

TESI DI LAUREA
***MALA GESTIO* E DANNO DA INSOLVENZA**

INDICE

Introduzione

Capitolo I

I PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ GESTORIA DEGLI AMMINISTRATORI

1.1. L'obbligo di diligenza e il significato del sintagma *mala gestio*

1.2. La violazione dei doveri a contenuto generico e la *business judgement rule*

1.3. La violazione dei doveri a contenuto specifico

1.4. Le tre forme di responsabilità degli amministratori

1.4.1. La natura giuridica della responsabilità degli amministratori verso la società

1.4.1. La natura giuridica della responsabilità nei confronti di soci e terzi

1.4.2. La natura giuridica della responsabilità nei confronti dei creditori sociali

1.5. La ripartizione dell'onere della prova

1.6. La responsabilità degli amministratori non operativi

Capitolo II

I PRESUPPOSTI E LE CONSEGUENZE DELLA MALA GESTIO DEGLI AMMINISTRATORI

2.1. Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nelle società di capitali

2.1.1. L'azione sociale di responsabilità

2.1.2. L'azione dei creditori sociali

2.1.3. L'azione prevista dall'art. 2497 cod. civ.

2.1.4. L'azione diretta del socio e del terzo

2.2. Le conseguenze della mala *gestio* degli amministratori: un danno è sempre configurabile? Il problema del nesso di causalità

2.3. Il danno da mala *gestio*: i confini della risarcibilità

2.4. La determinazione dell'entità del danno

2.4.1. Il criterio del *deficit* fallimentare

2.4.2. L'intervento delle Sezioni Unite del 2015

Capitolo III

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE PROCEDURE CONCORDATARIE. LE AZIONI ESERCITABILI DALLA CURATELA FALLIMENTARE

3.1. Il curatore fallimentare

3.2. L'art. 146 L.F.: le azioni proponibili dal curatore

3.2.1. L'azione del curatore come azione derivata

3.2.2. La legittimazione passiva del curatore

3.2.3. Le azioni proponibili

- 3.3. Le condizioni per l'esperimento dell'azione di responsabilità: inadempimento, danno e nesso di causalità
- 3.4. Modalità di proposizione delle azioni
- 3.5. Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali
 - 3.5.1. La giurisdizione
 - 3.5.2. La competenza
 - 3.5.3. La prescrizione
 - 3.5.4. La quantificazione del danno risarcibile
- 3.6. La legittimazione del curatore fallimentare nell'ipotesi di pagamenti preferenziali nella dottrina e nella giurisprudenza: un dibattito durato a lungo
- 3.7. La sentenza 1641 del 2017: ricostruzione del fatto e motivi del ricorso
 - 3.7.1. Lo stato della giurisprudenza antecedente alla sentenza n. 1641 del 2017
 - 3.7.2 La soluzione delle Sezioni Unite

Conclusioni

Bibliografia

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare l'istituto della responsabilità degli amministratori di società di capitali per l'inosservanza dei doveri inerenti alla diligente e corretta gestione, meglio nota come *mala gestio*, la quale costituisce una delle principali cause di dissesto finanziario, di debiti fuori bilancio, di contabilità incerta e di danni di immagine per le società, oltre a produrre uno spreco di risorse e un indebito utilizzo di fondi e finanziamenti.

Al fine di fornire un'esaustiva panoramica relativa a tale tematica l'elaborato conterà di tre capitoli.

Nel primo capitolo sarà individuato l'*ubi consistam* dei doveri cui sono tenuti gli amministratori, non trattandosi dell'ordinaria diligenza richiesta al buon padre di famiglia, bensì di una diligenza professionale e qualificata, coincidente con quella dell'accorto gestore di un patrimonio altrui quale è quello della società amministrata.

Saranno individuati i doveri a contenuto generico gravanti sugli amministratori sostanzialmente riconducibili ai principi di diligenza, lealtà e adeguata informazione. Si vedrà, inoltre, come il rispetto di tali principi consenta l'operatività della presunzione *iuris tantum* dell'avvenuta ottemperanza ai doveri di diligenza da parte dell'organo gestorio, stante la sussistenza di rilevanti limiti al sindacato giurisdizionale. In virtù della *business judgment*

rule, infatti, il merito delle scelte gestorie adottate dagli amministratori non è sindacabile nel merito da parte del giudice.

Si passerà poi ad esaminare i doveri di contenuto specifico, espressamente elencati dal legislatore, soffermandosi su taluno di essi in via meramente esemplificativa e non esaustiva.

Infine, una volta individuati e circostanziati gli obblighi gravanti in capo all'organo gestorio, si passerà ad osservare l'altra faccia della medaglia, ossia le responsabilità connesse alla loro violazione, individuandone dapprima gli elementi costitutivi e poi le tre distinte forme: la responsabilità nei confronti della stessa società, quella nei confronti di soci e terzi e, da ultimo, quella verso i creditori che vedono diminuito il proprio a causa di infauste scelte gestorie.

Si vedrà come risulti dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza la natura giuridica di tali responsabilità, prospettandone le più autorevoli ipotesi, il che costituisce elemento dirimente per l'individuazione del regime giuridico applicabile, con particolare riferimento alla distribuzione degli oneri probatori e al regime prescrizione.

Successivamente, nel secondo capitolo, si passerà alla disamina degli specifici rimedi previsti dall'ordinamento a fronte della *mala gestio* degli amministratori e, segnatamente, delle azioni esperibili nei confronti degli amministratori negligenti. In particolare, saranno esaminate partitamente l'azione della società, l'azione diretta del socio e del terzo, nonché quella dei creditori

sociali. Si passerà in rassegna anche lo speciale rimedio di cui all'art. 2497 cod. civ. riservato al socio di minoranza della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento e al creditore sociale della medesima società "esterna", vagliandone le peculiarità.

Ci si soffermerà poi, sempre nel secondo capitolo, sulle conseguenze della *mala gestio*, la prima delle quali è rappresentata *prima facie* dal danno. Si vedrà, tuttavia, che l'equazione tra negligente gestione degli amministratori e danno è ancora da verificare, nel senso che non ogni *mala gestio* è suscettibile di generare un danno risarcibile.

Dopo aver individuato i casi in cui effettivamente un danno eziologicamente riconducibile alla negligente gestione sia configurabile, si porrà il problema tracciare il perimetro della sua risarcibilità, piuttosto limitato e circoscritto, nonché di determinarne l'entità. Non si tratta di una problematica marginale, giacché l'individuazione del *quantum debeatur* e del relativo parametro di riferimento ha dato luogo ad un'annosa *querelle* tra dottrina e giurisprudenza, tanto da imporsi l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2015.

Al riguardo si vedrà che la Suprema Corte ha stabilito che la liquidazione del danno risarcibile debba essere effettuata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, così superando il criterio del *deficit fallimentare* che avrebbe finito

per addossare agli amministratori in maniera acritica ed automatica l'intero danno, fatte salve alcune eccezioni in cui tale criterio può operare in via residuale.

Da ultimo, nel terzo capitolo, si procederà alla disamina della responsabilità degli amministratori nello specifico ambito delle procedure concorsuali, soffermandosi sulle azioni esperibili da parte della curatela fallimentare.

Dopo aver tratteggiato la figura del curatore fallimentare, individuandone poteri e funzioni, si esamineranno, dal lato attivo, le azioni esperibili ai sensi dell'art. 146 L.F., interrogandosi circa la sua natura autonoma o derivata. Si tratta di un profilo d'analisi dirimente, giacché dall'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra tesi derivano conseguenze diverse in relazione al regime della prescrizione e delle eccezioni opponibili, all'oggetto della domanda, all'onere probatorio e alla determinazione del danno risarcibile.

Si vedranno poi le condizioni necessarie per agire in giudizio da parte del curatore fallimentare, vale a dire inadempimento, danno e nesso eziologico, nonché le modalità di proposizione ed i profili processuali inerenti alle azioni stesse.

Dal lato passivo, si vedrà poi come la regola generale sia rappresentata dalla sostituzione processuale del curatore al fallito, individuandone la *ratio*, alla quale fanno eccezione soltanto l'ipotesi in cui il fallito agisca per la tutela di diritti strettamente personali e quella in cui, pur trattandosi di rapporti

patrimoniali, l'amministrazione fallimentare sia rimasta inerte, manifestando indifferenza nei confronti del giudizio.

Infine, si chiuderà la trattazione affrontando la specifica problematica della legittimazione del curatore fallimentare nell'ipotesi di pagamenti preferenziali che ha dato luogo ad una lunga ed annosa *querelle* tra dottrina e giurisprudenza, sulla quale sono di recente intervenute anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Prima di tale intervento, il quadro era piuttosto incerto dato che potevano distinguersi due orientamenti contrapposti: il primo, a lungo prevalente, escludeva la legittimazione attiva del curatore fallimentare; il secondo, viceversa, l'ammetteva. Il *discrimen* tra le due impostazioni stava nel diverso inquadramento giuridico dato all'art. 216 L.F.- che prevede il reato di bancarotta preferenziale – e nella diversa considerazione che viene data al bene giuridico tutelato dalla norma che sanziona la condotta di bancarotta fraudolenta.

Si vedrà come le Sezioni Unite abbiano ritenuto che l'azione risarcitoria volta ad ottenere il ristoro patrimoniale dei danni cagionati dal reato di bancarotta preferenziale commesso dagli amministratori sia qualificabile come un'azione di massa e, in quanto tale, sia esperibile da parte del curatore fallimentare.

In sostanza, la responsabilità per pagamenti preferenziali, intervenuti in una situazione di dissesto della società, viene configurato come un evento lesivo del patrimonio sociale purché l'estinzione del debito sia avvenuta mediante un pagamento

eseguito in misura di molto superiore a quello che avrebbe potuto realizzarsi nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori.

Capitolo I

I PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITA’ GESTORIA DEGLI AMMINISTRATORI

Sommario: 1.1. L’obbligo di diligenza e il significato del sintagma *mala gestio* - 1.2. La violazione dei doveri a contenuto generico e la *business judgement rule* - 1.3. La violazione dei doveri a contenuto specifico - 1.4. Le tre forme di responsabilità degli amministratori – 1.4.1. La natura giuridica della responsabilità degli amministratori verso la società – 1.4.1. La natura giuridica della responsabilità nei confronti di soci e terzi - 1.4.2. La natura giuridica della responsabilità nei confronti dei creditori sociali - 1.5. La ripartizione dell’onere della prova - 1.6. La responsabilità degli amministratori non operativi

1.1. L’obbligo di diligenza e il significato del sintagma *mala gestio*

Nel codice civile non si rinviene una disposizione che sancisca in modo specifico che gli amministratori di una società

a responsabilità limitata debbano comportarsi secondo diligenza¹. L'art. 2476 si limita a stabilire che gli amministratori sono responsabili per i danni derivanti *“dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo”*.

Tale profilo differenzia la disciplina della società a responsabilità limitata dalla società per azioni, poiché, in relazione a quest'ultima, l'art. 2392 c.c. prevede specificamente che gli amministratori debbano adempiere ai propri doveri *“con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”*.

Nonostante tale mancato richiamo, la dottrina non ha mai dubitato che il criterio della diligenza debba rilevare nella valutazione della responsabilità dell'amministratore di una società a responsabilità limitata pur in assenza di una disposizione *ad hoc*².

Anzitutto, l'art. 2489, comma 2, c.c. – sempre in materia di società a responsabilità limitata - stabilisce che *“i liquidatori debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico”*. Sarebbe,

¹ Sul principio di diligenza nella regolamentazione delle società cfr., *ex multis*, G. Visintini, *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 383 ss.

² Cfr., tra gli altri, ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, 2003, 164; AMBROSINI, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, III vol., Napoli, 2004, 1591; CAGNASSO, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, II vol., Bologna, 2004, 1880; GALGANO- GENGHINI, in *Le nuove società di capitali e cooperative*, I, in *Il nuovo diritto societario*, III ed., Padova, 2006, 872; MAINETTI, in *Codice commentato della nuova società*, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf e Salafia, Milano, 2004, 1065.

pertanto, del tutto illogico pretendere il rispetto degli obblighi di diligenza da parte dei liquidatori e non richiedere altrettanto agli amministratori, alla luce del delicato e centrale ruolo svolto nell'ambito della compagine sociale³.

In secondo luogo, l'obbligo di svolgere il proprio incarico secondo diligenza deriva proprio dall'applicazione dei principi generali. Il fatto che non ci sia una disposizione specifica in materia non ha per effetto di escludere l'applicazione delle regole generali in materia di adempimento⁴.

L'amministratore è assoggettato a certi doveri e risponde per l'inosservanza di essi (art. 2476, comma 1, c.c.) in ragione della stessa natura dell'attività svolta: questi obblighi devono essere adempiuti con diligenza perché lo impone, in via generale, l'art. 1176 c.c.

Tale assunto lascia perplessa parte della dottrina⁵.

Esso si basa, infatti, sull'assunto che la responsabilità dell'amministratore trovi la propria fonte nel contratto che si conclude tra amministratore e società per effetto dell'accettazione da parte del primo della nomina deliberata dall'assemblea della società. Tuttavia, si osserva che nell'ambito della disciplina societaria non parla mai di "obbligazioni" o di

³ In tal senso, cfr. SANGIOVANNI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso la società*, in *Contratto e impresa*, 2007, 693 ss.

⁴ In questo senso si esprime anche la giurisprudenza. Tra le altre, cfr. Trib. S.M. Capua Vetere, 15 novembre 2004 (ord.), in *Società*, 2005, 477 ss., con nota di SANDULLI.

⁵ Cfr. MARTUCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. Dir. Comm.*, Vol. CXV, n. 1, 2017, 21.

“prestazioni”, né di “obblighi” o di “inadempimento” – neppure nell’ambito della società per azioni – ma il legislatore si limita a richiamare genericamente dei “doveri” imposti in primo luogo dalla legge, ricollegando alla loro inosservanza la responsabilità gestoria solidale.

Tale considerazione impatta sulla natura della responsabilità degli amministratori, su cui si tornerà nelle pagine seguenti, ma non comporta necessariamente che gli amministratori di società a responsabilità limitata vadano esenti da ogni obbligo di diligenza nello svolgimento dell’incarico.

Esistono, infatti, anche altre strade per giungere alla conclusione che gli amministratori di società a responsabilità limitata si debbano comportare secondo diligenza.

In primo luogo, si potrebbe difatti ritenere applicabile in via analogica l’art. 2392, comma 1, c.c. dettato per la società per azioni, stante la sussistenza dell’*eadem ratio*⁶.

In secondo luogo, prendendo atto della diversità che il legislatore ha voluto introdurre tra le due forme societarie, si potrebbe applicare analogicamente la disciplina del mandato, riconducendo la diligenza dell’amministratore di società a responsabilità limitata nell’alveo della diligenza del mandatario⁷.

Qualunque strada si voglia percorrere, ormai è pacifico che l’amministratore debba svolgere il proprio ruolo in modo diligente.

⁶ *ID.*, 695.

⁷ GIANTI, *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza*, in *Danno e Resp.*, 2010, 5, 465

Peraltro, la diligenza cui è tenuto l'amministratore di società di capitali non è quella del buon padre di famiglia di cui al comma 1 dell'art. 1176 c.c., ossia quella dell'uomo medio, bensì la più elevata diligenza professionale (ex art. 1176, comma 2, c.c.) che si può richiedere a un accorto gestore di un patrimonio altrui, quale è quello appartenente alla società amministrata.

La diligenza richiesta ha quindi una gradazione più stringente.

Ciò allo scopo di garantire, soprattutto nei confronti dei terzi, che il soggetto che venga nominato amministratore agisca non soltanto in buona fede, ma sostenuto da competenze professionali e specialistiche in grado di assicurare un'ottima gestione societaria.

Riportando quanto sostenuto dal Prof. Galgano, la diligenza “[...] è insomma, la diligenza esigibile da parte di chi ha assunto il compito di gestire una impresa. Alla diligenza si associano, secondo i principi generali dell'ordinamento, la prudenza e la perizia⁸. La prima comporta il dovere di non compiere operazioni arrischiate, che nessun avveduto

⁸ L'interpretazione maggioritaria (cfr., ex multis, ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, 8; RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, 97 ss.; VASSALLI, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni. L'art. 2392 novellato e valutazione della diligenza degli amministratori*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 31; MERUZZI, *L'informativa endosocietaria nelle società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2010, 764 ss.), tuttavia, esclude che nell'obbligo di diligenza sia ricompreso anche un obbligo di “perizia”, nel senso che agli amministratori è richiesto di gestire diligentemente ma non di essere periti e cioè esperti nelle varie attività d'impresa, come, ad esempio, quella contabile, quella finanziaria o relativa alla redazione dei bilanci.

imprenditore porrebbe in essere; la seconda chiama in causa la capacità di gestire un'impresa, tenuto conto delle dimensioni e dello specifico oggetto di questa, ed il possesso delle correlative cognizioni tecniche necessarie per decidere senza errori le operazioni sociali"⁹.

Il dovere di amministrare con diligenza trova il suo contrapposto nella cosiddetta *mala gestio*¹⁰.

Essa costituisce una delle principali cause di dissesto finanziario, di debiti fuori bilancio, di contabilità incerta e di danni di immagine per le società, oltre a produrre uno spreco di risorse e un utilizzo indebito di fondi e finanziamenti¹¹.

Con la locuzione *mala gestio* si fa tendenzialmente riferimento alla "situazione per la quale coloro che rivestono, o hanno rivestito la carica di amministratore di società, sono chiamati a rispondere per la violazione, dolosa o colposa, dei doveri connessi (per legge o per statuto) alla loro carica"¹².

In definitiva, in tutti i casi in cui la legge richiede un adempimento dei gestori e questi non si attivano colpevolmente o dolosamente, rispondono per i danni che ne derivano.

Si tratta ora, anzitutto, di perimetrare concretamente il campo d'azione della c.d. *mala gestio*, individuando quali siano i

⁹ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 227.

¹⁰ Per un approfondimento in materia di *mala gestio*, cfr. MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *ex multis*, *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. Dir. Comm.*, Vol. CXV, n. 1, 2017, 19 ss. Vd. anche SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 696 ss.

¹¹ In questi termini si è espresso Arturo Martucci di Scarfizzi, Presidente della Corte dei Conti, nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2017.

¹² MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. ult. cit.*, 19-20.

doveri che devono essere osservati dagli amministratori nella gestione dell'impresa.

Tali doveri possono essere distinti in due categorie: doveri generali o a contenuto generico che individuano un modello comportamentale da seguire sulla base di clausole generali¹³ ovvero doveri specifici a contenuto predeterminato che individuano esattamente l'atto ovvero l'attività che deve essere posta in essere dall'amministratore in uno specifico contesto.

In tal senso si è espressa anche la Corte di Cassazione secondo cui *“i doveri imposti dalla legge , dall'atto costitutivo e dallo statuto agli amministratori di società sono assai variegati”*, in quanto sono *“in parte puntualmente specificati e s'identificano in ben determinati comportamenti, [...] per il resto (si tratta) di doveri il cui preciso contenuto non è sempre facile da specificare a priori, in quanto essi derivano dall'essere l'amministratore preposto all'impresa societaria e dal suo conseguente obbligo di compiere con la necessaria diligenza tutto ciò che occorre per la corretta gestione di essa [...]”*¹⁴.

La distinzione non ha rilievo meramente dogmatico poiché, come si vedrà, incide sulla ripartizione dell'*onus probandi*.

¹³ Si tratta di clausole di diligenza, di notizia, di astensione in caso di conflitto di interessi, nonché di sana e prudente gestione.

¹⁴ Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Pluris*.

1.2. La violazione dei doveri a contenuto generico e la *business judgement rule*

Il dovere fondamentale dell'amministratore è quello di gestire la società.

Si tratta dell'obbligo di svolgere l'attività d'impresa per la quale la società è stata costituita. Nel diritto italiano questo obbligo è affermato con maggiore chiarezza per la società per azioni, in relazione alla quale la legge prevede che *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”* (art. 2380 bis, comma 1°, c.c.).

Una disposizione identica non si rinviene in materia di società a responsabilità limitata. Tuttavia quale sia il compito degli amministratori lo si desume dalla clausola generale di cui all'art. 2475, comma 1, c.c., secondo cui *“l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci”*.

In un caso (s.p.a.) si parla di *“gestione dell'impresa”*, nell'altro di *“amministrazione della società”* (s.r.l.), ma il contenuto del dovere è lo stesso: l'obbligo fondamentale che fa capo all'amministratore viene dunque individuato nella gestione dell'impresa.

La conduzione dell'impresa è, ovviamente, un dovere dal contenuto generico. La sua concretizzazione dipende dalle circostanze del caso: talvolta si tratta di compiere azioni, talaltra di omettere qualcosa e, a loro volta, il contenuto di tali obblighi

si specifica in relazione alle dimensioni dell'impresa stessa e al contesto in cui l'atto gestorio viene compiuto¹⁵.

In altri termini, gli obblighi generali gravanti sugli amministratori individuano solo un parametro cui l'azione dell'amministratore deve conformarsi e non la specifica condotta che lo stesso deve tenere; la definizione di come l'amministratore debba agire per svolgere diligentemente il suo incarico, quindi, può essere ricavata solo con riferimento alle singole situazioni concrete.

Gli obblighi a contenuto generale gravanti sugli amministratori di società di capitali – ivi compresa la società a responsabilità limitata - sono riconducibili a tre principi generali di condotta:

1. IL PRINCIPIO DI DILIGENZA

In base a tale canone, la cui portata è stata già chiarita nelle pagine che precedono, nella società a responsabilità limitata, stante la mancanza di un riferimento normativo espresso, l'attività dell'amministratore può diversamente atteggiarsi quale contributo alla gestione degli interessi patrimoniali anche propri, ovvero quale prestazione d'opera professionale per la cura di interessi altrui.

In quest'ultimo senso, si tratta di una attività professionale volta alla gestione di un patrimonio altrui: quello della società amministrata.

¹⁵ Così MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. cit.*, 23; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 697.

2. IL CANONE GENERALE DI LEALTÀ E CORRETTEZZA,
SINTETICAMENTE RIASSUMIBILE NELLA BUONA FEDE IN
SENSO OGGETTIVO

Nel novero dei doveri generali riconducibili all'amministratori di società a responsabilità limitata si colloca anche il dovere di correttezza e lealtà.

Tale dovere è previsto espressamente solo per i gestori di società per azioni all'art. 2381 c.c.; tuttavia, appare ragionevole ritenere che possa riferirsi anche all'altro modello societario giacché la buona fede in senso oggettivo costituisce un canone che permea l'ordinamento nella sua interezza e, certamente, non se ne potrebbe prescindere l'osservanza nello svolgimento di un'attività professionale qualificata come quella di gestione del patrimonio dell'impresa.

Il contenuto del dovere di lealtà è variegato e si specifica *case by case* a seconda della situazione in cui l'amministratore si trova ad operare.

In ogni caso, esso *“si situa in un momento antecedente rispetto a quello della decisione imprenditoriale; l'accento non è qui posto sul contenuto discrezionale della scelta gestoria, quanto sul processo decisionale che ad essa ha*

portato: la violazione del duty of loyalty sta prima e prescinde dalla violazione del duty of care”¹⁶.

3. IL PRINCIPIO DI INFORMAZIONE

L’attività di amministrazione di una società è un’attività intrinsecamente aleatoria: essa comporta dei rischi difficilmente valutabili *ex ante* in tutta la loro complessità, di talché non esiste un’attività imprenditoriale completamente priva di profili di rischio.

Per tale ragione, il principio cardine dell’intera regolamentazione della società a responsabilità limitata è proprio la limitazione di responsabilità. Ebbene, ai sensi dell’art. 2462, comma 1, c.c., “*nella società a responsabilità limitata per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*”.

Tale limitazione è finalizzata ad incentivare l’attività economica: difficilmente, altrimenti, si individuerrebbero soggetti disposti a “lanciarsi” in un’avventura imprenditoriale.

Rischi nell’attività imprenditoriale sussistono – direttamente – per i soci, che hanno investito nella società, ma anche – indirettamente – per gli amministratori che si trovano a gestire le risorse messe a disposizione dai quotisti e

¹⁶ Così MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. cit.*, 38.

che, commettendo errori, potrebbero essere chiamati a risarcire il danno.

Per scongiurare tale possibilità, è necessario che gli amministratori si informino adeguatamente e preparino con scrupolo e dovizia le decisioni imprenditoriali.

Nel diritto italiano questo principio trova un riscontro testuale nell'art. 2381, comma 6, c.c. – dettato per le società per azioni – in cui si prevede che gli amministratori siano tenuti ad agire in modo informato.

Il gestore che non si informa in modo adeguato si rende responsabile.

È ragionevole ritenere che questa disposizione valga anche per le società a responsabilità limitata¹⁷.

La raccolta di un quantitativo sufficiente d'informazioni alla stregua della situazione concreta in cui ci si trova ad intraprendere l'atto gestorio deve, infatti, ritenersi espressione di quella diligenza che non può non connotare il comportamento dei gestori.

A ben vedere, negare questo principio significherebbe affermare che gli amministratori possono amministrare svolgere un compito professionale – quale è l'amministrazione di un'impresa in forma societaria - senza necessità d'informarsi. Un'interpretazione del genere non è evidentemente accettabile.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 480; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 698.

Pertanto, è vero che non è vietato effettuare operazioni rischiose, ma soltanto a condizione che vi sia consapevolezza del rischio nonché un ragionevole controllo dello stesso. Tale consapevolezza implica necessariamente la previa identificazione delle eventuali conseguenze negative verificabili a segui dell'attuazione di una determinata decisione imprenditoriale e la previa valutazione e ponderazione delle eventuali alternative disponibili meno rischiose.

Peraltro, dopo aver compiuto la scelta, occorre che siano posti in essere gli accorgimenti più corretti ed idonei a ridurre il rischio¹⁸.

