

L'azione di responsabilità sociale

Raccolta di Giurisprudenza e Teoria

Sommario generale: 1. l'azione in generale (p. 1) 2. Giurisprudenza in generale p. 10. 3. Giurisprudenza e approfondimenti teorici specifici. Legittimazione all'azione. A1) Curatore (p.21). 4. A2) legittimazione all'azione. Socio, società, creditori sociali (p.37). 5. Doveri degli amministratori e dei sindaci. A1) Amministratori (p. 62). A2) Sindaci. Giurisprudenza e Commenti (p. 87) 6. La liquidazione dei danni. Giurisprudenza e commenti (p. 100)

l'azione in generale:

Sommario: 1. Premessa - 2. La deliberazione. Il termine per la proposizione dell'azione - 3. La revoca ex lege degli amministratori - 4. La rinuncia e la transazione - 5. La responsabilità dell'amministratore di fatto - 6. Le novità introdotte dalla riforma del risparmio

1. Premessa

L'azione sociale «sanziona e salda il rapporto fiduciario configurato dalla legge tra i soci- proprietari e gli amministratori gestori» (Cottino, *Le società, Diritto Commerciale*, I, 2, Padova 1999, 431).

Da ciò si desume che l'azione assolve oggi ad una funzione, più che risarcitoria, di deterrente (Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. Colombo, Portale*, IV, Torino, 1991, 393).

La responsabilità degli amministratori nei confronti della società, ai sensi degli artt. 2392 e 2393, trova la sua fonte nell'inadempimento dei doveri imposti agli stessi dalla legge o dall'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento degli obblighi generali di vigilanza o di intervento preventivo e successivo (A. Milano 3.3.2004). Contrariamente a quanto ritiene certa giurisprudenza di merito, secondo la Cassazione, a differenza che in altri casi di deliberazione societaria, la legge non richiede che la deliberazione con cui l'assemblea di una società per azioni autorizza l'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori a norma dell'art. 2393 rechi una specifica motivazione volta ad illustrare le ragioni di tale scelta, restando ovviamente affatto impregiudicata la fondatezza degli addebiti mossi all'amministratori, destinati ad essere vagliati solo nella causa contro di lui successivamente instaurata. Ciò non implica, peraltro, che detta deliberazione assembleare si sottragga a qualsiasi possibile censura di legittimità, non solo sotto il profilo della correttezza del procedimento con cui essa è adottata, ma anche per aspetti concernenti il suo contenuto, ed in particolare per eventuali vizi di eccesso di potere

o per una situazione di conflitto di interessi in cui eventualmente versi il socio che abbia espresso in quella assemblea un voto determinante (C. 21858/2005).

La riforma del 2003 ha introdotto rilevanti novità, tese secondo quanto espresso nella Relazione Ministeriale ad evitare che in tema di responsabilità degli amministratori si possano determinare «sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla, in una responsabilità sostanzialmente oggettiva allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili».

Per quanto concerne la fase transitoria, in forza delle disposizioni apportate dal D.Lgs. 6.2.2004, n. 37, all'art. 223 bis delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile, alle società di capitali iscritte nel registro delle imprese in data anteriore al 1 gennaio 2004 - data di entrata in vigore della riforma di cui al D.Lgs. 17.1.2003, n. 6 - che non abbiano ancora esercitato la facoltà di modificazione del proprio atto costitutivo e/o del proprio statuto con deliberazione dell'assemblea straordinaria dei soci adottata a maggioranza semplice prevista da tale articolo, continuano ad applicarsi, fino al 30 settembre 2004, le clausole dell'atto costitutivo e/o dello statuto e le disposizioni di legge vigenti alla data del 31 dicembre 2003, con la conseguenza che, per tali società, la disciplina legale della legittimazione a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori sia rintracciata nelle disposizioni contenute negli artt. 2393, 2394 e 2395, nel testo vigente alla data del 31 dicembre 2003 (T. Napoli, ord., 29.4.2004). Anche nelle società a responsabilità limitata - ai sensi dell'art. 2487 in relazione all'art. 2393, 1° co. (nel testo antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. 17.1.2003, n. 5) l'azione di responsabilità deve essere deliberata dall'assemblea dei soci. La mancanza di tale presupposto, incidente sulla legittimazione processuale del rappresentante della società deve essere rilevata anche d'ufficio dal giudice (A. Roma 10.1.2008).

La legittimazione del socio è riconosciuta, come avviene nel nostro art. 2393 e tra l'altro in ordinamenti come quello tedesco, nel presupposto di una dimensione minima della partecipazione al capitale sociale, oppure, come in particolare avviene nell'ordinamento statunitense, nella prospettiva di una derivative suit, proponibile però soltanto a seguito dell'assolvimento di un demand requirement oppure della dimostrazione della sua inutilità nel caso concreto, che si sia invitato cioè l'organo sociale competente ad agire e che il suo rifiuto debba considerarsi ingiustificato alla luce di quello che grossolanamente potremmo chiamare interesse sociale.

Un'azione del singolo socio in quanto tale e senza ulteriori presupposti è riconosciuta invece nell'ordinamento francese, in via generale per tutti i tipi sociali nell'art. 1843-3 code civil e nell'art. L 225-252 code de commerce; ed in esso perciò si distingue, con terminologia in effetti criticabile, ma che si spiega per la peculiare evoluzione storica sul punto di quell'ordinamento, tra azione sociale ut singuli e ut universi (Angelici,

Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, in RS, 2007, 1217).

Per una panoramica della giurisprudenza sul comportamento degli amministratori di s.p.a. e di s.r.l. nel caso di riduzione di capitale sociale al di sotto del minimo legale e delle conseguenti azioni di responsabilità v. Macrì, Il comportamento degli amministratori in caso di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, in Soc, 2016, 1408 ss.

2. La deliberazione. Il termine per la proposizione dell'azione

L'azione sociale di responsabilità può essere promossa, in seguito a deliberazione assembleare (anche quando la società è in liquidazione) ovvero su iniziativa di un eventuale curatore fallimentare. La legge ha posto un limite alla possibilità di adottare la decisione nel corso dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio di esercizio. Infatti l'assemblea può deliberare l'azione di responsabilità anche in tale occasione, senza che sia necessario l'inserimento della questione all'ordine del giorno: ma deve trattarsi di «fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio». L'inserimento legale all'ordine del giorno dell'azione di responsabilità in caso di assemblea convocata ai sensi degli art. 2364, 1° co., sussiste, dunque, solo per i fatti accaduti nell'esercizio sociale, nel duplice significato ora esposto. Se, invece, la condotta ed il danno riguardano un esercizio anteriore, l'assemblea non potrà validamente deliberare l'azione di responsabilità se non posta all'ordine del giorno e dovrà essere convocata apposita assemblea a tal fine (se del caso su richiesta delle minoranze, ai sensi dell'art. 2367). Va ricordato che il nuovo art. 2364, 1° co., n. 5 esclude l'esonero da responsabilità, per il semplice fatto che l'assemblea abbia autorizzato l'atto gestorio. Invariato è l'art. 2373, laddove vieta agli amministratori di votare nella deliberazione riguardante la loro responsabilità. Si intende che, qualora più siano i soci - amministratori avverso cui l'azione viene deliberata, essi devono astenersi dalla deliberazione, anche con riguardo alla responsabilità degli altri membri: infatti, la deliberazione è unitaria, non può essere frazionata in tante decisioni quanti sono gli amministratori e, questi, dunque, sono portatori dell'interesse per conto proprio anche quando votano (di regola, contro), sull'esercizio dell'azione di responsabilità avverso gli altri componenti dell'organo gestorio [Nazzicone, La riforma del diritto societario, in Lo Cascio (a cura di), Società per azioni, amministrazione e controlli, 5, Milano, 2003, 194]. L'azione disciplinata dell'art. 2393 ben si adatta anche all'ipotesi di azione di responsabilità contro i sindaci: e così, ad esempio, anche per tale azione è necessaria una preventiva delibera assembleare, sempre all'ordine del giorno quando l'assemblea sia chiamata ad approvare il bilancio, ed essa può essere rinunciata o transatta con le stesse modalità previste per la rinuncia o la transazione dell'azione promossa contro gli amministratori (Squarotti, Revoca dei sindaci e azione di responsabilità, in Gco, 2007, 961).

Le azioni di responsabilità in materia societaria nei confronti degli amministratori, di cui all'art. 2393, si caratterizzano per la loro specificità rispetto alla norma di carattere generale prevista dall'art. 2043, di cui - peraltro - possiedono la natura extracontrattuale. È irrilevante, altresì, al fine di ritenere l'inapplicabilità della disciplina speciale - e la soggezione della fattispecie all'art. 2043 - la circostanza che tali comportamenti integrino condotte costituenti reato (C. 23778/2008).

Con riferimento alla determinazione della misura del compenso degli amministratori di società di capitali, ai sensi dell'art. 2389, 1° co. (nel testo vigente prima delle modifiche, non decisive sul punto, di cui al D.Lgs. 17.1.2003, n. 6), qualora non sia stabilita nello statuto, è necessaria una esplicita delibera assembleare, che non può considerarsi implicita in quella di approvazione del bilancio, attesa: la natura imperativa e inderogabile della previsione normativa, discendente dall'essere la disciplina del funzionamento delle società dettata, anche, nell'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività economica, oltre che dalla previsione come delitto della percezione di compensi non previamente deliberati dall'assemblea (art. 2630, 2° co., abrogato dall'art. 1, D.Lgs. 11.4.2002, n. 61); la distinta previsione delle delibera di approvazione del bilancio e di quella di determinazione dei compensi (art. 2364, n. 1 e 3); la mancata liberazione degli amministratori dalla responsabilità di gestione, nel caso di approvazione del bilancio (art. 2434); il diretto contrasto delle delibere tacite ed implicite con le regole di formazione della volontà della società (art. 2393, 2° co.). Conseguentemente, l'approvazione del bilancio contenente la posta relativa ai compensi degli amministratori non è idonea a configurare la specifica delibera richiesta dall'art. 2389, salvo che un'assemblea convocata solo per l'approvazione del bilancio, essendo totalitaria, non abbia espressamente discusso e approvato la proposta di determinazione dei compensi degli amministratori (C., S.U., 21933/2008).

È stato introdotto un termine per proporre l'azione risarcitoria, che può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica (C. 25178/2015; C. 24715/2015).

In dottrina Rivaro, Prescrizione delle azioni di responsabilità e (in)certezza del diritto, in GI, 2016, 391 ss.

Sotto il vigore della precedente disciplina, i cinque anni del termine di prescrizione già previsto dall'art. 2949, in concreto decorrevano dal momento in cui non operava più la sospensione, ossia dalla cessazione dalla carica, in conseguenza del disposto dell'art. 2941, n. 7 che stabilisce che il termine è soggetto (oltre che ad interruzione) a sospensione per il tempo di durata nella carica. Ciò detto, il nuovo art. 2393, 3° co., ha un solo effetto innovativo: quello di derogare, nel caso specifico dell'azione di responsabilità sociale, alla norma generale dell'art. 2935, nel senso che il diritto al risarcimento del danno si prescrive dopo cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica, anche se a tale momento il danno non si sia ancora

verificato e, quindi, difetti la stessa possibilità giuridica di esercitare l'azione prevista dall'art. 2393.

In questa prospettiva, è stato rilevato che la norma si pone in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., dato che ciò equivale a privare il danneggiato di qualsiasi azione giudiziale per far valere il suo (solo astrattamente affermato) diritto al risarcimento del danno patito (Nazzicone, 197).

L'azione ex art. 2393 è soggetta al termine quinquennale di prescrizione e non è possibile applicare alla stessa, che ha pacificamente natura contrattuale, il più lungo termine di prescrizione stabilito dall'art. 2947, 3° co., per le azioni di risarcimento del danno, se il fatto è previsto dalla legge come reato (T. Milano 19.9.2003). In tema di responsabilità ex art. 2393, ai fini della tempestività dell'azione occorre far riferimento al quinquennio decorrente dal momento in cui l'amministratore di cui si invoca la responsabilità ex art. 2392 è cessato dalla carica, in ragione della sospensione dell'art. 2941, n. 7 (T. Milano 18.3.2006).

L'azione esercitata dal curatore del fallimento nei confronti degli amministratori e dei sindaci, ex art. 146, 2° e 3° co., l. fall., al pari di quella disciplinata dagli artt. 3, 6° co., D.L. 30.1.1979, n. 26 e 206 l. fall., con riguardo al commissario liquidatore di un'impresa in amministrazione straordinaria, ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli artt. 2393, 2394 (T. Milano 22.1.2015).

In dottrina Bisignano, Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare: profili processuali e risarcitori, in Soc, 2016. 609 ss.

Al curatore fallimentare è stata riconosciuta legittimazione attiva unitaria, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori (C., S.U. 1641/2017).

In dottrina si veda Fiore, Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime, in Fa, 2017, 149.

Alla natura contrattuale dell'azione consegue che, mentre su chi la promuove grava esclusivamente l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità tra queste ed il danno verificatosi, incombe, per converso, su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti (C. 25977/2008; C. 17033/2008; T. Milano 27.2.2008).

La prova del danno non può, in mancanza di altri elementi, essere presunta esclusivamente a causa di inosservanze di obblighi formali ed è onere di chi agisce in responsabilità dimostrare che il comportamento dell'amministratore ha causato, per colpa, un effettivo depauperamento del patrimonio della società (T. Milano 2.11.2004).

3. La revoca ex lege degli amministratori

È rimasta immutata la norma che prevede la decadenza automatica degli amministratori, purché l'azione di responsabilità sia deliberata da almeno il quinto del capitale sociale. A riguardo, si rivela utile, pertanto, un excursus degli orientamenti formati in materia, quando era in vigore la normativa precedente. Quando la delibera dell'azione comporta la revoca ex lege degli amministratori l'assemblea dovrà provvedere anche alla nomina dei nuovi amministratori, anche se ciò non fosse stato indicato all'ordine del giorno; qualora non vi provvedesse, nella specie comunque è esclusa l'operatività della prorogatio (Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 349).

Nel momento in cui l'assemblea della società ha provveduto alla nomina di un consiglio di amministrazione composto da ex amministratori revocati e nei confronti dei quali è stata promossa dall'amministratore giudiziario azione di responsabilità, appare necessario l'intervento del pubblico ministero perché prenda espressa posizione in merito all'accaduto, ovvero verifichi la compatibilità o meno della determinazione adottata dall'assemblea rispetto al contenuto e alle finalità del provvedimento del Tribunale di nomina dell'amministratore giudiziario nella procedura ex art. 2409 ancora in corso (T. Verona 26.7.2003).

In dottrina v., sull'argomento, Liace, *Eleggibilità di amministratore revocato in pendenza di azione di responsabilità*, in *DPS*, 2003, 22, 80.

Conforme la giurisprudenza con riguardo all'efficacia immediata della revoca (T. Como 2.8.1999; T. Milano 18.7.1991; T. Napoli, 28.9.1988). Si è precisato (T. Napoli 13.1.1993) che tale revoca ex lege, dotata di efficacia immediata, prevale sulla contestuale comunicazione dell'amministratore di voler rinunciare alla carica, la cui efficacia è differita al momento della ricostituzione del consiglio.

La giurisprudenza più recente ritiene che possano prendere parte alla votazione per la nomina dei nuovi amministratori anche quelli in precedenza revocati (T. Milano 9.5.1991; T. Milano 4.6.1990; ma v. in senso opposto la pur risalente C. 3241/1955).

4. La rinuncia e la transazione

L'azione sociale di responsabilità può essere oggetto di rinuncia da parte della società o di accordo transattivo con l'amministratore a condizione che rinuncia e transazione siano deliberate dall'assemblea dei soci e non vi sia voto contrario di una minoranza che rappresenti almeno un quinto del capitale sociale (un ventesimo nelle società "aperte"), o comunque della percentuale che a norma di statuto è legittimata ad

esercitare l'azione di responsabilità. Lo scopo della norma è quello di evitare, o quanto meno limitare il rischio della commissione di abusi da parte della maggioranza. In effetti, l'azione sociale di responsabilità, essendo di competenza dell'assemblea, è uno strumento nelle mani della maggioranza della quale gli amministratori sono espressione (quando non coincidono con i soci di maggioranza come spesso avviene nelle società di non grandissime dimensioni). La casistica dimostra come l'azione sociale di responsabilità sia utilizzata nella maggior parte dei casi ad opera del curatore fallimentare, che agisce in base all'art. 146 l. fall. e, oggi, anche in base all'art. 2394 bis, e in un numero molto inferiore di casi a seguito del mutamento del controllo, nei confronti dei vecchi amministratori da parte della nuova maggioranza, ed infine per colpire le malefatte di un amministratore non socio o socio di minoranza. Non può negarsi che, trattandosi di uno dei più importanti strumenti di protezione della società rispetto agli inadempimenti degli amministratori, si tratta di un risultato piuttosto insoddisfacente (Toffoletto, *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 143).

Ai sensi dell'art. 806 c.p.c. tutte le controversie sono compromettibili in arbitri tranne «quelle che non possono fornire oggetto di transazione», perché riguardanti diritti che per loro natura o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori è compromettibile in arbitri poiché, come si evince dall'art. 2393, ult. co. riguarda diritti patrimoniali disponibili all'interno di un rapporto contrattuale (T. Bari 7.11.2007).

In dottrina De Santis, *Inderogabilità della norma, disponibilità del diritto ed arbitrabilità delle controversie societarie*, in *GM*, 2008, 2254.

□ In materia di transazione, una questione lungamente dibattuta riguardava la possibilità che la transazione conclusa in pendenza di giudizio tra la società e solo alcuni dei convenuti, essendo idonea a sciogliere il vincolo di solidarietà passiva esistente tra i convenuti medesimi (amministratori e sindaci), riducesse l'ammontare delle pretese risarcitorie della società pro quota e non per la somma effettivamente oggetto di transazione. Questa differenza, lungi dall'essere meramente teorica, aveva importanti implicazioni pratiche soprattutto per le eventuali azioni di regresso dei convenuti che non avevano preso parte alla transazione nei confronti degli altri e sulla permanenza in causa di questi ultimi. È, quindi, intervenuta a risolvere la diatriba la Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha affermato che: «La transazione pro quota, in quanto tesa a determinare lo scioglimento della solidarietà passiva rispetto al debitore che vi aderisce, non può coinvolgere gli altri condebitori, i quali, dunque, nessun titolo avrebbero per profittarne, salvo ovviamente che per gli effetti derivanti dalla riduzione del loro debito in conseguenza di quanto pagato dal debitore transigente. Qualora risulti che la transazione ha avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che la ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri condebitori in solido è destinato a ridursi in maniera corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli

altri coobbligati deve essere ridotto in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto» (C. 30174/2011).

Nello stesso senso si è espressa anche C. 7907/2012 la quale, completando il ragionamento svolto dalle Sezioni Unite, ha ritenuto lecita nel caso in oggetto la condotta della Corte d'Appello di Napoli che «ha disposto l'estromissione dal giudizio di coloro che già nel corso del primo grado avevano raggiunto un accordo transattivo con la società attrice. La circostanza che uno dei sindaci (l'attuale ricorrente) non avesse aderito alla transazione ed avesse tenuto ferma la propria domanda di eventuale regresso nei confronti dei litisconsorti non è stata reputata sufficiente ad impedire l'uscita definitiva di questi ultimi dal processo. La predetta transazione è stata infatti intesa come limitata alle sole quote dei condebitori che la hanno stipulata, con la conseguenza che gli altri eventuali condebitori non transigenti non potrebbero avvalersene. Secondo la corte d'appello essi non hanno neppure più interesse alla suaccennata domanda di regresso, perché l'intervenuta transazione ha sciolto il vincolo di solidarietà passiva e l'esposizione debitoria di coloro che non hanno aderito alla transazione, qualora ne fosse accertata la responsabilità, risulterebbe comunque ridotta in misura corrispondente alla quota di coloro che hanno invece transatto».

5. La responsabilità dell'amministratore di fatto

Si discute se la responsabilità investa, oltre gli amministratori nominati dall'assemblea, anche i cosiddetti amministratori di fatto: coloro cioè che senza titolo, o senza valido titolo, gestiscono o concorrono nella gestione della società, con un potere di fatto corrispondente a quello che la legge riconosce agli amministratori di diritto. Il problema ha trovato dapprima soluzione affermativa indiscussa nella giurisprudenza penale (nonostante il principio della tipicità dell'illecito penale) riguardo ai reati previsti dagli artt. 2621 ss. a carico degli amministratori poi esplicitamente affermata dalla nuova formulazione dell'art. 2639; ha trovato, invece, una risposta articolata nella giurisprudenza civile.

L'azione contrattuale ex artt. 2392-2393 è stata giudicata come esperibile nei confronti degli amministratori irregolarmente nominati, ossia nominati con deliberazione invalida; chi abbia, invece, usurpato i poteri di gestione o li abbia ricevuti da un terzo è sottoposto alla ordinaria azione per danni ex art. 2043. Si è, poi, ritenuto che l'azione contrattuale di responsabilità può essere esercitata anche nei confronti di coloro che abbiano amministrato in forza di una nomina quanto meno tacita dell'assemblea (Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, 281).

Secondo altra parte della dottrina, dall'esame delle novità introdotte nella disciplina delle società di capitali per effetto della l. delega del 2000, risulta palese che, mentre attraverso una nuova formulazione dell'art. 2369, 1° co., viene esplicitamente equiparata sul piano penale la responsabilità dell'amministratore di fatto a quella dell'amministratore di diritto, non esiste una regola analoga sul piano civilistico.

Sebbene, tuttavia, il legislatore non abbia ritenuto di introdurre una norma espressa in materia di responsabilità dell'amministratore di fatto anche sul piano civilistico, non può dirsi che il legislatore delegato abbia del tutto ignorato i problemi legati all'eterogestione. Nella consapevolezza che una disciplina efficiente delle società di capitali doveva necessariamente essere dettata in maniera da garantire che la mancata assunzione della veste formale di amministratore non divenisse un facile strumento per eludere la responsabilità, che deve incombere su chi effettivamente gestisce l'attività, sono state introdotte nuove significative norme tese a disciplinare le ipotesi di gestione da parte di soggetti diversi da coloro investiti formalmente della carica di amministratore. La norma in discorso è l'art. 2497 dettata in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, applicabile per la natura trasversale del capo in cui è contenuta, sia alle s.r.l. sia alle s.p.a. [Irace, *Le responsabilità per atti di eterogestione*, in Santoro (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 186]. Grazie a tale norma, quindi, è possibile arrivare a sanzionare con la responsabilità anche il comportamento di amministratori di fatto, sia che esso si manifesti in sede di s.r.l., sia che si realizzi all'interno di una s.p.a. (Irace, 195).

Da ultimo la giurisprudenza (C. 16184/2016; C. 4045/2016; C. 547/2016; C. 12979/2015; C. 15600/2014; C. 9958/2014; C. 47100/2013; C. 8591/2014; A. Roma 17.1.2017; A. Milano 26.9.2000; T. Firenze 12.6.2017; T. Milano 28.5.2017; T. Firenze 18.5.2017; T. Firenze 4.11.2016; T. Milano 2.8.2016; T. Torino 8.7.2016; T. Aosta 25.5.2016; T. Milano 24.6.2014; T. Milano 29.11.2012), così come la dottrina (Riganti, *Amministratore di fatto e di diritto*, in *GI* 2017, 1394; Cagnasso, *Socio gestore di società a responsabilità limitata - Il socio di s.r.l. gestore di fatto: ricorso all'art. 2476 c.c. o all'art. 2043 c.c.?*, *GI*, 2017, 115; Riganti, *Amministratore di fatto - L'estrinsecazione della funzione gestoria, tra forma e sostanza*, in *GI* 2017, 105; Carminiati, *Amministratore di fatto e liquidazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità*, in *Soc* 2017, 17; Campobasso, *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, Torino, 2015, 393 ss.; Riganti, *Amministratore e holding di fatto*, in *GI* 2015, 2131; Cassani, *Responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto*, in *Soc* 2013, 1057; Stabilini, *La responsabilità solidale degli amministratori, anche di fatto, della società a responsabilità limitata*, in *Soc* 2013, 208; Bruno, *La responsabilità dell'amministratore di fatto nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *CG* 2010, 1435 s.; Mozzarelli, *Amministratori di fatto: fine di una contesa*, in *GC* 2001, II, 562; Abriani, *Dalle nebbie della funzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *GC* 2000, II, 174 ss.; Guerrera, *Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, 154 ss.; Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998) ritengono applicabile la disciplina della responsabilità civile ai soggetti che concretamente e sistematicamente esercitano attività gestorie.

6. Le novità introdotte dalla riforma del risparmio

L'art. 3, L. 28.12.2005, n. 262 ha attribuito al collegio sindacale il potere di esercitare l'azione di responsabilità, purché la stessa si stia assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti; in realtà si estende ai sindaci una competenza che l'art. 2409 terdecies attribuiva, nel sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza. La presente norma, quindi, va a inquadarsi nel sistema di governance societaria introdotto con la riforma del diritto societario, che ha accentuato la funzione di controllo del collegio sindacale sull'amministrazione (Gambino, Santosuosso, Società di capitali, Torino, 2006, 126). Il legislatore, oltre al rimedio previsto dall'art. 2409, ha voluto fornire un ulteriore strumento finalizzato a separare la posizione dell'organo amministrativo rispetto all'organo di controllo dotando quest'ultimo di un'azione che gli consentirà di esercitare in una posizione di maggior forza i propri obblighi di vigilanza.

Inoltre, la delibera con la quale viene autorizzata l'azione di responsabilità comporta la revoca dall'ufficio di quegli amministratori contro i quali l'azione è proposta, purché la deliberazione sia stata assunta con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questa ultima ipotesi l'assemblea deve provvedere alla loro sostituzione.

La disposizione, introdotta dalla legge sul risparmio, legittima il collegio sindacale a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 2393, 3° co.). In conclusione pare potersi ritenere che il consiglio di sorveglianza è legittimato a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti di propri componenti che abbiano violato "doveri gestori" - qui l'obbligo di disclosure in merito agli interessi - nell'esercizio, appunto, di funzioni "gestorie" e non di mero controllo di legalità e correttezza (Montalenti, Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori, in Gco, 2007, 555).

2. GIURISPRUDENZA IN GENERALE

a) responsabilità verso la società;

Sez. U, Sentenza n. 20933 del 30/09/2009 (Rv. 610513)

In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, i componenti del consiglio di amministrazione di una società, chiamati a rispondere, ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per la violazione dei doveri inerenti alla prestazione dei servizi di investimento posti a tutela degli investitori e del buon funzionamento del mercato, non possono sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito sono state poste in essere, con ampia autonomia, da un altro soggetto che abbia agito per conto della

società, gravando a loro carico un dovere di vigilanza sul regolare andamento della società, la cui violazione comporta una responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, salvo che non provino di non aver potuto impedire il fatto. (Fattispecie anteriore al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

b) azione sociale di responsabilità;

Sez. U, Ordinanza n. 22406 del 13/09/2018 (Rv. 650453 - 01)

L'azione di responsabilità esercitata, ex art. 146, comma 2, l. fall., dal curatore del fallimento di una società cd. "in house" (nella specie, deputata alla gestione del ciclo integrato dei rifiuti) nei confronti degli amministratori, dei componenti degli organi di controllo e del direttore generale della stessa, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, e non al giudice contabile, in conseguenza della scelta del paradigma privatistico, che comporta, in mancanza di specifiche disposizioni in contrario o di ragioni ostative di sistema, l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato.

Sez. U, Sentenza n. 1641 del 23/01/2017 (Rv. 642008 - 01)

Il curatore fallimentare è legittimato, tanto in sede penale, quanto in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della "par condicio creditorum".

Con la pronuncia sopra riportata, le Sezioni Unite hanno risolto la questione di massima di particolare importanza della legittimazione del curatore Fallimentare a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita che abbiano eseguito pagamenti preferenziali. In precedenza, su tema limitrofo, v. Cass., SS.UU., n. 7029 del 2006 - rv. 590934, sotto riportata.

Sez. U, Sentenza n. 21692 del 27/10/2016 (Rv. 641528 - 01)

In tema di società di diritto privato interamente partecipata da comuni, non è configurabile la responsabilità contabile degli amministratori per l'assenza di un rapporto di servizio con gli enti pubblici azionisti, risolvendosi il pregiudizio patrimoniale derivante dall'eventuale loro "mala gestio" in un "vulnus" gravante, in via diretta, solo sul patrimonio della società stessa, soggetta a regole privatistiche e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci, mentre è ipotizzabile a carico dei sindaci dei comuni stessi che non abbiano esercitato i poteri ed i diritti spettanti al socio pubblico al fine di indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente ai loro illeciti, in relazione ai quali non vale la distinzione tra danno diretto ed indiretto per l'ente locale, occorrendo fare riferimento al danno concretamente imputabile agli enti di cui sono rappresentanti.

Sez. U, Ordinanza n. 23306 del 13/11/2015 (Rv. 637293)

L'azione di risarcimento dei danni subiti da Alitalia s.p.a. - società a partecipazione pubblica, svolgente attività economica e commerciale in regime di libero mercato - per effetto di condotte illecite dei suoi presidenti, amministratori e dirigenti apicali, spetta alla cognizione del giudice ordinario, in quanto l'autonomia patrimoniale di essa esclude ogni rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico danneggiato ed impedisce di configurare come erariali le perdite che restano esclusivamente della società, regolata, nel caso, come ogni altro soggetto sovrapersonale di diritto privato.

Sez. U, Sentenza n. 5491 del 10/03/2014 (Rv. 629863)

La Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio della società solo quando possa dirsi superata l'autonomia della personalità giuridica rispetto all'ente pubblico, ossia quando la società possa definirsi "in house", per la contemporanea presenza di tre requisiti: 1) il capitale sociale sia integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto vieti la cessione delle partecipazioni a privati; 2) la società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; 3) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile.

Successivamente nello stesso senso cfr. Cass., SS.UU., n. 22409 del 2018 - rv. 650605-01.

Sez. U, Ordinanza n. 26936 del 02/12/2013 (Rv. 628673)

Appartiene alla giurisdizione contabile l'azione esercitata dalla Procura regionale della Corte dei conti diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società "in house" - per tale dovendosi intendere quella dal cui quadro statutario, vigente all'epoca della condotta ritenuta dannosa, emerga che sia stata costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e rispetto alla quale solamente i medesimi enti siano soci - ove essa espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e sia assoggettate a forme di controllo della gestione analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto non ravvisabili le suddette caratteristiche nella AMA s.p.a., società istituita dal Comune di Roma e da quest'ultimo interamente partecipata).

In precedenza, nello stesso senso, v. Cass., SS.UU., n. 26283 del 2013 - rv. 628437.

Sez. U, Ordinanza n. 14655 del 05/07/2011 (Rv. 618242)

La controversia riguardante l'azione di responsabilità a carico degli amministratori (o dei terzi che hanno concorso con loro nel cagionare il danno) di una società per azioni a partecipazione pubblica anche se maggioritaria o, come nella specie, totalitaria (in capo a più enti), per il danno patrimoniale subito dalla compagine sociale a causa delle condotte illecite di tali soggetti è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice contabile atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e P.A. e, dall'altro, il danno cagionato dalla "mala gestio" incide in via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci.

Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., SS.UU., n. 20941 del 2011 - rv. 618979, Cass., SS.UU., n. 10299 del 2013 - rv. 625964 e Cass., SS.UU., n. 8352 del 2013 - rv. 625963.

Sez. U, Sentenza n. 26806 del 19/12/2009 (Rv. 610656)

Spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti (nella specie, consistenti nell'aver accettato indebite dazioni di denaro al fine di favorire determinate imprese nell'aggiudicazione e nella successiva gestione di appalti), non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste invece la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. (Nell'affermare l'anzidetto principio, le S.U. hanno altresì precisato che in quest'ultimo caso l'azione erariale concorre con l'azione civile prevista dagli artt. 2395 e 2476, sesto comma cod. civ.).

Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., SS.UU., n. 7374 del 2013 - rv. 625714.

c) responsabilità verso i creditori sociali;

Sez. U, Sentenza n. 4309 del 23/02/2010 (Rv. 611566)

Il terzo assuntore del concordato preventivo di una società in stato di insolvenza è legittimato, in qualità di successore a titolo particolare del liquidatore, a spiegare

intervento nel giudizio di responsabilità da quest'ultimo promosso, ai sensi dell'art. 2394 cod. civ., nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle società, in rappresentanza della massa dei creditori.

d) azione individuale del socio e del terzo;

Sez. U, Sentenza n. 27346 del 24/12/2009 (Rv. 610953)

Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito. (Nella specie, le S.U., nell'enunciare l'anzidetto principio, hanno confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con cui una società per azioni, socia di una compagnia di assicurazioni s.p.a., aveva dedotto la responsabilità della società di revisione, incaricata della certificazione del bilancio della società partecipata, per il danno patito dalla quota di partecipazione, a seguito delle condotte illecite ascritte alla società di revisione).

Con la pronuncia sopra riportata, le Sezioni Unite hanno risolto la questione di massima di particolare importanza, rispetto alla quale sussistevano orientamenti in parte divergenti, sulla individuazione del titolare del diritto al risarcimento del danno nel caso di illecito commesso da un terzo incidente pregiudizievole sul patrimonio sociale. In precedenza, in senso conforme alla soluzione adottata dalle SS.UU., v. Cass. n. 3903 del 1995 - rv. 491606; Cass. n. 17938 del 2005 - rv. 584616; sul tema v. anche Cass. n. 15721 del 2005 - rv. 583078; Cass., SS.UU., n. 22659 del 2006 - rv. 592838; Cass. n. 8359 del 2007 - rv. 595809. Successivamente, sempre in senso conforme, v. Cass. n. 15220 del 2010 - rv. 613664.

Sez. U, Sentenza n. 7029 del 28/03/2006 (Rv. 590934)

Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (nella specie, una banca), l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida. Nel sistema della legge fallimentare, difatti, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo - al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 cod. civ., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del

singolo creditore, giacché, per un verso, il danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità (essendo ipotizzabile che creditori aventi il diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto pregiudizio dalla continuazione dell'impresa), e, per altro verso, la posizione dei singoli creditori, quanto ai presupposti per la configurabilità del pregiudizio, è diversa a seconda che siano antecedenti o successivi all'attività medesima.

e) collegio sindacale

Sez. U, Sentenza n. 20934 del 30/09/2009 (Rv. 610514)

In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, la complessa articolazione della struttura organizzativa della banca non può comportare l'esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo riconducibile a ciascuno dei componenti del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la prestazione del servizio di negoziazione, sono sanzionabili a titolo di concorso omissivo "quoad functione", gravando sui sindaci, da un lato, l'obbligo di vigilanza - in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori, ma anche del controllo del corretto operato della banca intermediatrice, secondo parametri procedurali dettati dalla normativa regolamentare Consob ed a garanzia degli investitori - e, dall'altro lato, l'obbligo legale di denuncia immediata alla Banca d'Italia e alla Consob, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, delle violazioni delle norme dettate in tema di intermediazione mobiliare.

f) diritti degli obbligazionisti.

Sez. U, Sentenza n. 3073 del 03/03/2003 (Rv. 560776)

Quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà in senso sostanziale (come nel caso dei provvedimenti resi in tema di omologazione, iscrizione e pubblicazione di deliberazioni assembleari di società, secondo le previsioni degli artt. 2411 e 2436 cod. civ., nella disciplina anteriore all'entrata in vigore delle norme di semplificazione dettate dall'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340), il ricorso straordinario per cassazione "ex" art. 111 della Costituzione non è ammissibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso, atteso che la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi ed i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato, e non può pertanto avere autonoma valenza di provvedimento decisorio, se di tale carattere detto atto sia privo, stante la strumentalità della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la

discussione nel merito. (Nella specie, era stato impugnato il decreto con il quale la corte d'appello - adita dal socio dissenziente avverso il decreto del tribunale di omologazione di una deliberazione modificativa dell'atto costitutivo di una società per azioni con riguardo alla durata della società - aveva rigettato il reclamo per carenza di legittimazione attiva del socio dissenziente, ritenuto non abilitato a partecipare al procedimento di omologazione della delibera modificatrice dell'atto costitutivo, né ad impugnare il correlato decreto di omologazione; le S.U., enunciando il principio di cui in massima, hanno dichiarato inammissibile il proposto ricorso straordinario per cassazione).

Con la pronuncia sopra riportata, le Sezioni Unite hanno composto il contrasto di giurisprudenza in ordine alla proponibilità del ricorso straordinario per Cassazione per far valere la pretesa lesione di un diritto processuale. In precedenza, in senso conforme alla soluzione adottata dalle SS.UU., v., tra le altre, Cass., SS.UU., n. 181 del 2001 - rv. 546534; Cass. n. 2517 del 2001 Rv. 544021; Cass. n. 2776 del 2002 - rv. 552550; mentre, in senso difforme, v., tra le altre, Cass. n. 5935 del 2000 - rv. 536329; Cass. n. 15173 del 2000 - rv. 542114. Successivamente, sempre in senso conforme, v. Cass. n. 522 del 2005 - rv. 579320; Cass. n. 1393 del 2004 - rv. 569698; Cass. n. 11756 del 2010 - rv. 613032.

il bilancio;

Sez. U, Sentenza n. 10225 del 26/04/2017 (Rv. 644044 - 03)

Il costo di acquisizione di un terreno su cui insista un impianto di distribuzione di carburante e che sia strettamente e funzionalmente pertinenziale a tale impianto è soggetto ad ammortamento secondo il coefficiente previsto dal d.m. 31 dicembre 1988 per "chioschi, colonne di distribuzione, stazioni di imbottigliamento, stazioni di servizio" ai sensi dell'art. 67 (ora 102), comma 2, del d.P.R. n. 917 del 1986, alla condizione che rimanga accertato, in concreto, che detto terreno abbia una "vita utile" limitata, nel senso che la sua utilizzazione sia limitata nel tempo ai sensi dell'art. 2426, comma 1, n. 2, c.c.

Sez. U, Sentenza n. 27 del 21/02/2000 (Rv. 534171)

In sede di assemblea i soci intervenuti hanno non solo il diritto di esprimere la propria opinione sugli argomenti all'ordine del giorno ma anche di richiedere informazioni e chiarimenti tanto sulle materie oggetto di deliberazione quanto sull'andamento della gestione sociale, e ciò vale anche in sede di assemblea di approvazione del bilancio, ai sensi dell'art. 2423 cod. civ. (sia nel nuovo che nel vecchio testo) dato il collegamento esistente tra principio di chiarezza e diritto all'informazione; per essere legittimo l'esercizio di tale diritto deve essere pertinente agli argomenti posti all'ordine del giorno e non trovare ostacolo in oggettive esigenze di riservatezza in ordine a notizie

la cui diffusione può arrecare pregiudizio alla società; quando la domanda sia pertinente e non attenga a notizie riservate deve ricevere una risposta adeguata, concreta, idonea a dissipare insufficienze e incertezze, il relativo accertamento costituendo giudizio di fatto riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se sorretto da idonea motivazione.

