



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in

DIRITTO FALLIMENTARE

**CONCORDATO PREVENTIVO E AZIONI DI
RESPONSABILITÀ DEI CREDITORI**

Tesi di laurea di

ALESSANDRO ZANINI

Relatore

Prof. LORENZO STANGHELLINI

Anno Accademico 2011 – 2012

INTRODUZIONE p. 1

CAPITOLO I

**IL DIBATTITO SULL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ DEI
CREDITORI SOCIALI NEL CONCORDATO PREVENTIVO.**

LA SENTENZA DEL 14 GENNAIO 1992 DELLA CORTE

D'APPELLO DI MILANO

**1. Elementi preliminari: la tutela risarcitoria dei creditori
sociali e la crisi di impresa** p. 7

1.1. Il fondamento della tutela risarcitoria dei creditori sociali:
la responsabilità limitata dei soci di società di capitali
(s.p.a. e s.r.l.) p. 7

1.2. Le diverse fattispecie di responsabilità nei confronti dei
creditori sociali p. 10

1.2.1. La responsabilità degli amministratori di s.p.a p. 10

1.2.2. La responsabilità degli amministratori di s.r.l. p. 13

1.2.3. Direttori generali, sindaci, liquidatori p. 14

1.2.4. La responsabilità della società o dell'ente che esercita
attività di direzione e coordinamento p. 15

1.3. La tutela risarcitoria nel contesto della crisi d'impresa p. 17

1.3.1. Crisi di impresa: definizioni p. 17

1.3.2. Le procedure concorsuali (in generale) p. 19

1.3.3. La legittimazione all'esercizio delle azioni di
responsabilità dei creditori sociali nelle procedure
concorsuali p. 24

1.4. La tutela risarcitoria nel concordato preventivo:
introduzione al problema p. 25

2. Dottrina e giurisprudenza sull'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo p. 28

2.1. Le diverse tesi proposte: *a)* l'azione *ex art.* 2394 è incompatibile con il concordato preventivo, a causa dell'effetto remissorio di quest'ultimo p. 28

2.2. *Segue: b)* l'obiezione alle tesi fondate sull'effetto remissorio del concordato: ai sensi dell'art. 184 l. fall. il creditore conserva impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso p. 30

2.3. *Segue: c)* la natura dell'azione di cui all'art. 2394 c.c.: autonoma e diretta, oppure surrogatoria? p. 32

2.3.1. Pregiudizialità della questione relativa alla natura dell'azione rispetto al problema della sua esperibilità nel concordato preventivo p. 32

2.3.2. Gli argomenti a favore della natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali: *a)* il “*match pari*” fra la rinuncia dell'azione da parte della società e la transazione conclusa dalla società con gli amministratori p. 36

2.3.3. *Segue: b)* la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione nel fallimento p. 38

2.3.4. *Segue: c)* natura dell'azione e natura della responsabilità p. 39

2.3.5. <i>Segue: d)</i> una lettura sistematica: l'azione dei creditori sociali come misura della indisponibilità (nei confronti della società) degli obblighi gravanti sugli amministratori	p. 41
2.3.6. Gli argomenti a favore della natura diretta e autonoma dell'azione dei creditori sociali	p. 43
2.3.7. Critica alla ritenuta decisività degli argomenti a favore della natura autonoma e diretta dell'azione dei creditori sociali	p. 45
2.3.8. Una soluzione “salomonica”: l'azione dei creditori sociali deve essere considerata un istituto di natura composita	p. 47

3. La sentenza del 14 gennaio 1992 della Corte d'appello di Milano e le pronunce successive (fino alla riforma del diritto societario)

3.1. Le ragioni per cui la sentenza del 14 gennaio 1992 della Corte d'appello di Milano rappresenta un punto di riferimento in relazione al problema dell'ammissibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo	p. 49
3.2. Le affermazioni della Corte: <i>a)</i> la natura diretta dell'azione dei creditori sociali	p. 50
3.3. <i>Segue: b)</i> la natura extracontrattuale della responsabilità <i>ex art. 2394</i>	p. 52
3.4. <i>Segue: c)</i> l'interpretazione dell'art. 184 l. fall.	p. 52

3.5. Le conclusioni della Corte d'appello di Milano: l'azione dei creditori sociali, avendo natura diretta, è esperibile nonostante la sottoposizione della società a concordato preventivo p. 53

3.6. La giurisprudenza successiva: una posizione in via di consolidamento p. 54

CAPITOLO II

PROFILI CRITICI: VECCHIE PERPLESSITÀ NON RISOLTE E NUOVA DISCIPLINA DEL DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE

1. L'esigenza di sottoporre ad una nuova analisi critica l'orientamento prevalente in tema di tutela risarcitoria dei creditori sociali nel concordato preventivo p. 56

2. Azione dei creditori sociali e responsabilità extracontrattuale per lesione del credito p. 59

2.1. La tesi secondo la quale l'art. 2394 configura una fattispecie di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito, in termini di lesione dell'aspettativa di prestazione dei creditori sociali p. 59

2.2. La qualificazione della fattispecie di cui all'art. 2394 in termini di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito: l'individuazione del danno risarcibile p. 61

2.2.1. Individuazione e quantificazione del danno risarcibile *ex art. 2394 c.c.* secondo la giurisprudenza p. 61

2.2.2. L'individuazione del danno (come lesione dell'aspettativa di prestazione del creditore) al di fuori delle procedure concorsuali	p. 63
2.3. Critica alla tesi della responsabilità extracontrattuale per lesione del credito: a) l'estensione della risarcibilità della lesione del credito secondo la giurisprudenza: l'estinzione del credito	p. 64
2.3.1. Giurisprudenza sulle fattispecie di temporanea impossibilità di prestazione del debitore: rapporti di lavoro	p. 64
2.3.2. Il <i>leading case</i> in materia di temporanea impossibilità di prestazione del debitore: il "caso della fionda"	p. 65
2.3.3. Interruzione del flusso di prestazioni ed estinzione di una parte del credito	p. 67
2.3.4. Conclusione: la fattispecie di cui all'art. 2394 non integra i presupposti richiesti dalla giurisprudenza affinché si possa parlare di lesione risarcibile di un diritto di credito	p. 67
2.4. <i>Segue: b)</i> il sistema delle norme sulla responsabilità degli amministratori: artt. 2394 e 2395, danno indiretto e bene giuridico a dimensione collettiva	p. 68
2.4.1. I creditori sociali ed il singolo socio o il terzo "direttamente danneggiati": il criterio di distinzione fra risarcibilità <i>ex artt.</i> 2393-2394 e risarcibilità <i>ex art.</i> 2395 ..	p. 68

2.4.2. Il criterio dell'incidenza del danno dalla prospettiva dei soggetti danneggiati: la dimensione collettiva o individuale dei soggetti ai quali è attribuibile il bene giuridico leso	p. 70
2.4.3. La necessità di un <i>quid pluris</i> rispetto alla tutela offerta dall'art. 2395	p. 71
2.5. Riepilogo e considerazioni conclusive: direttive per un'interpretazione ricostruttiva della fattispecie di responsabilità disciplinata dall'art. 2394 c.c.	p. 72

3. I profili rilevanti della riforma del diritto societario del 2003

p. 74

3.1. La responsabilità da attività di gestione e coordinamento di società: art. 2497 c.c.	p. 74
3.1.1. La fattispecie (in sintesi)	p. 74
3.1.2. La responsabilità della capogruppo a confronto con la responsabilità degli amministratori ex artt. 2392-2394: a) il danno ai soci e ai creditori sociali e la natura della responsabilità	p. 75
3.1.3. <i>Segue: b)</i> il significato dell'art. 2497 co. 3	p. 78
3.1.4. <i>Segue: c)</i> la condotta illecita: identità dei doveri cui sono tenuti gli amministratori e la capogruppo nei confronti dei creditori sociali	p. 81
3.1.5. <i>Segue: d)</i> la legittimazione all'azione dei creditori sociali nelle procedure concorsuali: art. 2497 ult. co.	p. 83
3.1.6. <i>Segue: e)</i> considerazioni conclusive	p. 84

3.2. Amministratori di s.r.l.: l'abrogazione del rinvio alle norme sulla responsabilità degli amministratori di s.p.a.	p. 85
3.2.1. Il problema: sopravvivenza della tutela risarcitoria dei creditori di s.r.l.	p. 85
3.2.2. Le soluzioni proposte dalla dottrina: a) rimedi civilistici: l'esercizio in via surrogatoria dell'azione spettante ai soci <i>ex art.</i> 2476 e la responsabilità extracontrattuale <i>ex art.</i> 2043	p. 87
3.2.3. <i>Segue:</i> b) interpretazioni sistematiche fondate sui rimedi di carattere societario: il confronto con le altre previsioni di responsabilità nei confronti dei creditori sociali e l' <i>art.</i> 2394 come espressione di un principio generale	p. 89
3.2.4. La giurisprudenza di merito sull'azione dei creditori sociali di s.r.l. e la sentenza della Cassazione del 21 luglio 2010, n. 17121	p. 91
3.2.5. L'argomento fondato sulla responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento <i>ex art.</i> 2497 c.c.	p. 94

4. La riforma della legge fallimentare: il nuovo concordato preventivo p. 96

4.1. La disciplina del concordato preventivo: novità principali	p. 96
4.2. Il nuovo concordato preventivo: norme e principi rilevanti in tema di tutela risarcitoria dei creditori sociali	p. 99
4.2.1. L'accentuazione della natura negoziale del concordato ed il distacco fra azienda e imprenditore	p. 99

4.2.2. L'art. 184 della legge fallimentare e le disposizioni affini	p. 101
4.2.3. La nuova disciplina del sindacato del tribunale ed il danno evitabile <i>ex art. 1227 co. 2 c.c.</i>	p. 103

5. Il ruolo del presupposto dell'insufficienza patrimoniale: condizione di procedibilità o specificazione del danno?	p. 106
---	---------------

CAPITOLO III

LE AZIONI DEI CREDITORI SOCIALI NEI DIVERSI CONTESTI DELLA VITA SOCIETARIA: UNA RICOSTRUZIONE COERENTE E AGGIORNATA

1. Riepilogo e considerazioni preliminari	p. 108
2. Il nuovo spunto offerto dalla riforma del diritto societario: il rapporto fra l'art. 2394 c.c. e l'art. 2497 c.c.	p. 111
2.1. I risultati acquisiti sugli artt. 2394 e 2497 c.c. ed un ulteriore sviluppo: la possibilità di integrazioni reciproche fra le due norme	p. 111
2.2. Un indizio a conferma della possibilità che gli artt. 2394 e 2497 c.c. si integrino reciprocamente: la vicenda della teoria dei cd. <i>vantaggi compensativi</i>	p. 113
2.3. La disciplina di cui agli artt. 2394 e 2497 c.c. secondo una lettura integrata	p. 115

3. Ridefinizione del contenuto delle fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali con riferimento alla società <i>in bonis</i>	p. 116
3.1. Il ruolo del presupposto dell'insufficienza patrimoniale di cui all'art. 2394 e del presupposto di cui al terzo comma dell'art. 2497: specificazione del danno	p. 116
3.2. Il bene giuridico tutelato in capo ai creditori sociali: esegesi degli artt. 2394 e 2497 c.c. come norme poste a protezione della garanzia patrimoniale	p. 118
3.3. Le azioni di responsabilità dei creditori sociali come strumenti di tutela della garanzia patrimoniale: operatività e analogie con l'azione revocatoria ordinaria	p. 119
3.4. La natura della responsabilità nei confronti dei creditori sociali	p. 122
3.5. Individuazione e quantificazione del danno risarcibile al di fuori delle procedure concorsuali	p. 125
3.6. Considerazioni conclusive sull'interpretazione degli artt. 2394 e 2497 c.c. in termini di tutela risarcitoria della garanzia patrimoniale	p. 128
4. Ammissibilità e disciplina delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel nuovo concordato preventivo	p. 130

4.1. Natura diretta delle azioni ed effetto esdebitatorio: conferma dell'ammissibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo	p. 130
4.2. Disciplina delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo	p. 132
4.2.1. La legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo	p. 132
4.2.2. Individuazione e quantificazione del danno risarcibile nel concordato preventivo	p. 133
4.2.3. Il voto determinante per l'approvazione del concordato ed il danno evitabile <i>ex art. 1227 co. 2 c.c.</i>	p. 136

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	p. 139
--	--------

BIBLIOGRAFIA	p. 143
---------------------------	--------

ELENCO DELLE SENTENZE	p. 155
------------------------------------	--------

Introduzione

Nel novero degli strumenti con i quali l'ordinamento tutela la posizione dei creditori di una società di capitali, un ruolo importante è svolto da quelle azioni di responsabilità che gli stessi creditori sociali possono esercitare contro i soggetti a vario titolo coinvolti nella gestione dell'attività di impresa.

Con l'esercizio delle azioni di responsabilità, i creditori sociali mirano ad ottenere il risarcimento per eventuali lesioni all'integrità del patrimonio sociale che siano state causate da un atto di *mala gestio*. Ora, il patrimonio sociale rappresenta la garanzia generica delle obbligazioni contratte dalla società, e i creditori hanno interesse a che quel patrimonio sia sufficiente alla soddisfazione dei loro crediti. È quando il patrimonio sociale risulta in questo senso insufficiente, o comunque quando è vicino alla soglia dell'insufficienza, che un suo ulteriore detrimento può risultare pregiudizievole per l'interesse dei creditori. Le azioni di responsabilità sono quindi strutturate in modo tale da poter essere esercitate solo nell'ipotesi in cui l'atto di *mala gestio* abbia determinato o aggravato l'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei creditori.

Questo stato di insufficienza del patrimonio, che definisce la nozione di *squilibrio patrimoniale*, non è tuttavia l'unica situazione in cui la soddisfazione dei creditori sociali appare in pericolo. In particolare, l'ordinamento attribuisce rilevanza allo stato di *insolvenza*, cioè a quella situazione in cui la società risulta non essere più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Le due nozioni, quella di *insolvenza* e quella di *squilibrio patrimoniale*, sono evidentemente molto vicine, ma non combaciano, posto che la regolarità nell'adempimento delle obbligazioni non dipende unicamente dall'integrità del patrimonio, ma anche da altri fattori, fra i quali soprattutto l'afflusso di liquidità e la reperibilità del credito.

A tutela dei creditori della società insolvente, o della società prossima all'insolvenza, l'ordinamento predispone delle procedure di regolazione della crisi, che si definiscono *procedure concorsuali*, e che sono per la maggior parte disciplinate dalla legge fallimentare. Mediante questi strumenti, con un grado di ingerenza e con regole che variano da procedura a procedura, il controllo sulla gestione si trasferisce in capo ai creditori, tendenzialmente allo scopo di liquidare il patrimonio sociale, in modo da permettere ai creditori di soddisfarsi, per quanto possibile, sul ricavato della liquidazione.

Il codice civile disciplina le azioni di responsabilità dei creditori sociali con riferimento alla società *in bonis*, cioè la società che non è stata sottoposta ad una procedura concorsuale, e la cui gestione è quindi nel pieno controllo dei soci. D'altra parte, allo squilibrio patrimoniale si accompagna spesso anche l'insolvenza, dal momento che le due nozioni, anche se non coincidono, presentano un'ampia intersezione. Per questo motivo, le azioni di responsabilità devono essere considerate anche e soprattutto nell'ottica di un loro esercizio in pendenza di una procedura concorsuale, e tenendo conto delle regole particolari che la disciplina di quelle procedure dedica loro.

In realtà, con la prassi si è addirittura determinata un'inversione della prospettiva. Dal momento che il fallimento, che rappresenta il paradigma delle procedure concorsuali liquidatorie, è di fatto la “sede naturale” per l'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali, queste azioni sono state studiate e definite quasi esclusivamente con riferimento al contesto fallimentare, mentre non è stata dedicata particolare attenzione all'approfondimento della loro operatività rispetto ai creditori della società *in bonis*, o di quella sottoposta ad una procedura non liquidatoria.

In questo contesto, il concordato preventivo rappresenta un'occasione per tornare a riflettere sulle fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali, e per approfondire l'interpretazione delle norme che

disciplinano quelle fattispecie.

Il concordato preventivo è una particolare procedura concorsuale, di carattere non liquidatorio, che mira al raggiungimento di una composizione negoziale della crisi, tramite un accordo concluso fra debitore e creditori “sotto la protezione del tribunale”. I creditori concordatari, approvando a maggioranza la proposta del debitore, rinunciano all'esatta soddisfazione dei loro crediti nelle forme e/o per l'importo originariamente pattuiti, sulla base del presupposto che ciò che accettano è comunque superiore rispetto a quanto potrebbero ottenere ricorrendo ad una diversa e più invasiva procedura concorsuale.

In questo contesto, si pone il problema dell'ammissibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali. Viene intuitivamente da chiedersi per quale motivo, una volta accettata la proposta di concordato della società, ai creditori sociali dovrebbe essere concessa la possibilità di ottenere da altri soggetti ciò a cui hanno volontariamente rinunciato.

D'altra parte, la disciplina del concordato preventivo non prevede niente a riguardo, e in generale non fa mai riferimento alle azioni di responsabilità dei creditori sociali.

Nel primo capitolo verranno allora ripercorse le tappe del dibattito relativo all'ammissibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel contesto del concordato preventivo. Un dibattito la cui portata si è estesa ben oltre l'orizzonte di partenza, coinvolgendo alcune questioni che, se rispetto ad esso risultano pregiudiziali, hanno soprattutto una rilevanza generale. In particolare, giurisprudenza e dottrina si sono confrontate sul tema della natura della responsabilità nei confronti dei creditori sociali, e su quello del carattere diretto o surrogatorio della relativa azione, oltre che sull'interpretazione di alcune norme chiave della legge fallimentare. In questo senso, il problema dell'ammissibilità delle azioni dei creditori sociali nel concordato preventivo ha rappresentato un terreno fertile per una più generale

riflessione sul tema della responsabilità nei confronti dei creditori sociali.

Il dibattito si è tuttavia arrestato nel gennaio del 1992, quando una sentenza della Corte d'appello di Milano segnò l'inizio del consolidarsi di un orientamento ben preciso. La Corte affermò che la fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali è un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito, che la relativa azione ha carattere diretto e autonomo, e che il concordato preventivo ha effetti solo nei confronti delle parti contraenti. Sulla base di queste considerazioni, prese posizione a favore dell'ammissibilità dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo.

Le affermazioni della Corte d'appello di Milano non vennero più messe seriamente in discussione, e furono anzi confermate da alcune pronunce giurisprudenziali successive.

Negli ultimi dieci anni, tuttavia, l'impianto normativo che disciplina le società di capitali è stato oggetto di un profondo rinnovamento, e alcuni degli elementi di novità che sono stati introdotti interessano da vicino il tema delle azioni di responsabilità dei creditori sociali. Con la riforma del diritto societario è stato inserito nel codice civile un primo nucleo di disciplina dei gruppi di imprese, nell'ambito del quale è prevista una nuova fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali, la responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento. È invece scomparsa dal dettato normativo la previsione di una tutela risarcitoria dei creditori sociali della s.r.l. Anche la legge fallimentare è stata riformata, ed il concordato preventivo appare oggi molto diverso, per natura, presupposti, finalità e disciplina, rispetto a com'era in precedenza. Si tratta quindi di verificare se l'orientamento che è andato consolidandosi a partire dal 1992 mantenga la sua validità anche nel nuovo contesto normativo.

Il secondo capitolo è dunque strutturato come un elenco di profili critici, aspetti che richiedono di essere approfonditi per valutare

L'opportunità di rimettere in discussione le affermazioni contenute nella sentenza della Corte d'appello di Milano del 1992. Alcuni di questi profili non sono altro che spunti di riflessione offerti dalle recenti riforme; altri sono invece considerazioni occasionate da perplessità alle quali già in origine l'orientamento espresso dalla Corte d'appello di Milano non sembrava in grado di fornire una soluzione. Questi profili saranno quindi affrontati non soltanto nell'ottica di verificare se le vecchie affermazioni sono compatibili con il nuovo dettato normativo, ma anche e soprattutto per tornare a riflettere su alcuni punti la cui interpretazione non era sembrata fin dall'inizio sufficientemente chiara e soddisfacente. In particolare, ci si soffermerà su alcuni rilievi che inducono a ritenere opportuno un approfondimento su quale sia il bene giuridico protetto dalla previsione di una tutela risarcitoria dei creditori sociali.

Nel terzo capitolo, facendo tesoro degli strumenti che le recenti riforme hanno offerto all'interprete, si cercherà di tirare le fila del discorso, ripercorrendo il ragionamento che aveva portato ad affermare l'ammissibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel contesto del concordato preventivo. Come già anticipato, questo percorso rappresenterà soprattutto l'occasione per tentare di risolvere definitivamente alcuni aspetti non chiari della disciplina delle azioni di responsabilità dei creditori. Per affermare l'ammissibilità del loro esercizio nel concordato preventivo, infatti, sarà prima necessario ridefinire il contenuto delle relative fattispecie, concentrandosi principalmente sul modo in cui queste si configurano al di fuori delle procedure concorsuali.

L'indagine riguarderà in particolare l'individuazione del bene giuridico protetto dalle norme che disciplinano la responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Abbandonata l'idea che oggetto di protezione sia l'aspettativa di prestazione dei singoli creditori, verrà

proposta una configurazione delle relative azioni in termini di strumenti di tutela della garanzia patrimoniale. Alla luce di questa configurazione verranno poi approfonditi alcuni aspetti centrali della disciplina di quella azioni.

Una volta ridefiniti in questo modo i profili della tutela risarcitoria dei creditori sociali, si procederà a calare quella tutela nel contesto del concordato preventivo, per dare una risposta definitiva, coerente e aggiornata agli interrogativi che saranno rimasti fino a quel momento sullo sfondo: le azioni di responsabilità dei creditori possono essere esercitate nel concordato preventivo? A chi spetta la legittimazione al loro esercizio? Di quale danno in concreto può essere chiesto il risarcimento?

I

IL DIBATTITO SULL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ DEI CREDITORI SOCIALI NEL CONCORDATO PREVENTIVO. LA SENTENZA DEL 14 GENNAIO 1992 DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO

1. ELEMENTI PRELIMINARI: LA TUTELA RISARCITORIA DEI CREDITORI SOCIALI E LA CRISI DI IMPRESA

1.1. Il fondamento della tutela risarcitoria dei creditori sociali: la responsabilità limitata dei soci di società di capitali (s.p.a. e s.r.l.)

Fra le varie forme nelle quali può essere organizzato il soggetto che svolge attività d'impresa, la società per azioni e la società a responsabilità limitata si distinguono per il particolare regime in base al quale tale soggetto risponde delle proprie obbligazioni.

Si tratta del regime di responsabilità limitata dei soci, i quali non sono tenuti a rispondere con il proprio patrimonio delle obbligazioni contratte dalla società. Di conseguenza, i creditori di una s.p.a. o di una s.r.l. possono avanzare pretese solamente sul patrimonio sociale (artt. 2325 e 2462 c.c.).

Ciò significa che quel patrimonio costituisce, *ex art. 2740 c.c.*, l'unica garanzia generica per i debiti della società. La categoria dei creditori sociali è quindi caratterizzata da un interesse omogeneo al mantenimento dell'integrità del patrimonio sociale, ossia al mantenimento della sua capienza in misura tale da consentire perlomeno la soddisfazione dell'insieme dei loro crediti.

Molteplici sono i benefici che la responsabilità limitata comporta, insieme con la personalità giuridica della società, in termini di incentivazione dell'attività imprenditoriale. Il patrimonio sociale, costituito in garanzia dei soli debiti contratti dalla società, è indipendente dalle vicende finanziarie dei singoli soci; il patrimonio di questi ultimi è invece messo al riparo da eventuali pretese avanzate dai creditori sociali. Ciò consente una facile e sicura circolazione delle azioni, riduce il costo complessivo del credito, rende possibile ripartire il rischio d'impresa fra diversi settori di attività.¹ Per queste ragioni, l'istituto della responsabilità limitata deve essere considerato uno degli elementi cardine dello statuto normativo delle società di capitali.²

D'altra parte, la responsabilità limitata accresce anche il rischio di comportamenti opportunistici dei soci a danno dei creditori.³ Ciò avviene in particolare quando la società si trova sull'orlo di una crisi, cioè quando il patrimonio sociale, che si è detto costituire l'unica garanzia generica per le obbligazioni contratte, è diminuito in misura tale da mettere in pericolo la soddisfazione dei creditori.⁴ In una situazione del genere, i soci, ai quali è riconducibile il controllo sulla gestione della società,⁵ hanno un particolare incentivo a scommettere su progetti di investimento rischiosi: una volta che il capitale da loro investito venisse interamente perduto, infatti, le perdite sul patrimonio finirebbero per essere sopportate dai creditori, che vedrebbero diminuire la garanzia dei propri

1 Per un approfondimento sui benefici della personalità giuridica e della responsabilità limitata delle società di capitali, v. KRAAKMAN, DAVIES, HANSMANN, HERTIG, HOPT, KANDA, ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004, trad. it. *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, p. 14-18.

2 *Ivi*, p. 7 e ss. Secondo gli Autori, la principale funzione del diritto societario consiste proprio nella predisposizione di una forma giuridica che possieda cinque fondamentali caratteristiche: la personalità giuridica, la responsabilità limitata dei soci, la trasferibilità delle azioni, la presenza di un organo amministrativo incaricato della gestione, e la riconducibilità della "proprietà" della società agli investitori.

3 *Ivi*, p. 90.

4 Il concetto di crisi d'impresa è trattato più approfonditamente *infra*, par. 1.3.1.

5 Nel senso che, in condizioni normali, la gestione della società è di regola affidata ad un organo di amministrazione i cui membri sono nominati dall'assemblea dei soci.

crediti, mentre non verrebbe ad essere intaccato il patrimonio dei soci, protetti dall'istituto della responsabilità limitata; al contrario, degli eventuali utili beneficerebbero unicamente i soci.⁶

Per proteggere i creditori di una società di capitali contro il rischio di comportamenti opportunistici dei soci, l'ordinamento predispone una serie di tutele.

Una prima fondamentale forma di tutela degli interessi dei creditori è la regola in base alla quale, qualora in seguito a rilevanti perdite il patrimonio sociale scenda al di sotto di una determinata soglia, individuata nel capitale sociale minimo (art. 2327 per la s.p.a.; art. 2463, comma 2, n. 4 per la s.r.l.), gli amministratori devono porre la società in liquidazione, a meno che l'assemblea dei soci non deliberi una ricapitalizzazione.⁷ Un altro esempio di strumenti di protezione dei creditori sociali sono i meccanismi attraverso i quali, in determinate circostanze e qualora sia in pericolo il regolare adempimento delle obbligazioni sociali, essi acquisiscono il controllo della società.⁸

Ancora, nell'ottica della protezione degli interessi dei creditori sociali si inserisce la previsione di determinati obblighi inderogabili inerenti alla gestione della società, che gravano su diversi soggetti, e che sono specificamente predisposti allo scopo di garantire l'integrità del

6 In determinate circostanze, quindi, “i creditori divengono, in una certa misura, fornitori di capitale di rischio senza i diritti tipici dei soci.” Per un approfondimento sul tema si veda STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 23-25.

7 Si tratta della regola “*Recapitalize or Liquidate*”, comune ad alcuni ordinamenti europei. Nel diritto societario italiano questa regola si ricava dal combinato disposto dell'art. 2484, co. 1, n. 4 c.c. con gli artt. 2447 e 2482-ter c.c. Per un approfondimento sull'operatività e sugli effetti della regola “*Recapitalize or Liquidate*”, anche in relazione agli altri meccanismi di protezione dei creditori fondati sull'attribuzione agli amministratori di determinati doveri, si veda STANGHELLINI, *Directors' Duties and The Optimal Timing of Insolvency. A Reassessment of The "Recapitalize or Liquidate" Rule*, in BENAZZO-CERAPATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Milanofiori Assago, 2011, p. 733 e ss. Si tenga presente che con la legge 7 agosto 2012, n. 134 è stato introdotto nella legge fallimentare l'art. 182-sexies, che blocca l'operatività di questa regola per le società in crisi che abbiano avviato l'iter per la richiesta di ammissione a concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

8 Vd. *infra*, par. 1.3.2.

patrimonio sociale; la portata vincolante di questi obblighi è retta da alcune azioni di responsabilità alle quali sono legittimati i creditori sociali, che possono così chiedere il risarcimento del danno derivante dalla loro violazione.

Si configura in questo modo una serie di fattispecie di responsabilità che coinvolgono i vari soggetti ai quali è riconducibile, nei diversi contesti, la gestione della società. Queste fattispecie, evidentemente distinte dalla generica responsabilità contrattuale per l'adempimento delle obbligazioni contratte, costituiscono un'ulteriore fondamentale forma di protezione della categoria dei creditori sociali.

1.2. Le diverse fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali

1.2.1. La responsabilità degli amministratori della s.p.a.

L'illustrazione dei profili di responsabilità degli amministratori della s.p.a. viene generalmente introdotta facendo riferimento alle tre categorie di soggetti che possono chiedere all'amministratore di rispondere del proprio operato.⁹ Ai sensi degli artt. 2392-2395 c.c., l'amministratore è civilmente responsabile nei confronti della società e dei creditori sociali, salvo inoltre il diritto al risarcimento del singolo socio o del terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi

⁹ RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, p. 1; GALGANO, *La società per azioni*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, v. VII, Padova, 1988, p. 293 e ss.; CORSI, *Le azioni di responsabilità ex art. 2395*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura n. 94*, 1994, dal sito http://www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_19.pdf, p.1; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 158 ss.; CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007, p. 261 ss.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2011, p. 363.

dell'amministratore stesso. L'indagine sui caratteri della responsabilità nei confronti dei creditori sociali richiede un inquadramento delle altre due fattispecie previste dal codice civile, poiché è in relazione a queste che se ne può definire la portata e la funzione.

a) L'azione sociale di responsabilità (artt. 2392, 2393 e 2393-bis) “costituisce il criterio di bilanciamento dei poteri attribuiti dal contratto sociale agli amministratori [...] e garantisce che il loro esercizio venga correttamente impiegato nell'interesse della società”.¹⁰ È principio generale del diritto civile quello in base al quale l'attribuzione ad un soggetto del potere di compiere atti giuridici per conto di altri deve essere accompagnata dalla responsabilità per l'esercizio di quel potere. Così, gli amministratori sono responsabili nei confronti della società per l'inosservanza dei doveri imposti loro dalla legge o dallo statuto.¹¹ Questa responsabilità è pacificamente ritenuta di natura contrattuale.¹² La relativa azione è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, oppure del collegio sindacale con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. Con una disposizione introdotta dalla riforma del diritto societario è stata aggiunta la legittimazione di una minoranza qualificata dei soci. Poiché siamo nell'ambito dei diritti derivanti da rapporti sociali, ai sensi dell'art. 2949 c.c. l'azione si prescrive in 5 anni. Il termine di prescrizione decorre dal momento in cui si produce il danno conseguenza dell'atto di *mala gestio*.¹³ Tuttavia, ai sensi dell'art. 2941 n. 7, la

10 FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in AA. VV. *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, v. XIX, Padova, 1994, p. 2.

11 Per una panoramica sugli obblighi la cui violazione integra la fattispecie di responsabilità degli amministratori vd. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 164-183; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003, cap. IV – V.

12 In quanto è legata alla violazione di obblighi, di derivazione legale e pattizia, imposti dal contratto di società. Vd. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 162. In giurisprudenza, per tutte Cass., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 768.

13 Trib. Milano, 19 dicembre 2006, in *Soc.*, 2008, p. 333.

prescrizione è sospesa fintanto che l'amministratore è in carica. Con la riforma del 2003 è stato introdotto anche un termine di decadenza di 5 anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. L'assemblea dei soci può deliberare la rinuncia all'azione o la transazione, salvo che vi sia il voto contrario di una minoranza che rappresenti una certa quantità del capitale sociale.

b) L'art. 2395 c.c. fa salva l'operatività, nei confronti degli amministratori di s.p.a., della regola generale di cui all'art. 2043 sulla responsabilità extracontrattuale. Il singolo socio o il terzo possono infatti chiedere il risarcimento per il danno al proprio patrimonio individuale direttamente causato dall'atto doloso o colposo dell'amministratore. Precisando che il danno risarcibile è solamente quello diretto, il legislatore ha inteso escludere l'esperibilità dell'azione *ex art. 2395* per il danno derivante dalla diminuzione di valore della partecipazione sociale, danno che viene patito in prima battuta dalla società, e solo di riflesso dai singoli soci, e che quindi viene ad essere assorbito nella fattispecie della responsabilità nei confronti della società (sempre che vi sia stata violazione dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto).¹⁴

c) Gli amministratori della s.p.a. sono infine responsabili *ex art. 2394* verso i creditori sociali, per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Questa disposizione prende in considerazione i creditori in quanto categoria, diversamente dall'art. 2395 che, riferendosi genericamente al "terzo", consente di essere riferito al creditore in quanto singolo soggetto danneggiato nel proprio patrimonio. La categoria dei creditori sociali è individuata in base ad un interesse omogeneo, quello al rispetto degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Tant'è che il secondo comma dell'art. 2394 introduce, quale presupposto per l'esercizio

¹⁴ Sull'incidenza diretta del danno al socio o al creditore quale criterio distintivo della fattispecie di cui all'art. 2395 c.c. si tratterà più approfonditamente *infra*, cap. II, par. 2.4.

dell'azione da parte dei creditori, l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dell'insieme dei loro crediti. Si deve ritenere che gli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale rappresentino un sottoinsieme dei doveri alla cui violazione è legata la responsabilità nei confronti della società. Se quest'ultima postula infatti un qualunque danno emergente o lucro cessante cagionato dalla violazione di una preesistente obbligazione legale o statutaria,¹⁵ la responsabilità nei confronti dei creditori sociali è invece limitata al pregiudizio economico che rende impossibile soddisfare le loro pretese.¹⁶

Anche in questo caso il danno è patito in prima battuta dalla società. La norma disciplina infatti il rapporto fra l'azione sociale e quella dei creditori sociali. La rinuncia da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, mentre la transazione conclusa dalla società è di regola vincolante per i creditori sociali, salvo la possibilità di impugnarla con l'azione revocatoria, qualora ne ricorrano gli estremi, ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Il termine di prescrizione dell'azione dei creditori sociali è di 5 anni (art. 2949, co. 2), e decorre dal momento in cui l'insufficienza del patrimonio sociale è divenuta oggettivamente conoscibile.¹⁷

1.2.2. La responsabilità degli amministratori di s.r.l.

Fino alla riforma delle società di capitali del 2003, la responsabilità degli amministratori di s.r.l. era disciplinata dalle stesse disposizioni

¹⁵ Trib. Milano, 29 gennaio 2007, in *Il merito*, 2008, 4, p. 47.

¹⁶ Trib. Napoli, 10 gennaio 2007, in *Soc.*, 2008, p. 1031.

¹⁷ Cass., 25 luglio 2008, n. 20476, in *Guida al diritto*, 2008, 46, p. 84; Cass., 6 dicembre 2000, n. 15487, in *Soc.*, 2001, p. 59. Sulla giurisprudenza in tema di *dies a quo* del termine di prescrizione vd. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 210-212 e note 282-289.

applicabili agli amministratori di s.p.a., in forza dell'esteso rinvio di cui al vecchio art. 2487 c.c. Rispettando le direttive della legge delega circa la previsione “di un autonomo ed organico complesso di norme”¹⁸ per le società a responsabilità limitata, il legislatore della riforma ha abrogato quel rinvio, introducendo una disciplina specificamente dedicata alla responsabilità dell'amministratore di s.r.l., contenuta nel nuovo art. 2476.