Una volta osservati *ex ante* questi doveri, si presume che la decisione assunta dall'amministratore sia adottata in conformità dell'oggetto sociale e persegua l'interesse della società.

¹⁸ Si riporta, per meglio comprendere quali possano essere tali accorgimenti, un passo di SANGIOVANNI, *op cit.*, secondo cui *“I concetti appena espressi possono essere illustrati facendo ricorso a un esempio. Si prenda il caso di un'industria che produce e vende macchinari. In questi casi la società, tramite il suo amministratore, pone in essere contratti di compravendita. Quali sono i comportamenti che qualificano come « diligente » l'operato dell'organo amministrativo? Il primo passaggio da effettuare è quello di assumere le opportune informazioni sull'acquirente. Un'ipotesi di responsabilità potrebbe realizzarsi nel caso in cui l'amministratore concluda un contratto con un cliente con cui non sono state effettuate prima operazioni senza informarsi adeguatamente sulla solvibilità dello stesso. Accertarsi che la controparte contrattuale è in buona salute finanziaria può tuttavia non bastare. Soprattutto se l'importo della fornitura è di valore elevato, fa parte di un operato diligente chiedere una qualche forma di garanzia per il pagamento del prezzo. Se l'impresa cui viene fornita la merce non paga spontaneamente, la s.r.l. può avere difficoltà a riscuotere la controprestazione e, nel caso peggiore, subire una perdita”*.

Di conseguenza, essa non può essere sottoposta al vaglio dell'autorità giudiziaria soltanto perché *ex post* si è rivelata inopportuna e ha prodotto effetti economicamente sfavorevoli.

Si tratta, infatti, di scelte discrezionali in ordine ai mezzi ritenuti più idonei al perseguimento del fine, di talché – in virtù della c.d. *business judgment rule*¹⁹ – sono insindacabili nel merito da parte del giudice.

Tale regola non consente al giudice di sindacare il merito delle scelte gestorie poste in essere dagli amministratori anche quando caratterizzate da una rilevante alea economica, ma solo di valutare la diligenza adottata nell'apprezzare i margini di rischio connessi all'operazione economica in questione, e quindi l'adeguatezza delle cautele adottate nonché delle informazioni richieste per un'operazione di quel tipo²⁰.

Ciò in quanto l'alea economica è connaturata all'attività di gestione di una società di capitali.

L'amministratore sarebbe altrimenti chiamato a rispondere di tutte le scelte amministrative e gestionali che si rivelino, nel tempo, infelici. Peraltro, si consentirebbe un'ingerenza del giudice *ex post* e basata solo su presunzioni

¹⁹ Sul tema, in giurisprudenza vd. Cass. civ., Sez. I, 4 luglio 2018, n. 17494 in *Leggi d'Italia*. Per un approfondimento in dottrina si segnalano ANGELICI, *Interesse sociale e Business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, in part. 585 ss.; MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. cit.*, 33 ss.; DIONISIO, *Business judgment rule tra vecchio e nuovo diritto*, in *Giur. It.*, 2014, 10; TARANTINO, *Responsabilità degli amministratori: la business judgment rule*. *Nota a Cass. civ. 12 febbraio 2013*, n. 3409, in www.personaedanno.it.

²⁰ Così, Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409 ; Id., 12 agosto 2009, n. 18231; Id., 28 aprile 1997, n. 3652; Trib. Milano, 3 giugno 2008, n. 7223; Id. Napoli, 20 giugno 2008.

fondate sull'esito delle scelte. È evidente, infatti, che se il risultato è negativo, la scelta di gestione è stata necessariamente sbagliata. Ma questo non significa automaticamente che vi sia una responsabilità di chi ha preso quella scelta gestoria²¹.

La scelta deve considerarsi foriera di responsabilità civile soltanto se appare del tutto contraria ai canoni della diligenza e della ragionevolezza²²; in caso contrario la mera inopportunità della scelta effettuata dall'amministratore nello svolgimento del proprio incarico gestorio può rilevare come giusta causa di revoca, ma non ai fini della responsabilità civile²³.

Si ritiene, infatti, di dover riconoscere *“la plausibilità di una pluralità di scelte. Sicché da questo punto di vista, la valutazione del modo in cui agiscono non riguarda tanto l'esito della loro ricerca, quanto il processo sulla base del quale si è svolta”*²⁴.

Tale regola trova il proprio fondamento generale nel principio secondo il quale gli amministratori non hanno l'obbligo di amministrare la società con successo economico, ma hanno esclusivamente il dovere di agire con la dovuta diligenza²⁵.

²¹ In questi termini, Cass. civ., Sez. I, 5 giugno 2017, n. 15470, in *Pluris*.

²² Vd. *infra*. Ad es., in Cass. civ. n. 15470/2017, la Suprema Corte ha ritenuto civilmente responsabile l'amministratore in quanto nel caso di specie è emersa una evidente arbitrarietà nella scelta gestoria, da valutarsi con riferimento sia all'oggetto del contratto (che in alcuni casi non si sarebbe realizzato) sia alla scelta delle controparti contrattuali, del tutto prive dei requisiti di professionalità.

²³ Così, per tutte, Cass. civ. 12 febbraio 2013, n. 3409, *cit*.

²⁴ ANGELICI, *op. cit.*, 585.

²⁵ Così BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 6.

In particolare, la giurisprudenza ha elaborato due ordini di limiti che riguardano, non solo il profilo della legittimità, ma anche quello della ragionevolezza delle scelte gestionali.

In primis, sotto il profilo della legittimità, rileva il *modus* con cui le scelte sono state assunte ed attuate, ossia il percorso decisionale che ha portato a preferire una determinata scelta, rispetto ad un'altra.

*“[S]e è vero, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentino profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente — se necessario, con adeguata istruttoria — i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili”*²⁶.

In buona sostanza, ai fini dell'eventuale responsabilità dell'amministratore, non rileva tanto ciò che l'amministrazione fa, quanto il modo in cui lo fa²⁷.

In concreto, pertanto, il giudice è tenuto a ripercorrere il procedimento decisionale, verificando che la decisione presa dagli amministratori sia stata coerente e congrua rispetto alle informazioni da questi raccolte e valutando l'eventuale violazione del dovere di diligenza in relazione ai normali criteri

²⁶ Così, *inter alia*, Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Pluris*.

²⁷ In tal senso, RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A: sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, 1195.

che dovrebbero ispirare l'operatore economico, ossia liceità, razionalità, congruità, attenzione.

Sotto il profilo della ragionevolezza della scelta e della prevedibilità dei risultati, che costituisce il secondo limite all'operatività della *business judgment rule*, invece, gli amministratori sono responsabili nei confronti della società quando le decisioni assunte non fossero in alcun modo idonee a realizzare l'interesse della società, in quanto avventate o irrazionali, tali da permettere agli amministratori di prevedere l'erroneità dell'operazione compiuta²⁸.

1.3. La violazione dei doveri a contenuto specifico

Diversamente dai doveri generici, affidati a clausole di carattere generale, i doveri a contenuto predefinito possono essere individuati scorrendo le disposizioni dettate dal legislatore in relazione alla società a responsabilità limitata.

In questa sede non può che farsi qualche esempio senza alcuna pretesa di esaustività.

Un dovere dell'amministratore è fissato dall'art. 2466, comma 1, c.c., secondo cui “*se il socio non esegue il*

²⁸ Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Pluris*. Nello stesso senso, Cass. civ. n. 15740 del 2017, in *Pluris*. Si veda anche, in dottrina, DIONISIO, *Business judgment rule tra vecchio e nuovo diritto*, in *Giur. It.*, 2014, 10; TINA, *L'esonero da responsabilità di amministratori di S.p.A.*, Milano, 2008, 53 ss.

conferimento nel termine prescritto, gli amministratori diffidano il socio moroso ad eseguirlo nel termine di trenta giorni”.

Oppure, sempre a titolo esemplificativo, si potrebbe far riferimento all’art. 2470, comma 5, c.c., ai sensi del quale *“quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci, gli amministratori ne devono depositare apposita dichiarazione per l’iscrizione nel registro delle imprese”.*

Molti altri sono i doveri specifici a carico degli amministratori di società a responsabilità limitata, ma ciò che è dirimente sottolineare è il loro comune denominatore.

Ebbene, in tutti i casi in cui la legge richiede un adempimento dei gestori e questi non si attivano, ciò è necessario ma comunque non sufficiente ai fini dell’integrazione di una *mala gestio* generatrice di responsabilità.

A tale scopo occorre, infatti, anche un ulteriore elemento, ossia la verifica del pregiudizio, che si sostanzia in una conseguenza dannosa direttamente o indirettamente riconducibile alla specifica negligenza dell’amministratore.

In assenza del pregiudizio, l’inosservanza del dovere contenuto predefinito non dà luogo a *mala gestio* e, dunque, non espone l’amministratore all’azione sociale di responsabilità, ma ben può determinare la sussistenza di una giusta causa di revoca, idonea a rendere la società revocante esente da ogni

responsabilità risarcitoria nei confronti dell'amministratore stesso²⁹.

1.4. Le tre forme di responsabilità degli amministratori

Nello svolgimento della propria attività gestoria, gli amministratori di società di capitali possono incorrere in tre distinte forme di responsabilità che necessitano di essere esaminate partitamente in ragione della differente natura giuridica.

In particolare, può configurarsi: *a)* la responsabilità gestoria nei confronti della stessa società amministrata; *b)* la responsabilità nei confronti dei soci della società amministrata e dei terzi che, per motivi di varia natura, sono entrati in contatto con l'operato degli amministratori e, da ultimo, *c)* la responsabilità verso i creditori della stessa società che, a causa di scelte gestorie rivelatisi infauste, vedono diminuito il patrimonio della società che costituisce la loro garanzia patrimoniale.

Di seguito tali forme di responsabilità saranno esaminate singolarmente.

²⁹ MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. cit.*, 32. Così anche così: Cass. civ. n. 3409 del 2013; Cass. civ. n. 3652 del 1997, entrambe in *Pluris*.

1.4.1. La natura giuridica della responsabilità degli amministratori verso la società

La prima ipotesi di responsabilità in cui possono incorrere gli amministratori nello svolgimento della loro attività gestoria si configura nei confronti della società che vede depauperato il proprio patrimonio ovvero che non lo vede incrementato in ragione della condotta negligente degli amministratori.

Tale responsabilità, prevista e disciplinata dagli artt. 2392 e 2393 c.c. con riferimento alla società per azioni, è applicabile anche alle società a responsabilità limitata in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2487 c.c.

Sembra incontroverso che tale responsabilità abbia natura contrattuale³⁰ in ragione della sussistenza di un rapporto contrattuale tra l'ente e gli amministratori.

Tuttavia, autorevole dottrina, seppur la qualifichi come responsabilità di natura contrattuale, non ritiene che si tratti di responsabilità per inadempimento di un'obbligazione, bensì *“responsabilità per violazione del contratto di società. Affinché possa configurarsi un'ipotesi di responsabilità, è necessario che agli amministratori possa essere imputato lo specifico inadempimento di un obbligo derivante dal contenuto pattizio e*

³⁰ Cfr. per tutte Cass. civ. Sez. I, n. 17441 del 31 agosto 2016, in *Pluris*.

si richiede che il danno sia una conseguenza diretta dell'inadempimento”³¹.

Conseguentemente, essa soggiace al regime giuridico della responsabilità da inadempimento le cui più rilevanti specificità, come si vedrà *funditus* più avanti, consistono nella sussistenza di una presunzione di colpa a carico del danneggiante, nonché nel termine di prescrizione decennale della relativa azione volta a far valere la responsabilità.

Il medesimo art. 2392 c.c. prevede altresì che la responsabilità civile degli amministratori sia solidale, ossia tutti rispondono dell'illecito dato che ciascun componente del collegio è tenuto ad esercitare un controllo effettivo sull'operato degli altri.

In altri termini, non si tratta di una responsabilità oggettiva o per fatto illecito altrui, bensì di una normale responsabilità per colpa, propria e diretta caratterizzata da *culpa in vigilando*, visto che tra gli obblighi dell'amministratore c'è anche quello di vigilare sull'andamento generale della gestione e che anche quest'obbligo va adempiuto con la dovuta diligenza³².

Vi è, però, la possibilità di avvalersi di un'azione di regresso nei confronti degli altri corresponsabili.

³¹ GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico nell'economia*, Padova, 2006, 294.

³² GALGANO, *Trattato di diritto commerciale*, cit., 295, ha precisato al riguardo che la responsabilità degli amministratori non è derivante di per sé dall'appartenenza al consiglio di amministrazione; l'amministrazione è solidale in virtù della partecipazione personale all'atto che ha causato il danno; oppure, in caso di assenza, per non aver impedito il compimento dell'atto o per non aver eliminato o attenuato le conseguenze dell'azione dannosa

1.4.2. La natura giuridica della responsabilità degli amministratori nei confronti di soci e terzi

La seconda ipotesi di responsabilità in cui possono incorrere gli amministratori nello svolgimento della loro attività gestoria si configura nei confronti dei soci³³ e dei terzi che subiscono direttamente un pregiudizio in ragione della condotta negligente degli amministratori.

Tale responsabilità è prevista e disciplinata dall'art. 2395 c.c., anch'esso estensibile alla società a responsabilità limitata.

Discussa è la sua natura giuridica³⁴.

Parte della dottrina sostiene che l'azione *de qua* abbia natura extracontrattuale. A ben vedere, infatti, se presupposto della responsabilità è l'inosservanza di obblighi legali o statutari gravanti sugli amministratori, in questa ulteriore ipotesi di responsabilità suo presupposto è il compimento di atti dolosi o

³³ Sul punto si veda Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2004, n. 10271 secondo cui “*Nelle società a responsabilità limitata (nel vigore della disciplina dettata dal codice civile del 1942, anteriormente alla riforma organica di cui al d.lg. 17 gennaio 2003 n. 6), posto che gli utili sono parte del patrimonio sociale fin quando l'assemblea eventualmente non ne disponga la distribuzione in favore dei soci, la sottrazione indebita di tali utili ad opera dell'amministratore lede il patrimonio sociale, e solo indirettamente si ripercuote sulla posizione giuridica e sull'interesse economico del singolo socio, compromettendo la sua aspettativa di reddito e comprimendo il valore della sua quota. Pertanto è da escludere che al singolo socio competa, in tal caso, l'azione di responsabilità contemplata dall'art. 2395 c.c., la quale presuppone invece l'esistenza di un danno subito dal medesimo socio direttamente, non cioè come mero riflesso del danno sociale di cui solo la società, tramite gli organi a ciò abilitati e con il procedimento a tal fine prescritto dal precedente art. 2393 c.c., può chiedere il risarcimento all'amministratore*”.

³⁴ Cfr. GIUDICI, *La responsabilità degli amministratori verso i soci e i terzi: alla ricerca di una teoria fondante*, in questa Società, 11, 2015, 1279 ss.

colposi, vale a dire il medesimo presupposto di cui all'art. 2043 c.c.³⁵.

Se è vero ed innegabile, infatti, che tra l'amministratore e la società, come soggetto giuridico distinto dai singoli soci, sussiste un rapporto contrattuale, non potrebbe dirsi lo stesso con riguardo al rapporto tra amministratori e soci. Infatti, l'obbligo di prestazione degli amministratori sia rivolto soltanto nei confronti della società e non dei singoli soci, i quali restano in una posizione di terzietà³⁶.

Pertanto, il legislatore avrebbe voluto sanzionare la condotta dell'amministratore che, violando il più generico obbligo del *neminem laedere*, con la propria condotta abbia cagionato a terzi un danno ingiusto.

Tale tesi è ormai tendenzialmente recessiva in dottrina.

Secondo un diverso e più recente orientamento, tale responsabilità degli amministratori nei confronti della società

Per una completa ricostruzione, vd. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2017. In tal senso anche MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. cit.*, 21-22 secondo cui gli obblighi la cui violazione genera responsabilità degli amministratori non sarebbero qualificabili come obbligazione, di talché manca uno dei prerequisiti per l'integrazione di una responsabilità ex art. 1218 c.c. In senso analogo cfr. anche Corte d'Appello di Milano n. 2209 del 21 giugno 2012 che, in motivazione, sembra fare riferimento a una diversa portata della responsabilità, affermando che nell'ambito della responsabilità di amministratori e sindaci di società per azioni non "*basta allegare un inadempimento ed attendere che il debitore se ne discolpi in ossequio al generale principio enunciato nell'art. 1218 c.c.*"

³⁶ Così PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa - Portale, Torino, 2006, 900; l'A. ricostruisce, inoltre, un quadro comparatistico sul tema, da cui emerge come nei più importanti paesi continentali, segnatamente Francia Germania e Spagna, le fattispecie analoghe al 2395 c.c. siano considerate ipotesi di responsabilità di tipo extracontrattuale.

avrebbe natura contrattuale³⁷, sul rilievo secondo cui la norma che la contempla concerne, pur sempre, comportamenti degli amministratori riconducibili a quel rapporto gestorio avente natura contrattuale che li lega alla società .

Ancorché manchi qualsiasi riferimento alla diligenza, diversamente da quanto accade nella società per azioni, la tesi prevalente ritiene che l'obbligo di comportarsi diligentemente valga come clausola generale che deve informare l'attività di tutti gli amministratori, ivi compresi quelli di società a responsabilità limitata.

E proprio dal rapporto contrattuale di gestione deriverebbe l'obbligo degli amministratori di porre in essere tutti quegli atti che risultano necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, adempiendo a tal scopo tutti quegli specifici doveri puntualmente imposti dalla legge ovvero dall'atto costitutivo che sono esplicazione del dovere di gestire la società.

Le maggiori implicazioni ricollegate all'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione si hanno a livello probatorio.

Qualora si riconosca natura contrattuale alla responsabilità disciplinata, sarà onere del creditore (danneggiato) provare la violazione dell'obbligazione posta a carico dell'amministratore dalla legge o dall'atto costitutivo, nonché la derivazione di un

³⁷ Così anche, di recente, Cass. civ., n. 17441 del 31 agosto 2016, in *Pluris*. Vd anche, tra le tante, Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5341; Cass., Sez. I, 11 novembre 2010, n.2291. In dottrina, COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Torino, 1991, 329; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 1992, 162; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, 2003, 36; SANDULLI, *Articolo 2392, cit.*, 470.

danno secondo un rapporto causale. Provato il danno, nonché l'inosservanza, questa si presume colposa e sarà onere dell'amministratore convenuto in giudizio dimostrare di essere immune da colpa.

Diversamente, qualora si accordi natura extracontrattuale, a tale responsabilità, non operando l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 1218 c.c., sarà l'attore a dover provare, altresì, il dolo o la colpa dell'amministratore.

In altri termini, nel caso di responsabilità aquiliana, il creditore deve fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità stessa.

Del pari, il danno risarcibile non è semplicemente quello prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione, come avverrebbe nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, bensì esso ricomprende anche quelli imprevedibili, salvo il rispetto delle regole sulla causalità di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ .

In giurisprudenza prevale la tesi della natura aquiliana della responsabilità degli amministratori³⁸.

Occorre, peraltro, evidenziare, che l'introduzione del termine di prescrizione quinquennale (nell'attuale art. 2395, comma 2, c.c.) ha ridotto in modo significativo il beneficio di aderire alla tesi contrattualistica - la quale avrebbe come corollario l'applicazione di un termine decennale.

³⁸ Si vedano *ex multis* Cass. 10 aprile 2014, n. 8458, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass. 23 giugno 2010, n. 15220, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1336; Cass. 3 aprile 2007, n. 8359, in *Giur. it.*, 2007, 2761.

1.4.3. La natura giuridica della responsabilità nei confronti dei creditori sociali

La terza tipologia di responsabilità in cui gli amministratori possono incorrere è quella verso i creditori sociali, prevista dall'art. 2394 c.c. come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Più precisamente, anche in questo caso, si discute se la stessa abbia natura contrattuale ovvero extracontrattuale, con le implicazioni già chiarite che rendono la questione rilevante non solo a livello dogmatico, ma anche e soprattutto a livello pratico.

Secondo un primo orientamento, il riconoscimento della natura contrattuale sarebbe precluso dalla osservazione che, secondo i comuni principi del diritto civile, la responsabilità contrattuale ricorre ogni volta che l'evento dannoso derivi dall'inadempimento di una obbligazione intercorrente fra le parti originarie.

Diversamente, la responsabilità extracontrattuale sussiste qualora all'evento pregiudizievole non preesista alcun rapporto obbligatorio, ma solo il più generale dovere, proprio di ogni singolo consociato, del *neminem laedere*.

Non intercorrendo alcun tipo di rapporto obbligatorio di fonte legale ovvero di fonte negoziale fra gli amministratori ed i

creditori sociali, la predetta responsabilità avrebbe natura extracontrattuale³⁹.

Questa è la tesi ancora prevalente .

Un distinto orientamento sia dottrinale che giurisprudenziale riconosce natura contrattuale alla responsabilità in esame derivando la stessa, quale suo presupposto inderogabile, dalla violazione di un obbligo preesistente in capo agli amministratori, ancorché non espressamente sancito dalla legge.

Si potrebbe parlare di responsabilità da contatto sociale, giacché la stessa assunzione della qualifica comporta la contestuale assunzione dell'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale⁴⁰.

Essa troverebbe la sua fonte nell'inadempimento dei doveri imposti ai predetti dalla legge o dall'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento dell'obbligo generale di vigilanza o

³⁹ GALGANO, *Trattato di diritto commerciale*, cit., 298 secondo cui “il danno ingiusto che, in questo caso, gli amministratori cagionano è la lesione dell'aspettativa di prestazione dei creditori sociali”. Vd. anche FRANZONI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., 77 ss. Per una completa ricostruzione vd. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Vol. II, cit. In giurisprudenza, per prime, Cass. Civ., 22 ottobre 1998, n.10488; Cass. Civ., 27 luglio 1978, n. 3768, entrambe in *Pluris*. Vd anche Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 2002, n. 17110, Cass. civ., 12 giugno 2007, n. 13765, anch'esse in *Pluris* secondo cui “l'inadempimento contrattuale della società non implica, di per sé, responsabilità dell'amministratore, ai sensi dell'art. 2395 c.c. , nei confronti del terzo contraente; tuttavia è configurabile, secondo i principi della tutela aquiliana del credito, il concorso tra l'illecito contrattuale della società e quello extracontrattuale dell'amministratore, o di qualsiasi altro soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, il cui comportamento doloso o colposo abbia cagionato o concorso a cagionare l'inadempimento della società”.

⁴⁰ In tal senso cfr. Cass. civ, 21 luglio 2010 n. 1712, in *Pluris*.

dell'altrettanto generale obbligo di intervento preventivo e successivo.

Tale azione tende, infatti, alla reintegrazione del patrimonio sociale che sia stato danneggiato dagli amministratori.

La protezione dei creditori è strumentale, in quanto la *ratio* della norma è quella di realizzare una maggiore garanzia di buona amministrazione. L'interesse generale protetto è quello di una corretta gestione delle imprese, pertanto *“si è di fronte ad una forma di protezione di interessi generali attuata con strumenti privatistici: la legge mobilita interessi privati, come quelli dei creditori sociali, per realizzare interessi pubblici, come l'interesse ad un corretto esercizio del potere economico”*⁴¹.

1.5. La ripartizione dell'onere della prova

Come si è visto finora, la responsabilità degli amministratori nei confronti della società ha natura pacificamente contrattuale con conseguente applicazione del regime giuridico di cui all'art. 1218 c.c.

Sulla base dell'insegnamento delle Sezioni Unite, ove venga invocata in giudizio una responsabilità da inadempimento,

⁴¹ GALGANO, *op. cit.*, 302.

l'attore deve provare la fonte del proprio diritto e il danno, mentre può limitarsi alla mera allegazione dell'inadempimento.

Spetta al debitore dare la prova di aver adempiuto all'obbligazione ovvero di essere stato nell'impossibilità a lui non imputabile di adempiere⁴².

Si configura, pertanto, una inversione dell'onere probatorio a carico del convenuto coerente con i principi in materia di prova ex art. 2697 c.c. Infatti, siffatta ripartizione dell'*onus probandi* – come illustrato dalle Sezioni Unite – si giustifica in ragione dei principi di presunzione di persistenza del diritto insoddisfatto e di vicinanza della prova.

In virtù del primo, una volta che il creditore ha provato l'esistenza e, dunque, la fonte del proprio diritto, si presume, fino a prova contraria, che esso sia rimasto insoddisfatto; in virtù del secondo principio, l'onere della prova deve essere ripartito tenendo conto delle concrete possibilità, per l'una o l'altra delle parti in causa, di provare fatti e circostanze che ricadono nella rispettiva sfera d'azione. Nel caso di inadempimento, sarebbe estremamente difficile per il creditore dare la prova di un fatto negativo (l'inadempimento, appunto), mentre risulta molto più agevole per il debitore dimostrare un fatto positivo (l'adempimento).

L'unica eccezione è quella delle obbligazioni di *non facere* rispetto alle quali, al contrario, da un lato, si presume che il diritto nasca soddisfatto e, dall'altro lato, l'inadempimento ha

⁴² Cass. Sez. Unite, n. 13533 del 2001, in *Pluris*.

natura di fatto positivo. In questo caso, pertanto, è il creditore che agisce in giudizio a dover dare la prova dell'inadempimento del debitore.

Non resta dunque che trasporre i principi appena esposti alla responsabilità dell'amministratore di una società a responsabilità limitata nei confronti della società stessa per *mala gestio*⁴³.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, dovrebbe ritenersi che oggetto di prova da parte della società attrice sia soltanto la fonte dell'obbligo gravante sull'amministratore convenuto e del suo corrispondente diritto.

Tuttavia, tale schema potrebbe ben attagliarsi soltanto all'ipotesi di violazione dei doveri specifici a contenuto predeterminato. Nel caso di doveri a contenuto generico, “*si ritiene che l'onus probandi dell'attore non possa dirsi soddisfatto semplicemente provando il mandato ad amministrare, ossia la fonte del dovere (generale) esistente in capo esistente in capo all'amministratore (di conformare il proprio operato al modello di comportamento normativamente delineato in materia di gestione societaria) e invocando la sua violazione*”⁴⁴.