Sez. U, Sentenza n. 27 del 21/02/2000 (Rv. 534172)

g) bilancio

Il bilancio d'esercizio di una società di capitali, che violi i precetti di chiarezza e precisione dettati dall'articolo 2423, comma secondo cod. civ. (anche nel testo anteriore alle modificazioni apportate dal D.Lgs. n. 127 del 9 aprile 1991), è illecito, ed è quindi nulla la deliberazione assembleare con cui esso sia stato approvato, non soltanto quando la violazione della normativa in materia determini una divaricazione tra il risultato effettivo dell'esercizio (o il dato destinato alla rappresentazione complessiva del valore patrimoniale della società) e quello del quale il bilancio dà invece contezza, ma anche in tutti i casi in cui dal bilancio stesso e dai relativi allegati non sia possibile desumere l'intera gamma delle informazioni che la legge vuole siano fornite per ciascuna delle singole poste iscritte.

Con la pronuncia sopra riportata - alla massima Rv. 534172 - le Sezioni Unite hanno composto il contrasto di giurisprudenza in ordine al principio di chiarezza nel bilancio delle società di capitali. In precedenza, in senso conforme alla soluzione adottata dalle SS.UU., v. Cass. n. 3774 del 1995 - rv. 491535; Cass. n. 8048 del 1996 - rv. 499455; Cass. n. 7398 del 1997 - rv. 506618; mentre, in senso difforme, v. Cass. n. 3132 del 1992 - rv. 476262; Cass. n. 6834 del 1994 - rv. 487463. Successivamente, sempre in senso conforme, v. Cass. n. 4937 del 2001 - rv. 545497; Cass. n. 4874 del 2006 - rv. 590239.

Sez. U, Sentenza n. 378 del 15/01/1997 (Rv. 501783)

Il bilancio redatto dal commissario nominato in sostituzione degli organi ordinari di una società di assicurazioni a norma dell'art. 7 della legge 12 agosto 1982, n. 576 (recante riforma della vigilanza sulle assicurazioni) come modificato dall'art. 2 della legge 9 gennaio 1991 n. 20, assolve alle medesime finalità di trasparenza e di leale informazione dei soci proprie del bilancio nel regime ordinario e, pur provenendo da un soggetto di nomina pubblica, mantiene la propria natura di atto appartenente alla vita della società, non sottraendosi al relativo regime giuridico, ivi compreso (con gli adattamenti necessari) quello delle impugnazioni. Pertanto in ipotesi di impugnazione del bilancio commissariale, la controversia resta limitata ad un atto di natura privatistica, senza coinvolgere il provvedimento di approvazione dello stesso bilancio

da parte dell'I.S.V.A.P. a norma del cit. art. 7 (non unificabile, secondo lo schema dell'atto complesso, con l'atto del commissario ma operante rispetto a questo come condizione esterna di efficacia) con conseguente attribuzione della stessa alla giurisdizione del giudice ordinario.

h) Diritti spettanti agli azionisti;

Sez. U, Sentenza n. 27346 del 24/12/2009 (Rv. 610953)

Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito. (Nella specie, le S.U., nell'enunciare l'anzidetto principio, hanno confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con cui una società per azioni, socia di una compagnia di assicurazioni s.p.a., aveva dedotto la responsabilità della società di revisione, incaricata della certificazione del bilancio della società partecipata, per il danno patito dalla quota di partecipazione, a seguito delle condotte illecite ascritte alla società di revisione).

Con la pronuncia sopra riportata, le Sezioni Unite hanno risolto la questione di massima di particolare importanza, rispetto alla quale sussistevano orientamenti in parte divergenti, sulla individuazione del titolare del diritto al risarcimento del danno nel caso di illecito commesso da un terzo incidente pregiudizievole sul patrimonio sociale. In precedenza, in senso conforme alla soluzione adottata dalle SS.UU., v. Cass. n. 3903 del 1995 - rv. 491606; Cass. n. 17938 del 2005 - rv. 584616; sul tema v. anche Cass. n. 15721 del 2005 - rv. 583078; Cass., SS.UU., n. 22659 del 2006 - rv. 592838; Cass. n. 8359 del 2007 - rv. 595809. Successivamente, sempre in senso conforme, v. Cass. n. 15220 del 2010 - rv. 613664.

i) Competenza a decidere sull'azione sociale

Sez. U, Sentenza n. 26806 del 19/12/2009 (Rv. 610656)

Spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti (nella specie, consistenti nell'aver accettato indebite dazioni di denaro al fine di favorire determinate imprese nell'aggiudicazione

e nella successiva gestione di appalti), non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste invece la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. (Nell'affermare l'anzidetto principio, le S.U. hanno altresì precisato che in quest'ultimo caso l'azione erariale concorre con l'azione civile prevista dagli artt. 2395 e 2476, sesto comma cod. civ.).

Sez. U, Ordinanza n. 17287 del 31/07/2006 (Rv. 591499)

Spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla domanda proposta da alcuni dei soci privati di una società mista costituita con la partecipazione di un Comune per ottenere la dichiarazione d'illegittimità dell'accordo intervenuto tra l'ente pubblico ed un altro socio privato, con cui quest'ultimo si sia accollato l'obbligo del primo di versare i tre decimi di un aumento di capitale da esso sottoscritto, nelle more dell'ottenimento da parte del Comune di un finanziamento della Cassa Depositi e Prestiti. Si tratta infatti di una normale controversia di tipo civile-societario, che non attiene all'esercizio di un pubblico potere, non essendo consentito all'Amministrazione comunale d'incidere unilateralmente sullo svolgimento dei rapporti sociali e sull'attività della società mediante i propri poteri autoritativi e discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario.

1) La società in accomandita per azioni:

cessazione degli amministratori.

Sez. U, Sentenza n. 7799 del 15/04/2005 (Rv. 580283)

La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da

esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società. Ne consegue che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia unico socio, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al Comune dagli artt. 2383, 2458 e 2459 cod. civ., nella specie trasfusi nello statuto della società per azioni, e quindi manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, cosicché la posizione soggettiva degli amministratori revocati - che non svolgono né esercitano un pubblico servizio - è configurabile in termini di diritto soggettivo, dovendo inoltre escludersi la riconducibilità di detta controversia nel novero di quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (novellato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205).

m) La società a responsabilità limitata:

a) quote di partecipazione;

Sez. U, Sentenza n. 27346 del 24/12/2009 (Rv. 610953)

Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito. (Nella specie, le S.U., nell'enunciare l'anzidetto principio, hanno confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con cui una società per azioni, socia di una compagnia di assicurazioni s.p.a., aveva dedotto la responsabilità della società di revisione, incaricata della certificazione del bilancio della società partecipata, per il danno patito dalla quota di partecipazione, a seguito delle condotte illecite ascritte alla società di revisione).

Con la pronuncia sopra riportata, le Sezioni Unite hanno risolto la questione di massima di particolare importanza, rispetto alla quale sussistevano orientamenti in parte divergenti, sulla individuazione del titolare del diritto al risarcimento del danno nel caso di illecito commesso da un terzo incidente pregiudizievole sul patrimonio sociale. In precedenza, in senso conforme alla soluzione adottata dalle SS.UU., v. Cass. n. 3903 del 1995 - rv. 491606; Cass. n. 17938 del 2005 - rv. 584616; sul tema v. anche Cass. n. 15721 del 2005 - rv. 583078; Cass., SS.UU., n. 22659 del 2006 - rv. 592838; Cass. n. 8359 del 2007 - rv. 595809. Successivamente, sempre in senso conforme, v. Cass. n. 15220 del 2010 - rv. 613664.

n) responsabilità degli amministratori.

Sez. U, Ordinanza n. 14655 del 05/07/2011 (Rv. 618242)

La controversia riguardante l'azione di responsabilità a carico degli amministratori (o dei terzi che hanno concorso con loro nel cagionare il danno) di una società per azioni a partecipazione pubblica anche se maggioritaria o, come nella specie, totalitaria (in capo a più enti), per il danno patrimoniale subito dalla compagine sociale a causa delle condotte illecite di tali soggetti è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice contabile atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e P.A. e, dall'altro, il danno cagionato dalla "mala gestio" incide in via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci.

Sez. U, Sentenza n. 26806 del 19/12/2009 (Rv. 610656)

Spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti (nella specie, consistenti nell'aver accettato indebite dazioni di denaro al fine di favorire determinate imprese nell'aggiudicazione e nella successiva gestione di appalti), non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste invece la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. (Nell'affermare l'anzidetto principio, le S.U. hanno altresì precisato che in quest'ultimo caso l'azione erariale concorre con l'azione civile prevista dagli artt. 2395 e 2476, sesto comma cod. civ.).

3. Giurisprudenza e Approfondimenti teorici specifici

a) Legittimazione all'azione

a1) Azione promossa dal Curatore del Fallimento

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 23/01/2017, n. 1641 (rv. 642008-01)

SOCIETA' Amministratori (azione di responsabilità contro gli) Società per azioni

SOCIETA' - Di capitali - Societa' per azioni (nozione, caratteri, distinzioni) - Organi sociali - Amministratori - Responsabilita' - In genere - Amministratori di società fallita - Azioni di responsabilità - Legittimazione attiva del curatore fallimentare in sede civile e penale - Sussistenza - Danno da pagamento preferenziale - Inclusione

Il curatore fallimentare è legittimato, tanto in sede penale, quanto in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della "par condicio creditorum". (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO MILANO, 18/11/2013)

FONTI

CED Cassazione, 2017

Corriere Giur., 2018, 5, 667 nota di FANCIARESI

LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE FALLIMENTARE ALL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ VERSO GLI AMMINISTRATORI E PAGAMENTI PREFERENZIALI

di Giulio Fanciaresi(*)

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 23 gennaio 2017, n. 1641

Il contributo analizza i poteri di azione spettanti al curatore fallimentare contro gli amministratori di una società fallita che abbiano tenuto condotte pregiudizievoli per la società medesima e il ceto creditorio. Esso illustra il concetto di c.d. azione di massa, soffermandosi, in sede conclusiva, sulla precisazione effettuata dalla Corte di cassazione in base alla quale il curatore è legittimato ad agire anche contro gli amministratori che abbiano eseguito pagamenti preferenziali, concretando, siffatta condotta, un danno alla generalità dei creditori concorrenti.

Sommario: La questione giuridica - Cenni sul ruolo e sulle funzioni del curatore fallimentare con specifico riferimento all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti delle cariche sociali - Caratteristiche della legittimazione del curatore

fallimentare a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società fallita - Pagamenti preferenziali e danno alla c.d. massa

La questione giuridica

La sentenza in commento affronta il tema della legittimazione del curatore fallimentare a proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società fallita. La S.C., valutate le peculiarità del caso, giunge ad affermare che tale legittimazione deve ritenersi di ampia estensione perché comprende "qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società". Nel caso di specie forti dubbi circa la legittimazione del Fallimento a esercitare l'azione di responsabilità discendevano dalla tipologia di condotta contestata agli amministratori di una S.r.l. fallita. Oltre ad avere illegittimamente proseguito l'attività d'impresa dopo la perdita del capitale sociale e avere distratto liquidità, gli amministratori medesimi avevano anche effettuato pagamenti preferenziali a beneficio di una società creditrice(1).

Per la parte relativa ai pagamenti preferenziali, dunque, un danno alla società sarebbe stato causato non già da una condotta semplicemente distrattiva, cioè tesa a sottrarre od occultare attività patrimoniali, ma dal comportamento degli amministratori che avevano arbitrariamente(2) deciso di pagare un creditore con ordine di preferenza rispetto agli altri.

La Corte di cassazione, pertanto, ha dovuto affrontare la questione di diritto, di massima importanza, relativa alla "legittimazione del curatore fallimentare a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita che abbiano eseguito pagamenti preferenziali".

Per questi fatti gli amministratori della S.r.l. erano stati imputati del reato di bancarotta preferenziale(3) (art. 216, comma 3, l.fall.) in un procedimento penale conclusosi con sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento). In quella sede il curatore del Fallimento si era costituito parte civile ai sensi dell'art. 240, comma 1, l.fall.; norma che, in relazione ai reati previsti dal titolo VI l. fall., inclusa, dunque, la bancarotta preferenziale, riconosce espressamente al curatore siffatta possibilità(4). Il particolare esito del procedimento, tuttavia, aveva impedito al giudice penale di statuire sulla domanda risarcitoria, conformemente al disposto dell'art. 444, comma 2, c.p.p. secondo cui "se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda".

Una nuova iniziativa del curatore fallimentare portava la domanda risarcitoria all'attenzione del giudice civile competente, ossia il Tribunale di Milano(5) e, a seguito di impugnazione, la Corte d'Appello di Milano, che ha sostanzialmente confermato la decisione del giudice di primo grado.

I Collegi di merito, dopo un parziale accoglimento delle altre domande avanzate dal Fallimento, escludevano tout court la legittimazione attiva del curatore con riguardo alla riparazione del danno derivante da pagamenti preferenziali. Tale conclusione trovava il suo fondamento, secondo i giudici di merito, nell'assunto secondo cui in casi di questo genere la condotta censurata potrebbe tutt'al più procurare un danno ai singoli creditori rimasti insoddisfatti (all'esito della procedura); di conseguenza dovrebbe essere rimessa a questi ultimi qualsiasi iniziativa risarcitoria; nessuna lesione, invece, verrebbe procurata alla massa creditoria considerata nel suo complesso, poiché per effetto del pagamento preferenziale il patrimonio sociale vede diminuire le sue attività in misura esattamente corrispondente alla posta passiva estinta. In questo modo la lesione derivante dall'adempimento preferenziale viene delineata come danno direttamente ed esclusivamente incidente sul patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti (all'esito del riparto finale); diventerebbe, allora, necessario escludere la legittimazione del curatore fallimentare con riguardo al ristoro del danno in questione, essendo noto che al curatore spetta solo l'esercizio delle cc.dd. azioni di massa, volte alla ricostituzione dell'integrità del patrimonio sociale nella sua funzione di garanzia generica dei creditori ex art. 2740 c.c. Nel caso di specie - secondo i giudici milanesi - il danno da pagamento preferenziale non aveva causato una lesione del patrimonio sociale, di cui il pregiudizio subito dai creditori costituisse un mero riflesso, donde l'esclusione di ogni ruolo del curatore fallimentare nell'esercizio delle azioni di responsabilità.

Il Fallimento soccombente proponeva ricorso in Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Milano. La causa, dietro sollecitazione della Terza Sezione(6) originariamente investita del ricorso, veniva assegnata dal Primo Presidente alle Sezioni Unite affinché risolvessero la sopra citata quaestio iuris.

Cenni sul ruolo e sulle funzioni del curatore fallimentare con specifico riferimento all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti delle cariche sociali

Il fallimento - come noto - è la procedura concorsuale (giudiziaria) che mira a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente, opportunamente reintegrato, e a ripartirne il ricavato fra i creditori, secondo criteri ispirati al principio della parità di trattamento(7). Essa implica lo svolgimento di una complessa attività rivolta all'accertamento, alla ricostruzione e alla liquidazione del patrimonio del fallito, nonché alla ripartizione del ricavato fra i creditori(8). Per questo motivo nella sua esecuzione sono coinvolti diversi organi(9).

Il curatore fallimentare è l'organo preposto all'amministrazione del patrimonio dell'impresa fallita, e compie tutte le operazioni della procedura nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite (art. 31, comma 1, l.fall.)(10). La sua funzione centrale è quella di conservare, gestire e realizzare il patrimonio fallimentare sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori; egli è anche titolare di compiti specifici espressamente riconosciutigli dalla legge.

Tra questi ultimi rientra l'esercizio dell'azione di responsabilità - previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori - contro gli amministratori della società (art. 146, comma 2, lett. a), l.fall.); compito che, del resto, è strumentale alla realizzazione dell'attivo dell'impresa, allorché questo abbia subito diminuzioni a causa di condotte dannose imputabili agli amministratori. Dopo il fallimento, l'azione che sarebbe spettata alla società e ai creditori sociali viene esercitata dal curatore. Dall'art. 146 l.fall. - e, con specifico riferimento alla S.p.a., dall'art. 2394 bis c.c. - si evince, infatti, che nel fallimento le azioni di responsabilità verso le cariche sociali sono "trasferite" dagli originari titolari al curatore fallimentare, che diviene così l'unico soggetto legittimato al loro esercizio(11). Trattasi, dunque, di un'azione derivata e non autonoma(12). Il trasferimento avviene ope legis poiché non è necessario alcun atto giuridico (sostanziale o processuale) che valga a rendere effettivo il fenomeno traslativo della legittimazione processuale(13).

I soggetti danneggiati dalla condotta illecita degli amministratori (rectius: più in generale degli organi sociali) permangono nella titolarità dei loro diritti sostanziali; ciò che muta è il soggetto legittimato ad azionare la pretesa risarcitoria(14). La dichiarazione di fallimento, infatti, esautorata gli organi della società dalle loro funzioni e attribuisce al curatore la competenza esclusiva dell'amministrazione del patrimonio e, quindi, delle azioni processuali previste a sua tutela, mentre la titolarità dello stesso permane invariata in capo alla società(15). Il curatore, in altri termini, "non è titolare di un potere di azione autonomo ed originario, ma esercita azioni processuali di soggetti terzi, con la conseguenza che egli non può subentrare in azioni processuali diverse da quelle previste dalla legge"(16).

I creditori potranno soddisfarsi anche su quanto verrà recuperato mediante le azioni di responsabilità esercitate dal Fallimento, ma la distribuzione del ricavato avverrà esclusivamente attraverso le regole del concorso.

La tematica in oggetto riveste grande interesse pratico, essendo noto che "le azioni di responsabilità vengono esercitate prevalentemente in sede fallimentare"(17).

Caratteristiche della legittimazione del curatore fallimentare a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società fallita

La legittimazione del curatore fallimentare a esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori della società fallita deve essere esattamente intesa nella sua portata. Sua caratteristica saliente - così come evidenziata dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale contemporanea, nonché ripresa dalla sentenza annotata in due questioni preliminari affrontate prima della specifica problematica che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite - è quella di essere generale e unitaria. Sotto il primo profilo, che attiene all'individuazione della tipologia di azioni di responsabilità esercitabili dalla curatela fallimentare, la legittimazione del curatore può definirsi

generale perché ad esso spetta "qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società"(18).

Attualmente, per effetto della novella introdotta dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, l'art. 146 l.fall. afferma in modo volutamente ampio che il curatore esercita "le azioni di responsabilità contro gli amministratori". Non vi è dubbio, pertanto, che egli è legittimato ad agire per il risarcimento del danno anche contro gli amministratori di S.r.l., oltre che di S.p.a. In questo modo risulta definitivamente superata la questione interpretativa che in passato aveva spinto dottrina e giurisprudenza a domandarsi se il curatore fallimentare avesse la titolarità dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di S.r.l., a causa della modifica del regime di responsabilità degli amministratori di questo modello societario avvenuta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e al suo mancato coordinamento con la disciplina fallimentare vigente all'epoca(19).

Con la nuova formulazione dell'art. 146 l.fall. il legislatore ha pertanto abbandonato il riferimento esplicito alle norme sulla S.p.a. e ha utilizzato la c.d. tecnica del rinvio, richiamando indistintamente le disposizioni che disciplinano la responsabilità degli amministratori di qualsiasi tipo societario(20).

Sotto altro aspetto la legittimazione del curatore fallimentare può dirsi unitaria perché in essa si concentrano sia l'azione che spetterebbe alla società, sia quella che spetterebbe ai creditori sociali(21). L'azione di responsabilità assegnata al curatore è, in altri termini, polivalente, nel senso che, pur essendo un'azione unica, è idonea a reintegrare simultaneamente il pregiudizio arrecato tanto alla società, quanto ai creditori sociali.

Nella S.p.a., l'azione di responsabilità sociale ex art. 2393 c.c. ha natura contrattuale e presuppone un danno prodotto alla società da ogni illecito doloso o colposo degli amministratori per violazione dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo(22).

L'azione di responsabilità verso i creditori sociali ex art. 2394 c.c., invece, presuppone l'insufficienza patrimoniale causata dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale. La questione concernente la sua natura è tutt'ora controversa, essendovi sia chi la ritiene contrattuale(23) sia chi la reputa extracontrattuale(24), mentre la giurisprudenza predilige quest'ultima soluzione(25).

Nella S.r.l. la situazione è più complessa: mentre l'art. 2476 c.c. prevede l'azione di responsabilità sociale degli amministratori(26), manca invece una disposizione che riconosca ai creditori sociali esplicitamente l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori per il caso di inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, similmente a come fa l'art. 2394 c.c. in materia di s.p.a. Detto vuoto normativo ha sollevato dubbi interpretativi sulle possibilità di tutela riconosciute ai creditori sociali(27). Nel silenzio della legge(28) sono state proposte diverse soluzioni.

In primo luogo si potrebbe ipotizzare che, a dispetto del silenzio delle nuove regole in materia di S.r.l. sul punto, i creditori sociali siano comunque legittimati a fare valere in via analogica la responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2394 c.c.(29).

Secondo altra parte della dottrina, invece, la scelta del legislatore della riforma di non contemplare più in materia di S.r.l. l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori non dovrebbe indurre a una lettura forzata delle norme, tesa ad affermare a ogni costo la sussistenza di quella specifica azione. Ciò in considerazione del fatto che i creditori sociali non sarebbero comunque sprovvisti di qualsivoglia forma di tutela, potendo avvalersi degli altri istituti previsti dall'ordinamento, in primis l'azione da fatto illecito ex art. 2043 c.c. per lesione del diritto di credito ed eventualmente l'esercizio in surrogatoria, a fronte dell'inerzia della società, dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 2467 c.c.(30).

Esaurita questa breve digressione - funzionale all'individuazione delle azioni di responsabilità esercitabili dal Fallimento - occorre considerare che la funzione dell'art. 146 l.fall. è non già quella di creare una nuova azione, bensì di concentrare in un unico soggetto processuale le plurime azioni di responsabilità(31).

Tale assetto ha trovato nel tempo soluzione in una giurisprudenza ormai costante ed è esplicitato anche nella sentenza in commento che, nel chiarire in quale rapporto si pongano l'azione sociale e l'azione dei creditori cumulate in capo al curatore, ha precisato che "il curatore fallimentare, quando agisce postulando indistintamente la responsabilità degli amministratori, fa valere sia l'azione che spetterebbe alla società, in quanto gestore del patrimonio dell'imprenditore fallito, sia le azioni che spetterebbero ai singoli creditori, considerate però quali "azioni di massa" in ragione dell'art. 146 legge fall."(32).

Il curatore, dunque, ha una legittimazione unitaria, ma basata su un doppio titolo, dal momento che le azioni di responsabilità contro gli amministratori sono sì esperibili cumulativamente, ma mantengono titoli distinti e autonomi.

In ogni caso, in virtù di questo doppio titolo di legittimazione il curatore non potrebbe pretendere di esercitare separatamente tali azioni al fine di conseguire due volte il ripristino del patrimonio della società fallita(33), altrimenti ci si troverebbe in presenza di una violazione del principio del ne bis in idem sostanziale. Gli obblighi degli amministratori inerenti alla conservazione del patrimonio sociale, infatti, sono contemporaneamente posti a tutela dell'interesse della società e dell'interesse dei creditori. Il danno che questi ultimi subiscono, inteso come perdita o diminuzione della garanzia generica dei loro crediti, non è altro che un effetto riflesso del danno che gli amministratori hanno arrecato al patrimonio sociale, con la conseguenza che essi sono ovviamente tenuti a risarcire solo una volta il danno(34). Ciò in quanto l'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata dal Fallimento

compendia in sé le due azioni che spettano alla società e ai creditori, ed "è diretta alla reintegrazione del patrimonio della società fallita, visto unitariamente come garanzia dei soci e dei creditori sociali"(35).

Occorre precisare - ed è questo un passaggio di centrale importanza - che il curatore fallimentare non è titolare di un generale potere di rappresentanza di tutti i creditori. Ad esso è riservato solo l'esercizio delle cc.dd. azioni di massa, cioè quelle finalizzate a conseguire un incremento del patrimonio dell'impresa da ripartire fra tutti i creditori concorrenti secondo il principio della par condicio creditorum(36). Al contrario, non rientrano nelle cc.dd. azioni di massa quelle esercitabili dal singolo creditore per reagire a un pregiudizio diretto e individuale, cioè che riguardi esclusivamente il proprio diritto di credito. Anche la giurisprudenza è saldamente assestata su questa posizione, avendo ben presente che "nel sistema della legge fallimentare (...) la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni cc.dd. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari"(37).

Orbene, è sulla base di quest'ultima premessa che i giudici di legittimità hanno risolto la questione concernente la spettanza o meno al curatore dell'azione di responsabilità contro gli amministratori che abbiano effettuato pagamenti preferenziali.

Si trattava di stabilire, in altri termini, se il pagamento preferenziale produca un danno unicamente in capo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, oppure se esso sia idoneo a ledere direttamente il patrimonio della società e, in conseguenza di ciò, la "massa" dei creditori che in questo modo vede diminuire la garanzia generica dei propri diritti. Soltanto la seconda soluzione - come per l'appunto ha ritenuto la Suprema Corte - poteva ricondurre l'azione di responsabilità per danno da pagamenti preferenziali alle cc.dd. azioni di massa e legittimare il curatore al suo esercizio.

Pagamenti preferenziali e danno alla c.d. massa

Partendo dal presupposto che il curatore fallimentare è legittimato a far valere ogni tipo di responsabilità degli amministratori di qualsiasi società, la S.C. giunge in conclusione ad affermare che tale legittimazione sussiste anche quando a base dell'azione vi siano fatti di bancarotta preferenziale; ciò in quanto la condotta in esame è connotata da una plurioffensività tale da renderla idonea danneggiare il patrimonio alla società e, di riflesso, la massa dei creditori che trovano in esso la garanzia dei loro diritti.

L'assunto - sostenuto dai giudici di merito(38) - secondo cui un pagamento preferenziale sarebbe inidoneo a ledere il patrimonio sociale, mentre pregiudicherebbe esclusivamente i singoli creditori si basa su un presupposto meramente formalistico e contabile; ovvero la convinzione che si tratterebbe di un'operazione neutra per la

società, che vedrebbe diminuire l'attivo in misura esattamente pari alla riduzione del passivo conseguente all'estinzione del debito(39).

Per comprendere la reale incidenza che ha un pagamento preferenziale sul patrimonio della società, invece, occorre contestualizzarlo nello stato di dissesto in cui versa l'impresa in crisi.

In simile contesto, segnatamente dal momento di apertura del fallimento(40), il patrimonio della società non è più adibito all'esercizio dell'attività imprenditoriale ma è istituzionalmente devoluto alla migliore soddisfazione possibile dei creditori sociali secondo il principio della parità di trattamento. Questo cambiamento di regime spiega come sia possibile che un pagamento perfettamente lecito e contabilmente neutro per un'impresa in condizioni normali, cessi di essere tale - e diventi preferenziale - se posto in essere in una situazione di dissesto prefallimentare.

A tal proposito si deve notare che la *par condicio creditorum*, pur essendo principio espressamente contemplato a livello generale (art. 2741 c.c.)(41), opera con diversa intensità. Particolare la posizione dell'imprenditore soggetto al fallimento, il quale è tenuto a rispettarla - entro certi limiti di tempo - ancora prima che sia dichiarato lo stato d'insolvenza fallimentare, dunque anteriormente alla formale "apertura" del concorso dei creditori. Sul piano civilistico, infatti, l'effettiva parità fra i creditori è presidiata con effetto retroattivo dalla regola giusta la quale - a certe condizioni e per un certo periodo (sei mesi nel regime vigente) - vengono assoggettati a revoca anche i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati prima del fallimento (art. 67 l.fall.). Sotto il profilo penale la tutela della *par condicio* è rafforzata dal reato di bancarotta preferenziale, che - come ormai noto - giustappunto concerne gli adempimenti effettuati "prima o durante la procedura fallimentare" (art. 216, comma 3, l.fall.)(42).

Nella normalità dei casi, invece, ciascun creditore è libero di aggredire con una procedura esecutiva individuale il patrimonio del debitore e solo l'eventuale - e facoltativa - adesione di ulteriori creditori all'esecuzione già intentata da altri farà scattare l'obbligo di soddisfarli tutti in modo proporzionale(43).

A questo proposito è illuminante l'osservazione di una parte della dottrina secondo cui "la più efficace violazione della *par condicio* la può compiere lo stesso debitore, il quale, tra più crediti esigibili, è libero di scegliere quali adempiere e quali no, magari anche destinando l'intero suo patrimonio al pagamento di uno solo dei creditori, lasciando conseguentemente insoddisfatti tutti gli altri. Di fronte ad un siffatto comportamento, quest'ultimi non hanno tutela (art. 2901, comma 3, c.c.). Possono soltanto, qualora il debitore sia fallibile, promuoverne il fallimento"(44).

Dalle osservazioni che precedono si ricava, quindi, che per una società che svolge ordinariamente attività d'impresa ogni pagamento è contabilmente neutro perché ciascun creditore ha diritto a ricevere intera soddisfazione del suo diritto. Quando, invece, l'impresa sia soggetta al fallimento non è più così.

I creditori concorrono in condizione di parità (salve le cause legittime di prelazione) sul patrimonio sociale per soddisfare i loro crediti e non è affatto detto - anzi, nella normalità dei casi non sarà così - che ciascuno di essi possa essere pagato per l'intero a cui avrebbe diritto. Si comprende, dunque, che il creditore che in virtù del pagamento preferenziale riceve un pagamento per l'intero del suo diritto, oltre a essere ingiustamente favorito rispetto agli altri sotto il profilo cronologico, ottiene più di ciò che gli sarebbe spettato osservando il principio della parità di trattamento, con la conseguenza che quel "più" viene indebitamente sottratto al patrimonio sociale e per effetto di ciò al concorso di tutti gli altri creditori, che vedono diminuire la garanzia generica⁽⁴⁵⁾.

Le Sezioni Unite fanno riferimento a un danno suscettibile di coinvolgere la massa dei creditori, osservando che non è da escludere che un pagamento preferenziale possa comportare una riduzione del patrimonio sociale anche in misura molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto della *par condicio creditorum*, con corrispondente pregiudizio per i creditori.

Di qui la legittimazione del Fallimento ad agire per il risarcimento del danno da pagamento preferenziale con una c.d. azione di massa che va a vantaggio della platea dei creditori. La Corte di cassazione non ha minimamente esaminato, infatti, se i pagamenti preferenziali abbiano effettivamente causato un danno al patrimonio sociale nel caso di specie, né ha affermato che, in via generale, adempimenti di questo tipo provochino un siffatto danno, essendo questa una circostanza che deve essere verificata caso per caso⁽⁴⁶⁾.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Per un'analisi dello stesso tema oggetto della presente trattazione si vedano anche L. Balestra, Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali, in *Fallimento*, 2017, 6, 662 ss.; G. Fauceglia, Brevi note sul risarcimento dei danni per pagamenti preferenziali, in *Le Società*, 2017, 5, 598 ss.; M. Spiotta, Il curatore "affina le armi", in *Giur. comm.*, 2017, 3, I, 448 ss.

(2) Evidenza Cass. pen., Sez. V, 12 marzo 2014 - 8 aprile 2014, n. 15712, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 3-4, 985, che "nel caso in cui il fallito provveda al pagamento di crediti privilegiati, la configurabilità del reato di bancarotta preferenziale presuppone il concorso di altri crediti con privilegio di grado prevalente o eguale rimasti insoddisfatti per effetto dei pagamenti "de quibus" e non già di qualsiasi altro credito". In proposito occorre rilevare, infatti, che i creditori concorrenti non sono tutti sullo stesso piano dato che il fallimento non fa venire meno le cause legittime di prelazione precedentemente acquisite, perciò anche in costanza della procedura persiste la distinzione fra creditori chirografari e creditori privilegiati. Il principio della *par condicio creditorum* non incide sui diritti specifici dei creditori privilegiati. Questi hanno infatti diritto di prelazione sul ricavato della vendita del bene oggetto della loro

garanzia (per il capitale, gli interessi e le spese) e se in tal modo non sono soddisfatti integralmente, per il residuo concorrono alla pari con i creditori chirografari nella ripartizione di ciò che resta dell'attivo fallimentare (art. 54 l.fall.). I creditori chirografari, invece, partecipano solo alla ripartizione dell'attivo fallimentare non gravato da vincoli, in proporzione al loro credito.

(3) L'art. 216, comma 3, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare) descrive il reato di bancarotta preferenziale come la condotta del "fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione". Per un approfondimento su tale fattispecie delittuosa cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di C. F. Grosso, Milano, 2014, 138 ss.; R. Bricchetti - L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2011, 133 ss.; E. Corucci, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013, 127 ss.; A. Fiorella - M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, 52 ss.; S. Rocco Fava, *Bancarotta preferenziale*, in *Tratt. proc. conc.*, VI, I reati nelle procedure concorsuali. *Gli adempimenti fiscali*, diretto da L. Ghia - C. Piccininni - F. Severini, Torino, 2012, 125 ss.; G. L. Soana, *I reati fallimentari*, Milano, 2012, 189 ss.

(4) L'art. 240 l.fall. attribuisce al curatore fallimentare il potere di esercitare l'azione civile in sede penale per i reati di bancarotta; di per sé egli non avrebbe alcun titolo rispetto a detta iniziativa, da una parte, per il fatto che il curatore non è il soggetto passivo del reato e, dall'altra, in ragione del tempo di consumazione del delitto. V. U. De Crescenzo, *Le azioni di responsabilità nelle procedure di fallimento delle società di capitali*, ex art. 146 l. fall., in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, II, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Torino, 2016, 2737 ss.

(5) Trib. Milano 18 gennaio 2011, n. 501, in *Giur. it.*, 2011, II, 1313, con nota di O. Cagnasso, *Una "tappa" significativa della "marcia di avvicinamento" della s.r.l. alla s.p.a.*; in *Giur. comm.*, 2012, II, 391, con nota di P. Spolaore, *Azione dei creditori contro gli amministratori di s.r.l. e legittimazione del curatore*, 403; in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 135, con nota di F. Raffaele, *Ubi noluit, tacuit? Non, illius oblitus est!* Conferme in tema di applicabilità analogica dell'art. 2394 c.c. al caso di responsabilità degli amministratori verso i creditori di s.r.l. In ordine al caso dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare contro gli ex amministratori per il danno derivante da pagamenti preferenziali v. anche la sentenza, di poco precedente, Trib. Milano 22 dicembre 2010, n. 14632, in *Società*, 2011, II, 757, con nota di S. Cassani, *Responsabilità ex art. 2394 c.c.: applicazione analogica alle società a responsabilità limitata, che ha parimenti escluso la legittimazione del curatore fallimentare facendo leva sull'argomento che un danno si produrrebbe in capo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, senza alcun pregiudizio per il patrimonio della società.*

(6) Cass., Sez. III, 13 aprile 2016 - 26 luglio 2016, n. 15501, ord., in *DeJure*.

- (7) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali, Torino, 2014, 337. E. Frascaroli Santi, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, 181 ss.; G. G. Poli, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, 2013, 129 ss.
- (8) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali, cit., 355.
- (9) E. Frascaroli Santi, op. cit., 89 ss.; M. L. Spada, *Gli organi del fallimento*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, cit., 75 ss.
- (10) Sul ventaglio delle funzioni facenti capo al curatore fallimentare v. E. Frascaroli Santi, op. cit., 113 ss.; G. Garesio, *Il curatore fallimentare*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, I, cit., 730 ss.
- (11) Sulle ragioni di ordine pratico che giustificano la legittimazione esclusiva del curatore fallimentare v. M. Lupoi, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare. La legittimazione del curatore e la natura dell'azione*, in L. Balestra (a cura di), *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2016, 339-340.
- (12) Cfr. S. Ambrosini, *Le azioni di responsabilità*, in *Tratt. dir. comm.*, XI, II, *Il fallimento*, diretto da G. Cottino, Padova, 2009, 742; U. De Crescenzo, op. cit., 2681; M. Lupoi, op. cit., 337-340 e 351-354, il quale precisa che "l'art. 146 l. fall. è una norma eccezionale, che configura un'ipotesi di legittimazione straordinaria, onde superare il limite posto dall'art. 81 c.p.c. alla possibilità di agire in giudizio in nome proprio per un diritto altrui" (p. 339), ma per una diversa opinione v. G. Tomei, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 77.
- (13) U. De Crescenzo, op. cit., 2673 ss.
- (14) Sembra preferibile ritenere che al curatore fallimentare venga trasferita solamente la titolarità dell'azione processuale per fare valere la responsabilità degli amministratori, senza che si verifichi alcun fenomeno di espropriazione del diritto sostanziale di credito.
- (15) U. De Crescenzo, op. cit., 2675.
- (16) Cit. U. De Crescenzo, op. cit., 2664.
- (17) Cit. O. Cagnasso, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, II, cit., 2618.
- (18) Cass., Sez. I, 24 giugno 2010 - 21 luglio 2010, n. 17121, in *Foro it.*, 2011, I, II, 2459; in *Società*, 2011, I, 701, con nota di P. Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*; in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, 319, con nota di F. Gennari,

Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali. Nuovi sviluppi in tema di prescrizione.

(19) Mentre originariamente la responsabilità degli amministratori di S.p.a. e di S.r.l. era disciplinata in modo identico, mediante l'esplicito richiamo agli artt. 2393 e 2394 c.c. contenuto nell'art. 2487 c.c., la riforma prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha disciplinato autonomamente la responsabilità degli amministratori di S.r.l., eliminando ogni riferimento alle norme sulla S.p.a. Ciò aveva posto qualche problema interpretativo: considerato che l'art. 146 l.fall. nella versione vigente fino al 2006 prevedeva che l'azione di responsabilità contro gli amministratori fosse esercitata dal curatore "a norma degli artt. 2393 e 2394 del codice civile", venuto meno il richiamo a tali disposizioni dalla normativa sulla S.r.l. si dubitava che il curatore fallimentare fosse ancora legittimato all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l.

(20) U. De Crescenzo, *op. cit.*, 2654-2655.

(21) U. De Crescenzo, *op. cit.*, 2679.