Per quanto interessa in questa sede, la principale novità consiste nel non aver espressamente previsto un'azione esperibile dai creditori sociali. Sopravvive la responsabilità nei confronti della società, che tuttavia può essere fatta valere “da ciascun socio”. E' inoltre fatto salvo, al sesto comma, il diritto al risarcimento del singolo socio o del terzo che siano stati direttamente danneggiati dall'atto doloso o colposo dell'amministratore. Viene infine prevista una responsabilità solidale dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. Ma niente viene detto circa la responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Si discute oggi sulla sopravvivenza o meno della relativa azione, ma il dibattito non si è ancora assestato su alcuna posizione in via di consolidamento.¹⁹

1.2.3. Direttori generali, sindaci, liquidatori

Nell'ottica di proteggere gli interessi coinvolti nell'attività imprenditoriale della società (l'interesse sociale, gli interessi dei singoli soci o terzi e, cosa che qui maggiormente interessa, l'interesse dei creditori sociali), il codice civile prende in considerazione anche gli altri soggetti ai quali, nei diversi contesti che caratterizzano la vita e l'organizzazione della società, sono attribuiti poteri di gestione o di

¹⁸ Così art. 3 lett. a), legge 3 ottobre 2001, n. 366.

¹⁹ Sul punto, vd. *infra*, cap. II, par. 3.2.

controllo. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, la disciplina della loro responsabilità viene modellata su quella degli amministratori di s.p.a. Così, l'art. 2396 estende le disposizioni di cui agli artt. 2392-2395 ai direttori generali di s.p.a. “nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati”. Lo stesso vale per i componenti del collegio sindacale (art. 2407, terzo comma).²⁰ Infine, un analogo rinvio è disposto nell'ambito della disciplina dei liquidatori (art. 2489, secondo comma).

Per comodità di trattazione, di seguito si farà sempre genericamente riferimento agli amministratori, stabilito che la disciplina della loro responsabilità si applica anche a questi altri soggetti.

1.2.4. La responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento

Con la riforma delle società di capitali è stata introdotta, agli artt. 2497 e ss., una disciplina dei gruppi di società. Le direttive della legge delega erano in realtà sufficientemente generiche da consentire lo sviluppo di un'ampia regolazione dei diversi profili relativi alla fattispecie dei gruppi di imprese (su tutti: la formazione, l'organizzazione ed il funzionamento del gruppo).²¹ Il legislatore della riforma, tuttavia, ha

²⁰ Ciò vale per i sindaci della s.p.a.: l'art. 2407 rende loro applicabili, “in quanto compatibili”, le norme sulla responsabilità degli amministratori. Per quanto riguarda le s.r.l., oggi l'art. 2477 c.c. individua i casi in cui la nomina di un collegio sindacale è obbligatoria; anche al di fuori di quei casi, tale nomina può essere prevista dall'atto costitutivo. Se il collegio sindacale viene nominato, lo stesso articolo impone che ai sindaci della s.r.l. vengano applicate le disposizioni previste per la s.p.a., fra le quali evidentemente anche l'art. 2407. Non è chiaro tuttavia se ciò valga a considerare i sindaci di s.r.l. responsabili alla stregua degli amministratori di s.p.a.: l'inciso “in quanto compatibili” di cui all'art. 2407 impedisce di formulare una conclusione definitiva sulla sola base della lettera della norma.

²¹ Ai sensi dell'art. 10, lett. a) della legge 366/2001, al legislatore delegato veniva chiesto di prevedere una disciplina “tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime”.

dedicato la nuova disciplina quasi esclusivamente alla previsione di una responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento.²² Questa responsabilità può essere fatta valere dai soci e dai creditori sociali della società eterodiretta. Dai primi, per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale; dagli altri, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

L'interpretazione dell'art. 2497 c.c., che contiene il nucleo centrale della disciplina in questione, è resa particolarmente problematica dalla grande quantità di clausole generali alle quali è ricorso il legislatore.²³ Tuttavia, nell'ottica di una panoramica sulla tutela risarcitoria della categoria dei creditori, ciò che qui interessa è rilevare come la norma in esame individui un ulteriore soggetto, cioè la società o l'ente che dirige e coordina, che può essere chiamato a rispondere, di fronte ai creditori della società diretta e coordinata, di condotte illecite lesive dell'integrità del patrimonio della stessa.²⁴

22 Per una prima analisi, all'indomani della riforma, sui profili più significativi della nuova disciplina vd. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 780 e ss.; BADINI CONFALONIERI, *Art. 2497*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, p. 2150 e ss.; TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 e ss. La dottrina ha cercato poi negli anni di elaborare uno statuto del gruppo di imprese: in questo senso si veda, in particolare, TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

23 Per un rinvio ad alcuni tentativi di concretizzazione di tali clausole generali vedi CARIELLO, *Art. 2497*, in NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, p. 1862, nota 30.

24 Sul punto si tratterà più approfonditamente *infra*, cap. II, par. 3.1.

1.3. La tutela risarcitoria nel contesto della crisi d'impresa

1.3.1. Crisi di impresa: definizioni

Quando l'imprenditore si trova in una condizione economica e patrimoniale tale da mettere in pericolo la soddisfazione dei crediti che i terzi vantano nei suoi confronti, si parla di crisi di impresa. Il nostro ordinamento attribuisce rilevanza a due diverse situazioni di crisi: l'*insolvenza* e lo *stato di crisi*.²⁵

Si parla di *insolvenza*, ai sensi dell'art. 5 della legge fallimentare, quando l'imprenditore “non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”. L'*insolvenza* è presupposto oggettivo del fallimento e della maggior parte delle altre procedure concorsuali.

Lo *stato di crisi* è invece, secondo l'art. 160 della legge fallimentare, così come modificato con la riforma, il presupposto oggettivo della procedura di concordato preventivo. Al di là della precisazione di cui all'ultimo comma dello stesso art. 160, ai sensi del quale per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza (per cui crisi ed insolvenza si pongono in un rapporto di *genus a specie*), non esistono indicazioni normative che consentano di darne una definizione immediata.

Talvolta la nozione di “stato di crisi” è stata intesa come limitata alla cosiddetta “insolvenza reversibile”, cioè alla difficoltà solo temporanea di adempiere con mezzi regolari alle obbligazioni contratte,²⁶ in altri casi, si è ritenuto che in essa debba essere ricompresa la situazione di

²⁵ Per un quadro approfondito, anche in prospettiva comparatistica, sul concetto di crisi di impresa, nonché sulle nozioni di insolvenza e di stato di crisi e sulle ragioni del loro operare come presupposti delle procedure concorsuali, vd. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, op. cit., p. 117 e ss.

²⁶ Trib. Roma, 1 febbraio 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 95; Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 608; Trib. Modena, 18 ottobre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 661. In dottrina, vd. BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 537-543.

squilibrio, anche solo economico, non ancora sfociato nell'insolvenza.²⁷ Sul punto si è pronunciata anche la Cassazione, affermando che il presupposto oggettivo del concordato preventivo deve ritenersi integrato da “uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”.²⁸ Una nozione più precisa dello stato di crisi, che ne conservi la necessaria omogeneità con lo stato di insolvenza, ma che consenta anche di stabilire il confine fra l'uno e l'altro, si può ricavare facendo riferimento al “rischio di insolvenza”: rientra allora nello stato di crisi, oltre all'insolvenza vera e propria, anche il semplice rischio che il debitore non sia capace di adempiere alle proprie obbligazioni in un futuro prossimo, a patto che tale rischio sia probabilisticamente rilevante e tale da materializzarsi a breve.²⁹

Di crisi d'impresa, in senso lato, si può parlare infine anche quando il patrimonio sociale risulta insufficiente alla soddisfazione dell'insieme dei crediti, cosa che rende possibile per i creditori esercitare l'azione di responsabilità *ex art. 2394 c.c.* Si tratta di una situazione, quella dell'insufficienza patrimoniale, che si verifica quando il valore delle attività è inferiore all'ammontare dei debiti, e che viene correntemente intesa come “più grave e definitiva” della mera insolvenza.³⁰ Tuttavia, non sembra che l'insufficienza patrimoniale debba implicare per forza di

27 Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 570; Trib. Milano, 7 novembre 2005, *ibidem*, p. 51; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, *ibidem*, p. 56; Trib. Salerno, 1 giugno 2005, *ivi*, 2005, p. 1297. In dottrina, CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 31; SANDULLI, *Sub art. 160*, in NIGRO e SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, p. 983. Vd. anche AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, v. XI, t. 1, Padova, 2008, p. 20 e ss.

28 Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 877. Si noti però che con questa formula la Cassazione non prende posizione fra le due tesi precedentemente citate. Diverso sarebbe stato se avesse fatto riferimento semplicemente alla “impossibilità di adempiere”, piuttosto che alla impossibilità “definitiva”.

29 STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, op. cit., p. 138.

30 Per tutte, Cass., 6 ottobre 1981, n. 5241, cit., p. 791.

cose anche l'insolvenza dell'impresa:³¹ il debitore potrebbe ancora essere in grado di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni, vuoi perché mantiene l'accesso al credito, vuoi perché, nonostante lo squilibrio patrimoniale, l'impresa ha ancora una buona capacità reddituale.

Insolvenza, stato di crisi e insufficienza patrimoniale rappresentano un pericolo per i creditori sociali, un campanello d'allarme che segnala il rischio di non veder soddisfatti i propri crediti. L'insolvenza e lo stato di crisi consentono l'accesso alle procedure concorsuali. L'insufficienza patrimoniale è invece, come si è detto, presupposto dell'azione di responsabilità dei creditori sociali. Queste diverse nozioni, che pure non coincidono, presentano dei punti di intersezione: di conseguenza, l'azione dei creditori sociali può essere in astratto esercitata tanto nel caso in cui la società sia *in bonis*, quanto nel caso in cui la stessa sia sottoposta ad una procedura concorsuale.

1.3.2. Le procedure concorsuali (in generale)

Le procedure concorsuali sono strumenti di protezione dei creditori, predisposte al fine di consentire loro di recuperare quanto più possibile dei finanziamenti concessi, una volta che la soddisfazione dei crediti sia messa in pericolo da una situazione di crisi dell'impresa. Tutte le procedure concorsuali si basano sul trasferimento del controllo dall'impresa ai creditori, con un grado di invasività diverso da procedura a procedura. Il gruppo dei creditori viene organizzato secondo regole precise, e vengono istituiti degli organi che curano la gestione del patrimonio e garantiscono il corretto svolgimento della procedura. Al

³¹ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, op. cit., p. 24; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 42. In giurisprudenza, da ultimo Cass., 25 luglio 2008, n. 20476, cit.

tempo stesso, nel momento in cui scatta uno di questi meccanismi di soddisfazione concorsuale dei crediti, vengono bloccate le iniziative individuali dei singoli creditori, che comporterebbero una diminuzione del valore residuo del patrimonio del debitore, con sacrificio dei creditori nel loro insieme. Per quanto interessa in questa sede, sarà sufficiente illustrare a grandi linee la disciplina di due soltanto delle diverse procedure concorsuali previste nel nostro ordinamento: il fallimento, paradigma delle procedure concorsuali a carattere liquidatorio, ed il concordato preventivo, entrambe regolate dalla legge fallimentare.³²

a) La procedura di fallimento scatta all'accertamento dell'insolvenza dell'imprenditore (art. 5). Non qualunque debitore può fallire, bensì solo l'imprenditore commerciale con certi requisiti dimensionali (art. 1). Il fallimento può essere chiesto dal debitore stesso, da uno o più creditori, o dal pubblico ministero (art. 6).

Con l'apertura del fallimento si attua il trasferimento del controllo sulla gestione dell'impresa. L'amministrazione del patrimonio fallimentare è infatti affidata ai quattro organi della procedura: il tribunale fallimentare, il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori. Fra questi, il curatore è l'organo propulsore della procedura. Sua è l'iniziativa circa gli atti di conservazione e liquidazione del patrimonio del debitore; lo stesso vale per le azioni di recupero dei beni e dei diritti dei quali il fallito ha in precedenza disposto. Il curatore è anche l'organo esterno della procedura, e la rappresenta in giudizio.

Sostituendosi al fallito, il curatore fa valere in giudizio i diritti patrimoniali che sono compresi nel fallimento (art. 43). In certi casi, invece, il curatore si sostituisce ai creditori. Ciò avviene nell'esercizio

³² Per una sintesi dei tratti salienti delle altre procedure concorsuali (amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa), nonché delle forme di accordi stragiudiziali disciplinate nella legge fallimentare, si rinvia a STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, op. cit., p. 353 e ss.

delle *azioni della massa*, cioè di quelle azioni dirette ad ottenere, per conto del creditore, la ricostituzione del patrimonio del debitore, e destinate perciò, una volta aperto il concorso, ad operare nell'interesse di tutti i creditori.³³ Il curatore è soggetto alla vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori.

La procedura si articola in diverse fasi. Una volta dichiarato il fallimento, il curatore prende le necessarie misure per la conservazione e la reintegrazione della garanzia patrimoniale. Si procede poi all'accertamento dei diritti dei creditori e dei terzi. A ciò fa seguito la liquidazione dell'attivo e la sua ripartizione fra i creditori.³⁴ Una volta conclusa la procedura, il debitore riacquista il pieno controllo di ciò che resta del suo patrimonio, ma può essere aggredito da nuove azioni individuali di quei creditori che non siano stati interamente soddisfatti.³⁵

b) Il concordato preventivo (artt. 160-186) consiste in un accordo concluso “sotto la protezione del tribunale” fra debitore e creditori, avente ad oggetto una qualunque forma di soddisfazione dei crediti e/o di ristrutturazione dei debiti, e la cui operatività è subordinata all'accettazione da parte della maggioranza dei creditori.

Già si è detto che il presupposto oggettivo del concordato preventivo non è l'insolvenza, bensì lo stato di crisi.³⁶

L'ammissione al concordato preventivo può essere chiesta solo dal debitore. Quest'ultimo, nell'elaborare la sua proposta, può anche dividere i creditori in classi caratterizzate da una posizione giuridica e da interessi

33 La definizione è presa da PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, II, p. 1037, la quale a sua volta rinvia a Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *Foro it.*, 2003, I, p. 770.

34 Nell'ordine e secondo i criteri di cui agli artt. 111 e ss. della legge fallimentare.

35 La riforma della legge fallimentare ha previsto all'art. 142 l'esdebitazione “per buona condotta” del debitore che presenti determinati requisiti di meritevolezza. Nei confronti del debitore esdebitato sono dichiarati inesigibili i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente (art. 143 l. fall.). Ciò riguarda solo l'imprenditore persona fisica, non anche le società.

36 *Supra*, par. 1.3.1.

economici omogenei, e offrire un trattamento diverso alle singole classi.

Se vi è suddivisione in classi, l'approvazione del concordato richiede anche la maggioranza dei creditori in ogni singola classe, altrimenti qualsiasi creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente può impedire l'omologazione del concordato, contestando la convenienza della proposta. Lo stesso accade, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, se la convenienza della proposta viene contestata da creditori dissenzienti che rappresentano almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto. La legge, tuttavia, si preoccupa anche di evitare che l'omologazione del concordato venga impedita da dissensi ingiustificati: se la convenienza della proposta è stata contestata dai soggetti di cui sopra, al tribunale è comunque consentito di procedere all'omologazione, qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Una volta omologato, il concordato preventivo diventa vincolante per tutti i creditori.

Il debitore continua a gestire il patrimonio ed esercitare l'attività di impresa, ma lo fa sotto la vigilanza del tribunale e di un commissario da questo nominato. Anche il concordato preventivo incide quindi sul controllo dell'impresa, ma in modo meno invasivo rispetto al fallimento.

La domanda di ammissione alla procedura si presenta depositando la proposta di concordato insieme ad una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Il tribunale, dopo aver verificato che ricorrono tutte le condizioni, ammette il debitore al concordato preventivo. A quel punto, i creditori vengono messi in condizione di valutare la proposta. Se questa viene approvata, il tribunale procede all'omologazione del concordato. L'esecuzione del concordato omologato comporta l'esdebitazione del debitore, che viene liberato dalle sue obbligazioni. I creditori mantengono però la loro azione per l'intero nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di

regresso. Ciascun creditore può richiedere la risoluzione del concordato in caso di inadempimento.³⁷

La disciplina appena descritta è frutto della profonda innovazione operata con la riforma del 2005-2007. Prima di allora, il concordato preventivo era strutturato in modo molto diverso. In particolare, la proposta poteva avere ad oggetto solamente l'offerta di garanzie per il pagamento dei debiti in percentuale ridotta (concordato *a percentuale*), oppure la cessione di tutti i beni del patrimonio del debitore (concordato *per cessione dei beni*). In entrambi i casi, il concordato avrebbe dovuto assicurare ai creditori assistiti da prelazione il soddisfacimento integrale, e ai creditori chirografari il pagamento di una percentuale non inferiore al 40%.

Oggi, invece, le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti possono essere le più varie: pagamento in misura ridotta, a scadenze diverse, con forme diverse dal denaro, *etc.* Non sono neanche più previste percentuali minime. Le uniche condizioni, oltre all'approvazione della maggioranza dei creditori, sono: 1) che i creditori assistiti da cause di prelazione vengano soddisfatti almeno fino a capienza del bene sul quale hanno privilegio; 2) che tutte le classi di creditori vengano soddisfatte in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili; 3) che non venga alterato l'ordine legittimo delle cause di prelazione.

Il grande vantaggio del concordato preventivo rispetto alle procedure concorsuali liquidatorie sta nella “assenza di soluzioni di continuità nella gestione” e nel fatto “che l'azienda non viene venduta all'asta a prezzi

³⁷ Prima della riforma, alla risoluzione del concordato faceva automaticamente seguito l'apertura del fallimento. Il che era coerente, visto che concordato preventivo e fallimento avevano lo stesso presupposto oggettivo, e che era previsto il fallimento d'ufficio. Oggi, invece, la consecuzione delle procedure concorsuali richiede un nuovo atto di impulso da parte di uno dei soggetti legittimati a chiedere la dichiarazione di fallimento, oltre che l'accertamento dello stato di insolvenza.

potenzialmente rovinosi”): ciò comporta che i creditori, in teoria, possono beneficiare del cd. *surplus* da concordato, cioè “del maggior valore che l'impresa possiede se lasciata «lavorare» e produrre nel tempo [...] senza interruzioni, rispetto a quello che essa può avere se viene messa all'asta.”³⁸

1.3.3. La legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nelle procedure concorsuali

Si è visto che il presupposto dell'azione di responsabilità dei creditori sociali, cioè l'insufficienza patrimoniale, non coincide necessariamente con i presupposti delle procedure concorsuali. Nulla impedisce tuttavia che ricorrano sia l'uno che gli altri. E' quindi possibile che l'azione di responsabilità venga esercitata dopo che sia stata aperta una procedura concorsuale.³⁹ L'ordinamento prende in considerazione questa evenienza: le procedure di regolazione della crisi incidono sui meccanismi di esperimento delle azioni di responsabilità, in genere trasferendo la relativa legittimazione in capo ad un organo della procedura.

Per quanto riguarda la responsabilità degli amministratori della s.p.a., ai sensi dell'art. 2394-*bis*, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione controllata, sia l'azione sociale che l'azione dei creditori sociali spettano al curatore, al commissario

38 STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, op. cit., p. 195-196.

39 In effetti, questa è l'ipotesi più probabile. Rilevano come la “sede naturale” di esperimento dell'azione sia rappresentata dal fallimento BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 300; FISCON, *Sull'esperimento dell'azione di responsabilità dei creditori contro gli amministratori nel concordato preventivo delle società*, in *Giur. Comm.*, 1989, II, p. 840; NAPOLEONI, *Azione ex art. 2394 c.c. contro gli amministratori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, p. 1149. Sulle limitate ipotesi in cui può capitare che l'azione venga esercitata al di fuori del fallimento vd. SALANITRO, *Responsabilità degli amministratori durante il fallimento della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 783 e ss.; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, op. cit., p. 204 nota 275.

liquidatore e al commissario straordinario. Dal momento che la disciplina della responsabilità degli amministratori si applica anche ad altri soggetti coinvolti nella gestione della società,⁴⁰ questa disposizione vale anche per l'azione che contro di essi può essere esercitata dai creditori sociali.

Nell'ambito della disciplina dei gruppi di imprese, l'ultimo comma dell'art. 2497 c.c. dispone in ugual modo con riferimento alla (sola) azione esercitabile dai creditori della società eterodiretta (e sottoposta a procedura concorsuale) nei confronti dell'ente o della società che svolge attività di direzione e coordinamento.

La legge fallimentare ripete a sua volta questa regola. In particolare, all'art. 146, co. 2, viene ribadito che nel fallimento le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali, i liquidatori, nonché i soci di s.r.l. nelle ipotesi previste dall'art. 2476, co. 7, sono esercitate dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori.

1.4. La tutela risarcitoria nel concordato preventivo: introduzione al problema

Problematica è l'indagine sulle conseguenze che la procedura di concordato preventivo può avere sulle azioni di responsabilità che spettano ai creditori sociali. Ad un livello meramente intuitivo, il problema si pone in questi termini: se si consente che i crediti vantati nei confronti della società vengano ristrutturati (riguardo all'importo, ai tassi, alle scadenze), sulla base di un accordo che prevede una manifestazione di volontà dei creditori sociali (sia pure a maggioranza, e quindi con la possibilità che alcuni di loro dissentano), l'azione per il risarcimento del

⁴⁰ *Supra*, par. 1.2.3.

danno subito in conseguenza della lesione all'integrità del patrimonio sociale sembra perdere parte del proprio fondamento. I creditori hanno accettato (di nuovo: sia pure solo a maggioranza, ma con effetto vincolante per tutti) di rinunciare all'esatta soddisfazione, nelle forme e/o per l'importo pattuito, del credito originariamente vantato: perché dovrebbe esser loro permesso di chiedere ad altri soggetti ciò a cui hanno volontariamente rinunciato?

In secondo luogo, ammettendo che l'azione dei creditori sociali mantenga inalterata la propria esperibilità, si pone il problema della relativa legittimazione: se, di regola, la dinamica delle procedure concorsuali richiede che sia uno degli organi della procedura ad agire contro i soggetti responsabili nei confronti dei creditori sociali, a chi spetta la legittimazione nel concordato preventivo?

Sia nel codice civile che nella legge fallimentare non è dato trovare alcuna disposizione in relazione alle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel contesto del concordato preventivo. Ciò ha costituito l'occasione per un dibattito che, se pure dal 1992 si è andato assestando su alcuni punti fermi, è ancora tuttavia lontano dal risolversi con una conclusione definitiva.

Prima di procedere alla ricostruzione delle diverse argomentazioni che sono state proposte in dottrina e giurisprudenza, sono necessarie alcune premesse.

a) L'arco temporale preso in considerazione si esaurisce in un periodo che precede di molto la riforma delle società di capitali.⁴¹ Ciò significa che le diverse tesi riportate erano originariamente riferite tanto all'amministratore di s.p.a. quanto a quello di s.r.l. Con la riforma è

⁴¹ Le argomentazioni più "antiche" che verranno riportate sono quelle proposte da Ferri e Minervini agli inizi degli anni '50, vd. *infra*, par. 2.3.2. e note 69-70. Il punto di arrivo stabilito è una sentenza della Corte d'appello di Milano del 14 gennaio 1992, vd. *infra*, par. 3. La riforma del diritto societario è del 2003.

venuto meno per gli amministratori della s.r.l. il rinvio alla disciplina della responsabilità degli amministratori della s.p.a. Di conseguenza, il problema della tutela risarcitoria dei creditori sociali di s.r.l. ha acquisito una propria autonomia. Di questo si tratterà in un secondo momento.⁴²

b) Per lo stesso motivo, non verrà per ora presa in considerazione la responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497*. La disciplina di questa fattispecie, introdotta con la riforma del 2003, fornisce elementi utili per arricchire l'indagine sulla questione di cui si discute. Ma di questo si tratterà più avanti.⁴³

c) Il concordato preventivo è oggi diverso da com'era al tempo in cui si sviluppò il dibattito in esame. Per il momento, si farà riferimento alla disciplina vigente prima della riforma. In particolare, è importante tenere presente che all'epoca il concordato poteva essere proposto solo nella forma di concordato *a percentuale* e di concordato *con cessione dei beni*.⁴⁴ Le modifiche introdotte con la riforma del 2005-2007, e la loro importanza ai fini dell'individuazione di una soluzione al problema discusso, verranno valutate in seguito.⁴⁵

42 *Infra*, cap. II., par. 3.2.

43 *Infra*, cap. II, par. 3.1., e cap. III, par. 2.

44 *Supra*, par. 1.3.2.

45 *Infra*, cap. II, par. 4., e cap. III, par. 4.

2. DOTTRINA E GIURISPRUDENZA SULL'ESPERIBILITÀ DELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ DEI CREDITORI SOCIALI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

2.1. Le diverse tesi proposte: a) l'azione ex art. 2394 è incompatibile con il concordato preventivo, a causa dell'effetto remissorio di quest'ultimo

La più immediata ed “elementare”⁴⁶ soluzione al quesito in esame fa leva sull'effetto remissorio del concordato preventivo. Il denominatore comune delle diverse tesi che argomentano a partire da questo effetto consiste nella considerazione per cui, una volta soddisfatti nella misura stabilita con il concordato, i creditori sociali cesserebbero di essere tali. Di conseguenza, essi non potrebbero più esperire l'azione di cui all'art. 2394, alla quale sono legittimati appunto solamente i creditori sociali.⁴⁷

Gli autori che sostengono la validità di questa soluzione concordano anche sul fatto che, dal deposito della proposta di concordato fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, i creditori mantengono invece inalterata la legittimazione all'azione di responsabilità contro gli amministratori.

Divergono invece in modo netto quando affrontano il problema dell'ammissibilità dell'azione nell'intervallo di tempo fra il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione e l'effettiva esecuzione del concordato. Da una parte se ne sostiene l'inammissibilità sul presupposto che, in ogni caso, l'azione esperita in quella frazione temporale sarebbe

46 In questi termini NAPOLEONI, *Azione ex art. 2394 c.c.*, op. cit., p. 1149.

47 Così PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, p. 2265 e ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986, p. 281 e ss.; dimostrano di aderire a questa tesi, sia pure implicitamente, anche BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in BRICOLA-GALGANO-SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 480 e ss.; BOZZA, *Il concordato preventivo. Effetti per i creditori*, in *Fall.*, 1992, p. 254.

destinata a non avere ulteriore corso: l'esecuzione del concordato comporterebbe, in conseguenza della perdita della qualità di creditori, l'impossibilità di proseguire l'azione; se invece il concordato non dovesse essere eseguito, verrebbe automaticamente dichiarato il fallimento della società, e la legittimazione si trasferirebbe in capo al curatore.⁴⁸

Altri autori ritengono di poter giungere ad identica conclusione argomentando sulla base della formulazione dell'art. 184 l. fall., ai sensi del quale l'effetto esdebitatorio del concordato preventivo si produce dal momento della sua omologazione. Se da quel momento i creditori sono vincolati ai termini concordatari di soddisfazione dei crediti, non dovrebbe poter esser loro concesso di ottenere di più di quanto pattuito.⁴⁹

Vi è d'altra parte chi ritiene che, fino a quando la percentuale concordataria non sia stata pagata, i creditori conservino la possibilità di esperire l'azione di responsabilità. Non vi sarebbe infatti in alcun caso un'alterazione della *par condicio*, dal momento che gli amministratori non potrebbero comunque rivalersi contro la società.⁵⁰ E anche qualora si ritenesse che il risultato dell'azione dei creditori sociali vada a vantaggio della società,⁵¹ dovrebbe comunque essere consentito agire per aumentare le garanzie di adempimento della percentuale concordataria, o per incrementare la massa dei beni oggetto del concordato.⁵²

48 PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. loc. cit.

49 BOZZA, *Il concordato preventivo*, op. loc. cit. In giurisprudenza, Trib. Milano, 23 dicembre 1968, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 283.

50 Se invece gli amministratori potessero rivalersi contro la società, al termine del "circuito di azioni" si assisterebbe di fatto ad un trasferimento indiretto di ricchezza dalla società al creditore sociale, per il tramite del risarcimento pagato dagli amministratori; il che costituirebbe una violazione del principio di concorsualità. È interessante notare che, proprio per questo motivo, si ritiene inammissibile l'azione revocatoria ordinaria a seguito dell'omologazione del concordato preventivo: a differenza dell'amministratore responsabile *ex art. 2394*, infatti, il terzo soggetto a revocatoria potrebbe rivalersi contro la società. Vd. Cass., 10 giugno 1964, n. 1441, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 392.

51 Si sta accennando al dibattito sulla natura autonoma o surrogatoria dell'azione *ex art. 2394*, in relazione al quale si tratterà approfonditamente in seguito, vd. *infra*, par. 2.3.

52 L'esistenza di garanzie di terzi, secondo lo schema del concordato a percentuale, non comporta l'irrilevanza delle garanzie proprie del debitore, che quindi possono essere aumentate. Nel caso di concordato per cessione dei beni, invece, a maggior ragione si deve ritenere ammissibile un'azione volta ad incrementare il patrimonio della società debitrice.

2.2. Segue: b) l'obiezione alle tesi fondate sull'effetto remissorio del concordato: ai sensi dell'art. 184 l. fall. il creditore conserva impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso

Si è detto che il tratto comune delle tesi fondate sull'effetto remissorio del concordato preventivo consiste nel ritenere che il creditore sociale perda tale qualifica una volta eseguito il concordato stesso.

Questa tesi è destinata a cadere una volta che se ne rilevi l'incoerenza con il disposto del secondo periodo del primo comma dell'art. 184 l. fall., ai sensi del quale il creditore concordatario conserva comunque impregiudicati i propri diritti verso i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

Due sono in realtà gli spunti argomentativi che questa disposizione ha offerto.

Da un lato si è sostenuto che l'amministratore, in forza di un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 184, deve essere considerato alla stregua di un coobbligato della società debitrice. Ciò vorrebbe dire che non si produce alcun effetto remissorio nei confronti dell'amministratore, il quale quindi potrebbe ancora essere chiamato a risarcire *ex art. 2394 c.c.* il danno subito dai creditori sociali.⁵³

Dall'altro lato, si è osservato che l'obbligazione principale non può considerarsi estinta, proprio perché il creditore mantiene inalterati i diritti derivanti da determinate obbligazioni accessorie. Se questo è vero, e se quindi non si può parlare di remissione, si deve ritenere che il creditore

Così BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, op. loc. cit. Aderisce FISCO, *Sull'esperibilità dell'azione*, op. cit., p. 844.

⁵³ FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1982, p. 528. In giurisprudenza, Trib. Torino, 10 luglio 1957, in *Il nuovo diritto*, 1958, p. 404. Per il tentativo di far rientrare l'amministratore nel novero dei coobbligati della società, vd. Trib. Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 183. *Contra*, Trib. Bolzano, 17 gennaio 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 479.

non perda tale qualifica, e che l'esdebitazione insita nell'art. 184 consista piuttosto in un mero *pactum de non petendo* che impedisce ai creditori di aggredire ulteriormente il debitore concordatario.⁵⁴

A ben vedere, ciò che conta è stabilire se davvero il credito non possa considerarsi estinto; se si afferma la sopravvivenza del credito, infatti, risulta in realtà piuttosto inutile l'indagine sulla possibilità di considerare gli amministratori come dei coobbligati della società.

In effetti, il secondo periodo del primo comma dell'art. 184, secondo la lettura che pare sistematicamente più corretta, non dice che il creditore mantiene i propri diritti *solo* nei confronti dei coobbligati, fideiussori ed obbligati in via di regresso;⁵⁵ precisa invece che quei soggetti, che sarebbero liberati qualora si ritenesse che il concordato abbia effetto estintivo per la parte del debito alla quale i creditori rinunciano (secondo la regola generale di cui all'art. 1301 c.c.), restano vincolati per l'intero. Nella sostanza, ciò non ha altra portata normativa se non quella di confermare che il credito non si estingue. Ma allora, per tutti quei soggetti che non sono parti del concordato, a prescindere dal fatto che siano coobbligati o semplici terzi, si deve ritenere che il concordato non produca alcun effetto. Che gli amministratori siano o meno obbligati in solido con la società, niente cambia ai fini della loro responsabilità *ex art. 2394*: i creditori, per il semplice fatto che, come si è detto, mantengono inalterata tale qualifica, conservano comunque i propri diritti verso di loro.⁵⁶

54 Vd. *infra*, nota 56.

55 Al contrario di quanto affermava Cass., 10 giugno 1964, n. 1441, cit., secondo la quale ai creditori sarebbe consentito agire solamente nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 184, che rappresenterebbero un'eccezione rispetto al principio di obbligatorietà del concordato. Vd. anche Cass., 14 giugno 1978, n. 2950, in *Mass. Giur. it.*, 1978, c. 682; App. Milano, 29 novembre 1985, in *Fall.*, 1986, p. 529.

56 Questa è la tesi sviluppata da FISCON, *Sull'esperibilità dell'azione*, op. cit., p. 846-850. Aderisce BORELLA, *Note in tema di concordato preventivo e azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 75.

2.3. Segue: c) la natura dell'azione di cui all'art. 2394 c.c.: autonoma e diretta, oppure surrogatoria?

2.3.1. Pregiudizialità della questione relativa alla natura dell'azione rispetto al problema della sua esperibilità nel concordato preventivo

Accanto alla questione relativa all'effetto esdebitatorio del concordato e all'operatività dell'art. 184 l. fall., anche un altro problema è stato ritenuto pregiudiziale all'interrogativo circa l'esperibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo. Si tratta del tema relativo alla natura dell'azione disciplinata dall'art. 2394, un tema di più ampio respiro, la cui soluzione, in un senso o nell'altro, comporta conseguenze che vanno oltre il problema di cui si discute in questa sede.⁵⁷

L'azione di cui all'art. 2394 è stata ritenuta, a fasi alterne, un'azione esperibile direttamente ed autonomamente dai creditori sociali contro gli amministratori, oppure una forma surrogatoria dell'azione sociale di responsabilità disciplinata agli artt. 2392-2393.⁵⁸

In realtà, chi sviluppa le proprie argomentazioni a partire dall'effetto esdebitatorio del concordato preventivo e dalla presunta perdita della qualità di creditore, e risolve così in senso negativo il problema dell'ammissibilità dell'azione di cui all'art. 2394,⁵⁹ tende di conseguenza a

57 L'esame delle due questioni pregiudiziali (una relativa alla natura dell'azione, l'altra alla possibilità di ricondurre gli amministratori nel novero dei coobbligati ex art. 184 l. fall.) costituisce per molti autori l'impostazione da seguire in modo rigoroso per risolvere il problema dell'esperibilità dell'azione nel concordato preventivo. Vd. MARIANI, *Questioni in tema di concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 287 e ss.; MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, p. 199 e ss. Vd. anche FISCON, *Sull'esperibilità dell'azione*, op. cit., p. 839. In giurisprudenza, questa impostazione del problema ha caratterizzato la più antica delle pronunce che vengono qui prese in considerazione, cioè Trib. Bolzano, 17 gennaio 1962, cit.

58 Per un rinvio alla dottrina e alla giurisprudenza (antecedenti al 1992) a sostegno dell'una e dell'altra tesi, si veda NAPOLEONI, *Azione ex art. 2394 c.c.*, op. cit., p. 1152 nota 27, e BORELLA, *Note in tema di concordato preventivo*, op. cit., p. 68 nota 1.

59 Vd. *supra*, par. 2.1.

ritenere irrilevante l'indagine sulla natura dell'azione stessa.⁶⁰

Generalmente, tuttavia, stabilito che l'effetto esdebitatorio è limitato alle sole parti del concordato, si tende ad ammettere che la questione relativa alla natura dell'azione sia di importanza decisiva: se si dovesse riconoscere che l'azione disciplinata dall'art. 2394 ha natura surrogatoria rispetto all'azione sociale di responsabilità, si dovrebbe parimenti concludere che i creditori sociali non hanno interesse ad esercitarla una volta concluso (ed eseguito) un concordato preventivo.⁶¹ Si ritiene anche, di regola, che il quadro in parte cambi a seconda che si tratti di concordato a percentuale o concordato con cessione dei beni.⁶²

Secondo il disposto dell'art. 2900 c.c., il creditore che agisce in via surrogatoria, al fine di assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, esercita i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore, e che questi trascura di esercitare. Si tratta di un potere che viene concesso al creditore per far fronte all'inerzia del debitore nel far valere i propri diritti, e che egli esercita a tutela della conservazione della garanzia patrimoniale.⁶³ Trattandosi di una figura di legittimazione straordinaria all'esercizio di un diritto altrui, il risultato utile dell'azione è pur sempre destinato ad incrementare il patrimonio del debitore inerte.