In ragione del contenuto generale dell'obbligo, l'onere probatorio gravante sulla società attrice avrebbe ad oggetto non

⁴³ Sul punto MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, cit., 23 ss. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, Cass. civ. 17 gennaio 2007, n. 1045, in *Società*, 2007, 573; Cass. civ. 29 ottobre 2008, n. 25977; Cass. civ. 27 aprile 2011, n. 9384, tutte il *Pluris*.

⁴⁴ *ID.*, 24-25.

soltanto l'atto gestorio posto in essere dall'amministratore che si assume negligente, ma *“ora l'illiceità dei comportamenti, ora gli elementi di contesto dai quali è possibile desumere che lo stesso [comportamento] implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza, ora l'inosservanza di quelle regole che il debitore è tenuto a rispettare, ora la sussistenza delle violazioni”*⁴⁵.

In altri termini, come meglio chiarito da un recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁶ la società attrice è tenuta ad allegare non un qualsiasi inadempimento, ma un inadempimento qualificato e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno al patrimonio sociale.

Ad avviso della Suprema Corte, nelle azioni risarcitorie esperite con l'amministratore, oggetto dell'allegazione può essere solo *“l'inadempimento che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno”*⁴⁷. Inoltre, accanto ad esso, vanno provati gli altri due elementi che costituiscono elementi costitutivi della domanda risarcitoria: il danno e il nesso di causalità tra il fatto dannoso e la condotta negligente dell'amministratore.

Tirando le fila del discorso, nella prospettiva segnata dalle Sezioni Unite, in presenza di un atto gestorio che la società attrice ritenga non conforme al paradigma normativo, l'*onus probandi* non pare possa esaurirsi nell'allegazione di un inadempimento qualificato, ma occorre un supporto probatorio

⁴⁵ *ID.*, 26.

⁴⁶ Cass. Sez. Unite, 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. comm.*, 2015, 4, II, 643 con nota di COSSU.

⁴⁷ *Ibidem.*

più robusto. La società, infatti, deve fornire elementi sufficienti in virtù dei quali possa considerarsi insorto in capo all'amministratore il dovere di agire diversamente, compiendo o astenendosi dal compiere un determinato atto gestorio⁴⁸.

A tal fine occorre effettuare un giudizio controfattuale, che si sostanzia in un procedimento volto a fornire la dimostrazione che, il compimento (o il mancato compimento) dell'atto gestorio sarebbe valso ad evitare le conseguenze pregiudizievoli prodottesi.

Con riferimento alle ipotesi qualificate come responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. – ossia la responsabilità verso i soci e i terzi, almeno secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, e la responsabilità verso i creditori sociali – l'onere della prova a carico dell'attore è molto più difficile da assolvere. A ben vedere, infatti, in ossequio al disposto di cui all'art. 2697 c.c., occorre dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi di tale forma di responsabilità, *id est* il fatto generatore del danno, il danno evento, il danno conseguenza, il nesso di causalità e l'elemento soggettivo. Certamente un ausilio può essere fornito dal ricorso alle prove presuntive, ma non può negarsi che sarebbe molto più agevole ottenere il risarcimento qualificando la responsabilità come contrattuale; questa è la principale ragione per la quale larga parte della dottrina, avallata anche da alcuni orientamenti giurisprudenziali, ha riqualficato la responsabilità in esame – ed

⁴⁸ MARTUCCELLI, DI LORENZO, OCCORSIO, *op. cit.*, 28.

in particolare quella degli amministratori verso soci e terzi – come responsabilità da inadempimento, ricorrendo alle figure del contatto sociale ovvero del contratto con effetti protettivi a favore dei terzi.

In tal modo, la colpa dell'amministratore sarebbe presunta e si potrebbe beneficiare dell'inversione dell'onere probatorio, gravando sull'amministratore convenuto la prova di aver adempiuto ovvero di essere stato incolpevolmente impossibilitato ad adempiere.

1.6. La responsabilità degli amministratori non operativi

Nella società a responsabilità limitata, è stata sancita, sia pur non utilizzando espressamente tale locuzione, la responsabilità solidale dell'amministratore di fatto⁴⁹.

Non a caso, a norma dell'art. 2471, comma 7 c.c., “*sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*”.

Il precedente che solitamente viene richiamato, come primo intervento della Suprema Corte civile in materia di amministratore di fatto, è la sentenza n. 234 del 12 gennaio

⁴⁹ Sul punto cfr. CASSANI, *Responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto*, in *Società*, 2013, 10, 105.

1984⁵⁰, secondo la quale “*perché sorgano obblighi e responsabilità previsti dalla legge per gli amministratori occorre un atto di preposizione o di nomina da parte dei competenti organi della società. Tale nomina può anche essere irregolare (non pubblicata o invalida) o implicita*”.

Sulla scia di questa pronuncia, per lungo tempo la giurisprudenza civile ha individuato l'elemento essenziale perché si potesse affermare la sussistenza dell'amministratore di fatto, nel presupposto formale della nomina, seppur irregolare o invalida.

La *ratio* della regola enunciata veniva individuata nella correlazione tra poteri dell'amministratore - di necessità dipendenti dall'atto di nomina - e i correlativi obblighi e responsabilità: in difetto dei primi - e quindi in difetto di una nomina - non si sarebbero potuti affermare i secondi e le relative responsabilità.

Veniva, dunque, accolto un approccio formalistico che imponeva la costituzione formale del rapporto di amministrazione, sebbene tale presupposto formale venisse ritenuto sussistente con una certa ampiezza ed elasticità, ad esempio anche ove vi fosse una nomina tacita o implicita e quindi mancasse del tutto una nomina formale.

Dopo la pronuncia del 1984 si è, tuttavia aperto un vivace dibattito dottrinale volto a superare l'approccio formalistico della

⁵⁰ La si veda in *Giur. comm.*, 1985, II 182 ss., con nota di BONELLI, *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto*.

Suprema Corte: numerose erano le possibili soluzioni alternative suggerite dalla dottrina.

Alcune voci dottrinali qualificavano l'amministratore di fatto quale direttore generale, utilizzando quindi il disposto dell'art. 2396 c.c., per rendere allo stesso applicabili le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori⁵¹. Altre invece invocavano la disciplina della *negotiorum gestio* di cui agli artt. 2028 ss. c.c.⁵². e per suo tramite - grazie al richiamo di cui all'art. 2030 c.c. - la disciplina del mandato. Altri ancora la disciplina del sostituto del mandatario di cui all'art. 1717 c.c., ferma la possibilità di applicare in via residuale le regole della responsabilità aquiliana⁵³.

Successivamente, nel 1999, la Corte di Cassazione⁵⁴ – accogliendo gli auspici dottrinali, ha mutato orientamento, facendo proprio un approccio funzionalistico incentrato non sulla sussistenza dell'atto di nomina ma sulle concrete funzioni esercitate dalla persona che si voglia qualificare come amministratore di fatto.

⁵¹ BORGIOI, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, 593.

⁵² GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 1-4, 131.

⁵³ Così ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 168.

⁵⁴ Cass. civ., sentenze nn. 1925 del 6 marzo e 9795 del 14 settembre 1999, in *Pluris*.

La *ratio decidendi* delle decisioni della Suprema Corte fa perno sui rapporti contrattuali di fatto e sulla responsabilità da contatto sociale: il nostro ordinamento riconosce che alcuni fatti possano dare vita ad obbligazioni in capo a terzi indipendentemente da una fonte negoziale e il concreto svolgimento di funzioni amministrative integrerebbe uno di questi fatti.

In sintesi, secondo la Corte, l'attività gestoria dell'amministratore di fatto – purché non si tratti di atti avente carattere eterogeneo e occasionale - integra gli estremi del “contatto sociale qualificato” che rientra tra gli atti e fatti di cui all'art. 1173 c.c., idonei a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico.

L'elemento essenziale affinché possa configurarsi un amministratore di fatto è l'esercizio delle funzioni gestorie, esercizio che però deve potersi qualificare come sistematico.

Sulla cortea di tali considerazioni, la Corte ritiene che siano applicabili all'amministratore di fatto le regole che disciplinano l'attività degli amministratori in quanto regole relative al “*corretto svolgimento dell'amministrazione della società*” e, come tali, “*non solo a coloro che sono stati immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratore, ma anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita*”⁵⁵.

⁵⁵ *Ibidem*.

In particolare, poi, la dottrina ha esattamente enucleato le condizioni al ricorrere delle quali sussiste la figura dell'amministratore di fatto⁵⁶):

- a) assenza di una efficace investitura assembleare;
- b) attività esercitata non occasionalmente ma continuativamente;
- c) esercizio di funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto;
- d) autonomia decisionale (non necessariamente surrogatoria, ma almeno cooperativa non subordinata) rispetto agli amministratori `di diritto'

La linea tracciata dalla Suprema Corte è stata poi recepita dal legislatore della riforma del 2003, di talché è ormai pacifico che, ove sussistano i suddetti indici sintomatici, le responsabilità finora esaminate – nei confronti della società, dei soci, dei terzi e dei creditori sociali- possono gravare anche in capo agli amministratori di fatto i quali possono, quindi, essere chiamati a rispondere per atti di *mala gestio*, previa dimostrazione del ruolo effettivamente rivestito nella compagine sociale.

⁵⁶ ABRIANI, *op. cit.*. Più di recente, sulle caratteristiche dell'amministratore di fatto cfr. Cass. civ. 27163 del 2018, in *Leggi d'Italia*.

CAPITOLO II

I RIMEDI E LE CONSEGUENZE DELLA *MALA GESTIO* DEGLI AMMINISTRATORI

Sommario: 2.1. Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nelle società di capitali - 2.1.1. L'azione sociale di responsabilità – 2.1.2. L'azione dei creditori sociali -2.1.3. L'azione prevista dall'art. 2497 cod. civ. – 2.1.4. L'azione diretta del socio e del terzo - 2.2. Le conseguenze della mala *gestio* degli amministratori: un danno è sempre configurabile? Il problema del nesso di causalità - 2.3. Il danno da mala *gestio*: i confini della risarcibilità - 2.4. La determinazione dell'entità del danno – 2.4.1. Il criterio del *deficit* fallimentare – 2.4.2. L'intervento delle Sezioni Unite del 2015

2.1. Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nelle società di capitali

Il Legislatore reagisce alla *mala gestio* degli amministratori delle società di capitali mediante la previsione una pluralità di rimedi contro gli abusi dagli stessi commessi, al precipuo fine di garantire un'adeguata ed effettiva tutela degli interessi non solo delle società amministrate, ma anche dei

singoli soci, dei creditori sociali e di eventuali altri terzi, ancorché non creditori, direttamente danneggiati⁵⁷.

Alla stregua della normativa attualmente vigente in materia di società per azioni e società a responsabilità limitata, è possibile, in generale, enucleare le seguenti tipologie di azioni esperibili nei confronti degli amministratori, per tali intendendosi anche coloro che si siano, di fatto, ingeriti nella gestione della società in assenza di una qualsivoglia investitura da parte dell'assemblea, sia pur irregolare o implicita (amministratori di fatto)⁵⁸:

- a) azione sociale di responsabilità;
- b) azione dei creditori sociali;
- c) azioni contro la società o l'ente che esercita attività di direzione e di coordinamento ex art. 2497 cod. civ.
- d) azione dei singoli soci e terzi ex art. 2476, comma 6, cod. civ. e 2395 cod. civ.

2.1.1. L'azione sociale di responsabilità

Il rimedio fondamentale contro gli abusi degli amministratori è rappresentato dall'azione sociale di

⁵⁷ Sul punto cfr. G. F. CAMBOBASSO, *Diritto commerciale 2. Le società*, 2015, 382 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 169 ss.

⁵⁸ In tema Cass. civ. 14 settembre 1999, n. 9795; 23.5.2008, n. 13424; 1 marzo 2016, n. 4045; 18 settembre 2017, n. 21567, tutte in *Pluris*. Così anche S. MARTUCCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, cit., 61 ss

responsabilità. Essa è prevista, per le società per azioni, dagli artt. 2393 e 2393 *bis* cod. civ., per le società a responsabilità limitata, dall'art. 2476 cod. civ.

Nelle società per azioni, la legittimazione ad esperire l'azione spetta, anzitutto, all'assemblea ordinaria ai sensi dell'art. 2393 cod. civ.

L'azione *de qua*, può essere esperita anche dai soci *ex art.* 2393-*bis* cod. civ. ma è riservata ai soli detentori di una partecipazione qualificata al capitale sociale, pari ad almeno un quinto del capitale sociale o alla diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore al terzo, nelle società chiuse; un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto, nelle società che fanno appello al mercato del capitale di rischio.

In questo modo, si consente una tutela rafforzata delle minoranze che, tuttavia, devono arrivare a formare congiuntamente una quota significativa, onde evitare azioni pretestuose nei confronti degli amministratori. L'azione promossa dalla minoranza è comunque diretta alla reintegrazione del patrimonio sociale, sicché la società deve essere chiamata in giudizio⁵⁹. Per quanto non espressamente previsto, secondo l'opinione prevalente⁶⁰, dovranno perciò ritenersi applicabili le

⁵⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 2017, 254. Sul punto vd. anche M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei soci di minoranza e la sostituzione processuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 3, 697 ss.

⁶⁰ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Le società*, cit., 388. Di diverso avviso in ordine alla qualificazione giuridica dell'azione *de qua* sono, tra gli altri, SAMBUCCI, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 103 ss. che la inquadra nell'ambito della

disposizioni dettate dal codice civile in materia di azione surrogatoria (artt. 2900 ss.), pur dovendosi escludere che si tratti di una surrogatoria in senso tecnico poiché l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte della minoranza dei soci non è subordinato all'inerzia in tal senso della società.

Stante l'impianto marcatamente capitalistico proprio della società per azioni, l'azione di responsabilità non spetta al singolo socio.

All'opposto, nelle società a responsabilità limitata, la legittimazione ad esercitare l'azione è invece conferita, *ex art.* 2476 comma 3 cod. civ., a ciascun socio individualmente, a prescindere dalla quota di capitale posseduta, il quale può chiedere anche l'adozione di un provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore o degli amministratori negligenti. Né tale diritto può essere soppresso dallo statuto, poiché sopperisce alla mancata previsione di un controllo giudiziario quale quello previsto dall'art. 2409 cod. civ. per la società per azioni⁶¹. Tale potere è espressione della cosiddetta *voice* del socio di s.r.l.⁶²

gestione degli affari altrui di cui all'art. 2028 cod. civ. o LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Torino, 2007, 248 ss. che, invece, ritiene sia assimilabile ad una ipotesi di legittimazione straordinaria a far valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui.

⁶¹ In questi termini, G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* 2, cit., 580.

⁶² In tema P. ABBADESSA, *La voice dei soci nella gestione della s.r.l.* Relazione in occasione del Convegno in onore di G.B. Portale, *La società a responsabilità limitata dieci anni dopo*, Milano, 17-18 novembre 2011, disponibile sul sito old.giappichelli.it, ultimo accesso il 10.02.2019. PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata. Regime legale e modelli statutari*, Padova, 2011.

nella gestione dell'attività d'impresa esercitata in forma societaria, di cui invece è privo il socio di s.p.a.

Il diritto sostanziale tutelato è di pertinenza della società, la legittimazione del socio è volta far valere in nome proprio un diritto altrui, rientrando dunque in una delle fattispecie di sostituzione processuale, ai sensi dell'81 cod. proc. civ. Per tale ragione, dato che l'accertamento della responsabilità produce effetti anche nei confronti della società, la stessa dovrà essere chiamata in giudizio quale litisconsorte necessaria ex art. 102 cod. proc. civ., come peraltro previsto espressamente, per le società per azioni, dall'art. 2393 bis, comma 3, cod. civ.

Benché il Legislatore sia rimasto silente, va inoltre ammesso che l'azione di responsabilità contro gli amministratori possa essere esercitata anche dalla società⁶³. Sarebbe infatti irragionevole affermare il diritto all'esercizio dell'azione del socio e, contestualmente, negarlo alla società.

Inoltre, la sussistenza della legittimazione attiva della società potrebbe implicitamente desumersi dal potere di revoca e transazione riconosciuto alla società sull'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 5, cod. civ. A ciò si aggiunga che poiché l'obbligo risarcitorio degli amministratori si configura nei confronti della società (titolare del diritto controverso), sarebbe problematico non riconoscere proprio in capo al soggetto titolare del diritto corrispondente, la possibilità di far valere il medesimo

⁶³ Questa è l'opinione assolutamente prevalente in dottrina ed in giurisprudenza. In tal senso G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* 2, cit., 581; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, vol. V, I, 2007; S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.

in giudizio, ai sensi dell'art 1218 cod. civ., e di conseguirne tutela.

Ciò posto, è discusso a chi spetti la competenza all'adozione della relativa delibera. Secondo un primo orientamento la decisione spetta ai soci, e quindi è riservata alla competenza dell'assemblea⁶⁴; altro indirizzo, invece, ritiene sussistente la competenza dell'organo amministrativo, in quanto si tratterebbe di esercitare un diritto esistente in capo alla società, come tale rientrante nell'ambito delle funzioni gestorie spettanti esclusivamente agli amministratori. Tale ultimo assunto viene altresì corroborato da un indizio letterale e, segnatamente, dalla mancata indicazione, tra le materie affidate alla decisione dell'assemblea dei soci *ex art. 2476 cod. civ. dell'azione di responsabilità degli amministratori*.

La soluzione che appare preferibile, salvo il caso in cui la decisione venga affidata alla collettività dei soci da un'apposita clausola statutaria, o per effetto dell'iniziativa di uno o più amministratori o di tanti soci che rappresentino un terzo del capitale sociale, ai sensi dell'articolo 2479, I comma, cod. civ., deve ritenersi quella secondo cui è possibile esperire l'azione sociale indipendentemente dall'autorizzazione dell'assemblea dei

⁶⁴ Così O CAGNASSO, *op. cit.*, 125; A. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.* 2003, 286 ss.

soci e della relativa deliberazione, essendo l'azione stessa un rimedio attivabile da ciascuno dei soci⁶⁵.

Nella società a responsabilità limitata, in ragione della centralità del ruolo del socio, si prevede che sono responsabili congiuntamente e solidalmente con gli amministratori anche i soci che *“hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”* (art. 2476, comma 7, cod. civ.)⁶⁶.

Altri soggetti legittimati all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità sono l'organo di controllo, ossia il collegio sindacale (per le società che adottano il sistema di amministrazione tradizionale), ai sensi dell'articolo 2393, comma 3, cod. civ. e, per le s.r.l., ai sensi dell'art. 2477, comma 5, cod. civ.; l'amministratore Giudiziario della società per azioni, nominato dall'autorità giudiziaria al termine del procedimento sorto per effetto della denuncia presentata ex art. 2409 cod. civ.; in caso di soggezione della società a fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria, rispettivamente, anche il curatore del fallimento (articolo 146

⁶⁵ In tal senso è orientato il Tribunale di Roma, 19 ottobre 2015, n. 20844) Diversa è la posizione espressa in proposito da altri Tribunali (v. Tribunale di Milano, 12 gennaio 2015) che ritengono improcedibile, anche con riguardo alla società a responsabilità limitata, l'azione esercitata dall'amministratore senza apposita deliberazione assembleare.

⁶⁶ Al riguardo, S. MARTUCCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, cit., 61 ss., Gli A. esaminano la problematica afferente all'estensibilità della norma *de qua* alla società per azioni, avallando la soluzione negativa in ragione della diversa configurazione del mondo in cui nelle società a responsabilità limitata si atteggia il rapporto tra i soci e i soggetti incaricati dell'amministrazione dell'impresa. Così anche art. 3, comma 1, lett. a), L. 3 ottobre 2001, n. 366 recante *“Delega al Governo per la riforma del diritto societario”*.

della Legge Fallimentare), il Commissario liquidatore e il Commissario straordinario (articolo 2394-*bis* cod. civ.).

Come esaminato nel capitolo precedente, la responsabilità degli amministratori verso la società ha natura contrattuale⁶⁷ in quanto si rimprovera l'inadempimento di un'obbligazione preesistente derivante dall'incarico loro conferito. Inoltre, si tratta di una responsabilità di carattere soggettivo, ancorata cioè alla presenza del dolo o della colpa. Infatti, la responsabilità per atti o omissioni compiute non si estende a chi sia immune da colpa purché abbia dato modo di far percepire all'esterno (per le s.p.a. art. 2392, comma 3, cod. civ.; per le s.r.l. art. 2476, comma I cod. civ.).

2.1.2. L'azione dei creditori sociali

L'azione spettante ai creditori sociali⁶⁸, regolata dall'art. 2394 cod. civ. nella società per azioni, si fonda su diversi presupposti di talché ben può essere possibile che gli amministratori siano responsabili verso i creditori ma non anche verso la società. In particolare, essa costituisce conseguenza dell'inosservanza dei soli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, quale garanzia generica

⁶⁷ Si veda *infra*. Inoltre, cfr. (sulla natura contrattuale dell'azione sociale di responsabilità, Tribunale di Roma, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 29 dicembre 2017, in *Leggi d'Italia*.

⁶⁸ Sul punto, cfr., *ex multis*, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* 2, cit., 389 ss.

dell'adempimento delle obbligazioni verso terzi, ai sensi dell'art. 2740 cod. civ.. Tuttavia essa incontra un rigoroso limite: può essere esperita soltanto laddove il patrimonio sociale non risulti sufficiente al soddisfacimento delle ragioni creditorie, altrimenti sarebbe aggirato il beneficio della limitazione di responsabilità proprio delle società di capitali.

Benché sia distinta dall'azione sociale di responsabilità, tra le due sussistono indubbie interferenze⁶⁹ in quanto il danno subito dai creditori costituisce un effetto riflesso del danno che gli amministratori hanno arrecato al patrimonio sociale, rendendolo incapiente e perciò insufficiente a soddisfarli. L'effetto è che se l'azione risarcitoria è stata già esperita dalla società ed il relativo patrimonio è stato reintegrato, i creditori non potranno più esercitare l'azione di cui all'art. 2394 cod. civ. poiché, altrimenti, gli amministratori sarebbero soggetti ad un doppio risarcimento.

Secondo l'opinione prevalente⁷⁰, anche se non univoca, si tratta di un'azione diretta e non surrogatoria di quella spettante alla società, anche alla luce del fatto che l'azione *de qua* non risulta subordinata all'inerzia della società. Gli amministratori non potranno pertanto opporre ai creditori agenti le eccezioni opponibili alla società. Inoltre (e soprattutto), quanto corrisposto

⁶⁹ *Idem*, 390.

⁷⁰ Tra gli altri, G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 255; ID, *Diritto commerciale 2*, cit., 389-390; B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1955, 253 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 293. Contra, *ex multis*, tra i primi MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 393 ss.

a titolo di risarcimento del danno va a reintegrare il patrimonio del creditore e non della società.

Analogo rimedio non è espressamente previsto con riguardo alle società a responsabilità limitata e tale mancato richiamo ha da sempre costituito argomento controverso, giacché sono state fornite interpretazioni diverse di tale lacuna normativa.

Secondo una prima ipotesi, la lacuna sarebbe volontaria (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) sicché i creditori non potrebbero esperire un'azione specificamente prevista in tal senso, come nella s.p.a., ma comunque non rimarrebbero privi di tutela. Potrebbero infatti esperire le azioni generali previste dal codice civile e, segnatamente, l'azione surrogatoria ex art. 2900 cod. civ., nonché il generale rimedio risarcitorio di cui all'art. 2043 cod. civ.⁷¹. Secondo altro indirizzo⁷², tuttavia, il vuoto

⁷¹ Questa è l'opinione allo stato prevalente (*ex multis*, si veda C. ANGELICI, *Riv. soc.*, 2007, 1236 ss., B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, 436 ss.

⁷² Per un approfondimento sulla tesi dell'analogia con l'art. 2394 c.c. si veda MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007; TETI, in *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, III, 662 ss.. In giurisprudenza, ad esempio, Trib. Pescara 15 novembre 2006, in *Foro it.*, 20007, I, 2262 ss. Inoltre, secondo Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121 – cui sono seguite molte altre pronunce conformi - ha chiarito che, con riferimento alle azioni proponibili dal curatore fallimentare, “la questione deve ritenersi tuttavia superata dalla considerazione che la L. Fall., art. 146, nel suo testo originario, era destinato solo a riconoscere la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.. E questa interpretazione risulta ora confermata dallo stesso legislatore, perché il nuovo testo della L. Fall., art. 146, come sostituito dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130, prevede semplicemente che il curatore è legittimato a esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, della società fallita. Sicché il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammesso contro gli amministratori di qualsiasi società”. Tale soluzione aveva, pertanto, già offerto un

normativo è solo apparente ed impone il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2394 cod. civ., di talché i anche i creditori della s.r.l. sarebbero muniti di un rimedio *ad hoc*. In tale prospettiva, infatti, non si potrebbe prescindere da un rimedio specifico poiché, anche in relazione a tale diversa tipologia societaria, sussiste la necessità di tutelare l'integrità del patrimonio sociale, che costituisce l'unica garanzia propria dei creditori, attraverso idonea sanzione.

In quest'ultima direzione sembra muoversi anche il Legislatore. Infatti, nell'ambito delle possibili modifiche al codice civile in materia di diritto societario, previste dallo schema dei decreti di attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017 n. 155⁷³, viene contemplata espressamente, mediante l'inserimento del comma 5-*bis* nell'art. 2476 cod. civ., l'azione spettante ai creditori sociali anche nella società a responsabilità limitata. La legge delega ha infatti previsto l'introduzione da parte dei decreti di norme volte a *confermare "l'applicabilità dell'articolo 2394 [in materia di azione di responsabilità dei creditori] alle società a responsabilità limitata", attualmente non richiamato dall'art. 2476 c.c.*"⁷⁴.