(22) Siffatta qualificazione è pacifica in dottrina e in giurisprudenza. Cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.: dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 162; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, Torino, 2015, 387; U. De Crescenzo, *op. cit.*, 2667-2671; M. Franzoni, *Società per azioni, III, Dell'amministrazione e del controllo*, in F. Galgano (a cura di), *Comm. C.C. Scialoja-Branca*, Bologna, 2008, 420 ss.; F. Galgano - R. Genghini, *Il nuovo diritto societario, I, Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. dir. comm. e dir. publ. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2006, 48; B. Inzitari - M. Bailo Leucari, *La responsabilità civile in ambito societario*, in B. Inzitari (a cura di), *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, Torino, 2016, 592-593; In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 4 luglio 2012 - 20 settembre 2012, n. 15955, in *Resp. civ. prev.*, 2013, II, 1197, con nota di F. Caruso, *L'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare ex art. 146 l.f. compendia in sé le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c.*

(23) Gli assertori della natura contrattuale della responsabilità in oggetto sono divisi tra chi sostiene che si tratti di un'azione diretta e autonoma e chi ritiene, invece, che i creditori sociali siano titolari di un'azione surrogatoria di quella sociale ex art. 2393 c.c. Predilige la prima soluzione G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, cit., 388-390. Per la seconda soluzione, sostenuta in tempi meno recenti, cfr. G. Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2011, 430; G. Ferri, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, X, III, diretto da F. Vassalli, Torino, 1987, 718 ss.

(24) In questo caso si tratterebbe di una sub specie dell'azione aquiliana prevista dall'art. 2043 c.c. Cfr. U. De Crescenzo, *op. cit.*, 2671-2673; M. Franzoni, *op. cit.*, 555 ss., peraltro con qualche riserva critica; F. Galgano - R. Genghini, *op. cit.*, 485; B. Inzitari - M. Bailo Leucari, *op. cit.*, 592-593.

(25) Cfr. Cass. 19 marzo 1998 - 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di V. Salafia, Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali, ; in *Società*, 1999, I, 557, con nota di F. Funari, La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori; in *Resp. civ. prev.*, 1999, II, 1318, con nota di P. Balzarini, I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori; Cass., Sez. I, 4 luglio 2012 - 20 settembre 2012, n. 15955, cit.

(26) Anche in questo caso la natura della responsabilità è - non diversamente dalla S.p.a. - senz'altro contrattuale.

(27) Per una lucida prospettazione del problema v. M. Lupoi, op. cit., 358-367.

(28) La problematica si è posta a partire dal 2003 perché prima che intervenisse il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 la responsabilità degli amministratori di S.r.l. e di S.p.a. era disciplinata dalle stesse norme - gli artt. 2393 e 2394 c.c. - perciò non si dubitava che anche in materia di S.r.l. l'azione di responsabilità fosse esercitabile tanto dalla società quanto dai creditori sociali.

(29) Cfr. S. Ambrosini, op. cit., 744 ss.; O. Cagnasso, La società a responsabilità limitata, in *Tratt. dir. comm.*, V, I, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, 266; S. Cassani, Responsabilità ex art. 2394 c.c.: applicazione analogica alle società a responsabilità limitata, in *Le società*, 2011, II, 764; M. G. Paolucci, Sub art. 2476 c.c., in *Società a responsabilità limitata*, A. L. Santini - L. Salvatore - L. Benatti - M. G. Paolucci, in *Comm. C.C. Scialoja-Branca*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, 513 ss.

(30) Sembra preferire la soluzione dell'azione da fatto illecito, tuttavia senza ritenerla completamente appagante, U. De Crescenzo, op. cit., 2661 ss., il quale osserva (p. 2663) che "il legislatore ha creato una normativa ad hoc per le società a responsabilità limitata, così rompendo l'originaria unitarietà della disciplina delle società di capitali, creata intorno ad un archetipo rappresentato dalle S.p.a.; in tal modo si può affermare che con la riforma del 2003 è stata eliminata la possibilità per i creditori sociali di intervenire sugli organi della società per fatti riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 2394 c.c., ritenendo così sufficienti gli altri strumenti di tutela già accordati dal sistema giuridico. (...) Peraltro la diversa previsione normativa non presenta i caratteri dell'illegittimità costituzionale posto che i creditori dispongono comunque di mezzi giuridici strumentali alla tutela del proprio credito, non ultima l'azione di cui all'art. 2043 c.c.". In ordine alla prospettata alternativa cfr. anche O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, cit., 265-266; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, cit., 585.

(31) Secondo S. Corso, Le azioni di responsabilità nel fallimento tra "azioni della massa" e "azioni individuali", in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, II, 1059, questo fenomeno di cumulo dipende "dall'ambigua posizione gli che gli compete [al curatore ndr],

potendo egli assumere contemporaneamente la veste di "sostituto processuale" del fallito ex art. 43 legge fall. e di "sostituto processuale" dei creditori ex artt. 51, 146, 217 legge fall."

(32) Si esprime in termini sostanzialmente coincidenti anche Cass., Sez. I, 9 ottobre 2015 - 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giur. it.*, 2016, 2, 390, con nota di R. Rivaro, Prescrizione delle azioni di responsabilità e (in)certezza del diritto, 391; in *Riv. not.*, 2016, 4, 708.

(33) Cfr. U. De Crescenzo, op. cit., 2679-2680; M. Lupoi, op. cit., 354-358. In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 9 ottobre 2015 - 4 dicembre 2015, n. 24715, cit.

(34) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, cit., 388; F. Galgano - R. Genghini, op. cit., 486.

(35) Cass., Sez. I, 9 ottobre 2015 - 4 dicembre 2015, n. 24715, cit.

(36) Cfr. S. Corso, op. cit., 1044 ss.; M. Lupoi, op. cit., 336 e 343-350. In questo modo si vuole evitare che occasionali iniziative dei creditori possano compromettere l'attuazione del principio della parità di trattamento.

(37) Cass., SS.UU., 16 febbraio 2006 - 28 marzo 2006, n. 7029, n. 7030, n. 7031, in *Giur. it.*, 2006, II, 1191, con nota di M. Spiotta, Il curatore non è legittimato ad agire contro la banca per concessione abusiva del credito, la quale, nel pronunciare tre sentenze gemelle riguardanti l'esperibilità da parte del curatore dell'azione di responsabilità nei confronti della banca che abbia abusivamente concesso credito all'impresa insolvente, ha individuato in termini generali i caratteri salienti delle cc.dd. azioni di massa.

(38) V. infra 1.

(39) Questa soluzione interpretativa sembra essere comune anche a una parte della dottrina penalistica. In particolare, riflettendo sul bene giuridico tutelato dal reato di bancarotta preferenziale, osserva A. Fiorella - M. Masucci, op. cit., 53, che "la fattispecie è incentrata su un evento offensivo: postula l'insufficienza della garanzia patrimoniale a soddisfare il complesso dei creditori", ma poco dopo (sempre p. 53) chiarisce che "per cogliere appieno i profili della lesione (...) il danno va dunque considerato nelle sue ricadute a carico dei singoli creditori. L'insegnamento tradizionale che vede nei delitti di bancarotta un'offesa a carico della massa dei creditori, o comunque li unifica in un gruppo, sembra qui incontrare un limite: a rigore, gli atti di favoritismo lasciano intatto il patrimonio disponibile, almeno se lo si intende (...) come attivo residuo. Il "pagamento", avendo per effetto l'estinzione dell'obbligo corrispondente, comporta il venir meno di una passività: l'entrata compensa "matematicamente" l'uscita".

(40) "Dalla sua data i creditori del fallito diventano creditori concorsuali; possono cioè realizzare i loro crediti solo attraverso la procedura fallimentare": cit. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali, cit., 369.

(41) Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile*, VII, Le garanzie reali, la prescrizione, Milano, 2012, 11-12; V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, 2016, 340-341 e Id., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, XIX, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, 408, il quale evidenzia criticamente come l'enunciazione di principio si scontri spesso contro la diversa realtà dei fatti, osservando che la vera portata generale della regola della *par condicio* si esaurisce nell'escludere qualsiasi rilevanza al criterio cronologico del sorgere del credito come ordine di soddisfazione dei creditori. Posto, infatti, che il patrimonio del debitore rappresenta la garanzia naturale per l'adempimento di tutte le sue obbligazioni (art. 2740 c.c.), ne consegue che ogni creditore ha uguale ragione di soddisfarsi su di esso per realizzare il suo diritto, sempre che non sussistano cause legittime di prelazione (ossia privilegi, pegni o ipoteche). Poiché nella stragrande maggioranza dei casi le obbligazioni non sono accompagnate da forme di pubblicità che le rendano note ai terzi, ciascun creditore del medesimo debitore ignora o può ignorare se e quali debiti siano stati contratti prima del suo. Rilevato, dunque, che l'ordine cronologico delle obbligazioni non ha importanza e che, invece, la natura delle medesime viene in rilievo solo ove si traduca in una causa legittima di prelazione, ne consegue che il criterio del pari concorso è il sistema che meglio garantisce l'uguaglianza dei creditori. Peraltro, la stessa idea che la *par condicio creditorum* sia un principio generale non è esente da critiche, infatti l'ampia concessione di privilegi ha indotto parte della dottrina a ravvisare una sorta di "crisi" della sua portata generale; in questa prospettiva v., ad esempio, A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 90, secondo cui "non esiste il principio generale della *par condicio*, ma singole disposizioni che prevedono la regola della parità di trattamento quale modalità attuativa del concorso".

(42) *Revocatoria fallimentare e bancarotta preferenziale*, pur avendo comune fondamento nella tutela della *par condicio creditorum*, operano sulla base di presupposti diversi. L'estensione della fattispecie penale non si limita a incriminare esclusivamente i pagamenti revocabili: da un lato, infatti, la revocabilità del pagamento non influisce sull'esistenza del reato e, dall'altro, la condotta penalmente rilevante può configurarsi anche in relazione a pagamenti non revocabili. In questo senso v. F. Antolisei, op. cit., 139-142.

(43) Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 658 ss.; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 409; A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, 469; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, 834 ss. Diversamente, con il fallimento la *par condicio* si attua in

modo davvero pieno perché esso coinvolge la totalità dei creditori nel riparto dell'intero attivo dell'impresa, senza limitarsi a quelli che abbiano agito in via esecutiva.

(44) Cit. A. Morace Pinelli, op. cit., 88. Analogamente v. V. Roppo, La responsabilità patrimoniale del debitore, cit., 408.

(45) È questo il senso del passaggio della parte motiva della sentenza in commento ove si legge che "la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falce fallimentare".

(46) Non è questa la sede per analizzare il delicato tema della determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità esercitabili verso gli amministratori di società - e, più in generale, verso le cariche sociali - in situazioni di dissesto dell'impresa. In proposito basti osservare che, in linea di massima, non si pongono problemi particolari nel caso in cui agli amministratori siano imputate condotte distrattive o singole operazioni, mentre la situazione si presenta molto più complessa quando oggetto di censura sia un'attività protratta nel tempo, rinviando per ulteriori approfondimenti a L. Balestra, Azione di responsabilità nei confronti degli ex amministratori, liquidazione del danno e onere della prova gravante sul curatore fallimentare, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 693 ss.; G. Facci, La quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità, in Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, cit., 295 ss.; L. Jeantet - L. Martino, L'azione di responsabilità negli enti collettivi, Milano, 2015, 137 ss.

a2) Legittimazione del socio e della società, creditori sociali.

L'AZIONE DI RESPONSABILITA' CONTRO GLI AMMINISTRATORI E I SINDACI DI S.R.L. PROMOSSA DAL SINGOLO SOCIO SOCIALE [*]

Fico Daniele

Trib. Milano, 09 ottobre 2008

Sommario: L'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal singolo socio - L'azione di responsabilità promossa dalla società - L'azione di responsabilità verso i sindaci

[* Il presente contributo è stato pubblicato solo nella versione online della rivista]

I. - II. - La sentenza qui commentata affronta la questione concernente l'azione di responsabilità promossa dai soci di minoranza di una s.r.l. nei confronti degli amministratori e dei sindaci ex art. 2476, comma 3, c.c. e del socio, ai sensi dell'art.

2476, comma 7, c.c. , in solido tra loro, per i danni causati alla società per aver dato esecuzione (gli amministratori) e non ostacolato (i sindaci) una delibera assembleare asseritamente invalida (delibera, peraltro, annullata dal Tribunale di Milano e, successivamente, riformata dalla Corte di Appello meneghina), in quanto approvata con il voto determinante del socio in conflitto di interessi ed in pregiudizio dell'interesse sociale, avente ad oggetto la vendita di un bene immobile di proprietà sociale ad un prezzo inferiore a quello di mercato. Tale condotta, a parere degli attori, avrebbe arrecato un danno proporzionale al loro patrimonio in termini di riduzione del valore della partecipazione posseduta nella società.

I convenuti, a loro volta, avevano eccepito:

- il difetto di legittimazione attiva degli attori, dovendosi applicare alla controversia in oggetto le disposizioni civilistiche anteriori alla riforma, in base alle quali in nessun caso era prevista la possibilità per i soci di minoranza di agire come sostituti processuali della società in assenza di una specifica deliberazione assembleare;
- l'improponibilità della domanda proposta nei confronti del socio, dal momento che alla vicenda in esame dovevano applicarsi le disposizioni vigenti prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario e non quanto disposto dall'art. 2476, comma 7, c.c. ;
- l'impossibilità di una responsabilità degli amministratori e dei sindaci in quanto la delibera era da ritenersi legittima perché approvata con il voto favorevole dell'87% del capitale sociale (onde il voto del socio in presunto conflitto di interesse, portante una quota pari al 49% , non era stato determinante), e in base ad una ponderata valutazione dell'interesse sociale.

I giudici meneghini, preliminarmente, hanno ritenuto infondata l'eccezione sollevata dai convenuti attinente al difetto di legittimazione attiva degli attori, sul presupposto che la disposizione civilistica che attribuisce a ciascun socio di s.r.l. il potere di agire in giudizio al fine di far valere la responsabilità dell'amministratore verso la società ha natura processuale, dal momento che non interviene sulla disciplina sostanziale della responsabilità degli amministratori verso la società, ma sul piano processuale, introducendo una specifica fattispecie di sostituzione processuale. Per tale ragioni, osserva il tribunale di Milano, in considerazione del noto principio *tempus regit actum*, gli attori, soci di minoranza della s.r.l., ben potevano avvalersi di tale disposizione dopo la sua entrata in vigore per far valere la responsabilità dell'organo amministrativo, anche se detta responsabilità trae origine da fatti pregressi, e ben potevano farlo avvalendosi del rito societario stante la natura della controversia ex art. 1, D.Lgs. 5/2003.

I giudici milanesi, al contrario, hanno ritenuto fondate le eccezioni concernenti l'iniziativa processuale contro i componenti del collegio sindacale della società e

contro il socio che avrebbe autorizzato il compimento di un atto dannoso ex art. 2476, comma 7, c.c.

Nei confronti dei sindaci, poiché la disposizione di cui all'art. 2476 c.c. riguarda esclusivamente la responsabilità degli amministratori, motivo per cui l'esercizio dell'azione volta a far valere la responsabilità solidale dei sindaci con l'organo amministrativo per i danni arrecati alla società, anche dopo la riforma, deve ritenersi riservata anche nelle s.r.l., al pari delle s.p.a., all'assemblea sociale o ai soci che rappresentano un quinto del capitale sociale. Quanto al socio, dal momento che la disposizione di cui all'art. 2476 c.c. non può applicarsi a fatti e comportamenti assunti prima che una norma vi attribuisse le conseguenze che si invocano.

Ciò premesso, con riferimento alla fondatezza dell'azione di responsabilità, il tribunale, in primo luogo, evidenzia che la decisione non era stata assunta con il voto determinante del socio in conflitto di interesse, dal momento che il quorum deliberativo - calcolato alla luce del capitale sociale presente e non condizionato da un conflitto di interesse - si sarebbe ugualmente raggiunto. Relativamente al profilo di illegittimità che la condotta degli amministratori può aver espresso sul piano dell'esercizio diligente della discrezionalità gestoria, infine, i giudici di merito milanesi ribadiscono il principio in virtù del quale il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del suo mandato non può mai investire le scelte di gestione, ma soltanto il procedimento con cui sono state assunte.

Alla luce di tali considerazioni, il tribunale di Milano ha respinto per carenza di legittimazione ad agire le domande proposte dai soci nei confronti dei sindaci e perché infondate le domande proposte dagli attori contro gli amministratori e contro il socio.

La sentenza qui commentata offre quindi lo spunto per ritornare sull'azione di responsabilità degli amministratori di s.r.l. e per soffermarsi sulla proponibilità da parte del singolo socio dell'azione nei confronti dei componenti del collegio sindacale.

L'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal singolo socio

L'art. 2476, comma 3, c.c. , consente l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. al singolo socio, indipendentemente dal valore della partecipazione detenuta.

La ratio della legittimazione individuale è da rinvenirsi - come chiarito nella relazione al D. Lgs. 6/2003 - nella più accentuata rilevanza contrattuale delle persone dei soci. E' noto, infatti, che la "nuova" società a responsabilità limitata si presenta come un modello societario del tutto autonomo e non interferente con la società per azioni,

caratterizzata da una propria disciplina che pone in risalto la figura del socio ed i rapporti contrattuali tra i soci medesimi.

La possibilità concessa al singolo socio di promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori si inserisce nel contesto delle misure poste a tutela del socio di minoranza legittimato, sempre secondo quanto disposto dall'art. 2476 c.c. , sia ad esercitare il diritto di controllo sull'operato degli amministratori (comma 2), sia a chiedere che sia adottato un provvedimento cautelare di revoca degli stessi (comma 3). Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto, va comunque segnalato che il singolo socio non ha un indiscriminato potere di revocare gli amministratori, competendo la decisione relativa al giudice, chiamato a prendere un provvedimento cautelare in presenza di gravi irregolarità (1) .

Al singolo socio - che non partecipa all'amministrazione della società - è riconosciuto, quale corollario al diritto ad esercitare individualmente l'azione di responsabilità, il diritto ad avere notizie dall'organo amministrativo in merito allo svolgimento degli affari sociali ed a consultare, anche con l'ausilio di professionisti di fiducia, la documentazione della società (2) . In tale ottica, il diritto di informazione e quello di consultazione sono stati considerati strumentali rispetto all'esercizio dell'azione di responsabilità, dal momento che attribuisce "al socio uti singulus i poteri istruttori necessari per realizzare un controllo penetrante sulla gestione sociale" e tutelarsi, quindi, nei confronti dell'operato dei soci di maggioranza e degli amministratori (3) .

Non v'è dubbio che il rafforzamento della tutela dei soci operato dalla riforma del diritto societario sia rilevante, qualora si consideri che nel regime normativo antecedente alla riforma l'unico strumento sanzionatorio a disposizione dei soci di minoranza di una s.r.l., rappresentato dalla denuncia ex art. 2409 c.c. , poteva essere attivato da un numero di quotisti rappresentativi di almeno il dieci per cento del capitale sociale e che, conseguentemente, l'unica strada percorribile da parte di minoranze più ristrette, per promuovere il procedimento previsto dal suddetto articolo, era quella della segnalazione al pubblico ministero affinché fosse quest'organo a farsi carico della presentazione della denuncia. L'azione di responsabilità prevista dall'art. 2476 c.c. ed il potere di richiedere la revoca cautelare degli amministratori occupano, quindi, il vuoto originato dal venir meno dell'applicabilità alle società a responsabilità limitata della denuncia ex art. 2409 c.c. (4) , "nel contesto di una logica normativa tesa a consentire ai soci la soluzione dei conflitti interni alla società" (5) .

Relativamente alla natura giuridica, la giurisprudenza prevalente ha qualificato l'azione di responsabilità promossa dal socio di minoranza come azione autonoma, esercitata dal socio in nome proprio e nell'interesse della società, e non surrogatoria, non essendo il socio qualificabile come creditore della società (6) . Società e socio,

infatti, hanno una legittimazione concorrente e disgiuntiva in ordine alla medesima azione di responsabilità.

A tal fine, è stato sostenuto che il socio agisce in nome proprio ma per conto della società, titolare effettiva del diritto fatto valere in giudizio (7) e che l'azione individuale ha natura derivativa, collocandosi tra quelle forme di sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c. , secondo cui "fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo un diritto altrui" (8) .

La natura processuale della disposizione in esame è stata evidenziata anche dai giudici milanesi nella sentenza oggetto del presente commento. L'art. 2476, comma 3, c.c. , osserva il tribunale di Milano, deve essere considerata norma di natura processuale, dal momento non interviene sulla disciplina sostanziale della responsabilità degli amministratori verso la società, bensì sul piano processuale introducendo una specifica fattispecie di sostituzione processuale. Alla luce di ciò, tale disposizione introdotta con la riforma del diritto societario è applicabile anche qualora la responsabilità tragga origine da fatti pregressi (9) .

L'azione di responsabilità promossa dalla società

Il riconoscimento ad ogni socio della legittimazione ad esercitare nel proprio interesse l'azione sociale di responsabilità non esclude che l'azione possa essere esercitata anche dalla società, che è pur sempre la creditrice dell'obbligo gestorio inadempito e la titolare del relativo diritto al risarcimento (10) .

Un'obiezione a quanto sostenuto potrebbe essere rappresentata dalla lettera dell'art. 2479 c.c. , che non menziona la decisione dei soci sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori tra le prerogative inalienabili dei soci medesimi, anche se quest'ultima disposizione permette ai soci titolari di un terzo del capitale sociale di sollecitare in qualsiasi momento una deliberazione assembleare al riguardo.

Le eventuali perplessità attinenti l'ammissibilità dell'azione promossa dalla società sono, tuttavia, superate sia dal disposto dell'art. 2476, comma 5, c.c. , che, rimettendo alla collettività dei soci la rinuncia all'azione o la transazione, ammette, implicitamente, la possibilità per la società di valutare l'opportunità o meno di agire in responsabilità; sia dal fatto che la società medesima - e non il singolo socio - è il soggetto direttamente danneggiato dagli atti di mala gestio posti in essere dagli amministratori.

Dal momento che, secondo recente giurisprudenza, è la società il soggetto titolare del diritto soggettivo al risarcimento del danno, che ciascun socio di s.r.l. è altresì legittimato a tutelare con l'azione in questione, esercitata in nome proprio ma nell'interesse della società medesima, non può negarsi la sussistenza dell'azione sociale da parte del titolare diretto della situazione soggettiva, così come essa permane nelle società per azioni, quotate e non. La società ha dunque una legittimazione concorrente

con ciascun socio per l'esercizio dell'azione di responsabilità, volta a reintegrare il patrimonio sociale dal pregiudizio ad esso cagionato dalla condotta inadempiente degli amministratori. La condanna, conseguentemente, sarà richiesta in ogni caso a favore della società (11).

L'azione di responsabilità verso i sindaci

Quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2476 c.c., tuttavia, concerne esclusivamente l'azione di responsabilità dell'organo amministrativo, motivo per cui, osservano i giudici meneghini, in virtù di una mera interpretazione letterale della norma, l'esercizio dell'azione volta a far valere la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per i danni arrecati alla società, deve ritenersi riservata, anche dopo la riforma, sia nelle s.p.a., che nelle s.r.l., all'assemblea dei soci o a tanti soci che rappresentino un quinto del capitale sociale ai sensi dell'art. 2477, comma 4, c.c. (che rinvia - con riferimento alla disciplina del collegio sindacale - alle disposizioni delle s.p.a. e, quindi, in tema di azione di responsabilità all'art. 2407, comma 3, c.c. che, a sua volta, dichiara applicabile ai sindaci, previa verifica di compatibilità, gli artt. 2393 e ss. c.c.) e non anche al singolo socio indipendentemente dalla sua partecipazione al capitale sociale (12). In altre parole, per il tribunale di Milano nella s.r.l. l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci non è consentito al singolo socio, ma ad una minoranza qualificata individuata in coloro che siano titolari di almeno il 20% del capitale sociale.

In realtà, il rinvio alla normativa prevista per le s.p.a. alimenta non poche perplessità soprattutto in considerazione della diversità strutturale immanente al tipo società per azioni rispetto al tipo società a responsabilità limitata.

La diligente gestione delle s.p.a., infatti, non è affare soltanto degli azionisti, ma anche dei terzi che entrano in rapporto con essa e, più in generale, di tutta la collettività, in particolar modo se si considera che la s.p.a. è il tipo societario scelto per le grandi imprese. In siffatto contesto, quindi, l'opzione del legislatore non è stata quella di riconoscere il potere di agire a ciascun azionista, bensì di circoscrivere la legittimazione a quei soci che siano titolari di una significativa, per quanto minoritaria, percentuale del capitale sociale e che, proprio per questo motivo, possono rendersi corretti interpreti dell'interesse della società (13).

In tale ottica, l'applicabilità alla s.r.l. delle disposizioni previste per la s.p.a. in tema di azione di responsabilità dei sindaci non sembra appropriata evidenziando, al contrario, una carenza legislativa che origina, conseguentemente, dubbi interpretativi.

In ogni caso, sia l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori promossa dal singolo socio ex art. 2476, comma 3, c.c., che quella nei confronti dei sindaci da parte dei soci di minoranza ai sensi dell'art. 2393 bis, c.c., configurano azioni

autonome, nel senso che la decisione circa l'esercizio della medesima implica in capo al singolo socio (art. 2476 c.c.) o ai soci di minoranza (art. 2393 bis c.c.) un potere indipendente e svincolato dalla valutazione della maggioranza assembleare. Al riguardo, è comunque doveroso precisare che l'autonomia dell'azione concerne soltanto la fase decisionale, dal momento che, una volta proposta, ne consegue l'esigenza di un necessario coinvolgimento della società, che passa per la chiamata in giudizio.

Anche l'azione del socio di minoranza è considerata, quindi, al pari di quella del singolo socio di s.r.l. nell'esercizio dell'azione nei confronti dell'organo amministrativo, "una fattispecie tipica di legittimazione straordinaria e, segnatamente, di sostituzione processuale" (14) . La qualificazione della fattispecie come ipotesi di sostituzione processuale comporta due conseguenze: da un lato, come espressamente richiamato dal terzo comma dell'art. 2393 bis c.c., si origina la necessità della partecipazione al giudizio da parte della società, titolare del diritto azionato. Dall'altro lato, il giudicato che è destinato a formarsi all'esito della controversia atterra direttamente la società, quale titolare del diritto dedotto in causa. La sentenza, infatti, è destinata a produrre i suoi effetti nei confronti della società, legittimato ordinario, in quanto titolare del rapporto giuridico oggetto di accertamento giudiziale. Nei riguardi del socio che avrà proposto l'azione, invece, il passaggio in giudicato della sentenza che chiude il processo produrrà meramente un'estinzione del diritto all'azione, conseguenza, questa, della sua posizione di sostituto processuale.

In conclusione, ritenuta non appropriata l'applicazione della disciplina della s.p.a. alla s.r.l. in considerazione della diversità di tipologia societaria e preso atto del vuoto legislativo in materia, si discute se sia applicabile per analogia legis il disposto dell'art. 2476, comma, 3, c.c. in tema di azione di responsabilità verso gli amministratori promossa dal singolo socio anche all'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci di s.r.l. Tale interpretazione, tuttavia, a parere dello scrivente sembrerebbe da escludersi dal momento che l'art. 2476, comma 3, c.c. , fondandosi su una legittimazione straordinaria, non è suscettibile di applicazione in via analogica sulla base di quanto disposto dall'art. 81 c.p.c.

(1) Per un approfondimento, si rinvia a D. Fico, La revoca degli amministratori nella s.r.l., in questa Rivista, 2007, 1098 ss.

(2) Al riguardo, cfr. D. Fico, Il diritto di informazione e di consultazione del socio non amministratore di s.r.l., in questa Rivista, 2006, 169 ss.

- (3) M. Malavasi, Il diritto di controllo del socio di società a responsabilità limitata, in questa Rivista, 2005, 760.
- (4) Per un approfondimento sulla questione concernente l'applicabilità alle s.r.l. dell'art. 2409 c.c. si rinvia a E. Senini, Inammissibile il controllo ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l., in questa Rivista, 2006, 453 ss. ed alla giurisprudenza ed alla dottrina ivi richiamata.
- (5) L'espressione è di G. Arieta - M. P. Gasperini, La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l., in Corr. giur., 2005, 265.
- (6) Trib. Roma 21 maggio 2007, n. 10199, in questa Rivista, 2008, 1400 ss. con commento di D. Fico, L'azione di responsabilità contro gli amministratori nella s.r.l.
- (7) In questo senso, Trib. Milano, decr., 13 gennaio 2005 e Trib. Torino 11 gennaio 2005, entrambe in Giur. it., 2005, 523 ss.; Trib. S. M. Capua Vetere, ord., 15 novembre 2004, in questa Rivista, 2005, 477 ss.; Trib. Piacenza, ord., 23 agosto 2004, in Corr. mer., I, 2005, 27. In dottrina, O. Cagnasso, Commento sub art. 2476 c.c. , La legittimazione attiva all'azione sociale di responsabilità, in Il nuovo diritto societario, Torino, 2004, 1884 ss.; F. Mainetti, Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata, in questa Rivista, 2003, 936; F. Perrella, Commento sub art. 2476 c.c. , in M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), La riforma delle società. Artt. 2462-2510 cod. civ. , Torino, 2003, 126.
- (8) Trib. Napoli 6 giugno 2007, in questa Rivista, 2008, 1433 ss., con commento di M. Malavasi, L'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c. e litisconsorzio necessario della società; Trib. Milano 8 novembre 2006, in questa Rivista, 2008, 625 ss.; Trib. Treviso 16 gennaio 2006, in Giur. it., 2006, 1878; Trib. Milano, ord., 21 dicembre 2005, in questa Rivista, 2007, 193 ss., con commento di P. Dubini - L. Lentini, Azione sociale di responsabilità contro l'amministratore unico di s.r.l. e litisconsorzio necessario, secondo cui il socio agisce in veste di sostituto processuale ex art. 81 c.p.c. e la società litisconsorte necessario; Trib. Milano 13 gennaio 2005, in Giur. it., 2005, 523; Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in questa Rivista, 2006, 625. Contra, Trib. Milano, ord., 4 maggio 2005, in Giur. it., 2005, 1653 ss., che ha ritenuto "pleonastica la citazione e la costituzione in giudizio della società". In dottrina, R. Teti, La responsabilità degli amministratori di s.r.l., in P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Milano, 2006, 648 ss.; A. Angelillis - G. Sandrelli, Commento sub art. 2476, c.c. , in P.G. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari (diretto da), Commentario alla riforma delle società, Società a responsabilità limitata, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 719 ss.; F. Mainetti, Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata, cit., 942; A. Picciau, Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza, in F. Farina - C. Ibba - G. Racugno - A. Serra (a cura di), La nuova s.r.l., Milano, 2004, 263; A. De Nicola, L'azione sociale di responsabilità delle

minoranze alla luce della riforma, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 4, 45. Di diverso avviso F. Ciampi, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2006, 288, secondo cui si tratta di una fattispecie di "legittimazione attiva diffusa" a favore di tutti i soci che, non avendo amministrato e non essendo coinvolti in responsabilità, siano interessati a far valere il diritto risarcitorio sociale.

(9) Di diverso avviso Trib. Milano 8 novembre 2006, cit., 626, secondo cui per fatti verificatisi prima della riforma il singolo socio non è legittimato ad agire per chiedere il risarcimento del danno in favore della società, "poiché nessuno può agire per far valere in giudizio un diritto altrui, salvi i casi previsti dalla legge (art. 81 c.p.c.)".

(10) In giurisprudenza Trib. Napoli 11 novembre 2004, 16 aprile 2004 e 12 maggio 2004, in questa *Rivista*, 205, 1007 ss., con commento di M. Cristiano, *Azioni di responsabilità contro gli amministratori della s.r.l. nella riforma del diritto societario*; Trib. Marsala, ord., 1 aprile 2005, in questa *Rivista*, 2006, 733, con commento di R. Lolli, *Azione sociale di responsabilità e revoca dell'amministratore nella s.r.l. del dopo riforma*. In dottrina, N. Abriani, *Decisione dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, 223; S. Ambrosini, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2004, 297; M. Sandulli, *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, *ivi*, 2005, 484; V. Salafia, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, *ivi*, 2003, 8 s. *Contra*, F. Ciampi, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, cit., 287 s., secondo il quale l'azione di responsabilità sociale è da escludersi sia per ragioni di carattere normativo-letterale, relative alla mancata esplicita previsione per le s.r.l., sia per ragioni di carattere logico-giuridico, dal momento che non si capisce la ragione in virtù della quale il singolo socio, legittimato ad esercitare l'azione "debba poi cercare nell'assemblea, per l'esercizio della stessa azione, il conforto e l'appoggio di altri soci, sino a formare una (non necessaria) maggioranza".

(11) Trib. Roma 21 maggio 2007, n. 10199, cit.

(12) Nello stesso senso N. Abriani, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, cit., 230; D. Corrado, *Commento sub art. 2477 c.c.*, in AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, cit., *Società a responsabilità limitata*, cit., 823. *Contra* A. Picciau, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, cit., 271, secondo cui anche il singolo socio può esercitare l'azione di responsabilità sociale contro i sindaci. Secondo l'autore il doppio riferimento normativo (art. 2477 c.c. che rinvia all'art. 2407 c.c. , che, a sua volta, richiama gli artt. 2393 e ss. c.c.) "non deve certo aprire la strada alla diretta applicazione alle s.r.l. delle norme da ultimo menzionate, relative alle s.p.a.", ma, al contrario, "deve essere interpretato nel senso che l'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci è assoggettato agli stessi requisiti procedurali e di legittimazione contemplati nelle correlative norme concernenti gli amministratori"; ciò si traduce nel fatto che i presupposti sostanziali della responsabilità dei sindaci continuano ad essere regolati dall'art. 2407, commi 1 e 2,

c.c., mentre è all'art. 2476, comma 3, c.c. che bisogna fare riferimento per la disciplina degli aspetti procedurali.

(13) A. Picciau, Commento sub artt. 2393, 2393 bis, 2394 bis, in F. Ghezzi (a cura di), Commentario alla riforma delle società, cit., Amministratori, 2005, 597 ss. che, peraltro, considera eccessiva la percentuale del 20% in quanto limita, senza reali giustificazioni, il potere di agire in capo ai soci.

(14) In tal senso, A. Picciau, Commento sub artt. 2393, 2393 bis, 2394 bis, cit., 603 e la dottrina richiamata nella nota 76. Contra M.M. Riscossa, Art. 129, in La legge Draghi e le società quotate in borsa, Torino, 1999, 171ss.; V. Santoro, Profili della disciplina della tutela delle minoranze, in A. Patroni Griffi - M. Sandulli - V. Santoro, Intermediari finanziari, mercati e società quotate, 841 ss., che considerano l'azione di tipo surrogatorio.

LEGITTIMAZIONE E POTERE DI INIZIATIVA AD INTRAPRENDERE L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI DI S.R.L. - IL COMMENTO

di Vincenzo Meli

Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Ordinanza, 28 maggio 2015

L'ordinanza del Tribunale di Milano si conferma all'indirizzo maggioritario, che ritiene l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l. esercitabile anche dalla società, con legittimazione concorrente con quella del singolo socio; prende quindi posizione sulla discussa questione della titolarità del potere di iniziativa all'avvio dell'azione da parte della società, ritenendo che essa debba, a pena di improcedibilità, essere previamente autorizzata con deliberazione dei soci.

Sommario: Il fatto - L'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l. - I dubbi interpretativi: legittimazione concorrente del socio e della società? - Segue: il problema della titolarità del potere di avviare l'azione sociale della società - Osservazioni

Il fatto

In sede di trattazione di un'azione sociale di responsabilità degli amministratori promossa dalla società, il giudice rilevava l'assenza di una preventiva deliberazione dei soci, che autorizzasse gli amministratori non coinvolti ad intraprendere detta azione. Richiesta invano l'integrazione, ha dichiarato d'ufficio l'azione improcedibile. Ha ritenuto, infatti, che l'azione sociale di responsabilità nella S.r.l., laddove sia esercitata dalla società, debba essere regolata, per analogia, dall'art. 2393 c.c., dettato per le S.p.a. Ha applicato così il principio, sancito dalla S.C.(1), che "l'autorizzazione dell'assemblea al promovimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, richiesta dall'art. 2393 c.c., costituisce una condizione dell'azione, la

cui esistenza va verificata d'ufficio dal giudice; è sufficiente, peraltro, che tale autorizzazione sussista nel momento della pronuncia della sentenza che definisce il giudizio".

L'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l.

È innegabile che l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l. sia stata delineata in termini ellittici dal legislatore della riforma del 2003. Dopo avere, infatti, al comma 1, definito i presupposti per l'insorgere della responsabilità, l'art. 2476, al comma 3, si limita a disporre che legittimato a proporre l'azione (che, per vero, non indica neppure come sociale)(2), sia ciascun socio individualmente. Seguono: la previsione della possibilità, sempre da parte del singolo socio, di ottenere in via cautelare la revoca giudiziale dell'amministratore; una regola - chiaramente volta a disincentivare le azioni speculative - di anticipazione delle spese di giudizio da parte del socio agente (che, in caso di soccombenza non avrà diritto a vedersene rimborsate dalla società); la fissazione di una maggioranza qualificata ai fini della rinuncia o transazione dell'azione da parte della società.

Nel regime pre-riforma sul tema non era, è vero, dettata alcuna specifica disciplina, ma il comma 2 dell'art. 2487 c.c. operava un rinvio completo alle norme dettate per gli amministratori di S.p.a. e, tra queste, a quelle, sia sostanziali, sia procedurali, in tema di responsabilità. Dal richiamo agli artt. 2392, 2394 e 2395, scaturiva così la condivisione della triplice direzione della responsabilità degli amministratori (verso la società verso i creditori sociali, verso i singoli soci o i terzi)(3) e, sul piano dell'azione, dal richiamo all'art. 2393 c.c. derivava, in particolare, che l'azione sociale potesse essere promossa solo in seguito a deliberazione dell'assemblea (con le maggioranze ordinarie, come si è sempre ritenuto).

L'azione sociale non intrapresa dalla maggioranza nacque come prerogativa delle società quotate(4), ma con la riforma del 2003 (e successive modifiche) essa è divenuta regola generale per le S.p.a. (art. 2393 bis c.c.). L'azione del singolo socio nella S.r.l. non è, però, propriamente un'azione della minoranza, dato che il socio può agire per la responsabilità degli amministratori quale che sia la partecipazione da lui detenuta(5).

I dubbi interpretativi: legittimazione concorrente del socio e della società?

La laconicità del legislatore è stata, ovviamente, generatrice di dubbi e di conseguenti sforzi interpretativi, non sempre approdati a soluzioni condivise.

Per venire all'ambito interessato dalla decisione in commento, ci si è innanzitutto chiesti se, seppur non prevista, sia comunque da riconoscersi una legittimazione della società, concorrente con quella del socio, ad agire contro gli amministratori. Tale possibilità è stata ammessa in dottrina in misura largamente prevalente fin dall'alba della riforma(6). Concorde in tal senso appare oggi anche la giurisprudenza, dopo un

periodo in cui proprio il Tribunale di Milano aveva avvertito la soluzione affermativa, nella convinzione che quella riconosciuta dall'art. 2476 c.c. fosse una legittimazione diffusa e non una forma di sostituzione processuale, come adesso in prevalenza si ritiene(7). Nonostante il silenzio della legge e l'espressione perentoria dell'art. 2476 c.c. (il quale non dice che l'azione "può" essere promossa, bensì che "è" promossa da ciascun socio), la soluzione appare poggiare su diverse ragioni sistematiche(8) e non appare ormai più revocabile in dubbio.