60 BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, op. cit., p. 482, secondo il quale, tuttavia, prima che venga eseguito il concordato, sia che la si intenda come autonoma e diretta, sia che la si consideri surrogatoria, l'azione è ammissibile; BOZZA, *Il concordato preventivo*, op. loc. cit.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, op. loc. cit., il quale tuttavia sostiene che in ogni caso, sia che l'azione abbia natura diretta e autonoma, sia che abbia natura surrogatoria, il risultato utile è destinato ad incrementare il patrimonio sociale (ma non si capisce allora cosa si dovrebbe intendere per azione diretta e autonoma). In giurisprudenza, Trib. Milano, 23 dicembre 1968, cit., che nega l'ammissibilità dell'azione nonostante ne riconosca la natura diretta e autonoma.

61 Trib. Milano, 13 novembre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1169; Trib. Bolzano, 17 gennaio 1962, cit.

62 Per tutti, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 306 e nota 309; FISCON, *Sull'esperibilità dell'azione*, op. cit., p. 844 e nota 18. Critica espressamente la posizione di coloro che ritengono irrilevante la natura dell'azione DIDONE, *Concordato preventivo delle società e azione di responsabilità ex art 2394 codice civile*, in *Giur. merito*, 1989, I, p. 85 e ss.

63 L'art. 2900 è la prima disposizione del Capo V, Titolo III, Libro VI, del codice civile. Capo che è rubricato appunto "Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale".

Quel patrimonio, d'altra parte, costituisce *ex art. 2740* la garanzia generica per le prestazioni alle quali il creditore ha diritto, e consolidare la garanzia patrimoniale è appunto il modo per “soddisfare e conservare” le sue ragioni.

Interpretare l'art. 2394 come se disciplinasse una forma tipica di azione surrogatoria (evidentemente con propri e peculiari presupposti, in parte diversi da quelli previsti dall'art. 2900) significherebbe ammettere che i creditori sociali, chiedendo agli amministratori di risarcire il danno derivante da atti di *mala gestio*, mirano in realtà a ricostituire il patrimonio della società. Ora, una volta omologato un concordato preventivo, i creditori sociali sono ormai vincolati alla promessa di una soddisfazione nei termini concordatari, ed hanno accettato di non chiedere altro alla società debitrice.

Se si tratta di concordato *a percentuale*, l'accordo già definisce la misura in cui i creditori verranno pagati, e assicura loro determinate garanzie. Di conseguenza, essi non ricevono alcun beneficio da un eventuale incremento del patrimonio sociale, in quanto su tale incremento non potrebbero comunque soddisfarsi. Pertanto, se si accoglie la tesi della natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali, si deve ritenere che a seguito dell'omologazione del concordato preventivo *a percentuale* i creditori perdano l'interesse ad agire *ex art. 2394*, e che quindi l'azione sia inammissibile.⁶⁴ Fra l'altro, la tesi della natura surrogatoria dell'azione elimina qualsiasi dubbio circa la possibilità di configurare gli amministratori come coobbligati della società, con le conseguenze previste dall'art. 184 l. fall.: soggetto attivo dell'obbligo di reintegrare il patrimonio sociale sarebbe infatti soltanto la società cui spetta l'azione diretta, esercitata in questo caso in via di

⁶⁴ Tuttavia, secondo alcuni sussiste comunque l'interesse ad agire fintanto che non sia stata data effettiva esecuzione al concordato; di ciò si è già parlato *supra*, par. 2.1. e nota 52.

legittimazione straordinaria dai creditori sociali.⁶⁵

Diverso è il caso del concordato *con cessione dei beni*, in base al quale *tutti* i beni esistenti nel patrimonio del debitore (alla data della proposta di concordato) vengono trasferiti ai creditori, senza che vi sia una percentuale di soddisfacimento predeterminata. Fra i beni che costituiscono il patrimonio sono compresi i crediti che il debitore vanta nei confronti dei terzi, come il diritto al risarcimento per atti di *mala gestio* degli amministratori. L'esercizio dell'azione *ex art. 2394*, intesa come azione surrogatoria, tenderebbe quindi a realizzare un valore che già rientra nel complesso dei beni oggetto del concordato, e sarebbe quindi certamente ammissibile anche dopo l'omologazione e l'esecuzione dello stesso.⁶⁶

Viceversa, se si dovesse concludere che i creditori sociali sono titolari, *ex art. 2394*, della legittimazione all'esercizio di un'azione diretta e autonoma nei confronti degli amministratori, si dovrebbe ritenere che l'omologazione e l'esecuzione di un concordato preventivo non siano di alcun ostacolo all'eseribilità della stessa. Il concordato, infatti, ai sensi dell'art. 184 l. fall.,⁶⁷ vincola unicamente i creditori e la società debitrice, mentre il diritto al risarcimento del danno derivante da atti di *mala gestio* costituirebbe oggetto di un rapporto che intercorre fra creditori ed amministratori, senza che la società ne sia coinvolta, e senza che possa quindi esser fatto valere il *pactum de non petendo* stipulato con il concordato.

Si deve infine tenere presente che, oltre ad incidere sulla questione dell'ammissibilità nel concordato preventivo, la configurazione

⁶⁵ RAGUSA MAGGIORE, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori di società nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1965, I, p. 169.

⁶⁶ A meno che non si ritenga che le somme in tal modo recuperabili non possano essere valutate fra le attività sociali a causa dell'aleatorietà del loro realizzo. Così App. Bologna, 16 ottobre 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 884.

⁶⁷ Secondo l'interpretazione che pare più corretta, vd. *supra*, par. 2.2.

dell'azione spettante ai creditori sociali come forma di legittimazione surrogatoria dell'azione sociale comporterebbe anche altre conseguenze. Varrebbe infatti il termine di prescrizione dell'azione sociale, che decorre dalla produzione del danno derivante dall'atto di *mala gestio*; trattandosi di azione diretta, invece, il *dies a quo* del termine di prescrizione dovrebbe essere individuato nel momento in cui si rende conoscibile l'insufficienza patrimoniale.⁶⁸ Cambierebbe anche il regime delle eccezioni che potrebbero essere fatte valere dagli amministratori: solo quelle opponibili alla società nel caso di azione surrogatoria, solo quelle opponibili ai singoli creditori nel caso di azione diretta.

2.3.2. Gli argomenti a favore della natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali: a) il “match pari” fra la rinuncia dell'azione da parte della società e la transazione conclusa dalla società con gli amministratori

Per primi furono Ferri⁶⁹ e Minervini,⁷⁰ agli inizi degli anni '50, a rispolverare la tesi, già discussa in vigenza del vecchio codice di commercio, della natura surrogatoria dell'azione di responsabilità dei creditori sociali.

Il primo terreno di scontro furono le due disposizioni in origine contenute al comma 4 dell'art. 2394.⁷¹ Il generale convincimento che l'azione in parola avesse natura autonoma e diretta si era fondato fino ad

68 Inoltre, ai sensi del n. 7 dell'art. 2941, la prescrizione dell'azione sociale è sospesa fintanto che gli amministratori restano in carica. Causa di sospensione che non opera invece per i creditori.

69 FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, p. 232.

70 MINERVINI, *Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (artt. 2394 e 2395 codice civile)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 210 e ss., il quale sottolinea come tutta la dottrina, ad eccezione di Ferri, fosse fino ad allora schierata a favore della tesi della natura diretta.

71 Disposizioni alle quali sono oggi dedicati due commi distinti: art. 2394, co. 3-4.

allora essenzialmente sulla disposizione contenuta nella prima parte del comma 4 dell'art. 2394:⁷² se gli amministratori non possono opporre ai creditori sociali la rinuncia all'azione da parte della società, si diceva,⁷³ l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali devono essere necessariamente due cose diverse.⁷⁴ Per fugare i dubbi che rischiavano di essere ingenerati dalla disposizione contenuta nella seconda parte dello stesso comma 4,⁷⁵ in base alla quale è invece opponibile ai creditori sociali la transazione conclusa dagli amministratori con la società (salva la possibilità di esercitare l'azione revocatoria), ci si richiamava alla considerazione per cui, “escluso il caso di frode, deve ritenersi che la transazione abbia già reintegrato nel modo più conveniente quel patrimonio su cui i creditori hanno diritto di soddisfarsi”.⁷⁶

Ferri e Minervini, dal canto loro, ribaltavano il ragionamento: nulla vieta di individuare nell'opponibilità della transazione il segnale della natura surrogatoria dell'azione, e di osservare poi che non vi sarebbe ragione di sancire l'irrelevanza della rinuncia da parte della società se le due azioni fossero davvero distinte.

Recuperando un'espressione usata da Minervini e poi ripresa da molti degli autori che in seguito hanno affrontato la questione, le argomentazioni fondate sulla rinuncia e sulla transazione sono destinate a risolversi in un “*match pari*”: entrambe le disposizioni in esame sono in sé adatte a fondare l'una o l'altra tesi, relegando l'altra disposizione al ruolo di eccezione alla regola generale. Intanto, però, i due autori avevano messo in discussione il principale argomento che sosteneva la

72 Oggi, dopo la riforma, art. 2394 co. 3.

73 Per un rinvio alla dottrina dell'epoca si veda MINERVINI, *Note in tema di responsabilità degli amministratori*, op. cit., nota 1.

74 Si potrebbe tuttavia obiettare che questa conclusione è valida solo ove si ritenga che la rinuncia da parte della società sia irrevocabile. Così RAGUSA MAGGIORE, *L'azione di responsabilità*, op. cit., p. 170.

75 Oggi, dopo la riforma, art. 2394 co. 4.

76 Questa è la *ratio* della disposizione secondo la *Relazione del Guardasigilli* al c.c., n. 982.

tesi della natura diretta e autonoma dell'azione, e in questo modo avevano rimesso in gioco l'intera questione.

2.3.3. Segue: b) *la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione nel fallimento*

Nel tentativo di individuare nella lettera della norma la soluzione al problema della natura dell'azione dei creditori sociali, alcuni autori rivolsero l'attenzione anche al comma 3 dell'art. 2394, ai sensi del quale la legittimazione all'esercizio dell'azione, nel fallimento, spetta al curatore.⁷⁷ Ciò veniva preso come indice del fatto che l'interesse sotteso all'azione dei creditori, tanto nel fallimento quanto al di fuori di esso, è la reintegrazione del patrimonio sociale. Se tale è l'interesse dei creditori tutelato dall'art. 2394, si diceva, l'azione di responsabilità a loro spettante non può che avere natura surrogatoria.⁷⁸

Un'analisi più articolata delle implicazioni sottostanti all'attribuzione di tale legittimazione al curatore introduceva poi ulteriori elementi a sostegno della natura surrogatoria dell'azione.⁷⁹ L'art. 146 l. fall., disciplinando appunto la legittimazione all'azione di responsabilità nel fallimento, si riferiva⁸⁰ a “l'azione di responsabilità [...] a norma degli

77 Con la riforma, quella disposizione è confluita nel nuovo art. 2394-*bis*, con la precisazione che al curatore spettano “le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli”: si fa quindi espressamente riferimento anche all'azione sociale, anche se non ve ne sarebbe bisogno, dal momento che il curatore, *ex art.* 43 l. fall., è legittimato in via generale all'esercizio delle azioni di carattere patrimoniale del fallito relative a rapporti compresi nel fallimento.

78 MINERVINI, *Note in tema di responsabilità*, op. cit., p. 214; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da VASSALLI, vol. X, tomo III, Torino, 1985, p. 684; COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1987, p. 477.

79 RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, p. 242 e ss.

80 Con la riforma l'art. 146 l. fall. è stato modificato. Il riferimento agli artt. 2393 e 2394 è scomparso dal testo della norma, in base alla quale “sono esercitate dal curatore [...] le azioni di responsabilità contro gli amministratori.” La nuova formula, che la stessa *Relazione ministeriale illustrativa* ha definito “aperta”, non risolve, ai fini del problema

artt. 2393 e 2394 del codice civile”): una formulazione che sottolineava l'unicità dell'azione, nominata al singolare.⁸¹ Il fatto poi che le disposizioni del codice civile richiamate fossero sia quella sull'azione sociale, sia quella relativa all'azione dei creditori sociali, si sarebbe spiegato con l'intento di concedere al curatore del fallimento il più ampio ventaglio di possibilità in relazione agli strumenti di reintegrazione del patrimonio sociale. Nominare la sola azione sociale avrebbe messo in dubbio l'esperibilità della stessa da parte del curatore in caso di rinuncia da parte della società; viceversa, il riferimento alla sola azione dei creditori sociali ne avrebbe limitato l'esperibilità al caso di insufficienza patrimoniale, che non necessariamente sussiste insieme con lo stato di insolvenza.⁸²

2.3.4. Segue: c) *natura dell'azione e natura della responsabilità*

Un problema strettamente legato alla natura dell'azione dei creditori sociali è quello del tipo di responsabilità che con detta azione viene fatta valere. Seguendo un ragionamento estremamente schematico e rigoroso, Minervini per primo traeva dalla questione del tipo di responsabilità ulteriori argomenti a favore della natura surrogatoria.⁸³

Secondo la sua tesi, ipotizzare una responsabilità diretta e contrattuale nei confronti dei creditori porterebbe a conseguenze inaccettabili. Tale responsabilità andrebbe infatti collegata a determinati obblighi gravanti *ex lege* sugli amministratori, che dovrebbero per forza di cose essere individuati negli “obblighi inerenti alla conservazione

trattato in questa sede, le ambiguità che caratterizzavano il testo precedente.

81 Lo nota BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Milano, 1982, p. 283-284.

82 Questo è, in estrema sintesi, il ragionamento svolto da RAGUSA MAGGIORE, *L'azione di responsabilità*, op. cit., p. 171-172.

83 MINERVINI, *Note in tema di responsabilità*, op. cit., p. 211-214.

dell'integrità del patrimonio sociale”, la cui inosservanza è appunto sanzionata dall'art. 2394. Ma se si afferma che si tratta di una responsabilità di tipo contrattuale per l'adempimento di determinati doveri, si deve ritenere che i creditori sociali possano far condannare gli amministratori ad eseguire tali doveri e, in mancanza, procedere all'esecuzione forzata in forma specifica. Il che costituirebbe un inammissibile potere dei creditori sociali di ingerirsi nella gestione della società.

Sempre partendo dal presupposto che l'azione dei creditori sociali abbia natura diretta e autonoma, la responsabilità degli amministratori dovrebbe allora essere considerata extra-contrattuale, e più precisamente responsabilità extracontrattuale per lesione del credito.⁸⁴ Ma la lesione del credito è risarcibile in quanto il credito sia estinto, o in quanto la sua soddisfazione sia comunque impossibile. Nel caso della fattispecie sanzionata dall'art. 2394, il credito sopravvive intatto, nonostante ne venga danneggiata la garanzia generica, cioè il patrimonio sociale.

Le difficoltà nell'inquadrare la responsabilità nell'una o nell'altra categoria verrebbero meno affermando la natura surrogatoria dell'azione di cui all'art. 2394. Il quadro sarebbe infatti estremamente lineare: i creditori sociali, esercitando un'azione spettante in prima battuta alla società, fanno valere una responsabilità, evidentemente di natura contrattuale, che grava sugli amministratori nei confronti della società stessa.

⁸⁴ Fra gli autori che sostenevano la natura extracontrattuale (per lesione del credito) della responsabilità nei confronti dei creditori sociali, Minervini citava GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1952, p. 268; SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, I, Bologna, 1949, p. 322; DE MARTINI, *Azione di responsabilità contro amministratori di società durante e dopo il fallimento*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 1169. In seguito, questa tesi venne sviluppata e approfondita da Galgano, vd. *infra*, cap. II, par. 2.1. e nota 113.

2.3.5. Segue: d) *una lettura sistematica: l'azione dei creditori sociali come misura della indisponibilità (nei confronti della società) degli obblighi gravanti sugli amministratori*

Una suggestiva teoria a sostegno della natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali veniva infine tratta da una lettura sistematica del complesso delle norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori.⁸⁵

Punto di partenza è la considerazione che i creditori sociali, *ex art.* 2394, hanno facoltà di agire contro gli amministratori soltanto qualora il patrimonio sociale sia insufficiente al loro soddisfacimento. Ciò significa che il loro interesse sta nell'integrità del patrimonio sociale,⁸⁶ quale garanzia generica delle proprie obbligazioni. La migliore tutela di tale interesse non potrebbe che essere la reintegrazione del patrimonio stesso.

Dalla disciplina della transazione conclusa fra amministratori e società si ricava poi un altro dato importante: l'esercizio dell'azione da parte della società preclude l'esercizio dell'azione dei creditori sociali. I quali, evidentemente, vedono così soddisfatto il loro interesse. Il che, di nuovo, confermerebbe che obiettivo delle azioni di responsabilità, da chiunque esercitate, è quello di reintegrare il patrimonio sociale.

Il fatto che a fondamento della fattispecie stia in prima battuta un interesse della società, e solo “di riflesso” l'interesse dei creditori sociali, sarebbe poi confermato dall'altro punto fermo ricavabile dall'art. 2394: la responsabilità scatta alla “inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”. La norma si riferisce al patrimonio, non al capitale sociale. Mentre la previsione di un capitale

⁸⁵ Ciò che segue è la sintesi del ragionamento svolto da BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 279 e ss.

⁸⁶ Considerazione cui già si era accennato come conseguenza desumibile dalla legittimazione del curatore nel fallimento, vd. *supra*, par. 2.3.3.

sociale minimo è specificamente volta a tutelare i creditori sociali,⁸⁷ la conservazione dell'integrità del patrimonio è prima di tutto interesse della società.

D'altra parte, una condotta dell'amministratore lesiva del patrimonio sociale è presupposto anche per l'esperimento dell'azione sociale di responsabilità disciplinata dagli artt. 2392 e 2393 (“gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti [...] con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico [...] sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri”). Sarebbe anzi difficile individuare obblighi di conservazione del patrimonio distinti da quelli cui gli amministratori sono tenuti nei confronti della società.

In definitiva, una lettura congiunta degli artt. 2392 e 2394 c.c. evidenzerebbe che l'azione sociale e quella dei creditori sociali hanno in realtà un contenuto inscindibile, poiché il fatto illecito sanzionato dalla seconda rientra fra i fatti illeciti sanzionabili con la prima. Le due azioni avrebbero anche uno scopo fondamentale comune, cioè la reintegrazione del patrimonio sociale. A differenziarle sarebbe il fine ulteriore proprio dell'art. 2394 e relativo al soddisfacimento dei creditori.⁸⁸

Certo è che l'azione sociale prende in considerazione un ventaglio di obblighi più ampio. Tuttavia, tali obblighi sono in un certo senso disponibili nei confronti della società: questa può infatti decidere di rinunciare all'azione, o più semplicemente di non esercitarla. L'art. 2394 individuerrebbe allora la misura dell'indisponibilità di tali obblighi nei confronti dei creditori sociali: qualora una violazione degli obblighi specificamente imposti a tutela della conservazione del patrimonio abbia comportato una diminuzione del patrimonio, tale da renderlo

⁸⁷ Si è visto, in realtà, come non sia il capitale sociale minimo di per sé, quanto piuttosto la regola “*Recapitalize or Liquidate*”, a rappresentare una tutela per i creditori sociali. Vd. *supra*, par. 1.1. e nota 7.

⁸⁸ Questo concetto, evidentemente fatto proprio da Borgioli, è espresso in realtà in questi termini da RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale*, op. cit., p. 245.

insufficiente alla soddisfazione dei creditori, la società perde il controllo sull'azione di responsabilità contro gli amministratori.

In sostanza, ai creditori verrebbe attribuita una particolare forma di legittimazione surrogatoria⁸⁹ all'esercizio dell'azione sociale, allo scopo di aumentare la forza cogente di determinati obblighi, al rispetto dei quali gli amministratori sono tenuti nei confronti della società.

2.3.6. Gli argomenti a favore della natura diretta e autonoma dell'azione dei creditori sociali

Sul fronte opposto, molti autori hanno continuato a sostenere che l'art. 2394 disciplini un'azione esercitabile dai creditori in via diretta e autonoma.⁹⁰ Diversi sono gli argomenti sui quali la tesi è stata fondata.⁹¹

1) Il dato letterale dell'art. 2394 co.1 (“Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali”) è univoco nel configurare una responsabilità diretta degli amministratori nei confronti dei creditori sociali. Se si fosse trattato di azione surrogatoria, la norma si sarebbe espressa in termini di legittimazione a far valere la responsabilità verso la società.

2) L'azione disciplinata dall'art. 2394 ha presupposti diversi e più specifici rispetto all'azione sociale. Può essere esercitata solo qualora il patrimonio sociale sia divenuto insufficiente, solo per far valere la violazione di determinati obblighi (quelli inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale), e al solo fine di ottenere il

89 Una forma semplificata: non occorre citare in giudizio anche il debitore diretto, e si prescinde in parte dal requisito dell'inerzia.

90 Per la dottrina e la giurisprudenza a favore della tesi della natura diretta dell'azione vd. il rinvio di cui alla nota 58.

91 Il paragrafo segue l'ordine delle argomentazioni così come ripercorso da NAPOLEONI, *Azione ex art. 2394 c.c.*, op. cit., p. 1153-1154. Le stesse tesi sono elencate, in ordine e forma diversi, da BORELLA, *Note in tema di concordato preventivo*, op. cit., p. 68; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 308-309. Vd. anche Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 906.

risarcimento per il danno emergente, mentre l'area del danno risarcibile con l'azione sociale è estesa anche al lucro cessante. Tale diversità di caratteristiche indurrebbe ad escludere che si tratti della stessa azione.

3) Alla stregua della *communis opinio*, è diversa la disciplina della prescrizione. Sebbene in entrambi i casi l'azione si prescriva in 5 anni, il *dies a quo* per l'azione sociale corrisponde al momento in cui si produce il danno conseguenza dell'atto di *mala gestio*; per l'azione dei creditori sociali, invece, il termine di prescrizione decorre a partire dal momento in cui risulta (*rectius*: diventa conoscibile) l'insufficienza del patrimonio a soddisfare le obbligazioni sociali.

4) L'azione sociale non può essere esercitata quando gli amministratori abbiano agito in conformità dell'unanime volontà dei soci. Si ritiene generalmente che, nella stessa circostanza, l'azione possa invece essere esercitata dai creditori sociali.

5) L'attribuzione al curatore, *ex art. 146 l. fall.*, della legittimazione ad esercitare entrambe le azioni di responsabilità previste dagli artt. 2393 e 2394 non avrebbe senso ove la seconda fosse in realtà la stessa azione sociale esercitata in via surrogatoria dai creditori sociali.

6) L'irrelevanza della rinuncia da parte della società è un dato inconciliabile con la natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali: la rinuncia è un atto di disposizione che non può essere paragonato all'inerzia del legittimato ordinario, e l'inerzia è un requisito imprescindibile per la surrogazione nel diritto altrui. Al contrario, la peculiare opponibilità della transazione intercorsa fra amministratori e società trova una sua spiegazione nel fatto che gli amministratori, con la transazione, hanno già provveduto a reintegrare il patrimonio sociale, e non possono essere chiamati a risarcire due volte lo stesso danno.

7) Ai sensi dell'art. 2949 c.c. “si prescrivono in cinque anni i diritti che derivano dai rapporti sociali”, e “nello stesso termine si prescrive l'azione di responsabilità che spetta ai creditori sociali verso gli

amministratori”: l'azione “che spetta ai creditori” risulta quindi indicata come distinta e a sé stante rispetto all'azione sociale, senza contare che “l'estensione espressa del termine di prescrizione proprio dell'azione sociale all'azione dei creditori sarebbe peggio che pleonastica se l'azione fosse una e identica”.⁹²

2.3.7. Critica alla ritenuta decisività degli argomenti a favore della natura autonoma e diretta dell'azione dei creditori sociali

Vale la pena fin da ora rilevare che le argomentazioni proposte a favore della natura diretta e autonoma dell'azione non sembrano in realtà così decisive come si è sostenuto.

In particolare, pare evidente che le caratteristiche indicate ai punti 3) e 4), riguardo alla disciplina della prescrizione e alla circostanza che gli amministratori abbiano agito in conformità della volontà unanime dei soci, sussistono proprio in quanto si riconosca *a priori* la natura diretta dell'azione, posto che non c'è una norma che disciplini espressamente questi aspetti. Per cui il ragionamento appare circolare ed autoreferenziale: se il *dies a quo* del termine di prescrizione è diverso solo perché l'azione è diretta e autonoma, allora non si può dire che l'azione è diretta e autonoma perché è diverso il *dies a quo* del termine di prescrizione. La *communis opinio* dottrinale e giurisprudenziale può essere indice di una tendenza ad interpretare le norme in un certo modo, ma non potrebbe costituire ostacolo ad una netta presa di posizione nel senso della natura surrogatoria dell'azione.

⁹² Così OSTI, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 805. Si tratta di una delle argomentazioni con le quali l'Autore espressamente criticava la tesi di Minervini, cfr. *supra*, par. 2.3.2. nota 70. Nessuna delle rassegne citate *supra*, nota 91, tuttavia, menziona questo ragionamento fra gli argomenti a sostegno della natura diretta e autonoma dell'azione.

Allo stesso modo, non pare possa essere ritenuta decisiva la diversità di caratteristiche denunciata al punto 2). Si è fatto riferimento a presupposti “più specifici”, e a ben vedere i presupposti dell'azione dei creditori sociali sono tali da rappresentare un sottoinsieme dei presupposti dell'azione sociale. Al ricorrere dei primi, infatti, possono essere esercitate entrambe le azioni.⁹³ Ora, un'interpretazione che volesse scorgere nell'art. 2394 l'attribuzione ai creditori sociali di una legittimazione surrogatoria, intesa come misura dell'indisponibilità degli obblighi gravanti sugli amministratori (vd. *supra*, par. 2.3.5.), sarebbe perfettamente coerente con tale diversità di caratteristiche.⁹⁴

Per quanto riguarda i punti 5) e 6) già si è detto riguardo alle repliche dei sostenitori della natura surrogatoria dell'azione. L'irrilevanza della rinuncia da parte della società e l'opponibilità della transazione intercorsa fra di essa e gli amministratori non forniscono elementi decisivi, destinate come sono a risolversi in un “*match pari*” (vd. *supra*, par. 2.3.2.). Mentre l'art. 146 l. fall. non fa(ceva) espressamente riferimento a due distinte azioni di responsabilità, ma alla “azione di responsabilità [...] a norma degli artt. 2393 e 2394 del codice civile” (vd. *supra*, par. 2.3.3.). Più fondato pare l'argomento riassunto al punto 7): l'espressa estensione del termine di prescrizione quinquennale all'azione dei creditori sociali sembra lasciar intendere che quell'azione sia cosa autonoma rispetto ai diritti che derivano dai rapporti sociali. Tuttavia, anche questo argomento non risulta decisivo: la norma potrebbe essere interpretata come una (pur sovrabbondante) conferma della natura surrogatoria dell'azione.⁹⁵

93 Di “cerchio concentrico di minore circonferenza” parla FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 513.

94 In altre parole, si potrebbe ritenere che l'art. 2394 permetta ai creditori di surrogarsi alla società a determinate condizioni (che gli obblighi violati dagli amministratori rientrino in una certa categoria e che il patrimonio risulti insufficiente), e comunque al solo fine di ottenere il risarcimento del danno emergente.

95 Diversa era la replica di MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano,

In definitiva, quindi, fra gli argomenti che sono stati proposti a favore della natura diretta e autonoma dell'azione, l'unico che non potrebbe davvero trovare smentita è quello letterale: la norma parla di responsabilità degli amministratori “verso i creditori sociali”, e qualsiasi interpretazione dell'art. 2394 deve fare i conti con questo dato: conformarsi ad esso o trovare una valida giustificazione per ignorarlo.

2.3.8. Una soluzione “salomonica”: l'azione dei creditori sociali deve essere considerata un istituto di natura composita

Per dovere di completezza, è opportuno accennare ad una corrente minoritaria che ha sostenuto l'impossibilità di inquadrare l'azione di cui all'art. 2394 “nelle rigide classificazioni concettuali in uso”.⁹⁶

La premessa del ragionamento sta nel rilievo per cui dalla lettera della norma, che sembra far riferimento ora ai principi di un'azione diretta, ora ai principi dell'azione surrogatoria, non è possibile trarre argomenti decisivi. Tant'è che, si nota, fra gli interpreti dell'art. 2394 si sono alternate la tesi dell'azione diretta con elementi tipici dell'azione surrogatoria, e la contrapposta tesi dell'azione surrogatoria con elementi

1956, p. 344. L'Autore osservava che il ragionamento di Osti (*supra*, nota 92) in base al quale, se l'azione dei creditori sociali fosse surrogatoria, la specificazione di cui al comma 2 dell'art. 2949 “non avrebbe alcuna giustificazione” perché “peggio che pleonastica”, è un ragionamento molto simile a quello, qualificato invece dallo stesso Osti come “petizione di principio”, in base al quale non ci sarebbe motivo di sancire l'irrelevanza della rinuncia da parte della società, se l'azione dei creditori sociali fosse diretta e autonoma. Minervini, tuttavia, non senza una certa *vis* polemica, si preoccupava più che altro di screditare la posizione del suo avversario, dimenticando di sostenere la propria. E non si accorgeva che la sua replica finisce per indurre a ritenere non accettabili, in quanto fondati su petizioni di principio, entrambi i ragionamenti. Con conseguenze ben diverse: infatti, mentre la tesi di Osti perde semplicemente uno degli argomenti che la sostengono, quella di Minervini va incontro alla radicale incompatibilità fra la natura surrogatoria dell'azione e l'irrelevanza della rinuncia della stessa da parte della società.

⁹⁶ ALLEGRI, *L'azione di responsabilità della società per azioni verso gli amministratori e le scelte del legislatore*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 302 e ss. Aderisce WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 216 e ss.

tipici dell'azione diretta. Per uscire dall'*impasse* sarebbe necessario allora riconoscere all'istituto una natura composita, e di ciò tener conto nell'interpretare le singole disposizioni dell'art. 2394, che si rifanno all'una o all'altra categoria concettuale.

Questa tesi, per quanto suggestiva, non tiene tuttavia conto del fatto che il tentativo di inquadrare l'azione dei creditori sociali in uno dei due schemi concettuali non costituisce un esercizio logico fine a se stesso. Dalla classificazione della natura dell'azione discendono conseguenze che vanno oltre i profili disciplinati dalla norma. Una di queste è appunto l'ammissibilità o meno dell'azione in seguito all'omologazione di un concordato preventivo. Per chiarire il punto, è necessaria una precisa presa di posizione in ordine al risultato utile conseguibile con l'azione di cui all'art. 2394: reintegrazione del patrimonio sociale, oppure reintegrazione del patrimonio del singolo creditore. In questo senso, la tesi della natura composita dell'azione non offre alcuna soluzione.

3. LA SENTENZA DEL 14 GENNAIO 1992 DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO E LE PRONUNCE SUCCESSIVE (FINO ALLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO)

3.1. Le ragioni per cui la sentenza del 14 gennaio 1992 della Corte d'appello di Milano rappresenta un punto di riferimento in relazione al problema dell'ammissibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo

Il 14 gennaio del 1992 la Corte d'appello di Milano emanò una sentenza⁹⁷ che mise un punto al dibattito sull'ammissibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo. Alcune considerazioni inducono a considerare questa sentenza come un punto di riferimento in relazione al tema trattato.

a) Per quanto riguarda la questione relativa alla natura dell'azione, la pronuncia della Corte rappresenta l'ultimo significativo cambio di rotta giurisprudenziale. Una sentenza della Cassazione (Sez. lavoro) di appena un mese prima si era espressa a favore della natura surrogatoria.⁹⁸ La Corte d'appello di Milano, contrapponendosi all'ultima giurisprudenza di legittimità, e rovesciando l'orientamento che fino a quel momento era parso essere prevalente, affermò in modo netto ed argomentato che l'azione disciplinata dall'art. 2394 ha natura diretta. Nel giro di qualche anno, la tesi della natura diretta andò consolidandosi in dottrina e giurisprudenza, tanto che la stessa Cassazione, con una pronuncia del

97 App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Giur. Comm.*, 1993, II, p. 63 con nota di BORELLA, e in *Fall.*, 1992, p. 1146 con nota di NAPOLEONI. Nella fattispecie, agli amministratori e ai sindaci di una s.p.a. sottoposta a concordato preventivo per cessione dei beni era stato chiesto, da una società creditrice, il risarcimento del danno ex art. 2394, sul presupposto che il passivo della società debitrice fosse stato colposamente aggravato omettendo di porla tempestivamente in liquidazione e facendo ulteriormente ricorso al credito bancario.

98 Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1803.

1998, ne confermò la validità,⁹⁹ ponendo fine, almeno per il momento, al relativo dibattito.

b) La sentenza della Corte d'appello di Milano ebbe inoltre il merito di prendere posizione sulle altre questioni che assumono rilevanza in relazione al problema di cui si discute. In particolare, la Corte affermò che l'art. 184 l. fall. non ha un ruolo decisivo ai fini della decisione sull'ammissibilità dell'azione. Chiari poi che la responsabilità che viene fatta valere dai creditori sociali è di natura extracontrattuale, trattandosi di responsabilità per lesione del credito. Pure su questo aspetto, negli anni successivi alla sentenza in esame, l'orientamento manifestato dalla Corte andò consolidandosi sia in dottrina che in giurisprudenza. Vedremo in seguito come l'analisi critica di questa affermazione rappresenti un punto importante per l'individuazione di una soluzione definitiva al problema.¹⁰⁰

3.2. Le affermazioni della Corte: a) la natura diretta dell'azione dei creditori sociali

La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso contro una sentenza del Tribunale di Milano, la quale aveva sancito l'inammissibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo a causa della sua presunta natura surrogatoria.¹⁰¹

99 Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1967 con nota di FABIANI. La controversia riguardava un ex amministratore di una s.r.l. fallita, condannato dai giudici di merito al pagamento di una certa somma, a titolo di risarcimento *ex artt.* 2392 e 2393, nei confronti della società. Affermando la natura diretta e autonoma dell'azione di cui all'art. 2394, la Cassazione rilevava l'infondatezza di uno dei motivi di ricorso dell'amministratore, il quale riteneva che, stante la natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali, dovesse trovare applicazione anche nel suo caso il principio di commisurazione del danno risarcibile alla differenza tra attivo e passivo fallimentare, principio che era stato appunto affermato con riferimento all'azione dei creditori sociali esercitata dal curatore nel fallimento.

100 Vd. *infra*, cap. II, par. 2.

101 Trib. Milano, 13 novembre 1989, cit.

Logico quindi che la prima questione affrontata dalla Corte d'appello fosse appunto quella relativa alla natura dell'azione dei creditori sociali. Come si è già detto, la Corte affermò che si tratta di azione diretta. A sostegno della sua posizione addusse alcuni degli argomenti che già erano stati sviluppati dalla precedente giurisprudenza e dalla dottrina.

In primo luogo, dal momento che l'azione surrogatoria “si profila pur sempre come un'eccezione al principio secondo il quale nessuno è autorizzato ad agire in giudizio in nome proprio per far valere diritti altrui (art. 81 c.p.c.)”, la Corte suggeriva “cautela nell'attribuire carattere e finalità surrogatorie ad una azione come quella cui si riferisce l'art. 2394 c.c., che [...] espressamente postula una responsabilità diretta degli amministratori verso i creditori della società (comma primo: «Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali ... »).”