In relazione alla natura di tale azione si è già detto. Giova ribadire, in tale sede, che la natura è controversa ma prevale

solido appiglio a favore di coloro che sostenevano l'applicabilità della norma di cui all'art. 2394 c.c. alle società a responsabilità limitata, pur nella vaghezza del dato normativo positivo.

⁷³ Legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

⁷⁴ *Ibidem*.

nettamente, sia in dottrina che in giurisprudenza la tesi secondo la quale si configura una responsabilità extracontrattuale degli amministratori ex art. 2043 cod. civ., poiché viene in rilievo un fatto illecito lesivo di un diritto di credito di un soggetto estraneo a qualsivoglia rapporto obbligatorio con l'amministratore danneggiante⁷⁵.

2.1.3. L'azione prevista dall'art. 2497 cod. civ.

Il rimedio si cui all'art. 2497 cod. civ.⁷⁶ è riservato al socio - da intendersi di minoranza, anche se la norma non lo specifica direttamente - della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento, nonché al creditore sociale della medesima società "esterna" nei confronti della società o dell'ente che esercita tale attività ed abbia abusato dei propri poteri, agendo in

⁷⁵ Si richiama, per tutte, Cassazione Civile, Sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Pluris*.

⁷⁶ Art. 2479 cod. civ. (Responsabilità): *"Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario."

violazione delle regole di buona gestione societaria⁷⁷. Anche in questo caso dovrà trattarsi, così come accade per l'attività gestoria di una singola società, di ragionevolezza delle scelte gestionali e non di opportunità delle stesse, in quanto quest'ultima appartiene al campo della discrezionalità non sindacabile secondo il principio della c.d. *business judgment rule*⁷⁸. Ferma dunque tale regola, andrà valutato non il merito della scelta gestionale, ma il metodo: ad esempio, se vi sia stata o meno l'assunzione di adeguate informazioni preventive o la valutazione della natura e entità dei rischi, dei costi e dei benefici connessi alle scelte gestorie. Più in generale, dovrebbe essere valutata la correttezza nell'individuazione dei punti di equilibrio fra l'interesse del gruppo e quello delle singole società partecipanti al gruppo⁷⁹.

Secondo l'indirizzo prevalente⁸⁰, la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2497 cod. civ. spetta anche

⁷⁷ Sul punto DACCÒ, *Sub art. 2497*, in *Comm. Cian, Trabucchi*, Padova, 2007, 2939 ss.

⁷⁸ Al riguardo, RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, 538-541. Secondo l'A., sebbene, con riferimento all'attività di direzione e coordinamento risulti particolarmente difficile tracciare il confine tra la regola giuridica e la *Business Judgment Rule*, il giudizio di responsabilità dell'ente capogruppo dovrebbe essere comunque ancorato ai criteri che, sia pur faticosamente e non senza contraddizioni, la giurisprudenza ha elaborato nei giudizi concernenti la responsabilità degli amministratori di singole società, sforzandosi di distinguere le conseguenze della naturale alea di ogni attività d'impresa da quelle della mancanza colpevole di diligenza e del mancato rispetto di regole codificate di buona amministrazione.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ RORDORF, *op. cit.*, 545; S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 201; G. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima*

alla società eterodiretta (c.d. controllata), anche se il Legislatore non l'ha espressamente richiamata. Si sostiene, infatti, che la ragione del mancato richiamo sembrerebbe risiedere nel fatto che, di regola, la società, proprio perché governata dalla capogruppo, difficilmente agirà nei confronti di questa per il danno cagionatole. Non si potrebbe però escludere *a priori* un'azione della stessa società soggetta a direzione e coordinamento.

Soggetto passivo dell'azione *de qua* non è solo la società controllante (o capogruppo), ma rispondono in solido con essa gli amministratori o dirigenti che concretamente abbiano posto in essere l'attività dannosa. Lo scopo di tale estensione è quello di impedire che tali soggetti, pur avendo concorso a procurare l'illecito, restino esonerati da ogni responsabilità.

Tale azione – la quale si cumula e non si sostituisce alle altre azioni – che il socio o creditore può esperire in virtù della disciplina generale è subordinata *ex art. 2497 cod. civ.* alle seguenti condizioni: *a)* l'esercizio da parte di una società di attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre tale da poterla definire controllante o capogruppo; *b)* l'antigiuridicità della condotta, nel senso che è posta in essere in spregio dei principi di corretta gestione societaria delle società eterodirette; *c)* il danno, cioè il pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione (per il socio), ovvero all'integrità del

riflessione, in *Soc.*, 2003, 334 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Tribunale di Milano, Sez. VIII, 27 febbraio 2012, n. 2464.

patrimonio della società (per il creditore); *d*) il nesso eziologico intercorrente tra condotta ed evento.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2497, comma 3, cod. civ. il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento. Taluna dottrina⁸¹, sembra collegare tale condizione alla natura indiretta del danno risarcibile con l'azione in questione. In altri termini, l'azione esercitata dai soci e dai creditori sarebbe un'azione diretta e non una azione surrogatoria di quella che eventualmente spetta alla società, sicché il risarcimento dei danni spetta direttamente ai primi e non alla seconda; tuttavia, poiché il danno subito dai soci o dai creditori della società diretta è pur sempre un riflesso del danno subito da quest'ultima, l'azione di risarcimento danni nei confronti della capogruppo è esperibile solo se essi non sono stati soddisfatti dalla società soggetta a direzione.

Quanto alla natura della responsabilità in esame, di somma importanza in quanto dalla stessa dipende la ripartizione dell'onere probatorio, è controversa. Nonostante il dato letterale della Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003, in cui si fa menzione di una responsabilità di “stampo aquiliano”, e quindi di una responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.*, i più recenti indirizzi propendono per la ricostruzione della fattispecie in termini di responsabilità contrattuale, generata dalla

⁸¹ In particolare, G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 222.

violazione dell'obbligazione di corretta gestione gravante a carico della società capogruppo⁸².

Il danno subito dalla società eterodiretta, come si vedrà meglio più avanti, si sostanzia nell'incapacità di produrre utili distribuibili da parte della società coordinata e nel mancato aumento o nella diminuzione di valore delle partecipazioni derivanti dalla scorretta attività di coordinamento. L'attività dannosa incide, dunque, sulla redditività e sul valore della partecipazione sociale che fa capo al singolo socio.

2.1.4. L'azione diretta del socio e del terzo

Si è visto finora che ogni atto di depauperamento del patrimonio sociale, dovuto a fatti illeciti posti in essere dagli amministratori, arreca un danno indiretto e riflesso ad ogni singolo socio, determinando una diminuzione della redditività della sua partecipazione. E si è altresì visto che, in tali ipotesi, l'unico strumento a disposizione per i soci è l'azione sociale di responsabilità, la quale può eventualmente accompagnarsi all'azione esperita dai creditori sociali, qualora ne sussistano i presupposti.

⁸² Così F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna, 2005, 65. In giurisprudenza, Tribunale di Milano, Sezione VIII, 17 giugno 2011. Altro orientamento giurisprudenziale (es. Trib. Napoli, sez. VII, decr., 26 maggio 2008) ha indicato una soluzione intermedia facendo riferimento alla natura contrattuale della responsabilità con riferimento all'azione esperita dai soci, e alla natura extracontrattuale con riguardo a quella esercitata dai creditori.

Ciò nondimeno, ben può verificarsi che i singoli soci o i terzi (non necessariamente rientranti nella categoria dei creditori) subiscano un danno diretto al loro patrimonio per effetto della condotta degli amministratori, indipendentemente dal fatto che si sia prodotto anche un danno al patrimonio sociale.

In tal caso, il socio ed il terzo direttamente danneggiati sono legittimati ad agire, nella società per azioni, ex art. 2395 cod. civ. che può ritenersi norma di chiusura del sistema codicistico della responsabilità civile degli amministratori di società di capitali. Il *discrimen* rispetto alle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 cod. civ. è, appunto, rappresentato dall'incidenza "diretta" delle conseguenze dannose sul patrimonio del socio o del terzo⁸³.

L'esercizio dell'azione richiede la contestuale presenza dei seguenti elementi: *a)* un danno diretto sul patrimonio del socio o del terzo che potrebbe anche non essere un creditore; *b)* un atto o una omissione dolosa o colposa degli amministratori, posta in essere nell'esercizio della loro funzione gestoria; *c)* il danno, cioè il pregiudizio subito; *d)* un nesso di causalità tra l'atto illecito e il danno cagionato al socio o al terzo.

Come si è già visto in precedenza, stante l'assenza di un rapporto obbligatorio tra amministratore ed i terzi che si avvalgano di tale rimedio, l'azione dovrebbe assumere natura

⁸³ In dottrina, si veda, *ex multis*, ATTANASIO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti fra diritto della responsabilità civile e diritto societario*, in *Soc*, 2016, 810 ss.; NAZZICONE, *Sub art. 2395*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società per azioni-amministrazione e controlli*, V, Milano, 2003, 216 ss.. Cass. civ., 3 aprile 2007, n. 8359; 5 agosto 2008, n. 21130; 10 aprile 2014, n. 8458, tutte in *Pluris*.

extracontrattuale⁸⁴. In altre parole, ad integrare la fattispecie normativa è la violazione del precetto del *neminem laedere*, con conseguente applicazione del relativo regime probatorio e prescrizione.

2.2. Le conseguenze della *mala gestio* degli amministratori: un danno è sempre configurabile? Il problema del nesso di causalità.

Esaminati dapprima le cause della *mala gestio* e poi i rimedi esperibili nei confronti degli amministratori nelle società di capitali, occorre ora soffermarsi sulle effettive conseguenze della stessa⁸⁵.

La principale conseguenza *illico et immediate* ricollegabile alla *mala gestio* è rappresentata dal danno, elemento costitutivo della responsabilità dell'amministratore.

Tuttavia, come sostenuto in dottrina, l'equazione tra *mala gestio* e danno è ancora da verificare⁸⁶, nel senso che la violazione dei principi di corretta gestione da parte degli amministratori non causa necessariamente ed automaticamente

⁸⁴ Cfr. *supra*. Si richiama, per tutte, Cassazione Civile Sez. I, 23 giugno 2010, n. 15220, in *Pluris*.

⁸⁵ Sul punto si veda S. MARTUCCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 44 ss.

⁸⁶ *Ibidem*

un danno. A conferma di tale assunto, basti fare riferimento all'art. 2392, comma 1, cod. civ. che, nel momento in cui afferma la responsabilità in solido degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei propri doveri, *“sottende, da un lato, la possibilità di un'osservanza di doveri non generatrice di danno in senso giuridico⁸⁷; dall'altro l'esistenza di pregiudizi patrimoniali non derivanti da mala gestio, che non generano alcun obbligo risarcitorio”⁸⁸.*

In altri termini, dunque, non ogni *mala gestio* è suscettibile di generare un danno in quanto tale risarcibile.

È altresì necessaria la sussistenza del nesso di causalità tra attività dell'amministratore e il pregiudizio arrecato, nel senso che quest'ultimo deve essere ricollegabile al fatto posto in essere dal primo⁸⁹.

È infatti ormai principio consolidato che il nesso eziologico sia elemento costitutivo della responsabilità degli amministratori, in quanto tali azioni soggiacciono ai principi generali in materia di responsabilità civile in cui,

⁸⁷ Per danno in senso giuridico si intende un effetto giuridico voluto da una norma per l'inosservanza di un certo comportamento ovvero un fatto giuridico produttivo di un effetto giuridico: l'obbligo di risarcimento. Esso si accosta (e, per certi, si contrappone) al concetto di danno in senso naturale o fisico, per tale intendendosi il pregiudizio, cioè l'effetto negativo derivante da una determinata condotta.

⁸⁸ S: MARTUCCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 44.

⁸⁹ In tema di nesso di causalità nell'azione di responsabilità contro gli amministratori si vedano, tra gli altri, L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno*, in *Giust. civ.*, 1989, 86 ss.; P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, 548 ss. R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Soc.*, 1993, 617 ss.

indipendentemente dalla natura, non può configurarsi una forma di responsabilità da posizione in quanto sarebbe contrario al principio di personalità della responsabilità. In altri termini, nel sistema civilistico si può presumere la colpa (come accade in materia di responsabilità da inadempimento ex art. 1218 cod. civ.), si può prescindere dalla colpa (come accade nelle numerose ipotesi di responsabilità oggettiva, introdotte a dismisura dal legislatore negli interventi normativi più recenti, come nel caso della responsabilità del produttore ex artt. 118 ss. del Codice del Consumo), ma non si può prescindere dal nesso di causalità.

2.3. Il danno da *mala gestio*: i confini della risarcibilità

Se un danno si configura, occorre tracciare i limiti della sua risarcibilità.

L'area del danno risarcibile è individuata dagli artt. 1223 e seguenti cod. civ., indipendentemente dalla natura giuridica che si voglia attribuire all'azione esercitata. Infatti, tali norme sono inserite nell'ambito della responsabilità contrattuale ma sono applicabili anche nei casi di responsabilità aquiliana per effetto del richiamo ad esse contenuto nell'art. 2056 cod. civ.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. il danno deve essere conseguenza immediata e diretta del fatto. Tuttavia, è

ormai stato accolto in giurisprudenza il criterio della causalità adeguata, in virtù del quale rientrano nell'area dei danni risarcibili tutte le conseguenze pregiudizievoli normalmente riconducibili alla condotta. In altri termini, è risarcibile anche il danno indiretto e non immediato purché sia normale conseguenza dell'illecito secondo un giudizio fondato sull'*id quod plerumque accidit*⁹⁰.

Questo è il minimo comune denominatore di tutti i danni risarcibili nelle diverse azioni di responsabilità esperibili nei confronti degli amministratori negligenti. Tuttavia, i confini del danno risarcibile si determinano diversamente a seconda del rimedio esperito.

Nel caso di azione sociale di responsabilità (ex art. 2393 cod. civ. per le s.p.a; ex art. 2476 cod. civ. per le s.r.l.), sono ricompresi *a)* i danni patrimoniali, cioè i pregiudizi suscettibili di valutazione economica, includenti il danno emergente che consiste nella perdita subita ed il lucro cessante che si sostanzia nel mancato guadagno; *b)* gli eventuali danni non patrimoniali, ossia quelli non valutabili economicamente come, per esempio, il danno all'immagine della società⁹¹.

⁹⁰Si veda, per tutte, Cass. civ. 7 luglio 2009, n. 15895, in *Pluris*.

⁹¹ La risarcibilità del danno all'immagine della società, ancorché non si riscontrino pronunce giurisprudenziali che lo abbiano riconosciuto, allo stato è da ritenersi astrattamente ammissibile poiché è ormai riconosciuto che anche le persone giuridiche possano essere titolari di diritti fondamentali, purché compatibili con l'assenza del requisito della fisicità. Certamente, il diritto all'immagine rientra tra quelli riconoscibili anche agli enti. In tal senso, si veda G. CHINE' - M. FRATINI - A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 2018-2019, Molfetta, 250 ss.

All'opposto, nel caso di azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali (prevista solo per le s.p.a all'art. 2394 cod. civ., ma ormai estesa analogicamente dai più anche alla s.r.l.) è più circoscritta l'area dei danni risarcibili *“e – con essa, l'area dei comportamenti degli amministratori idonei a produrre tali danni e quindi degli illeciti ad essi imputabili – ai soli danni che riguardano l'integrità del patrimonio sociale, ossia, seguendo la bipartizione contenuta nell'art. 1223 cod. civ., al solo danno emergente”*⁹². I creditori, dunque, non possono pretendere il risarcimento del lucro cessante.

Ancora diversa e ancora più circoscritta è l'area del danno risarcibile – e quindi della condotta stigmatizzata dell'amministratore – nel caso di azione individuale di responsabilità (di cui all'art. 2395 cod. civ.) volta ad ottenere il risarcimento del c.d. danno diretto. In tal caso, è appunto risarcibile solo il danno che abbia avuto incidenza diretta sulla sfera giuridica del soggetto che agisce in giudizio, a prescindere dal danno al patrimonio sociale. Altrettanto limitato è, inoltre, il danno da informazioni inesatte rese dall'amministratore al terzo risarcibile soltanto nei limiti dell'interesse negativo⁹³. L'interesse negativo, che si configura normalmente in presenza di una responsabilità di stampo precontrattuale, è l'interesse ad essere riportato nella medesima situazione esistente prima che il danno fosse perpetrato e ricomprende dunque il tempo perso, le

⁹² S. MARTUCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 46-47.

⁹³ Sul punto, *ex multis*, Cass. 8 settembre 2015, n. 17794, in *Società*, 2016, 810 ss.

spese sostenute e le occasioni contrattuali ulteriori eventualmente perdute.

2.4. La determinazione dell'entità del danno

Una volta determinato *l'an debeatur* e gli elementi costitutivi della responsabilità degli amministratori, si pone il problema del *quantum*, ossia della determinazione dell'entità del danno risarcibile.

L'individuazione del relativo parametro di riferimento ha dato luogo ad un' annosa *querelle*, tutt'altro che sopita, tra dottrina e giurisprudenza.

2.4.1. Il criterio del *deficit* fallimentare

Dato che la maggior parte delle azioni di responsabilità era esperita dai curatori fallimentari – i quali si ritrovavano a cumulare le azioni sociali e quelle creditorie ex art. 146 della Legge fallimentare⁹⁴ - il criterio tradizionalmente impiegato era

⁹⁴ Art. 146 L. Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267) (Amministratori, direttori generali, componenti degli organi di controllo, liquidatori e soci di società a responsabilità limitata):

“Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.

quello della variazione in negativo del patrimonio sociale⁹⁵. In altri termini, la commisurazione della responsabilità risiedeva nella differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare⁹⁶.

La determinazione dell'entità del danno sulla base del deficit fallimentare consentiva sostanzialmente di obliterare l'elemento del nesso eziologico, comportando una consistente semplificazione probatoria. Ci si doveva, infatti, limitare al riesame della serie di bilanci, alla riclassificazione delle poste ivi richiamate secondo i principi concorsuali, all'individuazione del momento in cui il capitale veniva perso. Era sufficiente, alla stregua dell'indirizzo in parola, che gli amministratori conoscessero una siffatta situazione e che, ciò nondimeno, avessero consentito la prosecuzione dell'attività imprenditoriale della società rivelatasi poi pregiudizievole, per incorrere nella responsabilità e nei conseguenti obblighi risarcitori⁹⁷.

Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

- a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;*
- b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile”.*

⁹⁵ Si vedano, tra le altre, Cass. 23 giugno 1977, n. 2671; Cass. civ. 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Leggi d'Italia*.

⁹⁶ Per un approfondimento sull'iter giurisprudenziale si vedano, A. PATTI, *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 81 ss. M. CAMPANILE, *Responsabilità degli amministratori per scorretta tenuta delle scritture contabili. La parola alle Sezioni Unite*, in *Le Soc.*, 2, 2015, 153 ss. Per la distinzione tra le diverse azioni, cfr. E. CICONI, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giust. civ.*, 1998, 523 ss.

⁹⁷ In questi termini, L. PANZANI, *op. cit.*, 90 ss.

Più volte è stata, ad esempio considerata sufficiente per ritenere integrata la responsabilità l'omessa tenuta della contabilità. In quella prospettiva, infatti, ciò costituisce indice sintomatico di *“pressappochismo e leggerezza estrema”*, che *“rappresenta una macroscopica violazione dei doveri posti dalla legge a carico degli amministratori”*, ed è *“idoneo a danneggiare il patrimonio sociale”*⁹⁸.

In definitiva, pertanto, si finiva per determinare un sostanziale automatismo tra violazione dei doveri degli amministratori (*a fortiori* ove si fosse trattato di doveri a contenuto specifico), con un conseguente rovesciamento dell'onere probatorio, *“imponendo agli amministratori la dimostrazione, pressoché diabolica, dell'inesistenza del rapporto di causalità”*⁹⁹.

Il ragionamento seguito era infatti il seguente: la prova del nesso di causalità in astratto spetta alla società attrice (o comunque a chi agisce in giudizio) in conformità ai tradizionali criteri di riparto di cui all'art. 2697 cod. civ.; tuttavia, se tale prova non possa essere fornita per una condotta imputabile agli amministratori (ad esempio la mancata tenuta della contabilità che impedisce di riscontrare a livello contabile quanto sostenuto) l'onere probatorio si ribalta sugli amministratori convenuti. La mancata prova da parte di questi ultimi del fatto che il danno non fosse agli stessi addebitabile (ovvero fosse di entità minore)

⁹⁸ In questi termini, Cass. civ. 19 dicembre 1985, n. 6493, cit.

⁹⁹ JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, cit., 548 ss.

avrebbe comportato la presunzione che il danno risarcibile fosse commisurato all'intero differenziale negativo registrato dal patrimonio della società¹⁰⁰.

Alla luce di tali inaccettabili conseguenze, la giurisprudenza è stata costretta ad un progressivo ripensamento dei criteri di determinazione del danno risarcibile. A ciò si aggiunga che il parametro del *deficit* fallimentare appare inidoneo anche per un'altra ragione, e ciò in quanto connotato da un'elevata dose di approssimazione. Non è, infatti, certo che le passività coincidano con la somma delle domande di ammissione presentate dai creditori ed, inoltre, l'attivo risente necessariamente della svalutazione di alcuni beni direttamente riconducibile alla dichiarazione di fallimento (basti pensare a beni di carattere immateriale quali l'avviamento o a alcuni marchi)¹⁰¹. L'attività d'impresa è infatti intrinsecamente connotata dal rischio di perdite, il cui verificarsi non potrebbe essere considerato in sé un sintomo della violazione dei doveri di diligenza gravanti sull'amministratore¹⁰²; in altre parole, il semplice insuccesso economico della società (e perfino il suo fallimento), di per sé non potrebbe determinare il sorgere di alcuna responsabilità in capo agli amministratori.

¹⁰⁰ In questi termini, si veda S. MARTUCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 49 ss.

¹⁰¹ Su difetti del criterio del deficit fallimentare, si veda L. PANZANI, *op. cit.*, 90 ss.; S. MARTUCELLI, G. DI GIOVANNI, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 47 ss.

¹⁰² V. BONOCORE, *La responsabilità dell'impresa tra libertà e vincoli*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale: La responsabilità d'impresa*, Milano, 2006, 31.

Verosimilmente, tale criterio potrebbe essere concretamente utilizzato soltanto in due fattispecie¹⁰³. La prima è quella della mancanza, falsità o totale inattendibilità della contabilità e dei bilanci della società dichiarata fallita, che dà luogo ad una situazione che determina l'impossibilità di ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa e quindi il necessario ricorso ad un criterio scevro da agganci a precisi parametri. La seconda è quella in cui il dissesto patrimoniale sia stato cagionato da un'attività distrattiva così reiterata e sistematica, da escludere la possibilità concreta di una quantificazione calibrata sul valore dei beni distratti e dissipati.

Resta tuttavia il non trascurabile problema della causalità, che non può essere trattato in maniera così "sbrigativa"¹⁰⁴.

Occorreva, dunque, un criterio non solo più preciso ma anche strettamente ancorato al nesso eziologico in modo da evitare di pervenire all'iniqua conseguenza di imputare integralmente il *deficit* fallimentare agli amministratori, configurando un'inammissibile responsabilità di posizione.

Si sono così affermati diversi indirizzi che hanno cercato di realizzare un più adeguato bilanciamento degli interessi in gioco.

¹⁰³ M. VITIELLO, *Appunti in tema di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità della curatela*, in www.ilfallimentarista.it, ultimo accesso il 14.02.2019.

¹⁰⁴ In questi termini Cass. 17 settembre 1997, n. 9252 in *Foro it.*, I, 243 ss. Nello stesso senso (contrario a quello del c.d. differenziale) Cass. civ. 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 200, 1637 ss. che ritiene utilizzabile tale parametro solo nel caso di liquidazione equitativa.

Segnatamente, nel corso degli anni Novanta una serie di pronunce hanno sottolineato che per aversi danno risarcibile è comunque sempre necessario individuare le concrete condotte illegittime e i danni alle stesse etiologicamente riconducibili¹⁰⁵.

Successivamente, tuttavia, altri arresti giurisprudenziali hanno ripreso il criterio del *deficit* affermandone l'utilizzabilità al fine della liquidazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c.¹⁰⁶

2.4.2. L'intervento delle Sezioni Unite del 2015

I continui contrasti e le reiterate oscillazioni giurisprudenziali hanno imposto l'intervento delle Sezioni Unite del 2015¹⁰⁷ che si sono interrogate in ordine alla legittimità del criterio c.d. differenziale.

¹⁰⁵ Cass. 8 febbraio 2000, n. 1375, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 37; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giur. it.*, 1999, 773, e in *Società*, 1999, 557, con nota di FUNARI; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Società*, 1998, 1025, con nota di DOMENICHINI, e in *Dir. fall.*, 1998, II, 878.

¹⁰⁶ In tal senso la già citata Cass. civ. 8 febbraio 2005, n. 2538; conformi, ex multis, Cass. 8 settembre 2009, n. 16050, in *Società*, 2010, 407, con nota di CASSANI; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032, in *Foro. it.*, 2006, I, 1898.

¹⁰⁷ Si tratta di Cass., Sezioni Unite, 6 maggio 2015, n. 9100 in *Danno e Resp.*, 2016, 11, 1071 nota di CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*. Vd. anche G. CARMELINI, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2015, 8-9, 934 ss. e S. MARTUCCELLI, G. DI LORENZO, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 49 ss. Nell'ordinanza n. 12366 del 30 giugno 2015 (in *Società*, 2014, 997 ss) ci si era interrogati sulla bontà, ai fini dell'accertamento e della liquidazione del danno nelle azioni di

Il Supremo Consesso ha dato una risposta articolata al quesito posto. Anzitutto, ha imposto come regola che il danno debba essere liquidato sulla base della allegazione di specifici inadempimenti dell'amministratore. Ciò nondimeno, ha dato altresì voce ad esigenze di sistematizzazione della materia, circoscrivendo gli spazi in cui il precedente metodo del c.d. differenziale può ancora essere chiamato ad operare.