Segue: il problema della titolarità del potere di avviare l'azione sociale della società

Stabilita, dunque, la legittimazione concorrente della società, è insorto il dubbio se - ferme restando possibili scelte differenti, rimesse all'autonomia statutaria - l'azione debba, in tal caso, essere previamente autorizzata con decisione dei soci, nel quadro dell'art. 2479 c.c., ovvero possa essere intrapresa senz'altro dall'organo amministrativo(9).

La prima soluzione, accolta dall'ordinanza in commento, era apparsa prevalente fin dalla fase successiva alla riforma del 2003(10), ma già allora era tutt'altro che incontrastata(11). Negli ultimi anni essa sembra avere perduto terreno, anche se quella contraria viene espressa in termini sempre piuttosto cauti(12), segno di una effettiva difficoltà di superare le incertezze indotte dal silenzio del legislatore. Anche la giurisprudenza appare divisa(13).

La soluzione favorevole alla rimessione alla collettività dei soci della decisione di agire si presenta in effetti come la più tranquillizzante. In una parte degli interpreti che la accolgono essa riconduce, infatti, la disciplina - almeno per tale aspetto - al quadro noto delle S.p.a. Una volta accettato che l'azione di responsabilità degli amministratori possa essere esercitata anche dalla società, si eleva - ed è quanto, appunto, fa il Tribunale di Milano - l'art. 2393 c.c. ad espressione di una regola generale e si può così ritenere che un amministratore il quale agisce per la responsabilità di altro amministratore stia agendo come un rappresentante senza potere.

A ben vedere, tuttavia, a sostegno della necessità di una preventiva deliberazione si invocano soprattutto gli inconvenienti e i disallineamenti sistematici che presenterebbe la soluzione opposta. Affermata così la non decisività della mancata previsione del potere deliberativo della compagine sociale in materia nell'art. 2479 c.c., la soluzione attributiva di un potere decisionale pieno agli amministratori viene in particolare ritenuta asimmetrica rispetto alla regola che prevede una deliberazione a maggioranza qualificata per l'approvazione della rinuncia all'azione o la sua transazione (art. 2476, comma 5, c.c.) e a quella che prevede la competenza dei soci a deliberare l'azione di responsabilità verso i sindaci (art. 2477, comma 5, attraverso il richiamo all'art. 2407, comma 3)(14). Inoltre, si segnala, nel caso di amministrazione

disgiuntiva, che ammettere l'iniziativa degli amministratori esporrebbe la società al rischio di azioni giudiziarie incrociate e non ben coordinate tra di loro(15).

La riconduzione alla regola deliberativa dettata per la S.p.a., naturalmente, induce poi la necessità di verificare ulteriori possibili analogie, onde risolvere ulteriori dubbi che così insorgono. Ci si è così chiesti, tra l'altro, se si debba applicare anche all'esercizio collettivo dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di S.r.l. la regola (art. 2393, comma 2, c.c.) secondo la quale la relativa deliberazione o decisione può essere adottata anche quando non sia posta all'ordine del giorno, se ci si trova in sede di approvazione del bilancio(16); o se la deliberazione presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale comporti l'automatica revoca dell'amministratore (art. 2393, comma 5, c.c.)(17); o, ancora, se all'amministratore-socio possa impedirsi l'esercizio del voto nelle deliberazioni riguardanti la propria responsabilità (art. 2373, comma 2, c.c.)(18).

Quanto alla posizione di chi nega la necessità di una previa decisione dei soci autorizzativa dell'azione di responsabilità, essa, in definitiva, pare motivata semplicemente con l'osservazione del dato letterale: manca nell'art. 2479 c.c., che disciplina le decisioni riservate ai soci, una previsione circa la responsabilità degli amministratori.

Osservazioni

La necessità che l'azione sociale della società sia deliberata dalla collettività dei soci si può condividere, ma non mi pare che basti a tal fine evidenziare apparenti incongruenze della costruzione opposta(19), né che sia produttivo richiamare a fondamento di tale soluzione un'analogia con l'art. 2393 c.c. In realtà, come è stato rilevato, questa norma non pare affatto espressione di una regola generale, ma piuttosto un'eccezione in un sistema che riconosce la più ampia potestà decisoria degli amministratori nel compimento di tutti gli atti attinenti all'oggetto sociale e alla tutela del patrimonio della società per azioni(20). Da tale osservazione si può anche ricavare che se una previsione del genere è stata inserita nella disciplina della S.p.a. è proprio perché essa è apparsa necessaria al fine di evitare che nel generale potere gestorio degli amministratori rientrasse anche la decisione di agire in responsabilità verso altri amministratori. La mancanza di analoga norma nella disciplina delle S.r.l. non costituirebbe, invece, una lacuna da colmare. Essa è dovuta semplicemente alla sua non necessità a quei fini. In sostanza, il ricorso all'analogia con la norma dettata in materia di S.p.a. non solo non è convincente (data la verosimile eccezionalità di quella norma), ma soprattutto non è necessaria, semplicemente perché - nella visione dei redattori della riforma - la previa decisione dei soci ai fini dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è già insita nel disegno sistematico della S.r.l. (il che non vuol dire, a parere di chi scrive, che non sarebbe stato, comunque, opportuno inserire esplicitamente tale previsione). Non si può, a tal fine, trascurare come, nel disegno della riforma, il rapporto tra soci e amministratori-non soci non sia paragonabile a

quello delineato nella S.p.a. La disciplina che vede i soci, anche al di fuori di specifiche attribuzioni di poteri gestori, a) abilitati a deliberare su qualunque materia (art. 2479 c.c.), b) dotati anche individualmente di poteri di controllo sull'amministrazione sociale (art. 2476, comma 2, c.c.), c) destinatari, appunto, del potere individuale di agire per la responsabilità degli amministratori (l'art. 2476, comma 3, c.c.), li qualifica come domini dell'affare sociale e riconsegna gli amministratori alla condizione di mandatari, rivestita in un passato remoto da tutti gli amministratori di società⁽²¹⁾. Come è evidente, non rientra tra i poteri del mandatario quello di agire nei confronti dei comandatari per inadempimenti posti in essere nei confronti del dominus, se non previa investitura da parte di quest'ultimo. Da qui, pertanto, la necessità di una decisione dei soci autorizzativa dell'azione.

Tra l'altro, tale costruzione fuga, ogni residuo dubbio sul potere del socio che sia anche amministratore di agire ex art. 2476 c.c.⁽²²⁾. Quando amministratore è un socio (ipotesi che, non lo si trascuri, il codice considera preferenziale: art. 2475, comma 1, c.c.), è persino ovvio che l'ostacolo segnalato per l'amministratore-non socio non si ponga. Il richiamo all'art. 2393 c.c., per contro, qualche problema in tal senso potrebbe porlo.

(1) Cass., Sez. I, 6 giugno 2003, n. 9090, in *Giur. it.*, 2004, 789; Id., 10 settembre 2007, n. 19838, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

(2) Ma lo si ritiene unanimemente. Sul punto si rinvia a G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata. Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, dir. da F.D. Busnelli, Tomo Secondo, Artt. 2462-2474, Milano, 2010, 1063, nt. 56.

(3) Com'è noto, nella S.r.l. riformata manca una previsione riguardante la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali. Le conseguenze di tale assenza sono state oggetto di vivacissimo dibattito fin dall'indomani della riforma (sul tema si veda adesso G. Scognamiglio, in G. Mosco - D. Regoli - M. Rescigno - G. Marasà - G. Scognamiglio, *La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali*, in G. Mosco - D. Regoli - M. Rescigno - G. Marasà - G. Scognamiglio, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba - G. Marasà, Padova, 2012.

(4) Disponeva l'abrogato art. 129 del D.Lgs. n. 58/1998, TUF che potessero intraprenderla tanti soci che rappresentassero almeno il 5% del capitale.

(5) In concreto, difficilmente un socio maggioritario agirà uti singulus. Una volta ritenuto che anche la società possa intraprendere l'azione di responsabilità, il socio maggioritario troverà conveniente agire attraverso i meccanismi organizzativi della società, così da sottrarsi al regime delle spese di cui al comma 4 dell'art. 2476 c.c., sfavorevole, come si è già rilevato, all'azione del socio che agisca individualmente.

(6) Per una voce minoritaria contraria, si veda F. Ciampi, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in questa Rivista, 2006, 286 ss.

(7) Si vedano Trib. Milano 21 luglio 2009, in *Pluris on line*; Id., 2 novembre 2006, in *Giur.it.*, 2007, 3, 655; Id., 26 ottobre 2006, in *Pluris on line*; Id., 12 aprile 2006, in *Giur. it.*, 2006, 11, 2096. Per una convincente analisi critica dell'orientamento restrittivo, si vedano M. Mozzarelli, *La legittimazione ad agire, in S.r.l.*, cit., 642 s. Si vedano anche G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1064 ss.; G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit., 322.

Per l'orientamento ormai condiviso, si vedano lo stesso Trib. Milano 19 novembre 2011, in questa Rivista, 2012, 335; Id., 2 settembre 2010, in *Giur.it.*, 2011, 3, 587; si vedano anche Trib. Padova 19 luglio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Roma 21 maggio 2007, in questa Rivista, 2008, 1400; Trib. Pescara 15 novembre 2006, in www.ilcaso.it; Trib. Genova 23 giugno 2006, in *Pluris on line*.

(8) Per un'ampia spiegazione degli argomenti a sostegno della soluzione affermativa, si veda G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit.

(9) Naturalmente, laddove gli amministratori fossero anche soci, nulla impedisce che essi agiscano come tali, cioè sempre ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c. Non agirebbero, dunque, in nome della società, bensì in nome proprio, anticipando le spese dell'azione, rimborsabili loro dalla società solo in caso di successo (art. 2476, comma 4, c.c.). Certo, come è stato rilevato (si veda ancora G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit., 324), il socio-amministratore che agisca contro gli altri amministratori rischia di vedersi eccepito il concorso di colpa.

(10) Si vedano S. Di Amato, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 294; S. Ambrosini, *Art. 2476 c.c.*, in G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, artt. 2449 - 2510, Napoli, 2004, 1597 s. Si vedano, nella stessa linea, ma con diverse sfumature, O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, Torino, 2007, 257; R. Teti, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, dir. da P. Abbadessa - G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 644; R. Vigo, *Decisioni dei soci: competenze*, *Ibidem*, 467; G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit., 297 ss.

(11) Per l'ammissibilità dell'azione non preceduta da una decisione dei soci, si vedano F. Mainetti, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in S. Ambrosini (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 95 s.; A. Picciau, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in F. Farina - C. Ibba - G. Racugno - A. Serra (a cura di), *Le nuove s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004, 263. Parzialmente difforme la posizione di V. Allegri, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a*

responsabilità limitata, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, 164, e P. Spada, L'amministrazione delle società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003, in *Profili dei problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 19, i quali la vedono piuttosto come una possibile opzione statutaria.

(12) Si vedano G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1067 s.; M. Mozzarelli, *La legittimazione ad agire*, cit., 642 s.; P.G. Jaeger - F. Denozza - A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, VII ed., Milano, 2010, 546.

(13) Per una non risalente decisione difforme da quella in commento, si veda Trib. Roma 13 settembre 2013, in *Pluris on line*, che conferma la posizione più permissiva di tale corte rispetto a quella milanese (si veda già Trib. Roma 21 maggio 2007, cit.). In senso conforme al Tribunale di Milano (del quale si vedano anche le pronunce 13 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 523 e 30 giugno 2008, in *Giur. it.*, 2009, 2, 396) si è, invece, espresso Trib. Padova 19 luglio 2012, cit.

(14) Si veda C. Montagnani, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, 2008, 112.

(15) Così G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit., 298.

(16) G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit., 306, che si esprime favorevolmente.

(17) *Ibidem*, 307. L'analogia viene qui negata, sulla scorta di quanto già sostenuto da R. Mangano, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. Dalla diligenza del mandatario alla ragionevolezza delle scelte gestionali*, Milano, 2011, 159 s., riconducendosi la fattispecie all'applicazione della ordinaria disciplina del conflitto di interessi (art. 2479 ter, comma 2, c.c.).

(18) *Ibidem*, 307 s. L'analogia viene qui negata.

(19) Tanto più che la tesi dell'incompatibilità con altre previsioni disciplinari non appare sempre così solida. Alla presunta incongruenza tra l'attribuzione agli stessi amministratori della decisione di agire contro quelli tra loro resisi responsabili di atti di mala gestio e la previsione di una decisione a maggioranza (qualificata) per rinunciare all'azione o transigerla è stato, ad esempio, opposto che la decisione di agire riguarda il mero esercizio di un diritto, mentre quella di rinunciare o transigere all'azione un atto dispositivo su di esso (A. Picciau, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, cit., 263 s.).

(20) Si veda G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1067 s., nt. 63, il quale richiama P. Benazzo, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Padova, 1992, 191.

(21) Si veda C. Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in Riv. dir. comm., 2006, 675 e Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, in Riv. Società, 2007, 40.

(22) Anche tale profilo è stato oggetto di dibattito, sul quale si veda G. Scognamiglio, *L'azione sociale di responsabilità*, cit., 322 ss.

LA PRESENZA DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI NEI GIUDIZI DI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

di Vincenzo Salafia

Viene esaminata la posizione processuale della società nei giudizi di responsabilità promossi dai soci nelle società di capitali, con riferimento anche ai poteri e agli obblighi che ne derivano.

Sommario: Esame degli artt. 2393 e 2476 c.c., relativi all'azione di responsabilità sociale degli amministratori - L'azione di responsabilità promossa dai soci

Esame degli artt. 2393 e 2476 c.c., relativi all'azione di responsabilità sociale degli amministratori

L'art. 2393 c.c. dispone che, nella società per azioni, l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in base a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione. Al voto assembleare non possono partecipare gli amministratori-soci, contro i quali l'azione di responsabilità dovrà proporsi, a norma dell'art. 2373, comma 2, c.c., a causa dell'evidente conflitto di interessi nel quale vengono a trovarsi.

La deliberazione può anche essere assunta dal collegio sindacale a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

La deliberazione presa dall'assemblea dei soci, con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, importa la revoca dall'ufficio degli amministratori. Questa revoca costituisce un effetto proprio della deliberazione assembleare e non è necessario che sia dichiarata dai soci, ai quali, ovviamente, non è consentito, se volessero votare, di violare l'inderogabile effetto della deliberazione con la quale è stata decisa l'azione di responsabilità.

La revoca degli amministratori, invece, non consegue, come effetto necessario, alla deliberazione del collegio sindacale, perché la revoca non può farsi derivare da un atto

di competenza del collegio sindacale, cui non spetta alcun potere relativo alla nomina e revoca degli amministratori.

L'assemblea, che ha deliberato l'azione di responsabilità, con l'effetto della revoca degli amministratori, deve procedere contestualmente alla loro sostituzione, come dispone il quinto comma del citato articolo. Ove, invece, l'azione fosse deliberata dal collegio sindacale, l'assemblea, convocata dagli stessi amministratori a richiesta dei soci a norma dell'art. 2367 c.c. o dai sindaci (o dal consiglio di sorveglianza o dal comitato di controllo nei sistemi societari dualistici o monistici), ovvero dal tribunale su istanza dei soci, nei casi di omissione dei predetti organi, potrà discrezionalmente procedere alla revoca degli amministratori e alla loro sostituzione.

L'azione di responsabilità può anche essere deliberata nell'assemblea in occasione della discussione del bilancio di esercizio, se la responsabilità degli amministratori riguardi fatti di competenza dell'esercizio, cui si riferisce il bilancio.

Nella disciplina che il codice civile dedica alla società a r.l. non è contenuta la norma che attribuisce all'assemblea dei soci il potere di deliberare sull'azione di responsabilità degli amministratori; tuttavia, la norma dell'art. 2393 sopra indicata si applica per analogia, come si ricava dal quinto comma dell'art. 2476 c.c. nel quale è previsto il potere della società di rinunciare all'azione di responsabilità o di transigerla in forza di deliberazione assembleare assunta con la maggioranza dei due terzi del capitale, a condizione che non si oppongano tanti soci che rappresentino il decimo del capitale. In altri termini, più che di applicazione analogica dell'art. 2393 c.c., può ben dirsi che l'art. 2476 c.c., come attribuisce all'assemblea il potere di rinunciare all'azione di responsabilità o di transigerla, così implicitamente le conferisce il potere di deliberare la proposizione dell'azione, anche in occasione della discussione sul bilancio di esercizio, alla condizione sopra indicata per la società per azioni.

Alle società cooperative, alle quali, a norma dell'art. 2519 c.c., si applicano, in quanto compatibili, le norme sulla società per azioni o quelle sulla società a r.l. (queste ultime solo se sia previsto dallo statuto e vi siano soci cooperatori in numero inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro).

In tutti i casi sopra indicati, ove non sussistano le condizioni che producono la conseguenziale revoca degli amministratori, ai quali si imputano comportamenti irregolari, l'azione dovrà essere promossa dal curatore speciale, che sarà nominato dal tribunale, davanti al quale si intende proporre la domanda, a norma dell'art. 78 c.p.c., su istanza del P.M., sollecitato dai soci interessati.

Qualora, invece, la deliberazione, che promuove l'azione di responsabilità, producesse la revoca degli amministratori e nel medesimo contesto la loro sostituzione, l'azione sarà proposta dai nuovi amministratori.

L'azione di responsabilità promossa dai soci

L'art. 2393 bis e l'art. 2476, comma 3, c.c. rispettivamente prevedono, a differenza dal precedente ordinamento, che l'azione di responsabilità sociale, il cui oggetto consiste nella domanda risarcimento del danno arrecato dai comportamenti illeciti degli amministratori al patrimonio della società, possa essere proposta dai soci, in possesso di azioni che rappresentino almeno un quinto del capitale o almeno un quarantesimo, nelle società che ricorrono al mercato del capitale di rischio, e nella S.r.l. qualunque sia la loro parte di capitale. Questa legittimazione dei soci è consentita dall'ordinamento, sebbene i soci rispetto all'oggetto della domanda siano solo indirettamente interessati e non siano titolari del diritto di cui chiedono il riconoscimento, considerando che il beneficio dell'accoglimento della loro domanda da parte del giudice, sia pure indirettamente, riguarderà il loro patrimonio, per effetto del riflesso che il risarcimento del patrimonio sociale produrrà nel valore del capitale sociale da loro posseduto.

La legge, in deroga dalle norme processuali, legittima i soci all'azione di responsabilità sociale per renderne più rapida la decisione e per sottrarla ai condizionamenti assembleari, talora ispirati da interessi diversi da quello societario. Tuttavia la deroga viene compensata dalla norma contenuta nel terzo comma dell'art. 2393 bis c.c., la quale impone ai soci della società per azioni, che agiscono in responsabilità contro gli amministratori, di chiamare in giudizio la società, la quale, costituendosi in giudizio, assume la veste di parte direttamente interessata con il potere di ampliare eventualmente la domanda dei soci, proponendo adeguate prove e chiedendo mezzi istruttori, e destinata a ricevere il beneficio economico dell'eventuale accoglimento della domanda dei soci, con l'obbligo soltanto di rimborsare agli attori le spese del giudizio, nel caso in cui esse non fossero poste totalmente o parzialmente a carico dei soccombenti amministratori (cfr. Cass. 3 aprile 1995, n. 3903; Cass. 4 dicembre 2002, n. 1787; Trib. Napoli 17 settembre 2008, in questa Rivista, 2009,10; Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1468; in dottrina: Fazzalari, *Sostituzione processuale*, in *Dir. proc. civ.*, XLIII ed. (Enc. dir.), Milano, 1990, 159).

Uguale norma non vi è nell'ordinamento della società a r.l., ma l'applicazione analogica dell'art. 2393 bis c.c. ai giudizi di responsabilità degli amministratori, promossi dai soci, mi sembra del tutto ovvia.

La chiamata in giudizio della società avverrà mediante notifica dell'atto di citazione alla persona che la rappresenta ed anche al presidente del collegio sindacale.

Quest'ultima notifica non costituisce il presidente del collegio sindacale nell'ufficio di rappresentante della società, ma ha solo la funzione di dare notizia al collegio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori per effetto di loro comportamenti irregolari, al fine di sollecitarne una più penetrante attività di controllo sulla loro attività. Si tratta di norma che tiene conto del fatto che, in pendenza del giudizio promosso dai soci contro gli amministratori, questi rimangono

in carica, donde l'opportunità di sollecitare il controllo dei sindaci alla luce delle irregolarità loro imputate.

Nell'ordinamento della società a r.l. l'art. 2476, comma 3, c.c. legittima il socio, che propone l'azione di responsabilità sociale, a chiedere in via cautelare la revoca degli amministratori, nel caso di gravi irregolarità ad essi imputate. Non sempre nella società a r.l. l'organizzazione comprende il collegio sindacale, tranne che nei casi indicati nell'art. 2477 c.c.; ove vi fosse e l'istanza cautelare di revoca degli amministratori non fosse accolta, i soci attori potranno notificare la citazione anche al presidente del collegio sindacale o al sindaco unico per le medesime ragioni sopra indicate per la notifica dell'atto di citazione nella società per azioni.

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ PROMOSSA DAL CREDITORE CONTRO GLI AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ IN CONCORDATO PREVENTIVO.

Alessandro di Majo

Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015

Il Tribunale di Piacenza, con la sentenza in commento, ha ritenuto ammissibile l'azione di responsabilità promossa dal singolo creditore nei confronti di amministratori e sindaci di una società a responsabilità limitata ammessa alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni. La soluzione del Tribunale di Piacenza, pur correttamente argomentata, si espone a qualche rilievo critico. Infatti la soluzione scelta dal Tribunale, se correttamente argomentata dal punto di vista formale, col ritenere sottratte al generale effetto esdebitatorio dell'accordo concordatario ex art. 184 legge fallim. le singole posizioni creditorie, ove fondate su autonomo titolo, sembra privare l'accordo concordatario di quella più generale valenza, che è nell'obiettivo di una procedura, che mira anche a risolvere ogni contenzioso tra i creditori e la società proponente, anche riguardata per l'operato dei suoi organi. E ciò anche in relazione al fatto, ben sottolineato dalla sentenza, che la procedura ha ormai carattere neutrale e non intende «premiare» il buon operato del debitore. Onde la mala gestio dell'amministratore non è in grado di contrastare la piena operatività della procedura concordataria, che opera sulle basi oggettive costituite dallo stato di crisi del debitore e dal «piano» debitorio destinato a risolverla (art. 160 legge fallim.).

Sommario: 1. Il caso e le soluzioni giuridiche. - 2. La questione. - 3. Osservazioni conclusive.

1. Il caso e le soluzioni giuridiche. - Il Tribunale di Piacenza, con la sentenza in commento, ha ritenuto ammissibile l'azione di responsabilità promossa dal singolo

creditore nei confronti di amministratori e sindaci di una società a responsabilità limitata ammessa alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni.

In passato sia la dottrina che la giurisprudenza non hanno trovato un indirizzo univoco sulla questione in esame. Difatti, la tesi negativa esclude la configurabilità degli amministratori quali coobbligati ex art. 184 legge fallim., l'ammissibilità di un soddisfacimento dei creditori sociali in misura superiore alla percentuale concordataria pattuita e l'attribuzione all'azione di cui all'art. 2394 cod. civ. di un carattere surrogatorio rispetto all'azione sociale, che contrasterebbe con l'effetto esdebitatorio del concordato (1). Del resto, è stato affermato che i creditori sociali perderebbero la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità o al momento della presentazione della proposta di concordato (2) o, secondo altri, all'omologazione (3) o ancora all'esaurimento della fase di esecuzione del concordato, in quanto i creditori vengono soddisfatti con il pagamento della percentuale concordataria e, pertanto, estinto il credito con il pagamento in percentuale, non avrebbero più titolo all'esercizio dell'azione (4).

Altro indirizzo (favorevole) sostiene invece la totale assenza di limitazione all'esercizio dell'azione ex art. 2394 cod. civ. nel corso della procedura di concordato preventivo, poiché essa, essendo di natura autonoma e diretta, ha ad oggetto un rapporto obbligatorio sul quale non può incidere l'effetto remissorio del concordato, sia che si voglia ricomprendere gli amministratori nel novero dei "coobbligati" del debitore ex art. 184 legge fallim. sia che li si voglia considerare terzi estranei alla convenzione concordataria (5).

2. La questione. - Il Tribunale di Piacenza ha aderito al secondo indirizzo ossia quello che ritiene ammissibile l'azione di responsabilità in capo ai creditori ex art. 2394 cod. civ. anche nel corso di una procedura di concordato preventivo.

In primo luogo, il Tribunale di Piacenza ha affermato che il creditore concordatario fonda la sua iniziativa su un differente titolo ed intende ottenere un risarcimento, non nei riguardi della società in concordato preventivo, ma nei confronti di un soggetto diverso da essa. Soggetto che, tra l'altro, è privo di poteri di rivalsa nei confronti della società. Pertanto, l'azione è esperita tra soggetti differenti rispetto a quelli tra i quali è intervenuto l'accordo concordatario e ciò sulla base di fatti di responsabilità del tutto estranei ad esso. Non v'è quindi alcuna alterazione della *par condicio creditorum*. Del resto, come ricorda il Tribunale, il creditore concordatario conserva la sua qualità di creditore al di fuori dell'ambito concorsuale, né il concordato estingue il suo credito originario, come si desume dall'art. 184 legge fallim., che permette al creditore di agire, comunque, per l'intero, verso i coobbligati ed i fideiussori del debitore. Equiparazione tra gli amministratori ed i coobbligati che viene esclusa dal Tribunale, trattandosi di situazioni soggettive completamente diverse.

In tema di legittimazione, sempre secondo il Tribunale di Piacenza, l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 cod. civ. non comporta la perdita della capacità processuale in capo agli organi sociali in favore del Commissario Giudiziale ovvero del Liquidatore. Difatti, nella procedura di concordato preventivo, a differenza delle altre procedure concorsuali come ad es. il fallimento, l'imprenditore ovvero la società assoggettata al concordato preventivo non subisce la perdita della capacità processuale e della legittimazione passiva o attiva. La rappresentanza processuale della società rimane in capo al debitore. Tale assunto viene anche confermato dalla omissione prevista nell'art. 2394-bis cod. civ. che non prevede che l'azione dei creditori passi al Commissario nel concordato preventivo. Secondo sempre il Tribunale di Piacenza non può neanche ammettersi un'applicazione analogica, tenuto conto delle notevoli diversità tra il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali, come indicate nell'art. 2394-bis cod. civ. ossia il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria (6).

3. Osservazioni conclusive. - La soluzione del Tribunale di Piacenza, pur correttamente argomentata, si espone a qualche rilievo critico.

In primo luogo, l'appunto cui essa si espone è la assoluta priorità attribuita a valutazioni di ordine formale, che non sono in grado di alterare un fenomeno, la cui base sottostante è abbastanza manifesta.

Secondo il principale argomento del Tribunale di Piacenza, l'azione di cui all'art. 2394 cod. civ. è fondata su di un titolo autonomo rispetto a quello che è oggetto dell'accordo concordatario, ossia il credito nella sua identità e originaria consistenza. L'azione è infatti finalizzata ad ottenere il risarcimento derivante dalla mala gestio degli amministratori e nei riguardi non già della società ma di soggetto diverso da essa (quale l'amministratore), mira cioè ad un quid pluris rispetto alla entità originaria del credito.

E ciò trova conferma altresì nel fatto che l'azione di cui è causa si svolge tra soggetti diversi (singolo creditore ed amministratore).

Quanto infine al carattere autonomo, e non surrogatorio, dell'azione ex art. 2394 cod. civ. rispetto a quella prevista dagli artt. 2392 e 2393 cod. civ., basta osservare che essa è basata su presupposti diversi (la insufficienza del patrimonio sociale al fine della soddisfazione dei creditori), non presuppone l'inerzia della società, ed ha natura aquiliana, a differenza della natura contrattuale dell'azione proposta dalla società ex artt. 2392 ed 2393 cod. civ.

Siffatti argomenti si espongono a talune considerazioni.

Quanto, in primo luogo, all'autonomia del titolo, in base al quale agisce il singolo creditore, rispetto a quello che figura, più direttamente, quale oggetto dell'accordo

concordatario (e cioè l'entità e le modalità di soddisfazione dei crediti) e ciò al fine di affermarne la non assoggettabilità all'effetto esdebitatorio dell'art. 184 legge fallim., occorre obiettare che la natura, sostanzialmente dispositiva di esso, sarebbe d'ostacolo a ritenere che in esso non abbiano ad essere ricomprese anche ragioni o pretese che, in qualche modo, attengono pur sempre al rapporto tra il creditore e la società proponente il concordato.

Né gioverebbe distinguere tra l'oggetto del concordato che è la sola obbligazione del debitore e quanto può essere dovuto dall'azione illecita di soggetti che hanno contribuito a causarne il dissesto (7). Anche quanto risulta dovuto all'attività illecita, e specie di organi sociali, non può non entrare nella ragione di credito e, come tale, figurare oggetto della più ampia contrattazione che si apre tra il creditore e/o i creditori e il debitore proponente sulle rispettive ragioni di dare e di avere.

Del resto, la tesi che ritiene inammissibile una autonoma azione del singolo creditore è anche supportata dall'argomento che quanto sarebbe oggetto dell'azione del creditore dovrebbe costituire prioritariamente oggetto di un obbligo informativo da parte del commissario giudiziale, segno evidente, questo, che tale informazione è in funzione della valutazione di convenienza del concordato da parte del singolo creditore anche per questo aspetto (8). Ove si trattasse di azione affatto autonoma, tale obbligo di informazione non avrebbe senso. Ma ciò comporta che, ove informato il creditore, esso abbia aderito nondimeno alle condizioni poste dal piano concordatario, ciò varrebbe quale implicita rinuncia ad esercitare una autonoma azione.

Se così è, non può non ritenersi che il creditore non abbia più titolo per rivendicare spettanze che, pur potendo essere oggetto di differenti ed autonome pretese (quale una pretesa risarcitoria), si ricollegano pur sempre alla sua posizione di creditore ed alla attività (pur illecita) di organi sociali (quali l'amministratore della società) in danno della società e, di riflesso, su di esso (quanto alla insufficienza del patrimonio sociale per la sua soddisfazione). Che la insufficienza del patrimonio sociale debba essere considerata un danno affatto autonomo rispetto a quello subito dalla società è vero ma in senso solo relativo e cioè che esso, pur costituendo anche un danno subito dalla società, ha una più diretta valenza nei riguardi del creditore che sul patrimonio ha fatto affidamento per realizzare il proprio credito. Ed è questo l'oggetto diretto dell'azione ex art. 2394 cod. civ.

Del resto, la "vicinanza" tra le due azioni (ex artt. 2393 e 2394 cod. civ.) è testimoniata dal fatto che, come confermato in giurisprudenza, nel caso di fallimento, il curatore ex art. 146 legge fallim. è legittimato a farle valere entrambe, senza avere l'onere di dovere specificare il titolo di ciascuna di esse (9).

Da un punto di vista più empirico, se è vero che, quanto alla par condicio creditorum, non vi sarebbe (maggiore) locupletazione del creditore a seguito dell'azione da esso

autonomamente intrapresa perché esercitata nei riguardi di soggetto diverso dalla società e a carico del patrimonio di soggetto, che non avrebbe rivalsa verso la società, è anche da osservare che il titolo in base a cui il creditore agisce è pur sempre un titolo che si fa valere verso un organo della società (quale l'amministratore), che ha agito in tal veste, onde non è dato sostenere che tale titolo sia privo di ogni riferimento alla società in nome e per conto della quale l'amministratore ha agito. In altre parole, la (maggiore) locupletazione del creditore, che si è inteso escludere, perché fondata su autonomo titolo, è destinata a farsi sentire, se non altro quanto alla sua fonte, visto il perdurante richiamo all'azione di un organo sociale, che fa capo alla società.

E, infine - ed è questo l'argomento di maggiore valore sostanziale - nella stessa finalità del concordato preventivo e del conseguente accordo concordatario non possono non essere considerate le intere vicende che hanno caratterizzato l'operato del debitore proponente verso il ceto creditorio, sia nei suoi risvolti leciti come illeciti, onde non sarebbe dato distinguere anche alla luce del suo oggetto, come si è detto, sostanzialmente dispositivo, a seconda delle singole posizioni rivestite dai singoli creditori, se o meno contrassegnate da eventi di maggior danno (rispetto agli altri creditori), tali da far lievitare i loro rispettivi crediti. Dette posizioni non avrebbero titolo per emergere anche alla luce di quel principio maggioritario che, come tale, pur essendo diverso da quello consensuale, che è tipico del diritto dei contratti, è però anche in grado di rendere irrilevanti eventuali motivi di insoddisfazione del singolo creditore, che non abbiano trovato riconoscimento da parte della maggioranza espressa dal ceto creditorio.

In definitiva, la soluzione scelta dal Tribunale di Piacenza, se correttamente argomentata dal punto di vista formale, col ritenere sottratte al generale effetto esdebitatorio dell'accordo concordatario ex art. 184 legge fallim. le singole posizioni creditorie, ove fondate su autonomo titolo, sembra privare l'accordo concordatario di quella più generale valenza, che è nell'obiettivo di una procedura, che mira anche a risolvere ogni contenzioso tra i creditori e la società proponente, anche riguardata per l'operato dei suoi organi. E ciò anche in relazione al fatto, ben sottolineato dalla sentenza, che la procedura ha ormai carattere neutrale e non intende "premiare" il buon operato del debitore. Onde la mala gestio dell'amministratore non è in grado di contrastare la piena operatività della procedura concordataria, che opera sulle basi oggettive costituite dallo stato di crisi del debitore e dal "piano" debitorio destinato a risolverla (art. 160 legge fallim.).

Resta infine quale ostacolo, ma più teorico che pratico, la difficoltà di concepire che un soggetto terzo, quale l'amministratore, possa venire, in buona sostanza, ad approfittare dell'effetto esdebitatorio di un accordo, al quale esso non ha partecipato e ciò in deroga al principio che *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (10). Ma è da osservare che, in tal caso, il terzo è pur sempre l'amministratore della società e, come si è detto, l'azione del singolo creditore è "vicina" a quella che avrebbe

esercitato la società. Onde il principio suddetto della "relatività" degli effetti dell'accordo è destinato ad essere valutato anche alla stregua di tale situazione.

(1) Cfr. Amatore, in Amatore-Jeantet, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013, pag. 191; Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015, pag. 374 segg. In giurisprudenza cfr.: Cassazione, 14 giugno 1978, n. 2950; Tribunale Milano, 13 novembre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, pag. 1169; Tribunale Milano, 23 dicembre 1968, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 283, pag. con nota di Mariani; Tribunale Bolzano, 17 gennaio 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, pag. 478.

(2) Cfr. Didone, *Concordato preventivo della società e azione di responsabilità ex art. 2394 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1989, I, pag. 86 segg.

(3) Cfr. Bozza, *Il concordato preventivo. Effetti per i creditori*, in *Fall.*, 1992, pag. 254.

(4) Cfr. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, pag. 2265. Nello stesso senso: Bonsignori, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, pag. 480 e, in giurisprudenza, Tribunale Padova, 18 giugno 1987, in *Giur. comm.*, 1989, II, pag. 839.

(5) Cfr. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli, Torino, 2014, pagg. 146-148; Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 4, Torino, 1991, pag. 440 ss.; Dongiacomo, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 16 novembre 2012, pagg. 13, 14; Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2014, pag. 548 segg.; La Croce, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Fall.*, 2015, pagg. 314-316; Napoleoni, *Azione ex art. 2394 cod. civ. contro gli amministratori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, pag. 1154; G.U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, pag. 570. In giurisprudenza cfr.: Appello Milano, 14 gennaio 1992, in *Fall.*, 1992, pag. 1146 e in *Giur. comm.*, 1993, II, pag. 63; Tribunale Milano, 19 luglio 2011, in www.ilfallimentarista.it, 2011; Tribunale Bologna, 8 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, pag. 1649; Tribunale Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, pag. 183.

(6) Sul punto cfr. Tribunale Napoli, 25 luglio 2013, in www.ilcaso.it, e Tribunale Napoli, 5 luglio 2013, in *Dir. fall.*, 1, 2015, pag. 144, con nota di Graci. Secondo il Tribunale di Napoli il commissario giudiziale del concordato preventivo è legittimato a esercitare l'azione di responsabilità dei creditori contro amministratori e sindaci della società, sia in sede penale ex art. 240 legge fallim., sia in sede civile sulla base dell'art. 2043 cod. civ. a titolo di illecito extracontrattuale. Cfr. anche Tribunale Roma,

20 gennaio 1996, in Soc., 1996, pag. 913, favorevole all'azione promossa dal liquidatore nominato dal giudice delegato anche in caso di diniego dell'assemblea ordinaria della società, potendosi prescindere dalla volontà assembleare quando la società versi in uno stato di grave crisi.

(7) Cfr. Galletti, Le azioni di responsabilità esercitate nel corso di procedure di concordato preventivo, in www.ilfallimentarista.it.

(8) Cfr. Amatore, op. cit., pag. 191.

(9) Cfr. Cassazione civ., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, a seguito della ordinanza di rimessione della Cassazione, I sez. civ., 3 giugno 2014, n. 12366, in Giust. civ. com., 23 gennaio 2015, con nota di Al. di Majo; Cassazione, 21 luglio 2010, n. 17121; Cassazione, 22 marzo 2010, n. 6870; Cassazione, 29 ottobre 2008, n. 25977; Cassazione, 23 giugno 2008, n. 17033; Cassazione, 22 maggio 2005, n. 11018.

(10) Cfr. Ambrosini, op. cit., pag. 147.

5. Doveri degli amministratori e dei sindaci

A1) Amministratori. Natura Giuridica dell'azione Giurisprudenza

Cass. civ. Sez. I Sent., 20/04/2017, n. 9983 (rv. 643732-01)

F. c. B.

SOCIETA' Società per azioni

SOCIETA' - Di capitali - Società per azioni (nozione, caratteri, distinzioni) - Organi sociali - Amministratori - Responsabilità - In genere continuazione della gestione in presenza di una causa di scioglimento della società - Perdita del capitale sociale - Successivo fallimento della società - Azione del curatore ex art. 146 l.fall. - Criteri per la liquidazione del danno

In ipotesi di azione ex art. 146 l.fall. nei confronti dell'amministratore, ed ai fini della liquidazione del danno cagionato da quest'ultimo per aver proseguito l'attività ricorrendo abusivamente al credito pur in presenza di una causa di scioglimento della società, così violando l'obbligo di cui all'art. 2486 c.c., il giudice può avvalersi in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del

capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali, a condizione che tale utilizzo sia congruente con le circostanze del caso concreto e che, quindi, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato ed abbia specificato le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla sua condotta. (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO MILANO, 07/10/2011)

Cass. civ. Sez. I Sent., 11/11/2010, n. 22911 (rv. 614695)

Casana c. Alpi Assic. S.p.A. in Lca e altri

SOCIETA' Amministratori (azione di responsabilità contro gli) Società per azioni

SOCIETÀ - Di capitali - Società per azioni - Organi sociali - In genere - Amministratori e sindaci - Azione sociale per i danni cagionati alla società - Natura contrattuale - Conseguenze in ordine all'onere della prova

La natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci verso la società comporta che questa ha soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti. (Rigetta, App. Milano, 11/06/2004)

LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NELLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ CONTRO GLI AMMINISTRATORI - IL COMMENTO

di Giovanni Carmellino(*)

Tribunale Milano, 14 luglio 2017

Tribunale Milano, 02 agosto 2017

Cass. civ. Sez. I Sent., 20 aprile 2017, n. 9983

Cass. civ. Sez. III, 19 dicembre 2016, n. 26113

Il lavoro si propone di analizzare le relazioni tra i decisa in commento, apparentemente disgiunti, nella prospettiva delle azioni risarcitorie e delle obbligazioni solidali, filtrati dalla operabilità della disciplina prevista nell'art. 2394 c.c.

anche alle S.r.l. in tema di transazione pro quota intervenuta tra la società e l'amministratore convenuto in giudizio.