Ciò premesso, e dopo aver rilevato che “la concreta disciplina stabilita dall'ultimo comma dell'art. 2394 c.c. non collima con quella tipica dell'azione surrogatoria”, il discorso si concentrava principalmente sulla diversità dei presupposti: infatti, “mentre l'azione surrogatoria, essendo volta a ripristinare la garanzia generica del credito, presuppone unicamente la potenziale incapacità del patrimonio del debitore a fornire detta garanzia [...], l'azione risarcitoria *ex art. 2394 c.c.* [...] postula che questo patrimonio già risulti insufficiente (non solo potenzialmente) al soddisfacimento dei crediti dell'attore.”

Considerava infine la Corte che solo la natura diretta dell'azione avrebbe agevolmente spiegato l'attribuzione al curatore della legittimazione all'esercizio di “entrambe le azioni *ex artt. 2393 e 2394 c.c.*”, nonché la possibilità per il creditore di esperire l'azione anche quando il compimento dell'atto dannoso da parte degli amministratori sia stato preventivamente autorizzato dall'assemblea.

3.3. Segue: b) la natura extracontrattuale della responsabilità ex art. 2394 c.c.

Una volta stabilito che il presupposto dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 non è la potenziale incapacità del patrimonio a fornire la garanzia generica del credito, ma la sua insufficienza a soddisfare i creditori, risulta evidente che “non si tratta [...] di tutelare la garanzia del credito, bensì di conseguire il risarcimento di un danno già verificatosi e destinato a ripercuotersi nella sfera di interessi del creditore sociale”. La Corte inquadrava allora questa fattispecie di responsabilità nella categoria della responsabilità extracontrattuale per lesione del credito. Di conseguenza, l'azione in discorso avrebbe avuto per *petitum* “il risarcimento dei danni sofferti dal creditore il cui credito sia stato leso dall'illegittimo comportamento dei gestori e controllori del patrimonio della società debitrice”, e come *causa petendi* “la responsabilità di detti gestori e controllori”.

3.4. Segue: c) l'interpretazione dell'art. 184 l. fall.

L'ultimo passaggio del ragionamento coinvolgeva l'art. 184 l. fall. e, più in generale, la questione della portata vincolante del concordato. La sottoposizione alla procedura di concordato preventivo, diceva la Corte, non è di ostacolo all'ammissibilità della domanda. E ciò “non tanto perché l'art. 184 l. fall. fa salvi i diritti dei creditori verso i coobbligati del debitore [...] (in verità si stenterebbe a vedere negli amministratori responsabili di *mala gestio* dei coobbligati della società nei confronti del terzo debitore)”, quanto piuttosto per il fatto che “il concordato interviene unicamente tra la società ed i propri creditori ed altro non concerne se non la sorte dei rapporti di credito esistenti tra detti

soggetti.” In questo modo, la Corte confermava l'interpretazione in base alla quale l'art. 184 non ha la funzione di indicare gli unici soggetti nei confronti dei quali il creditore mantiene i propri diritti, bensì quella di chiarire che la portata vincolante del concordato preventivo è limitata alle sole parti contraenti.¹⁰²

3.5. Le conclusioni della Corte d'appello di Milano: l'azione dei creditori sociali, avendo natura diretta, è esperibile nonostante la sottoposizione della società a concordato preventivo

Stabilito che l'azione di cui all'art. 2394, in quanto autonoma e diretta, ha un *petitum* ed una *causa petendi* diversi da quelli dell'azione contrattuale eventualmente esperibile contro la società, e che solo quest'ultima è preclusa ai creditori sociali in virtù della sottoposizione della società stessa ad un concordato preventivo, la Corte non poteva che concludere pronunciandosi a favore dell'ammissibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo.

Aggiungeva che, in caso di concordato con cessione dei beni, la stessa azione sarebbe esperibile anche qualora la si volesse considerare di natura surrogatoria: ove i relativi diritti risarcitori siano già esistenti nel patrimonio del debitore al momento dell'approvazione e dell'omologazione del concordato, infatti, non si può escludere “l'interesse dei creditori ad esperire azioni surrogatorie volte ad incrementare il patrimonio del debitore”, poiché “il concordato per cessione non implica alcun limite fisso alla soddisfazione dei diritti dei creditori”, come invece accade nel caso del concordato a percentuale.

102 Cfr. *supra*, par. 2.2.

3.6. La giurisprudenza successiva: una posizione in via di consolidamento

Dalla sentenza della Corte d'appello di Milano, fino alla riforma del diritto societario del 2003, la Corte di Cassazione ebbe occasione di pronunciarsi due volte sulla natura dell'azione disciplinata dall'art. 2394 c.c. In un caso affermò che a favore dei creditori sociali è prevista un'azione surrogatoria,¹⁰³ nell'altro prese nettamente posizione a favore della tesi della natura diretta e autonoma.¹⁰⁴ Le due sentenze non hanno tuttavia lo stesso peso. La prima si limitava ad accennare, in un *obiter dictum* di rilevanza pressoché nulla ai fini della decisione, alla natura surrogatoria dell'azione dei creditori sociali, senza fornire alcuna argomentazione. L'altra sentenza, viceversa, affrontava specificamente il problema, recuperando le diverse argomentazioni a sostegno della natura diretta dell'azione di cui all'art. 2394, e confermando in modo deciso detta tesi.

Più ricca è invece la giurisprudenza di legittimità relativa alla qualificazione extracontrattuale della responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali.¹⁰⁵

Per quanto riguarda specificamente la questione della ammissibilità dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo, l'unico altro precedente che fece seguito alla pronuncia della Corte d'appello di Milano fu una sentenza del Tribunale di Bologna del 2002,¹⁰⁶ con la quale vennero confermate in blocco le affermazioni relative alla natura diretta dell'azione, alla natura extracontrattuale della responsabilità, all'irrelevanza dell'art. 184 l. fall., e quindi, in conclusione,

103 Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Fall.*, 1999, p. 254, con nota di ZAMPERETTI.

104 Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, cit.

105 Vd., *ex multis*, Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10.

106 Trib. Bologna, 8 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, 2, p. 1649 e in *Foro Padano*, 2002, I, p. 573 con nota di BELLORA.

all'ammissibilità dell'azione in parola.

Alla vigilia della riforma del diritto societario, la giurisprudenza si era quindi assestata su di un preciso orientamento, e tendeva ad ammettere l'esercizio dell'azione dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.* anche nei confronti degli amministratori di una società sottoposta a concordato preventivo.

II

PROFILI CRITICI: VECCHIE PERPLESSITÀ NON RISOLTE E NUOVA DISCIPLINA DEL DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE

1. L'ESIGENZA DI SOTTOPORRE AD UNA NUOVA ANALISI CRITICA L'ORIENTAMENTO PREVALENTE IN TEMA DI TUTELA RISARCITORIA DEI CREDITORI SOCIALI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Nel capitolo precedente si è detto che, secondo l'orientamento prevalente, i creditori sociali mantengono inalterata la possibilità di esercitare le proprie azioni di responsabilità, anche qualora la società debitrice sia stata sottoposta a concordato preventivo. Si è anche visto che questa soluzione si inserisce nel quadro di una costruzione teorica sintetizzabile in questi termini:

- (a) la fattispecie disciplinata dall'art. 2394 c.c. configura una forma di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito; non deve quindi essere confusa 1) con la responsabilità contrattuale della società per l'adempimento delle obbligazioni contratte, né 2) con la responsabilità contrattuale degli amministratori verso la società per l'adempimento dei doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto;
- (b) il *pactum de non petendo* insito nel concordato preventivo (omologato) impedisce ai creditori di soddisfarsi ulteriormente sul patrimonio sociale; si deve quindi escludere che i creditori sociali abbiano interesse ad esercitare azioni volte a reintegrare il

patrimonio sociale;¹⁰⁷

- (c) coerentemente con quanto risulta dal punto (a) 2), l'azione dei creditori sociali contro gli amministratori non può essere ritenuta una forma di esercizio in via surrogatoria dell'azione sociale; si tratta invece di un'azione diretta e autonoma;
- (d) in quanto diretta ed autonoma, l'azione attribuita ai creditori sociali mira a reintegrare il patrimonio del creditore, e non quello della società: il *pactum de non petendo* insito nel concordato non può quindi essere opposto dagli amministratori ai creditori che agiscano *ex art. 2394 c.c.*;
- (e) il concordato preventivo produce i suoi effetti unicamente fra le parti contraenti: altri soggetti, sia che si tratti dei coobbligati menzionati dall'art. 184 l. fall., sia che si tratti di semplici terzi, non potranno beneficiare dell'effetto esdebitatorio; non ha quindi alcuna rilevanza l'indagine circa la possibilità di considerare gli amministratori come obbligati in solido con la società per l'adempimento delle obbligazioni da essa contratte (possibilità comunque già esclusa al punto (a) 1)).

Questo impianto, in sé certamente coerente, non sembra tuttavia costituire una risposta definitiva e sufficientemente completa al problema di cui si discute. Sopravvivono infatti diverse perplessità, legate in particolare all'individuazione del bene giuridico tutelato dalle azioni di responsabilità dei creditori sociali e alla natura di quelle azioni. Sullo sfondo resta un interrogativo: come può configurarsi una responsabilità extracontrattuale per lesione del credito, quando la prestazione che

107 Salvo il caso in cui oggetto del concordato sia la cessione ai creditori di tutti i beni che costituiscono il patrimonio del debitore. Cfr. App. Milano, 14 gennaio 1992, cit. (nota 97), dove si precisa che nel contesto di un concordato con cessione dei beni l'azione dei creditori sociali potrebbe essere esercitata anche se la si ritenesse di natura surrogatoria.

costituisce oggetto del diritto di credito non è divenuta impossibile o comunque ineseguibile?

A questo si aggiungono gli spunti di riflessione che la riforma del diritto societario ha offerto in tema di tutela risarcitoria dei creditori sociali. In particolare, è stata introdotta una nuova fattispecie di responsabilità, con lo scopo di sanzionare la lesione all'integrità del patrimonio sociale nella dimensione del gruppo di imprese. Rilevante è poi anche il fatto che la nuova disciplina delle s.r.l. non preveda un'azione di responsabilità equivalente a quella concessa dall'art. 2394 c.c. ai creditori della s.p.a.

Si deve infine considerare che la disciplina del concordato preventivo, a seguito della riforma della legge fallimentare (2005-2007), risulta radicalmente modificata, dai requisiti per l'ammissione alla procedura fino alle maggioranze necessarie per l'omologazione, passando per i contenuti della proposta di concordato, che non sono più limitati alla sola alternativa fra l'offerta di garanzie per il pagamento di una percentuale dei crediti e la cessione dei beni.

L'orientamento che si era consolidato prima delle riforme, e che già all'epoca si fondava su alcuni punti non decisamente definiti, deve quindi essere sottoposto al vaglio di una nuova analisi critica, al fine di stabilire, una volta per tutte, se i creditori sociali mantengono le proprie azioni di responsabilità anche nel caso in cui la società debitrice sia stata sottoposta a concordato preventivo.

2. AZIONE DEI CREDITORI SOCIALI E RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE PER LESIONE DEL CREDITO

2.1. La tesi secondo la quale l'art. 2394 configura una fattispecie di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito, in termini di lesione dell'aspettativa di prestazione dei creditori sociali

L'insufficienza del patrimonio alla soddisfazione dei creditori è cosa ben diversa dall'estinzione dei crediti da questi ultimi vantati. Facendo riferimento al “patrimonio sociale [...] insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”, l'art. 2394 considera evidentemente i creditori di obbligazioni pecuniarie. E l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, avendo esse ad oggetto una somma di denaro, cioè un bene tipicamente fungibile, non diventa mai definitivamente impossibile.¹⁰⁸ L'insufficienza del patrimonio non estingue quindi l'obbligazione.¹⁰⁹

Nel classificare la fattispecie sanzionata dall'art. 2394 c.c. fra le ipotesi di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito,¹¹⁰ la sentenza della Corte d'appello di Milano del 1992 lasciava irrisolto un antico problema: “la tutela aquiliana dei diritti di credito trova applicazione quando la lesione che s'intende colpire incide direttamente sull'esistenza o comunque sulla eseguibilità della prestazione. Qui, invece, il credito (come tale) resta intatto”.¹¹¹

Già prima del 1992 era stato compiuto in dottrina un rilevante tentativo di superare questa perplessità. Passando in rassegna le sentenze

¹⁰⁸ Per il noto principio espresso dal brocardo latino *genus numquam perit*.

¹⁰⁹ D'altra parte la norma sulla garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.) stabilisce che “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Il riferimento ai beni futuri non avrebbe senso se un'attuale insufficienza del patrimonio estinguesse le obbligazioni.

¹¹⁰ Vd. *supra*, cap. I, par. 3.3.

¹¹¹ Così BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 283. Nello stesso senso si era già espresso Minervini, cfr. *supra*, cap. I, par. 2.3.4. e nota 83.

della Cassazione che avevano delimitato l'area del danno risarcibile ex art. 2043, si era ritenuto di trovare in esse argomenti a sostegno di una certa teoria in tema di illecito aquiliano: affinché la lesione di un diritto di credito dia luogo ad un danno risarcibile, sarebbe sufficiente una qualsiasi lesione dell'aspettativa di prestazione del creditore, senza che debba essersi necessariamente verificata l'estinzione del credito stesso.

Queste considerazioni erano state formulate da Galgano, il quale rilevava come, secondo la giurisprudenza di legittimità, la lesione del credito ricorre anche quando l'aspettativa del creditore sia lesa “pur non venendo definitivamente meno la possibilità per il debitore di eseguire nel futuro le proprie prestazioni”.¹¹² L'Autore rinveniva allora nell'art. 2394 c.c. un'applicazione legislativa di questo principio, e gli attribuiva una particolare importanza sistematica: la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali mostrerebbe “fino a qual punto possa estendersi, in forza della «clausola generale» dell'art. 2043, l'area del danno risarcibile”.¹¹³

Ora, dalla qualificazione della fattispecie di cui all'art. 2394 c.c. in termini di responsabilità extracontrattuale per lesione dell'aspettativa di prestazione si ricava che il bene giuridico protetto è il diritto di credito, e che il danno del quale il creditore può chiedere il risarcimento è pari a ciò che quel creditore non può aspettarsi di ricevere dalla società in conseguenza dell'illecito commesso dagli amministratori.¹¹⁴

112 Cass., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1137, e in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1124 con nota di VISINTINI.

113 GALGANO, *La società per azioni*, op. cit., p. 298; Id., *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1990, p. 289-291 e nota 8.

114 Calcolato secondo i criteri di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., in quanto richiamati dall'art. 2056 c.c.

2.2. La qualificazione della fattispecie di cui all'art. 2394 in termini di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito: l'individuazione del danno risarcibile

2.2.1. Individuazione e quantificazione del danno risarcibile ex art. 2394 c.c. secondo la giurisprudenza

Se ciò di cui gli amministratori possono essere chiamati a rispondere ex art. 2394 è la lesione dell'aspettativa di prestazione del creditore sociale, al fine di quantificare il danno risarcibile sarà necessario determinare il valore della diminuzione di quella aspettativa.

Ora, dalla casistica giurisprudenziale si ricava che quest'operazione non è mai risultata particolarmente complicata, e ciò per un motivo fondamentale: nella maggior parte dei casi l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. è stata trattata dalla prospettiva delle procedure concorsuali.¹¹⁵ Già si è detto¹¹⁶ che a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale¹¹⁷ la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori sociali si trasferisce in capo ad un organo della procedura. Il risultato utile dell'azione va ad incrementare la massa attiva patrimoniale, sulla quale tutti i creditori concorsuali andranno poi a soddisfarsi, ciascuno in ragione del proprio credito.¹¹⁸

L'evoluzione del criterio di individuazione e quantificazione del danno risarcibile ha quindi avuto luogo nel contesto di azioni promosse da un organo della procedura (in genere il curatore del fallimento), dirette ad ottenere un risultato utile per i creditori collettivamente

115 Si è osservato *supra*, cap. I, par. 1.3.3., nota 39, che le procedure concorsuali costituiscono la “sede naturale”, anche se non esclusiva, per l'esperimento dell'azione di responsabilità dei creditori sociali.

116 Vd. *supra*, cap. I, par. 1.3.3.

117 Ciò vale per tutte le procedure concorsuali eccetto il concordato preventivo, per il quale non c'è alcuna disposizione specifica.

118 Cfr. art. 111 della l. fall.

considerati, nell'ambito di una esecuzione concorsuale sul patrimonio del debitore. In un contesto, cioè, in cui è agevolmente calcolabile la lesione dell'aspettativa di prestazione dei creditori sociali, ossia la differenza fra ciò che i singoli creditori otterranno e ciò che avrebbero potuto ottenere se l'integrità del patrimonio sociale non fosse stata lesa dalla condotta degli amministratori.

Il criterio oggi generalmente applicato è stato affermato dalla Cassazione con la sentenza 22 ottobre 1998, n. 10488, la quale ha stabilito che “agli amministratori deve essere accollato il risarcimento dei danni che si pongano quale conseguenza immediata e diretta delle commesse violazioni e nella misura equivalente al detrimento patrimoniale che non si sarebbe verificato se la condotta illecita degli amministratori non fosse stata attuata.”¹¹⁹

Questo criterio ha certamente il merito di attribuire rilevanza al necessario nesso causale fra la condotta dell'amministratore ed il danno all'integrità del patrimonio. Inoltre, fintanto che si resta nel contesto del fallimento, è sufficiente a determinare l'entità del danno risarcibile in termini di lesione dell'aspettativa di prestazione: la misura del detrimento patrimoniale imputabile agli amministratori è esattamente equivalente alla differenza fra ciò che i singoli creditori riescono ad ottenere e ciò che invece avrebbero ottenuto se l'integrità del patrimonio non fosse stata danneggiata a causa dell'atto di *mala gestio*.

119 Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1967, con nota di FABIANI, a cui si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali relativi ai criteri di quantificazione del danno applicati precedentemente. Con questa sentenza la Corte superava il criterio fino a quel momento prevalente, in base al quale il danno si sarebbe dovuto quantificare in misura pari all'intera differenza fra il passivo ammesso (cioè l'insieme dei crediti concorsuali) e le attività fallimentari. Fabiani rileva come la dottrina avesse criticato tale criterio, ritenendolo “esagerato per eccesso non potendosi imputare agli amministratori la colpa di eventi relativi al mercato, quasi a voler convertire l'azione risarcitoria in azione sanzionatoria [...] ma anche per difetto, [...] perché il passivo ammesso può essere inferiore al passivo reale (per la rinuncia dei creditori all'insinuazione)”. Per ulteriori approfondimenti si veda CONFORTI, *La responsabilità*, op. cit., p. 803 e ss.

2.2.2. *L'individuazione del danno (come lesione dell'aspettativa di prestazione del creditore) al di fuori delle procedure concorsuali*

Ma l'azione dei creditori sociali può essere esperita anche al di fuori delle procedure concorsuali.¹²⁰ Legittimato, ai sensi dell'art. 2394, è in questo caso il singolo creditore, ed il risultato utile dell'azione è destinato ad incrementare il suo patrimonio.¹²¹

In questo caso è più complicato determinare in concreto il valore della lesione dell'aspettativa di prestazione; soprattutto se si considera che, al di fuori delle procedure concorsuali, è probabile che la situazione di insufficienza del patrimonio al soddisfacimento di *tutti* i crediti non sia calata in un contesto in cui è stato effettivamente messo in atto un meccanismo di distribuzione delle risorse disponibili a *tutti* i creditori.¹²² Di conseguenza, diventa estremamente difficile stabilire a quanto ammonta, sul piano sostanziale, la lesione dell'aspettativa, perché non c'è in concreto quella parziale soddisfazione del credito rispetto alla quale, nel fallimento, viene fatto il confronto.

Vero è che queste difficoltà possono essere superate sul piano processuale, costruendo la pretesa risarcitoria sull'intero ammontare del credito non soddisfatto, e attribuendo poi agli amministratori l'onere di fornire una proiezione di come ipoteticamente dovrebbero essere distribuite fra tutti i creditori le risorse che costituiscono il patrimonio sociale, al fine di individuare un parametro di riferimento rispetto al

120 Si è detto *supra*, cap. I, par. 1.3.1., che il presupposto oggettivo dell'azione e quello delle procedure concorsuali, pur essendo molto vicini, non coincidono. Che l'azione possa essere esercitata anche al di fuori di procedure concorsuali è d'altra parte espressamente previsto dall'art. 2394-*bis* del codice civile, letto *a contrario*.

121 Si sta dando evidentemente per scontato che, d'accordo con l'orientamento prevalente, l'azione dei creditori sociali sia diretta ed autonoma.

122 A meno che tutti i creditori sociali abbiano attivato meccanismi di esecuzione forzata sul patrimonio sociale. Uno scenario del genere, in relazione ad una società *in bonis*, potrebbe verificarsi in particolar modo rispetto ad una società che non presenti i requisiti per l'assoggettabilità a fallimento (*ex art. 1 l. fall.*).

quale ridurre l'entità della pretesa risarcitoria.

Le cose sarebbero tuttavia più semplici, e probabilmente più coerenti sotto il profilo sistematico, se fosse possibile interpretare l'art. 2394 c.c. senza ricorrere alla nozione di “lesione dell'aspettativa di prestazione”, strutturando la fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali attorno ad un bene giuridico distinto dal diritto di credito, la cui lesione sia individuabile come diretta conseguenza dell'illecito degli amministratori, senza che sia necessaria la prospettiva di una ripartizione fra i creditori dei beni che costituiscono il patrimonio sociale.

2.3. Critica alla tesi della responsabilità extracontrattuale per lesione del credito: a) l'estensione della risarcibilità della lesione del credito secondo la giurisprudenza: l'estinzione del credito

2.3.1. Giurisprudenza sulle fattispecie di temporanea impossibilità di prestazione del debitore: rapporti di lavoro

Alcuni indici inducono d'altra parte a ritenere necessaria un'indagine più approfondita sul tema della natura della responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. In particolare, non sembra convincente l'idea che la norma sia posta a protezione del diritto di credito del singolo creditore sociale.

Un primo dato che mette in dubbio la correttezza della ricostruzione della fattispecie in termini di responsabilità extracontrattuale per lesione del credito sta nella constatazione del fatto che all'origine della tesi di Galgano sull'art. 2394¹²³ sembra esserci un equivoco.

Vero è che diverse volte, in giurisprudenza, è stato ritenuto responsabile per lesione del credito il terzo che aveva reso solo

123 Cfr. *supra*, par. 2.1.

temporaneamente impossibile la prestazione del debitore.¹²⁴ Ma nella maggior parte dei casi si trattava di lesione del diritto di un datore di lavoro alle prestazioni del dipendente, per la durata dell'invalidità temporanea di quest'ultimo.¹²⁵

Ora, il rapporto di lavoro è un rapporto di durata, ed il diritto di credito del datore di lavoro ha ad oggetto un flusso di prestazioni. Ad un singolo intervallo temporale è riferibile una certa parte di quel flusso. L'invalidità del lavoratore determina, per un dato intervallo di tempo, l'impossibilità *definitiva* di eseguire le prestazioni che costituiscono quella parte del flusso. In futuro, il lavoratore-debitore sarà nuovamente in grado di adempiere alla propria obbligazione, ma si tratterà di eseguire prestazioni che, nonostante rientrino nello stesso rapporto obbligatorio unitariamente considerato, saranno diverse da quelle rese impossibili dalla condotta del terzo.

L'art. 2043 consente quindi al creditore di chiedere il risarcimento per un danno derivante dall'impossibilità definitiva di eseguire una o più determinate prestazioni, in sé considerate, inserite in un rapporto di lavoro che invece sopravvive.

2.3.2. Il leading case in materia di temporanea impossibilità di prestazione del debitore: il “caso della fionda”

Galgano rilevava¹²⁶ come la risarcibilità del danno derivante dalla temporanea impossibilità di prestazione del debitore fosse un punto acquisito nella giurisprudenza di legittimità, sancito per la prima volta

124 Alcuni riferimenti giurisprudenziali sono elencati dallo stesso GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 290 nota 9.

125 Il datore di lavoro era costretto a rinunciare alle prestazioni del dipendente, pur dovendolo retribuire, o comunque dovendo assumere e retribuire un altro dipendente al suo posto.

126 GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 290 nota 8.

nel 1972 dalla Corte di Cassazione, la quale si era dovuta pronunciare su di una controversia nota come “il caso della fionda”.¹²⁷ Nella fattispecie, un terzo aveva cagionato l'interruzione dell'erogazione di corrente elettrica ad un utente, produttore di pasta, il quale era stato quindi costretto a fermare la lavorazione per venti ore, sopportando inoltre il danno derivante dal deterioramento del prodotto in essiccazione. Risulta evidente che, anche in questo caso, il diritto di credito (il diritto all'erogazione di corrente) aveva ad oggetto un flusso di prestazioni, e che la lesione del credito consisteva nell'interruzione di quel flusso.

In questa occasione, la Cassazione aveva affermato che “il terzo risponde, a norma dell'art. 2043 c.c., del danno arrecato al creditore [...] pur non venendo definitivamente meno la possibilità per il debitore di eseguire nel futuro le proprie prestazioni”. Nel fondare la propria tesi su questa parte della sentenza, Galgano tralasciava però le altre considerazioni della Corte, secondo la quale “deve trattarsi per il creditore di una perdita definitiva ed irreparabile”,¹²⁸ e se è vero che questo può accadere pur non venendo meno la possibilità per il debitore di eseguire nel futuro le proprie prestazioni, ciò vale qualora “si sia in presenza di un rapporto di durata, dal quale sorga l'obbligazione di prestare continuativamente in funzione di uno specifico interesse del creditore al carattere ininterrotto del flusso di prestazioni”, perché è in quel caso che l'interruzione può risolversi, “con riferimento ad un determinato intervallo temporale, in un pregiudizio ineliminabile”.

127 Cass., 24 giugno 1972, n. 2135, cit. Galgano faceva riferimento a questa controversia chiamandola “caso della fionda”, convinto che il danno fosse stato cagionato da un ragazzo, armato di fionda, che giocava al tiro al bersaglio con gli isolatori dell'alta tensione. In realtà, nella sentenza non si trova alcun riferimento ad una condotta del genere: l'isolatore della linea elettrica era stato deteriorato a causa dell'incauto brillamento di alcune mine, ad opera dei dipendenti di un'impresa di costruzioni.

128 In questi termini si era pronunciata la Corte un anno prima, nella nota sentenza Cass., 26 gennaio 1971, n. 174 (caso Meroni), in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 680.

2.3.3. Interruzione del flusso di prestazioni ed estinzione di una parte del credito

Nei casi considerati, parlare di *temporanea impossibilità per il debitore di eseguire la propria prestazione* significa in realtà indicare una definitiva impossibilità di eseguire una parte delle prestazioni che formano oggetto di un rapporto di durata. Il diritto di credito, per la parte relativa alle prestazioni divenute impossibili, è dunque da considerarsi estinto ai sensi dell'art. 1256 c.c.¹²⁹ Ed è per il danno derivante dall'estinzione di quella parte del credito che può essere eventualmente chiesto il risarcimento al terzo che abbia reso impossibile la prestazione.

2.3.4. Conclusione: la fattispecie di cui all'art. 2394 non integra i presupposti richiesti dalla giurisprudenza affinché si possa parlare di lesione risarcibile di un diritto di credito

Tutte le citate ipotesi di lesione del credito che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto fonte di responsabilità extracontrattuale presentano quindi un elemento in comune: nelle diverse fattispecie la condotta del terzo ha cagionato l'estinzione, in tutto o in parte, del diritto di credito. Invece, come si è detto, nel caso dell'insufficienza patrimoniale causata dalla violazione dei doveri inerenti alla conservazione dell'integrità patrimoniale, i diritti vantati dai creditori sociali restano intatti.

L'interpretazione che Galgano aveva dato dell'orientamento della Cassazione sembra dunque errato: nell'individuare l'estensione della

¹²⁹ L'art. 1256 c.c. disciplina l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva della prestazione. Se si volesse guardare al flusso di prestazioni in una prospettiva unitaria, si potrebbe fare riferimento all'art. 1258 c.c., che disciplina l'impossibilità parziale della prestazione. Il risultato non cambia: il credito risulta estinto per una parte, sopravvive per il resto.

risarcibilità della lesione del credito, la Suprema Corte non ha superato il limite dell'estinzione del credito stesso, che di tale risarcibilità sembra costituire quindi un elemento fondante. Non esiste insomma, come invece sosteneva Galgano, un principio giurisprudenziale contrario, di cui l'art. 2394 c.c. costituirebbe una specificazione legislativa.

Stabilito questo, nulla vieta in realtà di insistere sulla via della responsabilità extracontrattuale per lesione del credito. Ma un tentativo del genere andrebbe compiuto con la consapevolezza che per percorrere questa strada è necessaria un'argomentazione convincente, che vada *oltre* l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, dimostrando che è possibile estendere ulteriormente l'area del danno risarcibile.

Le considerazioni fin qui svolte dimostrano cioè che la tesi secondo la quale l'art. 2394 c.c. è posto direttamente a tutela del singolo diritto di credito del creditore sociale non trova nella giurisprudenza quegli appigli cui si era ritenuto di poterla agganciare.

2.4. Segue: b) il sistema delle norme sulla responsabilità degli amministratori: artt. 2394 e 2395, danno indiretto e bene giuridico a dimensione collettiva

2.4.1. I creditori sociali ed il singolo socio o il terzo “direttamente danneggiati”: il criterio di distinzione fra risarcibilità ex artt. 2393-2394 e risarcibilità ex art. 2395

Vi è però un secondo indice a conferma del fatto che non è soddisfacente qualificare il danno di cui all'art. 2394 in termini di lesione del credito, un dato che si ricava da una lettura sistematica delle norme che regolano la responsabilità civile degli amministratori di s.p.a., ed in particolare dall'analisi del rapporto fra l'azione dei creditori sociali e

quella disciplinata dall'art. 2395 c.c.

Ai sensi dell'art. 2395, le disposizioni relative all'azione sociale e all'azione dei creditori sociali “non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori.”

Secondo l'interpretazione corrente, al pari della responsabilità nei confronti della società e di quella nei confronti dei creditori sociali, la fattispecie di cui all'art. 2395 c.c. riguarda atti illeciti compiuti dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio,¹³⁰ rispetto ai quali conferma l'applicabilità della tutela aquiliana prevista in via generale dall'art. 2043 c.c.; si distingue però dalle altre due ipotesi di responsabilità per la diversa incidenza del danno arrecato dalla violazione dell'amministratore.

Infatti, “il danno risarcibile *ex art. 2395* è solo quello incidente direttamente sul patrimonio del terzo, del creditore o del socio per effetto del comportamento doloso o colposo dell'amministratore nell'esercizio delle sue funzioni; non anche il danno che colpisce il patrimonio della società e, solo in via mediata e di riflesso, quello del terzo o del socio”.¹³¹ Danno, quest'ultimo, che determina invece l'insorgere di responsabilità *ex art. 2392* (nei confronti della società) o *ex art. 2394* (nei confronti dei creditori sociali).¹³²

130 Non ci sarebbe altrimenti bisogno di una disposizione espressa, risultando sufficiente la norma generale di cui all'art. 2043 c.c. In questo senso si veda soprattutto MINERVINI, *Gli amministratori*, op. cit., p. 363 e ss.; GIANATTANASIO, *Sull'azione individuale del terzo per fatto illecito dell'amministratore di società di capitali*, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 888. In giurisprudenza, tuttavia, talvolta la circostanza che il danno sia stato arrecato dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio non è stata ritenuta rilevante: vd. Cass., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Foro it.*, 1997, I, c. 235.

131 Così Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251, cit.

132 In dottrina, vd. MASUCCI, *Sulla responsabilità degli amministratori ex art 2395 codice civile*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 589; GALGANO, *Diritto commerciale. II. Le società*, Bologna, 1986, p. 342; CONFORTI, *La responsabilità civile*, op. cit., p. 839 e ss.; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, op. cit., p. 213 e ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali; FRANZONI, *Società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. I. Disposizioni generali. Degli amministratori*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, p. 575 e ss. Una ricostruzione diversa è proposta da CORSI, *Le azioni di responsabilità ex art. 2395*, op. cit., p. 3, secondo il quale la formulazione della norma in

Di conseguenza, in particolare, il socio non potrà agire *ex art.* 2395 per il danno consistente nella diminuzione di valore della sua partecipazione causata da una lesione al patrimonio sociale, essendo tale fattispecie assorbita dalle disposizioni che regolano l'azione sociale.¹³³

Allo stesso modo, il creditore che lamenta il danno derivante dall'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione del proprio credito deve agire ai sensi dell'*art.* 2394, trattandosi di un pregiudizio che costituisce il riflesso della lesione cagionata al patrimonio sociale.

2.4.2. Il criterio dell'incidenza del danno dalla prospettiva dei soggetti danneggiati: la dimensione collettiva o individuale dei soggetti ai quali è attribuibile il bene giuridico leso

È possibile però andare oltre nello specificare il criterio di distinzione fra risarcibilità *ex artt.* 2393-2394 e risarcibilità *ex art.* 2395 c.c., se dalla prospettiva della diversa incidenza del danno si passa a quella dei soggetti danneggiati e del bene giuridico ad essi attribuibile.

Si riprenda il caso del socio che lamenti il danno derivante dalla diminuzione di valore della propria partecipazione, causata dalla lesione al patrimonio della società. Quel danno è il riflesso di un pregiudizio che viene ad essere condiviso con la generalità dei soci, intesa come categoria caratterizzata da un interesse omogeneo, e cioè l'interesse alla massimizzazione del valore delle partecipazioni sociali. Il bene giuridico leso sembra essere in questo caso il patrimonio sociale, inteso appunto come valore dell'insieme delle partecipazioni dei soci. In questo senso

esame, escludendo che sia risarcibile il danno indiretto, impedisce di agire *ex art.* 2395 per la responsabilità extracontrattuale da lesione del credito.

¹³³ Così espressamente PAGNI, *Crisi societarie ed intervento del giudice tra revoca dell'amministratore, azioni di responsabilità e forme di tutela dei creditori*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. II, p. 221.

appare coerente affermare che la pretesa risarcitoria deve essere avanzata non dal singolo socio *ex art. 2395*, ma dalla società in seguito ad una deliberazione assembleare (*art. 2393*), o comunque dai soci che rappresentino una certa parte del capitale sociale (*art. 2393-bis*).¹³⁴

In altre parole, al carattere indiretto del danno per il singolo fa da contraltare l'individuazione di una categoria di soggetti cui è collettivamente attribuibile il bene giuridico direttamente leso.

Lo stesso criterio dovrebbe valere nella distinzione fra il danno al singolo terzo-creditore ed il danno al creditore inteso come soggetto appartenente ad una categoria, quella dei creditori sociali, caratterizzata da un interesse omogeneo, e cioè l'interesse a che il patrimonio sociale risulti sufficiente alla soddisfazione dell'insieme dei crediti. Al carattere indiretto del danno per il singolo creditore dovrebbe fare cioè da contraltare un bene giuridico in grado di valorizzare la dimensione collettiva dei soggetti legittimati all'azione. E questo bene giuridico non può essere il singolo diritto di credito vantato dal creditore sociale.

2.4.3. La necessità di un quid pluris rispetto alla tutela offerta dall'art. 2395

D'altra parte, rinunciando ad individuare un bene giuridico che sia attribuibile ai creditori sociali in quanto appartenenti ad una categoria, e quindi accontentandosi di configurare la fattispecie di cui all'*art. 2394* come un'ipotesi di responsabilità per lesione del credito, diventa difficile giustificare l'esistenza stessa di una previsione di responsabilità nei confronti dei creditori sociali distinta dalla responsabilità *ex art. 2395*. La lesione del credito dà luogo ad un danno risarcibile ai sensi dell'*art. 2043*

¹³⁴ Salva la possibilità che l'azione sociale sia esercitata in seguito a deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, *ex art. 2393 co. 3*.

c.c., e si è detto che l'art. 2395 conferma l'applicabilità dello schema della responsabilità aquiliana alle ipotesi di danno causato dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni.¹³⁵ Il diritto di credito è un bene appartenente alla sfera patrimoniale del creditore sociale, il quale è quindi direttamente danneggiato dalla lesione del credito causata dall'atto doloso o colposo dell'amministratore. Il diritto al risarcimento di un danno di questo tipo sembra quindi già previsto dall'art. 2395.

