verso curatore.

In altri termini la mancata soggezione del curatore alla clausola arbitrale non dipende dalla natura extracontrattuale dell'azione dei crediti (che è un'azione che spetta loro, di natura surrogatoria, a protezione dell'interesse alla concessione ed all'integrità di un patrimonio insufficiente) ma del fatto che il curatore ed i creditori non sono parti del contratto nel quale è inserita la clausola.

il fallito della disponibilità e dell'amministrazione dei suoi beni, devolvendola al curatore, sicché determina il venir meno della configurabilità di un'inattività colpevole dell'obbligato ed al contempo segna il passaggio in via esclusiva al curatore del potere-dovere di compiere atti di tutela e conservazione del patrimonio del fallito” Così testualmente Cass., 12 aprile 1994, n. 3413, che rinvia a Cass., 6 marzo 1991 n. 2339; cfr. anche Cass., 28 aprile 1981 n. 2564.