Sommario: I casi - La non contestazione alla prova della allegazione della curatela - Della transazione pro quota nelle obbligazioni solidali di fonte risarcitoria - Sulla applicabilità alla S.r.l. della norma prevista in tema di S.p.a. - Sul criterio di quantificazione del danno - Il provvedimento lombardo - Il "revirement" della Cassazione - Conclusioni

I casi

Potremmo guardare ai fatti di causa posti alla base delle decisioni in rassegna come a un racconto, una prosa caratterizzata da una intelligibile linearità sistematica data dalla interazione dei principi del diritto civile, del diritto societario, del diritto della crisi di impresa, e del diritto processuale civile da esse espressi, non fosse altro che l'esposizione analitica avrebbe la impudenza di sacrificare spazio all'analisi delle numerose e significative dinamiche giuridiche meritevoli di attenzione in questa sede.

Si badi: la linearità del racconto sembrerebbe interrompersi proprio nell'epilogo, là dove paiono aprirsi finali alternativi, delle sliding doors varcata una delle quali viene rivelato al protagonista un destino differente(1).

Dunque, il racconto è il seguente.

Gli amministratori di società di capitali convenuti in responsabilità da parte del curatore, sia che si tratti di azione sociale ai sensi dell'art. 2932 c.c., sia che si tratti di azione dei creditori ex art. 2934 c.c., là dove si dimostri una assenza di documentazione contabile completa, sono chiamati a risarcire il danno che sia diretta conseguenza di fatti invero allegati dal curatore, fatti che, in mancanza di specifica contestazione, devono essere espunti dal thema probandum (Trib. Milano 14 luglio 2017). L'eventualità che intervenga, nelle more del processo, una transazione pro-quota con uno dei componenti dell'organo gestorio non consente agli altri di profittarne ai sensi dell'art. 1304 c.c., riferendosi la norma unicamente alla transazione dell'intero quantum debeatur (Trib. Milano 14 luglio 2017), tant'è che quello residuo gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato dal condebitore che ha transatto solo nella ipotesi di versamento di una somma pari o superiore alla sua quota ideale; se, invece, il pagamento sia inferiore, il debito residuo deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto (Cass. 19 dicembre 2016, n. 26113). La transazione così intervenuta mette a tacere tanto l'azione

di responsabilità sociale, quanto la proposizione o la prosecuzione di quella dei creditori sociali, anche se il protagonista è il curatore del fallimento di una società a responsabilità limitata (Trib. Milano 2 agosto 2017).

La scena finale della quantificazione del danno, invece, sembrerebbe cambiare a seconda che siano le porte del merito o della legittimità ad essere aperte: nel primo caso, l'assenza di documentazione contabile, che impedisce al curatore di ricostruire l'aggravamento del passivo, sembrerebbe imporre l'utilizzo del criterio equitativo del deficit fallimentare (Trib. Milano 14 luglio 2017); nel secondo, forse in ragione del fatto che nel caso di specie ad essere violata sia stata la norma dell'art. 2486 c.c., l'incompletezza documentale consentirebbe al giudice di ricorrere al diverso, ma sempre equitativo, criterio della differenza dei netti patrimoniali (Cass. 20 aprile 2017, n. 9983).

Sembrerebbe generarsi così un relativismo delle interpretazioni che non può che essere riletto, da una parte, alla luce dei temi portati dalle decisioni in rassegna, e, dall'altra, nella obbligata ottica del formante dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato la materia della quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità proposte ai danni degli amministratori di società di capitali.

La non contestazione alla prova della allegazione della curatela

Il primo provvedimento meneghino in commento si lascia apprezzare per la chiara consapevolezza, da parte dell'estensore, dell'unico, sebbene rilevante⁽²⁾, effetto della non contestazione specifica dei fatti allegati: ai sensi dell'art. 115 c.p.c. la mancata presa di posizione nel senso della contestazione specifica del fatto produce come conseguenza che esso non richiede più ulteriore dimostrazione⁽³⁾, al modo di una *relevatio ab obere probandi* in favore della parte che li abbia allegati⁽⁴⁾.

Il ragionamento dell'organo giudicante prende le mosse dagli insegnamenti di quella giurisprudenza di legittimità⁽⁵⁾, poi confluiti nella norma dell'art. 115 c.p.c.⁽⁶⁾, secondo i quali il fatto pacifico può essere ricavato dalla linea difensiva impostata su argomentazioni e circostanze incompatibili con la sua negazione⁽⁷⁾, anche attraverso la valutazione del comportamento extraprocessuale e processuale⁽⁸⁾, potendo essere esclusa solo in caso di contestazione chiara e specifica⁽⁹⁾. Ancora, il tratto motivazionale in rassegna si va ad interfacciare in maniera simbiotica con altre linee della giurisprudenza di legittimità, per vero pronunciatesi nella materia del criterio di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità degli amministratori e che sarà oggetto di approfondimento infra, che vogliono l'utilizzo del criterio residuale del deficit fallimentare solo là dove specifiche condotte vengano allegare dalla curatela⁽¹⁰⁾, non tollerando la dinamica allegativa interventi d'ufficio⁽¹¹⁾. D'altronde, dell'onere di allegazione dei fatti quale condizione imprescindibile della operabilità dell'effetto della non contestazione, oltre che nell'art. 2967 c.c.⁽¹²⁾, si rinvergono delle tracce fresche nei Repertori di merito, tant'è che la parte che lo invoca deve per prima

aver ottemperato all'onere processuale a suo carico di compiere una puntuale allegazione dei fatti di causa, in merito ai quali l'altra parte è tenuta a prendere posizione⁽¹³⁾, connotata anch'essa da precisione e specificità, in assenza delle quali il fatto resta estraneo dal potere di contestazione, atteso il collegamento con quello di allegazione, di cui costituisce il riflesso processuale⁽¹⁴⁾.

Nel caso che ci occupa, i fatti stralciati dal thema probandum in ragione della mancata contestazione da parte degli amministratori convenuti in responsabilità si riferiscono, in primo luogo, ad alcuni prelievi di somme di denaro, prelievi definiti dall'avversa difesa solo come "irrilevanti", sostanziando siffatta condotta, all'evidenza, quell'argomento incompatibile con la negazione del rimprovero addebitatogli; stralcio di poi confermato dalla applicazione della pena, ex art. 444 c.p.p., per imputazione penale di tali episodi distrattivi⁽¹⁵⁾; in secondo luogo, il curatore addebita al gestore la condotta di aggravamento del dissesto con conseguente perdita del capitale: anche sul punto, il magistrato ha ritenuto non necessaria la dimostrazione alcuna della fondatezza del rimprovero di indebita prosecuzione dell'attività sociale in situazione rilevante ex art. 2482 ter c.c. in ragione della contestazione generica della sola relazione del curatore. Si anticipa in proposito, però, che per quanto si vedrà in ordine alla determinazione del quantum risarcitorio, un conto è utilizzare il criterio di non contestazione sui fatti allegati, ma altro conto è trarne le conseguenze in termini di determinazione del danno addebitato, e ciò soprattutto se si guarda alla condotta di continuazione della attività di impresa in presenza di una causa di liquidazione che, trattandosi di fatto, è soggetto sì all'onere di contestazione, ma che non comporta per ciò solo, l'inadempimento di siffatto onere, la disapplicazione della regola scolpita dall'art. 2697 c.c. sul punto.

Come infra si argomenterà, il salvacondotto reso dai criteri equitativi abbisogna di validi canoni riequilibratori del livello probatorio e correttivi delle conseguenze derivanti dalla mera allegazione del fatto da parte del curatore.

Inoltre bisogna ricordare che la non contestazione non vincola affatto il giudice, non tanto (e non solo) perché questi può decidere in iure⁽¹⁶⁾, ma soprattutto perché il fatto non contestato non lo si deve reputare per ciò solo provato⁽¹⁷⁾: quel fatto deve intendersi accaduto nei limiti esposti dall'attore e non negati dal convenuto⁽¹⁸⁾. Ancora, l'onere di contestazione è chiamato ad operare soltanto con riferimento ai fatti che rientrano nella sfera di competenza di chi è chiamato a negarne l'esistenza⁽¹⁹⁾.

Se si scorre la prosa motivazionale del provvedimento in commento ci si avvede con immediatezza dell'applicazione di siffatti principi: sebbene agli amministratori siano stati addebitati anche inadempimenti relativi alla corretta tenuta della contabilità e il ricorso abusivo al credito, ugualmente non contestati, il giudice, in onore del principio dispositivo, ne ha dichiarato invero la infondatezza in ragione della mancata allegazione di uno specifico pregiudizio al patrimonio sociale ovvero al ceto creditorio, non risultando sufficiente la mera affermazione della curatela.

Della transazione pro quota nelle obbligazioni solidali di fonte risarcitoria

Una medesima linearità di metodo redazionale e motivazionale si può apprezzare anche nella prospettiva delle obbligazioni solidali dal lato passivo, e in particolare in quella dinamica innervata nell'art. 1304 c.c. secondo il quale la "transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare"(20).

Sul punto, infatti, il primo dei provvedimenti meneghini, pronunciato come detto nella materia della responsabilità degli amministratori di società di capitali, si incastra senza forzature nei dicta del giudice di legittimità del 2016(21), spesosi nella ricostruzione dei principi della materia in una dinamica fattuale, sempre risarcitoria, ma relativa a una responsabilità medica.

Per sommi capi, in sintonia degli insegnamenti della migliore giurisprudenza di legittimità(22), la responsabilità risarcitoria sostanzia una obbligazione solidale passiva che, come tale, si rende destinataria del comparto disciplinare previsto dall'art. 1304 c.c. dettato in tema di transazione(23), a meno ci si trovi di fronte a un accordo stipulato da uno dei coobbligati pro quota: in tal caso, riferendosi unicamente la norma alla transazione che abbia ad oggetto l'intero debito(24), gli altri coobbligati non possono dichiarare di volerne profittare, bensì beneficeranno solo della riduzione del debito su di loro gravante in misura corrispondente all'importo pagato dal transigente se questi abbia versato una somma pari o superiore alla sua quota; diversamente, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto se il pagamento sia stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo a chi ha raggiunto l'accordo(25). La S.C. si esprime in questo senso a ragione veduta, stante la preoccupazione a che la transazione parziale possa comportare un ingiustificato arricchimento per il creditore e un pregiudizio per i consorti(26), non fosse altro che la qualificazione dell'accordo nell'uno o nell'altro senso pone spesso un delicato problema interpretativo da sciogliere con il ricorso alle norme di cui all'art. 1304 c.c.(27).

Rimane invero il dato di fondo della estinzione del vincolo solidale passivo relativamente alla quota di pertinenza del debitore contraente, condiviso espressamente dal provvedimento milanese, e che rappresenta diretta applicazione del principio di autonomia negoziale spendibile anche nelle ipotesi, come quelle in commento, di matrice risarcitoria(28), non essendosi peraltro di fronte ad obbligazioni contratte nel solo interesse di uno dei condebitori, ipotesi per le quali la giurisprudenza ne esclude la operabilità(29). È proprio l'autonomia privata, del resto, a consentire al creditore di scegliere di liberare il solo condebitore stipulante l'obbligazione solidale, che remunera siffatto scioglimento, molto spesso, con la rinuncia ad avvalersi delle eccezioni a lui opponibili, non risentendo così della insolvenza dei litisconsorti(30).

Pertanto, proprio perché nelle obbligazioni solidali vige il principio di estensione ai condebitori dei soli effetti favorevoli, non già di quelli sfavorevoli⁽³¹⁾, la transazione pro quota, in quanto tesa a determinare, come detto, lo scioglimento della solidarietà passiva solo rispetto al debitore che vi aderisce, non coinvolge gli altri coobbligati, i quali nessun titolo avrebbero per profittarne⁽³²⁾; pur tuttavia, la spiegazione della esclusione della possibilità, da parte dei condebitori, di profittare della transazione pro quota va rinvenuta proprio nella automatica esplicazione dei suoi effetti in favore degli altri senza il bisogno di una loro adesione, essendo un tale automatismo giustificato dal fatto che gli effetti riflessi che la transazione produce vengono determinati in modo tale che i loro interessi non possano essere pregiudicati⁽³³⁾.

Ciò posto, una tale costruzione sembrerebbe allinearsi, con più di qualche forzatura, anche alla disciplina prevista in tema di contratto a favore di terzi, e che vuole, da una parte, la sussistenza di un interesse dello stipulante, e, dall'altra, l'acquisto del diritto in capo al terzo per effetto immediato della stipulazione⁽³⁴⁾. Va tuttavia segnalato che, nelle dinamiche fattuali che ci occupano, se possiamo affermare con relativo margine di certezza l'automatismo dell'effetto favorevole della riduzione del debito sulle quote degli altri condebitori, altrettanto non possiamo argomentare né in ordine alla qualificazione della transazione pro quota come contratto a favore di terzi, né, soprattutto, in ordine alla esistenza di un interesse dello stipulante, in ragione proprio del "palco" processuale in cui (e per cui) va in scena la stipulazione, all'evidenza rivolta al solo fine di tacitare la lite (con il curatore o con i danneggiati), e a meno che quest'interesse possa sostanziare uno di quelli richiesti dalla norma dell'art. 1411 c.c.

Sul punto, infine, non si nasconde che le soluzioni adottate dai provvedimenti, come peraltro già segnalato da autorevole dottrina⁽³⁵⁾, continuano a lasciare delle questioni aperte: oltre alla non univocità dei criteri per determinare l'oggetto della transazione (questione, come sopra segnalato, risolvibile attraverso l'applicazione delle norme della interpretazione dei contratti), non sembrerebbe chiaro se si possa o meno escludere l'azione in regresso del condebitore stipulante ove il sacrificio da lui affrontato per ottenere la liberazione ecceda la sua quota. Non solo: sullo sfondo si continua a percepire ancora una eco dissonante rispetto alla conclusione della riduzione del debito degli altri condebitori della maggior misura solo quando il transigente paghi, appunto, una somma maggiore rispetto alla sua quota ideale, e che muove, al contrario, dal ragionamento secondo il quale la transazione pro quota determina sempre la riduzione della obbligazione degli altri condebitori di una percentuale pari al valore della quota oggetto della transazione, a nulla rilevando ciò che il transigente si obbligato a pagare in relazione alla sua quota⁽³⁶⁾; ciò perché, sembrerebbe, quando si discorre di quota ideale non si chiarisce se vada riferito alla quota pretesa dal creditore nei confronti del debitore con cui poi transige, o alla quota che risulta effettivamente dovuta da questi in seguito all'accertamento operato in sede di giudizio nei confronti degli altri condebitori, non potendosi quindi porre un problema di arricchimento ingiustificato del creditore⁽³⁷⁾.

Su questi interessanti temi, dunque, allo stato si può solo teorizzare, avendo esplorato, i provvedimenti in commento, solo la fase della dinamica transattiva conclusiva dei relativi giudizi, non già quella eventuale dell'azione di regresso.

Sulla applicabilità alla S.r.l. della norma prevista in tema di S.p.a.

Sul punto poche, centrali, righe.

Il secondo provvedimento lombardo in commento si allinea, sebbene in senso negativo per la curatela attrice, alla giurisprudenza delle Sezioni Unite pronunciatasi sul tema dell'ammissibilità, in sede fallimentare, dell'esercizio dell'azione dei creditori sociali di S.r.l.(38).

Il ragionamento, peraltro, appare decisamente lineare, incontrando una apprezzabile condivisione.

L'azione di responsabilità dei creditori sociali esercitata ai sensi dell'art. 146 l.fall. dal curatore è regolata, anche per il tipo sociale a responsabilità limitata, dalla disciplina di cui all'art. 2394 c.c., disciplina che, sebbene dettata espressamente per le società per azioni, deve intendersi ribaltabile in via di interpretazione sistematica alle S.r.l., con la conseguenza dell'applicabilità anche del suo comma 3, secondo cui l'intervenuta transazione tra la società e uno dei convenuti in responsabilità determina la chiusura del processo nei confronti di quest'ultimo, potendo la stessa essere impugnata dai creditori sociali solo con l'azione revocatoria.

Il tema, fin dall'entrata in vigore della riforma del diritto societario, è stato oggetto di un vivo dibattito incentrato sulla permanenza o meno, in capo al curatore, della legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità dei creditori nei confronti degli amministratori della società a responsabilità limitata(39), a cagione del fatto che, come si è visto, un'azione di tal fatta non è presente nella norma dell'art. 2476 c.c., ove, accanto all'azione sociale, si contempla solo l'azione individuale del socio e del terzo, costruita sulla falsariga dell'art. 2395 c.c.(40).

Il decisum in rassegna dunque conferma quanto già sostenuto in altre sedi a proposito dell'evidente (ma involontario) difetto di coordinamento costituito dalla mancata riproposizione del contenuto dell'art. 2394 c.c. nella norma dettata in tema di S.r.l., difetto emendabile in via interpretativa(41).

D'altronde, la chiara discrasia sistematica creatasi tra i creditori di società a responsabilità limitata e quelli di società per azioni, pure a fronte di una medesima società (pur sempre) di capitali, ha avuto il demerito di provocare non pochi imbarazzi, risospinti, da una parte, dalla problematica del downgrade del controllo sulla gestione nel tipo sociale di cui in parola(42), e, dall'altra, dalla possibilità di costituzione di società a responsabilità limitata semplificata(43): un creditore di società a responsabilità limitata, sottocapitalizzata e "sotto-controllata", nemmeno avrebbe la prerogativa principe, in presenza di palesi inosservanze degli obblighi inerenti alla

conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, di convenire in giudizio gli amministratori che in quelle violazioni sono incorsi, e sebbene quello della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale rappresenti un principio di generale applicazione, sia nell'uno tipo sociale, che nell'altro(44).

In sostegno della soluzione accolta dal provvedimento in commento, poi, si è espresso anche il disegno di legge recante la "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" - basato sui lavori della Commissione presieduta da Renato Rordorf -, quando, all'art. 13, comma 1, lett. a), ha chiarito l'applicabilità dell'art. 2394 c.c. alla S.r.l.

Sul criterio di quantificazione del danno

Quello della responsabilità degli amministratori continua a rappresentare un tema di considerevole interesse e di centrale attualità, e se un apprezzabile studio si rinviene a proposito della ricostruzione delle dinamiche comportamentali degli organi di governo dell'impresa societaria a fronte dei primi segnali rilevatori di un dissesto imprenditoriale(45), un profondo sforzo interpretativo si osserva anche nel panorama della individuazione dei criteri di quantificazione del danno là dove il curatore, in assenza di scritture contabili, abbia invero visto accogliere un'azione ex art. 146 l.fall. nella parte relativa all'an debeat(46).

Ed è forse proprio siffatto sforzo ricostruttivo a porsi alla base delle soluzioni, all'apparenza asimmetriche, rese dai provvedimenti che si andranno a commentare, avendo in effetti fatto applicazione, pure a fronte della stessa dinamica omissiva, di distinti parametri di misurazione.

Il provvedimento lombardo

Il primo finale alternativo è inscenato dai giudici meneghini i quali, ai fini della quantificazione del danno derivante da mala gestio dell'amministratore, in assenza di precisi riscontri date le carenze di documentazione contabile, condanno in via equitativa i convenuti al pagamento di una somma di denaro in misura pari all'ammontare dei debiti ammessi al passivo e aventi origine nell'esercizio di riferimento delle condotte allegate.

Si vede bene come il dictum in esame segua la scia lasciata dal passaggio delle Sezioni Unite(47) che, sul tema, si erano espresse nel senso secondo il quale il criterio della differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, al fine della individuazione e della liquidazione del danno risarcibile dall'amministratore convenuto in un giudizio di responsabilità promosso dal curatore, può essere utilizzato soltanto in via equitativa, e là dove siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta del gestore(48).

In buona sostanza si attribuisce agli organi sociali lo sbilancio tra il passivo e l'attivo fallimentare(49).

Del fatto che questi insegnamenti fossero poi destinati a rimanere aggrappati alle toghe del merito se ne era già parlato nella dottrina(50), tanto è vero che anche nella sede commentata si conferma come non sia più il fatto stesso del dissesto ad assumere le vesti di condotta pregiudizievole tale da inglobare i singoli fatti censurabili, non giustificando comunque, la eventuale impossibilità di stabilire ciò di cui gli organi della società possono essersi resi responsabili, la proposizione alla cieca di un'azione di responsabilità, e tanto meno il conseguente addebito di un deficit patrimoniale(51).

Al contrario, come sopra segnalato in occasione della parte relativa alla non contestazione, il curatore avrebbe allegato delle specifiche condotte che hanno permesso ai magistrati di fare applicazione del criterio equitativo in esame, in ragione del fatto che la mancata redazione o la mancata conservazione delle scritture contabili, fatti invero assai gravi, non sono di per sé generatori di danno(52); ed proprio questo il motivo per il quale il provvedimento in commento si lascia apprezzare, giacché trattasi di una dinamica in cui sono state allegate e provate condotte gestorie tali da poter essere considerate presuntivamente, o almeno ragionevolmente, determinanti una perdita patrimoniale di entità commisurabile al delta negativo accertato(53). Ciò con buona pace delle preoccupazioni di quanti(54) sostenevano (e sostengono) che all'automatica applicazione del criterio a causa della impossibilità di ricostruire gli eventi gestione per assenza di adeguata documentazione potesse conseguire una inversione dell'onere della prova(55): in effetti, sebbene nel caso di specie ci si trovasse di fronte alla violazione di obblighi specifici, e per i quali la prova del danno sarebbe in re ipsa(56), il provvedimento milanese ha adeguatamente motivato le ragioni del ricorso al criterio del deficit fallimentare.

Va invero segnalato come il criterio in commento sia comunque ancora oggetto di aspre critiche, risultando per alcuni estraneo al dinamismo dell'impresa, incapace di fotografare con fedeltà le reali vicende dell'ente societario(57), approssimativo(58), vago(59) e idoneo a dar luogo a equivoci per eccesso e per difetto: per eccesso perché si baserebbe sulla differenza tra due valori accertati con efficacia meramente endofallimentare(60); per difetto perché mirerebbe solo al ristoro dei creditori concorsuali, trascurando che la responsabilità è volta a risarcire anche la società(61).

Altresì, come detto sopra, e al di là dei provvedimenti commentati, la mancata individuazione di canoni riequilibratori della prova, a fronte della mera allegazione di una condotta solo presumibilmente dannosa, avrebbe come conseguenza quella del ricorso al criterio equitativo in parola de plano, senza che il quantum risarcitorio venga riferito cioè a prove di altro tenore.

Non solo. In relazione con quanto detto a proposito della disciplina della non contestazione, stante l'onere di allegazione del curatore, l'applicazione indiscriminata e rigorosa del criterio avrebbe il rischio di creare il paradosso in cui, ove i convenuti restassero contumaci, non istaurandosi il contraddittorio, non si potrebbe fare luogo alla liquidazione equitativa, al contrario della ipotesi degli amministratori costituiti, in cui l'attore (come nella fattispecie in analisi) fruisce della *relevatio ab onere probandi* ai sensi dell'art. 115 c.p.c.(62).

Di tal ch , il criterio del deficit parrebbe utilizzabile tanto in quelle situazioni in cui non   possibile ricostruire (appunto per mancanza di contabilit ) la movimentazione degli affari dell'impresa, quanto in quelle nelle quali la curatela sia in grado di dimostrare che il dissesto sia stato cagionato da una sistematica attivit  distrattiva da parte degli amministratori(63).

Onori e oneri.

Il "revirement" della Cassazione

Il provvedimento della Corte(64), al contrario, con una motivazione *tranchant* sul punto, sostiene che per liquidare il danno derivante da una gestione della societ  condotta in spregio dell'obbligo di cui all'art. 2449 c.c. (vecchio testo), ovvero dell'attuale 2486 c.c., il giudice pu  ricorrere, in via equitativa, nel caso di impossibilit  di una ricostruzione analitica dovuta alla incompletezza dei dati contabili, o alla notevole anteriorit  della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, al criterio dei netti patrimoniali, a condizione che sia congruente con le circostanze del caso concreto, e che sia stato dall'attore allegato un inadempimento astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato(65).

Il *fil rouge* che lega i due provvedimenti sembrerebbe essere rappresentato dal brocardo *iudex iuxta alligata iudicare debet*; non parrebbero scorgersi altre comunanze.

Il criterio riproposto dal provvedimento in commento, dunque, va ad allacciare la liquidazione del danno, una volta intervenuto il fallimento della societ , alla misura del differenziale tra il saldo del patrimonio netto risultante dal bilancio nel momento in cui l'amministratore convenuto acquisisce la consapevolezza del dissesto (anteriore alla condotta vietata), e quello alla data della dichiarazione di fallimento(66): si vuole rendere i gestori responsabili per aver proseguito l'ordinario esercizio dell'attivit  d'impresa, invece di assumere tempestivamente le iniziative stabilite dalla legge nel momento in cui si sia verificata una causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 c.c., di solito rappresentata dalla perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2447 e 2482 c.c., e di aver posto in essere le attivit  di cui all'art. 2486 c.c.(67); secondo questa lettura, il curatore che volesse esperire un'azione di responsabilit  per violazione dei detti obblighi, ha l'onere allegare l'esistenza di una attivit  gestionale estranea alla

logica meramente conservativa successiva alla registrazione di perdite di esercizio(68).

Siffatto metodo, condiviso anche da alcune pronunce di merito(69), imputa dunque il danno risarcibile al minor valore del patrimonio sociale e, complessivamente, della garanzia patrimoniale dei creditori, potendo essere quantificato nella differenza di patrimonio della società tra il momento del verificarsi della causa di scioglimento e quello della data di fallimento(70), e ha il pregio di avere la consapevolezza dell'esistenza, nella dinamica sociale, di un momento in cui la prospettiva di continuità gestionale viene meno a causa della perdita del capitale sociale e dell'insorgere dell'insolvenza: il contesto non è più quello, quindi, in cui gli amministratori possono liberamente determinare gli obiettivi da conseguire nell'ottica del perseguimento del profitto, bensì quello in cui debbono gestire l'immediato in modo da conservare la virtualità del patrimonio aziendale nell'ottica di una futura liquidazione, e ciò in favore non già solo dei soci, bensì dei creditori sociali(71).

Ciò nondimeno, in ragione del corretto rilievo per cui non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi di una causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell'attività, potendo in parte prodursi a prescindere, anche in pendenza della liquidazione o durante il fallimento per il solo fatto della svalutazione dei cespiti aziendali in ragione del venir meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa(72), nella giurisprudenza di merito sono invalse delle prassi correttive del criterio in parola(73): prima di imputare l'incremento della perdita agli amministratori si dovrebbe accertare, sulla base di un giudizio ipotetico, se ed in che misura l'adozione di una condotta conforme alle norme avrebbe evitato il decremento o l'intera misura dello stesso, ovvero se questo si sarebbe prodotto in ogni caso(74). In sintonia con tali affermazioni si è sostenuto che, allo stesso modo, una maggior perdita di gestione può essere frutto dell'esito del tutto incolpevole della condotta degli amministratori, i quali anche in una situazione di liquidazione, ed anzi, proprio al fine di liquidare il patrimonio conservandone il valore, possono essere costretti a mantenere costi fissi, e talvolta ad affrontarne di nuovi per evitare pregiudizi maggiori(75), con la conseguenza della inadeguatezza del principio dei "netti patrimoniali"(76), in quanto non attingente il danno effettivo(77).

Anche sul punto va segnalato che, da una parte, la mera allegazione del fatto della diminuzione o della eliminazione della misura della perdita di fronte all'adozione di una condotta conforme alle norme, e, dall'altra, la non contestazione del convenuto, non sembrerebbero essere sufficienti a giustificare il ricorso anche al secondo criterio in assenza di prove di altro tenore sotto il profilo del quantum risarcitorio.

Conclusioni

In occasione della introduzione della tematica dei criteri di liquidazione del danno si è volutamente discusso di "apparente asimmetria" tra le soluzioni dei provvedimenti,

dal momento che, pure a fronte delle medesime situazioni di fatto, le due vicende avrebbero incrociato destini differenti. A ben guardare, così non è perché il danno liquidato dalla Corte è l'effetto non già della alterazione o della patologia delle scritture, di concerto con ben definite e allegare condotte illecite (dinamica all'attenzione del giudice meneghino), bensì promana dalla prosecuzione indebita dell'attività nonostante lo sfacelo economico e finanziario che una corretta rilevazione dei fatti di gestione avrebbe consentito di percepire e di impedire(78).

Non si vuole in questa sede prendere posizione sulla correttezza dell'un criterio piuttosto che dell'altro, tanto è vero che, come detto, quello dei netti patrimoniali sembra scontare la possibilità a che l'incremento delle perdite successive al verificarsi di una causa di scioglimento si verifichi per il solo fatto della svalutazione dei cespiti aziendali, in ragione del venire meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa(79), e se ne contesta la frizione con i principi generali che regolano la responsabilità civile(80); è pure vero che siffatte critiche, come segnalato da una parte della letteratura(81), hanno riguardato l'uso distorto del criterio medesimo, quale la rilevazione di partenza in modo diverso da quella finale (confrontando così valutazioni di going concern con quelle di liquidazione) e la mancata sterilizzazione dei costi dell'ineludibile gestione liquidatoria, disapplicando quindi i criteri di interpretazione ed integrazione, sul piano della tecnica, delle norme codicistiche, contenuti nel principio contabile OIC 5(82). Anche a proposito del criterio del deficit patrimoniale, del resto, non può negarsi come una sua indifferenziata accettazione, da un lato, produrrebbe una sostanziale traslazione del rischio di impresa sugli amministratori in caso di insolvenza, venendo ad assumere la responsabilità di costoro il ruolo di surrogato della responsabilità dei soci(83) e, dall'altro, striderebbe con la business judgement rule(84).

Sommessamente, soprattutto se ci si pone nella prospettiva dell'attualissima corrente delle azioni di responsabilità degli amministratori e dei sindaci per mancata attivazione di fronte ai segnali di crisi, e se si rispetta il rigido tracciato delle Sezioni Unite per il suo utilizzo, il criterio del deficit fallimentare credo possa rappresentare un valido alleato, quale prova diretta del danno arrecato, nel caso in cui sia accertato che gli amministratori, non necessariamente dopo la perdita del capitale sociale, abbiano, con atti per lo più configurabili come reato, o altre operazioni dolose, ovvero violando i doveri ad essi imposti dalla legge, determinato il dissesto della società(85); dinamica questa per vero lasciata in ombra dai provvedimenti in commento, nonostante l'esistenza in capo agli amministratori dei doveri di adottare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati (anche a gestire situazioni di crisi), e modelli di prevenzione dei reati ex D.Lgs. n. 231/2001(86).

Nel diverso caso in cui, invece, gli amministratori abbiano illegittimamente provocato non il dissesto della società, ma solo il suo aggravamento, il danno conseguentemente arrecato alla società andrebbe commisurato ai debiti sorti dopo, e più precisamente, ai

debiti che non sarebbero sorti se gli amministratori avessero, appunto, tempestivamente azionato le misure dovute in relazione al caso, oltre ai danni corrispondenti alla consolidazione di atti e di pagamenti derivanti dal ritardo con cui è stato dichiarato il fallimento(87).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Mutuando G. W. Leibniz, Scritti filosofici, Torino, 1967, I, passim.

(2) Da taluni correttamente considerato "per nulla insignificante" - M. Fabiani, Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria, in *Corr. giur.*, 2009, 1161.

(3) Cass. 17 giugno 2016, n. 12517, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce Prova civile in genere, n. 30; Id., 3 maggio 2016, n. 8647, *ibid.*, voce cit., n. 30.

(4) In questo senso L.P. Comoglio, Fatti non contestati e poteri del giudice, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1045; v. pure A. Tedoldi, La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., in *Riv. proc. civ.*, 2011, 76. Critico a proposito del principio di non contestazione M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 169. Sull'istituto in generale si vedano, in luogo di altri, visto il fecondo terreno scientifico di analisi, L.P. Comoglio, "Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 131; A. Carratta, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995; B. Cavallone, In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo), in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1; G.F. Ricci, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 41; N. Rascio, La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scari e perciò da rinfoltire, in *Corriere giur.*, 2010, 1243; G. Vanacore, Non contestazione: quando il non dire equivale (quasi) al dire, in *Resp. civ.*, 2010, 6; C.M. Cea, Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche, in *Foro it.*, 2006, I, 1873; A. Proto Pisani, Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena, *ibid.*, 3143.

(5) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019, con nota di C.M. Cea, Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite; v. pure A. Proto Pisani, Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile, *id.*, 2003, I, 604.

(6) In seguito alla L. n. 59 del 2009, infatti, la disposizione dell'art. 115 c.p.c. è stata integrata del dovere, in capo, al giudice, di porre a fondamento della decisione, insieme alle prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero, anche i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita (inter alia cfr. S. Del Core, Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi, in *Giust. civ.*, 2009, II, 280; R. Giordano - A. Lombardi, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, 168; B. Sassani - R. Tiscini, *Prime osservazioni sulla*

legge 18 giugno 2009 n. 69, in www.judicium.it; E. De Roma, Il principio di non contestazione assume valenza generale, in *Corr. trib.*, 2009, 2683; I. Pagni, La "Riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado, in *Corr. giur.*, 2009, 1309).

(7) Al contrario, secondo V. Battaglia, Sull'onere del convenuto di "prendere posizione" in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova), in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512, il silenzio non sarebbe idoneo a sostanziare una non contestazione specifica, non emergendo in modo chiaro e univoco la volontà della parte di esonerare l'avversario dall'onere della prova.

(8) Cass. 16 novembre 2012, n. 20211, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce Prova civile in genere, n. 11; Id., 29 gennaio 2013, n. 2071, id., Rep. 2013, voce Notaio, n. 73; Trib. Monza 30 novembre 2015, in *Giur. it.*, 2016, 357. Più di recente Trib. Lecce 5 giugno 2017, inedita, per il quale il principio di non contestazione deve intendersi come onere di contestazione tempestiva dei fatti ex adverso dedotti; corollario di tale principio è la non necessità di prova degli stessi, in quanto imposti al giudice come fatti pacifici (che deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e deve, perciò, ritenere la circostanza in questione sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo in concreto spiegato espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti - così Trib. Ancona 28 aprile 2017, inedita; Trib. Roma 4 aprile 2017, inedita).

(9) Trib. Firenze 22 marzo 2017, inedita.

(10) Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, 9100, in *Fall.*, 2015, 939, con osservazioni, si vis, di G. Carmellino, Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite.

(11) Essendo precluso al giudice di introdurre nel processo fatti non dedotti dai contendenti (così G.F. Ricci, Questioni controverse in tema di onere della prova, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 321).

(12) Secondo la regola *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

(13) Trib. Firenze 8 febbraio 2017, inedita.

(14) App. Lecce - Taranto 27 ottobre 2016, inedita; Cass. 19 ottobre 2016, n. 21096, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce Prova civile in genere n. 21; Cass. 17 febbraio 2016, n. 3023, *ibid.*, voce cit., n. 20; Trib. Milano 1° luglio 2015, in *Famiglia e dir.*, 2016, 692; Cass. 18 maggio 2011, n. 10860, in *Giur. it.*, 2012, 1, con nota di G. Frus, Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione; in dottrina, nello stesso senso, F. De Santis, Istruttoria prefallimentare ed onere della prova, in *Fall.*, 2009, 1141; M. Mocci, Principio del contraddittorio e non contestazione, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 316.

(15) Sentenza del giudice penale che costituisce indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito (cfr., citata pure in motivazione, Cass. 24 maggio 2017, n. 13034, in Mass. Giust. civ., 2017).

(16) M. Fabiani, Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria, cit., 1161.

(17) Tanto è vero che non è da considerare come un fatto pacifico in senso stretto poiché altre prove acquisite al processo potrebbero smentirlo ed allora il giudice si dovrebbe comunque porre il problema di valutare il fatto non contestato alla luce delle altre emergenze probatorie (così M. Fabiani, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato, in Corr. giur., 2003, 1335).

(18) Sul rapporto tra la contumacia e l'istituto della non constatazione v. S. Alunni, Il più probabile che non e la contumacia come non contestazione, in Giur. it., 2016, 357; M.F. Ghirga, Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio, in Riv. dir. proc., 2017, 234.

(19) I. Pagni, L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c., in Giur. it., 2011, 1.

(20) In generale, cfr. U. Salvestroni, Solidarietà d'interessi e d'obbligazione, Padova, 1974; P. Rescigno, voce Obbligazioni, in Enciclopedia del diritto, XXIX, Milano, 1979, 33; A. Di Majo, Delle obbligazioni in generale, in V. Scialoja - G. Branca (a cura di), F. Galgano (diretto da), Commentario del codice civile, Bologna - Roma, 1988, 271; C. A. Cannata, Le obbligazioni in generale, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, 9, Torino, 1984, 3; P. Melucci, La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano, Torino, 1884; M. Ticozzi, Le obbligazioni solidali, Padova, 2001; M. Costanza, Obbligazioni solidali e transazione, Milano, 1978; G. Cerdonio Chiaromonte, Transazione e solidarietà, Padova, 2002; E. Del Prato, Sulla transazione del debitore in solido, in Riv. dir. priv., 2009, 58.

(21) Che può leggersi anche in Foro it., 2017, 3, I, 913.

(22) Cass., SS.UU., 30 dicembre 2011, n. 30174, in Foro it., 2012, I, 1822, pronunciata sulla ordinanza di rimessione n. 2346, del 1° febbraio 2011, in Corr. giur., 2011, 1509, con nota di G. Travaglini, Contrasti rimessi alle Sezioni Unite; da ultimo Cass. 17 novembre 2016, n. 23418, in Foro it., 2016, I, 3771.