La base utilizzata per risolvere il contrasto è data dalla corretta applicazione delle regole in materia di responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ., giacché è pacifico che almeno la responsabilità degli amministratori nei confronti della società abbia natura contrattuale. Si tratta, infatti, indubbiamente di una responsabilità fondata sulla violazione di obbligazioni preesistenti gravanti in capo ai soggetti incaricati dell'attività gestori¹⁰⁸.

In materia, secondo l'orientamento consolidato, l'*onus probandi* è così ripartito: il creditore che agisce in giudizio deve provare la fonte del credito (nel nostro caso, il contratto sociale) e deve allegare l'inadempimento. Sarà poi il debitore (nel nostro caso l'amministratore o gli amministratori convenuti) a dover provare di aver adempiuto o di essere stato nell'impossibilità di adempiere. L'onere della prova è quindi rovesciato: la colpa si presume. Tale assetto si giustifica in base ai principi di

responsabilità, del dato costituito dalla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, e sulla individuazione di eventuali condizioni e limiti di utilizzabilità.

¹⁰⁸ Sul punto, si veda *supra*, Cap. I.

persistenza del diritto (insoddisfatto) e di prossimità della prova¹⁰⁹.

In virtù del primo, il diritto nel momento in cui nasce è insoddisfatto sicché abbisogna della collaborazione del debitore per ottenere soddisfacimento. Sarà quindi il debitore a dimostrare di averlo soddisfatto o di non averlo potuto fare nonostante abbia impiegato la diligenza richiesta dalla natura delle sue mansioni.

In virtù del secondo, la prova deve gravare sul soggetto che più facilmente può fornirla ed è considerato tale colui nella cui sfera giuridica si è verificato il fatto della cui prova si tratta: è certamente più facile per il debitore fornire la prova positiva dell'adempimento piuttosto che per il creditore che agisce in giudizio dare quella negativa dell'inadempimento della controparte contrattuale.

Ciò giustifica un ribaltamento dell'onere probatorio ove l'assetto finora descritto non sia in grado di rispettarlo: per esempio, in materia di obbligazioni negative, l'onere di provare l'inadempimento (che è sempre un fatto positivo) spetta eccezionalmente al creditore perché per lui è più semplice provare un fatto positivo.

Lo stesso riparto ora richiamato applicabile all'ipotesi di inadempimento, trova applicazione nel caso di adempimento inesatto, nonostante il contrario orientamento di autorevole

¹⁰⁹ Si tratta di un orientamento consolidato definito in maniera chiara da Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA.

dottrina¹¹⁰ che ritiene insuscettibili di parificazione anche sotto il versante probatorio situazioni diversi (quali il mancato e l'inesatto adempimento).

L'applicazione di questi principi generali alla responsabilità degli amministratori richiede un *quid pluris*. Infatti, gli amministratori sono obbligati a gestire la società rispettando, oltre ai doveri generici, anche alcuni obblighi specifici (tra cui tenere le scritture contabili, non agire in conflitto di interessi, ecc.).

Se l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) che viene in rilievo riguarda gli obblighi specifici, secondo le Sezioni Unite 2015, non si può prescindere dal regime probatorio generale. Quindi, viene superato il criterio del *deficit* fallimentare che finirebbe per addossare agli amministratori in maniera acritica ed automatica l'intero danno. Secondo la Corte, infatti, in materia di responsabilità degli amministratori, la liquidazione del danno risarcibile deve essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, per poter verificare l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti e il danno di cui si pretende il risarcimento¹¹¹.

Al contrario, se l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) contestato riguarda gli obblighi generici di diligenza professionale gravanti sugli amministratori, il quadro

¹¹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile . Il contratto*, Milano, 2012, 346 ss.

¹¹¹ Cass. Sez. Un. n. 9100 del 2015, cit. Vd anche S. CASSANI, *op. cit.*, 1071 ss.

degli oneri di allegazione e prova finora esaminati necessita di alcuni adattamenti ed integrazioni.

In quest'ultimo caso, in cui normalmente si fa riferimento ad un adempimento inesatto (e non ad un mancato adempimento), mutuando un orientamento affermato in materia di responsabilità medica¹¹², le Sezioni Unite pretendono che il creditori allegghi non un qualsiasi inadempimento ma un inadempimento c.d. qualificato. Per tale si intende un inadempimento "efficiente", cioè di per sé in grado di dar luogo ad un danno del tipo di quello concretamente verificatosi. Applicando tale principio al caso più frequente di mancata tenuta delle scritture contabili da parte degli amministratori (o della loro irregolarità), la Cassazione è pervenuta alla conclusione che certamente la violazione di tale obbligo di tenuta pone l'attore danneggiato - nel caso il fallimento - in una situazione assai difficile, impedendogli la chiara ricostruzione non solo della situazione di dissesto della società, ma anche dei vari passaggi, atti e attività di gestione che sono stati posti in essere dagli amministratori e che costituiscono proprio la base per esperire eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli stessi. Ciò nondimeno, non si può finire per accollare agli amministratori il disavanzo dell'intera gestione della società. Né la regola della vicinanza della prova su cui si fonda il riparto consentirebbe di giungere ad esiti opposti. Ciò in quanto nel caso di specie, il

¹¹² La sentenza più dirimente è Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. it.*, 2008, 1653, con nota di CIATTI, in materia di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico

ricorso alla *“mancherebbe il primo anello della fattispecie, ossia una condotta che sia astrattamente idonea a cagionare detto danno. Come visto, infatti, la mancanza delle scritture contabili non potrebbe mai costituire una condotta astrattamente idonea a causare un danno pari al deficit fallimentare”*¹¹³.

Questa è la regola generale enunciata dalle Sezioni Unite del 2015. Tuttavia, come anticipato, in alcune residue fattispecie viene salvato il criterio del *deficit* fallimentare.

Quest'ultimo resta applicabile nel caso in cui sussistano i presupposti per la liquidazione del danno in via equitativa ex art. 1226 cod. civ.¹¹⁴, ossia quanto è concretamente impossibile fornire la prova del *quantum debeat*.

Resta però fermo che alla liquidazione in via equitativa di cui all'art. 1226 c.d. non potrà farsi luogo arbitrariamente per supplire in via surrettizia alle carenze probatorie dell'attore e quindi *“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”*¹¹⁵.

¹¹³ S. CASSANI, *op. cit.*, 1073-1074.

¹¹⁴ Art. 1226 cod. civ. (Valutazione equitativa del danno):
“Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”.

¹¹⁵ Cass. civ. Sez. Un. n. 9100 del 2015, *cit.*

Una tale plausibilità logica non potrebbe mai rinvenirsi quando l'inadempimento contestato consista nella mancanza delle scritture contabili, poiché, come visto, non si tratta di un inadempimento qualificato, cioè tale omissione non è astrattamente idonea a cagionare il danno lamentato nella misura del *deficit* fallimentare.

Nella prassi, tuttavia, il criterio c.d. differenziale, sebbene debba soggiacere alle indicazioni giurisprudenziali rimale il principale strumento per la determinazione del danno risarcibile¹¹⁶. Occorre però un attento scrutinio circa l'esistenza del nesso di causalità tra il fatto degli amministratori e il pregiudizio prodottosi in modo da evitare il rischio di una presunzione giurisprudenziale¹¹⁷ che porterebbe a conseguenze incompatibili con i principi generali dell'ordinamento.

¹¹⁶ Così S. MARTUCCELLI, G. DI GIOVANNI, V. OCCORSIO, *op. cit.*, 55.

¹¹⁷ *Ibidem*. Gli AA. evidenziano che, in caso contrario, si finirebbe per determinare la reviviscenza di una responsabilità patrimoniale per debito altrui, prevista nel Medioevo come testimonia l'antico brocardo "deceptor ergo fraudator".

CAPITOLO III
LA RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI
NELLE PROCEDURE CONCURSUALI. LE AZIONI
ESPERIBILI DALLA CURATELA FALLIMENTARE

Sommario: 3.1. Il curatore fallimentare - 3.2. - L'art. 146 L.F.: le azioni proponibili dal curatore - 3.2.1 L'azione del curatore come azione derivata - 3.2.2. La legittimazione passiva del curatore - 3.2.3. Le azioni proponibili - 3.3. Le condizioni per l'esperimento dell'azione di responsabilità: inadempimento, danno e nesso di causalità - 3.4. Modalità di proposizione delle azioni - 3.5. Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali - 3.5.1. La giurisdizione - 3.5.2. La competenza - 3.5.3. La prescrizione - 3.5.4. La quantificazione del danno risarcibile – 3.6. La legittimazione del curatore fallimentare nell'ipotesi di pagamenti preferenziali nella dottrina e nella giurisprudenza: un dibattito durato a lungo – 3.7. La sentenza 1641 del 2017: ricostruzione del fatto e motivi del ricorso - 3.7.1. Lo stato della giurisprudenza antecedente alla sentenza n. 1641 del 2017 - 3.7.2 La soluzione delle Sezioni Unite

3.1. Il curatore fallimentare

Il curatore fallimentare è l'organo titolare della fondamentale funzione di amministrare il patrimonio fallimentare e di compiere «*tutte le operazioni della procedura*», sia pur sotto la vigilanza (non più sotto la direzione) del giudice delegato e del comitato dei creditori, «*nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite*» (art. 31, comma 1, L.F.).

I suoi poteri sono stati notevolmente incrementati dalla riforma del 2006, con riferimento a tutte le fasi della procedura¹¹⁸. Invero, il curatore ha ormai assunto un ruolo di forte autonomia volitiva e decisionale, sia pure sotto la direzione e la vigilanza del giudice delegato, con cui intrattiene un rapporto non già di formale dipendenza gerarchica, ma di funzionale articolazione dialettica¹¹⁹. Di ciò costituisce indice sintomatico la prevista facoltà di reclamarne i provvedimenti, ai sensi dell'art. 26 L.F. ed in alcuni limitati, ma non secondari, casi, la possibilità di determinazione autonoma¹²⁰.

¹¹⁸ Per una panoramica sul nuovo ruolo del curatore fallimentare dopo la riforma, cfr., *ex multis*, E. FORGILLO, *Il nuovo ruolo del curatore fallimentare dopo la riforma*, in www.ilfallimento.it, febbraio 2006, 1-23; G. MINUTOLI, *Quale futuro per il giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)*, in *il Fallimento*, *IpsaOnline*; L. PANZANI, *Il curatore nella riforma della legge fallimentare*, in *IpsaOnline*, gennaio 2006; L. ABETE, *Il curatore fallimentare: linee di una possibile evoluzione*, *Il fallimento*, 9/2005, 115 ss.

¹¹⁹ E. FORGILLO, *Il nuovo ruolo del curatore fallimentare nella riforma*, cit. 4.

¹²⁰ Il riferimento è, ad esempio, al procedimento di insinuazione tardiva di credito, ai sensi dell'art. 101, terzo comma, L.F. o alla legittimazione all'istanza di estensione del fallimento, ai sensi dell'art. 147 legge fallimentare, alla richiesta di risoluzione o di annullamento del concordato fallimentare, ai sensi degli artt. 137 e 138 L.F.

In particolare, il potere del curatore non deriva dal debitore, al quale subentra, o dai creditori, nel cui interesse si volge l'intera procedura concorsuale, ma direttamente dalla legge¹²¹ ed inizia nel momento stesso in cui termina il potere d'amministrazione del debitore.

Per tale ragione l'art. 31 L.F. si connette senza soluzione di continuità con l'art. 42, comma 1, L.F. secondo cui la sentenza contenente la declaratoria del fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni esistenti alla dichiarazione di fallimento.

Alla luce di quanto affermato, secondo l'opinione prevalente, sia pur dopo una lunga *querelle*, il curatore non è un rappresentante o un sostituto del fallito o dei creditori oppure ora dell'uno, ora degli altri, bensì «*un incaricato giudiziario o un ausiliario del giudice, titolare di una funzione pubblica (o di un ufficio pubblico), con poteri (e doveri) propri, che non possono essere surrogati nemmeno dal giudice delegato, ma incidono direttamente nella sfera giuridica del debitore e dei creditori [...]*»¹²².

In sostanza, il curatore è l'amministratore del patrimonio del fallito, senza che ciò comporti, tuttavia, il trasferimento della proprietà dei beni, che rimane, fino alla loro liquidazione, in capo al debitore fallito, privandone del possesso, per la realizzazione del vincolo funzionale di destinazione.

¹²¹ M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, p.178.

¹²² *Ibidem*.

Tenuto conto che il curatore è un ausiliario del giudice, si comprende la ragione per la quale costui, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale ed assume, nell'esercizio dei suoi poteri originari, a seconda dei casi, la posizione del terzo o del fallito¹²³. Inoltre, trattandosi di funzioni sue proprie, si ravvisano almeno tre importanti conseguenze.

In primo luogo, nel caso in cui il curatore non ponga in essere «*le operazioni della procedura*», il giudice delegato non si può sostituire a lui, essendo sprovvisto di poteri amministrativi diretti. L'unico rimedio è il reclamo al giudice delegato *ex art.* 36 L.F. e, in caso di persistente inadempimento, il giudice stesso può attivarsi al fine di ottenere dal tribunale la revoca del curatore e la sua sostituzione con altra persona.

In secondo luogo, all'esercizio delle sue funzioni corrispondono responsabilità personali, sicché egli è tenuto ad adempiere ai doveri del proprio ufficio con la diligenza professionale *ex art.* 38, comma 1, L.F. Ciò, *a fortiori*, tenuto conto che non è più un mero esecutore delle direttive del giudice delegato¹²⁴. Se ne deduce che il curatore risponde per i danni cagionati da un'eventuale *mala gestio*.

¹²³ Assume, ad esempio, la posizione del terzo nelle attività relative alla costituzione del patrimonio assoggettato al vincolo fallimentare ovvero quando esercita azioni revocatorie (artt. 64 ss. L.F.) o di simulazione (art. 1415 c.c.), mentre assume la posizione del fallito quando esercita le attività di custodia, amministrazione e liquidazione del patrimonio fallimentare, come in caso di riscossione dei crediti, subingresso in rapporti pendenti *etc.*

¹²⁴ S. BONFATTI- P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 79.

Quale gestore di un patrimonio altrui, sia pure nell'esercizio di un ufficio pubblico, il curatore deve sempre rendere il conto della gestione, sia nel caso in cui la procedura sia condotta fino al suo naturale epilogo, sia nel caso in cui cessi prematuramente dal suo ufficio. Tale rendiconto è suscettibile di contestazione tecnico-contabile da parte di ogni interessato, dunque sia il fallito sia uno qualsiasi dei creditori (art. 116, comma 2, L.F.).

Inoltre, la terza conseguenza della personalità delle funzioni svolte è l'intrasmissibilità delle sue attribuzioni: a mente dell'art. 32 L.F., il curatore «*esercita personalmente le funzioni del proprio ufficio*» e può delegare ad altri solo «*specifiche operazioni*», previa autorizzazione del comitato dei creditori. Peraltro, taluni adempimenti non sono neppure delegabili.

La legge, tuttavia, ammette che egli possa farsi coadiuvare da altri soggetti qualificati, come i delegati e i coadiutori, per lo svolgimento di specifiche e temporanee mansioni. Costoro agiscono sotto il controllo del giudice delegato.

Dal principio di intrasmissibilità delle funzioni del curatore è stato ricavato in dottrina anche quello di unicità o unipersonalità dell'incarico, diretto ad assicurare sia unità di indirizzo nella gestione di un patrimonio fallimentare, sia una responsabilità individuale vera e propria¹²⁵.

Il curatore ha diritto al compenso, stabilito secondo criteri di proporzionalità e liquidato al termine della procedura, il quale

¹²⁵ In tal senso, S. BONFATTI- P.F. CENSONI, *op. cit.*, 81.

costituisce debito della massa in quanto tale prededucibile *ex art.* 111, comma 1, n.1, L.F.

Sulla scorta delle esposte considerazioni, guardando alla nuova figura del curatore, il legislatore sembra abbia tratto ispirazione, nel delinearla, dalle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui alla L. n. 270 del 1999, soprattutto *«laddove si è fortemente accentuato il distacco dal ruolo d'amministrazione da quello giurisdizionale, ed, anzi, si è addirittura manifestata la palese volontà di affidare la gestione della crisi alla discrezionalità amministrativa e politica e di porre l'autorità giudiziaria di fronte al fatto compiuto»*¹²⁶.

3.2. L'art. 146 L.F.: le azioni proponibili dal curatore

Ai sensi dell'art. 146 L.F., il curatore, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, può esercitare:

- a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti dell'organo di controllo, i direttori generali e i liquidatori;

¹²⁶ E. FORGILLO, *Il nuovo ruolo del curatore fallimentare nella riforma*, cit., 7.

b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'art. 2476, comma 7, c.c.¹²⁷

Ispirata dall'intento di realizzare un modello unico delle azioni di responsabilità, tale disciplina, nella formulazione originaria della norma contenuta nel codice del 1942, prevedeva per le s.r.l. il rinvio diretto alle norme dettate per la s.p.a. e, quindi, alle azioni sociali di cui all'art. 2393 e alle azioni contro i creditori sociali di cui all'art. 2394 c.c. Queste ultime, pur rimanendo distinte, una volta dichiarato il fallimento, confluivano in un'unica azione di responsabilità, esercitata dal curatore, allo scopo di reintegrare il patrimonio sociale nell'interesse dei soci e dei creditori sociali¹²⁸.

Il nuovo diritto societario ha, invece, optato per una più vasta articolazione che tiene conto dei diversi regimi di responsabilità previsti per le società che soggiacciono allo statuto della s.r.l. da quelli relativi alla s.p.a.

¹²⁷ Si osserva che nel testo originario di tale articolo, introdotto dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267, si prevedeva che l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci e i liquidatori, doveva essere esercitata dal curatore, «a norma degli articoli 2393 e 2394 del codice civile», previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori. Sempre analizzando il regime previgente le riforme, societaria quanto fallimentare, intervenute, come noto, nel 2003 e nel 2006-2007, le azioni di responsabilità contro gli amministratori di società a responsabilità limitata erano disciplinate dall'art. 2487 c.c., con un rimando alle norme in tema di società per azioni, e, dunque, non vi poteva essere alcun dubbio in ordine alla legittimazione del curatore del fallimento di una s.r.l. all'esercizio delle azioni di responsabilità. Con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la responsabilità degli amministratori di s.r.l. è stata riscritta eliminando i richiami alla disciplina delle s.p.a., in coerenza con il rinnovato regime normativo di tali autonome tipologie societarie.

¹²⁸ M. FERRO, *op. cit.*, 1890

Segnatamente, a fronte di una vasta articolazione del sistema delle azioni di responsabilità determinata dalla riforma del diritto societario, è ricorrente l'opinione secondo cui il legislatore avrebbe perseguito l'intento di graduare le possibili forme di responsabilità in ragione dell'importanza economica della società, riducendo così il rischio per gli operatori di piccole e medie dimensioni¹²⁹.

A ben vedere, l'art. 146 L.F. ha avuto il merito di introdurre una legittimazione processuale unitaria a favore del curatore fallimentare che gli consentirà di azionare tutti i rimedi previsti dal sistema o comunque dallo stesso desumibili¹³⁰.

3.2.1 L'azione del curatore come azione derivata

In dottrina, è ben presto sorto il dubbio in ordine alla natura giuridica dell'azione di responsabilità esperibile dal curatore, in particolare qualora venga esperita nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata dichiarata fallita¹³¹. In particolare, ci si è chiesti se tale azione abbia natura

¹²⁹ *Idem*, 1891.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Sul punto, cfr. *ex multis* E. PORRECA, *Commento a Cassazione civile, Sez. I, 21 luglio 2010, n. 1712,1 in Le società* 6/2011, 701 ss.; GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali, Volume 3*, Milano, 2010, 749 ss.;

autonoma o derivata; non si tratta, peraltro, di una questione di rilevanza esclusivamente dogmatica, giacché dall'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra tesi derivano conseguenze diverse in relazione al regime della prescrizione e delle eccezioni opponibili, all'oggetto della domanda, all'onere probatorio e alla determinazione del danno risarcibile.

Secondo la giurisprudenza prevalente- che ha avallato la tesi dottrinale più accreditata- l'azione *de qua* ha natura derivata e non autonoma, nel senso che «*non sorge con il fallimento o a causa del fallimento, ma preesiste allo stesso come azione cui sono legittimati soggetti diversi dal curatore: la società e i creditori sociali*»¹³².

In buona sostanza, il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società¹³³. La logica è pertanto la seguente: l'azione ex art. 146, comma 2, L.F. deriva al curatore da quelle ammesse quando il soggetto non era ancora fallito.

M. FUSI, *Azioni di responsabilità del curatore nei confronti degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2005, 10, 1271.

¹³² S. AMBROSINI, *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, cit. 265. Nello stesso senso anche GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., nonché F. BONELLI, *Art. 146, comma 2, l. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di società per azioni fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 780 ss.; P. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, I, 1988, 548 ss..In senso contrario, sostiene la natura autonoma dell'azione F. GALGANO, *Il Fallimento delle società*, in *Trattato Galgano*, 2003, 100.

¹³³ Così Cassazione civile, Sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121, in *Le società*, 6/2011, 701 ss.

Tale azione, oltre ad avere carattere derivato, risulterebbe unitaria ed inscindibile¹³⁴, nel senso che cumulerebbe in sé tutti i presupposti di entrambe le azioni civilistiche (per le s.p.a. previste agli artt. 2393 e 2394 c.c.), sia quella nei confronti degli amministratori per far valere la loro responsabilità contrattuale, sia quella contro i creditori sociali, per far valere la loro responsabilità aquiliana.

Ciò, tra l'altro, postula l'adesione alla tesi prevalente secondo la quale anche nelle s.r.l. risulta esperibile l'azione nei confronti dei creditori sociali, ancorché non espressamente prevista dal legislatore della riforma¹³⁵.

Invero, il trasferimento al curatore della legittimazione ad intraprendere tali azioni parrebbe in verità discendere già dallo spossessamento fallimentare di cui all'art. 42 L.F. e dalla legittimazione del medesimo curatore a stare in giudizio nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito di cui all'art. 43 L.F.¹³⁶

È naturale che, qualora l'azione del curatore sia vista come «derivata» da quelle che preesistono al fallimento, sia pure «trasformata», i termini di prescrizione non decorrono necessariamente dal fallimento. Inoltre, possono essere opposte

¹³⁴ In questo senso Cass. 20.09.2012, n. 15955; Cass. Sez I, 29.10.2008, n. 25977, in Fall., 2009, 619 la quale statuisce che si tratta di un'unica azione, di «*natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile*»; Cass., sez. I, 23.06.2008, n. 17033, in *Giust. Civ., Mass.*, 2008, 6, 1010; Cass., sez. I, 6.12.2000, n. 15487, *ivi*, 2001, I, 2716; Cass., sez. I, 24.03.1999, n. 2772, in *Giur. it.*, 1999, 1869.

¹³⁵ Cfr. *Supra* (Cap. II).

¹³⁶ L. FUSI, *Azioni di responsabilità del curatore nei confronti degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 1271 ss.

le eccezioni di rinuncia e transazione validamente operate dalla società, e l'approvazione dell'attività degli amministratori deliberata dai soci.

3.2.2. La legittimazione passiva del curatore

Secondo il disposto dell'art. 43 L.F., a seguito della dichiarazione di fallimento, il curatore subentra al fallito in tutti i rapporti processuali relativi ai diritti patrimoniali compresi nel fallimento, a prescindere dal ruolo rivestito dal fallito stesso (attore o convenuto).

Si realizza un fenomeno di sostituzione processuale che concerne anche le controversie non ancora instaurate al momento del fallimento¹³⁷.

Ciò si verifica, per consolidata giurisprudenza di legittimità, in quanto, a seguito della dichiarazione di fallimento, il fallito perde la legittimazione processuale attiva e passiva in merito ai beni e ai diritti assoggettati a spossessamento ed è il curatore fallimentare che sta in giudizio in sua vece per quanto attiene a tutte le controversie; tale curatore si sostituisce al soggetto sottoposto a procedura fallimentare nei giudizi già promossi *ante* procedura e provvede personalmente a

¹³⁷ Così M. FERRO, *op. cit.*, 601.

promuovere quelli tendenti al recupero della massa attiva del fallimento.

La *ratio* della predetta norma, che pur consentendo la conservazione della titolarità del rapporto controverso in capo al fallito, attribuisce la legittimazione al curatore, risiede nella protezione, nella maggior misura possibile, dell'interesse dei creditori.

Spetta al fallito una legittimazione processuale di tipo suppletivo soltanto nel caso di totale disinteresse degli organi fallimentari, la quale rappresenta un'ipotesi da escludere allorché il curatore sia parte, indipendentemente dalla sua concreta condotta processuale; il fallito può svolgere attività processuale unicamente nei limiti dell'intervento *ex art. 43, co. 2, L. Fall.*, cioè per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico, o nei limiti dell'intervento adesivo dipendente che, comunque, non gli attribuisce il diritto di impugnare la sentenza in autonomia dal curatore¹³⁸.

Come precisato dalla giurisprudenza, la sostituzione processuale *de qua* costituisce la regola generale, alla quale fanno eccezione soltanto l'ipotesi in cui il fallito agisca per la tutela di diritti strettamente personali e quella in cui, pur trattandosi di rapporti patrimoniali, l'amministrazione fallimentare sia rimasta inerte, manifestando indifferenza nei confronti del giudizio.

¹³⁸ Così, *ex multis*, Cass. civ. 7448/2012; Cass. civ. 24159/2013.