Il percorso che sembra doversi intraprendere consiste quindi nell'individuazione di un bene giuridico distinto dal singolo credito, un bene che sia oggetto di un diritto attribuito ai creditori sociali dallo stesso art. 2394, e che in assenza dell'espressa previsione di un'apposita fattispecie resterebbe privo di tutela risarcitoria.

2.5. Riepilogo e considerazioni conclusive: direttive per un'interpretazione ricostruttiva della fattispecie di responsabilità disciplinata dall'art. 2394 c.c.

Prendendo spunto da una risalente critica alla tesi che vede nell'art. 2394 una fattispecie di responsabilità extracontrattuale, si è messo in discussione il fatto che l'art. 2394 disciplini un'ipotesi di responsabilità per lesione del credito.

Si sono individuati due indici che sembrano confermare la necessità di ripensare la struttura della fattispecie e di superare l'idea che il bene giuridico protetto dall'art. 2394 sia il singolo diritto di credito: la tesi della responsabilità extracontrattuale per lesione del credito 1) non trova in giurisprudenza gli appigli cui si era ritenuto di poterla agganciare, e 2) non è coerente con una lettura sistematica delle norme che disciplinano

¹³⁵ Vd. *supra*, par. 2.4.1., e cfr. la dottrina citata a nota 132.

la responsabilità degli amministratori.

D'altra parte, la figura della lesione dell'aspettativa di prestazione non sembra consentire una ricostruzione soddisfacente sotto il profilo del criterio di individuazione e quantificazione del danno risarcibile, quando si tratti di applicare la fattispecie al di fuori di procedure concorsuali.

Sembra quindi opportuno reinterpretare la norma nel suo complesso, poiché il problema di quale sia la natura della responsabilità nei confronti dei creditori sociali si inserisce in realtà in un discorso più ampio. A dover essere chiarito è il contenuto stesso della fattispecie, e in particolare deve essere individuato il bene la cui lesione determina il diritto di chiedere il risarcimento agli amministratori. Nel contesto di una ridefinizione del contenuto dell'art. 2394 si dovrà poi inserire, fra le altre cose, anche l'analisi della natura della responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali.¹³⁶

¹³⁶ La trattazione di questi temi costituisce oggetto di un paragrafo a parte, vd. *infra*, cap. III, par. 3.

3. I PROFILI RILEVANTI DELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO DEL 2003

3.1. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società: art. 2497 c.c.

3.1.1. La fattispecie (in sintesi)

Si è già accennato¹³⁷ al fatto che con la riforma delle società di capitali è stata introdotta una nuova fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Ai sensi dell'art. 2497, “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.”

La norma è espressione dell'intento del legislatore di garantire una tutela, nella dimensione del gruppo di imprese, per i creditori delle società eterodirette e per i cd. *soci esterni*, cioè i soci delle eterodirette che non sono al tempo stesso soci della società capogruppo. A questo fine l'art. 2497 c.c. configura una fattispecie che ha come elemento costitutivo il danno causato dall'esercizio abusivo, cioè con “egoismo imprenditoriale”¹³⁸ ed in violazione dei principi di corretta gestione delle società dipendenti, dell'attività di direzione e coordinamento. La norma

137 Vd. *supra*, cap. I, par. 1.2.4.

138 “In funzione esclusivamente dell'interesse imprenditoriale proprio o di un soggetto terzo”: l'espressione è di G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 194.

esclude tuttavia la 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.”¹³⁹ Ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 risponde inoltre in solido “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.”

Un approfondimento del significato della norma richiederebbe in primo luogo di riempire di contenuto le diverse clausole generali alle quali è ricorso il legislatore, a partire dalla stessa nozione di “attività di direzione e coordinamento”. Non è però questa la sede per un'analisi del genere.¹⁴⁰ Ciò che qui interessa sono alcuni particolari aspetti della disciplina di questa fattispecie, che evidenziano i punti di contatto con la responsabilità degli amministratori di s.p.a.

3.1.2. La responsabilità della capogruppo a confronto con la responsabilità degli amministratori ex artt. 2392-2394: a) il danno ai soci e ai creditori sociali e la natura della responsabilità

Una prima considerazione riguarda il tipo di danno per il quale la norma configura una responsabilità in capo alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento. Si tratta di quelle stesse ipotesi che, con riferimento alla responsabilità degli amministratori di

139 Il legislatore mostra così di voler attribuire rilevanza alla teoria, da lungo tempo dibattuta, dei cd. *vantaggi compensativi*. Sul punto, *ex multis*, vd. V. SCOGNAMIGLIO, *Vantaggi compensativi nel gruppo di società*, in *Soc.*, 2009, p. 498, il quale osserva che “il sacrificio che la singola società può essere chiamata a sopportare – nell'ottica e nella logica del gruppo di appartenenza – deve ritenersi legittimo solo in presenza di adeguate contropartite in termini di effetti positivi per la singola società alla quale le dinamiche gestionali del gruppo hanno richiesto il sacrificio.” In giurisprudenza, vd. Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Soc.*, 2005, p. 164, che tratta il tema dei vantaggi compensativi dalla prospettiva della responsabilità dell'amministratore della società eterodiretta. Per altri riferimenti giurisprudenziali si rinvia a TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, op. cit., p. 41 nota 65.

140 Per approfondimenti si rinvia alla dottrina cui si è fatto riferimento *supra*, alle note 22-23.

s.p.a., sono state definite di *danno indiretto*:¹⁴¹ da una parte, il danno derivante ai soci per “il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale”,¹⁴² dall'altra, il danno derivante ai creditori sociali “per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale”. Ad essere lesa, in entrambi i casi, è in prima battuta la sfera patrimoniale della società eterodiretta. Sul versante della responsabilità nei confronti dei creditori sociali sussiste tuttavia una rilevante differenza rispetto alla responsabilità degli amministratori *ex art. 2394*: non c'è alcun riferimento espresso al requisito dell'insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei crediti.

Per quanto attiene poi alla natura della responsabilità della capogruppo, vi è disaccordo fra chi, forte anche delle osservazioni contenute nella *Relazione* al testo della riforma,¹⁴³ qualifica detta responsabilità come extracontrattuale, e chi invece propende per una concezione *lato sensu* contrattuale, fondata sull'osservazione che per integrare la fattispecie è necessaria la “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”.¹⁴⁴ Altri distinguono poi fra responsabilità nei confronti dei soci esterni (contrattuale) e responsabilità

141 Cfr. *supra*, par. 2.4.

142 Per una casistica delle ipotesi di danno ai soci della controllata vd. IRACE, *Sub Art. 2497*, in SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, III, Torino, 2003, p. 318.

143 “La responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fondamentalmente di stampo «aquiliano»”: così la *Relazione* di accompagnamento al d. lgs. 6/2003, §13.

144 Sostengono la natura contrattuale della responsabilità WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*. Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28.9.2002, Milano, 2003, p. 207-208; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 770; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri*, op. cit., p. 195; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 668-670; CARIELLO, *Art. 2497*, op. cit., p. 1865. Cfr. anche Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 768, secondo il quale il fatto che l'art. 2497 configuri una responsabilità extracontrattuale “non è affatto scontato, prevalendo, anzi, in dottrina la tesi della natura contrattuale”. A favore della natura extracontrattuale sono invece GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 1037; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 605; FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Soc.*, 2003, p. 1202; BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, p. 201.

nei confronti dei creditori sociali (extracontrattuale).¹⁴⁵

Merita infine notare che la lettera della norma lascia pochi dubbi sulla natura diretta (e quindi non surrogatoria) dell'azione dei creditori sociali: “le società o gli enti [...] sono direttamente responsabili [...] nei confronti dei creditori sociali”. D'altra parte, risulterebbe complicato interpretare l'azione dei creditori sociali in termini di legittimazione surrogatoria all'azione spettante alla società eterodiretta, dal momento che ad un'azione spettante alla società eterodiretta, fra le norme dedicate alla disciplina del gruppo di imprese, non c'è alcun riferimento.¹⁴⁶

145 IRACE, *Sub Art. 2497*, op. cit., p. 319-321. Non è di particolare aiuto l'attuale panorama della giurisprudenza di merito, dove il profilo dell'azione dei soci e quello dell'azione dei creditori sociali non vengono di solito trattati insieme. In tema di azione dei soci viene talvolta sostenuta la natura contrattuale della responsabilità (vd. Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Soc.*, 2012, p. 258, secondo il quale “la disposizione [...] prefigura [...] la sussistenza di un preesistente dovere di protezione avente contenuto definito posto a carico della società dirigente verso la società diretta ed i suoi soci, ovvero di una situazione fondante una responsabilità contrattuale, secondo l'ampia accezione che tale responsabilità è venuta assumendo nella più recente evoluzione giurisprudenziale”) mentre in tema di azione dei creditori sociali sembra prevalere invece la tesi della natura extracontrattuale (vd. Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Fall.*, 2008, p. 1435, che accoglie espressamente la tesi della responsabilità per lesione del credito). Afferma la natura extracontrattuale della responsabilità anche la sentenza del Trib. Roma, 17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 211, della quale tuttavia, essendo state pubblicate solo le massime, non è dato sapere se vertesse su di un'azione promossa dai soci o dai creditori. A pronunciarsi a favore della natura extracontrattuale della responsabilità sia verso i soci sia verso i creditori sociali è stato Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, I, p. 3184. Per altri riferimenti alla giurisprudenza si veda TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, op. cit., p. 37 nota 53.

146 Anche perché, se si guarda alle ipotesi nelle quali si presume, ex art. 2497-*sexies*, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (in particolare, le fattispecie di controllo di cui all'art. 2359 c.c.), risulta evidente che nella maggior parte dei casi la società eterodiretta non ha di per sé le forze per agire contro la capogruppo. Con ciò si spiega anche come mai, nella dimensione del gruppo di imprese, la lesione del patrimonio sociale che determini una diminuzione del valore (e della redditività) delle partecipazioni sociali comporti l'insorgere di un obbligo di risarcimento direttamente verso il singolo socio, laddove la stessa lesione, che rappresenta pur sempre un'ipotesi di danno indiretto, nella società monade è assorbita dalla fattispecie di responsabilità degli amministratori verso la società. In ogni caso, l'assenza di una specifica previsione non esclude che, in teoria, la società eterodiretta possa agire contro la capogruppo: è possibile che il rapporto fra capogruppo e società eterodiretta sia regolato da vincoli contrattuali (cfr. art. 2497-*septies*) idonei a configurare una responsabilità per inadempimento, e in ogni caso resta applicabile la disciplina della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043. Certo è che il legislatore dell'art. 2497 si è preoccupato unicamente di apprestare una tutela per i soci esterni ed i creditori delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, e in questo senso è coerente che l'azione dei creditori sociali abbia natura diretta e autonoma.

3.1.3. Segue: b) *il significato dell'art. 2497 co. 3*

Molta perplessità ha suscitato in dottrina la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 2497, ai sensi del quale “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.”

Di questa norma sono state proposte diverse interpretazioni, molte delle quali accomunate dall'idea che la responsabilità della capogruppo sia da considerarsi in qualche modo sussidiaria rispetto ad una responsabilità della società eterodiretta. I soci ed i creditori di quest'ultima sembrerebbero “cioè trovarsi nella condizione di essere risarciti alternativamente dalla società eterogestita o anche dalla capogruppo, ma di non poter agire contro la capogruppo se non quando risulti la loro insoddisfazione da parte della società eterogestita.”¹⁴⁷

Sul modo in cui dovrebbe risultare l'insoddisfazione da parte della società eterogestita vi sono poi significative divergenze: alcuni fanno riferimento ad un onere di preventiva escussione gravante in capo ai soci o ai creditori sociali, altri ritengono che la disposizione configuri piuttosto un beneficio di preventiva escussione a favore della capogruppo, altri ancora limitano la portata della norma all'ipotesi di adempimento spontaneo da parte della società eterodiretta. Diversa è poi la lettura di chi considera la società eterodiretta, insieme con i soci ed i creditori sociali, come parte di un'obbligazione solidale attiva verso la capogruppo, e di chi invece rinvia allo schema della delegazione di pagamento, dove la società eterodiretta sarebbe la semplice esecutrice

¹⁴⁷ MAGGILOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497³ c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 176 e ss., il cui lavoro consiste proprio nel sottoporre a critica questa impostazione, per giungere poi a proporre una diversa tesi interpretativa.

materiale di una prestazione dovuta dalla capogruppo.¹⁴⁸

Certo è che l'interpretazione del terzo comma dell'art. 2497 non può prescindere da un'evidente constatazione: la società eterodiretta non può, per definizione, *risarcire* con mezzi propri il danno cagionato ai soci o ai creditori sociali, poiché questo danno non è altro che il riflesso della lesione causata alla sfera patrimoniale della stessa società eterodiretta. L'esborso in cui si concretizzerebbe il risarcimento comporterebbe un'ulteriore diminuzione del patrimonio sociale, inteso sia come valore complessivo delle partecipazioni dei soci, sia come garanzia generica dei crediti vantati dai creditori sociali.

A conferma della sensazione che la soluzione non possa consistere nel riconoscimento di una responsabilità della eterodiretta nei confronti dei soci e dei creditori sociali vi sarebbe poi la lettera della norma, la quale in effetti non parla di “risarcimento”: i soci e i creditori possono agire solo se non sono stati “soddisfatti” dalla eterodiretta.¹⁴⁹

Ora, dal momento che rispetto al patrimonio della società eterodiretta i soci ed i creditori sociali si collocano su posizioni giuridiche distinte e vantano interessi diversi,¹⁵⁰ si può supporre che il terzo comma dell'art.

148 *Ivi*, p. 177-181, dove sono riassunte le diverse tesi proposte. Comune a tutte queste impostazioni è la critica di PAGNI, *Crisi societarie*, op. cit., p. 224, secondo la quale leggere “come quella che finisce per scorgere una sorta di *beneficium excussionis* a favore della società controllante, quando non addirittura una vera e propria ipotesi di giurisdizione condizionata, o in ogni caso quella che presuppone un intervento della controllata a soddisfare la pretesa al risarcimento, seppur nelle forme dell’adempimento spontaneo dell’obbligazione altrui – non mi sembrano avere cittadinanza in un sistema che ha riguardo più all’assetto dei rapporti sul piano sostanziale, che non al loro modo di esprimersi sul terreno del processo, e che pertanto adopera una terminologia che pare fatta più per spiegare il contenuto delle situazioni soggettive sostanziali, che non per individuare i presupposti della tutela che l’ordinamento ha previsto per le stesse.” In giurisprudenza si vedano Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., e Trib. Palermo, 15 giugno 2011, cit., i quali, con identica formulazione, affermano che “né la messa in mora né la preventiva escussione della società controllata costituiscono condizioni dell’azione o di proponibilità della domanda volta a far valere la responsabilità dell’ente capogruppo per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell’attività di direzione e coordinamento.”

149 Il rilievo è di BADINI CONFALONIERI, *Sub art. 2497*, op. cit., p. 2173.

150 I primi, in quanto “proprietari” della società, hanno interesse alla massimizzazione del valore delle proprie partecipazioni; i secondi, invece, hanno interesse alla conservazione dell’integrità del patrimonio.

2497 abbia una portata normativa differente a seconda che l'azione sia esercitata dagli uni o dagli altri.¹⁵¹ In questa sede è però opportuno limitare il ragionamento alla prospettiva che qui interessa, cioè quella dei creditori sociali.¹⁵² E da questa prospettiva sembra potersi ritenere che la condizione del non essere stati soddisfatti dalla eterodiretta non sia altro che la traduzione, nella dimensione del gruppo di imprese, della condizione dell'insufficienza patrimoniale “al soddisfacimento dei loro crediti” di cui all'art. 2394 c.c.: i creditori sociali possono agire, tanto nei confronti degli amministratori quanto nei confronti della società che svolge attività di direzione e coordinamento, solo se la società loro debitrice non è in grado di “soddisfarli”, cioè di adempiere l'obbligazione.¹⁵³ Con la differenza che, nell'ambito del gruppo di imprese, le risorse per soddisfare i crediti possono provenire, oltre che dal patrimonio della eterodiretta, anche da altre società del gruppo o dalla stessa capogruppo; motivo per cui non sarebbe stato opportuno inserire all'art. 2497 c.c. un generico riferimento alla “insufficienza del patrimonio”.¹⁵⁴

151 In questi termini ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, p. 208.

152 Rinviano, per approfondimenti sul tema della coerenza della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 2497 con l'azione di responsabilità esperita dal socio, a GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi*, op. cit., p. 219; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto delle società di capitali. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v. 3, Torino, 2007, p. 959.

153 L'analogia fra il terzo comma dell'art. 2497, in rapporto all'azione dei creditori sociali contro la capogruppo, ed il requisito dell'insufficienza patrimoniale di cui all'art. 2394 è stata spesso sottolineata in dottrina. Vd. ANGELICI, *La riforma*, op. cit., p. 209; DACCÒ-TATOZZI, *Art. 2497*, in CIAN-TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2011, p. 3100.

154 Si spiega così l'assenza (di cui si parlava *supra*, par. 3.1.2.) di un riferimento espresso all'insufficienza del patrimonio come requisito per l'esperimento dell'azione da parte dei creditori sociali.

3.1.4. Segue: c) *la condotta illecita: identità dei doveri cui sono tenuti gli amministratori e la capogruppo nei confronti dei creditori sociali*

Risulta evidente già dal testo della *Relazione* di accompagnamento che gli interessi dei creditori sociali tutelati dalla previsione di una responsabilità della capogruppo sono gli stessi che nella società monade sono protetti dalla previsione della responsabilità degli amministratori *ex art. 2394*: si tratta infatti di una norma che “non si sostituisce ad una disciplina attuale [...] ma che alla disciplina attuale si aggiunge posto che i numerosi tentativi di tutelare gli interessi dei creditori e dei soci della controllata non sembrano essere riusciti a dare ad oggi una tutela adeguata.”¹⁵⁵ Ma “se la responsabilità della capogruppo adegua la tutela degli interessi dei creditori sociali alle dinamiche di gruppo, gli obblighi su cui si fonda tale responsabilità non possono non riprodurre il grado e l'intensità della tutela imposti al di fuori di suddette dinamiche; non possono cioè non rinviare agli obblighi gravanti, nei confronti dei creditori, in capo a chi gestisce.”¹⁵⁶ Sembra doversi cioè ritenere che identici siano i doveri la cui violazione determina l'insorgere di responsabilità *ex art. 2394* ed *ex art. 2497*.

Alla stessa conclusione si può giungere anche attraverso un'analisi più approfondita del significato della norma sulla responsabilità da attività di direzione e coordinamento.

L'*art. 2497 c.c.* non sanziona l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, bensì ne sanziona l'abuso. Letta *a contrario*, la norma in realtà legittima tale esercizio, fintanto che l'attività di direzione e coordinamento, svolta nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui,

¹⁵⁵ *Relazione* di accompagnamento al d. lgs. 6/2003, §13.

¹⁵⁶ MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, p. 190.

non sfocia nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società eterodiretta.

Ora, se dalla disciplina della responsabilità della capogruppo è dato ricavare una formale legittimazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ciò significa che l'ordinamento riconosce, e considera giuridicamente rilevante, il fatto che, nella dimensione del gruppo di imprese, si verifica il trasferimento dalla società eterodiretta alla capogruppo di un nucleo, più o meno esteso,¹⁵⁷ di poteri di gestione.¹⁵⁸

Sono quelli i poteri che, se esercitati in violazione di determinati principi, determinano l'insorgere della responsabilità della capogruppo nei confronti dei creditori sociali; così come, nella società monade, dall'esercizio (anche) di quei poteri può sorgere in capo agli amministratori l'obbligo di risarcimento *ex art. 2394*, qualora vi sia stata violazione dei doveri inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Si può quindi affermare che, nel sistema degli artt. 2394 e 2497, la responsabilità nei confronti dei creditori sociali per l'esercizio di un determinato potere di gestione grava sugli amministratori, se quel potere è di loro titolarità,¹⁵⁹ oppure sulla capogruppo, se quel potere rientra fra le competenze che si sono trasferite in capo ad essa nell'ambito del rapporto di direzione e coordinamento di società.¹⁶⁰

Se tanto il potere quanto l'interesse leso dall'esercizio di quel potere sono gli stessi, non si può che ritenere che anche il profilo della

157 L'attività di direzione e coordinamento dovrà consistere quantomeno nell'esercizio dei poteri di alta amministrazione, cioè la definizione delle linee strategiche della eterodiretta.

158 Questo è il ragionamento di TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, op. cit., p. 12-13 e p. 35-36, al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

159 Si vuole intendere che, al di là dell'ovvia ipotesi di società monade, ciò può accadere anche nel caso di una società sottoposta ad altrui attività di direzione e coordinamento, fintanto che tale attività sia svolta in modo da mantenere una qualche autonomia gestionale in capo all'organo amministrativo della eterodiretta.

160 Salvo poi stabilire se sia possibile chiamare a rispondere anche gli amministratori della società eterodiretta ai sensi dell'art. 2497 co. 2. Per approfondimenti si veda BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012, p. 76 e ss.

“abusività” di tale esercizio sia identico. In altre parole, l'espressione “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società soggette ad altrui direzione e coordinamento deve avere, dalla prospettiva del danno per i creditori sociali, lo stesso significato della formula “violazione dei doveri inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale” di cui all'art. 2394 c.c.¹⁶¹

Si deve concludere che le due azioni di responsabilità dei creditori sociali, quella contro gli amministratori *ex art. 2394* e quella contro la società che esercita attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497*, hanno per presupposto la stessa condotta illecita, ossia l'esercizio di un potere in violazione di identici doveri.

3.1.5. Segue: d) la legittimazione all'azione dei creditori sociali nelle procedure concorsuali: art. 2497 ult. co.

L'ultimo comma dell'art. 2497 stabilisce che “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.”

La norma, ricalcando la previsione di cui all'art. 2394-*bis*, si inserisce perfettamente in un sistema in cui le azioni dei creditori sociali, una volta aperta una procedura concorsuale, diventano azioni a risultato collettivo, cioè strumenti per incrementare la massa attiva sulla quale gli stessi creditori andranno poi a soddisfarsi.

¹⁶¹ La valenza generale, in relazione alla gestione di qualunque impresa e società, dei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” è sottolineata da MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 829 e ss.

3.1.6. Segue: e) *considerazioni conclusive*

Evidenti sono i punti di contatto fra la disciplina della responsabilità della capogruppo nei confronti dei creditori della società eterodiretta e la disciplina della responsabilità degli amministratori dettata dall'art. 2394 c.c. Identico è il danno, consistente in una lesione dell'integrità del patrimonio sociale tale da determinare (o aggravare) l'insufficienza di questo al soddisfacimento dei creditori.¹⁶² Identico è quindi l'interesse tutelato, cioè l'interesse dei creditori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Identica è la condotta illecita, posto che in entrambi i casi si tratta dell'esercizio abusivo del potere di gestione della società, laddove l'abusività sta nella violazione dei medesimi doveri.¹⁶³

Coerentemente, risulta identico anche il regime di legittimazione all'azione nell'ipotesi di apertura di una procedura concorsuale.

Alla luce di tutto questo sembra corretto concludere che l'art. 2497, nella parte in cui disciplina la responsabilità nei confronti dei creditori sociali, non configura una fattispecie logicamente distinta da quella della responsabilità degli amministratori, bensì rappresenta il necessario completamento della tutela risarcitoria dei creditori nei confronti dell'esercizio abusivo di quelle competenze gestorie che, nella dimensione del gruppo di imprese, si trasferiscono dagli amministratori ad un soggetto diverso, cioè la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento.¹⁶⁴

In altre parole, sembra potersi dire che l'art. 2394 e, limitatamente alla prospettiva dei creditori sociali, l'art. 2497, configurano due azioni

¹⁶² *Supra*, par. 3.1.2. e 3.1.3.

¹⁶³ *Supra*, par. 3.1.4.

¹⁶⁴ L'unico elemento che caratterizza la fattispecie di cui all'art. 2497 rispetto a quella disciplinata dall'art. 2394, cioè la considerazione dei possibili vantaggi compensativi che alla società eterodiretta possono derivare dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, è infatti strettamente legato a questa differenza di contesto.

strettamente interconnesse e strutturalmente identiche, che rappresentano l'una il prosieguo dell'altra, e la cui disciplina presenta le sole minime differenze necessarie per garantire coerenza con il diverso contesto nel quale si collocano.

3.2. Amministratori di s.r.l.: l'abrogazione del rinvio alle norme sulla responsabilità degli amministratori di s.p.a.

3.2.1. Il problema: sopravvivenza della tutela risarcitoria dei creditori di s.r.l.

Si è già accennato¹⁶⁵ al fatto che con la riforma delle società di capitali è stato abrogato l'art. 2487 c.c., ai sensi del quale si applicavano all'amministrazione della s.r.l. una serie di articoli dedicati alla disciplina della s.p.a., fra i quali l'intero blocco delle disposizioni relative alla responsabilità degli amministratori (artt. 2392-2395 c.c.). Allo stesso tempo è stata introdotta all'art. 2476 una disciplina *ad hoc* per la responsabilità degli amministratori di s.r.l.

In base a questa nuova norma, nella s.r.l. gli amministratori sono responsabili verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo. Anche se si tratta di un obbligo di risarcimento che sorge nei confronti della società, la legittimazione alla relativa azione è attribuita a “ciascun socio”. Ricalcando la disposizione di cui all'art. 2395, la norma fa poi salvo “il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori.” Insieme agli amministratori sono solidalmente

¹⁶⁵ Vd. *supra*, cap. I, par. 1.2.2.

responsabili “i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.”

Ciò che salta all'occhio è la mancanza di un riferimento ad un'azione spettante ai creditori sociali per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Fin da subito la dottrina ha reagito all'assenza di un rimedio specifico per i creditori di s.r.l., cercando in vario modo di individuare nel sistema segnali della sopravvivenza di una tutela di carattere obbligatorio a protezione dei creditori contro la *mala gestio* degli amministratori, sulla base della diffusa convinzione che “un'impresa a responsabilità limitata non possa non offrire ai creditori una tutela deputata a sottrarre questi ultimi dal pericolo di un pregiudizio derivato dall'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio.”¹⁶⁶

Non si è ancora assestata su posizioni definitive la giurisprudenza, che d'altra parte risulta viziata dalla circostanza che la “sede naturale” di esperimento dell'azione dei creditori sociali è la procedura di fallimento:¹⁶⁷ di conseguenza, il problema dell'esistenza di un'azione dei creditori sociali è stato in genere trattato in uno con quello della legittimazione del curatore alle azioni di responsabilità. Cosa che ha costituito un ostacolo ad una ricerca più approfondita in merito al significato dell'assenza di un rimedio specifico per i creditori di s.r.l.¹⁶⁸

Segue, in breve, una ricognizione delle proposte interpretative elaborate dalla dottrina, divise fra il ricorso a rimedi civilistici ed il tentativo di individuare spunti sistematici nella disciplina dei rimedi di origine societaria.

166 MOZZARELLI, *Responsabilità*, op. cit., p. 7.

167 Vd. *supra*, cap. I, par. 1.3.3. e nota 39.

168 Ci si riferisce alla giurisprudenza della Cassazione, sulla quale vd. *infra*, par. 3.2.4.

3.2.2. *Le soluzioni proposte dalla dottrina: a) rimedi civilistici: l'esercizio in via surrogatoria dell'azione spettante ai soci ex art. 2476 e la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043*

Buona parte della dottrina ha ritenuto che un'efficiente tutela degli interessi dei creditori sociali possa essere garantita dai tradizionali rimedi civilistici dell'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) e della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.).¹⁶⁹

Che i creditori sociali possano ricorrere a strumenti di diritto civile per tutelare i propri diritti non si può certo escludere. Che la tutela che quegli strumenti sono in grado di offrire sia equivalente a quella garantita nella s.p.a. dall'azione *ex art. 2394 c.c.*, invece, è tutto un altro discorso.

L'esercizio in via surrogatoria dell'azione sociale disciplinata dall'art. 2476 c.c., che pure presenta qualche vantaggio rispetto all'azione dei creditori sociali di s.p.a.,¹⁷⁰ è fortemente limitato dal presupposto dell'inerzia del debitore, richiesto dall'art. 2900: una semplice rinuncia da parte della società sarebbe in sé sufficiente a porre nel nulla l'iniziativa dei creditori.¹⁷¹ Soprattutto, l'eventuale risultato utile dell'azione

169 Ad entrambi i rimedi fanno riferimento, fra gli altri, ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2005, p.317; ALLEGRI, *L'amministrazione della s.r.l. dopo la recente riforma*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, p. 166; CAGNASSO, *Art. 2476*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 1890; DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 301; SALAFIA, *Profili di responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Soc.*, 2005, p. 1336. Per l'opzione fondata sul rimedio surrogatorio si veda per tutti FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di ANGELICI-FERRI, Torino, 2006, p. 361 e ss. Affermano infine la possibilità di ricorrere all'azione *ex art. 2043, ex multis*, CASSOTTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi d'impresa*, in AFFERNI e VISINTINI (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Milano, 2005, p. 186; LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e società*, Milano, 2005, p. 476.

170 È infatti maggiore l'estensione dei doveri la cui violazione determina in capo agli amministratori l'obbligo di risarcimento (tutti i “doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società”, art. 2476 co. 1).

171 Sui risvolti pratici del requisito dell'inerzia del debitore nel contesto societario si veda MOZZARELLI, *Responsabilità*, op. cit., p. 121 e ss.

surrogatoria sarebbe destinato ad incrementare il patrimonio della società debitrice, anziché direttamente quello del creditore.¹⁷²

Per quanto riguarda la tutela, di carattere generale, di cui all'art. 2043 c.c., certo è che fra gli atti ed i fatti, dolosi o colposi, che cagionano ad altri un danno ingiusto, può rientrare la condotta dell'amministratore di s.r.l. che determini una lesione alla sfera patrimoniale dei creditori sociali. Ma che lo schema della responsabilità extracontrattuale sia adatto a riprodurre la tutela dei creditori nell'ipotesi di danno indiretto prevista dall'art. 2394 sembra da escludersi, posto che la stessa fattispecie di cui all'art. 2394 risulta difficilmente inquadrabile nella categoria della responsabilità extracontrattuale.¹⁷³ In altre parole, il creditore che volesse agire *ex art. 2043 c.c.* lamentando il danno causato dalla lesione all'integrità del patrimonio sociale si troverebbe a dover affrontare tutte le difficoltà, in ordine all'individuazione del bene giuridico leso ed al conseguente criterio di quantificazione del danno risarcibile, che impediscono di accogliere la tesi della natura extracontrattuale (per lesione del credito) della fattispecie di cui all'art. 2394 c.c.

La peculiarità dell'azione *ex art. 2394* sta nel fatto che consente di ottenere il risarcimento per un danno strutturalmente indiretto (in quanto danno riflesso di una lesione del patrimonio sociale) attraverso un'azione a risultato utile individuale. Il punto è che gli strumenti di diritto civile di cui agli artt. 2043 e 2900 c.c. non sono in grado di riprodurre questa peculiarità: il primo, perché non consente di riagganciarsi alla struttura indiretta del danno; il secondo, perché consiste pur sempre in un'azione il cui risultato utile incrementa il patrimonio del debitore.

172 Cosa che costituisce una significativa differenza rispetto alla tutela dei creditori sociali di s.p.a., sempre che si continui a partire dal presupposto che l'azione *ex art. 2394 c.c.* abbia natura diretta e autonoma.

173 Si fa riferimento alle considerazioni svolte *supra*, par. 2. Un'ulteriore critica, fondata sul carattere "eccessivamente aggressivo" del rimedio di cui all'art. 2043 inteso come non condizionato al presupposto dell'insufficienza patrimoniale, è mossa da MOZZARELLI, *Responsabilità*, op. cit., p. 141.

3.2.3. Segue: b) *interpretazioni sistematiche fondate sui rimedi di carattere societario: il confronto con le altre previsioni di responsabilità nei confronti dei creditori sociali e l'art. 2394 come espressione di un principio generale*¹⁷⁴

Un primo tentativo di affermare la sopravvivenza, nella s.r.l., di un'azione dei creditori sociali strutturata sul modello dell'art. 2394, si è fondato sull'ultimo comma dell'art. 2477, in base al quale, nei casi in cui sia nominato un collegio sindacale, si applicano le disposizioni relative ai sindaci di s.p.a. Il rinvio comprenderebbe l'art. 2407 c.c., che richiama a sua volta, “in quanto compatibili”, le norme sulla responsabilità degli amministratori, e che quindi renderebbe esperibile l'azione di cui all'art. 2394. Di conseguenza, secondo questa tesi, dal momento che i creditori sociali possono agire *ex art. 2394* contro i sindaci di s.r.l., a maggior ragione dovrebbero poter agire *ex art. 2394* contro gli amministratori.¹⁷⁵ Contro questa tesi, al di là dell'obiezione fondata sull'inciso “in quanto compatibili”, che nel caso della s.r.l. potrebbe impedire il secondo dei due rinvii (quello dall'art. 2407 all'art. 2394), si è osservato che la responsabilità dei sindaci *ex art. 2407* è subordinata a quella degli amministratori, in modo tale che i primi sono responsabili solo quando lo sono anche i secondi.¹⁷⁶ Ciò esclude che la disciplina della responsabilità dei sindaci possa essere utilizzata per dimostrare l'esistenza della responsabilità degli amministratori.

Su un binario parallelo si muovono le tesi fondate sulle disposizioni, applicabili alle società di capitali in genere, e quindi anche alle s.r.l., che

174 Il paragrafo segue la ricognizione operata da MOLLO, *La responsabilità per danni nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 806 e ss., cui si rinvia per riferimenti più approfonditi.

175 AMBROSINI, *Art. 2476*, in NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, p. 1605; IOZZO, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 61.

176 In questo senso DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 301.

prevedono altre ipotesi di responsabilità nei confronti dei creditori sociali.¹⁷⁷ È il caso dell'art. 2486 c.c., ai sensi del quale, dal momento in cui si verifica una causa di scioglimento, gli amministratori (di società di capitali in genere) hanno un dovere di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, la cui violazione li rende responsabili, oltre che verso la società, i soci e i terzi, anche nei confronti dei creditori sociali. Allo stesso modo viene citato l'art. 2497 c.c., che disciplina la responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, e che implicitamente consentirebbe l'azione anche contro l'organo amministrativo. Si potrebbe aggiungere che in base all'art. 2497 comma 2, ai sensi del quale, insieme con la capogruppo, “risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”, è possibile che gli amministratori della s.r.l. eterodiretta, se ed in quanto rientrano fra i soggetti che hanno “preso parte al fatto lesivo”, vengano chiamati a risarcire il danno subito dai creditori sociali. Questi indici normativi sono stati invocati come segnali di una lacuna nella disciplina della responsabilità degli amministratori di s.r.l., laddove non prevede una fattispecie generale di responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Lacuna che dovrebbe essere colmata con l'applicazione in via analogica dell'art. 2394 c.c. Si può d'altra parte obiettare che queste disposizioni sono riconducibili ad una tutela speciale appositamente predisposta per contesti o ipotesi particolari, senza alcun margine per ritenere in esse implicita la necessità di una tutela di carattere generale.

Infine, una diversa via attraverso la quale si è tentato di colmare l'assenza di un rimedio specifico per i creditori di s.r.l. è quella che argomenta direttamente a partire dall'art. 2394 c.c., ritenendolo

¹⁷⁷ Si veda CIVERRA, *Esiste ancora l'azione di responsabilità dei creditori sociali di una s.r.l.?*, in *Soc.*, 2008, p. 1034-1035; FERRARO, *Sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata nei confronti dei creditori sociali*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 118-119.

espressione di un principio generale e “connaturale alla stessa funzione gestoria esercitata nell'ambito di qualunque impresa ad autonomia patrimoniale perfetta”,¹⁷⁸ con la conseguenza che un'espressa previsione normativa risulterebbe superflua.