(23) Soluzione peraltro differente da quella prevista in materia di novazione e remissione del debito, là dove l'effetto liberatorio è automatico e deve essere necessariamente espressa la facoltà di limitare i loro effetti alle sole parti interessate, preservando le proprie pretese nei confronti degli altri condebitori (sul punto v. F. Bottoni, Attività assicurativa, transazione e solidarietà nella recente prospettiva delle Sezioni unite, in Giur. it., 2012, 10).

(24) Posizione questa dominante sia in dottrina che in giurisprudenza (Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, in Foro it., 2012, I, 1477; Id., 3 marzo 2011, n. 5108, id., Rep. 2011, voce Cassazione civile, n. 82; Id., 8 luglio 2009, n. 16050, id., Rep. 2010, voce Società, n. 624; Id., 22 giugno 2009, n. 14550, id., Rep. 2009, voce Obbligazioni in genere, n. 70; Id., 17 gennaio 2008, n. 868, in Resp. civ., 2008, 277; Id., 27 marzo 2007, n. 7485, in Foro it., Rep. 2007, voce cit., n. 113; Id., 18 aprile 2006, n. 8946, ibid., voce cit., n. 95; Id., 27 marzo 1999, n. 2931, id., Rep. 1999, voce cit., n. 66; Id., 19 dicembre 1991, n. 13701, id., Rep. 1992, voce cit., n. 54; Id., 29 agosto 1990, n. 8957, id., voce Avvocato, n. 106).

(25) Sulla possibilità dei transigenti l'intero debito solidale di escludere negozialmente il diritto dei condebitori di volerne profittare v. G. Cerdonio Chiaromonte, Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto, in Nuova giur. civ. comm., 2012, 620; in senso negativo, rappresentando un diritto potestativo dei condebitori, C. D'Alessandro, Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne, in Giust. civ., 2012, 2168; V. Paternostro, Transazione pro quota e obbligazione solidale: la clausola che esclude l'approfittamento dei condebitori non stipulanti, in Contratti, 2012, 469; G. Travaglini, Transazioni e obbligazioni solidali, in Corr. mer., 2012, 3; in giurisprudenza, per l'orientamento che attribuisce ai transigenti il potere di escludere la "facoltà di profittare" degli altri condebitori, cfr. Cass. 19 aprile 1992, n. 4257, in Riv. not., 1992, 1580, Id., 24 aprile 2007, n. 9901, in Notariato, 2008, 515; Id., 3 marzo 2011, n. 5108, in Mass. Giust. civ., 2011; negano invece tale potere di esclusione Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, ivi, 2003; Id., 8 gennaio 1968, n. 24, in Giust. civ., 1968, I, 403; Id., 19 dicembre 1958, n. 3919, in Mass. Giust. civ., 1958.

(26) A. D'Adda, L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale, in Riv. dir. priv., 2007, 310; in senso contrario G. Cerdonio Chiaromonte, Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto, cit., 620, giacché uno scioglimento del vincolo solidale rispetto a un solo debitore, mantenendo il medesimo vincolo per gli altri, potrebbe essere realizzato solo con l'accordo di tutti i condebitori, e ciò in quanto tale scioglimento, rendendo completamente autonoma la posizione del condebitore transigente e facendo venir meno l'applicabilità delle regole del regime solidale, finirebbe per pregiudicare i debitori per i quali è mantenuta la solidarietà, e che non potrebbero più rivolgersi al transigente ai sensi dell'art. 1299, comma 2, c.c., per ripartire le perdite derivate dall'insolvenza di uno di loro.

(27) Esegesi a cui peraltro il provvedimento di legittimità in commento si associa per disattendere il ragionamento del giudice di secondo grado (sul riferimento all'interpretazione della transazione si veda F. Greco, La transazione pro quota: la clausola limitativa delle c.d. "facoltà di volersene avvalere" ed il criterio della riduzione del debito, in Giur. it., 2012, 12.

(28) A. D'Adda, L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale, in Riv. dir. priv., 2007, 310; M. Dellacasa, Transazione integrale vs. transazione esclusiva nelle obbligazioni solidali, in Riv. dir. civ., 2012, 431; in giurisprudenza, in senso conforme alla massima del primo dei tribunali meneghini in commento, v. Trib. Milano 3 ottobre 201, in Giur. it., 2012, 11; sulla transazione stipulata dal curatore della società fallita con i sindaci, responsabili per la mala gestione degli amministratori v. Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, cit.; in generale, per un itinerario giurisprudenziale relativo anche ai profili affrontati in questa sede, si veda amplius U. Macrì, La responsabilità dei sindaci nelle società di capitali, in questa Rivista, 2013, 1241; L. Pelle, Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, in questa Rivista, 2011, 1459; M. Spiotta, Responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata - Un ulteriore chiarimento sul contenuto ellittico dell'art. 2476 c.c., in Giur. it., 2016, 2656.

(29) Non essendo possibile differenziare in queste situazioni la quota del condebitore transigente da quella del consorte, ricadendo il peso dell'obbligazione solidale, nei rapporti interni, su uno solo dei due condebitori per l'intero ammontare del debito (così Cass., SS.UU., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit., 1822); in dottrina, sintonicamente, A. Riccio, Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili, in M. Franzoni (a cura di), Le obbligazioni, I, Torino, 2004, 1278; M. Franzoni, La transazione, Padova, 2001, 290.

(30) F. Greco, La transazione pro quota: la clausola limitativa delle c.d. "facoltà di volersene avvalere" ed il criterio della riduzione del debito, cit., 12.

(31) A. Chianale, voce Obbligazione, in Digesto civile, 1999, 351.

(32) A. Mendola, Transazione e obbligazioni solidali a solidarietà imperfetta o a interesse unisoggettivo, in Giur. it., 2017, 1545.

(33) Per questi rilievi M. Dellacasa, La transazione, o meglio "le transazioni" e le obbligazioni solidali: linee-guida delle Sezioni Unite, in Giust. civ., 2012, 2628.

(34) In dottrina, infatti, tra i contratti a favore di terzo si è soliti riferirsi al contratto preliminare di terzi, all'opzione a favore di terzo, all'accollo, alla somministrazione, al contratto di trasporto a favore di terzo, al deposito a favore di terzo (F. Angeloni, Contratto a favore di terzi, in F. Galgano (a cura di), Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 2004, 248), all'assicurazione sulla vita, ai contratti parasociali a favore della società (U. Majello, voce Contratto a favore di terzo, cit., 249), alla rendita vitalizia a favore di un terzo o all'assistenza medica a favore di un terzo (F. Messineo, voce Contratto nei rapporti col terzo, in Dig. disc. priv, sez. civ., Torino 1989, 207). V. A. Maniaci, Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?, in Contratti, 2006, 1151.

(35) A. Henke, I limiti soggettivi di efficacia della transazione, in Riv. dir. proc., 2015, 1029.

(36) Apparendo del tutto ingiustificata e frutto di un duplice equivoco l'idea che, invece, se il transigente che paga una somma maggiore rispetto alla sua quota ideale, il debito degli altri condebitori debba ridursi di quella maggior somma per evitare un arricchimento senza giusta causa del creditore (così G. Cerdonio Chiaromonte, Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto, cit., 620).

(37) Ancora G. Cerdonio Chiaromonte, Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto, cit., 620.

(38) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2017, n. 1641, in Fall., 2017, 660, con nota di L. Balestra, Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali.

(39) In dottrina, con ampi riferimenti, cfr. M.A. Lupoi, Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare. La legittimazione del curatore e la natura dell'azione, in L. Balestra (a cura di), Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, Milano, 2016, 358.

(40) Per la soluzione affermativa, sia pur sulla base di argomentazioni diversificate, cfr., tra le altre, Trib. Napoli 24 aprile 2004, in Foro it., I, 2007, 2262; Trib. Milano 10 ottobre 2007, in Giur. it., 2008, 2511; Trib. Roma 23 febbraio 2009, in Fall., 2010, 97; Trib. Padova 24 giugno 2009, id., 2010, 729; Trib. Vicenza 26 luglio 2010, id., 2010, 1399; Trib. Napoli 11 gennaio 2011, id., 2011, 510; Trib. Verona 3 agosto 2012, id., 2013, 344; per la soluzione negativa, inter alia, cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere 18 marzo 2005, id., 2006, 190; App. Napoli 28 giugno 2008, in Giur. mer., 2009, 2470; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi 3 novembre 2009, in Dir. fall., 2011, II, 113; Cass. 21 luglio 2010, n. 17121, in Foro it., Rep. 2011, voce Società, n. 607. La stessa questione è stata affrontata recentemente anche da Cass. 26 agosto 2016, n. 17359, in Fall., 2016, 1300, cui si deve l'ulteriore precisazione secondo cui, anche volendo ritenere che i creditori della S.r.l. siano stati privati dell'azione nei confronti degli amministratori, "rimarrebbe comunque esercitabile dal curatore fallimentare l'azione di responsabilità ex art. 2043 c.c.". V. pure Trib. Milano 18 gennaio 2011, in Giur. It., 2011, 1313, con nota di O. Cagnasso, Una "tappa" significativa della "marcia di avvicinamento" della s.r.l. alla s.p.a. Paiono dunque ormai superate le pronunce che l'avevano invece considerata una precisa scelta del legislatore (Trib. Torino 8 giugno 2011, id., 2012, 332, con nota di O. Cagnasso, Una giurisprudenza torinese in tema di responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali?) e quelle che avevano escluso in radice la legittimazione della società (cfr. Trib. Milano 2 novembre 2006, in Giur. it., 2007, 655 e Trib. Milano 12 aprile 2006, ivi, 2006, 2096, con nota critica di O. Cagnasso, Azione di responsabilità e s.r.l.: a legittimazione (anch'essa) limitata?).

- (41) Così M. Spiotta, Responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata - Un ulteriore chiarimento sul contenuto ellittico dell'art. 2476 c.c., cit., 2656.
- (42) F. Bava, I controlli legali nelle società di capitali alla luce del 'D.L. Semplificazioni', in *Fisco*, 2012, 18, 2745; L. De Angelis, Il collegio rimane obbligatorio nelle S.r.l. con ricavi e patrimonio netto superiori a un milione di euro, in questa Rivista, 2012, 41.
- (43) Recentemente v. F. Briolini, Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 144. Sul tema, anche: L. Salamone, Funzione del capitale e funzionamento del netto nella società a responsabilità limitata, oggi, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 14; I. Capeli - S. Patriarca (a cura di), *Il nuovo capitale sociale*, Milano, 2016; G.B. Fauceglia, Riflessioni in tema di nullità delle società di capitali e valutazione del conferimento del bene in natura, in questa Rivista, 2017, 993.
- (44) Di affrancazione del tipo di sociale a responsabilità limitata da quello per azioni parla G.M. Buta, I diritti di controllo del socio di s.r.l., in P. Abbadessa - G.B. Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, III, 586.
- (45) Da ultimo M. Mozzarelli, Attività di direzione e coordinamento e (insussistenza di) responsabilità per i debiti della controllata, in *Fall.*, 2016, 468; G. Montella, Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016, id, 2017, 111; S. Serafini, Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme, in questa Rivista, 2017, 226; G. Milano, La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni, *ibid.*, 88; F. Brizzi, Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi (Torino, 2015); A. Vicari, I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128; L. Stanghellini, Directors'Duties and the Optimal Timing of Insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate Rule", in P. Benazzo, M. Cera, S. Patriarca (diretto da), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011, 733; F. Brizzi, Finanziamenti dell'impresa in crisi e doveri gestori, in www.orizzontideldirittocommerciale.it; A. Munari, Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi, Torino, 2014; U. Tombari, Principi e problemi di "diritto societario della crisi", in *Riv. Società*, 2013, 1138; R. Rosapepe, Le responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa, in *Giur. comm.*, 2013, I, 896; R. Rordorf, Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi, in questa Rivista, 2013, 669; P. Piscitello, La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule, in *Riv. soc.*, 2012, 1167; C. Cavallini, Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte, in *Riv. soc.*, 2013, 762; M.P. Ferrari, Responsabilità degli

amministratori per prosecuzione dell'attività sociale, in questa Rivista, 2012, 268; F. Guerrera, Le competenze degli organi gestori nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, in Riv. Società, 2013, 1114; Id., Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi, in F. Vietti (diretto da), La governance nelle società di capitali, Milano, 2013, 247; N. Rocco di Torrepadula, Profili e responsabilità degli amministratori di società per azioni durante la crisi, ibid., 271; P. Montalenti, Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma, in Riv. Società, 2013, 42; Id., I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi, in U. Tombari (a cura di), Diritto societario e crisi d'impresa, Torino, 2014, 35; F. Zoppini, Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency), ibid., 49; R. Sacchi, La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria, ibid., 107; F. Briolini, La gestione dell'impresa azienda e la conduzione della società nelle procedure di composizione negoziale delle crisi, in S. Bonfatti - G. Falcone (a cura di), Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento, Milano, 2014, 71; F. Tallia, Il dovere di diligenza e la business judgment rule, in Nuovo dir. soc., 4, 2013, 14. In dottrina già erano comunque rintracciabili i contributi di M. Sandulli, I controlli di società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa, in Fall., 2009, 1101; A. Foschi - S. Poli, Le funzioni ed il ruolo del collegio sindacale nella crisi di impresa, in M. Fabiani - A. Guiotto (a cura di), Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali, Torino, 2012, 73; P. Kindler, La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria, in Riv. dir. civ., 2010, 440.

(46) Da ultimo, cfr. A. Patti, Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società, in Fall., 2018, 129.

(47) Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, 9100, cit., 939; per una ricostruzione giurisprudenziale v. S. Fortunato, in AA.VV., Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, in Giur. comm., 2015, II, 651.

(48) Questo il principio di diritto chiave delle Sezioni Unite, reso in seguito alle sollecitazioni dell'ordinanza di rimessione n. 12366 del 30 giugno 2015 (in questa Rivista, 2014, 997): in quella sede, difatti, ci si era interrogati sulla bontà, ai fini dell'accertamento e della liquidazione del danno nelle azioni di responsabilità, del dato costituito dalla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, e sulla individuazione di eventuali condizioni e limiti di utilizzabilità. Le Sezioni Unite, con una netta scelta di campo, risolvono il conflitto in favore della lettura che vuole il danno riferito e liquidato sulla base della allegazione di specifici inadempimenti dell'amministratore; ciò nonostante, nella sentenza si dà voce anche a quelle istanze di sistematizzazione

della materia, circoscrivendo gli spazi in cui il metodo del c.d. differenziale può ancora essere chiamato ad operare.

(49) A. Jorio, in AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651.

(50) Così A. Bassi, in AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651.

(51) Così già R. Rordorf, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in questa Rivista, 1993, 622; S. Di Amato, *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in L. Ghia - C. Piccininni - F. Severini (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, 3, 2010, 841; di recente, si veda M. Fabiani, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali*, Milano, 2015, passim.

(52) L. Abete, *Tenuta della contabilità, fondi "occulti", "neri" od "extracontabili"; il danno ex art. 2932 c.c.*, in questa Rivista, 2016, 313; G. Cabras, in AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651.

(53) Per dirla al modo di M. Cian, in AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651, provata la condotta, in re ipsa l'evento, questa plausibilità opererà sostanzialmente come prova sufficiente del nesso di causalità; d'altronde il provvedimento si allinea alla giurisprudenza di merito, pure dello stesso foro, e di legittimità, tanto è vero in alcune ipotesi (Trib. Milano 27 febbraio 2015, in questa Rivista, 2016, 313) si erano allegati fatti di creazione e gestione di fondi occulti; in altre ancora (Cass., SS.UU., 23 gennaio 2017, n. 1641, cit., 660) è stato allegato un fatto di pagamento preferenziale; ulteriormente Trib. Milano 2 agosto 2016, in questa Rivista, 2017, 17, ha fatto applicazione dello stesso criterio in considerazione dell'oggettiva indisponibilità del libro giornale e di una contabilità attendibile e completa, e della protrazione indebita dell'attività da parte degli amministratori a seguito di rilevanti perdite comportanti la riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale; Trib. Roma 17 ottobre 2016, in *Danno e resp.*, 2017, 602, si è interfacciata con le ipotesi di atti di gestioni in confitto di interessi e della mancata attuazione di qualsivoglia atto di liquidazione.

(54) Preoccupazioni per vero niente affatto prive di fondamento, in ragione della applicazione automatica da parte di App. Catania 30 giugno 2015, in www.ilcaso.it (segnalata da P. Motalenti, in AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651), secondo la quale la totale inattendibilità della documentazione consentirebbe di ritenere assolto l'onere probatorio incombente sul curatore di dimostrare il nesso causale tra i singoli fatti addebitati all'amministratore e il danno.

(55) Di rigoroso rispetto dei principi sull'inadempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per i danni conseguenti parla anche A. Di Majo, *La responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, in *Giur. it.*, 2015, 1640. Cfr. pure S. Fortunato, in *AA.VV.*, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651; F. Platania, *La responsabilità degli amministratori tra presunzioni ed onere della prova*, in questa *Rivista*, 2015, 324.

(56) Al contrario della ipotesi della violazione di obblighi generici, nella quale, secondo M. Campanile, *Responsabilità degli amministratori per scorretta tenuta delle scritture contabili. La parola alle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2015, 153, diviene necessario prima individuare il modello astratto di comportamento e poi raffrontarlo con la difforme condotta tenuta in concreto dagli amministratori. Sul punto cfr. anche M. Miola, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 79.

(57) V. Bisignano, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare: profili processuali e risarcitori*, in questa *Rivista*, 2016, 609.

(58) S. Cassani, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*, in *Danno e resp.*, 2016, 1071.

(59) M. Cossu, *Azione di responsabilità e quantificazione del danno risarcibile*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 529.

(60) Rileva infatti G. Cabras, in *AA.VV.*, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651, che la dichiarazione di fallimento provoca lo svilimento dell'attivo e l'incremento del passivo, quanto meno sotto il profilo finanziario.

(61) Ancora, G. Cabras, in *AA.VV.*, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 651.

(62) Così M. Spiotta, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. it.*, 2015, 1413.

(63) In questo senso M. Vitiello, *Il danno risarcibile nelle azioni di responsabilità della curatela*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 163.

(64) Commentato sotto il diverso aspetto della concessione abusiva di credito da L. Balestra, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, in *Fall.*, 2017, 1158; G. Tarzia, *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, *ibid.*, 911; F. Pacileo, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio*

degli amministratori, in Banca, borsa, tit. cred., 2018, II, 167; D. Galletti, Abusiva concessione di credito e legittimazione della curatela, in *IlFallimentarista.it*.

(65) In generale sul tema v. S. Bertolotti, Brevi note in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c., in questa Rivista, 2016, 1360; M. Vitiello, Appunti in tema di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità della Curatela, in *IlFallimentarista.it*; P.P. Ferraro, La pronuncia delle Sezioni Unite sul danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società fallite, in *Corriere giur.*, 2015, 1568; A. Napolitano, Azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: corresponsabilità dell'attestatore del piano ex art. 182 bis l.fallim., e criteri di quantificazione del danno, in *Dir. fall.*, 2016, 1040; A. Patti, La determinazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità per la perdita del capitale sociale: quale criterio?, in *Fall.*, 2013, 172.

(66) Siffatta lettura è portata da A. Jorio, La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità, in *Giur. comm.*, 2011, I, 149.

(67) In tema si v. P.P. Ferraro, Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare, in *Dir. fall.*, 2013, II, 237.

(68) M. Vitiello, Il danno risarcibile nelle azioni di responsabilità della curatela, cit., 163.

(69) Trib. Marsala 2 maggio 2005, in *Fall.*, 2006, 461.

(70) Similmente v. Trib. Milano 7 febbraio 2003, in questa Rivista, 2003, 1385; Id., 3 febbraio 2010, id., 2010, 514; Trib. Torino 12 gennaio 2009, in *Fall.*, 2010, 35; Trib. Padova 24 giugno 2009, ibid., 729; anche siffatto criterio, tuttavia, ha ricevuto una decisa smentita in sede di legittimità: secondo Cass., 23 giugno 2008, n. 17033, cit., 2437, nel caso in cui l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società trovi fondamento nella violazione del divieto di intraprendere nuove operazioni, non è giustificata, in mancanza di uno specifico accertamento in proposito, la liquidazione del danno in misura pari alla perdita incrementale derivante dalla prosecuzione dell'attività, poiché non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi della causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell'attività medesima; per una analisi della giurisprudenza sul punto v. U. Macrì, Il comportamento degli amministratori in caso di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, in questa Rivista, 2016, 1408.

(71) In questo senso anche D. Galletti, in AA.VV., Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, cit., 651.

(72) M. Cassottana, La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a., Milano, 1984, 35; P.G. Jaeger, La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica, in *Giur. comm.*, 1988, I, 548; R. Rordorf, Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli

amministratori, cit., 617; S. Patti, Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori, in *Giur. comm.*, 1997, I, 81.

(73) Cfr. Trib. Milano 22 gennaio 2015, in questa Rivista, 2016, 609.

(74) F. Brizzi, La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile, in *Giust. civ.*, 2009, II, 2437.

(75) Sul punto v. G. Facci, La valutazione del danno in via equitativa, il criterio della differenza dei netti patrimoniali e la responsabilità degli amministratori, in *Danno e resp.*, 2016, 864.

(76) Trib. Milano 1° aprile 2011, in questa Rivista, 2012, 268, secondo il quale la curatela avrebbe dovuto anzitutto verificare (per poi allegarlo) se dopo la perdita del capitale non sufficientemente ripianata, erano state intraprese iniziative imprenditoriali al di fuori di una logica meramente conservativa, individuare per quanto possibile siffatte iniziative e indicare quali conseguenze negative sul piano del depauperamento del patrimonio sociale ne fossero derivate; oppure avrebbe dovuto dedurre e spiegare le ragioni che, impedendo di cogliere nell'ambito di un'attività dinamica e complessa singole operazioni dannose e le loro specifiche conseguenze, giustificavano nella fattispecie il ricorso ad un criterio presuntivo di individuazione e prova di tale attività (quello appunto dell'aggravamento del risultato negativo di esercizio al netto di costi fissi o di falcidie frutto del mutamento dei criteri contabili) nonché di individuazione e liquidazione del danno (quello della c.d. perdita differenziale); v. pure Cass. 23 giugno 2008, n. 17033, cit., 2437, la quale sottolinea che il danno deve essere dimostrato in concreto come conseguenza immediata e diretta dei fatti di mala gestio, non potendo essere determinato in via presuntiva.

(77) Trib. Padova 24 giugno 2009, in *Fall.*, 2010, 729, che sembrerebbe preferire il criterio di determinazione del danno in quello procurato in conseguenza delle nuove operazioni vietate.

(78) Così pure D. Galletti, Abusiva concessione di credito e legittimazione della curatela, cit., 9.

(79) In questo senso v. G. Bozza, Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi, in *Fall.*, 2014, 1107.

(80) Tra i tanti, E. Gabrielli, La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 7; S. Ambrosini, in S. Ambrosini, G. Cavalli - A. Jorio (a cura di), *Il fallimento*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, Padova, 2009, 757; N. Rondinone, La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario, in *Fall.*, 2005, 59; D. Restuccia, Quantificazione del danno ed esercizio

dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento, in *Dir. fall.*, 2010, II, 440; P. Bosticco, Questioni controverse in tema di responsabilità per la gestione societaria nelle s.r.l.: legittimazione all'azione, prescrizione e contenuto del giudizio risarcitorio, in *Fall.*, 2007, 965.

(81) G. Verna, Responsabilità degli amministratori: brevi note sul criterio del decremento dei netti patrimoniali, in questa *Rivista*, 2017, 939.

(82) Bilanci di liquidazione, giugno 2008, specim par. 4.3, riportati da G. Verna, Responsabilità degli amministratori: brevi note sul criterio del decremento dei netti patrimoniali, *cit.*, 939.

(83) Letteralmente, P. Piscitello, La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule, *cit.*, 1167.

(84) Per tutti, C. Angelici, Diligentia quam in suis e business judgment rule, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 657.

(85) V. Salafia, Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori, in *Giust. civ.*, 1999, 75; L. Guglielmucci, Danno per responsabilità responsabilità di amministratori e sindaci, in *Fall.*, 1996, 1067; Per A. Jorio, La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità, *cit.*, 153, "nei casi nei quali la condotta illecita degli amministratori sia individuabile quale causa determinante del dissesto, il danno arrecato ai creditori, e quindi risarcibile, può essere quantificato nell'ammontare del passivo fallimentare, al netto ovviamente dell'attivo esistente o recuperato dal curatore".

(86) Sul punto, si vis, G. Carmellino, Le condotte e le responsabilità degli organi sociali nella crisi di impresa, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 2, 457.

(87) In questo senso, A. Penta, La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire, in *Dir. fall.*, 2015, II, 509.

A 2) Sindaci

Giurisprudenza e Commenti

VERIFICARSI DI UNA CAUSA DI SCIOGLIMENTO DELLA SOCIETA'.
DOVERI E RESPONSABILITA'

Stabilini Alessandra

Trib. Milano Sez. VIII, 03 febbraio 2010

I sindaci, giusta il disposto degli artt. 2401, 2403 e 2407 c.c. (nella formulazione vigente e, ancora di più, in quella previgente al D.Lgs. n. 6/2003) sono onerati in

modo costante e continuativo del controllo sulla capienza del patrimonio sociale e investiti di un dovere di verifica sulla legalità non solo formale ma sostanziale dell'operato degli amministratori.

Il curatore del fallimento agisce per l'affermazione della responsabilità solidale dei sindaci, e la conseguente condanna al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2407 c.c. perché essi, a fronte della situazione di perdita del capitale sociale riconoscibile, non avrebbero vigilato e agito in conformità agli obblighi connessi alla loro carica. Nella vicenda, e con riguardo alla situazione in contestazione, si sono succeduti due collegi sindacali. Il tribunale riconosce sussistente la responsabilità di entrambi sulla base del rilievo che i sindaci, dovendosi accorgere della situazione patrimoniale di perdita, non avrebbero assunto i rimedi conseguenti di intensità crescente, anche a fronte del comportamento degli amministratori, individuati dal tribunale nella sollecitazione agli amministratori per il versamento immediato delle somme idonee a ricostituire il capitale sociale al di sopra del minimo legale; nella sollecitazione agli amministratori per la convocazione dell'assemblea per la messa in liquidazione della società; nella convocazione diretta dell'assemblea ex art. 2406 c.c. ; nella proposizione della denuncia al P.M. ai sensi dell'art. 2409 c.c. previgente per il primo collegio e della denuncia direttamente al tribunale ex art. 2409 c.c. vigente per il secondo collegio.

Negli stessi termini, Trib. Milano 26 maggio 2004, in *Giustizia a Milano*, 53; Trib. Milano 7 febbraio 2003, in questa *Rivista*, 2003, 1385 con nota di Redeghieri Barone.

Tribunale Napoli Sez. spec. in materia di imprese, 04/12/2013

Fallimento Fr.Ve. s.r.l. in liquidazione c. Ge.Ca. e altri

RESPONSABILITA' CIVILE Responsabilità civile in genere SOCIETA' Sindaci

La responsabilità dei sindaci ha natura contrattuale. Grava pertanto sulla società l'onere di provare che i sindaci siano incorsi in violazioni degli obblighi previsti dalla legge o dallo statuto, oltre al nesso di causalità tra le violazioni e il danno prodotti.

FONTI

Società, 2014, 4, 485

Cass. civ. Sez. I, 27/05/2013, n. 13081

P.G. e altri c. Fallimento Ai. s.r.l.

RESPONSABILITA' CIVILE Responsabilità civile in genere SOCIETA' Sindaci

Sono responsabili i sindaci di società di capitali che non abbiano diligentemente operato il controllo sulla regolarità sostanziale della gestione sociale ricavabile dall'esame della documentazione contabile.

FONTI

Società, 2013, 7, 856

ILLECITO AMMINISTRATIVO E RISARCIMENTO DANNI - IL COMMENTO

di Aldo Ceccherini

Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese, 04 maggio 2017

La società commerciale che assuma quale sindaco un pubblico dipendente, senza preventivamente chiedere ed ottenere la prescritta autorizzazione della P.A. integra un illecito amministrativo, del quale per legge deve rispondere la persona fisica titolare dell'impresa. La pretesa della stessa società di rivalersi sul sindaco per il comportamento decettivo da lui tenuto in occasione dell'assunzione, delle somme pagate a seguito dell'accertamento della violazione deve misurarsi con la natura strettamente personale dell'illecito amministrativo, che rende problematico il tentativo di trasferire su soggetti diversi dall'autore l'onere economico delle sanzioni irrogate a carico del soggetto direttamente responsabile.

Sommario: 1. Il fatto - 2. Gli illeciti amministrativi - 3. Sulla spettanza degli emolumenti - 4. Sul risarcimento del danno - 5. Sulle azioni esperibili dalla società - 6. Sulla rivalsa della società nei confronti del funzionario

1. Il fatto

La fattispecie regolata dal Tribunale di Milano può essere così sintetizzata.

Una società capitalistica nomina quale sindaco (in data 11 giugno 2009) un funzionario dipendente dall'amministrazione delle Dogane, ignorando - secondo l'assunto - tale sua qualità, che implicherebbe la necessità di un'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza per il vaglio di compatibilità della carica con il rapporto di pubblico impiego; e lo fa basandosi sull'autocertificazione, richiesta dalla società, "di non trovar(si) in nessuna condizione di conflitto ed in nessuna delle ipotesi d'incompatibilità, cumulo d'impieghi e incarichi di cui all'art. 53 del D.lgs. 30 marzo 2011 n. 165". Il 13 ottobre 2011, vale a dire dopo più di due anni, la Guardia di Finanza infligge alla società, per il fatto di essersi avvalsa di un dipendente delle Dogane senza autorizzazione, la sanzione amministrativa prevista dall'art. 53, comma 9, D.Lgs. n. 165/2001 di euro 144.906, pagata dalla società nella misura ridotta di euro 48.303.

Dai chiarimenti richiesti nella circostanza dalla società, emerge che il presidente del collegio sindacale era in servizio presso la predetta amministrazione dal 1982. All'inizio del 2011, tuttavia, egli aveva chiesto alla sua amministrazione l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di sindaco di una società privata, che gli era stata negata; a seguito di ciò egli aveva allora chiesto di essere messo in aspettativa, che gli era stata in effetti concessa dal primo giugno del 2011.

Il sindaco agisce in giudizio contro la società per ottenere il pagamento dei compensi che gli sono dovuti dal primo giugno al 31 dicembre 2011, negando qualsiasi responsabilità per l'omessa dichiarazione della situazione d'incompatibilità e basandosi sull'aspettativa che gli consentiva di prescindere per lo stesso periodo dall'autorizzazione. La società resiste contestando la validità del rapporto, perché non autorizzato, e in via riconvenzionale fa valere la responsabilità del sindaco per i danni cagionati alla stessa società con la sua reticente attestazione, danni quantificati in misura pari alla somma corrisposta.

All'esito del giudizio, il tribunale richiama la giurisprudenza che esclude l'incidenza dell'incompatibilità (fonte di responsabilità puramente disciplinare o amministrativa) sulla validità del rapporto di lavoro, così accogliendo la domanda attrice; ma accoglie poi anche la riconvenzionale della società per danni, stante l'affermazione, formalmente non mendace, e tuttavia negligente e decettiva fatta dal sindaco circa l'inesistenza di cause d'ineleggibilità e decadenza, tacendo della sua condizione d'incompatibilità. La decisione del tribunale è intrinsecamente coerente, e motivata in modo lineare e persuasivo, nei limiti delle questioni poste dalle parti. La fattispecie giudicata offre però qualche motivo d'interesse nella ricostruzione dell'articolazione del rapporto tra l'illecito amministrativo e la responsabilità civile per danni.

2. Gli illeciti amministrativi

L'assunzione, da parte di un soggetto privato, di un dipendente pubblico senza l'autorizzazione dell'amministrazione pubblica di appartenenza costituisce, per l'art. 53, comma 9, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, un illecito amministrativo. Si tratta d'illecito amministrativo che è punito con una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma⁽⁵⁾. Questo illecito coesiste con quello, di natura disciplinare, commesso dallo stesso dipendente che abbia svolto l'attività non autorizzata (art. 53, comma 7, D.Lgs. n. 165/2001, cit.); esso comporta, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, che il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte debba essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente. Il dipendente che, avendo ricevuto il compenso per l'attività non autorizzata, non lo versi all'amministrazione di appartenenza incorre anche in responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Così sintetizzato il quadro della normativa applicabile, è da vedere come lo stesso dovrebbe trovare applicazione nel caso di specie, o, almeno, avrebbe dovuto trovare applicazione, tenuto conto degli elementi di fatto accertati nel giudizio di merito.

La decisione del Tribunale di Milano si articola in due parti, delle quali la prima è dedicata alla domanda principale del presidente del collegio sindacale, fondata sul rapporto di lavoro autonomo svoltosi nel periodo in cui lo stesso era stato collocato in aspettativa. La seconda parte verte invece sulla riconvenzionale per danni svolta dalla società.

3. Sulla spettanza degli emolumenti

La decisione sulla spettanza al presidente del collegio sindacale, degli emolumenti per l'attività svolta a favore della società nel periodo in cui era in aspettativa, è solidamente fondata sulla giurisprudenza di legittimità, la quale nega che le cause di incompatibilità incidano sul rapporto di lavoro, diversamente da quanto è previsto per le cause di ineleggibilità e di decadenza previste dall'art. 2399 c.c.(6).

Anche a voler trascurare tale questione di principio, nella fattispecie era senz'altro dirimente la circostanza che nel periodo, per il quale gli emolumenti erano richiesti, il presidente del collegio sindacale era stato collocato in aspettativa dall'amministrazione pubblica di appartenenza, sicché doveva trovare applicazione la disposizione speciale che, per il caso di aspettativa del dipendente pubblico, esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni in tema di incompatibilità di cui all'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 18, L. 4 novembre 2010, n. 183).

4. Sul risarcimento del danno

Alquanto più problematica si presenta la questione posta dalla domanda riconvenzionale della società, di risarcimento del danno patrimoniale costituito dal pagamento della sanzione amministrativa inflitta dall'amministrazione pubblica di appartenenza del soggetto assunto.

Come si è anticipato, in questa materia concorrono due distinti illeciti, configurabili, rispettivamente, in capo al soggetto che assume il pubblico dipendente senza autorizzazione, e in capo allo stesso pubblico dipendente. Il primo è un illecito amministrativo di natura omissiva(7), proprio del privato che assume il dipendente omettendo la richiesta di autorizzazione o la comunicazione dei compensi erogati: l'art. 53, comma 10, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 dispone, infatti, espressamente che l'autorizzazione "deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico". Il secondo è un illecito disciplinare, proprio del dipendente assunto senza autorizzazione, per il fatto di svolgere attività professionale per conto terzi senza autorizzazione, in violazione del dovere di esclusività del pubblico impiego. È bensì vero che per l'art. 53, comma 10, D.Lgs., cit. n. 165/2001 l'autorizzazione "può, altresì, essere richiesta dal dipendente interessato"; la formulazione facoltativa, che riconosce la possibile esistenza di un interesse del pubblico dipendente allo svolgimento di attività lavorative per il privato, esclude di per sé il carattere doveroso, che costituisce la premessa dell'illecito amministrativo imputato al privato. Più precisamente, il dipendente che svolge l'attività in questione senza autorizzazione incorre bensì a sua

volta in un illecito, ma si tratta di un illecito suo proprio di natura disciplinare, che trova il suo inquadramento nel rapporto di pubblico impiego (al quale è evidentemente estraneo il privato che lo assume).

Queste precisazioni, forse ovvie, si rendono necessarie per mettere a fuoco la vicenda regolata dal Tribunale di Milano, nella quale in sostanza la società, convenuta per il pagamento del compenso dovuto, attraverso un'azione riconvenzionale di risarcimento danni si è indirettamente rivalsa sul dipendente pubblico del pagamento della sanzione amministrativa irrogata dall'amministrazione di appartenenza dello stesso.

Pare opportuno allora ricordare che l'illecito amministrativo, venuto all'esame del Tribunale di Milano, è quello del quale doveva rispondere la stessa società. Esso, come è noto, ha carattere personale: per l'art. 3 della L. 24 novembre 1981, n. 689, nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa; e nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa. Il carattere personale della responsabilità amministrativa è confermato poi dal fatto che l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi (art. 7 della L. cit. n. 689/1981).

Va ancora ancora osservato che questi principi trovano applicazione anche nel caso in cui l'attività dell'imprenditore, che intende avvalersi delle prestazioni del pubblico dipendente, sia svolta in forma societaria. La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affrontare questo problema nei suoi termini più generali, e ha affermato il principio che, in questi casi, della violazione risponde il legale rappresentante della società. L'illecito, infatti, inerendo alle condizioni di svolgimento di un'attività imprenditoriale, deve essere qualificato come proprio, nel senso, appunto, che non può essere commesso altro che da un soggetto identificabile per le sue qualità personali di titolare⁽⁸⁾.

È ben noto, infine, che, per il caso che la violazione sia commessa dal rappresentante (o dal dipendente) di una persona giuridica, o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, l'art. 6 della L. n. 689/1981 prevede al terzo comma la responsabilità della persona giuridica o dell'ente o dell'imprenditore in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta. In questi casi però, chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione (art. 6, comma 4, L. n. 689/1981). Ciò significa che la responsabilità patrimoniale della società, dell'ente o dell'imprenditore non cancella la natura personale della responsabilità dell'illecito amministrativo, ma introduce solo una garanzia patrimoniale a favore della pubblica amministrazione, concedendo all'obbligato in solido, che ha pagato essendo tenuto per l'autore della violazione, il regresso nei confronti di questi per l'intero.

Queste brevi osservazioni hanno il solo scopo di mostrare che l'illecito amministrativo, soggetto al principio di legalità (art. 1, L. n. 869/1981) e interamente regolato dalla legge, è strettamente personale, e che ogni tentativo di trasferire su terzi la connessa responsabilità sembra porsi in conflitto con i principi generali della materia.

5. Sulle azioni esperibili dalla società

Venendo ora alla fattispecie di causa, sembra innanzi tutto evidente che il pagamento della sanzione, irrogata dalla Guardia di Finanza per l'omissione della richiesta di autorizzazione, è stato eseguito dalla società in forza dell'obbligazione prevista dalla legge in solido con il responsabile della violazione, che era il suo stesso rappresentante legale.

In secondo luogo, si deve ammettere che il comportamento decettivo tenuto dal funzionario pubblico assunto potesse comportare un errore di fatto della società e, ancor prima, del suo legale rappresentante, sulle qualità personali della persona che si apprestava ad assumere la qualità di presidente del collegio sindacale. Molto significativa a questo riguardo poteva essere considerata l'autocertificazione sottoscritta dall'interessato, il cui contenuto è stato in precedenza riportato. Si può ben ipotizzare, in altre parole, che la società ne avesse ignorato senza colpa la qualità di funzionario dell'amministrazione delle Dogane. Ma un tal errore di fatto, se accertato nella competente sede giurisdizionale, che la stessa società era legittimata ad adire per contrastare la pretesa dell'amministrazione, avrebbe comportato l'annullamento della sanzione, e quindi l'eliminazione in radice del paventato pregiudizio in capo alla società.