3.2.3. Le azioni proponibili

Per l'individuazione delle azioni esperibili da parte del curatore fallimentare, momento di grande rilevanza é stata la riforma del diritto societario del 2003. Mediante tale intervento, il legislatore ha contrapposto all'uniformità del regime delle azioni che caratterizzava il codice civile, modellato sulla responsabilità degli amministratori di s.p.a. (dunque sugli artt. 2393-2394 c.c.), un assetto normativo delle responsabilità caratterizzato da una moltiplicazione dei potenziali legittimati passivi (da ricondursi principalmente all'introduzione di nuovi sistemi di organizzazione e controllo), nonché da una "separazione forzata" tra i regimi delle s.p.a. e delle s.r.l. Inoltre, il nuovo modello si connota per l'introduzione di nuove fattispecie di responsabilità connesse al compimento di atti di gestione.

Tanto chiarito, soffermiamoci sulle azioni esperibili dal curatore.

Il comma secondo dell'art. 146 L.F., come si è visto, è strutturato in due articolazioni: la lett. a) riguarda le azioni di responsabilità esperite contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori.

Si è evidenziato che *«l'intenzione è quella di attribuire una legittimazione generalizzata al curatore fallimentare per tutte le*

azioni di responsabilità esercitabili nei confronti degli organi delle società di capitali»¹³⁹.

La seconda parte del comma in esame, invece, costituisce un vero e proprio adattamento che la riforma del diritto societario avvenuta nel 2003 ha voluto attribuire alle s.r.l., ammettendo la possibilità che il loro statuto possa prevedere che talune attività gestori e siano riservate ai soci, con sottrazione dei relativi poteri agli amministratori, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2479 c.c.

Dunque, sulla base di un'interpretazione sistematica che impone la lettura dei principi generali di diritto fallimentare in combinazione con quelli di diritto comune, è ragionevole sostenere che il curatore, in quanto amministratore *pro tempore* del patrimonio fallimentare, sia legittimato (a livello processuale e sostanziale) ad agire «in luogo» della società in tutti quei casi nei quali la legge preveda per la stessa la possibilità di reagire per la compensazione del pregiudizio sofferto dal proprio patrimonio a causa della violazione degli amministratori ai propri obblighi, generali o specifici che siano.

A ben vedere, infatti, il curatore fallimentare, nello svolgimento delle funzioni che la legge gli attribuisce quale “perno” della procedura concorsuale, sarebbe legittimato, sussistendone le condizioni, ad esperire le azioni previste e dall'art. 2393 in tema di s.p.a. e dall'art. 2476 c.c. in tema di s.r.l., tenuto conto che, in ambito di s.r.l., l'azione sociale, seppur

¹³⁹ M. FERRO, *op. cit.*, 1892.

esperibile da ciascun socio, costituisce l'unico strumento recuperatorio apprestato dal legislatore.

Parte della dottrina ritiene, invece, che non potrebbe trovare fondamento nei principi generali una legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni disciplinate agli artt. 2394, 2395, e 2476 comma 6 c.c., predisposte dal legislatore a tutela di interessi (e beni) ulteriori e diversi rispetto a quello sociale, in quanto azioni del tutto autonome rispetto a quella di cui all'art. 2393 c.c. (secondo l'opinione di dottrina e giurisprudenza dominanti), e non "rinvenibili" dal curatore nel patrimonio fallimentare¹⁴⁰.

Tale conclusione è avversata da quella dottrina¹⁴¹ che considera superabile il problema della mancata previsione da parte del legislatore dell'azione dei creditori sociali nella s.r.l. mediante il ricorso al meccanismo dell'*analogia legis. Rebus sic stantibus*, pur con le difficoltà interpretative imposte dalla riforma del diritto societario, la legittimazione del curatore

¹⁴⁰ Non si dubita che il curatore di qualsiasi fallimento sia privo della legittimazione all'esercizio dell'azione ex art. 2395, cfr. al riguardo Cass. Sez. Un. 28 marzo 2006, n. 7029, in *MGI*, 2006. In dottrina, *ex plurimis*, G. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma fallimentare e societaria*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commentario*, A. JORIO (diretto da), Bologna, 2007, 2126; L. ABETE, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri organi di controllo*, in *Fallimento E Altre Procedure Concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), Torino, 2009, 1499 ss. come del resto in via analogica sia privo della legittimazione all'esercizio dell'azione ex art. 2476 comma 6.

¹⁴¹ Vd., ad esempio, G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, 597.

fallimentare della s.r.l. si estenderebbe anche all'esercizio di tale azione¹⁴².

A sostegno di tale tesi si afferma che l'art. 43 L.F., anche dopo la recente novella, continua ad affermare che, in luogo del fallito, sta in giudizio il curatore nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale, nei quali rientrano a pieno titolo anche le azioni dei creditori sociali contro gli amministratori. Dunque, la legittimazione del curatore si estenderebbe all'intero spettro di azioni esperibili tanto dalla società, quanto dai creditori sociali.

Questa legittimazione, peraltro, si sostiene che sarebbe anche intrinseca allo stesso sistema giacché risulterebbe funzionale alla realizzazione dell'obiettivo della *par condicio creditorum*.

La Suprema Corte è recentemente intervenuta sull'argomento individuando una legittimazione generalizzata del curatore della s.r.l. all'esercizio di tutte le possibili azioni di responsabilità¹⁴³. Si è affermato, al riguardo, che la riforma societaria - che pur non prevede più il richiamo negli artt. 2476 e 2487 c.c. alle norme in materia di società per azioni - non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore fallimentare nella s.r.l. all'esercizio della predetta azione *ex art.* 146 L.F. in quanto, per tale disposizione, costui è abilitato

¹⁴² In tal senso, cfr., *ex multis*, Trib. Prato 25 settembre 2012; Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 agosto 2012, Trib. Milano 18 gennaio 2011.

¹⁴³ Cass. civ. 15955/2012, in *Dejure*. In senso conforme, Cass. civ. 10378/2012 e 17121/2010, in *Dejure*.

all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità. In tal guisa, si conferma l'interpretazione per cui, anche nella formulazione originaria del testo, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci e dai creditori nei confronti degli amministratori, a prescindere dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.

La Corte di legittimità aggiunge, inoltre, che *«l'azione dell'organo concorsuale ha natura contrattuale e carattere unitario e inscindibile, conflueno in essa i due citati rimedi; per cui, dimostrate le violazioni ed il nesso di causalità tra le stesse e il danno, è onere degli amministratori e dei sindaci provare la non imputabilità a sé del fatto dannoso e nemmeno è invocabile, contro il curatore, un'asserita conformità dell'operato (illegittimo) dell'amministratore alla volontà sociale, essendo l'azione del curatore rivolta a favore della massa e non rinunciabile preventivamente»*¹⁴⁴.

Le considerazioni finora svolte vanno ulteriormente a corroborare la tesi della natura derivata dell'azione esercitata dal curatore in sede concorsuale, in quanto, come già affermato, l'organo della procedura non sarebbe titolare di un'azione autonoma derivante dall'accertamento dell'insolvenza, ma semplicemente «subentrerebbe» nell'esercizio delle azioni che prima del fallimento competevano alla società, ai soci e ai creditori.

¹⁴⁴ *Ibidem.*

3.3. Le condizioni per l'esperimento dell'azione di responsabilità: inadempimento, danno e nesso di causalità

L'*ubi consistam* della responsabilità degli amministratori si rinviene nel compimento di atti contrari ai doveri imposti loro dalla legge o dall'atto costitutivo ovvero nella negligente gestione (c.d. *mala gestio*)¹⁴⁵.

È stato precisato in giurisprudenza che l'inadempimento degli amministratori di società di capitali rispetto agli obblighi loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo non può essere desunto da una scelta di gestione, ma dal modo in cui la stessa è stata compiuta. Invero, le scelte imprenditoriali, in quanto ontologicamente connotate da rischio, non sono di per se stesse sindacabili in termini di fonte di responsabilità contrattuale; ciò che può invece costituire fonte di censura è l'omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche ovvero dell'assunzione delle necessarie informazioni preliminari al compimento di un atto gestorio, che possono - per l'appunto - configurare violazione dell'obbligo di operare secondo diligenza e, nello specifico, la diligenza del professionista¹⁴⁶.

In altri termini, il giudizio di responsabilità non deve attenere alla decisione, ma solo al momento preliminare

¹⁴⁵ Sul punto cfr., *ex multis*, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 179; F. Vassalli, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 682 ss.

¹⁴⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., 19 ottobre 2015, n. 20844 in *Dejure*, Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2780 ss.; in *Società*, 1997, 12 ss.; in *Giur. it.*, 1998, 287 ss.

dell'istruttoria, evitando ogni valutazione di tipo imprenditoriale che investa l'opportunità delle operazioni, poiché la competenza gestionale degli amministratori implica un potere discrezionale di scelta che non può essere valutato nel merito¹⁴⁷.

Un corretto *iter* decisionale richiede che il giudice valuti il singolo comportamento e riconosca la responsabilità solo laddove l'analisi degli atti o delle omissioni degli amministratori costituisca violazione del dovere di diligenza.

Si tratta, come è agevole constatare, di analisi ardua in cui è presente il rischio che un giudizio di merito sulle singole operazioni, escluso in linea di principio, finisca per essere reintrodotta in maniera surrettizia. Emerge, invero, come al giudice sia affidato il complesso compito, contraddistinto da un'ampia discrezionalità, di valutare *ex post*, sulla base dei dati e delle informazioni di cui era in possesso l'amministratore all'epoca dei fatti, se la scelta sia stata diligente.

Tuttavia, non qualunque comportamento contrario ai propri doveri può essere considerato rilevante ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità, essendo necessario che lo stesso abbia cagionato un danno.

Invero, la mancanza del danno rende irrilevante il comportamento inadempiente ai fini dell'azione *de qua*, poiché essa tende per sua natura al risarcimento. In sua assenza, al più si

¹⁴⁷ In tal senso, C. ANGELICI, *La Riforma*, cit.182; F. VASSALLI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, cit., 681.

potrà provvedere alla revoca degli amministratori da parte dell'assemblea dei soci¹⁴⁸.

Al pari di ogni altra azione risarcitoria, accanto al comportamento contrario ai propri doveri e al danno, deve registrarsi altresì la sussistenza del nesso di causalità tra il danno lamentato ed il comportamento antidoveroso contestato all'amministrazione¹⁴⁹.

In applicazione dei principi generali in materia, è sufficiente che il comportamento in questione, in presenza di concause, abbia comunque assunto i caratteri della causa efficiente e determinante¹⁵⁰.

Alla luce di tali considerazioni, non risulta giustificato affermare la responsabilità degli organi gestori per un importo pari al *deficit* fallimentare, dal momento che quest'ultimo può discendere e può essere in parte causato da ragioni indipendenti dai comportamenti degli amministratori. Ed invero, il pregiudizio derivante da specifici atti illegittimi non va confuso con il risultato della gestione patrimoniale nel suo complesso¹⁵¹.

¹⁴⁸ Così M. FERRO, *op. cit.*, 1894-1895. È ricorrente in dottrina e in giurisprudenza l'opinione secondo cui la mera violazione dei doveri imposti ed anche gravemente sanzionati dalla legge non produce automaticamente conseguenze ai fini dell'azione in parola se non si traduce pure in un danno per la società (si veda, in tal senso, Cass. civ. 18231/2009, in *Dejure*).

¹⁴⁹ Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032, in *Foro it.*, 2006, I, 1898; vedi, inoltre, già P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 512.

¹⁵⁰ Cass. civ. nn. 2335/2001 e 10897/1996 in *Dejure*.

¹⁵¹ R. RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza, (I parte)*, in *Società*, 2008, 1200-1201.

Quanto detto ha fatto sì che si sia determinata una revisione del criterio del *deficit* fallimentare in favore del principio per cui l'ammontare del danno risarcibile deve essere correlato alle conseguenze immediate e dirette delle violazioni contestate e, pertanto, la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento di maggior cautela, richiedendo che, per il risarcimento del danno, sia necessario provare il pregiudizio economico delle singole operazioni poste in essere dagli amministratori¹⁵².

Peraltro, trattandosi di azione di natura contrattuale, l'onere probatorio è regolato dall'art. 1218 c.c., di talché chi agisce in giudizio non è tenuto a provare l'esistenza della colpa che è presunta. Saranno gli amministratori a doversi liberare dalla responsabilità dando la prova dell'assenza della colpa medesima, in quanto l'inadempimento o il ritardo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da una causa non imputabile.

Applicando tali principi, ne deriva che compete a chi agisce in giudizio dare la prova dell'esistenza del danno, del suo ammontare e del fatto che esso sia stato causato da un comportamento illecito di un determinato soggetto. È possibile, però, l'inversione dell'onere della prova quando l'assoluta mancanza ovvero l'irregolare tenuta delle scritture contabili rendano impossibile al curatore fornire la prova del predetto nesso di causalità; in questo caso, infatti, la citata condotta,

¹⁵² E' questo l'orientamento accolto, ad esempio, da Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it.*, 1999, I, 1967 ss.

integra la violazione di specifici obblighi di legge sussistenti in capo agli amministratori ed è idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio¹⁵³.

Dal punto di vista quantitativo, l'impossibilità di derogare alle regole generali in tema di responsabilità civile conduce altresì ad escludere- in linea di principio- che l'ammontare del danno risarcibile possa essere identificato con la differenza tra i valori patrimoniali¹⁵⁴.

3.4. Modalità di proposizione delle azioni

La disciplina è rimasta sostanzialmente inalterata nella parte concernente la modalità di proposizione delle azioni di responsabilità; il loro esercizio spetta, infatti, al curatore, «*previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori*» (art. 146, comma 2, L.F.).

¹⁵³ Cass. civ. 7606/2011 Cass. civ. 5876/2011 in *Dejure*.

¹⁵⁴ Si tratta di criterio elaborato, in particolare, con riferimento alle nuove operazioni, secondo cui il pregiudizio andrebbe commisurato alla differenza tra il valore del patrimonio sociale prima del compimento di tali atti e quello successivo (cfr. Trib. Genova, 24 novembre 1997, in *Fallimento*, 1998, 843 ss.). Obiezioni analoghe possono essere poste nei confronti dell'orientamento che quantifica l'obbligazione risarcitoria degli amministratori nella differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare limitatamente all'ipotesi in cui all'organo di gestione sia imputabile il dissesto della società e la conseguente sottoposizione a procedura concorsuale (in questi termini, Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *Foro it.*, 2000, I, 243). Ed invero, il comportamento degli amministratori è, nella maggior parte dei casi, una semplice concausa del dissesto che affonda le proprie radici in altri fattori quali la situazione di mercato etc.

Il legislatore, dunque, ha confermato che l'iniziativa per far valere la responsabilità è subordinata ad un provvedimento di autorizzazione del giudice delegato che, come in passato, ha natura ordinatoria, rilevante al fine di identificare presupposti e modalità entro cui è possibile chiederne il riesame¹⁵⁵. La maggiore importanza attribuita al comitato dei creditori e la disciplina delle modalità con le quali esso è chiamato a svolgere i compiti attribuitigli dalla legge (art. 41 L.F.) dovrebbero far ritenere superata la regola secondo la quale il parere di detto organo poteva essere acquisito senza l'osservanza di particolari formalità: a ben vedere, la mancanza di tale parere può tuttora essere denunciata mediante i rimedi previsti dagli artt. 26 e 36 L.F., cioè con un reclamo di carattere endo-fallimentare, restando esclusa la possibilità di farla valere al di fuori della procedura concorsuale.

Alla luce del ruolo e dei compiti del comitato dei creditori dovrebbe conservare immutata validità il principio - enunciato dalla giurisprudenza di legittimità e da una parte della giurisprudenza di merito nel vigore della pregressa disciplina - secondo il quale la mancanza del parere del comitato dei creditori dà luogo ad una nullità relativa, denunciabile dai convenuti nel giudizio di responsabilità, che comporta

¹⁵⁵ La Suprema Corte, muovendo appunto dal carattere ordinatorio del provvedimento, ha ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione proposto ex art. 111 Cost. contro il decreto del tribunale fallimentare, emesso in sede di reclamo ex art. 26 L.F., confermativo dell'autorizzazione al curatore a promuovere l'azione civile di responsabilità, Cass. 26 giugno 2000, n. 8666, *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Fallimento*, 705.

l'improcedibilità dell'azione, ma è sanabile dall'intervento *ex post* della regolare autorizzazione¹⁵⁶.

Tale orientamento, in un ordinamento che ha attribuito un ruolo centrale al curatore ed al comitato dei creditori (titolare, in linea di principio, del potere di valutare gli interessi della massa), limitando il ruolo del giudice a quello di garante della legalità¹⁵⁷, sembrerebbe preferibile rispetto al pregresso, diverso, indirizzo dei giudici di merito, orientato ad escludere l'incidenza della mancanza di detto parere sulla legittimazione *ad processum* del curatore.

Una volta che l'azione sia stata autorizzata, la nomina del difensore della procedura spetta al curatore, in virtù dell'art. 25, comma 1, n. 6 L.F. che, attribuendo al giudice delegato il solo potere di disporre l'eventuale revoca dell'incarico, su proposta del curatore, rende davvero arduo sostenere che esso comprenda anche quello di designazione¹⁵⁸.

La nuova disciplina del fallimento comporta, infine, un onere particolarmente intenso del curatore nel verificare le concrete possibilità di conseguire un utile risultato, anche alla luce dei beni posseduti dagli amministratori.

La soppressione dell'originario terzo comma dell'art. 146 L.F., e cioè del potere del giudice delegato di adottare misure

¹⁵⁶ Così, Corte App. Bologna 12 luglio 1985, in *Dir. fall.*, 1986, II, 31.

¹⁵⁷ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 17.

¹⁵⁸ A. SCARSELLI, *La disciplina degli organi delle procedure fallimentari*, in *La riforma del diritto fallimentare*, cit., 68.

cautelari, non pone particolari questioni¹⁵⁹ e costituisce una evidente conseguenza del rafforzamento del principio di terzietà del giudice, sebbene la Corte Costituzionale avesse escluso che detto potere si ponesse in contrasto con l'art. 111 Cost.¹⁶⁰.

3.5. Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali

Chiarite le azioni che il curatore fallimentare è legittimato ad esperire nell'ambito di una società a responsabilità limitata, nonché la natura giuridica delle stesse, pare opportuno soffermare l'attenzione sui profili processuali delle azioni di responsabilità esperite dal curatore che hanno maggiormente animato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza.

3.5.1. La giurisdizione

La giurisdizione del giudice italiano sussiste sia nell'ipotesi in cui i soggetti avverso i quali il curatore agisce

¹⁵⁹ Peraltro, secondo un certo orientamento della giurisprudenza, esso doveva ritenersi già abrogato: L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 5; M. FABIANI, *Riforma dei riti societari e nuovi dubbi sui sequestri speciali fallimentari nella prospettiva delle riforme concorsuali*, *ivi*, 69.

¹⁶⁰ Corte cost. 7 maggio 2002, n. 169, in *Giur. cost.*, 2002, 1392.

siano cittadini stranieri, ma abbiano domicilio o residenza nel territorio dello Stato (ai sensi dell'art. 3, comma 1, della L. n. 218/1995), sia ove tale condizione non si riscontri. Ciò in quanto la suddetta norma prevede che si applichino le regole stabilite per la competenza territoriale interna - con la conseguente applicabilità dell'art. 18, comma 2, c.p.c. - quando la materia sia esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles. E la materia fallimentare risulta esclusa da quest'ultima Convenzione.

La giurisdizione italiana si potrebbe altresì configurare ex art. 3, comma 2, L. n. 218/1995, nonché ex art. 5, commi 1 e 5, L. n. 80/1971: ciò potrebbe avvenire, mediante un netto rovesciamento di prospettiva rispetto all'ipotesi precedente, sulla base dell'assunto secondo cui l'azione esperita dal curatore fallimentare ex art. 16 L.F. - in quanto preesistente, ai sensi degli art. 2392 e 2394 c.c. - non rientri nell'ambito della disciplina del fallimento. Di conseguenza, l'organo sociale potrebbe essere citato, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita e , in caso di responsabilità extracontrattuale, dinanzi al giudice del luogo in cui l'evento dannoso si è verificato¹⁶¹.

¹⁶¹ In tale prospettiva cfr., *ex multis*, Trib. Varese 26 ottobre 2006, in *Dejure*.

3.5.2. La competenza

La competenza in materia di azioni connesse al fallimento è regolata dall'art. 24 L.F. ai sensi del quale «*Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore.*» Tra le azioni cui fa riferimento la disposizione *de qua* vi rientrano sicuramente quelle che rinvergono la loro origine nel fallimento ovvero quelle che per effetto del fallimento stesso subiscono una modifica (es. revocatoria fallimentare). Si parla al riguardo di “vis attractiva”, giacché la competenza a conoscere del fallimento assorbe quella a pronunciarsi sulle azioni che in esso si fondano.

Maggiori perplessità sussistono, invece, relativamente alle azioni che esistevano già nel patrimonio del fallito e che quindi sono connesse solo occasionalmente con il fallimento (es. azione di nullità di un contratto instaurata prima del fallimento e proseguita dal curatore). Sul punto non v'è unanimità di opinioni: queste ultime, infatti, da alcuni sono ricomprese e da altri escluse dal novero delle azioni di competenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento.

Quanto all'azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali, l'orientamento più recente è incline a riconoscere la competenza per territorio esclusiva ed inderogabile delle sezioni specializzate in materia di imprese, alla luce della previsione espressa contenuta nell'art. 4 del D.L.

n. 1 del 2012, convertito con modificazioni dalla L. n. 27 del 2012.

Alla luce di questa bipartizione, è altresì dubbia la competenza in ordine all'azione di responsabilità esperita dal curatore nei confronti degli amministratori che ci occupa. Secondo la giurisprudenza più recente¹⁶² la proposizione da parte del curatore fallimentare dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 146 L.F. non comporta la competenza del tribunale fallimentare in quanto è pacifica la competenza della Sezione Specializzata del Tribunale delle Imprese in tema di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, da chiunque proposte¹⁶³.

Tale conclusione si fonda su due assunti fondamentali. In primo luogo, secondo la Corte di Cassazione, l'art. 146 L. F. determina una modifica della legittimazione attiva delle azioni di responsabilità, ma non ne immuta i presupposti. In secondo luogo, l D.L. 24.01.2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24.03.2012, n. 27, ha attribuito l'azione sociale di responsabilità alla competenza funzionale delle Sezioni Specializzate previste dall'art. 1 del D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

In definitiva, quindi, tale competenza si estende anche alle cause connesse, precedentemente introdotte e ricorre per tutte le

¹⁶² Cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19340 che richiama Cass. Civ., Sez. I, 21.06.2012, n. 10378.

¹⁶³ Vedi anche M.A. Iorio, *Il Tribunale delle imprese*, in www.judicium.it

azioni di responsabilità, da chiunque introdotte¹⁶⁴.

3.5.3. La prescrizione

La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità posta in essere dal curatore fallimentare è quinquennale ai sensi dell'art. 2949 c.c.

Nel caso egli esperisca l'azione spettante ai soci - quella che nella società per azioni è contemplata dall'art. 2393 c.c. - il termine inizia a decorrere quando si verifica il danno conseguente all'atto di *mala gestio* posto in essere dall'amministratore.

Nell'ipotesi in cui si sostituisca ai creditori sociali - sempre che l'azione si reputi ammissibile nelle società a responsabilità limitata - il termine prescrizione non decorre dalla commissione del fatto che determina l'insorgenza della responsabilità, ma dal momento della conoscenza, effettiva o legale, della insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti. La conoscenza deve essere propria del curatore, ove l'azione sia esercitata in conseguenza del fallimento o da parte dei creditori della società, se *in bonis*.

Pertanto, il *dies a quo* non viene a coincidere con lo stato di insolvenza, ma può essere antecedente o successivo alla dichiarazione di fallimento.

¹⁶⁴ Sul punto, cfr. anche Cass. Civ., Sez. VI, 30.10.2014, n. 23117 in *Pluris*.

Sulla scorta di tali considerazioni, spetterà al convenuto fornire la prova della preesistenza al fallimento dello stato di insufficienza patrimoniale della società, *«dovendosi tenere presente come non possa farsi semplicisticamente richiamo al momento della messa in liquidazione dell'ente, non essendo il procedimento di liquidazione necessariamente legato alla eccedenza delle passività sulle attività e non implicando la perdita integrale del capitale sociale una conseguenziale perdita di ogni valore attivo del patrimonio sociale»*¹⁶⁵.

3.5.4. La quantificazione del danno risarcibile

La tematica inerente alla quantificazione del danno risarcibile assume notevole importanza nell'ambito delle varie questioni che afferiscono alle azioni di responsabilità promosse dal curatore¹⁶⁶.

Per lungo tempo, la giurisprudenza di legittimità e di merito assolutamente prevalenti si sono riferite al criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare, talora utilizzando come addentellato normativo l'art. 1226 c.c. secondo cui se il danno non è suscettibile di essere liquidato nel suo preciso ammontare viene liquidato dal giudice in via equitativa.

¹⁶⁵ Cass. civ., Sez. I, 3 aprile 1998, n.5287

¹⁶⁶ Sul punto cfr. A. PATTI, *Quantificazione del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Fallimento*, 1996, 3, 213.

Tale criterio è poi stato ritenuto concettualmente insostenibile con due recenti pronunce della Suprema Corte¹⁶⁷. Ciò in quanto, come emerge *illico et immediate*, la situazione di sbilanciamento patrimoniale e, più in generale, di dissesto che colpisce una società in stato di insolvenza, può essere determinata da una molteplicità di cause tra loro variegata e risulterebbe eccessivamente semplicistico, oltre che foriero di una manifesta ingiustizia, attribuirle tutte al comportamento illecito degli organi sociali.