A fronte di questi tentativi di affermare la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali di s.r.l., si osserva che l'argomento letterale, l'autonomia del *corpus* normativo della s.r.l. e l'impossibilità di individuare un generale obbligo di buona amministrazione azionabile dai creditori, inducono a escludere la sopravvivenza dell'azione contro gli amministratori di s.r.l.¹⁷⁹

3.2.4. La giurisprudenza di merito sull'azione dei creditori sociali di s.r.l. e la sentenza della Cassazione del 21 luglio 2010, n. 17121

La giurisprudenza di merito oscilla fra l'orientamento, ad oggi prevalente, che riconosce la legittimazione dei creditori sociali ad agire in responsabilità contro gli amministratori di s.r.l., e quello opposto, che invece nega tale legittimazione.¹⁸⁰

Fra le più recenti pronunce merita citare la sentenza del Tribunale di Napoli del 11 gennaio 2011,¹⁸¹ che argomenta a partire da un'analisi sistematica degli artt. 2485, 2486, 2477 e 2497 c.c., individuando “l'esistenza di una lacuna normativa nel disposto dell'art. 2476 c.c. che non prevede, accanto all'azione sociale di responsabilità, l'azione dei

178 AMBROSINI, *Art. 2476*, op. cit., p. 1606; nello stesso senso BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Soc.*, 2003, p. 1074; IOZZO, *Le azioni di responsabilità*, op. loc. cit.

179 Si veda DI AMATO, *Le azioni di responsabilità*, op. cit., p. 298 e ss.

180 Si rinvia alla giurisprudenza citata da FERRARO, *Sulla responsabilità*, op. cit., alle note 12 e 17. Vd. anche PELLE, *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti dei creditori sociali*, in *Soc.*, 2011, p. 1461-1462.

181 In *Soc.*, 2011, p. 510, con nota di CIVERRA.

creditori sociali”, e ritenendo per questo implicitamente confermata la sopravvivenza dell'azione in base ai presupposti di cui all'art. 2394. Nella motivazione della sentenza si sottolinea anche il rischio che una soluzione diversa determini l'illegittimità costituzionale dell'art. 2476.¹⁸² Identiche argomentazioni sono state riproposte una settimana dopo dal Tribunale di Milano, con la sentenza del 18 gennaio 2011.¹⁸³ Nello stesso anno il Tribunale di Torino si è invece pronunciato due volte¹⁸⁴ contro la sopravvivenza dell'azione di responsabilità dei creditori sociali, affermando in entrambi i casi che “il vuoto normativo che pare cogliersi dalla lettura dell'art. 2476 c.c. non costituisce una lacuna, ma è il frutto di un disegno normativo consapevole, diretto a staccare più nettamente il modello tipologico della società a responsabilità limitata da quello delle società azionarie.” Entrambe le sentenze negano poi che possa profilarsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 2476, posto che detta norma non determina una irresponsabilità degli amministratori, i quali restano comunque soggetti all'azione sociale e all'azione promossa dal socio o dal terzo direttamente danneggiati.

Sul contrasto ravvisabile nella giurisprudenza di merito pesa l'assenza di una presa di posizione da parte della Corte di Cassazione, la quale fino ad oggi è stata chiamata a pronunciarsi soltanto sulla possibilità per il curatore di esercitare l'azione dei creditori sociali contro gli amministratori di s.r.l. fallita.

Si fa riferimento alla sentenza del 21 luglio 2010, n. 17121,¹⁸⁵

182 “A ragionare diversamente, si rischierebbe un'ingiustificata disparità di trattamento dei creditori della società per azioni rispetto ai creditori della società a responsabilità limitata e, tra questi ultimi, tra i creditori della società [...] dotata di collegio sindacale ed i creditori della società [...] che ne sia priva ovvero tra i creditori della società [...] eterodiretta ed i creditori di quella non sottoposta ad altrui direzione e coordinamento, nonché, infine, tra i creditori della società [...] in scioglimento ed i creditori di quella in normale attività.”

183 In *Giur. it.*, 2011, p. 1313 con nota di CAGNASSO.

184 Trib. Torino, 13 maggio 2011, reperibile al sito *dejure.giuffre.it*; Trib. Torino, 8 giugno 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 332 con nota di CAGNASSO.

185 In *Soc.*, 2011, p. 701 con nota di PORRECA.

secondo la quale “la riforma societaria [...] non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita all'esercizio della [...] azione ai sensi dell'art. 146 l.fall., in quanto per tale disposizione, riformulata dall'art. 130, D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità”, per cui si deve riconoscere “la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.” La Corte ha cioè ritenuto di poter aggirare, ricorrendo all'art. 146 della legge fallimentare, il problema della sopravvivenza dell'azione dei creditori sociali della s.r.l., sopravvivenza che da un punto di vista logico sembrerebbe pregiudiziale alla questione della legittimazione del curatore all'esercizio della stessa azione. L'ha fatto interpretando l'art. 146 l. fall., ai sensi del quale “sono esercitate dal curatore [...] le azioni di responsabilità contro gli amministratori”, come norma che attribuisce al curatore il potere di esercitare comunque quelle azioni, a prescindere dalla loro espressa attribuzione anche ai creditori sociali.¹⁸⁶ Per questo motivo non si può ritenere che l'affermata legittimazione del curatore costituisca un indice decisivo a supporto della tesi che afferma la sopravvivenza dell'azione dei creditori sociali, nonostante possa sembrare “irragionevole che la detta sussistenza nasca proprio quando la tutela del ceto creditorio si debba iscriverne in un contesto collettivo e concorsuale.”¹⁸⁷

186 Il ragionamento si inserisce nel solco di un consolidato orientamento della giurisprudenza della Cassazione, in base al quale “l'azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento [...] ha natura contrattuale e carattere unitario e inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.”. Così, da ultimo, Cass., 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1481.

187 L'osservazione è nel commento alla sentenza di PORRECA, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*, in *Soc.*, 2011, p. 708.

3.2.5. *L'argomento fondato sulla responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ex art. 2497*

Negli spazi lasciati dalla giurisprudenza alla possibilità di insistere sulla via dell'interpretazione sistematica, tentando di trovare un argomento definitivo che consenta di affermare l'esistenza di una tutela risarcitoria dei creditori sociali della s.r.l. sul modello dell'art. 2394, merita recuperare le considerazioni già svolte in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento.¹⁸⁸

Si è visto come l'idea che gli artt. 2477, 2486 e 2497 c.c. implicitamente presuppongano un rimedio di carattere generale contro gli amministratori della s.r.l. finisca in genere per scontrarsi con una lettura che, all'opposto, legga in quelle norme la predisposizione di una tutela dei creditori sociali volutamente “puntiforme”, cioè predisposta per determinati e specifici contesti, e non iscritta in un più ampio e organico sistema.¹⁸⁹ L'errore sta tuttavia nel mettere sullo stesso piano l'art. 2497 e le altre due disposizioni. La previsione di cui all'art. 2407 (richiamato dall'art. 2477) è da intendere nel senso che una responsabilità dei sindaci sussiste *in quanto sussista anche* la responsabilità degli amministratori, e quindi non fornisce argomenti per ritenere implicita quest'ultima. E la responsabilità che sorge al verificarsi di una causa di scioglimento è strutturalmente diversa da quella prevista dall'art. 2394, poiché prende in considerazione solo alcuni degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio, ossia quelli relativi alla gestione a tutela della prospettiva liquidativa.¹⁹⁰

188 Si veda *supra*, par. 3.1., ed in particolare le conclusioni di cui al par. 3.1.6.

189 Vd. *supra*, par. 3.2.3. e 3.2.4.

190 Sul punto si veda NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione di società di capitali*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, p. 175, citato da MOZZARELLI, *Responsabilità*, op. cit., p. 166 e nota 36, cui si rinvia per ulteriori riferimenti sul tema.

La disciplina della responsabilità da attività di direzione e coordinamento sembra invece consentire un ragionamento diverso. Se è vero infatti che l'art. 2497 c.c., per quanto riguarda i creditori sociali, non configura una fattispecie di responsabilità logicamente distinta da quella degli amministratori disciplinata dall'art. 2394 c.c., bensì rappresenta il necessario completamento della tutela risarcitoria dei creditori sociali nei confronti dell'esercizio abusivo di quelle competenze gestorie che, nella dimensione del gruppo di imprese, si trasferiscono dagli amministratori ad un soggetto diverso, cioè la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, sembra allora corretto affermare che “la responsabilità della capogruppo non ha senso nel nostro ordinamento se non in relazione alla responsabilità degli amministratori: l'esistenza dell'una presuppone l'esistenza dell'altra e i creditori hanno azione contro la capogruppo in tanto in quanto dispongano di analogo rimedio nei confronti degli amministratori.”¹⁹¹

Ora, dal momento che la disciplina di cui all'art. 2497 si applica a prescindere dal tipo societario della società eterodiretta, e quindi anche alla eterodiretta s.r.l., si può effettivamente affermare che nella previsione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 è implicita l'ammissibilità dell'azione di responsabilità dei creditori sociali della s.r.l. contro gli amministratori.¹⁹²

191 MOZZARELLI, *Responsabilità*, op. cit., p. 184.

192 Questa è, in estrema sintesi, la tesi sulla base della quale MOZZARELLI, *Responsabilità*, op. cit., p. 180 e ss., arriva ad affermare la sussistenza dell'azione di responsabilità dei creditori sociali della s.r.l. Il ragionamento dell'Autore segue quattro passaggi logici: 1) il riconoscimento della rilevanza giuridica del potere della capogruppo, 2) la definizione dei contorni di quel potere e della sua imponibilità alla società eterodiretta, 3) il confronto fra il potere della capogruppo e la responsabilità degli amministratori, con la dimostrazione dell'inadeguatezza dello strumento rappresentato dalla seconda a sanzionare l'abuso del primo, 4) e quindi l'affermazione della natura supplementare della responsabilità della capogruppo rispetto a quella degli amministratori.

4. LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE: IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO

4.1. La disciplina del concordato preventivo: novità principali

L'istituto del concordato preventivo è stato strutturalmente rinnovato con la riforma della legge fallimentare del 2005-2007.¹⁹³ Ulteriori modifiche sono state poi introdotte con interventi successivi.¹⁹⁴ La tesi, riportata in avvio del capitolo,¹⁹⁵ in tema di tutela risarcitoria dei creditori sociali nel contesto del concordato preventivo, è il risultato di un percorso dottrinale e giurisprudenziale che si è sviluppato e compiuto in vigenza della vecchia disciplina. La critica di detta tesi non può quindi prescindere da un'analisi dell'impatto che su di essa possono avere le novità introdotte con la riforma.

Si è già parlato del nuovo presupposto oggettivo della procedura: ai sensi dell'art. 160 co. 1 il concordato preventivo può essere proposto dall'imprenditore che si trovi in “stato di crisi”,¹⁹⁶ mentre prima della riforma, al pari del fallimento, rilevava lo stato di insolvenza.

Non è più previsto alcun requisito di meritevolezza come condizione di ammissibilità alla procedura: in passato, al concordato poteva accedere solo l'imprenditore che avesse tenuto regolare contabilità, che non fosse stato dichiarato fallito né fosse stato ammesso alla procedura di concordato nei cinque anni precedenti, e che non fosse stato condannato per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

193 D.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80; d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5; d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

194 D.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2010 n. 122; d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012 n. 134.

195 *Supra*, par. 1.

196 Vd. *supra*, cap. I, par. 1.3.1.

Ancora, il contenuto della proposta è stato radicalmente liberalizzato: se prima della riforma il concordato poteva avere ad oggetto solo l'offerta di garanzie per il pagamento di una certa percentuale dei crediti chirografari (e per il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati) oppure la cessione di tutti i beni del debitore, oggi il piano in cui consiste la proposta può prevedere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma”. Al debitore è anche consentito di suddividere i creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, ed offrire trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 160 co. 1). La proposta può oggi prevedere che i creditori prelatizi, a certe condizioni, non vengano soddisfatti integralmente (art. 160 co. 2).

Sono state modificate le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato. In origine era necessaria la maggioranza dei creditori votanti, che rappresentasse due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto; oggi è invece sufficiente la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Tuttavia, se vi è stata la suddivisione dei creditori in classi, è necessario che la maggioranza si verifichi nel maggior numero di classi (art. 177 co. 1).

Profondamente innovato risulta poi il regime del sindacato del giudice in sede di omologazione del concordato, che ai sensi del vecchio art. 181 comprendeva, oltre alla verifica del rispetto delle condizioni poste dalla legge (il raggiungimento delle maggioranze prescritte, la sufficienza delle garanzie o dei beni per il pagamento nelle percentuali previste, la meritevolezza del debitore), anche la valutazione della “convenienza economica del concordato per i creditori”. Si trattava, in sostanza, di un sindacato esteso al merito. Con la riforma, la disciplina dei controlli del giudice in sede di omologazione è stata totalmente riscritta. Ove non siano presentate opposizioni, si dovrà unicamente “verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione” (art.

180 co. 3). Nel caso in cui siano state proposte opposizioni, è previsto l'esperimento di una fase istruttoria; se la convenienza della proposta è stata contestata da un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente oppure, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, da creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto, a detta fase istruttoria segue una valutazione nel merito della convenienza della proposta. A quel punto, il tribunale potrà procedere all'omologazione solo “qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili” (art. 180 co. 4). In sostanza, se prima della riforma era previsto in via generale il sindacato di merito del tribunale in sede di omologazione del concordato,¹⁹⁷ oggi un sindacato esteso al merito è limitato alla specifica ipotesi della contestazione della convenienza della proposta da parte di determinati soggetti.¹⁹⁸

Degna di nota è infine la previsione della risoluzione del concordato per inadempimento, con la precisazione che “il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza” (art. 186).

Non è invece stato modificato nella sostanza l'art. 184:¹⁹⁹ il

197 Ciò significa che il Tribunale poteva respingere il concordato nonostante il consenso delle maggioranze dei creditori prescritte dalla legge per l'approvazione.

198 Il controllo in sede di ammissione alla procedura è invece sempre limitato alla sola verifica della sussistenza dei presupposti richiesti dagli artt. 160 e 161. In tema di sindacato del tribunale si veda Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 1, c. 105, secondo la quale “se il Tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere di ufficio a valutazione di convenienza del concordato, dato il determinante ed esclusivo rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di una espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al Tribunale stesso in sede di omologazione.” Così la Corte cassava il decreto con il quale il Tribunale di Macerata aveva respinto una domanda di ammissione alla procedura di concordato ritenendo che la proposta, nonostante la relazione del professionista che pure attestava la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, fosse suscettibile di valutazione nel merito da parte del giudice. Si veda anche Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fall.*, 2011, II, p. 805, con nota di BOTTAL.

199 Il d.l. 22 giugno 2012 n. 83 ha modificato il termine di riferimento per l'efficacia del concordato omologato: ad essere vincolati ai termini concordatari non sono più tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, bensì solo quelli anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso contenente la domanda di ammissione.

concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso con cui è proposta la domanda di ammissione alla procedura, tuttavia i creditori conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

4.2. Il nuovo concordato preventivo: norme e principi rilevanti in tema di tutela risarcitoria dei creditori sociali

4.2.1. L'accentuazione della natura negoziale del concordato ed il distacco fra azienda e imprenditore

Guardando da una prospettiva d'insieme alle principali novità introdotte nella disciplina del concordato preventivo, risulta evidente che la riforma ha inteso accentuarne i caratteri privatistico-negoziali.²⁰⁰ In questa direzione vanno la liberalizzazione del contenuto del piano, l'eliminazione dei requisiti di meritevolezza del debitore e, soprattutto, l'essere oggi i creditori “arbitri esclusivi” dell'approvazione della proposta,²⁰¹ chiamati a valutarne in totale autonomia la convenienza, dal momento che il sindacato di merito del Tribunale è limitato alla sola ipotesi di dissensi “qualificati” (art. 180 co. 4).²⁰² Ulteriori indici normativi di “privatizzazione” del concordato sono la possibilità di soddisfazione non integrale del creditore prelatizio e la disciplina della

200 Da sempre in dottrina si dibatte sulla natura, contrattuale o pubblicistico-processuale, del concordato preventivo. Le tappe del dibattito sono ripercorse da LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 127-141.

201 STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, p. 378.

202 Sul tema, approfonditamente, AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267 e ss.

risoluzione del concordato per inadempimento.²⁰³ In ogni caso, “nonostante la presenza di rilevanti e prevalenti caratteristiche privatistiche dell'istituto [...] non può ritenersi del tutto superata la concezione di una ricostruzione non unitaria del concordato”,²⁰⁴ posto che alcune regole fondamentali, come quelle che impongono il blocco delle azioni esecutive (art. 168) e l'efficacia del concordato omologato anche nei confronti dei creditori dissenzienti (art. 184), non sono riconducibili all'autonomia privata.²⁰⁵

Ma accanto all'accentuazione degli aspetti negoziali, un altro principio sembra desumibile dalle modifiche apportate alla disciplina del concordato preventivo, ed in particolare dall'eliminazione dei requisiti di meritevolezza e dalla liberalizzazione del contenuto della proposta. Queste innovazioni dimostrano che, se in passato “il concordato preventivo era concepito come strumento di prevenzione del fallimento, del quale poteva beneficiare l'imprenditore 'onesto e sfortunato' quando fosse in grado di assicurare ai creditori un soddisfacimento apprezzabile”, oggi “è stata definitivamente superata la concezione del concordato preventivo come beneficio per l'imprenditore e [...] è definitivamente emersa la priorità dell'interesse dei creditori e, in quanto ad esso collegato, di quello alla conservazione dei complessi produttivi.”²⁰⁶ In particolare, l'aver eliminato i requisiti di meritevolezza per l'ammissione alla procedura “rafforza l'idea di un istituto pensato per l'impresa, intesa come nucleo produttivo distinto dai suoi gestori e dal loro profilo etico nella conduzione degli affari.”²⁰⁷

203 *Ivi*, p. 1268.

204 ZANICHELLI, *Concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 123.

205 STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi*, op. cit., p. 378, il quale prende spunto da questa considerazione per spiegare le ragioni economiche che giustificano l'esistenza di quelle regole.

206 GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 319 e 321.

207 DELLA CHÀ-MARINONI, *Presupposti soggettivi e oggettivi del concordato preventivo post-riforma*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 761.

In questo senso, sembra che nella riforma possa leggersi un principio di distacco fra l'azienda e l'imprenditore, della cui condotta pregressa la nuova disciplina si disinteressa del tutto.²⁰⁸

Nel contesto societario, dove la gestione dell'attività d'impresa è affidata all'organo amministrativo, questo principio dovrebbe logicamente tradursi in un disinteresse per la condotta pregressa e per le sorti degli amministratori, laddove le parti del concordato, cioè i creditori e la società con il proprio patrimonio, sono chiamate a trovare un accordo che, anche in virtù della sua natura (oggi più di prima) contrattuale, non ha motivo di produrre effetti nei confronti degli amministratori o dei terzi in generale.

4.2.2. L'art. 184 della legge fallimentare e le disposizioni affini

Quanto detto finora rimane comunque sul piano del ragionamento per principi, e non è altro che un indice di conferma della coerenza della tesi prospettata, secondo la quale i creditori sociali mantengono la possibilità di esperire le proprie azioni di responsabilità nel contesto del concordato preventivo.

Tornando ad una prospettiva più concreta, cioè quella delle norme, una considerazione decisiva sta nel fatto che la disposizione chiave per la soluzione del problema, cioè l'art. 184, è uscita indenne dalla riforma. Si possono quindi riproporre, con riferimento alla sua portata normativa, le argomentazioni già trattate:²⁰⁹ il fatto che i creditori conservino impregiudicati i propri diritti nei confronti di quei soggetti che, secondo le regole sulla remissione, sarebbero liberati se il concordato avesse un contenuto remissorio in senso stretto, dimostra che il concordato non

208 Sul punto, *ivi*, p. 769.

209 *Supra*, cap. I, par. 2.2.

comporta l'estinzione del credito e che, a maggior ragione, i creditori mantengono i propri diritti nei confronti dei terzi in generale.

L'effetto esdebitatorio insito nel concordato preventivo consiste quindi in un mero *pactum de non petendo*, che impedisce ai creditori di aggredire ulteriormente il patrimonio del debitore, ma non di far valere quei diritti rispetto ai quali l'esistenza del credito risulti pregiudiziale.

Che l'effetto dell'esdebitazione del debitore concordatario consista in un blocco delle eventuali future azioni dei creditori contro il debitore, senza che ciò comporti l'estinzione del credito, è poi confermato da alcuni indici normativi sparsi nella legge fallimentare. Altre disposizioni disciplinano infatti, in contesti diversi, l'esdebitazione del debitore.

La prima è la norma “gemella” dell'art. 184, cioè l'art. 135, che disciplina lo stesso aspetto, cioè l'efficacia del concordato omologato, nel contesto del concordato fallimentare. Ai sensi del secondo comma dell'art. 135, i creditori “conservano la loro azione per l'intero credito” contro i coobbligati, i fideiussori (del fallito) e gli obbligati in via di regresso. Parlando di “azioni”, e non di “diritti”, la norma sembra implicitamente intendere che ciò a cui i creditori rinunciano con il concordato non è il credito, ma l'azione per farlo valere.

Questa norma sembra dunque confermare che, in generale, l'effetto esdebitatorio dei concordati consiste nell'inesigibilità del credito. In termini di inesigibilità è d'altra parte espressamente disciplinato l'istituto dell'esdebitazione per buona condotta del fallito, introdotto con la recente riforma agli artt. 142 e ss. Ai sensi dell'art. 143 il tribunale, se sussistono le condizioni previste dall'art. 142, può dichiarare “inesigibili nei confronti del debitore fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.” Da notare che lo stesso art. 142, nel delimitare la portata applicativa dell'esdebitazione, all'ultimo comma stabilisce che “sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.”

Ciò che è dato ricavare dalla lettura congiunta di questi indici normativi è che lo strumento attraverso il quale, nel sistema della legge fallimentare, si consente al debitore di essere liberato dai debiti non integralmente soddisfatti, è il riconoscimento della loro inesigibilità nei suoi confronti. In questo consiste l'esdebitazione, sia quando consegue all'applicazione di un istituto appositamente predisposto, sia quando è effetto dell'omologazione di un accordo, che si tratti di concordato preventivo o di concordato fallimentare. Non si può in ogni caso ritenere che il credito originario finisca per estinguersi.

4.2.3. La nuova disciplina del sindacato del tribunale ed il danno evitabile ex art. 1227 co. 2 c.c.

La nuova disciplina del sindacato del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo rende d'altra parte opportuno prendere in considerazione un'ipotesi particolare: si può immaginare uno scenario in cui venga omologato un concordato che, in realtà, non è conveniente per i creditori.

Se prima della riforma l'omologazione del concordato era infatti subordinata all'esito positivo del sindacato di merito del tribunale sulla sua convenienza economica, si è visto che oggi di regola i creditori sono arbitri esclusivi dell'approvazione della proposta, chiamati a valutarla in totale autonomia.²¹⁰

210 Salvo il caso in cui il tribunale, ai sensi dell'art. 180 co. 4, si debba pronunciare sulla convenienza del concordato rispetto alle alternative concretamente praticabili, a fronte di dissensi qualificati. Cfr. *supra*, par. 4.1. e par. 4.2.1. (e nota 201). Il fatto che il concordato dovesse essere stato ritenuto conveniente dal tribunale non significa tuttavia che, prima della riforma, l'omologazione di un concordato svantaggioso fosse di fatto impossibile. Certo è che qualunque tentativo di dimostrare in giudizio la non convenienza del concordato avrebbe trovato, sul piano probatorio, un ostacolo rilevante. Premesso infatti che il giudicato contenuto nella sentenza di omologazione non si sarebbe potuto estendere, in virtù dell'art. 2909 c.c., ad una successiva controversia fra parti diverse, il giudice, ai fini

In termini generici, si può dire che non è conveniente il concordato che garantisce ai creditori una soddisfazione inferiore rispetto a quella che avrebbero ottenuto attraverso una procedura concorsuale liquidatoria.²¹¹ In un contesto nel quale, per ipotesi, l'integrità del patrimonio sociale fosse stata lesa a causa di un atto di *mala gestio*, i creditori sociali, approvando un concordato non conveniente, di fatto aggraverebbero il danno da essi stessi subito *ex art. 2394* o *ex art. 2497*.

L'ordinamento prende in considerazione, al secondo comma dell'art. 1227 c.c., l'ipotesi in cui la condotta del soggetto danneggiato abbia determinato un aggravamento del danno. L'art. 1227 c.c., rubricato "Concorso del fatto colposo del creditore", detta due norme fondamentali in tema di danno risarcibile, applicabili tanto alle fattispecie di responsabilità contrattuale quanto, in virtù del rinvio espresso di cui all'art. 2056, a quelle di stampo aquiliano. Ai sensi del primo comma, "se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate." Il secondo comma stabilisce invece che "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza."

Secondo l'orientamento prevalente, se il primo comma disciplina il concorso del fatto colposo del creditore-danneggiato sotto il profilo del

del proprio convincimento, avrebbe comunque potuto tenere liberamente conto, quale documentazione di prove raccolte in un diverso procedimento, dell'accertamento avente ad oggetto la convenienza del concordato. Sulla utilizzabilità di una sentenza come documentazione delle prove raccolte nel diverso procedimento vd. Cass., 27 aprile 2011, n. 9384, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1685; Cass., 5 novembre 2009, n. 23446, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1380; Cass., 31 ottobre 2005, n. 21115, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 1923. Lo stesso discorso vale quindi anche oggi, per l'ipotesi in cui il tribunale si sia pronunciato *ex art. 180* co. 4 l. fall.

²¹¹ Merita ricordare che con la riforma è venuta meno un'importante limitazione al contenuto della proposta: non è infatti più necessario che il concordato assicuri, oltre al pagamento integrale dei creditori prelatizi, il soddisfacimento dei creditori chirografari per almeno il 40% del credito originario. In questo senso, con la liberalizzazione del contenuto della proposta sono venuti meno dei limiti che erano originariamente intesi come garanzie di convenienza del concordato rispetto ad altre vie di regolazione della crisi di impresa.

nesso di causalità fra la condotta e l'evento dannoso, il secondo comma attiene invece ad un aspetto diverso, “poiché presuppone già realizzato l'evento dannoso, e considera i pregiudizi ulteriori, che la vittima poteva evitare con l'ordinaria diligenza.”²¹² Il secondo comma introduce cioè il concetto di *danno evitabile*, imputando “al danneggiato, estraneo alla produzione dell'evento, l'omissione della normale diligenza per circoscriverne l'incidenza delle conseguenze dannose.”²¹³

È evidente che, nel contesto di un'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali *ex artt.* 2394 o 2497, l'omologazione del concordato non conveniente non rileva ai fini del primo comma dell'art. 1227, poiché non si inserisce nel nesso causale che intercorre fra la condotta illecita, cioè l'atto di *mala gestio*, e l'evento dannoso, cioè la lesione dell'integrità del patrimonio sociale.

L'omologazione di un concordato non conveniente potrebbe tuttavia rilevare *ex art.* 1227 co. 2, sotto il profilo della quantificazione del danno risarcibile. Si potrebbe cioè ritenere che il voto espresso dal creditore a favore dell'approvazione di un concordato preventivo integri gli estremi di una condotta che, in quanto contraria alla “ordinaria diligenza”, sia idonea ad aggravare il danno subito dal creditore stesso.

Sarà dunque necessario approfondire la questione dell'incidenza che

212 MONATERI, *La responsabilità civile*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile. Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, Torino, 1998, p. 115. Questa distinzione fra le due fattispecie di cui all'art. 1227 c.c. riflette il rapporto che sussiste, nel sistema della responsabilità civile, fra causalità *di fatto* (o *materiale*) e causalità *giuridica*: alla prima si ricorre per esaminare il collegamento fra gli elementi dell'illecito, mentre alla seconda ci si rivolge ogniqualvolta occorre determinare e misurare il danno risarcibile. Così, per tutti, FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile. I. L'illecito*, Milano, 2004, p. 60 e ss. In giurisprudenza, si veda in particolare Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, p. 453 con nota di PALMIERI.

213 CARBONE, *Sub Art. 1227*, in RUPERTO (diretto da), *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2005, p. 457. La distinzione fra le due fattispecie di cui all'art. 1227 è accolta anche in giurisprudenza, dove generalmente si sottolinea il legame fra il secondo comma dell'art. 1227 ed i principi generali di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c. Cfr. Cass., 30 marzo 2005, n. 6735, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, fasc. 4; Cass., 9 febbraio 2004, n. 2422, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, fasc. 2; Cass., 14 gennaio 1992, n. 320, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 1.

il secondo comma dell'art. 1227 può avere, a seguito dell'omologazione di un concordato preventivo, sull'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori sociali. Di questo si tratterà più avanti.²¹⁴

5. IL RUOLO DEL PRESUPPOSTO DELL'INSUFFICIENZA PATRIMONIALE: CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ O SPECIFICAZIONE DEL DANNO?

Per dovere di completezza si deve infine dar conto di una diversa critica che è stata mossa alla tesi dell'esperibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo. Si fa riferimento all'obiezione avanzata da Bellora nel commento alla sentenza del Tribunale di Bologna del 8 agosto 2002.²¹⁵

L'obiezione si fonda sul presupposto dell'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei crediti, richiesto dall'art. 2394 c.c. affinché i creditori possano far valere la responsabilità degli amministratori per la violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio. Bellora prende in esame l'ipotesi del concordato per garanzia,²¹⁶ e osserva che “se con l'omologazione del concordato i creditori 'perdono il diritto' di pretendere dalla società debitrice la quota che non verrà pagata dei propri crediti [...], allorquando i creditori dovessero – omologato il concordato – proporre azione *ex art. 2394 c.c.*,

214 Vd. *infra*, cap. III, par. 4.2.3.

215 Sentenza e commento si trovano in *Foro Padano*, 2002, I, p. 573 e ss. La sentenza rappresenta l'ultimo precedente giurisprudenziale in tema di esperibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo, e si conforma alla posizione assunta dalla Corte d'appello di Milano con la sentenza del 14 gennaio 1992 (cfr. *supra*, cap. I, par. 3).

216 Il commento veniva scritto alcuni anni prima della riforma della legge fallimentare, in vigenza della vecchia disciplina. Il concordato preventivo poteva assumere la forma di concordato per garanzia o di concordato per cessione dei beni. Delle due forme si è parlato *supra*, cap. I, par. 1.3.2., e in questo capitolo al par. 4.1.

la società debitrice non sarebbe più – in tale momento – incapace di far fronte ai propri debiti”. In altre parole, “i creditori che – volenti o nolenti – si trovano a subire la falcidia concordataria dei propri crediti vedrebbero integralmente soddisfatte le pretese di cui sono (rimasti) titolari verso la società”, posto che per la parte dei debiti che resta esigibile post-omologazione sono state offerte “serie garanzie reali o personali” (secondo il vecchio art. 160 l. fall.).

L'obiezione, pur essendo riferita al concordato per garanzia pre-riforma, è valida anche oggi. La liberalizzazione del contenuto del concordato consente di elaborare una proposta sulla base di un piano che può prevedere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma”, quindi *anche* attraverso il pagamento di una percentuale del credito originario, assistito o meno da garanzie. Una volta omologato un concordato di questo genere, si potrebbe ritenere che la sussistenza del presupposto dell'insufficienza del patrimonio sociale debba essere dimostrata con riguardo non alla misura originaria del credito, ma a quella risultante a seguito della falcidia concordataria. Il che, nella maggior parte dei casi, renderebbe almeno di fatto non esperibile l'azione di responsabilità.

Tutto sta nel ruolo che si voglia attribuire al presupposto della insufficienza del patrimonio alla soddisfazione dei crediti. Se lo si interpreta come mera condizione di procedibilità, che in quanto tale deve sussistere al momento della proposizione dell'azione, l'insufficienza del patrimonio dovrà essere dimostrata con riferimento ai crediti così come risultano a seguito della falcidia concordataria. Se invece lo si interpreta come specificazione del danno, si deve ritenere che il diritto al risarcimento sorga nel momento in cui la condotta dell'amministratore abbia determinato l'insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei crediti nella loro consistenza originaria, e che rispetto a quest'ultima debba essere dimostrata l'incapienza del patrimonio sociale.

III

LE AZIONI DEI CREDITORI SOCIALI NEI DIVERSI CONTESTI DELLA VITA SOCIETARIA: UNA RICOSTRUZIONE COERENTE E AGGIORNATA

1. RIEPILOGO E CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

L'interrogativo cui si sta cercando di fornire una risposta è se i creditori sociali possano esercitare le proprie azioni di responsabilità dopo aver concluso un concordato preventivo con la società debitrice, ed eventualmente quali siano le regole che sottostanno all'esperimento di quelle azioni.²¹⁷ Per essere in grado di valutare se e come uno strumento di tutela dei creditori sociali disciplinato dal codice civile possa essere calato nel contesto del concordato preventivo, si deve ovviamente aver prima ben chiaro in cosa consista questo strumento. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza non sono state in grado fino ad oggi di dare un'interpretazione completa e soddisfacente delle disposizioni che disciplinano le azioni di responsabilità dei creditori sociali. In particolare, l'orientamento prevalente sulla natura della responsabilità, laddove identifica nel diritto di credito il bene giuridico leso, non riesce a valorizzare in modo adeguato la dimensione collettiva dei soggetti destinatari della tutela, cioè appunto i creditori sociali.²¹⁸

L'assenza di approfondimenti in questo senso è principalmente dovuta al fatto che la “sede naturale” per l'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori è il fallimento,²¹⁹ dove la legittimazione si

217 Cfr. *supra*, cap. I, par. 1.4.

218 Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

219 Cfr. *supra*, cap. I, par. 1.3.3. e nota 39.

trasferisce in capo al curatore, e dove il risultato utile va ad incrementare la massa attiva sulla quale i creditori andranno a soddisfarsi ciascuno in ragione del proprio credito. Il fatto che questa forma di tutela risarcitoria sia attribuita non ad un singolo, ma ad una categoria, viene quindi valorizzato dalle regole che nel fallimento sottostanno all'esercizio delle azioni di responsabilità, ed è per questo che la dottrina e la giurisprudenza non si sono mai poste più di tanto il problema di cercare nel contenuto delle norme stesse la via per la valorizzazione della dimensione collettiva dei soggetti da esse tutelati.²²⁰

Il risultato è una tutela risarcitoria dei creditori sociali ad oggi configurata in modo tale che, se nel fallimento segue regole coerenti e complete, al di fuori delle procedure concorsuali liquidatorie perde di nitidezza per quanto riguarda il contenuto stesso della fattispecie.²²¹ E se queste considerazioni valgono con riferimento alla tutela risarcitoria dei creditori sociali nel contesto della società *in bonis*, a maggior ragione diventa problematico calare quella tutela nell'ambito della procedura di concordato preventivo, dove si deve fare i conti con: *a)* le peculiarità dell'istituto, fra cui, in particolare, il fatto che il debitore sia liberato dalle proprie obbligazioni una volta soddisfatti i creditori nella misura concordataria, e con *b)* l'assenza di disposizioni che, come accade invece per il fallimento, consentano di adeguare la disciplina delle azioni di responsabilità dei creditori sociali al contesto concorsuale.²²²

Il percorso da compiere deve quindi passare attraverso:

1) il chiarimento del contenuto delle fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali, così come disciplinate nel codice civile,

220 Anche se si possono considerare indici dell'esigenza di recuperare una dimensione collettiva della tutela risarcitoria dei creditori sociali i tentativi di quella parte della dottrina che ha insistito a lungo sul carattere surrogatorio dell'azione di cui all'art. 2394 c.c., cfr. *supra*, cap. I, par. 2.3.