In terzo luogo, la società, non avendo esperito il rimedio offertole dall'ordinamento per vanificare la pretesa dell'amministrazione, rimaneva senza dubbio titolare di un credito di regresso nei confronti del suo legale rappresentante.

6. Sulla rivalsa della società nei confronti del funzionario

Sorgono a questo punto due interrogativi:

a) se la società, che aveva un'azione di regresso per l'intero nei confronti del suo rappresentante, disponesse altresì, accanto a questa (che si suppone non essere stata esercitata), di un'azione aquiliana nei confronti del funzionario in condizioni d'incompatibilità, per aver questi colposamente tratto in inganno il suo rappresentante, esponendo la società al pagamento della sanzione;

b) se, alternativamente, potesse la stessa società surrogarsi nell'azione ipoteticamente attribuibile personalmente al suo rappresentante legale, per il risarcimento dei danni cagionati dal comportamento decettivo dello stesso funzionario, per il periodo in cui non era in aspettativa.

La risposta negativa alla seconda domanda sembra certa, se non altro perché la società - che non aveva neppure qualificato come surrogatoria la sua domanda riconvenzionale - non aveva coerentemente neppure chiamato in causa il suo debitore, litisconsorte necessario. Del resto, non pare agevole neppure riconoscere un'azione di responsabilità aquiliana in capo personalmente al suo responsabile legale: la sanzione era stata pagata sul presupposto della responsabilità personale e diretta del rappresentante legale per dolo o colpa, e nessun rimedio era stato esperito per far accertare nella sede deputata il supposto errore di fatto.

Meno immediata si presenta la risposta al primo quesito. Non varrebbe limitarsi a osservare che, nei suoi termini generali, il problema del danno cagionato al proprio debitore troverebbe già nel codice civile la sua soluzione nella configurazione dell'azione surrogatoria. Da molto tempo, infatti, la giurisprudenza ammette l'azione aquiliana per la lesione del credito⁽⁹⁾. La fattispecie è tuttavia indubbiamente peculiare: il fatto illecito (qui: l'autocertificazione inveritiera), sarebbe precedente alla contestazione della Guardia di Finanza, e quindi a maggior ragione al credito leso; un credito che sarebbe sorto solo successivamente, a seguito del pagamento da parte della società; sicché, tralasciando ogni questione concernente l'elemento soggettivo, è difficile configurare l'elemento causale.

Peraltro, volendosi ammettere un'azione aquiliana diretta, si tratterebbe certamente di un danno indiretto. Neppure questo costituirebbe di per sé un ostacolo, trattandosi di azione regolata dall'art. 2043 c.c. Pare tuttavia che, per completare la catena causale, la società dovesse quanto meno allegare il rischio d'insolvenza del suo debitore di regresso.

(1) Questi gli snodi in particolare evidenziati dall'opponente: il M., nominato Presidente del collegio sindacale l'11 giugno 2009, nel corso della prima riunione del collegio sindacale del 7 settembre 2009 si confrontava "con gli altri membri al fine di escludere l'esistenza delle cause di ineleggibilità e di decadenza previste dal codice civile, da leggi speciali, o dallo statuto", constatando l'insussistenza di alcun impedimento in capo ai sindaci eletti, egli stesso compreso (doc.3a), e successivamente il 5 luglio 2011, su richiesta della Amiacque S.r.l., presentava un'autocertificazione attestante il possesso dei requisiti per la carica di sindaco, nella quale espressamente dichiarava "di non trovar(si) in nessuna condizione di conflitto ed in nessuna delle ipotesi di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi di cui all'art. 53 del D.lgs. 30 marzo 2011 n. 165" (doc.3b);

il 13 ottobre 2011 il Nucleo Polizia Tributaria della Guardia di Finanza di Milano comminava ad Amiacque S.r.l. una sanzione amministrativa di euro 144.906, pagata dalla società nella misura ridotta di euro 48.303 (doc.6), contestando la violazione della disciplina di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi (art. 53, comma 9, D.Lgs. n. 165/2001) relativamente alla posizione del M. per il periodo 2010/2011;

a seguito di specifiche richieste di chiarimenti inoltrate da Amiacque S.r.l., in data 21 novembre 2011 l'Agenzia delle Dogane riferiva come il M. fosse in servizio presso tale

amministrazione "dall'1 luglio 1982 con la qualifica di funzionario tributario" e che dagli atti d'ufficio non risultava essere stata concessa al funzionario alcuna autorizzazione a svolgere incarico presso la Amiacque S.r.l.;

chiamato a fornire chiarimenti sul punto, il 12 dicembre 2011 (cfr. doc.10) il M. dichiarava di essere stato collocato in aspettativa dal suo incarico presso l'Agenzia delle Dogane dal 1° giugno 2011 al 31 maggio 2012, allegando sia missiva dell'Agenzia delle Dogane del 1° aprile 2011, in cui si riferiva come il M. "avrebbe dovuto chiedere la predetta autorizzazione prima dell'inizio dell'incarico" svolto nella Amiacque S.r.l., diffidando quindi il medesimo dal continuare a svolgere l'incarico in questione, sia propria richiesta di aspettativa ex art. 18, L. n. 183/2010 presentata il 15 aprile 2011, con relativa "autorizzazione all'aspettativa".

(2) Art. 53, D.Lgs. n. 165/2001, Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi comma 7: "I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell'autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti."

Nono comma: "Gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. In caso di inosservanza si applica la disposizione dell'articolo 6, comma 1, del d.l. 28 marzo 1997, n. 79, conv., con modif., dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, e successive modificazioni ed integrazioni. All'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di finanza, secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni ed integrazioni. Le somme riscosse sono acquisite alle entrate del Ministero delle finanze."

(3) Art. 18, L. n. 183/2010: "1. I dipendenti pubblici possono essere collocati in aspettativa, senza assegni e senza decorrenza dell'anzianità di servizio, per un periodo massimo di dodici mesi, anche per avviare attività professionali e imprenditoriali. L'aspettativa è concessa dall'amministrazione, tenuto conto delle esigenze organizzative, previo esame della documentazione prodotta dall'interessato. 2. Nel periodo di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano le disposizioni in tema di incompatibilità di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165,

e successive modificazioni. 3. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni."

(4) Sulla immediata applicabilità delle cause di ineleggibilità cfr. Cass. n. 22575/2014, secondo la cui massima: "La decadenza dalla carica di sindaco di chi si trovi nella situazione di ineleggibilità prevista dall'art. 2399 cod. civ. (nella specie, quale dipendente della società), opera automaticamente, con la conseguenza che nei confronti della parte, che non abbia mai ricoperto la carica di sindaco, non può esercitarsi l'azione di responsabilità ex art. 146 l.fall."

(5) Art. 6, comma 1, D.L. 28 marzo 1997, n. 79, conv., con modif., dalla L. 28 maggio 1997, n. 140.

(6) La disciplina dell'incompatibilità del pubblico impiego è tradizionalmente ritenuta una diretta derivazione del dovere di esclusività che connota la prestazione lavorativa del pubblico dipendente (cfr. Nobile, *Il regime delle incompatibilità nel rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*, in *Lex.Italia.it* n. 5/2007).

Il tribunale cita Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171, per la quale "La trasgressione, da parte del pubblico dipendente, del divieto di svolgere un'attività retribuita alle dipendenze dei privati può comportare sanzioni disciplinari, ma non implica l'invalidità del contratto di lavoro privato stipulato in violazione del divieto e non esclude quindi che tale contratto produca i suoi normali effetti anche sul piano previdenziale e assistenziale". La sentenza, che riprende una massima precedente di Cass. 22 maggio 1991, n. 5736, è pubblicata in *Riv. dir. lav.*, 2001, II, 212, con nota di Ponari, *Violazione del dovere di esclusiva nel rapporto di pubblico impiego e qualificazione della prestazione vietata*.

(7) Per Cass. 29 aprile 2008, n. 10852, "L'art. 6 d.l. 28 marzo 1997, n. 79, conv. in L. 28 maggio 1997, n. 140, che sanziona il comportamento dei soggetti pubblici e privati che comunque si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato rese da dipendenti pubblici senza aver richiesto l'autorizzazione all'ente di appartenenza e/o comunicato ai medesimi enti i compensi erogati è un illecito amministrativo avente natura omissiva. Esso deve considerarsi commesso nel domicilio o nella sede sociale di chi si avvale delle prestazioni professionali del pubblico dipendente in quanto luogo nel quale avrebbe dovuto inoltrarsi sia la richiesta autorizzazione sia la comunicazione dei compensi erogati al professionista".

(8) Così Cass. 25 agosto 2005, n. 17288, in una fattispecie nella quale l'illecito amministrativo era consistito nell'apertura di un'agenzia di viaggi in mancanza dell'autorizzazione prescritta dalla normativa regionale.

(9) A partire dal ben noto revirement attuato dalle Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione con la sent. 26 gennaio 1971, n. 174, accolta favorevolmente dalla dottrina prevalente, ed edita in *Foro it.*, 1971, I, 1284, con le note di commento di Busnelli, Un clamoroso "revirement" della cassazione: dalla "questione di Superga" al "caso

Meroni"; e Jemolo, Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana; in Giust. civ., 1971, I, 199, con nota di Santosuosso, La nuova frontiera della tutela aquiliana del credito; in Dir. lav., 1972 II, 77, con nota di Nicolini. Tra le più recenti conformi,

CESSAZIONE DEI SINDACI PER RINUNCIA ALL'UFFICIO

Salafia Vincenzo

Trib. Milano Sez. VIII Decreto, 02 agosto 2010

L'art. 2401 c.c. dispone che, se i sindaci cessano dall'ufficio per morte, rinuncia o decadenza, subentrano i supplenti in ordine di età, i quali restano in carica fino alla prossima assemblea. Questa dovrà provvedere alla nomina dei sindaci effettivi e supplenti necessari per l'integrazione del collegio, nel rispetto dell'art. 2397, comma 2, c.c. Questa norma prescrive la presenza nel collegio di almeno un sindaco effettivo ed uno supplente, scelti nell'albo dei revisori legali dei conti nonché la scelta degli altri componenti fra gli altri iscritti in albi professionali individuati con decreto dal Ministro della Giustizia.

L'ultimo comma dell'art. 2401, infine, stabilisce che, se con l'ingresso dei supplenti il collegio non venisse completato, dovrà essere convocata l'assemblea perché provveda all'integrazione medesima.

La norma è in parte ispirata dall'esigenza che il collegio sindacale sia immediatamente ricostituito nel caso in cui perda qualcuno dei suoi componenti, anche se tale ricostituzione sarà provvisoria, dato che la definitiva ricomposizione viene affidata alla successiva assemblea. In parte, però, anche dall'esigenza che, ove l'intero collegio venisse meno per le cause sopra indicate, alla vacanza dell'organo di controllo provveda direttamente l'assemblea.

Come per il consiglio di amministrazione o per l'amministratore unico l'art. 2385, comma 2, c.c. dispone la proroga dell'incarico alla loro scadenza per compiuto triennio fino alla nomina dei nuovi amministratori, così anche per i sindaci il primo comma dell'art. 2400 c.c. , per effetto peraltro della recente riforma societaria, prevede la proroga della funzione fino alla ricostituzione del collegio per effetto della nomina assembleare.

La proroga della funzione serve ad impedire che la società resti priva dell'organo amministrativo e di quello di controllo sia pure per il breve tempo necessario alla convocazione dell'assemblea ed alla sua deliberazione per la nomina dei nuovi componenti.

Questa proroga, tuttavia, è stata prevista dalla legge soltanto nel caso di cessazione degli organi per la scadenza del termine del loro incarico, non anche per la loro rinuncia o decadenza. La differenza è giustificata perché la decadenza e la rinuncia

impediscono di mantenere in carica, sia pure provvisoriamente, una persona che, rispettivamente, non ha più i requisiti prescritti dalla legge o non vuole ulteriormente esercitare la funzione.

Ciò premesso, la singolare fattispecie sulla quale ha deciso, correttamente, il Giudice del Registro delle imprese di Milano, con il ben motivato decreto in commento, è costituita dalla rinuncia all'ufficio di un sindaco, alla quale seguirono le rinunce sia dei supplenti sia degli altri componenti effettivi del collegio.

In presenza di questa traumatica situazione, gli amministratori della società si sono astenuti dal chiedere al Registro delle imprese l'iscrizione della cessazione dall'incarico per rinuncia di tutti i sindaci effettivi e supplenti e dal convocare l'assemblea per la necessaria sostituzione, nella presumibile errata convinzione che l'omissione dell'iscrizione avrebbe mantenuto in carica tutti i sindaci.

All'omissione della richiesta al Registro delle imprese i dimissionari non potevano rimediare, sostituendosi agli amministratori, perché solo a questi l'art. 2400, comma 3, c.c. conferisce la legittimazione allo svolgimento della pratica secondo gli artt. 11 ss., d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, contenente il regolamento di attuazione dell' art. 8, L. n. 580/1993 con cui venne istituito il Registro delle imprese.

Ha reagito, invece, con la presentazione del ricorso, sul quale è stato pronunciato il decreto qui commentato, il Conservatore del Registro, al quale probabilmente uno degli interessati aveva segnalato l'omissione degli amministratori.

Il ricorso è stato limitato all'omessa iscrizione della cessazione di uno solo dei sindaci perché, probabilmente, solo questa omissione era stata segnalata. Solo nel corso dell'istruttoria condotta dal Giudice del Registro è emersa la complessa situazione sopra descritta.

L'omissione denunciata è stata giustamente considerata illegittima dal Giudice. Gli amministratori erroneamente avevano ritenuto che, non chiedendo l'iscrizione delle dimissioni presentate da tutti i sindaci, questi sarebbero stati costretti a mantenere l'incarico (1) . Si segnala, però, in senso contrario la sentenza della Suprema Corte 9 ottobre 1986, n. 5928 (2) , secondo la quale l'immediatezza degli effetti della rinuncia del sindaco sarebbe condizionata alla sua sostituibilità con il supplente.

Si dissente da questo orientamento perché la norma, su questo punto non modificata dalla riforma, non sospende l'efficacia della rinuncia nel caso della non sostituibilità del rinunciante con un supplente, ma dispone la convocazione dell'assemblea per la sostituzione, senza conservare l'incarico al dimissionario.

L'errore degli amministratori, nella fattispecie qui in esame, è consistito nell'attribuire all'iscrizione efficacia costitutiva e non solo pubblicitaria, nel senso che essa costituisse la condizione necessaria per l'inizio dell'efficacia della rinuncia all'ufficio sindacale.

In realtà, invece, la legge attribuisce a questa iscrizione soltanto effetto pubblicitario, quale strumento necessario per opporre ai terzi l'estraneità dei sindaci dimissionari ad atti societari successivi alla pubblicazione della loro rinuncia. Questa, invece, produce, immediatamente dopo la sua ricezione da parte degli amministratori, la risoluzione del rapporto con la società, dato che la legge ne consente lo scioglimento per iniziativa unilaterale dei sindaci, che non può essere contrastata dalla società, salvo il diritto al risarcimento dei danni in mancanza di giusta causa (3).

L'arbitraria omissione degli amministratori, che, nella fattispecie giudicata dal Giudice del Registro di Milano, si è verificata, è stata, oltre che inutile anche illecita, a norma dell'art. 2630 c.c.

Il fatto che nella fattispecie si sia verificata la simultaneità delle dimissioni da parte di tutti i sindaci, compresi quelli supplenti, avrebbe potuto produrre solo la proroga delle funzioni del collegio sino alla loro sostituzione da parte dell'assemblea, che, peraltro, avrebbe dovuto essere convocata immediatamente, data la naturale provvisorietà di quella proroga. Al riguardo, tuttavia, deve rilevarsi che, sebbene la recente riforma societaria abbia introdotto nell'art. 2400, comma 1, la regola secondo cui la cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito dall'assemblea, la dottrina ha ritenuto che la nuova regola si applichi solo alla cessazione dei sindaci per scadenza del termine e non anche nel caso di loro dimissioni (4). La ragione di questa opinione risiede nel rilievo che la proroga di una funzione di controllo può ammettersi relativamente a chi ne abbia accettato l'investitura e l'abbia svolto fino alla conclusione, non anche nei confronti di chi vi abbia rinunciato, manifestando la volontà di non volerla più svolgere. In altri termini, la proroga agirebbe contro la volontà negativa del dimissionario, che, come già detto, potrà produrre nella sfera della società il diritto al risarcimento del danno, se ingiustificata, ma non potrà essere coartata.

Sulla questione, nel vigore dell'ordinamento societario precedente alla riforma, quando nell'art. 2400 c.c. non era contenuta la regola della proroga del collegio sindacale per scadenza del termine, la giurisprudenza, con riferimento alle dimissioni sindacali, si era variamente pronunciata sull'applicazione analogica della proroga prevista dall'art. 2385 c.c. per gli amministratori scaduti (5). In conclusione, può dirsi che il legislatore ha certamente tenuto conto, quanto meno con la riforma societaria, dell'esigenza di assicurare la continuità temporale della funzione sindacale provvedendo ad estendere ai sindaci la regola della proroga della loro funzione, alla scadenza del termine della loro investitura, fino alla loro sostituzione, ma non anche al caso della loro rinuncia. La discontinuità temporale della funzione di controllo, peraltro limitata alla rara ipotesi di simultaneità delle dimissioni di tutti i sindaci, non può destare alcun allarme, perché di norma la convocazione dell'assemblea per la sostituzione dovrà essere immediata, in maniera che veramente limitato ed

insignificante sarà il tempo di vacanza dell'organo di controllo, l'esercizio delle cui funzioni non è certamente quotidiano.

(1) Cfr. Trib. Monza 26 aprile 2001, in questa Rivista, 2001,1229, in cui si pone in evidenza la contestualità delle dimissioni di tutti i componenti del collegio e, quindi, sia pure implicitamente, l'impossibilità di ricomporre il collegio con il subentro dei due supplenti.

(2) Corte cost. 9 ottobre 1986, n. 5928, in questa Rivista, 1986, 314.

(3) Cfr. Cavalli, I sindaci, in Colombo - Portale (a cura di), Trattato delle società per azioni, Torino, 40.

(4) Cfr. Colombo, Amministrazione e controllo, in www.federnotizie.org/riforma, citato da Magnani in commento art. 2400 c.c. , in Commentario alla riforma delle società, Collegio sindacale, Controllo contabile, Milano, 2005, 139, nt. 26.

(5) In senso favorevole cfr. Trib. Roma 27 aprile 1998, in questa Rivista, 1998, 1442; contra cfr. Trib. Monza 26 aprile 2001, ivi, 2001, 1229.

6 .La liquidazione dei danni

Giurisprudenza e Commenti

Tribunale Milano Sez. VIII, 23/02/2012

Olcese S.p.A. c. P.A.M. e altri

SOCIETA' Amministratori (azione di responsabilità contro gli)

Società - Società di capitali - Società per azioni - Amministratori - Responsabilità - Insolvenza - Perdita del capitale sociale - Fallimento - Divieto di compiere nuove operazioni - Azione sociale di responsabilità - Bilancio - Prova - Presunzioni

Il principio di liquidazione equitativa del danno attiene solo al profilo della quantificazione di un evento pregiudizievole già compiutamente accertato nella sua insorgenza obiettiva e riconducibilità causale a specifiche condotte.

PROVA DELLA CONDOTTA E DEL NESSO CAUSALE NELL'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITA'

Stabilini Alessandra

Trib. Milano Sez. VIII, 23 febbraio 2012

In sede di azione di responsabilità, è onere dell'attore dedurre e provare la condotta illecita a fondamento delle proprie richieste risarcitorie e il nesso causale tra tale condotta ed un obiettivo pregiudizio per la società e/o i creditori.

Le presunzioni possono formare il convincimento del giudice, ma deve essere escluso che il ricorso allo strumento della presunzione possa riposare su un generico richiamo ad un criterio di ragionevole probabilità, richiedendo piuttosto una seria verifica di congruità logica in relazione alla fattispecie concreta da esaminare.

Il principio di sussidiarietà vale solo ad escludere ogni rilevanza al maggiore o minore grado di responsabilità dei convenuti, ma non esime l'attore dall'onere di ricostruire puntualmente il nesso causale tra condotta ed evento pregiudizievole.

Il principio di liquidazione equitativa del danno attiene solo al profilo della quantificazione di un evento pregiudizievole già compiutamente accertato nella sua insorgenza obiettiva e riconducibilità causale a specifiche condotte.

Il fallimento attore propone azione di responsabilità nei confronti di cinque convenuti in relazione agli atti dagli stessi compiuti all'interno della società Olcese s.p.a. a seguito della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza e della ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria della stessa.

In particolare, l'attore:

- (i) deduce l'intervenuta perdita integrale del capitale sociale e l'occultamento di tale dato nel bilancio di esercizio;
- (ii) su tale presupposto, contesta l'indebita prosecuzione dell'attività sociale nei successivi anni, fino alla dichiarazione dello stato di insolvenza della società e
- (iii) commisura il danno nella differenza tra attivo e passivo fallimentare (assumendo che non si sarebbe potuta ricostruire con precisione la sequenza delle condotte denunciate).

I convenuti hanno eccepito la prescrizione dell'azione attorea sostenendo che il dies a quo per la ricorrenza del termine di prescrizione decorresse dal lamentato momento di perdita del capitale sociale.

Il Tribunale dichiara manifestamente infondata l'eccezione di prescrizione, rilevando, da una parte, che l'azione sociale di responsabilità è notoriamente caratterizzata dalla sospensione ex lege del termine di prescrizione dell'azione nei confronti degli amministratori per tutta la durata del loro incarico e, dall'altra, che, in ogni caso, il dato della insufficienza patrimoniale individua solo il presupposto necessario ad integrare la limitazione agli ordinari poteri di gestione sociale prevista dall'art. 2486 c.c. , con la conseguenza il momento del verificarsi dell'insufficienza patrimoniale necessariamente precede il compimento degli atti gestori cagionativi di danno di cui si chiede il risarcimento. Perciò, non avrebbe alcun senso pretendere di far decorrere il dies a quo da un momento in cui le asserite condotte dannose non si erano ancora verificate.

Nel merito, il Tribunale rileva che parte attrice abbia posto a fondamento delle sue domande le sole irregolarità di bilancio e la mancata assunzione di tempestive iniziative di formale messa in liquidazione, rimanendo del tutto silente nella individuazione di concrete condotte gestorie cagionative di danno e, dunque, proponendo, secondo un ragionamento per presunzioni, l'aggravamento del dissesto quale mera conseguenza automatica della omissione di determinati adempimenti formali.

A tale proposito, il Tribunale rileva che:

- in sede di azione di responsabilità, tocca all'attore dedurre e provare la condotta illecita a fondamento delle proprie richieste risarcitorie e il nesso causale tra tale condotta ed un obiettivo pregiudizio per la società e/o i creditori;
- le presunzioni possono formare il convincimento del giudice, ma deve essere escluso che il ricorso allo strumento della presunzione possa riposare su un generico richiamo ad un criterio di ragionevole probabilità, richiedendo piuttosto una seria verifica di congruità logica in relazione alla fattispecie concreta da esaminare.

Nel caso di specie, il criterio presuntivo proposto è stato giudicato del tutto inidoneo anche perché i cinque amministratori convenuti si erano succeduti nel tempo ed appariva, quindi, infondata la pretesa di parte attrice di richiamare tutti i convenuti a rispondere in solido dell'intero ammontare del danno ritenuto risarcibile, indipendentemente dal periodo in cui ciascuno aveva ricoperto le cariche sociali.

In relazione al principio di sussidiarietà richiamato dall'attore (secondo il quale la solidarietà passiva sussiste ogni qualvolta un evento dannoso, unico rispetto al danneggiato, sia causalmente derivato dalle condotte, anche autonome e non identiche, di più persone e cioè da fatti illeciti anche diversi e temporalmente distinti, purché concorrenti a determinarlo), il Tribunale rileva che la sussidiarietà vale solo ad escludere ogni rilevanza al maggiore o minore grado di responsabilità dei convenuti, ma non esime l'attore dalla puntuale ricostruzione del nesso causale tra condotta ad essi attribuibile ed evento pregiudizievole denunciato.

L'attore pretenderebbe di considerare il complesso fenomeno di lamentato "aggravamento del dissesto" come un unico fatto dannoso, così che la deduzione e la prova di una seppur minima incidenza dannosa della condotta di ciascun convenuto dovrebbe comportare una responsabilità per l'intero nei confronti del creditore.

Tuttavia, l'impostazione dell'attore è erronea poiché quale "fatto dannoso unico", dovrebbe semmai essere identificato non l'aggravamento del dissesto, bensì il cagionamento dello stesso, con la conseguenza che si verterebbe inevitabilmente in un momento precedente alle condotte di indebita prosecuzione dell'attività sociale contestate dall'attore e per questo motivo, si deve escludere ogni possibilità di automatica configurazione unitaria di eventuali responsabilità risarcitorie.

Inammissibile poi sarebbe il tentativo di parte attrice di superare i problemi di ricostruzione del nesso causale richiamando il principio di liquidazione equitativa del danno, poiché tale principio attiene pacificamente solo al profilo della quantificazione di un evento pregiudizievole già compiutamente accertato nella sua insorgenza obiettiva e riconducibilità causale a specifiche condotte.

In definitiva, la sostanziale mancata ricostruzione dei profili di stretto fatto relativi alla chiara individuazione della condotta addebitabile ai convenuti e al nesso di causalità rispetto ai danni lamentati giustificano il rigetto di tutte le domande.

Sulla prima massima (oltre alle sentenze citate dal Tribunale: Cass. civ. n. 2538/2005 , in Giur. it., 2005, 1637; Cass. civ. n. 3032/2005 , in Guida dir., 2005, 12) si vedano Trib. Milano 18 marzo 2006, in Fall., 2006, 8, 974; Trib. Milano 28 novembre 2005, in questa Rivista, 2007, 67; Trib. Milano 29 maggio 2004, in Giur. it., 2004, 2333. Sulla seconda massima, si vedano Cass. civ. n. 3032/2005 , in Guida dir., 2005, 12 e Cass. civ. n. 5084/2012 , in Pluris. Sulla terza massima non si sono rinvenuti precedenti, mentre sulla quarta si vedano Cass. civ. n. 12626/2010 , in Danno e resp., 2011, 3, 285 e Cass. civ. n.13288/2007, in Mass. giur. it., 2007.

Cass. civ. Sez. I Ord., 30/01/2019, n. 2659

M.G. c. Fallimento della (Omissis) s.r.l.

SOCIETA' Amministratori (azione di responsabilità contro gli)

In materia di responsabilità degli amministratori della società, qualora l'azione trovi fondamento nella violazione del divieto di intraprendere nuove operazioni, a seguito dello scioglimento della società derivante dalla riduzione del capitale sociale al di sotto dei limiti previsti dall'art. 2447 c.c., non è giustificata la liquidazione del danno in misura pari alla differenza tra l'attivo ed il passivo accertati in sede fallimentare, non essendo configurabile l'intero passivo come frutto delle nuove operazioni intraprese dagli amministratori, dovendosi ascrivere lo stesso, almeno in parte, alle perdite pregresse che avevano logorato il capitale. (Nella specie la gravata pronuncia non si è attenuta all'esposto principio, avendo estrapolato dalla condanna dell'amministratore

solo le perdite subite dalla società dopo la sua cessazione dalla carica, mentre avrebbe dovuto estendere la valutazione anche agli atti compiuti nel corso della gestione, stante l'inammissibilità della valutazione automatica del danno.

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 06/05/2015, n. 9100 (rv. 635451)

Monticoli c. Fall Utens Srl

SOCIETA' Amministratori (azione di responsabilità contro gli)

SOCIETÀ - Di capitali - Società per azioni - Organi sociali - Amministratori - Responsabilità - In genere - Azione del curatore - Omessa o irregolare tenuta della contabilità - Determinazione del danno - Differenza tra passivo accertato e attivo liquidato - Criterio di liquidazione equitativa - Condizioni - Limiti

Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, secondo comma, legge fall., la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni, sempreché il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo. (Cassa con rinvio, App. Napoli, 13/10/2006)

LA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE SUL DANNO NELLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ CONTRO GLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ FALLITE

di Pietro Paolo Ferraro(*)

Cass. civ. Sez. Unite Sentenza, 06 maggio 2015, n. 9100

La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, intervenendo sulla questione della determinazione del danno nei giudizi di responsabilità relativi agli amministratori di società fallite, si allinea al più recente orientamento giurisprudenziale che ha riaffermato, in ambito fallimentare, i principi generali sulla responsabilità civile,

rispetto al quale sviluppa argomentazioni giuridiche in parte nuove, di carattere essenzialmente processuale, richiedendo anzitutto che vi sia una certa coerenza logica tra l'illecito allegato dall'attore e il danno risarcibile, così riconoscendo soltanto in via residuale la possibilità di ricorrere al c.d. criterio del deficit fallimentare. Nonostante lo sforzo sistematico, restano alcuni elementi di incertezza, che fanno dubitare dell'idoneità della sentenza in questione ad orientare in modo univoco e razionale il complesso contenzioso in materia.

Sommario: La questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione - L'evoluzione giurisprudenziale - Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte - La valorizzazione dell'onere di allegazione - Mancanza delle scritture contabili e danno risarcibile - La svalutazione del principio di vicinanza della prova - Il paradigma della liquidazione equitativa del danno - La portata sistematica della sentenza

La questione rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione

Con la sent. 6 maggio 2015, n. 9100, la Corte di cassazione ritorna, con tutta l'autorevolezza delle Sezioni Unite, sulla tormentata questione della determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità promosse dai curatori fallimentari nei confronti degli amministratori (e degli altri esponenti degli organi) di società fallite⁽¹⁾, con una decisione che, ad una prima impressione, sembra voler mandare in soffitta il criterio giurisprudenziale di quantificazione del danno basato sulla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare, che era molto diffuso in passato, per essere poi progressivamente relegato entro margini sempre più stringenti. Se così fosse, una simile pronuncia finirebbe per "chiudere il cerchio", segnando il passaggio da un sistema sostanzialmente sanzionatorio, il quale riconosceva l'applicazione pressoché generalizzata del criterio del c.d. deficit fallimentare, che oggi possiamo, a ragione, considerare eccessivamente garantista per i creditori, ad una soluzione diametralmente opposta, che rischia di essere sin troppo benevola, se non impropriamente protettiva, nei confronti dei protagonisti delle vicende gestionali, anche illecite, che riguardano la "fase crepuscolare" delle società destinate a fallire.

Prima di ogni valutazione, tuttavia, occorre esaminare attentamente il contenuto della sentenza, al fine di verificare se abbia effettivamente una portata dirompente rispetto al passato o se, piuttosto, si ponga in linea di continuità con più recenti orientamenti giurisprudenziali. Per comprendere, allora, la rilevanza sistematica della decisione in esame, occorre preliminarmente individuare con precisione il suo perimetro di applicazione, partendo dalla questione di diritto devoluta alle Sezioni Unite.

Orbene, il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte riguarda un'azione di responsabilità promossa nei confronti dell'amministratore di una S.r.l. fallita da parte del curatore, il quale gli contestava, da un lato, la distrazione di determinati beni della

società, dall'altro, l'omessa tenuta della contabilità sociale e la mancata redazione di alcuni bilanci d'esercizio, oltre alla violazione di prescrizioni di natura fiscale.

Così delimitata la causa petendi, il Tribunale, con una decisione condivisa dalla Corte d'Appello in sede di gravame, aveva considerato accertato l'inadempimento dell'amministratore ai doveri inerenti la carica ricoperta e, conseguentemente, nel condannarlo al risarcimento, aveva liquidato il danno sulla base del criterio dello sbilancio fallimentare, ritenendo che fosse impossibile ricostruire la reale situazione patrimoniale della società fallita a causa della mancanza delle scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore.

Proposto ricorso per cassazione, la I Sezione della Suprema Corte, ravvisando un'oscillazione della giurisprudenza di legittimità, rimetteva la questione alle Sezioni Unite per chiarire "se, nei giudizi di responsabilità promossi da una curatela fallimentare nei confronti di amministratori di società di capitali fallite, sia o meno corretto liquidare il danno utilizzando il criterio della differenza tra l'attivo ed il passivo accertati nell'ambito della procedura concorsuale, quando la mancanza di scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore, impedisca di ricostruire quale è stato l'effettivo andamento dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento"(2). Già da questa formulazione del quesito è possibile delimitare l'ambito di incidenza della decisione, che riguarda l'individuazione e la liquidazione del danno nelle azioni di responsabilità ex art. 146, comma 2, l.fall. in relazione all'ipotesi specifica della mancanza delle scritture contabili per fatto imputabile all'amministratore della società fallita(3). Cionondimeno, la Suprema Corte sembra volere utilizzare l'occasione per delineare un quadro teorico più ampio in materia di responsabilità dei soggetti preposti alla governance di società fallite entro cui collocare la questione specifica.

Seguendo il percorso logico-argomentativo contenuto nella parte motiva della sentenza, passiamo ad esaminare più analiticamente le problematiche affrontate dalle Sezioni Unite, alla luce delle posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

L'evoluzione giurisprudenziale

La Suprema Corte anzitutto ripercorre gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul tema della determinazione del danno nelle azioni di responsabilità promosse in sede fallimentare, a volte con un'eccessiva sintesi che sacrifica taluni passaggi, comunque significativi, e senza considerare le decisioni dei giudici di merito (il che è comprensibile atteso il tipo di sindacato attivato dal ricorso per cassazione), che pure sono state determinanti nell'evoluzione del "diritto vivente". Invero, in passato, proprio nei tribunali(4) si è sviluppata, con una certa disinvoltura, la tendenza, poi avallata dalla Cassazione, a quantificare il danno derivante da mala gestio in misura corrispondente alla differenza negativa tra l'attivo acquisito ed il passivo accertato nell'ambito della procedura concorsuale, sia nel caso in cui la

mancanza delle scritture contabili, addebitabile all'amministratore, avesse impedito di ricostruire l'effettivo andamento dell'impresa sociale prima della dichiarazione di fallimento(5), sia qualora gli amministratori ed i sindaci avessero, rispettivamente, violato o non vigilato sul dovere di non intraprendere nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società (secondo quanto stabilito dal previgente art. 2449 c.c.), sia, ancora, nell'ipotesi in cui l'illecito comportamento degli organi sociali avesse determinato il dissesto economico e il conseguente fallimento della società(6).

L'applicazione, pressoché generalizzata, del criterio del deficit fallimentare, sebbene giustificata da apprezzabili esigenze di giustizia sostanziale, ha incontrato, da subito, le aspre critiche della più qualificata dottrina(7), che ne segnalava la distonia rispetto ai principi generali operanti nel nostro ordinamento in materia di responsabilità civile. Appariva evidente, infatti, la forzatura da parte dei giudici nel ricostruire il rapporto di causalità, in quanto, commisurando la responsabilità alla differenza negativa tra attivo e passivo fallimentare, si finiva di fatto per invertire l'onere probatorio, così costringendo gli amministratori a fornire la prova, spesso notevolmente difficoltosa, dell'inesistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso: in sostanza ciò si traduceva in una vera e propria probatio diabolica. Dopo qualche timida deviazione dall'indirizzo dominante da parte di alcuni giudici di merito(8), la Cassazione ha progressivamente ridimensionato l'orientamento tradizionale, statuendo che il danno cui deve essere condannato l'amministratore responsabile deve essere puntualmente quantificato in relazione alle conseguenze dirette e immediate delle singole violazioni riscontrate, e cioè deve essere individuato con riferimento al concreto pregiudizio che ciascun atto di gestione ha comportato(9).

In questa direzione, una svolta importante è segnata da due sentenze del 2005(10) (il cui relatore è il medesimo della sentenza in commento), le quali hanno fermamente (ri)affermato, anche nel contesto concorsuale, i principi civilistici in materia di responsabilità, stabilendo che il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare rimane utilizzabile, quale criterio presuntivo, e salva la prova contraria del minor danno, solo nel caso in cui il curatore si trovi nell'assoluta impossibilità di procedere alla ricostruzione delle vicende societarie per la sostanziale mancanza delle scritture contabili, sempre che sia logicamente plausibile che il comportamento illegittimo degli amministratori, in relazione alle circostanze del singolo caso, abbia potuto provocare un danno corrispondente all'intero sbilancio patrimoniale della società, quale accertato in sede concorsuale.

A queste sentenze si è tendenzialmente uniformata la gran parte delle decisioni dei giudici di merito e della Suprema Corte(11), sia pure adottando soluzioni non sempre del tutto omogenee tra loro e talvolta sin anche contraddittorie.

Si è, in ogni caso, consolidato un nuovo indirizzo giurisprudenziale volto ad escludere la possibilità di impiegare in modo diffuso il criterio dello sbilancio fallimentare, che può, invece, trovare applicazione soltanto in via eccezionale, o meglio in termini residuali, allorché non sia possibile addivenire alla prova effettiva del danno arrecato dalla condotta illecita dei soggetti preposti alla gestione ed al controllo di società (poi) fallite. In questa prospettiva, il naturale ambito applicativo del criterio in questione ha finito per essere costituito dalla mancanza delle scritture contabili, imputabile agli esponenti degli organi sociali, tale da non consentire una precisa ricostruzione delle vicende societarie e dei fatti di gestione.

Al tempo stesso, è andata maturando tra i giudici una maggiore sensibilità nell'individuare le tecniche di determinazione del danno risarcibile nelle azioni ex art. 146 l.fall., che ha portato ad affermare criteri di calcolo alternativi, come quello dei netti patrimoniali di periodo⁽¹²⁾, che è apparso più appropriato per quelle ipotesi in cui la condotta gestionale illecita rileva, piuttosto che nella causazione diretta del fallimento, nell'aggravamento del dissesto, allorché gli amministratori sono chiamati a rispondere per avere proseguito l'ordinario esercizio dell'attività produttiva, invece di assumere tempestivamente le iniziative previste dalla legge nel momento in cui si verifica una causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 c.c., di solito rappresentata dalla perdita del capitale sociale rilevante ex artt. 2447 e 2482 ter c.c., oppure in presenza dello stato di insolvenza della società. Secondo questa impostazione, in caso di inerzia colpevole, nel dare impulso alla liquidazione, da parte dell'amministratore, il quale non si è limitato ad una gestione meramente conservativa del patrimonio sociale ai sensi dell'art. 2486 c.c., e maggiormente, in presenza di una situazione di insolvenza, non si è attivato per richiedere il fallimento della società, il danno può essere quantificato nella misura differenziale tra il saldo del patrimonio netto risultante dal bilancio nel momento in cui l'amministratore acquisisce o avrebbe dovuto acquisire consapevolezza del dissesto e quello all'atto della dichiarazione di fallimento, rettificando il primo in modo da fare emergere la perdita allora già maturata e tenendo conto della diminuzione di valore che il patrimonio, presumibilmente, avrebbe comunque subito qualora fossero stati assolti senza indugio gli obblighi di legge⁽¹³⁾.