In tal guisa, si finirebbero per includere nella valutazione giudiziale e nella sentenza di condanna tutti i profili strettamente gestionali che, in quanto tali, sono invece sottratti al sindacato giurisdizionale ove non integrino ipotesi di “*mala gestio*” o di omesso controllo.

Per ovviare a questa ingiustizia occorre andare alla ricerca di uno specifico nesso di causalità intercorrente tra il comportamento oggetto di valutazione e l’evento di danno che ne sia conseguito a carico della società (che costituisce il cosiddetto danno evento).

Secondo l’orientamento più recente della Corte di Cassazione si può far riferimento in via residuale al criterio della differenza tra attivo e passivo, quando, in particolare, venga accertata l’impossibilità, per fatto addebitabile agli organi sociali, di ricostruire i dati contabili in modo così analitico da individuare le conseguenze dannose dei comportamenti in

¹⁶⁷ Cass. civ., nn. 2538/2005 e 3032/2005.

contestazione.

La giurisprudenza di legittimità tiene, tuttavia, a ribadire la necessità che il giudice di merito fornisca puntuale motivazione della ragione per la quale non sia oggettivamente possibile procedere alla ricostruzione degli effetti degli atti pregiudizievoli, nonché del motivo per cui ritenga che si possa imputare a tali comportamenti l'intero dissesto patrimoniale della società.

Tali accortezze motivazionali sono necessarie al precipuo scopo di evitare che mediante l'uso surrettizio dell'art. 1226 c.c. il Giudice di merito faccia rientrare dalla finestra quello che la Cassazione ha fatto uscire dalla porta.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, in linea di massima, appare ristorabile il danno che costituisce la conseguenza immediata e diretta della condotta colposa o dolosa dello stesso o, comunque, ad essa riconducibile sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, al fine di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma. Inoltre, sempre in punto di quantificazione del danno, esso dovrà essere commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, attivo od omissivo, non fosse stato posto in essere dall'organo sociale che, di volta in volta, viene in considerazione (secondo l'ordinario criterio di cui all'art. 1223 c.c.).

Invero, questo appena enunciato non è l'unico criterio utilizzato della giurisprudenza ai fini della quantificazione del

danno. È stato, infatti, enucleato un criterio alternativo accolto soprattutto nella giurisprudenza di merito¹⁶⁸: esso risulta fondato sulla differenza tra i patrimoni netti, individuati rispettivamente al momento in cui si verifica la causa di scioglimento e al momento in cui si verifica la dichiarazione di fallimento.

Siffatto criterio comporta la necessità di individuare il bilancio cronologicamente più prossimo al momento della verifica della causa di scioglimento. Ciò in modo da poter successivamente procedere alle rettifiche necessarie per giungere ad una vera e propria fotografia della consistenza del patrimonio nell'esatto istante in cui si è manifestato l'evento patologico.

È un'alternativa che da taluni è stata ritenuta ancora più appagante rispetto al criterio tradizionalmente invalso nella giurisprudenza che, tuttavia, ancora resta prevalente.

3.6. La legittimazione del curatore fallimentare nell'ipotesi di pagamenti preferenziali nella dottrina e nella giurisprudenza: un dibattito durato a lungo

La tematica concernente la legittimazione del curatore fallimentare ad esperire l'azione di risarcimento dei danni derivanti dal delitto di bancarotta preferenziale per lungo tempo

¹⁶⁸ Cfr. Trib. Milano 8 ottobre 2001, Trib. Milano 7 febbraio 2003, Trib. Marsala 2 maggio 2005, tutte in *Dejure*.

ha animato il dibattito giurisprudenziale e dottrinale¹⁶⁹.

La giurisprudenza di merito civile che ha avuto occasione di occuparsi della questione¹⁷⁰ appare prevalentemente orientata in senso negativo, sulla base dell'assunto secondo cui il pagamento preferenziale di un creditore, ancorché eseguito in violazione della *par condicio creditorum*, «non costituisce atto idoneo a diminuire il valore del patrimonio sociale, trattandosi di operazione neutra che determina la contemporanea elisione di una posta dell'attivo e di una posta del passivo di pari entità».

In altri termini, secondo l'opinione prevalente nella giurisprudenza di merito, in queste ipotesi non si determinerebbe un danno alla massa creditoria considerata nel suo complesso, di talché i soli legittimati attivi all'esperimento dell'azione risarcitoria sarebbero i singoli creditori effettivamente lesi dal pagamento preferenziale effettuato. Come è stato sostenuto, i danni derivanti dai pagamenti preferenziali si limitano a determinare una disparità di trattamento senza incidere sulle garanzie patrimoniali: il danno non è alla massa, ma ai singoli creditori¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sul punto, in dottrina, cfr. S. FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime*, in *Il Fallimento*, 2/2017, 13 ss.; M. SPIOTTA, *Un'altra pronuncia sulle azioni esperibili dal curatore fallimentare: nuove "aperture" ma anche inaspettate "chiusure"*, nota a Trib. Milano, Sez. VIII, 18 gennaio 2011, n. 501, in *Il Fallimento*, 5/2011, 595 ss.

¹⁷⁰ Cfr., *ex multis*, Trib. Roma 29 settembre 2011, n. 19331; Trib. Napoli, 13 marzo 2011, n. 3971, Trib. Milano 18 gennaio 2011, Trib. Roma 7 ottobre 2013, n. 1985, tutte in *Dejure*.

¹⁷¹ In questi termini, Trib. Milano, 22 settembre 2010, n. 1632 in *Società*, 7/2001 con nota di CASSANI.

La posizione negativa, peraltro, si completa con la considerazione della sussistenza nel sistema della tutela della possibilità di esperire l'azione revocatoria o, ove se ne ravvisino i presupposti, quella restitutoria, entrambe destinate a reintegrare il patrimonio sociale quando il suo depauperamento sia avvenuto a seguito di operazioni concluse in spregio alle regole che disciplinano le procedure per la risoluzione delle crisi d'impresa.

Sporadiche pronunce aderiscono all'opinione contraria che resta comunque minoritaria¹⁷².

Al fine di comprendere appieno la questione *de qua*, occorre analizzare brevemente il delitto di bancarotta preferenziale, non potendo prescindere dalla conoscenza di note penalistiche minime.

In particolare, ciò che rileva in primo luogo è addivenire ad una più esatta definizione della tipologia di danno derivante dal delitto di bancarotta preferenziale *ex art. 216, comma 3, L.F.* in modo da stabilire se sia riconducibile a quei danni rispetto ai quali appare coerente e congruo riconoscere la legittimazione attiva ad agire in giudizio al curatore fallimentare.

Sembra utile, a questi fini, soffermarsi anzitutto sul bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice *de qua*. Ciò in quanto, «*prima di affrontare il tortuoso percorso tra norme codicistiche e disposizioni della legge fallimentare, alla ricerca delle direttrici in grado di orientare nella scelta tra le*

¹⁷² Trib. Napoli, 28 febbraio 2003, in *Dir. Prat. Soc.*, 14/15, 81 con nota di JAZZETTI-MANTELLI; Trib. Firenze 7 settembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 562, con nota critica di BIAGIOLI.

contrapposte posizioni, bisogna disporre [...] di un catalizzatore interpretativo e questo ruolo per le fattispecie incriminatrici spetta al bene giuridico tutelato»¹⁷³.

Si suole affermare che il delitto di bancarotta preferenziale è posto a presidio della *par condicio creditorum* in sede di riparto dell'attivo. La *par condicio*, a sua volta, costituisce una formula efficace con cui, da un lato, si rinvia ai criteri generali che disciplinano la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c. e art. 2741 c.c.) e, dall'altro, si descrive sinteticamente la finalità al cui perseguimento risulta orientata la procedura fallimentare.

L'esigenza pubblicistica è evidente in questa norma, in quanto si vuole impedire un trattamento sperequato dei creditori; ma, proprio perché il fatto non è genericamente diretto a frodare i creditori ma soltanto a favorirne taluno, la pena è meno grave rispetto a quella di bancarotta fraudolenta¹⁷⁴.

Giova precisare, per completezza della trattazione, che la condotta può consistere in un pagamento da intendersi in senso lato, ossia come qualsiasi ipotesi di *solutio* con efficacia estintiva di un precedente rapporto. Non viene fatta alcuna distinzione tra pagamenti di crediti non ancora scaduti e pagamenti di crediti liquidi ed esigibili o tra pagamenti effettuati in denaro o eseguiti con mezzi differenti.

¹⁷³ S. FIORE, *op. cit.*, 158.

¹⁷⁴ Per un approfondimento sulla tematica del bene giuridico tutelato nel delitto di bancarotta fallimentare cfr., *ex multis*, S. PERDONO', *I reati fallimentari*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 373 ss.; E. BEVILACQUA, *La bancarotta preferenziale*, in ALESSANDRI (a cura di), *I reati in materia economica, Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo-Paliero, Torino, 2012, 345 ss.

La seconda modalità di condotta consiste nella simulazione di titoli di prelazione. La simulazione deve essere idonea a produrre effetti giuridici, con la conseguenza che non potrà configurarsi come tale una semplice dichiarazione del fallito senza la predisposizione di un titolo ideologicamente falso.

Quanto all'elemento soggettivo, esso è costituito dal dolo specifico, consistente nel fine di favorire alcuni dei creditori, accettando il rischio di verifica di un danno per gli altri. Si ritiene che il dolo specifico non sia escluso dal perseguimento di fini ulteriori come, ad esempio, la speranza di evitare il fallimento. Non è sufficiente, però, che vi sia stato il soddisfacimento di alcuni creditori a danno di altri, essendo necessario che il debitore abbia agito con lo scopo particolare di favorire alcuni creditori e non altri.

Ma torniamo al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 216, comma 3, L.F. in modo da poter agevolmente ricostruire la tipologia del danno che è suscettibile di verificarsi nei confronti dello stesso.

Ebbene, individuando il bene protetto nella *par condicio creditorum*, non dovrebbero sussistere grossi dubbi che, trovandoci dinanzi ad un interesse concernente il regolare andamento della procedura fallimentare, in caso di condotte lesive dello stesso si configurerà un danno attinente «*ad un'area di interesse comune a tutti i creditori: il rispetto del par condicio non è un'esigenza etica, ma una condizione essenziale per il migliore soddisfacimento dei creditori e dunque la sua*

violazione, da questo punto di vista, li danneggia tutti»¹⁷⁵.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, può affermarsi che la *par condicio creditorum* si presenta come un interesse di tipo funzionale o, secondo un'altra classificazione, come un bene intermedio¹⁷⁶ che riguarda il corretto andamento della procedura fallimentare; la violazione di tale parità di trattamento creditoria, tuttavia, *«trascorrendo dal piano funzionale al piano concreto (o dal bene «intermedio» a quello «finale»), fa emergere l'interesse patrimoniale dei creditori a mantenere inalterata (quantomeno) la misura della quota percentualmente spettante a ciascuno in sede di riparto e in questo senso una riduzione di questa misura rappresenta una conseguenza (concreta) e diretta della lesione della par condicio, implicata dal pagamento preferenziale (non consentito)»¹⁷⁷.*

In questa prospettiva, la lesione della parità di trattamento dei creditori determinerebbe un'alterazione funzionale della procedura, suscettibile di tradursi in un danno patrimoniale relativo a tutti gli altri creditori, che potrebbe non essere rimediabile mediante l'impiego degli strumenti revocatori¹⁷⁸.

Ciò in quanto il pagamento preferenziale effettuato al

¹⁷⁵ S. FIORE, *op. cit.*, p. 159.

¹⁷⁶ Così M. DONINI, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art.216, co. 3, l. fall): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *StudiumJuris*, 1999, 139 ss.

¹⁷⁷ S. FIORE, *op. cit.*, 159.

¹⁷⁸ Sul punto vd., *ex multis*, A. ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. Penale*, 2009, 533 ss.

precipuo scopo di favorire soltanto uno o più creditori si connota per il fatto che esso ridonda inevitabilmente a danno di tutti coloro che non coincidono con il/i creditore/i favorito/i: il pregiudizio, quindi, si ripercuoterebbe sulla massa.

Alla luce di quanto finora detto, la soluzione più ragionevole sembrerebbe quella secondo cui il giudice dovrebbe effettuare una valutazione *case by case*, analizzando minuziosamente le caratteristiche del caso concreto in modo da poter rilevare la sussistenza o meno di un danno consequenziale al pagamento preferenziale riconducibile al novero di quelli che cagionano un pregiudizio per la massa dei creditori. In questo caso si verificherebbero le condizioni per ritenere il curatore fallimentare legittimato attivo all'esercizio dell'azione risarcitoria, dal momento che si riduce l'aspettativa di soddisfacimento di tutti i creditori e non si verifica una mera frustrazione delle singole aspettative.

3.7. La sentenza n. 1641 del 2017: ricostruzione del fatto storico e motivi del ricorso

Stante la primaria importanza che la sentenza n. 1641/2017, emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 10 gennaio 2017, ha assunto nel risolvere la controversa questione analizzata nella presente trattazione, appare primariamente opportuno

descrivere la situazione fattuale che ha generato la contesa *de quo* per poi addentrarsi nell'analisi delle ragioni giuridiche e delle motivazioni di diritto sottese alla decisione.

La *questio*, infatti, trae origine dalle vicende di una società sottoposta a procedura fallimentare.

Il curatore fallimentare *pro tempore* di suddetta azienda aveva citato in giudizio gli amministratori delegati della società fallita e gli amministratori delegati di una società creditrice della stessa, chiedendone il risarcimento dei danni cagionati alla curatela a causa dell'erogazione di finanziamenti qualificati come ingiustificati e censurando l'esecuzione di pagamenti contestati come preferenziali nel procedimento penale per bancarotta, conclusosi con una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

In altri termini il curatore contestava agli amministratori della società dichiarata fallita di aver dilapidato il patrimonio societario, favorendo ingiustificatamente uno dei propri creditori, con contestuale danno della stessa società debitrice e degli altri creditori interessati.

Sia nel giudizio di primo grado che nel giudizio d'appello, i giudici di merito hanno rigettato la richiesta della parte attrice (ossia la curatela fallimentare), escludendo in capo al curatore fallimentare la legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita per il pagamento preferenziale di crediti a favore di

un'altra società creditrice, in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Secondo l'impostazione accolta dai giudici dei primi due gradi di giudizio l'azione di responsabilità non avrebbe potuto esser esercitata dal curatore né ai sensi dell'art. 2393 c.c. né ai sensi dell'art. 2394 c.c. in quanto sarebbe mancata una diretta lesione del patrimonio sociale, il quale sarebbe stato inciso solo in via indiretta o di riflesso.

Nello specifico, secondo i giudici della Corte di Appello¹⁷⁹ nel caso in esame la lesione della *par condicio creditorum* potrebbe al più “generale una contesa tra le posizioni soggettive individuali dei singoli creditori ma non anche un pregiudizio per la massa creditoria considerata nel suo complesso la quale mantiene, comunque, la medesima consistenza anche in caso di pagamento preferenziale qualunque sia il creditore beneficiato dal pagamento lesivo della *par condicio* tra quelli aventi diritto a partecipare al concorso”.

A sostegno della conclusione secondo la quale la lesione dei creditori concorrenti sarebbe solo incidentale, il Giudice di secondo grado ha, inoltre, argomentato che “il pregiudizio subito individualmente da ciascun creditore per effetto dei pagamenti preferenziali eseguiti dalla società prima della dichiarazione di fallimento si delinea compiutamente e definitivamente solo con l'esecuzione del riparto finale nonché all'esito dell'esperimento infruttuoso o insufficiente di eventuali azioni risarcitorie”.

¹⁷⁹ Corte D'appello di Milano, sent. n. 4213/2013 del 18 novembre 2013

Avverso la presente decisione la parte soccombente in appello ha proposto ricorso per Cassazione, assegnato alla terza sezione civile, la quale ha, a sua volta, ritenuto opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite, stante la rilevanza della questione affrontata.

Il ricorrente ha basato la proprie richieste su sette motivi di ricorso in tal guisa riassumibili: nel primo motivo il ricorrente contesta la mancata legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità per i pagamenti preferenziali eseguiti dagli amministratori; con il secondo motivo si censura la liquidazione del danno da aggravamento del dissesto derivato dal perpetuarsi dell'esercizio dell'attività aziendale dopo la manifestazione di uno stato di insolvenza; con il terzo ed il quarto motivo il ricorrente ha richiesto agli amministratori il risarcimento dei danni derivati dalle erogazioni effettuate ingiustificatamente a favore della società creditrice; con il quinto, sesto e settimo motivo di ricorso si è censurato il rigetto della domanda del risarcimento del danno nei confronti della società creditrice e l'omessa pronuncia sull'eccezione di tardività dell'eccezione di prescrizione proposta dalla società creditrice.

Dopo aver descritto il fatto storico sotteso alla pronuncia e le motivazioni addotte dal ricorrente nell'atto di impugnazione, sarà possibile esaminare, con maggiore attenzione, la soluzione adottata dalla Corte e le ragioni giuridiche sottese alla stessa¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Tale argomento sarà oggetto del paragrafo 3.7) del presente elaborato.

3.7.1. Lo stato della giurisprudenza antecedente alla sentenza n. 1641 del 2017

L'assoluta rilevanza che la pronuncia n. 1641 del 2017 ha avuto, ed è destinata ad avere, nel nostro ordinamento giuridico è tanto più evidente se si considera che in precedenza non esisteva una giurisprudenza pacifica sul tema della legittimazione attiva del curatore fallimentare anche per fatti di bancarotta preferenziale; cosicché i giudici, sia di legittimità che di merito, si erano trovati a seguire orientamenti differenti e non unanimi.

Pertanto, per meglio chiarire il quadro giurisprudenziale creatosi a seguito della recente pronuncia dei Giudici Ermellini, appare opportuno compiere un passo indietro, soffermando l'attenzione sulle diverse sentenze adottate in periodi immediatamente antecedenti.

Sul punto, infatti possono distinguersi due orientamenti contrapposti: il primo, che è stato a lungo prevalente e che escludeva la legittimazione attiva del curatore fallimentare; il secondo che viceversa l'ammetteva. Come si evince anche dall'ordinanza con la quale la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite (ordinanza n. 15501 del 26 luglio 2016¹⁸¹), il *discrimen* tra le due impostazioni si rinviene nel diverso inquadramento giuridico dato all'art. 216 l. fall. e sulla diversa considerazione che viene

¹⁸¹ Testo completo dell'ordinanza rinvenibile in: [www. http://ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it), ultimo accesso il 27.03.2019.

data al bene giuridico tutelato dalla norma che sanziona la condotta di bancarotta fraudolenta.

Se, infatti, si ritiene che la condotta consistente nell'offrire pagamenti o simulare titoli di prelazione a favore di uno dei creditori e a danno degli altri, compiuto dalla società prima della dichiarazione di fallimento, integri una lesione che non può considerarsi di massa, in quanto il pagamento preferenziale avrebbe un effetto neutro sul patrimonio del fallito (determinando una contestuale elisione di una posta dell'attivo e di una del passivo di pari entità), ma che può solo intendersi come pregiudizio individuale subito direttamente da ciascun creditore, il curatore non può ritenersi legittimato all'esercizio dell'azione in esame, in quanto l'art. 240, comma 2, l. fall. prevede che i creditori possano costituirsi parte civile nel processo penale di bancarotta, al posto del curatore, solo nel caso in cui intendano far valere un titolo di azione propria personale.

Al contrario, se si ritiene che l'oggetto tutelato dall'art. 216 l. fall. consista negli interessi del ceto creditorio, ossia l'interesse a che venga rispettata la *par condicio creditorum*, il reato di bancarotta preferenziale potrebbe esser giustamente ricondotto nell'alveo dei reati che ledono l'interesse di un'intera massa soggetti (i creditori appunto). Per conseguenza di ciò, il curatore dovrebbe considerarsi legittimato a costituirsi parte civile per la richiesta di risarcimento del danno, facendola valere a favore di tutto il ceto creditorio interessato, ai sensi dell'art. 240, comma 1, l. fall.

A sostegno della prima tesi, a titolo esemplificativo, è possibile citare sia sentenze emesse da giudici di merito che di legittimità, quali: Tribunale di Milano, VIII Sez. Civile, sentenza n. 501 dell'11 novembre 2010; Tribunale di Roma, III Sez. Civile, sentenza n. 19331 del 3 settembre 2015; e Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza n. 17121 del 21 luglio 2010.

Approfondendo l'analisi delle argomentazioni giuridiche poste a sostegno delle sentenze sopra citate, è possibile evidenziare come i giudicanti abbiano utilizzato il medesimo ragionamento giuridico di fondo, in tal guisa descrivibile: la legittimazione attiva del curatore fallimentare nella proposizione dell'azione di risarcimento danni per pagamenti preferenziali effettuati in violazione della *par condicio creditorum* sarebbe esclusa poiché l'indebito pagamento non genererebbe una diretta lesione della massa creditoria complessivamente considerata.

In altri termini tale tesi si fondava sulla distinzione tra la lesione dei creditori nel suo complesso e la lesione dei singoli creditori. Nel caso di condotta infedele degli amministratori che eseguono pagamenti preferenziali non dovuti a danno del patrimonio sociale, si produrrebbe, per effetto, non tanto la lesione dell'intera massa creditoria, quanto un "danno specifico nel patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti, corrispondente all'incremento della falcidia subita, ossia alla minore misura in cui ciascuno può concorrere sull'attivo liquidato, salve le legittime cause di prelazione".

Pertanto la soddisfazione di un creditore piuttosto che di un altro, potrebbe generare, al massimo, un rapporto contenzioso tra le singole parti creditorie (quella destinataria del pagamento preferenziale e quella ingiustamente rimasta insoddisfatta), non anche un rapporto con l'intera massa creditoria. I Giudici del Tribunale di Milano, osservano inoltre che la lesione diretta del singolo creditore non è istantanea, bensì si delinea come conseguenza eventuale al termine della procedura liquidatoria, ossia “all'esito dell'esperimento infruttuoso o insufficiente di eventuali azioni revocatorie, sicché essa sarebbe imputabile in via immediata e diretta agli amministratori solo se alla sua determinazione non avesse dato causa lo stesso curatore che – ai sensi dell'art. 1227 secondo comma c.c. - non avesse esercitato per tempo le revocatorie o le altre azioni recuperatorie possibili”.

182

Sulla base di tale argomentazione l'unica soluzione possibile consisterebbe nella possibilità, da parte del creditore rimasto insoddisfatto, di esperire azione risarcitoria nei confronti degli amministratori della società creditrice, in applicazione delle regole generali sulla sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c. Nel caso in cui la società sia nel frattempo fallita la medesima legittimazione non spetterebbe al curatore fallimentare, stante il silenzio della normativa al riguardo¹⁸³.

¹⁸² In tal senso Tribunale di Milano, VIII Sez. Civile, sentenza n 501 dell'11 novembre 2010, 7-8, in *Pluris*.

¹⁸³ Nello specifico, secondo il Collegio la legittimazione del curatore non troverebbe fondamento normativo né negli artt. 42- 43 l. fall. (secondo i quali spetta al curatore

A medesima conclusione è giunta anche la Giurisprudenza di legittimità che, con sentenza n. 7029 del 28 marzo 2006¹⁸⁴, ha codificato il principio secondo il quale la legittimazione del curatore fallimentare in rappresentanza dei creditori sarebbe giustificata solo con riferimento alle c.d. azioni di massa, ovvero quelle azioni finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo. Pertanto tra le stesse non potrebbe considerarsi ricompresa l'azione di risarcimento del danno derivante da condotte di bancarotta preferenziale, in quanto l'azione si caratterizzerebbe per avere un carattere limitato e circoscritto, provocando come effetto l'esclusiva tutela della posizione soggettiva del singolo creditore rimasto ingiustamente insoddisfatto.

Passando all'analisi del secondo orientamento emerso sul punto, rilevatosi inizialmente minoritario ma successivamente accolto nell'interpretazione nomofilattica dei Giudici Ermellini, è possibile citare la sentenza emessa dalla I Sez. Civ. della Corte di Cassazione n. del 21 luglio 2010¹⁸⁵.

fallimentare la legittimazione processuale e sostanziale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito; né nell'art. 2394 bis c.c. , che attribuisce al curatore una legittimazione straordinaria ad agire contro gli amministratori per tutelare le ragioni creditorie di cui all'art. 2486 c.c.; né, infine, l'art. 146 l. fall. che autorizza il curatore ad esperire azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo o direttori generali e i liquidatori.

¹⁸⁴ Cass Civile, Sez. Un, Sentenza n. 7029 del 28/03/2006, in *Pluris*.

¹⁸⁵ Testo completo della sentenza rinvenibile in *Pluris*.

In tale giudizio la Corte, confermando le risultanze del secondo grado di giudizio¹⁸⁶, respinse il ricorso proposto dall'amministratore delegato di una società fallita ed affermò la legittimazione attiva del curatore ad esperire azione risarcitoria nei confronti dell'amministratore della società fallita, anche nel caso in cui si tratti di società a responsabilità limitata. A sostegno delle proprie ragioni il ricorrente, nel primo motivo di ricorso, asserì che l'inesistenza della legittimazione del curatore sarebbe stata giustificata dalla modifica dell'art. 146 l. fall. che, nella nuova formulazione sembra escludere dalla propria operatività le società a responsabilità limitata, in quanto ne' l'art. 2476 ne' l'art. 2487 c.c., richiamano, nel loro nuovo testo, gli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., in materia di responsabilità degli amministratori di società per azioni.

Discostandosi dalle conclusioni esposte dal ricorrente, i Giudici di Legittimità hanno sostenuto che la questione della legittimazione del curatore fallimentare dovrebbe, in realtà, ritenersi superata in forza della considerazione per la quale "la L. Fall., art. 146, nel suo testo originario, era destinato solo a riconoscere la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.. E questa interpretazione risulta ora confermata dallo stesso legislatore, perché il nuovo testo della L. Fall., art. 146, come sostituito dal

¹⁸⁶ Corte di Appello di Roma, sentenza n. 1533 del 2 aprile 2007, in *Pluris*.