221 Con le conseguenze, soprattutto per quanto riguarda l'individuazione del danno risarcibile, di cui si è parlato *supra*, cap. II, par. 2.4.2.

222 Sulla disciplina del concordato preventivo vedi *supra*, cap. I, par. 1.3.2. e cap. II, par. 4.

con riferimento cioè alla società *in bonis*;

2) la valutazione del *se* e del *come* la relativa azione possa inserirsi in un contesto in cui i creditori stessi rinunciano, sia pure a maggioranza, alla soddisfazione del credito nei termini originari, con conseguente liberazione del debitore concordatario.

2. IL NUOVO SPUNTO OFFERTO DALLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO: IL RAPPORTO FRA L'ART. 2394 c.c. E L'ART. 2497 c.c.

2.1. I risultati acquisiti sugli artt. 2394 e 2497 c.c. ed un ulteriore sviluppo: la possibilità di integrazioni reciproche fra le due norme

Nel tentare un approfondimento sul contenuto delle fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali vengono in aiuto gli spunti che sul tema sembra aver offerto la riforma del diritto societario.

Si è visto che l'abrogazione dell'art. 2487 c.c., eliminando il rinvio che rendeva applicabile alle s.r.l. l'art. 2394, ha fatto sì che la dottrina si cimentasse in una ricerca delle vie alternative per far salva la tutela risarcitoria dei creditori di s.r.l.²²³

La conclusione più soddisfacente sembra essere quella raggiunta argomentando a partire da un'altra novità introdotta dalla riforma delle società di capitali, cioè la disciplina della responsabilità da attività di direzione e coordinamento. Si è detto infatti che questa nuova figura di responsabilità non può prescindere dall'esistenza di un'azione dei creditori sociali contro gli amministratori.²²⁴ Questo perché la responsabilità, nei confronti dei creditori sociali, della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento (art. 2497) sussiste al ricorrere degli stessi presupposti che caratterizzano la parallela fattispecie di responsabilità degli amministratori (art. 2394): identico è il danno, identico è l'interesse leso, identici sono i poteri esercitati dal soggetto responsabile, identico è infine il profilo dell'abusività dell'esercizio di quei poteri, che consiste nella violazione dei medesimi doveri. Sulla base di queste considerazioni si è giunti ad affermare che la

²²³ Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.2.

²²⁴ Vd. le conclusioni di cui *supra*, cap. II, par. 3.2.5.

disciplina di cui all'art. 2497 rappresenta il necessario completamento della tutela risarcitoria dei creditori sociali nei confronti dell'esercizio abusivo di quelle competenze gestorie che, nella dimensione del gruppo di imprese, si trasferiscono dagli amministratori ad un soggetto diverso, cioè la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento.²²⁵

Questa tesi, della quale ci si è serviti per affermare la sopravvivenza della tutela risarcitoria dei creditori sociali di s.r.l., consente però di sviluppare ulteriori considerazioni.

Si è detto che le due azioni rappresentano l'una il prosieguo dell'altra,²²⁶ e con ciò si intende dire che una lettura sistematica delle norme che le disciplinano finisce per configurare la responsabilità da attività di direzione e coordinamento, dalla prospettiva dei creditori sociali, come un'estensione della responsabilità degli amministratori, della quale infatti riprende tutti i presupposti. Sembra cioè che si tratti della stessa azione, che viene però rivolta contro un soggetto diverso, perché nel contesto di riferimento (società appartenente ad un gruppo di imprese) è quel soggetto a compiere l'atto lesivo dell'interesse dei creditori sociali.

Ma allora, proseguendo sulla via dell'interpretazione sistematica, si potrebbe affermare che se in entrambi i casi l'azione è in realtà la stessa, allora in entrambi i casi anche il suo esercizio dovrebbe seguire le stesse regole di funzionamento. Ciò vorrebbe dire che le disposizioni di cui agli artt. 2394 e 2497 c.c. sono in grado di integrarsi a vicenda, laddove alcuni profili siano specificati da una delle due norme e non anche dall'altra.

225 Cfr. le conclusioni cui si è giunti *supra*, cap. II, par. 3.1.6.

226 Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.1.6.

2.2. Un indizio a conferma della possibilità che gli artt. 2394 e 2497 c.c. si integrino reciprocamente: la vicenda della teoria dei cd. *vantaggi compensativi*

Un indice della plausibilità di un percorso del genere è rappresentato dalla vicenda della teoria dei cd. *vantaggi compensativi*.²²⁷

Sul fatto che dall'appartenenza ad un gruppo possano derivare alla società eterodiretta vantaggi tali da compensare il pregiudizio arrecato da un determinato atto gestorio la dottrina si era già soffermata ben prima della riforma delle società di capitali.²²⁸ Questa tesi era inizialmente destinata a trovare applicazione pratica con riferimento alle fattispecie di responsabilità degli amministratori, posto che la responsabilità da attività di direzione e coordinamento non era ancora prevista nel codice civile.

Con la riforma, la teoria dei vantaggi compensativi ha ricevuto un riconoscimento normativo: l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2497, disciplinando la responsabilità della società o dell'ente che svolge attività di direzione e coordinamento, stabilisce che “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.” Si tratta però di un riconoscimento limitato alla sola ipotesi del danno ai soci o ai creditori della società eterodiretta causato dall'illecito della capogruppo. Di per sé, la lettera della norma non consentirebbe di estendere la rilevanza degli eventuali vantaggi compensativi anche al caso in cui i soci o i creditori della società eterodiretta agiscano *ex artt.* 2393-2394 contro gli amministratori della stessa.

²²⁷ Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.1.1. e nota 139.

²²⁸ Per la dottrina *ante* riforma sui vantaggi compensativi si vedano per tutti MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss.; ROSSI, *Relazione introduttiva a Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.

In questo quadro risulta degna di nota la sentenza della Cassazione del 24 agosto 2004, n. 16707, con la quale viene confermato che “in tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali verso la società stessa, appartenente ad un gruppo societario, ha rilievo (anche a prescindere dal testo dell'art. 2497 c.c. come novellato dall'art. 5 D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) la considerazione dei cd. vantaggi compensativi derivanti dall'operato dell'amministratore, riflettentisi sulla società in conseguenza della sua appartenenza al gruppo.”²²⁹

La Corte, all'indomani della riforma, ribadisce che di eventuali vantaggi compensativi si deve tener conto anche in ipotesi di fattispecie di responsabilità degli amministratori della società eterodiretta. La disposizione di cui all'art. 2497 c.c., che pure è atta a disciplinare una fattispecie diversa da quella oggetto della sentenza, non viene tuttavia ignorata: la Corte ne rileva l'inapplicabilità al caso di specie, ma solo in quanto la controversia era stata instaurata prima della riforma.²³⁰ Ed è per questo che la rilevanza dei vantaggi compensativi in tema di responsabilità degli amministratori non può che essere affermata, se affermata, “anche a prescindere dal testo dell'art. 2497 c.c.”.

Ma in questo modo la Corte sembra lasciar intendere che, se non fosse stato per una mera questione di efficacia della legge nel tempo, avrebbe ritenuto direttamente applicabile l'art. 2497 c.c., nella parte in cui attribuisce rilevanza ai vantaggi compensativi, anche alla fattispecie di responsabilità degli amministratori nei confronti della società eterodiretta.

229 Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Soc.*, 2005, p. 164 (già citata a nota 139). Con questa sentenza, in realtà, la Corte affronta principalmente il tema dell'onere probatorio relativo alla sussistenza dei vantaggi compensativi, affermando che spetta all'amministratore allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti.

230 *Ivi*, p. 167, dove si legge che l'eventualità che una società fruisca di vantaggi compensativi in conseguenza della sua appartenenza ad un gruppo di imprese è “oggi espressamente considerata in una disposizione del novellato art. 2497 c.c., non però direttamente applicabile a fattispecie realizzatesi in epoca anteriore all'entrata in vigore del D.lgs. n. 6/2003.”

2.3. La disciplina di cui agli artt. 2394 e 2497 c.c. secondo una lettura integrata

Se è vero che l'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 2394 e 2497 c.c. consente di configurare un'unica azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti dei soggetti ai quali è riconducibile la gestione dell'attività d'impresa, e se è vero che le due norme sono in grado di integrarsi reciprocamente laddove alcuni profili siano disciplinati dall'una e non anche dall'altra, si deve concludere che: 1) si deve tener conto, anche nel caso di responsabilità *ex art.* 2394 degli amministratori della società eterodiretta, dell'eventuale sussistenza di vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza al gruppo, tali da impedire che le risorse effettivamente disponibili dalla eterodiretta siano insufficienti al soddisfacimento dei creditori; 2) i creditori sociali non perdono l'azione contro la capogruppo in caso di rinuncia ad agire contro la capogruppo da parte della società eterodiretta; viceversa, una eventuale transazione conclusa fra la società eterodiretta e la capogruppo potrà essere impugnata dai creditori sociali soltanto in via revocatoria.²³¹

Soprattutto merita notare che da questa ricostruzione sistematica emerge un'azione dei creditori sociali la cui natura diretta e autonoma è ulteriormente confermata, tanto nel caso di responsabilità degli amministratori quanto nel caso di responsabilità della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, dalla lettera dell'art. 2497 c.c., che parla di soggetti “direttamente responsabili”.

231 Queste considerazioni valgono se si ritiene che la società eterodiretta possa agire contro la capogruppo, nonostante un'azione del genere non sia espressamente disciplinata nel codice civile. A questo tema si è accennato *supra*, cap. II, par. 3.1.2 nota 146. E' interessante notare che a conclusioni analoghe sull'opponibilità della transazione ai creditori sociali si potrebbe comunque pervenire sulla base del terzo comma dell'art. 2497 c.c., dovendosi ritenere che la transazione conclusa con la capogruppo sia un atto che, reintegrando il patrimonio della società eterodiretta, “soddisfa” soci e creditori della stessa.

3. RIDEFINIZIONE DEL CONTENUTO DELLE FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEI CREDITORI SOCIALI CON RIFERIMENTO ALLA SOCIETÀ IN BONIS

3.1. Il ruolo del presupposto dell'insufficienza patrimoniale di cui all'art. 2394 e del presupposto di cui al terzo comma dell'art. 2497: specificazione del danno

In precedenza si è detto che per risolvere i problemi interpretativi posti dalle norme che disciplinano l'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori sociali è necessario prima di tutto ridefinire il contenuto della fattispecie, individuando in particolare il bene giuridico a protezione del quale è predisposto questo strumento di tutela.²³²

Sulla scorta delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, si deve precisare che l'analisi volta ad individuare il bene giuridico tutelato in capo ai creditori sociali non può che coinvolgere tanto l'art. 2394 quanto l'art. 2497, e che ad un risultato definitivo non si può che arrivare attraverso la lettura congiunta delle due norme, intese come disciplina composita dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti dei soggetti ai quali è riconducibile la gestione dell'attività d'impresa.

Detto questo, il primo passo per l'individuazione del bene giuridico tutelato sta nel precisare in che cosa consiste, secondo il disposto di cui agli artt. 2394 e 2497, il danno per i creditori sociali.

Entrambe le disposizioni fanno riferimento all'integrità del patrimonio della società debitrice: l'art. 2497 individua espressamente il danno nella "lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società" (eterodiretta); l'art. 2394 considera la "inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" come

²³² *Supra*, cap. II, par. 2.5.

condotta illecita degli amministratori. Il secondo comma dello stesso art. 2394 pone poi come requisito per l'azione l'insufficienza del patrimonio alla soddisfazione dei creditori sociali. Si è detto che un presupposto equivalente all'insufficienza patrimoniale è quello di cui al terzo comma dell'art. 2497, da interpretare nel senso che i creditori della società eterodiretta non possono esercitare l'azione contro la società o l'ente che svolge attività di direzione e coordinamento finché la società debitrice è in grado di soddisfarli, col proprio patrimonio o con le risorse altrimenti reperibili in virtù dell'appartenenza al gruppo di imprese.²³³

Una volta affermato che i presupposti di cui al secondo comma dell'art. 2394 e al terzo comma dell'art. 2497 sono sostanzialmente equivalenti, si tratta di prendere posizione sul ruolo che quei presupposti assumono nel definire la fattispecie di responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Si è infatti già accennato al fatto che il requisito dell'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei creditori può essere inteso come mera condizione di procedibilità o come specificazione del danno.²³⁴ Nel primo caso, la sua sussistenza dovrebbe essere verificata in relazione al momento della proposizione dell'azione, e con riferimento all'insieme dei crediti così come in quel momento configurati. Nel secondo caso, l'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei creditori rileverebbe come momento in cui sorge l'obbligo al risarcimento in capo agli amministratori, ed un'eventuale diversa consistenza dei crediti al momento della proposizione dell'azione non potrebbe incidere sull'esistenza del diritto al risarcimento.

Decisiva sembra essere la considerazione per cui, fintanto che il patrimonio della società o le risorse comunque reperibili in virtù dell'appartenenza ad un gruppo di imprese sono sufficienti a garantire la soddisfazione dei crediti, la sfera giuridica dei creditori sociali non viene

²³³ *Supra*, cap. II, par. 3.1.3.

²³⁴ *Supra*, cap. II, par. 5.

in alcun modo lesa. Non avrebbe senso che l'ordinamento tutelasse i creditori contro lesioni del patrimonio sociale che non sono comunque tali da mettere in pericolo il loro soddisfacimento.

In questo senso, il presupposto dell'insufficienza patrimoniale sembra dover essere inteso come specificazione del danno, e lo stesso vale per il requisito di cui al terzo comma dell'art. 2497.

In altre parole, il danno ai creditori sociali previsto dagli artt. 2394 e 2497 c.c. consiste in quella lesione dell'integrità del patrimonio sociale a seguito della quale questo risulta insufficiente, anche tenendo in considerazione l'eventuale reperibilità di altre risorse in virtù dell'appartenenza ad un gruppo di imprese, alla soddisfazione dei creditori.²³⁵

3.2. Il bene giuridico tutelato in capo ai creditori sociali: esegesi degli artt. 2394 e 2497 c.c. come norme poste a protezione della garanzia patrimoniale

Se questo è il danno attorno al quale sono strutturate le fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2394 e 2497, non si può che constatare che la lettera delle norme indica espressamente qual è il bene giuridico tutelato in capo ai creditori. Non si tratta del diritto di credito, che viene solo indirettamente danneggiato, ma del patrimonio sociale, inteso come insieme delle risorse che garantiscono il soddisfacimento dei creditori.

In altre parole, se è a fronte della lesione dell'integrità del patrimonio sociale che l'ordinamento predispose una tutela risarcitoria in capo ai creditori, sembra potersi affermare che il patrimonio sociale costituisce esso stesso oggetto di un diritto dei creditori, attribuito loro da quelle

²³⁵ Sia che l'insufficienza patrimoniale sia interamente determinata da tale lesione, sia che ne risulti solamente aggravata.

norme che disciplinano la responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione dell'impresa. Un “diritto proprio sul patrimonio altrui”,²³⁶ da intendere nel senso che il patrimonio sociale, pur restando nella gestione del suo titolare, deve essere conservato nella sua integrità, affinché possa continuare a svolgere la funzione di garanzia delle obbligazioni contratte.²³⁷ In sintesi, gli artt. 2394 e 2497 c.c. sembrano attribuire ai creditori sociali un diritto all'integrità della garanzia patrimoniale.²³⁸

Si intravede infine il modo in cui le norme sulla responsabilità nei confronti dei creditori sociali valorizzano di per sé la dimensione collettiva dei soggetti tutelati, a prescindere dal fatto che siano esercitate nel contesto di una procedura concorsuale. Il patrimonio sociale, inteso come garanzia patrimoniale, è il bene giuridico direttamente tutelato, ed il diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale è attribuito a tutti i creditori sociali in quanto tali, cioè in quanto appartenenti ad una categoria di soggetti che su quel patrimonio hanno uno specifico interesse.

3.3. Le azioni di responsabilità dei creditori sociali come strumenti di tutela della garanzia patrimoniale: operatività e analogie con l'azione revocatoria ordinaria

L'azione di responsabilità dei creditori sociali, così come configurata secondo l'interpretazione che si è data degli artt. 2394 e 2497, sembra

236 L'espressione è di PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, II, p. 1043.

237 Sul punto si veda FERRI jr., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 31 e ss.

238 Sul tema della garanzia patrimoniale è obbligato il confronto con quanto veniva affermato da NICOLÒ, *Sub Art. 2740*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1958, p. 1 e ss. Ricchi spunti di riflessione sulla questione dei rimedi alla lesione della garanzia patrimoniale sono inoltre offerti da PAGNI, *Crisi societarie*, cit.

quindi rientrare a pieno titolo nel novero degli strumenti di tutela della garanzia patrimoniale.

Potrebbe destare tuttavia qualche perplessità l'accostamento delle azioni di responsabilità dei creditori sociali agli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, dal momento che quelle azioni, se nel fallimento vengono esercitate dal curatore a vantaggio della massa dei creditori, fintanto che la società debitrice non venga assoggettata ad una procedura concorsuale portano invece ad un incremento del patrimonio del solo creditore che abbia agito. Il carattere individuale del risultato utile dell'azione al di fuori delle procedure concorsuali sembra cioè costituire un'incoerenza rispetto alla configurazione del rimedio risarcitorio come strumento di tutela della garanzia patrimoniale.²³⁹

D'altra parte, il fatto stesso che quel rimedio operi in modo diverso a seconda del contesto di riferimento rappresenta per l'interprete una peculiarità che può sembrare difficile da giustificare, a prescindere dalla qualificazione che si voglia dare dell'istituto.

Sembra così spiegarsi il motivo per cui a lungo, in dottrina e in giurisprudenza, si è insistito nel cercare di inquadrare l'azione di cui all'art. 2394 c.c. nello schema dell'azione surrogatoria.²⁴⁰ Uno schema che consentiva di attribuire il risultato utile dell'azione, anche al di fuori delle procedure concorsuali, ai creditori sociali collettivamente considerati, reintegrando il patrimonio del comune debitore. In sostanza, si ricorreva al modello dell'azione surrogatoria perché era quello che sembrava spiegare meglio il funzionamento del rimedio, componendo l'apparente frattura fra la sua funzione di tutela della garanzia patrimoniale ed il risultato utile individuale a cui sembrava indirizzare il suo carattere risarcitorio, e rendendo inoltre omogenea l'operatività

²³⁹ Il rilievo è di PAGNI, *Crisi societarie*, cit., p. 236-237.

²⁴⁰ Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.3.

dell'azione rispetto ai due possibili contesti di riferimento, quello della società *in bonis* e quello della società insolvente.

Tuttavia, uno sguardo al panorama degli strumenti di tutela della garanzia patrimoniale offerti dall'ordinamento, ed un approfondimento sull'operatività di quegli strumenti nel contesto dell'attività d'impresa, dimostrano che lo sforzo di ricondurre l'art. 2394 allo schema dell'azione surrogatoria non era in realtà necessario.

Fra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale vi è uno strumento che, sotto alcuni punti di vista, presenta forti analogie con le azioni di responsabilità dei creditori sociali così come configurate nei paragrafi precedenti. Si tratta dell'azione revocatoria ordinaria, disciplinata dal codice civile agli artt. 2901 e ss. e dalla legge fallimentare all'art. 66.²⁴¹

Ai sensi dell'art. 2901 il creditore, al ricorrere di determinate condizioni, “può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio coi quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni.” La revocatoria ordinaria, secondo le regole dettate dal codice civile, opera cioè su un piano individuale, a vantaggio del solo creditore che abbia agito. Nel caso però in cui l'atto di disposizione riguardi un patrimonio destinato all'esercizio dell'attività di impresa, alla disciplina dettata dal codice civile si aggiunge la disposizione di cui all'art. 66 l. fall., ai sensi del quale, una volta dichiarato il fallimento, “il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori secondo le norme del codice civile.” L'insolvenza dell'imprenditore determina cioè una modificazione dei meccanismi di funzionamento della revocatoria ordinaria, la cui legittimazione si trasferisce in capo al curatore, e il cui risultato utile va a vantaggio di tutti i creditori. L'art. 66

241 Sul punto si veda PAGNI, *Le azioni di massa*, op. cit., p. 1040-1041.

l. fall. “trasforma cioè un'azione collettiva a risultato individuale (quale è la revocatoria ordinaria esperita prima del fallimento) in un'azione «di massa», e spiega così la legittimazione attribuita al curatore in luogo della collettività dei creditori.”²⁴²

La vicenda della revocatoria ordinaria dimostra che l'ordinamento già conosce strumenti di tutela della garanzia patrimoniale che di regola operano su un piano individuale, a vantaggio del singolo creditore che agisce, ma che in un contesto imprenditoriale, una volta aperta una procedura concorsuale, diventano azioni «di massa». Le azioni di responsabilità dei creditori sociali, secondo l'interpretazione che se ne è data nei paragrafi precedenti, riproducono la stessa peculiarità, trattandosi di azioni che mirano ad un risultato utile individuale fintanto che non sia dichiarata l'insolvenza della società debitrice, e che diventano poi azioni a risultato utile collettivo una volta aperta una procedura concorsuale. Ma, appunto, ciò non è di ostacolo all'inquadramento di quelle azioni fra i vari strumenti di tutela della garanzia patrimoniale.

3.4. La natura della responsabilità nei confronti dei creditori sociali

Una volta chiarito che le azioni di responsabilità dei creditori sociali costituiscono uno strumento di tutela della garanzia patrimoniale, e che il bene giuridico tutelato in capo ai creditori sociali è il patrimonio sociale, all'integrità del quale i creditori hanno un diritto attribuito loro dagli artt. 2394 e 2497, si può infine tornare sul punto che aveva occasionato questo approfondimento, ossia il tema della natura, contrattuale o extracontrattuale, della fattispecie di responsabilità.²⁴³

²⁴² *Ivi*, p. 1041. Per la definizione di “azioni di massa” vd. *supra*, cap. I, par. 1.3.2. e nota 33.

²⁴³ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

Stabilito che il danno consiste nella lesione dell'integrità del patrimonio sociale, inteso come garanzia delle obbligazioni sociali, si prospettano due possibili interpretazioni degli artt. 2394 e 2497 c.c.

Una prima ipotesi consiste nel ritenere che il diritto dei creditori sociali a che venga conservata l'integrità del patrimonio sociale rappresenti una situazione giuridica soggettiva di carattere assoluto, e che la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, che di quella situazione giuridica costituisce l'oggetto, sia un danno ingiusto suscettibile di essere inquadrato nello schema della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. Il fatto che gli artt. 2394 e 2497 individuino espressamente negli amministratori e nella società o ente capogruppo i soggetti responsabili²⁴⁴ rappresenterebbe una specificazione della fattispecie, ma si potrebbe in teoria ipotizzare che una responsabilità nei confronti dei creditori sociali per danno alla garanzia patrimoniale sussista in capo a chiunque cagioni una lesione dell'integrità del patrimonio sociale.²⁴⁵

Sembra però preferibile un'interpretazione diversa, incentrata su di un altro elemento strutturale delle fattispecie, cioè la condotta illecita. Gli artt. 2394 e 2497 c.c. sanzionano la lesione all'integrità del patrimonio sociale quando questa sia conseguenza di un atto di gestione compiuto in violazione di determinati doveri.²⁴⁶

244 Vale la pena ricordare che alcune norme del codice civile rendono applicabile la disciplina della responsabilità degli amministratori anche ad altri soggetti, quali i direttori generali, i sindaci, i liquidatori. Cfr. *supra*, cap. I, par. 1.2.3.

245 L'individuazione di un diritto di carattere assoluto in capo ai creditori sociali potrebbe ad esempio costituire il primo passo di un percorso, comunque non privo di ostacoli, volto a prospettare la possibilità per il curatore del fallimento di agire contro la banca che abbia abusivamente concesso credito alla società in crisi. Il tema è stato trattato da PAGNI, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Soc.*, 2007, I, p. 442.

246 Segue una serie di argomentazioni tratte da BENEDETTI, *La responsabilità*, op. cit., p. 8 e ss. L'Autore affronta il problema della natura della responsabilità da attività di direzione e coordinamento. Si è detto però (cfr. *supra*, cap. II, par. 3.1.4.) che i doveri la cui violazione determina responsabilità nei confronti dei creditori sociali sono sempre gli stessi, tanto ai sensi dell'art. 2394 ("inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale") che ai sensi dell'art. 2497 ("violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" tale da determinare "la lesione [...] all'integrità del patrimonio della società"). Se questo è vero, gli argomenti qui trattati valgono, dalla

Ora, quei doveri rappresentano *standard* di comportamento,²⁴⁷ al rispetto dei quali sono tenuti determinati soggetti, cioè gli amministratori e la società o ente capogruppo; questi *standard* possono essere qualificati come semplici doveri di comportamento, alla violazione dei quali corrisponde un fatto illecito, o come modelli che integrano gli estremi dell'obbligo, all'inadempimento del quale corrisponde una responsabilità contrattuale.

“Posto che da ogni norma giuridica 'derivano direttive [...] tematizzabili tutte sotto il termine dovere' e che tale categoria giuridica è più ampia di quella dell'obbligo, l'esistenza di quest'ultimo può essere accertata quando la norma si individualizza, ponendo a carico di un soggetto una prestazione a vantaggio di una controparte, anch'essa determinata o determinabile.”²⁴⁸ Dal momento che al rispetto di questi *standard* di comportamento hanno diritto dei soggetti immediatamente determinati, cioè i creditori sociali, in questo senso la responsabilità, in quanto legata alla violazione di un obbligo, sembra essere di natura contrattuale.

D'altra parte, il contenuto dello *standard* legale, nella formula di cui all'art. 2497, è individuato nella correttezza della gestione societaria ed imprenditoriale. Ed il riferimento alla clausola generale della correttezza, strettamente connessa al concetto di buona fede, implica necessariamente la sussistenza di un rapporto di carattere obbligatorio: “quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa

prospettiva dei creditori sociali, anche per la responsabilità degli amministratori.

247 Cfr. MAZZONI, *La responsabilità*, op. cit., p. 831, il quale, con riferimento alla formula di cui all'art. 2497 c.c., parla di *honest business judgment rule*, precisando che tale *standard* è da tempo pacificamente applicato agli amministratori di società.

248 BENEDETTI, *La responsabilità*, op. cit., p. 9. L'Autore rinvia a RUSSO, *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione* (art. 1176 e 1218 c.c.), in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 737; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 212; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 140. L'inciso è invece una citazione di ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990, p. 28 e ss.

relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare alla stregua di una valutazione di buona fede.”²⁴⁹

Si può allora ritenere che il significato normativo degli artt. 2394 e 2497 consista nel configurare un rapporto obbligatorio, di fonte legale, fra i soggetti che gestiscono l'attività di impresa ed i creditori sociali, avente ad oggetto un'obbligazione il cui contenuto consiste nel rispettare determinati *standard* di comportamento, nell'ottica di conservare l'integrità del patrimonio sociale, affinché quest'ultimo possa continuare a svolgere la sua funzione di garanzia patrimoniale.²⁵⁰

3.5. Individuazione e quantificazione del danno risarcibile al di fuori delle procedure concorsuali ²⁵¹

Si tratta infine di stabilire qual è in concreto il danno del quale il creditore sociale, al di fuori delle procedure concorsuali, è legittimato a chiedere il ristoro.

Abbandonata l'idea che le norme sulla responsabilità nei confronti dei creditori sociali siano poste a tutela dell'aspettativa di prestazione, e accolta un'interpretazione che individua nel patrimonio sociale, inteso

249 MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956, p. 364, citato da BENEDETTI, *La responsabilità*, op. cit., p. 11, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza sul punto.

250 È opportuno precisare che il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione dell'attività di impresa non necessariamente esclude che si possa affermare la sussistenza, in capo ai creditori sociali, di un diritto di carattere assoluto alla conservazione della garanzia patrimoniale, e che la lesione di questo diritto da parte di soggetti terzi, come ad esempio la banca che abbia abusivamente concesso credito alla società debitrice, dia luogo ad una responsabilità di carattere aquiliano, suscettibile di essere poi fatta valere dal curatore nel fallimento. Il riferimento è, di nuovo, al lavoro di PAGNI, *La concessione abusiva*, op. cit. (nota 245).

251 Alle conclusioni contenute in questo paragrafo è stato possibile arrivare grazie alle indicazioni fornite da FABIANI nel corso di un'intervista rilasciata al sottoscritto a Verona, in data 4 giugno 2012.

come garanzia generica delle obbligazioni contratte dalla società, il bene giuridico tutelato, non resta che determinare in che modo deve essere quantificato, dalla prospettiva del creditore sociale, il danno consistente nella lesione della garanzia patrimoniale.

A questo scopo, è opportuno precisare che il patrimonio sociale costituisce la garanzia generica non soltanto dell'obbligazione cui ha diritto il creditore che esercita l'azione, ma anche di tutti gli altri debiti contratti dalla società.

Inoltre, il patrimonio sociale è “integro” fintanto che è sufficiente alla soddisfazione dei creditori. La lesione dell'integrità del patrimonio sociale è quindi il danno che porta il patrimonio sotto la soglia della sufficienza, e la misura dell'insufficienza patrimoniale è la differenza fra l'ammontare complessivo dei debiti e l'insieme delle attività.

Infine, la funzione svolta dal patrimonio sociale è quella di garantire l'adempimento delle prestazioni non ancora eseguite: di conseguenza, pregiudiziale all'esistenza del diritto del creditore sul patrimonio sociale è l'esistenza di un credito in tutto o in parte non soddisfatto, in ragione del quale deve poi essere determinata l'entità del danno risarcibile.

I parametri di riferimento per l'individuazione del danno sono quindi:

- A) l'entità del credito vantato dal creditore che esercita l'azione;
- B) l'ammontare complessivo dei debiti contratti dalla società;
- C) la misura dell'integrità del patrimonio sociale (che corrisponde al valore dell'ammontare dei debiti contratti dalla società);
- D) la misura dell'insufficienza del patrimonio della società alla soddisfazione dell'insieme dei crediti;²⁵²
- E) la lesione del patrimonio sociale che sia conseguenza diretta della condotta illecita del soggetto responsabile.²⁵³

252 Dal momento che, come si è detto *supra*, par. 3.1., non c'è danno per i creditori fintanto che il patrimonio sociale è sufficiente al soddisfacimento di tutti i crediti.

253 Attribuendo cioè la necessaria rilevanza al nesso causale fra la condotta del soggetto

In base a questi parametri, si deve immaginare di suddividere la comune garanzia patrimoniale fra tutti i creditori della società, in modo poi da stabilire in che misura la condotta illecita del soggetto responsabile abbia inciso su quella porzione del diritto sul patrimonio sociale che è logicamente attribuibile al singolo creditore.

Si dovrà quindi in primo luogo calcolare l'incidenza del singolo credito insoddisfatto sull'ammontare delle passività: $\frac{A}{B}$

Il risultato ottenuto rappresenta la proporzione rispetto alla quale va determinata la misura del diritto del singolo creditore all'integrità del patrimonio sociale:²⁵⁴

$$\left(\frac{A}{B}\right) = \left(\frac{\text{misura del diritto del singolo creditore all'integrità del patrimonio sociale}}{C}\right)$$

Individuata la consistenza del diritto individuale del singolo creditore, si tratta poi di determinare l'entità della lesione di quel diritto. A questo scopo, si deve preliminarmente stabilire in che misura l'insufficienza del patrimonio alla soddisfazione dei crediti sia imputabile alla condotta illecita del soggetto responsabile. Quest'ultimo, infatti, è responsabile nei confronti dei creditori sociali non dell'intera misura dell'insufficienza patrimoniale, ma solo di quella parte che è conseguenza diretta della sua condotta illecita. E quindi:

se $D > E$, la lesione imputabile al soggetto responsabile è pari a E ;

se $E > D$, la lesione imputabile al soggetto responsabile è pari a D .

responsabile e la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, d'accordo con quanto affermato da Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, citata *supra*, cap. II, par. 2.2.1. e nota 119.

²⁵⁴ Dal momento che B e C sono in realtà equivalenti, è evidente che la misura del diritto del singolo creditore sul patrimonio sociale sarà nella sostanza uguale all'ammontare del suo credito. Tuttavia, l'operazione ha una sua rilevanza logica, perché consente di passare dal singolo diritto di credito alla misura del diritto all'integrità del patrimonio sociale, ed è su quest'ultima che, secondo le premesse, deve essere parametrato il danno risarcibile.

Si conosce a questo punto l'entità della responsabilità complessiva dell'autore dell'atto di *mala gestio*, e la proporzione rispetto alla quale va calcolato il danno al singolo creditore.

Se allora si considerano:

F) la misura del diritto del singolo creditore sociale all'integrità del patrimonio;

G) la lesione imputabile al soggetto responsabile;

il danno x del quale il creditore sociale può chiedere il ristoro è pari a

$$x = \frac{G}{\left(\frac{C}{F}\right)}$$

In sostanza, il danno subito dal singolo creditore consiste nella misura dell'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei crediti, nei limiti in cui sia riconducibile alla condotta illecita del soggetto responsabile, calcolata in proporzione all'incidenza del suo credito sul totale delle passività.²⁵⁵

3.6. Considerazioni conclusive sull'interpretazione degli artt. 2394 e 2497 c.c. in termini di tutela risarcitoria della garanzia patrimoniale

Individuare nella garanzia patrimoniale, anziché nella lesione dell'aspettativa di prestazione del creditore, il bene giuridico tutelato

²⁵⁵ Può essere utile illustrare quanto affermato con un esempio. Si prenda per ipotesi una società che abbia contratto debiti per un totale (B) di 100, ed il cui patrimonio, a seguito di un atto di *mala gestio* degli amministratori cui sia direttamente riconducibile un detrimento patrimoniale di 20, sia pari a 60. La lesione della garanzia patrimoniale imputabile agli amministratori (G) è quindi 20. Un creditore sociale che vanti un credito (A) di 25 potrà allora chiedere *ex art. 2394 c.c.* il risarcimento di $20 : (100 : 25) = 5$.

dagli artt. 2394 e 2497 c.c. consente di superare una serie di incertezze che impedivano di arrivare ad una ricostruzione definitiva e coerente delle azioni di responsabilità dei creditori sociali.

In primo luogo, se anche non si dovesse ritenere soddisfacente la tesi qui accolta circa la natura contrattuale della responsabilità,²⁵⁶ si potrebbe più agevolmente ammettere una qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità aquiliana, non essendo più necessario conciliare la sopravvivenza del credito originariamente vantato con la nozione di “lesione del credito”.²⁵⁷

Sul piano della coerenza del dettato normativo, il diritto all'integrità del patrimonio sociale ha poi il pregio di restituire alla lettera delle norme la dimensione collettiva dei soggetti tutelati, posto che la garanzia patrimoniale è un bene sul quale i creditori vantano un interesse comune.²⁵⁸ Inoltre, se è proprio attraverso la predisposizione del rimedio risarcitorio che gli artt. 2394 e 2497 attribuiscono un particolare diritto ai creditori sociali, risulta evidente che, in assenza di una disposizione specifica, non sarebbe possibile, neanche rinviando all'art. 2043 c.c., riprodurre quel rimedio. In questo modo l'azione dei creditori sociali, strutturandosi come strumento diverso e aggiuntivo rispetto alle altre forme di tutela risarcitoria offerte dall'ordinamento, e in particolare rispetto a quella di cui all'art. 2395 c.c., riacquista una propria dignità.²⁵⁹

Infine, da un punto di vista applicativo, il diritto al risarcimento spettante ai creditori sociali non risulta più subordinato alla prospettiva di una ripartizione fra tutti i creditori dell'insieme dei beni che costituiscono il patrimonio sociale. Il che rende più chiaro il meccanismo di individuazione del danno risarcibile fuori di procedure concorsuali.²⁶⁰

256 *Supra*, par. 3.4.

257 Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.3.

258 Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.4.2.

259 Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.4.3.

260 Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.2.2.