Un ulteriore affinamento dell'elaborazione teorico-pratica è rappresentato dalla tendenza, rinvenibile in talune sentenze più recenti⁽¹⁴⁾, a ricondurre le metodologie di quantificazione approssimativa del danno da mala gestio nell'ambito del paradigma della liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c., così da consentirne un unitario inquadramento sistematico.

Rispetto a questo quadro giurisprudenziale, che sembra essersi delineato in maniera alquanto definita, un elemento diacronico - a giudizio dell'ordinanza di rimessione - è stato introdotto da due recenti sentenze del 2011⁽¹⁵⁾, le quali, pur riconoscendo che

nelle azioni in questione compete all'attore fornire la prova dell'esistenza del danno, del suo ammontare e del fatto che esso sia stato causato dal comportamento illecito del convenuto, hanno ritenuto che, quando la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili renda impossibile al curatore dimostrare il predetto nesso di causalità, si verifichi un'inversione dell'onere della prova: in questo caso, la condotta dell'amministratore, integrando la violazione di specifici obblighi di legge, sarebbe di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale. Proprio in relazione a queste ultime pronunce va apprezzato principalmente il contributo chiarificatore della sentenza in commento.

Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte

Pronunciandosi sulla specifica questione sollevata, le Sezioni Unite, nell'esercizio della funzione nomofilattica sancita dall'art. 363 c.p.c., hanno affermato un principio di diritto solo in parte innovativo rispetto alla più recente giurisprudenza di legittimità, che - da un punto di vista concettuale - si articola in tre parti, le quali possono essere considerate autonomamente l'una dall'altra.

Con la prima affermazione di principio, la Suprema Corte ha preliminarmente chiarito che "nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti dell'amministratore della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile devono essere operate avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento".

Sulla base di questa puntualizzazione inerente l'onere di allegazione che incombe sulla curatela attrice, la seconda parte del principio enunciato dalla Cassazione statuisce che "nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare".

"Tale criterio" - arrivando al passaggio di chiusura dell'enunciato di diritto - può "essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto". Su queste premesse, le Sezioni Unite intervengono su quello che ha finora rappresentato pacificamente il principale ambito di applicazione del criterio del deficit fallimentare, ossia la violazione da parte dell'amministratore degli obblighi relativi

alla tenuta della contabilità sociale, circoscrivendo in maniera così rigorosa la sua operatività, al punto da farne dubitare l'effettiva fruibilità.

I vari profili dell'enunciato di diritto vanno esaminati separatamente, sebbene il primo, che riguarda l'onere di allegazione, si ponga in rapporto di strumentalità rispetto al secondo, relativo al criterio di liquidazione del danno, che allora - a ben vedere - costituisce il vero enunciato di principio della sentenza.

Per comprendere compiutamente la portata del principio giuridico affermato dal Supremo Collegio, è necessario considerare gli argomenti tecnici posti a fondamento della decisione, la quale, per un verso, ribadisce i principi civilistici in materia di responsabilità, che l'autorevole Relatore aveva già affermato nelle due precedenti sentenze del 2005, per altro verso, sviluppa argomentazioni giuridiche, in parte nuove, di carattere essenzialmente processuale. Focalizzando l'attenzione sui passaggi salienti della sentenza, occorre segnalare che la Corte ha opportunamente evidenziato che la questione relativa alla quantificazione dei danni nelle azioni di responsabilità non può essere affrontata in termini generali, il che val quanto dire che non sono ammissibili automatismi, come del resto già acquisito a livello dottrinale e giurisprudenziale⁽¹⁶⁾, occorrendo piuttosto considerare i diversi illeciti contestati all'amministratore, riferibili all'inadempimento di obblighi specifici imposti dalla legge o dall'atto costitutivo e dallo statuto oppure riconducibili alla violazione del dovere di gestire diligentemente la società.

In questa prospettiva, la Suprema Corte precisa che il quesito concerne non solo una questione di onere della prova del danno e del nesso di causalità, ma anche, e ancor prima, il profilo dell'allegazione, che della prova costituisce l'antecedente logico, secondo un'impostazione metodologica (che quasi possiamo dare per scontata) riassumibile nel noto brocardo latino "iudex iuxta alligata et probata iudicare debet"⁽¹⁷⁾. Seguendo tale premessa, la Cassazione arriva ad escludere, in via di principio, l'applicazione del criterio dello sbilancio fallimentare in caso di mancanza delle scritture contabili, così da ridimensionare l'orientamento che si era diffuso tra giudici di legittimità e di merito, da un lato, valorizzando l'onere di allegazione che grava sull'attore, dall'altro, sminuendo il principio giurisprudenziale di vicinanza o prossimità della prova, che pure è stato invocato in alcune più recenti sentenze in materia. La Corte, poi, nella parte finale della pronuncia giunge ad un certo temperamento di quanto nella stessa precedentemente affermato, là dove riconosce che, nell'ambito della liquidazione equitativa del danno, qualora ne ricorrano le condizioni, possa essere presa in considerazione (anche solo in parte) la differenza negativa tra attivo e passivo fallimentari, purché siano indicate dall'attore le ragioni che non hanno consentito la precisa indicazione del danno (si pensi, ad esempio, alla distruzione dei documenti contabili da parte dell'amministratore) e l'applicazione di siffatto criterio sia coerente rispetto al caso concreto, così riconoscendo che, in

determinate ipotesi, siano più pertinenti diverse metodologie di quantificazione del danno.

La sentenza in esame, quindi, collocandosi nel solco tracciato dalle più recenti pronunce della Cassazione in materia di responsabilità degli amministratori di società, conferisce un sigillo di autorevolezza (quello che è proprio delle statuizioni delle Sezioni Unite) ad un rigoroso indirizzo, che già da tempo si è andato affermando anche tra i giudici di merito, al quale cerca di offrire, secondo una visione sistematica, una più solida base teorica, non immune da qualche forzatura.

La valorizzazione dell'onere di allegazione

L'argomento giuridico davvero innovativo offerto dal Supremo Collegio è quello, di natura strettamente processuale, relativo all'onere di allegazione che incombe sull'attore⁽¹⁸⁾, al quale sembra ricorrere per contrastare la tendenza diffusa nelle aule dei tribunali a semplificare oltremodo l'articolazione della causa petendi da parte delle curatele attrici. In tal senso, la Corte, nel ricordare il pacifico convincimento secondo il quale il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve provare la fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte⁽¹⁹⁾, sostiene che ciò valga anche per le obbligazioni di mezzi⁽²⁰⁾, tra cui quelle di comportamento che riguardano l'amministratore di società e, quindi, acquista rilevanza centrale rispetto al relativo giudizio di responsabilità, senza distinzione tra l'azione sociale e quella dei creditori. In questa prospettiva, l'attore, pur non dovendo provare l'inadempimento del convenuto, deve nondimeno individuarlo puntualmente e allegarlo, oltre ovviamente a dover provare il danno che ne consegue e il nesso di causalità⁽²¹⁾.

Sebbene, in linea teorica, quanto affermato in sentenza sia condivisibile, occorre chiedersi quale tra gli inadempimenti dell'amministratore di società, che la curatela attrice deve allegare, sia astrattamente efficiente a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit fallimentare.

Una simile portata - sostiene la Suprema Corte - può essere riconosciuta soltanto a violazioni del dovere di diligenza nella gestione dell'impresa così generalizzate da far pensare che proprio a cagione di esse si sia eroso l'intero patrimonio e siano scaturite le perdite registrate dal curatore o, comunque, a quei comportamenti che possano configurarsi come la causa stessa del dissesto sfociato nell'insolvenza; ma già se queste

violazioni abbiano soltanto aggravato il dissesto, unicamente tale aggravamento potrebbe essere ricollegato a quelle violazioni e rilevare sul piano risarcitorio.

Qualora, invece, come si legge sempre nella sentenza in esame, una tale ampiezza di effetti dell'inadempimento allegato non sia neppure teoricamente concepibile, la pretesa d'individuare il danno risarcibile nella differenza tra passivo e attivo patrimoniale, accertati in sede fallimentare, risulta priva di ogni base logica e giuridica. D'altra parte, come opportunamente ricordato dalla Corte, occorre tenere presente che le perdite non possono mai essere considerate un sintomo o una conseguenza delle violazioni contestate all'amministratore, il quale non deve certo garantire risultati positivi nell'esercizio dell'impresa, così come - è opportuno aggiungere - le sue scelte imprenditoriali non sono sindacabili nel merito, secondo quanto postulato dalla business judgment rule⁽²²⁾.

Ciò porta, quindi, la Cassazione, in piena coerenza con le premesse, ad escludere che il deficit fallimentare venga automaticamente posto a carico dell'amministratore, tanto come conseguenza della violazione del generale obbligo di diligenza nella gestione dell'impresa sociale, quanto come conseguenza della violazione di doveri specifici potenzialmente idonei a determinare soltanto effetti altrettanto specifici e ben delimitati. Pertanto, in presenza della distrazione di alcuni beni della società, come avvenuto nel caso di specie, il danno non può che essere commisurato al valore di quei beni o al vantaggio che l'impresa avrebbe potuto ricavarne.

Invece, la mancata redazione delle scritture contabili (così come dei bilanci d'esercizio) di per sé non è fonte di danno risarcibile, in quanto la contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività d'impresa, non li determina; ed è da quegli accadimenti che deriva il deficit patrimoniale, non certo dalla loro (mancata o scorretta) registrazione contabile. Di conseguenza, secondo la Corte, qualora l'attore non allegi un inadempimento del convenuto almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno di cui pretende il risarcimento⁽²³⁾, si finirebbe per attribuire impropriamente a quest'ultimo una funzione essenzialmente sanzionatoria, non consentita da alcuna norma di legge (cfr. art. 25 Cost.)⁽²⁴⁾ e addirittura in contrasto con principi di valenza internazionale⁽²⁵⁾.

In sostanza, le Sezioni Unite richiamano la basilare regola processuale, secondo cui *iudex secundum alligata iudicare debet*, per conferire un più solido fondamento giuridico ad un orientamento ormai consolidato, pretendendo dall'attore un più coerente e rigoroso comportamento processuale.

Mancanza delle scritture contabili e danno risarcibile

L'impostazione della sentenza, in via teorica, non può che essere condivisa, ma induce a domandarsi cosa, in concreto, debba costituire oggetto di allegazione, ossia quale sia

l'inadempimento che, come causa efficiente del danno, deve allegare la curatela fallimentare allorché agisca in responsabilità contro l'amministratore della società fallita. Sul punto richiamato, la tesi sostenuta dalla Corte non appare del tutto esplicita. Non vi è dubbio che non sia sufficiente il generico riferimento alla violazione del dovere di diligenza professionale a cui è tenuto l'amministratore di società, occorrendo indicare specifiche violazioni, che siano coerentemente ricollegabili al danno subito dalla società e dai relativi creditori. In tal senso, il riferimento all'imputabilità di singole condotte illecite, intorno alle quali costruire gli oneri di allegazione e di prova, risponde ai principi generali di diritto civile che regolano la responsabilità contrattuale e da inadempimento.

Tuttavia, quando si tratta di gestione (societaria) occorre distinguere tra atto e attività: l'inadempimento può senz'altro avere ad oggetto un atto illecito specifico che sia fonte immediata e diretta di un danno risarcibile, ma può riguardare anche lo svolgimento dell'attività gestionale o di parte di essa, ossia ben può riferirsi ad una serie coordinata di atti legati da una funzione unitaria (secondo la nozione tecnica di attività⁽²⁶⁾). Pertanto, anche la violazione del dovere di tenere la contabilità, in determinate circostanze, non può essere considerata avulsa da altri comportamenti illeciti, i quali, appunto, hanno materialmente prodotto l'evento dannoso; anzi, la violazione inerente la contabilità sociale può talvolta assumere una connotazione strumentale rispetto ad atti illeciti pregiudizievoli, nel senso che può essere finalizzata ad occultarli. In questi termini, quindi, si è in presenza di una complessiva sequenza di atti illeciti, che, considerata unitariamente, può ritenersi fonte di danno, in quanto il successivo illecito, relativo alla contabilità, è strumentale rispetto a quello precedente che ha direttamente determinato il danno⁽²⁷⁾.

In tal caso, allora, non sembra sia da escludere che il contenuto dell'onere di allegazione possa essere riferito anche soltanto alla mancanza delle scritture contabili imputabile all'amministratore qualora vi siano elementi che consentano di considerare gli illeciti teleologicamente connessi.

E a tal proposito il collegamento funzionale tra i diversi illeciti può essere desunto da una serie di elementi indiziari e presuntivi: ad esempio, considerando soprattutto il contesto temporale delle violazioni relative alla contabilità, rileva l'approssimarsi di una situazione di dissesto e la vicinanza alla dichiarazione di fallimento, ma anche l'ingiustificato depauperamento patrimoniale che può emergere da un confronto tra i dati di bilancio (da cui risultano, ad esempio, ammortamenti e svalutazioni arbitrari) e l'inventario redatto dal curatore, nonché la condotta complessiva dell'amministratore, specie relativa all'ultimo periodo di gestione prefallimentare.

D'altra parte, appare incontestabile che di solito la sottrazione o distruzione delle scritture contabili, così come talvolta anche l'omessa redazione delle stesse, non è fine a se stessa, ma è quasi sempre funzionale a non consentire ai terzi l'individuazione di atti dannosi di mala gestio⁽²⁸⁾.

Occorre, dunque, evitare un'eccessiva enfaticizzazione dell'onere di allegazione, che porti a pretendere dall'attore una vera e propria *alligatio diabolica*, richiedendogli di rappresentare in giudizio avvenimenti gestionali di cui non ha, né può avere, conoscenza a causa di un'attività di occultamento posta in essere dall'amministratore(29).

Ciò risponde, anzitutto, a un elementare principio di buon senso, che assume puntuale rilevanza sul piano giuridico, secondo cui nessuno può trarre vantaggio dal proprio fatto illecito. È proprio questa, invece, la conseguenza paradossale alla quale si arriverebbe qualora si aggravasse l'onere di allegazione della curatela attrice, finendo in sostanza per riconoscere, quale esimente, l'assenza delle scritture contabili imputabile all'amministratore, il quale abbia in tal modo reciso volontariamente la sequenza causale tra comportamento illecito e danno.

La svalutazione del principio di vicinanza della prova

Costituisce un dato acquisito che l'attore, oltre a dover allegare l'inadempimento (specifico) del convenuto, ossia la condotta illecita che idealmente ha cagionato il danno risarcibile, deve fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra la condotta e l'evento dannoso, mentre il convenuto deve provare di avere regolarmente adempiuto le proprie obbligazioni.

La dove, tuttavia, il curatore che esercita l'azione di responsabilità contro l'amministratore della società fallita sia in grado soltanto di allegare l'illecito relativo alla tenuta della contabilità sociale, non potendo diversamente ricostruire ciascun atto dannoso di mala gestio, anche per quanto riguarda la prova del danno e del nesso eziologico, occorre ricorrere a procedure che sottendono l'impossibilità di una loro precisa individuazione, quale è il sistema delle presunzioni. In questa direzione muovono quelle sentenze più recenti della Cassazione, le quali, pur non discostandosi dall'orientamento prevalente, in caso di mancanza delle scritture contabili, presumendo l'esistenza del danno e del nesso di causalità, sostengono un'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministratore convenuto in giudizio.

In tal senso, il ricorso alle presunzioni (che devono essere gravi, precise e concordanti ai sensi dell'art. 2729 c.c.), circa la sussistenza del nesso eziologico, si giustifica allorché la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, tenuto conto del rilievo che assume, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, la "vicinanza della prova" stessa, cioè l'effettiva possibilità per l'una o l'altra parte di offrirla, secondo quanto affermato in giurisprudenza a partire dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 2001(30), la quale ha chiarito che

è il debitore che deve provare di avere correttamente adempiuto le sue obbligazioni e non, viceversa, il creditore a dover provare l'inadempimento.

Una volta posto il problema nei termini indicati, non sembra pienamente da condividere la presa di posizione delle Sezioni Unite, che tendono ad escludere la rilevanza del principio di prossimità della prova, ritenendo che vi sarebbe un disallineamento delle suddette pronunce, le quali, con riguardo a vicende analoghe a quella trattata in questa sede, sono arrivate ad affermare un'inversione dell'onere della prova. In realtà, tali decisioni, in una logica di maggiore affinamento dell'elaborazione teorica, hanno recepito il principio di vicinanza della prova, per addivenire ad un sostanziale aggravamento dell'onere probatorio a carico del convenuto.

Non sembra neppure che queste pronunce siano inconciliabili con l'indirizzo dominante, volto ad applicare come *extrema ratio* il criterio del deficit fallimentare.

Invero, queste sentenze, in modo spesso condivisibile, hanno ritenuto che la mancanza (o l'irregolarità) delle scritture contabili impedirebbe al curatore che agisce in responsabilità contro l'amministratore della società fallita di ricostruire, e perciò di provare con sufficiente precisione, il danno sofferto dal patrimonio della medesima società (e dai suoi creditori), onde si giustifica lo spostamento dell'onere della prova del danno e del nesso di causalità in capo al convenuto, giacché è proprio l'illegittimo comportamento di costui ad impedire all'attore di assolvere a quell'onere.

In questa prospettiva, il nesso eziologico può essere ricondotto, in via presuntiva, alla mancata tenuta delle scritture contabili, attraverso cui l'amministratore abbia reso non conoscibili gli atti di gestione e, in particolare, quelli illeciti e pregiudizievoli.

A ciò si aggiunga che il ricorso al principio di vicinanza della prova è tanto più pertinente con riguardo al curatore fallimentare che agisce ex art. 146 l.fall., il quale è terzo rispetto al rapporto gestorio intercorso tra amministratore e società (poi) fallita, subentrando soltanto in un secondo momento nell'amministrazione del patrimonio sociale. Ovviamente, però, come si legge nella sentenza, pur in mancanza delle scritture contabili, il curatore deve comunque attivarsi per verificare aliunde la condotta illecita fonte di danno imputabile all'amministratore(31).

Il paradigma della liquidazione equitativa del danno

Nonostante il rigore preteso dalle Sezioni Unite, resta il fatto che la mancanza delle scritture contabili rende in molti casi oggettivamente difficile, se non addirittura impossibile, per il curatore fallimentare la quantificazione del danno, che sia di volta in volta riconducibile ad un determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita.

Di ciò sembra rendersi conto la stessa Cassazione, nel momento in cui, nella parte finale della sentenza in commento, non senza una qualche contraddizione rispetto a

quanto precedentemente sostenuto, recupera il criterio del deficit fallimentare, riconducendolo nell'ambito della liquidazione equitativa del danno⁽³²⁾.

In tal senso la Corte, ridimensionando in parte il proprio enunciato, riconosce che "lo stesso curatore potrà invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art. 1226 c.c. e perciò chiedere al giudice di provvedere alla liquidazione del danno in via equitativa", e prosegue ritenendo che "né può escludersi che, proprio avvalendosi di tale facoltà di liquidazione equitativa, il giudice tenga conto in tutto o in parte dello sbilancio patrimoniale della società, quale registrato nell'ambito della procedura concorsuale". Tuttavia, richiamando i propri precedenti del 2005, precisa che "per evitare che ciò si traduca nell'applicazione di un criterio affatto arbitrario, sarà pur sempre necessario indicare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto".

Pertanto, la Corte riconosce al curatore la possibilità di richiedere una liquidazione del danno ex art. 1226 c.c., eventualmente - temperando così quanto aveva prima statuito - anche tenuto conto, in tutto o in parte, dello sbilancio patrimoniale della società, come registrato nell'ambito della procedura concorsuale, sia pur affermando - ed ecco che torna di nuovo una impostazione rigorosa - la necessità di precisare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, considerando le circostanze del caso concreto.

L'aspetto di grande rilievo che emerge dalla decisione in commento è l'inquadramento del criterio dello sbilancio fallimentare nell'ambito del paradigma della liquidazione equitativa, al quale sono riconducibili anche altre metodologie di calcolo, come evidenziato di recente anche in dottrina⁽³³⁾.

Attraverso tale collocazione sistematica, la Corte riconosce che sia possibile utilizzare anche soltanto in parte il dato della differenza tra passivo e attivo fallimentare, cosicché quell'importo differenziale rappresenta il tetto massimo a cui può arrivare il risarcimento, lasciando dunque ampi margini valutativi al giudice, il quale può decidere di condannare l'amministratore al pagamento di un importo più contenuto, a seconda del caso concreto. Inoltre, la Cassazione invita a dare conto delle ragioni ostative che non hanno consentito la prova puntuale dell'inadempimento, come appunto si deve ritenere possano essere l'occultamento, la distruzione o la mancata redazione delle scritture contabili in prossimità della dichiarazione di fallimento.

Infine, la Corte, richiedendo di considerare la plausibilità logica del ricorso al criterio dello sbilancio fallimentare, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, sottintende che in determinati casi sia più coerente adottare tecniche di calcolo

differenti, come quella dei netti patrimoniali di periodo, comunque riconducibile nell'ambito del sistema di liquidazione equitativa del danno⁽³⁴⁾, allorché l'amministratore abbia proseguito nel normale svolgimento dell'attività produttiva pur in presenza di una causa di scioglimento, invece di limitarsi ad una gestione meramente conservativa e di dare impulso alla liquidazione della società, oppure, in caso di insolvenza irreversibile, qualora non si sia attivato per tempo al fine di far dichiarare il fallimento della società. Proprio l'invito ad una maggiore coerenza logica consente di affermare che se in bilancio sono iscritte immobilizzazioni materiali per un dato ammontare e dall'inventario redatto dal curatore non risultano beni di pari valore, per quantificare il danno, piuttosto che utilizzare il criterio del deficit fallimentare, basta semplicemente considerare la differenza tra le due poste indicate, come emerge dalla casistica giurisprudenziale⁽³⁵⁾.

Pertanto, i giudici di merito che si erano occupati del caso sottoposto poi all'attenzione della Suprema Corte avevano indubbiamente adottato una soluzione semplicistica, non corretta alla luce dei risultati acquisiti sul piano teorico-pratico, perché, rispetto alla distrazione di attività patrimoniali della società contestata e allegata dal curatore fallimentare, hanno applicato automaticamente il criterio dello sbilancio fallimentare, dando rilievo alla mancanza delle scritture contabili, nonostante nell'ipotesi considerata il danno fosse determinato.

La portata sistematica della sentenza

In conclusione, ci si trova in presenza di una sentenza di carattere prevalentemente procedurale o procedimentale, che definisce l'iter logico-argomentativo che occorre seguire nei giudizi di responsabilità contro gli amministratori di società fallite, con specifico riferimento alla determinazione del danno risarcibile. A questo proposito, la pronuncia esprime un'opzione decisamente favorevole ad un'articolazione tipologica dei vari illeciti che sono fonte di responsabilità e ad una puntuale e rigorosa allegazione e prova del corrispondente danno provocato, per poi esaminare la fattispecie più problematica che riguarda le violazioni degli obblighi relativi alla contabilità sociale.

Su questa ipotesi, l'apporto nomofilattico della Corte è più incisivo nella parte in cui esclude che la mancanza delle scritture contabili possa automaticamente comportare una liquidazione del danno corrispondente alla differenza attivo-passivo fallimentare, per l'ovvia considerazione che le scritture contabili registrano gli accadimenti economici, ma non li determinano, per cui "il fatto che l'amministrazione sia venuta meno ai suoi doveri di corretta redazione e di conservazione della contabilità non giustifica che venga posto a suo carico l'onere di provare la non dipendenza di quel deficit patrimoniale da inadempimento, da parte sua, di ulteriori ma non meglio specificati obblighi". Un tale criterio di quantificazione, per così dire radicale e semplificativo, può essere utilizzato soltanto come extrema ratio, ma non in via immediata e diretta, bensì attraverso il filtro della valutazione equitativa di cui all'art.

1226 c.c. Eppure anche in tal caso occorre fissare i "paletti" imprescindibili per un corretto giudizio, che resta pur sempre di diritto, sebbene sia caratterizzato da equità suppletiva e integrativa(36).

Nei termini ricostruiti, la sentenza è sostanzialmente da apprezzare, essendo del resto in linea con gli orientamenti oramai da tempo prevalenti, anche se potrebbe rilevarsi, per un verso, una certa tendenza a ridimensionare le responsabilità degli esponenti degli organi sociali persino in situazioni estreme in cui traspare una diretta responsabilità nella scomparsa delle scritture contabili, per altro verso, una intrinseca genericità nel definire il percorso di una liquidazione equitativa che non contraddica le premesse precedentemente denunciate.

Le rilevate ambiguità sono del resto il frutto di una qualche sovrapposizione tra due profili di indagine teoricamente distinti e cioè l'accertamento della responsabilità e la quantificazione del danno. I due aspetti sono evidentemente correlati ma rilevano in termini differenti sul piano degli oneri di allegazione e di prova. L'individuazione della responsabilità contrattuale compete agli organi fallimentari, ma sono poi gli amministratori a dovere dimostrare il rispetto dei relativi obblighi e che l'inadempimento è stato dovuto a cause ad essi non imputabili. Diversamente, nella quantificazione del danno l'onere della prova è tutto a carico del curatore fallimentare e va ricostruito analiticamente in ragione delle singole trasgressioni, non essendo consentito percorrere "scorciatoie", se non in casi estremi di gravi e conclamate responsabilità. Come emerge da quanto riferito il percorso logico da seguire resta alterno e variegato al punto da far sorgere consistenti dubbi sulla idoneità della sentenza a orientare definitivamente, e occorrerebbe dire razionalmente, il complesso contenzioso in materia.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Per una sintesi del relativo dibattito si veda A. Jorio, La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità, in *Giur. comm.*, 2011, I, 149 ss.; sia consentito, altresì, rinviare a P.P. Ferraro, Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare, in N. Abriani - J.M. Embid Irujo (diretto da), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Granada, 2013, 343 ss.

(2) Cass. 3 giugno 2014, n. 12366, in www.giustiziacivile.com.

(3) Ovviamente, come si legge nella stessa sentenza (ma è quasi superfluo precisarlo), il discorso, che riguarda in generale le società di capitali (e cooperative), non è rivolto solo agli amministratori, ma può essere esteso anche ai componenti degli organi di controllo e ai direttori generali. Occorre, altresì, evidenziare che la decisione in esame, sebbene intervenga su una vicenda regolata dalla disciplina anteriore alle riforme organiche del diritto societario e della legge fallimentare, va, tuttavia, riferita anche alle fattispecie rientranti nel regime vigente, sia pur tenendo presente che con il nuovo

assetto normativo, da un lato, le azioni di responsabilità sono, in parte, diversamente disciplinate per le società azionarie e la S.r.l., per la quale non è più prevista l'azione dei creditori sociali, dall'altro, l'art. 146 l.fall., come modificato, riconosce espressamente in capo al curatore fallimentare un'autonoma legittimazione ad esperire, nell'interesse della massa dei creditori, le azioni di responsabilità contro gli esponenti degli organi di società fallite, così consentendo di superare buona parte delle incertezze che si ponevano in passato in relazione alle azioni risarcitorie relative alle società in bonis contemplate dal codice civile. Per una disamina degli aspetti problematici che si ponevano in passato, si veda, in luogo di molti, A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G.E. Colombo - G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 9**, Torino, 1993, 370 ss.; con riguardo alla disciplina riformata, si consulti, fra gli altri, V. Caridi, *Commento ad art. 146*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, Torino, 2010, 1899 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(4) Si vedano, tra le pronunce di merito, App. Milano 11 marzo 1986, in *Società*, 1986, 1098; App. Bologna 5 febbraio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2284; Trib. Catania 30 agosto 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, 228; Trib. Torino 14 maggio 1991, in *Fall.*, 1991, 867.

(5) Cass. 4 aprile 1977, n. 1281, in *Giur. comm.*, 1977, II, 449; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Società*, 1986, 505.

(6) Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Dir. fall.*, 1998, II, 878, con nota di G. Ragusa Maggiore, *Ancora su nuove operazioni e responsabilità degli organi sociali in sede fallimentare*; Cass. 8 febbraio 2000, n. 1375.

(7) Si vedano, fra gli altri, A. Bonsignori, *Il fallimento delle società*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, X, Padova, 1986, 262 s.; P.G. Jaeger, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 548 ss.; L. Panzani, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Fall.*, 1989, 973 ss.; più di recente, E. Gabrielli, *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 7 ss.; S. Ambrosini, in S. Ambrosini - G. Cavalli - A. Jorio (a cura di), *Il fallimento*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, Padova, 2009, 757 ss.; nonché, M. Spiotta, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in A. Jorio - M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze normative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 858; in termini meno critici, G. Guizzi, *L'art. 146 l. fall. nel sistema delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società. Un falso problema?*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 944; N. Rondinone, *La responsabilità per*

l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario, in *Fall.*, 2005, 59.

(8) Cfr. Trib. Genova 6 aprile 1993, in *Fall.*, 1993, 1263; Trib. Torino 24 dicembre 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 361; Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Società*, 1995, 1597; App. Bologna 5 febbraio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2284.

(9) Fra le altre, Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Dir. fall.*, 1998, II, 878, con nota di G. Ragusa Maggiore, Ancora su nuove operazioni e responsabilità degli organi sociali in sede fallimentare; Cass. 2 novembre 1998, n. 10937; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di V. Salafia, Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali; Cass. 4 aprile 1998, n. 3483, in *Dir. fall.*, II, 1999, 1032; App. Bologna 12 gennaio 2004, in *Fall.*, 2005, 37; Trib. Napoli 4 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1243; Trib. Catania 1° settembre 2000, in *Fall.*, 2001, 1127; Trib. Milano 10 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2001, I, 2, 1898; Trib. Como 16 giugno 2001, *ivi*, 2002, I, 2, 568; Trib. Napoli 22 gennaio 2002, in *Giur. napoletana*, 2002, 191; Trib. Milano 20 febbraio 2003, in *Fall.*, 2003, 268; Trib. Milano 30 ottobre 2003, *ivi*, 2005, 45.

(10) Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032, in *Foro it.*, I, 2006, 1898; Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637.

(11) Così, ex multis, Cass. 23 luglio 2007, n. 16211, in *Società*, 2008, 1364; Cass. 22 aprile 2009, n. 9616; Cass. 8 luglio 2009, n. 16050, in *Società*, 2010, 407; Cass. 4 luglio 2012, n. 11155, in *Giur. it.*, 2013, 1105; Cass. 11 luglio 2013, n. 17198; App. Torino 31 dicembre 2012, in *Fall.*, 2013, 372; Trib. Torino 15 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1859; Trib. Marsala 2 maggio 2005, in *Fall.*, 2006, 461; Trib. Torino, 6 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1858; Trib. Milano 29 marzo 2006, in *Corr. mer.*, 2007, 1, 42; Trib. Salerno 25 ottobre 2006, *ibidem*, 74; Trib. Milano 14 novembre 2006, in *Società*, 2007, 864; Trib. Torino 12 gennaio 2009, in *Fall.*, 2010, 35; Trib. Milano 27 aprile 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2466; Trib. Milano 14 ottobre 2009; Trib. Milano 24 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1329; Trib. Milano 10 marzo 2010, in *Società*, 2010, 774; Trib. Milano 31 gennaio 2014, in *Fall.*, 2014, 597.

(12) Si vedano, ad esempio, Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 71; App., Torino, 12 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 1003; Trib. Marsala 2 maggio 2005, *ivi*, 2006, 461; Trib. Torino 12 gennaio 2009, *ivi*, 2010, 35; Trib. Padova 24 giugno 2009, *ibidem*, 729; Trib. Milano 3 febbraio 2010; Trib. Milano, 18 gennaio 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, 391; Trib. Catania, 22 gennaio 2015, in www.ilcaso.it; in dottrina, fra gli altri, A. Jorio, La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità, *cit.*, 155 ss.; D. Galletti, Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali di periodo" nelle azioni di responsabilità, in www.ilcaso.it, doc. n.

215/2010, 1 ss.; P.P. Ferraro, Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare, cit., 350 ss.

(13) In questo modo il danno viene quantificato più precisamente in base alla somma algebrica delle conseguenze economiche di vicende positive e negative che trova riscontro nei saldi di periodo, i quali indicano l'evoluzione in peius del patrimonio netto della società nell'arco di tempo considerato, il cui peggioramento deriva dall'illegittima prosecuzione dell'attività d'impresa.

(14) Cfr. Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538, cit.; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032, cit.; Cass. 4 luglio 2012, n. 11155, cit.; Cass. 11 luglio 2013, n. 17198, cit.; App. Roma 14 marzo 2000, in Gius., 2000, 1879; Trib. Roma 10 febbraio 1987, in Dir. fall., 1988, II, 338; Trib. Genova 24 novembre 1997, cit.; Trib. Catania 29 settembre 2000, cit.; Trib. Milano 30 ottobre 2003, cit.; Trib. Milano 29 marzo 2006, cit.; Trib. Bologna 22 maggio 2007, in Guida dir., 2007, 82; Trib. Milano, 6 marzo 2013, in Società, 2014, 219; Trib. Milano 31 gennaio 2014, cit.

(15) Cass. 11 marzo 2011, n. 5876; Cass. 4 aprile 2011, n. 7606, in Danno e resp., 2012, 48.

(16) Cfr. P.P. Ferraro, Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare, cit., 356 ss., anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(17) Sulla distinzione tra allegazione e prova, che vincolano il giudice sulla base di un diverso fondamento logico, si vedano, tra gli altri, B. Cavallone, Il giudice e la prova nel processo civile, Padova, 1991, 3 ss. e 289 ss.; M. Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Milano, 1962, 305 ss.

(18) In generale sull'allegazione, si consulti, fra gli altri, L.P. Comoglio, Allegazione, in Dig. disc. priv., sez. civ., I, Torino, 1987, 272 ss.; D. Buoncristiani, L'allegazione dei fatti nel processo civile, Torino, 2001.

(19) Così Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in Giust. civ., 2002, I, 1934.

(20) Si veda Cass., SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15781, in Europa e dir. priv., 2006, 781, con nota di A. Nicolussi, Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi; con specifico riferimento alla responsabilità medica, Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in Giur. It., 2008, 1653, con nota di A. Citti, Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato.

(21) Specie con riguardo al nesso di causalità, si rinvia, fra i molti, a G. Visintini, Risarcimento del danno, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, II ed.,

IX, Torino, 1999, 252; F. Realmonte, *Il rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405.

(22) Si vedano, ad esempio, Cass., 16 gennaio 1982, n. 280, in *Dir. fall.*, 1982, II, 664; Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2780; Cass., 28 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, 246; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409. Per approfondimenti, si consulti C. Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 ss.; L. Enriques, *Il nuovo diritto societario nelle mani dei giudici: una ricognizione empirica*, in *Stato e mercato*, 2001, 75 ss.; R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 186 ss. e 297 ss.; più di recente, C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008; C. Amatucci (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014.

(23) Cfr. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

(24) Si vedano, fra gli altri, R. Rordorf, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Società*, 1993, 617; S. Di Amato, *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallimentare alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 66 s.

(25) Il riferimento è all'art. 7 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

(26) Sulla nozione giuridica di attività, si veda, per tutti, G. Auletta, voce *Attività (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 981 ss. La rilevanza che, nel diritto dell'impresa, riveste il concetto dinamico di attività, in contrapposizione ad una considerazione atomistica del singolo atto, è autorevolmente rimarcata da P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 188 ss.; C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 189 ss.

(27) Cfr. A. Patti, *La determinazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità per la perdita del capitale sociale*, in *Fall.*, 2013, 173; M. Vitiello, *Il danno risarcibile nelle azioni di responsabilità della curatela*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 163.

(28) È pacifico che le violazioni che riguardano le scritture contabili, sebbene abbiano una rilevanza penale, non sono di per sé fonte di danno risarcibile, a meno che non siano connesse ad altri inadempimenti dannosi: cfr. Cass. 20 giugno 2000, n. 8368, in *Fall.*, 2001, 745; Cass. 8 marzo 2000, n. 2624, in *Foro it.*, 2001, I, 627; Trib. Milano 7 giugno 2001, in *Giur. milanese*, 2001, 63; Trib. Ivrea 29 gennaio 2004, in *Società*, 2004, 1564.

(29) In caso di fallimento della società, il curatore che agisce in responsabilità contro l'amministratore non è parte contrattuale, ma è terzo, per cui spesso non solo non

dispone di adeguati elementi probatori, ma neppure è a conoscenza dei fatti di gestione, che si sono svolti prima della sua designazione come organo della procedura concorsuale.

(30) Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit. A questa sentenza si è uniformata la giurisprudenza unanime della Suprema Corte: si vedano, in particolare, Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giust. civ.*, 2002, I, 978; Cass. 21 febbraio 2003, n. 2647; Cass. 1° aprile 2004, n. 6395, in *Giust. civ.*, I, 448; Cass. 13 giugno 2006, n. 13674; Cass. 26 gennaio 2007, n. 1743, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2121; Cass. 11 novembre 2008, n. 26953; Cass. 3 luglio 2009, n. 15677; Cass. 20 gennaio 2010, n. 936, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 186; Cass. 15 luglio 2011, n. 15659.

(31) Così, ad esempio, se il collegio sindacale ha puntualmente riportato nel libro relativo alle sue riunioni tutti gli aspetti di criticità della gestione sociale, nonostante sia sparita la documentazione contabile, il curatore può essere comunque in grado di ricostruire la condotta illecita imputabile agli amministratori, in modo da poterla allegare in sede processuale.

(32) In questi termini, già Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538, cit.; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032, cit.; Cass. 4 luglio 2012, n. 11155, cit.; Cass. 11 luglio 2013, n. 17198, cit.

(33) Sul punto sia consentito rinviare a P.P. Ferraro, *Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare*, cit., 360 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

(34) Ciò consentirebbe di superare, almeno in parte, le obiezioni sollevate da Cass., 23 giugno 2008, n. 17033, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2437, con nota di F. Brizzi, *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile, che ha tendenzialmente escluso la possibilità di liquidare il danno in misura pari alla perdita incrementale derivante dalla prosecuzione dell'attività in presenza di una causa di scioglimento della società.*

(35) Si veda, ad esempio, la soluzione adottata da Trib. Napoli 24 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 946, secondo cui l'amministratore della società fallita che abbia distrutto, distratto, sottratto, dissipato, abbandonato od occultato una cospicua parte dei beni materiali della società è tenuto al risarcimento, in favore del fallimento, nella misura pari alla differenza tra il valore delle immobilizzazioni materiali da lui iscritte in bilancio e quello delle immobilizzazioni materiali inventariate dal curatore; in termini analoghi Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Società*, 1995, 1597.

(36) In tal senso, Cass. 12 ottobre 2011, n. 20990; Cass. 30 aprile 2010, n. 10607; Cass. 7 giugno 2007, n. 13288; Cass. 18 novembre 2002, n. 16202, in *Giur. it.*, 2003, 1342; in dottrina, G. Visintini, *La valutazione equitativa del danno*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Padova, 2009, 450.