D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130, prevede semplicemente che il curatore è legittimato a esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, della società fallita. Sicché il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società.”

3.7.2 La soluzione delle Sezioni Unite

Il contesto in cui si inserisce la pronuncia del Supremo consesso si caratterizza per la costante presenza di una giurisprudenza orientata in senso negativo circa la legittimazione attiva del curatore fallimentare, sulla base della considerazione che il pagamento preferenziale di un creditore, pur se eseguito in violazione della *par condicio*, non avrebbe potuto costituire atto idoneo a diminuire il patrimonio sociale, trattandosi di operazione sostanzialmente neutra, comportante la contemporanea elisione di una posta dell'attivo e del passivo di pari entità¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Si veda, per tutte, Trib. Roma 29 settembre 2015, in *DeJure*. Le voci contrarie nella giurisprudenza di merito erano rare, e per di più con riferimento ad ipotesi assai singolari, come nel caso di un amministratore che aveva emesso assegni circolari di rilevante importo in favore di alcuni creditori, risultati, però, incassati dallo stesso amministratore, il quale aveva assunto di aver anticipatamente corrisposto tali importi, utilizzando provvista tratta da conti bancari personali (Trib. Napoli 28 febbraio 2003, in *Dir. prat. soc.*, 2003, nn. 14-15, 81,); oppure nel caso in cui il liquidatore di una società, pur in presenza di un'evidente insufficienza dell'attivo, aveva ingiustificatamente pagato in percentuali più elevate alcuni debiti

In questa prospettiva, non determinandosi un danno alla massa creditoria, i soli soggetti provvisti di legittimazione all'azione risarcitoria sarebbero i singoli creditori (posteriori) lesi da quel pagamento.

L'indirizzo costante della giurisprudenza di merito ha conosciuto, più recentemente, qualche «apertura» in relazione alla configurazione del danno per il singolo creditore, sempre però affermando l'insussistenza della legittimazione del curatore, individuando il pregiudizio subito a fronte di pagamenti preferenziali prima della dichiarazione di fallimento solo all'esito dell'esecuzione del riparto finale o dell'esperimento infruttuoso o insufficiente di eventuali azioni revocatorie¹⁸⁸.

La diretta implicazione dell'impostazione *de qua* è data dal disconoscimento della legittimazione attiva del curatore fallimentare ad esperire l'azione di ristoro contro gli amministratori, stante la natura individuale dell'azione.

Alla luce del suddetto contesto, le Sezioni unite, orientate ad un mutamento di prospettiva, ritengono imprescindibile risolvere talune questioni pregiudiziali per poter dare una lettura sincronica tra la disciplina civilistica e la disciplina penalistica,

ed in percentuale molto più basse altri, così pregiudicando questi ultimi a vantaggio dei primi (Trib. Firenze 7 settembre 1995, ord., in *Giur. comm.*, 1996, II, 562, con nota di N. BIAGIOLI).

¹⁸⁸ Trib. Milano 18 gennaio 2011, in *Fall.*, 2011, 588, con nota, contenente molteplici spunti interpretativi, di M. SPIOTTA, secondo cui il danno sarebbe imputabile, in tal caso, in via immediata e diretta agli amministratori solo nell'ipotesi in cui alla sua determinazione non abbia dato causa lo stesso curatore fallimentare che abbia omesso di esercitare per tempo le possibili azioni revocatorie e recuperatorie. Sull'esclusione della legittimazione del curatore, perché il danno derivante da pagamenti preferenziali è danno specifico e diretto ex art. 2395 c.c.: Trib. Milano 22 dicembre 2010, in *Il Fallimento*, 2011, 757.

evitando di considerare le disposizioni inserite nella legge fallimentare come un’“isola” nel *mare magnum*, ossia come una disposizione normativa avulsa dall’intero contesto ordinamentale.

In primo luogo, tenuto conto che nella specie veniva invocata dal curatore fallimentare la responsabilità degli amministratori sia da parte dei soci sia da parte dei creditori sociali, la Corte ha inteso precisare il tipo di rapporto intercorrente tra i due concorrenti titoli di legittimazione dedotti in giudizio.

Partendo dall’assunto secondo cui l’azione sociale di responsabilità ha natura contrattuale, mentre la diversa azione di responsabilità verso i creditori sociali - ammessa in via analogica dalla tesi prevalente nelle società a responsabilità limitata - ha natura aquiliana, nonché dal rilievo secondo cui tali azioni sono esperibili cumulativamente dal curatore *ex art. 146 L.F.*, la Corte di Cassazione ha chiarito che, ove il curatore agisca facendo valere genericamente la responsabilità degli amministratori, egli farebbe valere sia l’azione che spetterebbe alla società, quale gestore del patrimonio del fallito (*ex art. 43 L.F.*), che le azioni spettanti ai singoli creditori, considerate quali azioni di massa, ai sensi dell’*art. 146 L.F.*

Alla luce di ciò, dunque, *«anche per la responsabilità da reato può aversi una responsabilità concorrente, sia contrattuale sia extracontrattuale, degli amministratori della società fallita, perché a entrambe può essere ricondotto anche il danno*

lamentato ex art. 185 c.p. e art. 2043 c.c.». A tale concorrenza di titoli di responsabilità- ha quindi concluso la Corte di legittimità- «corrisponde una legittimazione unitaria del curatore fallimentare sia in sede penale sia in sede civile per tutte le azioni esercitabili nei confronti degli amministratori»¹⁸⁹.

In particolare - e questo risulta di notevole importanza a i nostri fini - la Suprema Corte ha inteso risolvere in senso affermativo la questione afferente alla perdurante sussistenza, anche a seguito delle riforme del diritto societario e fallimentare, della legittimazione del curatore ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società a responsabilità limitata, stante il venir meno di ogni rinvio agli artt. 2393 e 2394 c.c. Come è già ampiamente visto, manca per questa tipologia societaria una disposizione normativa analoga a quella dettata dall'art. 2394 c.c. a favore dei creditori della s.p.a.

Ciò nondimeno, a fronte di questo mutato quadro normativo, l'art. 146 L.F. ha continuato a prevedere, fino alla riforma attuata con il D.Lgs. n. 5/2006, l'esercizio da parte del curatore dell'azione di responsabilità contro gli amministratori (i sindaci, i direttori generali e i liquidatori), «a norma degli artt. 2393 e 2394 del codice civile». In tal modo, è sorto l'interrogativo se, per il caso di fallimento di una s.r.l., il curatore

¹⁸⁹ Cass., Sezioni Unite, n. 1641/2017, *cit.* L'assunto sostanziale secondo cui il risarcimento del danno da reato può essere domandato dal curatore che agisca ex art. 146 L.F. facendo valere entrambe le responsabilità, è quindi passato attraverso l'individuazione, da parte delle Sezioni Unite, della natura delle azioni ivi rispettivamente contemplate: contrattuale, come pacificamente si ritiene, la prima ed extracontrattuale quella relativa al pregiudizio subito dai creditori sociali.

fosse ancora legittimato all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori¹⁹⁰.

Le Sezioni Unite si sono pronunciate nel senso della perdurante legittimazione adducendo, a sostegno di tale conclusione, chela questione dovrebbe ritenersi ormai superata,giacché l'art. 146 L.F. originariamente era preordinato a riconoscere la legittimazione del curatore fallimentare a far valere le azioni di responsabilità comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, a prescindere dal riferimento specifico ivi presente agli artt. 2393 e 2394 c.c. Tale lettura ermeneutica deve considerarsi confermata alla luce dell'ampio tenore dell'odierno art. 146, comma 2, lett. a) che si limita a prevedere che il curatore è legittimato ad esercitare «*le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori*» della società fallita.

Nessun'altra specificazione è contenuta nella disposizione *de qua*, sicché devono ritenersi esperibili entrambi le azioni, ivi compresa quella a difesa delle ragioni dei creditori sociali. Dunque, come statuisce la Corte, «*il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società*»¹⁹¹.

¹⁹⁰ Cfr. *supra*, cap. II.

¹⁹¹ La stessa questione è stata affrontata recentemente anche da Cass. 26 agosto 2016, n. 17359, in *Società*, 2016, 1300 ss., 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.* ».

Risolta positivamente la questione pregiudiziale relativa alla perdurante legittimazione del curatore a far valere la responsabilità degli amministratori di una società a responsabilità limitata anche dopo la riforma del diritto societario e fallimentare, la Corte di Cassazione ha dovuto affrontare il problema riguardante i pagamenti preferenziali. In maggior dettaglio, ha dovuto verificare la configurabilità di un danno da pagamento/i preferenziale/i risentito dalla massa dei creditori e, in quanto tale, risarcibile su iniziativa del curatore fallimentare.

A ben vedere, il fulcro della vicenda consiste nella dell'individuazione della natura giuridica dell'azione risarcitoria esercitata contro gli amministratori rei del reato di cui all'art. 216, comma 3, L.F., onde stabilire se sia un'azione individuale o di massa. Ciò per l'evidente ragione che il curatore fallimentare è legittimato ad esperire soltanto le azioni di massa finalizzate alla ricostruzione del patrimonio sociale¹⁹².

Le azioni c.d. di massa, che perseguono la finalità testé citata, sono individuate da tre sentenze gemelle pronunciate dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in tema di concessione abusiva del credito¹⁹³. Nelle citate pronunce si legge che il

¹⁹² Sul punto, si rinvia, *ex multis*, a L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione di credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 109 ss.

¹⁹³ Si tratta di Cass., Sezioni Unite, 28 marzo 2006, n. 7029, n. 7030, n. 7031, cit. in *Dejure* che hanno escluso la legittimazione del curatore fallimentare ad esercitare, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno patito dai creditori sociali per effetto dell'abusiva concessione di credito. In dottrina, si v. I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Il Fallimento*, 2007, 1037 ss.; F. CORSO, *Le azioni di responsabilità*

curatore non è «titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato», poiché la sua funzione è piuttosto deputata «a conservare il patrimonio del debitore, garanzia del diritto del creditore, attraverso l'esercizio delle cosiddette azioni di massa». Fatta tale necessaria premessa, la Corte ha individuato le azioni di massa, esperibili dal curatore fallimentare, come quelle «dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie».

Non si tratta di un principio di carattere assoluto, ma occorre un'interpretazione di carattere sistematico, di talché esso deve essere bilanciato con l'altro principio, di pari importanza, alla stregua del quale la legittimazione attiva del curatore non sussiste in relazione ad azioni esercitabili individualmente da questi ultimi, in quanto finalizzate ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito¹⁹⁴.

Emerge agevolmente, sulla base di quanto detto, quale sia la linea di discriminazione tra azioni individuali e di massa.: non è il vantaggio individuale conseguibile o meno dal singolo creditore, ma più correttamente «il suo impiego verso la ricostituzione del

nel fallimento tra "azioni della massa" e "azioni individuali", in Riv. dir. comm., 2010, 1033 ss.; F. VASSALLI, *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI - F.P. LUISSO - E. GABRIELLI, Torino, 2014, 238 ss.; M.A. LUPOLI, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare*, cit., 336 e 343-344.

¹⁹⁴ Cass., Sezioni Unite, 28 marzo 2006, n. 7029, n. 7030, n. 7031, cit.,

patrimonio assoggettato, onde riportare questo alla consistenza che esso aveva al tempo della manifestata insolvenza, perché tutti i creditori, nel concorso, siano in grado di esercitarvi le proprie pretese individuali»¹⁹⁵.

Tanto chiarito, possiamo focalizzare l'attenzione sulla questione dei pagamenti preferenziali.

A ben vedere, l'art. 240, comma 1, L.F. consente al curatore di costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati previsti nel titolo VI, tra i quali si annovera anche la fattispecie di bancarotta preferenziale *ex art. 216, comma 3, L.F.* che punisce il fallito il quale, prima o durante la procedura fallimentare, allo scopo di favorire in danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti (o simula titoli di prelazione)¹⁹⁶.

La fattispecie incriminatrice contiene il riferimento al danno che deve essere cagionato ai creditori affinché possa ritenersi integrato il reato *de quo*. Al riguardo, le Sezioni Unite del 2017 sottolineano che *«il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori»*.

¹⁹⁵ D. RUSSO, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione del credito*, in *Dir. fall.*, 2006, 619-620.

¹⁹⁶ Art. 216, comma 3, L.F. *«E' punito con la reclusione da uno a cinque anni il 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.»*

Gli ermellini, quindi, fanno riferimento ad un danno alla massa dei creditori, perlopiù alla luce dell'identificazione del bene giuridico presidiato dalla fattispecie incriminatrice nella parità di trattamento tra i creditori¹⁹⁷.

Sebbene sia pacifico che la bancarotta preferenziale e la revocatoria fallimentare trovino comune fondamento nella violazione della *par condicio creditorum*, è altrettanto evidente che operano sulla base di presupposti normativi diversi.

Come sostenuto in dottrina, pertanto, «*se la revocabilità non è rilevante al fine di escludere la sussistenza del reato di bancarotta preferenziale, la fattispecie penale può venire in considerazione anche in relazione ad un pagamento non revocabile: se ne è dedotto che «l'azione civile risarcitoria del danno patrimoniale derivante dal reato garantisce una più ampia tutela di quella offerta dall'azione revocatoria»*¹⁹⁸.

Liberandosi da ragionamenti formalistici, le Sezioni Unite hanno mutato prospettiva rispetto agli orientamenti pregressi della giurisprudenza, prendendo altresì le distanze da quanto sostenuto nel secondo grado di giudizio¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Con riferimento al bene giuridico, cfr. *supra*, inoltre, Cass. Pen. 2 ottobre 2013, n. 5186, *ivi*, che ravvisa l'elemento caratterizzante del reato in questione "*nella alterazione della par condicio creditorum*"; Cass. Pen., Sezioni Unite, 26 maggio 2011, n. 21039, in *Società*, 2011, 1196, con nota di SANTORIELLO; Cass. Pen. 20 maggio 2009, n. 31168, in *Il fallimento*, 2010, 495. Tra l'altro, la salvaguardia della *par condicio creditorum* si pone alla base anche della revocatoria fallimentare.

¹⁹⁸ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2011, 135.

¹⁹⁹ Cfr. anche G. FAUCEGLIA, *Brevi note sul risarcimento dei danni per pagamenti preferenziali*, in *Società*, 2017, 603, ove si sottolinea come il mutamento di prospettiva che ha determinato il ripensamento sulla configurazione del danno e,

Si è concluso nel senso che l'azione risarcitoria volta ad ottenere il ristoro patrimoniale dei danni cagionati dal reato di bancarotta preferenziale commesso dagli amministratori sia qualificabile come un'azione di massa e, in quanto tale, sia esperibile da parte del curatore fallimentare.

Due argomentazioni sono addotte dalla Corte di legittimità a sostegno del riconoscimento di tale legittimazione attiva.

In primo luogo, il pagamento preferenziale non potrebbe essere considerato “neutro” rispetto alla consistenza del patrimonio della società: non possono trascurarsi, infatti, le conseguenze del probabile avvio della procedura fallimentare che si concluderà con la relativa falcidia.

In secondo luogo, si afferma che il principio di parità di trattamento tra creditori risulta violato anche quando la preferenza accordata ad uno o più creditori abbia determinato la soddisfazione della pretesa prioritariamente rispetto agli altri creditori concorrenti.

In sostanza, la responsabilità per pagamenti preferenziali, intervenuti in una situazione di dissesto della società, viene configurato dalle Sezioni Unite come un evento lesivo del patrimonio sociale purché l'estinzione del debito sia avvenuta mediante un pagamento eseguito in misura di molto superiore a quello che avrebbe potuto realizzarsi nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori. A ben vedere, infatti, da un punto

conseguentemente, sulla legittimazione del curatore sia avvenuto sulla scorta della disciplina penalistica.

di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che quest'ultimo potrebbe ottenere in sede concorsuale, finisce per comportare per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale, con corrispondente violazione da parte dell'organo gestorio dagli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione della garanzia dei creditori.

In definitiva, pertanto, l'opzione interpretativa sottoscritta dalla sentenza, presuppone che il pagamento preferenziale possa essere qualificato come danno collettivo al patrimonio dell'impresa e, di riflesso, di tutti i creditori in misura paritaria, ovvero come manifestazione della violazione degli obblighi, finalizzati ad impedire l'aggravamento della crisi, che incombono sui titolari della funzione gestoria.

In questa nuova prospettiva, sussistono tutte le condizioni per il riconoscimento della legittimazione attiva all'esperimento dell'azione risarcitoria da parte del curatore fallimentare *ex art. 43 L.F.*

CONCLUSIONI

Nel vigore della Legge Fallimentare antecedente alla recente riforma, le attività conservative del patrimonio poste in essere dal curatore, di accertamento del passivo e di liquidazione, erano in notevole misura determinate dalle direttive vincolanti del giudice delegato.

Nella vigente legislazione, all'arretramento dei poteri gestori del giudice hanno corrisposto le accentuazioni dei poteri di ugual natura del curatore e, sostanzialmente, l'instaurazione di una vera e propria diarchia di amministrazione curatore-comitato dei creditori in virtù della quale il curatore assume importanti decisioni relative all'amministrazione dell'attivo e alla sua liquidazione, d'intesa con il comitato dei creditori, che è non soltanto organo di controllo ma anche di amministrazione attiva.

A tale accrescimento dei poteri gestori si accompagna l'estensione dei poteri di azione a tutela di posizioni giuridiche soggettive sostanziali e, quindi, un coordinato ampliamento della legittimazione attiva al promovimento di dette azioni.

In ordine a siffatte azioni, nel presente elaborato – dopo una panoramica relativa al più tradizionale istituto della *mala gestio* degli amministratori - sono state individuate le problematiche derivanti dalla sussistenza di un profondo difetto di coordinamento tra la disciplina societaria “ordinaria” contenuta all'interno del Codice Civile e la disciplina societaria applicabile in presenza di una procedura concorsuale, dettata

dalla Legge Fallimentare, soffermando l'attenzione sulla legittimazione all'esperimento dell'azione di responsabilità verso gli amministratori nelle s.r.l.

Malgrado le incertezze generate dalle imprecisioni normative, sia gli interventi riformatori susseguitisi nel corso del tempo, sia le prospettive ermeneutiche dei più autorevoli interpreti militano nel senso della configurabilità della legittimazione attiva ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori in capo al curatore fallimentare.

Al di là delle ragioni di carattere letterale poste a sostegno di tale assunto, l'estensione della legittimazione attiva si giustifica alla luce del coacervo di interessi sotteso alla procedura concorsuale. Segnatamente, il fallimento consente di realizzare una sorta di opera di mediazione tra una pluralità di interessi: (i) quello dei creditori a non veder definitivamente pregiudicata la propria posizione; (ii) quello alla conservazione del valore dell'impresa e dei suoi *assets*, anche umani; (iii) quello alla tutela delle posizioni giuridiche di soggetti terzi non creditori, nonché (iv) altri interessi meritevoli di tutela di carattere superindividuale, come il corretto funzionamento del mercato.

In tale contesto, la figura del curatore fallimentare costituisce – come affermato da autorevole dottrina – “*l'ultimo baluardo dell'intervento statale*” soprattutto a presidio del buon funzionamento del mercato nel suo complesso. Ciò vale, *a fortiori*, tenuto conto che in questa fase l'organo giurisdizionale

dismette le vesti del “gestore” ovvero del “direttore” della procedura concorsuale per assumere quelli di controllore della legittimità delle operazioni poste in essere in posizione di terzietà e di imparzialità.

Sulla scorta di tali considerazioni, è pressoché d’obbligo - da un punto di vista logico - il riconoscimento della legittimazione attiva in capo al curatore fallimentare con riferimento all’azione sociale di responsabilità nelle società di capitali. A ben vedere, infatti, il curatore, fatte salve le eccezioni previste dalla legge, subentra con effetto totalizzante nella pluralità di diritti ed obblighi di cui rimane comunque titolare il fallito.

La *ratio* è agevolmente individuabile nell’esigenza di consentire ad un unico soggetto di interfacciarsi con i creditori (ed i loro rappresentanti) della procedura concorsuale, assicurando unidirezionalità ed unitarietà delle operazioni poste in essere. Vale, tuttavia, la pena di specificare che tale subentro non avviene nella qualità di “sostituto” del fallito, bensì di amministratore del patrimonio fallimentare, nel quale “ritrova” quei beni di cui il fallito è stato spossessato (*ex art. 42 L.F.*).

In definitiva, pertanto, ancorché rimangano talune perplessità in dottrina, la legittimazione del curatore ad agire contro gli amministratori di una società di capitali fallita deriverebbe proprio dai principi generali fallimentari. Più specificamente, essa trae origine dall’attribuzione generalizzata a costui del potere di amministrare il patrimonio fallimentare (*ex*

art. 31 L.F.). 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" ex art. 146 L.F. Inoltre, il titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2394 c.c. può certamente risultare riferibile anche al danno da reato ex art. 185 c.c.

Sul punto la giurisprudenza - sia di legittimità che di merito - si è premurata di precisare che nel sistema delineato dalla legge fallimentare, tale legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa, finalizzate, cioè, alla ricostruzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo.

Tale legittimazione ha carattere unitario, sia in sede civile che penale, di talché appare estesa all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità ammessa contro gli amministratori di qualsivoglia società. Per tali ragioni, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, come analizzato nella parte finale dell'elaborato, hanno ritenuto sussistente siffatta legittimazione anche in ordine ai fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2740 c.c.: in tale ipotesi, il curatore può esperire l'azione di

responsabilità ex art. 146 L.F. in relazione agli artt. 2393 e 2394 c.c.

Infatti, si è ritenuto che possa costituire una “azione di massa” anche la domanda proposta dal curatore per ottenere il risarcimento dei danni cagionati dal fallito in conseguenza dell’effettuazione, in violazione del principio del pari concorso dei creditori, di un pagamento preferenziale, in quanto – nell’ambito di una situazione di dissesto - può comportare una duplice conseguenza: (i) una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto della *par condicio*; (ii) da un punto di vista strettamente contabile, una minore disponibilità patrimoniale per la massa dei creditori.

Segnatamente, due sono le osservazioni fondamentali poste a supporto dell’*iter* motivazionale: (i) la prima rifugge l’idea che il pagamento preferenziale sia neutro rispetto alla consistenza del patrimonio sociale, poiché occorre tener conto delle conseguenze della probabile procedura fallimentare, all’esito della quale si dà luogo alla falcidia fallimentare; (ii) la seconda - ancor più pregnante - risiede nella salvaguardia del principio della *par condicio creditorum*, da considerarsi vulnerato anche ove la preferenza accordata ad un creditore consista nell’averne soddisfatto la relativa pretesa anticipatamente rispetto ai creditori concorrenti.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, emerge *ictu oculi* che tale assetto costituisce il precipitato naturale degli

interventi riformatori. Le riforme hanno, infatti, scisso le funzioni di controllo e di gestione, riconoscendo al curatore l'amministrazione del patrimonio fallimentare e il compito di porre in essere tutte le operazioni della procedura di propria competenza, al giudice delegato e al comitato dei creditori il potere di vigilanza (*ex art. 31 L.F.*).

BIBLIOGRAFIA

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006;

AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014;

AA.VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, a cura di C. Marchetti, Torino, 2015;

AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003;

AA.VV., *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Balestra, Milano, 2016;

AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003;

AMBROSINI R., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, IV, *Le società per azioni*, a cura di Abriani – Ambrosini – Cagnasso - Montalenti, Padova, 2010;

BALESTRA L., *Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Il Fallimento*, 2017, 6, 660;

BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A dopo la riforma delle società*, Milano, 2004;

BONFATTI S., CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011;

CAMPANA G., *La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 3, 2000;

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. 2. *Diritto delle società*, Milano, 2013;

CARMELLINO G., *La quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, n. 6, 2018;

CONFORTINI M., *Informazione e diritti dei soci: a responsabilità civile della società*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013;

DE ANGELIS L., *Diritto commerciale.*, Vol. II, Padova, 2017;

DIMUNDO A., *Le azioni di responsabilità degli amministratori*, in *Quad. Cons. Sup. Mag.*, 2012;

FANCIARESI G., *Legittimazione del curatore fallimentare all'azione di responsabilità verso gli amministratori e pagamenti preferenziali*, in *Corriere Giur.*, 2018, 5, 667;

FORGILLO E., *Il nuovo ruolo del curatore fallimentare dopo la riforma*, in www.ilfallimento.it, febbraio 2006;

FOTTICCHIA A., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, n. 2, 2015;

JAEGER P.G, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, n. 1, 1988;

LENER R., TUCCI A., *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2003;

MARCHETTI F., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2014;

MARTUCELLI S., DI LORENZO G., OCCORSIO V., *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, Vol. CXV, n. 1, 2017;

MINERVINI G., GRAZIANI A., BELVISO U., SANTORO V., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2017;

NARDO G.N., *Legittimazione ad agire del curatore e tutela dei diritti nel fallimento*, 28 marzo 2018, in www.judicium.it;

RORDORF R., *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Società*, 1993;

RORDORF R., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, (I parte), in *Società*, 2008;

RORDORF R., *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Società*, 2014;

PAGNI I., *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Il Fallimento*, 2007;

PATTI A., *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, n. 2, Ipsoa;

PATTI S., *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ.e prev.*, n. 3, 2002;

RIGANTI F., *Appunti in tema di amministratori, responsabilità e quantificazione del danno*, in *Giur. it.*, 2018;

SPIOTTA M., *Responsabilità degli amministratori e legittimazione attiva del curatore*, in *Il Fallimento*, 2011, 5, 588;

TERRANOVA G., *Gli amministratori di S.p.A dopo la riforma delle società*, Milano, 2004;

VASSALLI, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004;

VASSALLI F., *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, Torino, 2014;

ZOPPINI A., *Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, in *Fiducia e trust*, 2005.