4. AMMISSIBILITÀ E DISCIPLINA DELLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ DEI CREDITORI SOCIALI NEL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO

4.1. Natura diretta delle azioni ed effetto esdebitatorio: conferma dell'ammissibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo

Che le azioni di responsabilità dei creditori sociali abbiano natura diretta e autonoma non sembra più poter essere messo in discussione. Il dato letterale delle disposizioni di cui agli artt. 2394 e 2497 c.c. è sufficientemente univoco in tal senso;²⁶¹ d'altra parte, se alla base dei tentativi di inquadrare l'art. 2394 nello schema dell'azione surrogatoria stava l'apparente esigenza di conciliare il carattere risarcitorio del rimedio con la sua funzione di tutela della garanzia patrimoniale, si è dimostrato che un'esigenza del genere in realtà non sussiste.²⁶²

I creditori sociali, chiedendo il risarcimento del danno consistente nella lesione dell'integrità del patrimonio sociale, mirano quindi ad ottenere un risultato utile individuale, cioè ad incrementare il proprio patrimonio, e non quello della società. Si deve allora escludere che il *pactum de non petendo* insito nel concordato preventivo, che impedisce al creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore oltre i termini concordatari, possa determinare la perdita dell'interesse ad agire *ex artt.* 2394 o 2497 c.c.²⁶³

Un ostacolo all'esercizio di quelle azioni verrebbe invece a configurarsi qualora si potesse affermare che l'effetto esdebitatorio del

261 Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.3.7. per l'art. 2394; cap. II, par. 3.1.2. per l'art. 2497; vd. anche le conclusioni di cui al par. 2.3. di questo capitolo.

262 Cfr. *supra*, par. 3.3.

263 Sulle conseguenze che deriverebbero dal qualificare l'azione di responsabilità dei creditori sociali in termini di azione surrogatoria vd. *supra*, cap. I, par. 2.3.1.

concordato preventivo, oltre a prodursi nei confronti della società debitrice, si estende anche ad altri soggetti. Ma si è visto che l'art. 184 l. fall., che disciplina gli effetti del concordato omologato e che è rimasto invariato a seguito della riforma, esclude che i soggetti ai quali l'esdebitazione potrebbe estendersi in virtù delle regole generali del diritto civile siano liberati. L'esdebitazione conseguente all'omologazione del concordato si configura quindi come una mera inesigibilità, nei confronti del solo debitore concordatario, del credito non integralmente soddisfatto; non può di conseguenza impedire, nel contesto societario, l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei soggetti coinvolti nella gestione dell'attività di impresa.²⁶⁴

In base a queste osservazioni, si deve ritenere ammissibile l'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo.

Né può ritenersi fondata l'obiezione di chi osservava che il patrimonio sociale, una volta omologato un concordato che preveda il pagamento di una percentuale dei crediti originari, non è più insufficiente al soddisfacimento dei creditori.²⁶⁵ Si è visto infatti che il presupposto dell'insufficienza delle risorse al soddisfacimento dei creditori²⁶⁶ assume, nel dettato normativo, il ruolo di specificazione del danno,²⁶⁷ e che in quanto tale deve essere parametrato ai crediti così come originariamente vantati. In sostanza, l'insufficienza delle risorse determina il sorgere della responsabilità nei confronti dei creditori; da quel momento, l'eventuale riduzione concordataria del credito potrà incidere sulla misura del danno risarcibile,²⁶⁸ ma non sull'esistenza del diritto al risarcimento.

264 Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.2.2. D'altra parte, che questo fosse il significato normativo dell'art. 184 l. fall. era stato già da tempo intuito, cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.

265 Vd. *supra*, cap. II, par. 5.

266 Insufficienza patrimoniale e insufficienza delle risorse eventualmente reperibili in virtù dell'appartenenza ad un gruppo di imprese. Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.1.3.

267 Vd. *supra*, par. 3.1.

268 Nel prossimo paragrafo (*infra*, par. 4.2.2.) si chiarirà meglio in che modo la riduzione

4.2. La disciplina delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo

4.2.1. La legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo

Una volta confermata la possibilità di esperire le azioni di responsabilità dei creditori sociali anche nel contesto del concordato preventivo, si deve chiarire se, così come avviene a seguito dell'apertura delle altre procedure concorsuali, la legittimazione all'esercizio di quelle azioni si trasferisce in capo ad un organo della procedura.

Una soluzione di questo genere sembra però doversi escludere. Ai sensi dell'art. 81 c.p.c., infatti, “fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.” Si tratta del cd. *principio di normale correlazione tra titolarità del diritto dedotto in giudizio e titolarità del diritto di azione*, in base al quale eventuali ipotesi di legittimazione straordinaria devono essere previste espressamente dalla legge.²⁶⁹

Se nel fallimento la legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali si trasferisce in capo al curatore, è perché ciò è previsto sia dalle disposizioni che disciplinano le azioni di responsabilità stesse (artt. 2394-*bis* e art. 2497 ult. co.), sia da quelle che regolano i poteri del curatore del fallimento (art. 146 l. fall.).²⁷⁰ Lo stesso

concordataria del credito incide sulla misura del danno risarcibile.

269 Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, p. 292 e ss.

270 Non è evidentemente questa la sede per approfondire il tema della legittimazione del curatore di una s.r.l. fallita all'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali. Ci si limiterà a ricordare ciò che si è già detto *supra*, cap. II, par. 3.2.4., e cioè che la sentenza Cass., 21 luglio 2010, n. 17121, cit., ha ritenuto sussistente tale legittimazione in base all'art. 146 l. fall., senza però prendere posizione sulla sopravvivenza del rimedio al di fuori delle procedure concorsuali. Un ragionamento, quello della Corte, che sembra essere svolto al contrario rispetto a quanto ci si potrebbe logicamente aspettare: sarebbe infatti più coerente stabilire in via preliminare se i creditori sociali della s.r.l. mantengono in via generale il rimedio risarcitorio, e solo in un secondo momento, in caso di risposta

vale per la procedura di amministrazione straordinaria e per quella di liquidazione coatta amministrativa. Fra le disposizioni che disciplinano il concordato preventivo non vi è invece alcun riferimento alle azioni di responsabilità dei creditori sociali, e quindi non c'è alcuna previsione espressa in merito al trasferimento della legittimazione.²⁷¹

Si deve quindi concludere che le azioni di responsabilità dei creditori sociali, nel contesto del concordato preventivo, devono essere esercitate dal singolo creditore, esattamente come accade quando la società debitrice non è sottoposta ad alcuna procedura concorsuale.

4.2.2. Individuazione e quantificazione del danno risarcibile nel concordato preventivo

Si tratta poi di applicare alle azioni di responsabilità esperite dai creditori sociali nel contesto del concordato preventivo quel criterio di individuazione e quantificazione del danno risarcibile che si è specificato con riferimento alla società *in bonis*.²⁷²

affermativa (per la quale vd. *supra*, cap. II, par. 3.2.5.), individuare nell'art. 146 della legge fallimentare, così come riformulato a seguito della riforma, l'indice normativo che consente il trasferimento della legittimazione al curatore.

²⁷¹ Non merita che un cenno la disposizione di cui all'art. 240 l. fall., ai sensi del quale, come il curatore ed il commissario liquidatore, anche il commissario giudiziale può costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati previsti dalla legge fallimentare. Questa norma potrebbe certamente avere un notevole impatto sistematico: al commissario giudiziale, nominato dal tribunale con il decreto di ammissione al concordato preventivo (art. 163 l. fall.), spetterebbe, seppur in uno specifico contesto, la legittimazione a chiedere il risarcimento per conto dei creditori sociali. Un'attribuzione che non risulterebbe però coerente con il ruolo svolto dal commissario giudiziale, che è sostanzialmente quello di garantire, in un sistema in cui le valutazioni di merito sono riservate ai creditori, che questi ultimi dispongano delle necessarie informazioni (cfr. artt. 171, 172 e 175 l.fall.; sul punto si veda GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 335). Tuttavia, il riferimento al "commissario giudiziale" di cui all'art. 240 deve essere probabilmente inteso come un difetto di coordinamento. Sembra infatti doversi ritenere che la norma si riferisse originariamente al commissario giudiziale della procedura di amministrazione controllata, e che il legislatore della riforma, abrogando le disposizioni che disciplinavano quella procedura, si sia dimenticato di eliminare il commissario giudiziale dal novero dei soggetti legittimati a costituirsi parte civile ex art. 240.

²⁷² Vd. *supra*, par. 3.5.

Con il concordato preventivo, i creditori sociali rinunciano a veder soddisfatto il proprio credito nelle forme o per l'importo originariamente pattuiti.²⁷³ La formula per la quantificazione del danno risarcibile deve allora essere adattata ad un contesto in cui i creditori sociali hanno ottenuto la soddisfazione di una parte del credito originario, rinunciando al resto.²⁷⁴

Ora, merita ricordare che la funzione svolta dal patrimonio sociale, inteso come garanzia generica delle obbligazioni contratte dalla società, è quella di garantire l'adempimento delle prestazioni, in quanto queste non siano state ancora eseguite. E che quindi è in ragione di quella parte del credito non attualmente soddisfatta che deve essere determinata l'entità del danno risarcibile.

Si deve inoltre considerare che, almeno in teoria, un buon concordato preventivo dovrebbe consentire ai creditori sociali di beneficiare del cd. *surplus* da concordato,²⁷⁵ per cui le risorse complessivamente destinate alla loro soddisfazione dovrebbero essere superiori a ciò che resta del patrimonio sociale a seguito dell'atto di *mala gestio*.

I parametri di riferimento per calcolare la proporzione fra la lesione alla garanzia patrimoniale e il danno al singolo creditore saranno quindi:

- A) il valore della rinuncia del creditore alla soddisfazione del credito nei termini originari (invece che l'intero credito vantato);
- B) il valore complessivo di quella parte dei crediti alla quale i

273 Con la precisazione che, nella libertà delle forme con cui il debitore può proporre una ristrutturazione dei debiti e/o la soddisfazione dei crediti, alcuni dei creditori, almeno in linea teorica, potrebbero anche ottenere la soddisfazione integrale nei termini originari.

274 L'espressione è evidentemente approssimativa, dal momento che sembra adattarsi unicamente all'ipotesi di immediato pagamento di una percentuale del credito originario, non tenendo conto degli svariati possibili elementi di complessificazione del contenuto del concordato. Vi possono essere, in particolare, forme di soddisfazione diverse dal pagamento in denaro, o riscadenziamenti del termine di pagamento. In quei casi diventa più difficile stimare la riduzione di valore fra la prestazione originaria e la prestazione che forma oggetto del concordato. Quel che conta, tuttavia, è che a ben vedere una stima del genere è comunque sempre possibile, e che quindi è sempre quantificabile il valore della rinuncia del singolo creditore alla soddisfazione nei termini originari.

275 Vd. *supra*, cap. I, par. 1.3.2.

creditori, considerati nel loro insieme, accettano di rinunciare (invece che l'ammontare complessivo dei debiti sociali);

C) la misura dell'insufficienza, rispetto ai crediti originariamente vantati, delle risorse che, anche grazie al *surplus* da concordato, vengono destinate alla soddisfazione dei creditori (invece che la misura dell'insufficienza del patrimonio sociale, a seguito dell'atto di *mala gestio*, alla soddisfazione dei creditori);

D) la lesione del patrimonio sociale che sia conseguenza diretta della condotta illecita del soggetto responsabile.

Poiché il danno del quale i creditori sociali possono chiedere il risarcimento equivale alla misura dell'insufficienza delle risorse, ma solo nei limiti in cui la lesione del patrimonio sia conseguenza diretta dell'atto di *mala gestio*, si deve concludere che:

se $C > D$, la lesione imputabile al soggetto responsabile è pari a D;

se $D > C$, la lesione imputabile al soggetto responsabile è pari a C.

Indicando allora con E il valore della lesione all'integrità del patrimonio sociale imputabile al soggetto responsabile, la formula per individuare il danno risarcibile dovrebbe essere espressa nei termini:

$$\left(\frac{A}{B}\right) = \left(\frac{\text{danno subito dal singolo creditore}}{E}\right)^{276}$$

276 Si riprenda l'esempio, di cui alla nota 255, della società che abbia contratto debiti per un totale di 100, ed il cui patrimonio, a seguito di un atto di *mala gestio* degli amministratori al quale sia direttamente riconducibile un detrimento patrimoniale di 20, sia pari a 60. Con il concordato preventivo, il patrimonio sociale viene valorizzato di 15, e tutto il *surplus* da concordato viene redistribuito fra i creditori, alla soddisfazione dei quali viene quindi destinato 75. La misura dell'insufficienza delle risorse alla soddisfazione dei crediti nella loro consistenza originaria è quindi pari a 25. A 25 corrisponde di conseguenza il valore complessivo delle rinunce accettate dai creditori sociali (B), mentre la lesione della garanzia patrimoniale imputabile agli amministratori (E) è pari a 20. Il creditore che, rispetto ad un credito originario di 25, si vedesse soddisfatto nella misura di 20, con una conseguente rinuncia (A) di 5, potrebbe chiedere *ex art. 2394* agli amministratori il risarcimento di un danno pari a: $20 : (25 : 5) = 4$.

Il danno del quale il creditore sociale, nel contesto del concordato preventivo, potrà chiedere il risarcimento, sarà quindi pari alla misura dell'insufficienza, rispetto ai crediti originariamente vantati, delle risorse destinate con il concordato alla soddisfazione dei creditori, nei limiti in cui sia riconducibile alla condotta illecita del soggetto responsabile, e calcolata in proporzione all'incidenza della sua rinuncia sul valore totale delle rinunce accettate dai creditori.²⁷⁷

4.2.3. Il voto determinante per l'approvazione del concordato ed il danno evitabile ex art. 1227 co. 2 c.c.

Si tratta infine di chiarire se il voto del creditore sociale in sede di approvazione del concordato possa eventualmente integrare, ex art. 1227 co. 2, gli estremi della condotta contraria alla “ordinaria diligenza”, idonea ad aggravare il danno causato al creditore stesso da un atto di *mala gestio* lesivo dell'integrità del patrimonio sociale.²⁷⁸

Affinché possa ritenersi integrata la fattispecie di cui all'art. 1227 co. 2, il creditore-attore deve avere innanzitutto espresso un voto favorevole

²⁷⁷ Diversa è la soluzione che è stata proposta, nel corso di un'intervista rilasciata al sottoscritto a Verona, in data 4 giugno 2012, da FABIANI, secondo il quale il danno risarcibile dovrebbe invece essere pari allo scarto fra quanto ottenuto con il concordato preventivo e, se superiore, ciò che sarebbe stato possibile ottenere attraverso il fallimento ed il contemporaneo esperimento dell'azione di responsabilità. Nell'esempio di cui alla nota precedente, il creditore sociale non potrebbe quindi chiedere alcun risarcimento. A parte il fatto che una ricostruzione del genere sarebbe più coerente con un'interpretazione della fattispecie in termini di responsabilità per lesione del credito, anziché di responsabilità per lesione dell'integrità patrimoniale, il motivo per cui tale criterio non sembra accettabile è che in questo modo il *surplus* da concordato, invece di rappresentare solo una diminuzione della misura dell'insufficienza delle risorse al soddisfacimento dei creditori, finirebbe per andare a coprire direttamente la responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Fino al punto in cui, se la lesione al patrimonio non fosse superiore a ciò che complessivamente il concordato consente di ottenere in più rispetto al fallimento, non sussisterebbe per alcun creditore un danno risarcibile. Il che non troverebbe alcuna giustificazione sul piano giuridico. Un'eventuale esclusione o limitazione dell'eseribilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali dovrebbe piuttosto costituire oggetto di una specifica clausola del concordato, ed essere così sottoposta al vaglio dell'approvazione dei creditori.

²⁷⁸ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4.2.3.

alla proposta di concordato e determinante per la sua approvazione. Il voto contrario alla proposta, oppure il voto favorevole che, se anche fosse stato contrario, non ne avrebbe in ogni caso ostacolato l'approvazione, impedisce di ritenere causalmente collegate la condotta del creditore e l'omologazione del concordato.

In secondo luogo deve poter essere individuato, rispetto al danno subito dal singolo creditore-attore, un aggravamento che sia causalmente riconducibile all'omologazione del concordato. In questo senso, già ad un livello meramente intuitivo, è evidente che per integrare la fattispecie di cui all'art. 1227 co. 2 il concordato deve risultare non conveniente per i creditori.²⁷⁹ Deve cioè essere tale da garantire loro una soddisfazione del credito inferiore “rispetto alle alternative concretamente praticabili”,²⁸⁰ laddove in genere l'alternativa concretamente praticabile consisterà in una procedura concorsuale liquidatoria.

Vero è che se le risorse destinate con il concordato alla soddisfazione dei creditori sono complessivamente inferiori al valore dei beni che costituiscono il patrimonio sociale, con l'approvazione del concordato i creditori sociali accettano non solo di non partecipare del cd. *surplus* da concordato,²⁸¹ ma addirittura di sopportare un sacrificio ulteriore rispetto a quello che, presumibilmente, sarebbe stato imposto loro nel contesto di una liquidazione concorsuale.

Questo sacrificio ulteriore, secondo la formula per la quantificazione del danno risarcibile precedentemente descritta,²⁸² costituisce un

279 Sul fatto che oggi, a seguito della riforma della legge fallimentare, si possa più facilmente immaginare che si arrivi all'omologazione di un concordato non conveniente per i creditori vd. *supra*, cap. II, par. 4.2.3.

280 Come secondo la formulazione dell'art. 180 co. 4 l. fall.

281 Vd. *supra*, cap. I, par. 1.3.2.

282 In base alla quale il danno di cui il creditore sociale può chiedere il risarcimento, nel contesto del concordato preventivo, è pari alla misura dell'insufficienza, rispetto ai crediti originariamente vantati, delle risorse destinate con il concordato alla soddisfazione dei creditori, nei limiti in cui sia riconducibile alla condotta illecita del soggetto responsabile, e calcolata in proporzione all'incidenza della sua rinuncia sul valore totale delle rinunce accettate dai creditori. Vd. *supra*, par. 4.2.2.

incremento del parametro rappresentato dalla misura dell'insufficienza, rispetto ai crediti originariamente vantati, delle risorse destinate con il concordato alla soddisfazione dei creditori. Come si è visto, fintanto che tale misura è inferiore al “valore” dell'atto di *mala gestio* (cioè la lesione del patrimonio sociale direttamente imputabile al soggetto responsabile), essa costituisce la base sulla quale calcolare il danno di cui il singolo creditore sociale può chiedere il risarcimento. Maggiore è la base, maggiore è il danno subito dal singolo creditore. Ma se l'incremento di quella base è imputabile alla condotta del creditore-attore, quest'ultimo non potrà ottenere alcun risarcimento per il conseguente incremento del danno da lui subito.

Pertanto, nel caso in cui la pretesa risarcitoria avanzata dal creditore-attore venisse calcolata considerando anche il sacrificio ulteriore derivante dal concordato non conveniente, l'art. 1227 co. 2 c.c. assumerebbe un'effettiva rilevanza pratica: il soggetto ritenuto responsabile potrebbe eccepire *ex art. 1227 co. 2* l'evitabilità di una parte del danno subito dal singolo creditore.²⁸³

283 Coerentemente con la formula di quantificazione del danno risarcibile descritta sopra (par. 4.2.2.), l'entità del *danno evitabile* sarebbe pari alla misura della non convenienza del concordato, calcolata in proporzione all'incidenza della rinuncia del creditore-attore sul valore totale delle rinunce accettate dai creditori.

Considerazioni conclusive

Che le procedure concorsuali rappresentino la sede naturale per l'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali è un dato con il quale l'interprete, nell'affrontare il tema della tutela risarcitoria dei creditori di una società di capitali, deve necessariamente fare i conti. La vicinanza tra il presupposto delle azioni di responsabilità dei creditori, cioè l'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei crediti, ed i presupposti che alternativamente consentono l'apertura delle procedure concorsuali, cioè lo stato di crisi e l'insolvenza, è tale per cui la rilevanza pratica della tutela risarcitoria dei creditori sociali è di fatto limitata alla prospettiva di una regolazione concorsuale della crisi di impresa.

Si è visto che fino ad oggi, in realtà, le azioni di responsabilità dei creditori sociali sono state esercitate quasi esclusivamente nel fallimento, paradigma delle procedure concorsuali liquidatorie. Gli stessi profili applicativi di quelle azioni sono stati studiati e approfonditi principalmente in relazione al contesto fallimentare, senza dedicare particolare attenzione alla loro operatività rispetto ai creditori di una società *in bonis*, o più in generale rispetto ai creditori di una società non sottoposta ad una procedura concorsuale liquidatoria.

D'altra parte, si è visto anche che la recente riforma della legge fallimentare ha rinnovato in radice il concordato preventivo, che è una procedura concorsuale a carattere non liquidatorio, fondata su di un accordo stipulato fra debitore e creditori sotto la protezione del tribunale. Le potenzialità del concordato preventivo, quale strumento alternativo di regolazione della crisi di impresa, sono state valorizzate attraverso una serie di importanti modifiche, come l'eliminazione dei requisiti di meritevolezza del debitore, la liberalizzazione del contenuto della

proposta, e l'attribuzione ai creditori, di regola, della piena autonomia nella valutazione della convenienza dell'accordo. Con la riforma è stata così ridefinita la funzione stessa del concordato, incentivando il ricorso a questo strumento di regolazione della crisi di impresa. Se, come auspicabile, la prassi darà seguito alle intenzioni del legislatore, il concordato preventivo diventerà sempre di più una concreta alternativa alle procedure concorsuali liquidatorie.

Di fronte ad una prospettiva del genere, è verosimile che le ipotesi in cui si verificano i presupposti per l'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nel contesto del concordato preventivo vadano ad aumentare, con un progressivo e significativo recupero della rilevanza pratica delle varie questioni che si accompagnano a quelle ipotesi. È in quest'ottica che si è cercato di riprendere le fila del dibattito, fino ad oggi piuttosto scarno, relativo alla tutela risarcitoria dei creditori sociali nel concordato preventivo, con l'intento di aggiornare il tema in relazione al nuovo contesto normativo, e di approfondire alcuni aspetti ai quali non era mai stata prestata particolare attenzione.

Il primo nodo da sciogliere era quello relativo alla stessa ammissibilità delle azioni di responsabilità dei creditori sociali a seguito dell'omologazione del concordato. Un problema che si è ritenuto di poter risolvere in senso positivo: già in passato si tendeva a riconoscere l'ammissibilità dell'esercizio di quelle azioni, sulla base della loro natura diretta e della portata dell'effetto esdebitatorio del concordato, che è limitata alle sole parti contraenti; oggi questi aspetti trovano ulteriore conferma in alcuni nuovi indici normativi, quali le disposizioni relative alla responsabilità da attività di direzione e coordinamento, e quelle che disciplinano l'esdebitazione del debitore fallito.

Risolto questo problema, si trattava poi di illustrare il modo in cui dovrebbero essere applicate, nel contesto del concordato preventivo, le norme che disciplinano le azioni di responsabilità dei creditori sociali.

A questo scopo era tuttavia necessario procedere in via preliminare ad una generale reinterpretazione di queste norme, dal momento che il loro significato era sempre stato ricercato in una lettura coordinata con le disposizioni che presiedono al fallimento, senza mai approfondirne la portata al di fuori delle procedure concorsuali liquidatorie, e ciò proprio a causa della scarsa rilevanza pratica del problema. Come conseguenza, la loro applicazione, tanto con riferimento alla società *in bonis* quanto con riferimento al più realistico scenario della società sottoposta a concordato preventivo, finiva per risolversi in una serie di contraddizioni e di incertezze.

Questo percorso di reinterpretazione delle norme che disciplinano le azioni di responsabilità dei creditori sociali ha portato, in particolare, ad individuare nel patrimonio sociale, inteso come garanzia patrimoniale delle obbligazioni contratte dalla società, il bene giuridico direttamente tutelato in capo ai creditori sociali, abbandonando l'idea che l'oggetto di protezione sia l'aspettativa di prestazione del singolo creditore. Sulla scia di queste considerazioni, si è cercato di formulare un criterio di quantificazione del danno risarcibile che mantenga la sua coerenza in tutti i diversi contesti presi in considerazione: la società fallita, la società *in bonis*, e la società sottoposta a concordato preventivo.

Si è poi sottolineata l'opportunità di specificare il ruolo che assume, nel dettato normativo, il presupposto dell'insufficienza del patrimonio sociale alla soddisfazione dei creditori, che sta alla base delle azioni di responsabilità dei creditori. Secondo l'interpretazione che è sembrata preferibile, l'insufficienza del patrimonio sociale deve essere intesa come specificazione dell'evento dannoso, per cui la sussistenza di questo presupposto deve essere valutata con riferimento ai crediti nella loro consistenza originaria. Se invece la si ritenesse una mera condizione di procedibilità, detta insufficienza dovrebbe essere valutata in relazione ai crediti così come ristrutturati a seguito della falcidia concordataria;

l'omologazione del concordato finirebbe allora per avere, almeno di fatto, un'incidenza impeditiva sulle azioni di responsabilità dei creditori sociali.

Un'ulteriore questione che si è ritenuto di dover affrontare è quella relativa alla legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo. Sotto questo aspetto, tuttavia, è parsa decisiva l'assenza di una norma che espressamente trasferisca tale legittimazione in capo ad un organo della procedura; motivo per cui si deve ritenere che il concordato preventivo non abbia conseguenze sotto questo profilo.

A margine di questo percorso, si è infine valutata la possibilità di attribuire rilevanza alla condotta del creditore che abbia espresso un voto favorevole e determinante per l'approvazione del concordato non conveniente, con la conseguente applicabilità, entro certi limiti, di quelle norme che valorizzano il concorso del fatto colposo del danneggiato nella determinazione del danno.

In conclusione, ciò che emerge da questa ricerca è un'azione di responsabilità che i creditori sociali possono esercitare, nei confronti dei soggetti a vario titolo coinvolti nella gestione dell'attività d'impresa, anche nel caso in cui la società loro debitrice sia stata sottoposta a concordato preventivo, al fine di ottenere il risarcimento del danno che la lesione dell'integrità del patrimonio sociale ha causato loro in termini di diminuzione della garanzia patrimoniale.

Un'eventualità, quella dell'esercizio delle azioni di responsabilità dei creditori nel contesto del concordato preventivo, che dovrà essere tenuta in considerazione tanto da chi gestisce la società, che non potrà utilizzare il concordato come sorta di condono per gli atti di *mala gestio* eventualmente compiuti, quanto dai creditori sociali, che potranno valutare la convenienza della proposta di concordato anche alla luce di un'aspettativa di risarcimento dei danni subiti a causa di un illecito gestorio.

Bibliografia

ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2005, p. 219 e ss.

ALLEGRI, *L'azione di responsabilità della società per azioni verso gli amministratori e le scelte del legislatore*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 302 e ss.

ALLEGRI, *L'amministrazione della s.r.l. dopo la recente riforma*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, p. 149 e ss.

AMBROSINI, *Art. 2476*, in NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, p. 1586 e ss.

AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, v. XI, t. 1, Padova, 2008

AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in ABRIANI – AMBROSINI – CAGNASSO – MONTALENTI, *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, t. 1, Padova, 2010

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

AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267 e ss.

BADINI CONFALONIERI, *Sub art. 2497*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, p. 2150 e ss.

BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, p. 199 e ss.

BELLORA, *Concordato preventivo ed azione di responsabilità dei creditori sociali ex art. 2394 c.c.*, in *Foro Padano*, 2002, I, p. 586 e ss.

BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Soc.*, 2003, p. 1062 e ss.

BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012

BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004

BONFATTI – CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011

BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in BRICOLA – GALGANO – SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979

- BORELLA, *Note in tema di concordato preventivo e azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 68 e ss.
- BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Milano, 1982
- BOZZA, *Il concordato preventivo. Effetti per i creditori*, in *Fall.*, 1992, P. 254 e ss.
- CAGNASSO, *Art. 2476*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 1875 e ss.
- CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007
- CARBONE, *Art. 1227*, in RUPERTO (diretto da), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2005, p. 456 e ss.
- CARIELLO, *Art. 2497*, in NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, p. 1853 e ss.
- CASSOTTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi d'impresa*, in AFFERNI e VISINTINI (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Milano, 2005, p. 185 e ss.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006

- CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006
- CIVERRA, *Esiste ancora l'azione di responsabilità dei creditori sociali di una s.r.l.?*, in *Soc.*, 2008, p. 1031 e ss.
- CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003
- CORSI, *Le azioni di responsabilità ex art. 2395*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura n. 94*, 1994, dal sito http://www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_19.pdf
- COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1987
- DACCÒ – TATOZZI, *Art. 2497*, in CIAN – TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2011, p. 3096 e ss.
- DELLA CHÀ – MARINONI, *Presupposti soggettivi e oggettivi del concordato preventivo post-riforma*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 758 e ss.
- DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 286 e ss.
- DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2011
- DIDONE, *Concordato preventivo delle società e azione di responsabilità ex art 2394 codice civile*, in *Giur. merito*, 1989, I, p. 85 e ss.

- FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011
- FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Soc.*, 2003, p. 1197 e ss.
- FERRARO, *Sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata nei confronti dei creditori sociali*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 113 e ss.
- FERRI GIOVANNI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di ANGELICI – FERRI, Torino, 2006
- FERRI GIOVANNI, *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 31 e ss.
- FERRI GIUSEPPE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950
- FERRI GIUSEPPE, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da VASSALLI, vol. X, tomo III, Torino, 1985
- FISCON, *Sull'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori contro gli amministratori nel concordato preventivo delle società*, in *Giur. Comm.*, 1989, II, p. 839 e ss.
- FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in AA. VV., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, v. XIX, Padova, 1994

FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile. I. L'illecito*, Milano, 2004

FRANZONI, *Società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008

FRE', *Società per azioni*, in SCIALOJA – BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1982

GALGANO, *Diritto commerciale. II. Le società*, Bologna, 1986

GALGANO, *La società per azioni*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Padova, 1988

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1990

GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 1015 e ss.

GIANATTANASIO, *Sull'azione individuale del terzo per fatto illecito dell'amministratore di società di capitali*, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 888

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011

GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 205 e ss.

IOZZO, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 53 e ss.

IRACE, *Sub Art. 2497*, in SANDULLI – SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, III, Torino, 2003, p. 314 e ss.

KRAAKMAN, DAVIES, HANSMANN, HERTIG, HOPT, KANDA, ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004, trad. it. *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006

LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e società*, Milano, 2005

LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986

LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011

MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497³ c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 176 e ss.

MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980

MARIANI, *Questioni in tema di concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 283 e ss.

- MASUCCI, *Sulla responsabilità degli amministratori ex art 2395 codice civile*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 589 e ss.
- MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 813 e ss.
- MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956, p. 360 e ss.
- MINERVINI, *Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (artt 2394 e 2395 codice civile)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 210 e ss.
- MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956
- MOLLO, *La responsabilità per danni nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 806 e ss.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile. Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, Torino, 1998
- MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss.
- MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007

- NAPOLEONI, *Azione ex art. 2394 c.c. contro gli amministratori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, p. 1146 e ss.
- NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione di società di capitali*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, p. 163 e ss.
- NICOLÒ, *Sub Art. 2740*, in SCIALOJA – BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1958, p. 1 e ss.
- NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 780 e ss.
- OSTI, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 802 e ss.
- PAGNI, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Soc.*, 2007, I, p. 442 e ss.
- PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, II, p. 1037 e ss.
- PAGNI, *Crisi societarie ed intervento del giudice tra revoca dell'amministratore, azioni di responsabilità e forme di tutela dei creditori*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. II, p. 207 e ss.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 765 e ss.

- PELLE, *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti dei creditori sociali*, in *Soc.*, 2011, p. 1459 e ss.
- PORRECA, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*, in *Soc.*, 2011, p. 703 e ss.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012
- PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974
- RAGUSA MAGGIORE, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori di società nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1965, I, p. 165 e ss.
- RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969
- RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 133 e ss.
- ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990
- ROSSI, *Relazione introduttiva a Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 613 e ss.
- RUSSO, *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (art. 1176 e 1218 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 737 e ss.
- SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984

- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661 e ss.
- SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, p. 1063 e ss.
- SALAFIA, *Profili di responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Soc.*, 2005, p. 1333 e ss.
- SALANITRO, *Responsabilità degli amministratori durante il fallimento della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 767 e ss.
- SANDULLI, *Art. 160*, in NIGRO – SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006
- SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 591 e ss.
- SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 189 e ss.
- SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società di capitali. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, p. 947 e ss.

SCOGNAMIGLIO V., *Vantaggi compensativi nel gruppo di società*, in *Soc.*, 2009, p. 498 e ss.

STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007

STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, p. 377 e ss.

STANGHELLINI, *Directors' Duties and The Optimal Timing of Insolvency. A Reassessment of The "Recapitalize or Liquidate" Rule*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011, p. 733 e ss.

TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 e ss.

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010

WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974

WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario. Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28.9.2002*, Milano, 2003, p. 201 e ss.

ZANICHELLI, *Concordati giudiziali*, Torino, 2010

Elenco delle sentenze

Corte di Cassazione

Cass., 27 aprile 2011, n. 9384, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1685

Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fall.*, 2011, p. 805

Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 1, c. 105

Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 877

Cass., 21 luglio 2010, n. 17121, in *Soc.*, 2011, p. 701

Cass., 5 novembre 2009, n. 23446, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1380

Cass., 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1481

Cass., 25 luglio 2008, n. 20476, in *Guida al diritto*, 2008, 46, p. 84

Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, p. 453

Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in *Giust. civ. Mass*, 2007, fasc. 10

Cass., 31 ottobre 2005, n. 21115, in *Foro it.*, 2005, p. 1923

Cass., 30 marzo 2005, n. 6735, in *Giust. civ. Mass*, 2005, fasc. 4

Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Soc.*, 2005, p. 164

Cass., 9 febbraio 2004, n. 2422, in *Giust. civ. Mass*, 2004, fasc. 2

Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *Foro it.*, 2003, I, p. 770

Cass., 6 dicembre 2000, n. 15487, in *Soc.*, 2001, p. 59

Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1967

Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Fall.*, 1999, p. 254

Cass., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Foro it.*, 1997, I, c. 235

Cass., 14 gennaio 1992, n. 320, in *Giust. civ. Mass*, 1992, fasc. 1

Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1803

Cass., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 768

Cass., 14 giugno 1978, n. 2950, in *Mass. Giur. it.*, 1978, c. 682

Cass., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1137e in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1124

Cass., 10 giugno 1964, n. 1441, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 392

Corti d'Appello

App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Giur. Comm.*, 1993, II, p. 63, e in *Fallimento*, 1992, p. 1146

App. Milano, 29 novembre 1985, in *Fall.*, 1986, p. 529

App. Bologna, 16 ottobre 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 884

Tribunali

Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Soc.*, 2012, p. 258

Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, I, p. 3184

Trib. Torino, 8 giugno 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 332

Trib. Torino, 13 maggio 2011, reperibile al sito *dejure.giuffre.it*

Trib. Milano, 18 gennaio 2011, in *Giur. it.*, 2011, p. 1313

Trib. Napoli, 11 gennaio 2011, in *Soc.*, 2011, p. 510

Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Fall.*, 2008, p. 1435

Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 762

Trib. Roma, 17 giugno 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 211

Trib. Milano, 29 gennaio 2007, in *Il merito*, 2008, 4, p. 47

Trib. Napoli, 10 gennaio 2007, in *Soc.*, 2008, p. 1031

Trib. Milano, 19 dicembre 2006, in *Soc.*, 2008, p. 333

- Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 570
- Trib. Roma, 1 febbraio 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 95
- Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 608
- Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 51
- Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 56
- Trib. Modena, 18 ottobre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 661
- Trib. Salerno, 1 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1297
- Trib. Bologna, 8 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, 2, p. 1649 e in *Foro Padano*, 2002, I, p. 573
- Trib. Milano, 13 novembre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1169
- Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 906
- Trib. Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 183
- Trib. Milano, 23 dicembre 1968, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 283
- Trib. Bolzano, 17 gennaio 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 479
- Trib. Torino, 10 luglio 1957, in *Il nuovo diritto*, 1958, p. 404