INDICE

INTRODUZIONE *pag.* 1

CAPITOLO I

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NELLE SOCIETÁ PER AZIONI

1. La responsabilità degli amministratori verso la società e l'azione sociale di responsabilità *pag.* 6
2. La responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali *pag.* 14
3. Responsabilità verso i singoli soci o terzi *pag.* 19
4. L'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali *pag.* 20

CAPITOLO II

LE AZIONI DEI RESPONSABILITÀ NELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

1. La responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci *pag.* 23
2. L'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali *pag.* 29
3. L'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare: problematiche relative all'applicazione dell'art. 2394 *bis* c.c. alle società a responsabilità limitata *pag.* 37

Segue: la legittimazione del curatore ad esercitare l'azione dei creditori di una S.R.L. *pag.* 40

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ *IN HOUSE PROVIDING*

1. Le società *in house providing*: definizione e caratteristiche principali *pag.* 45

2. La natura della responsabilità degli amministratori di una società *in house providing* e la questione relativa alla giurisdizione *pag.* 52

Segue: il problema della giurisdizione; gli orientamenti della Corte di Cassazione *pag.* 61

3. La questione relativa alla fallibilità delle società *in house providing* *pag.* 67

CAPITOLO IV

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ PROMOSSA DAL CURATORE FALLIMENTARE: GLI ASPETTI PROCESSUALI

1. La legittimazione ad agire del curatore: analisi degli artt. 146 l. f. e 2394 *bis* c.c. *pag.* 74

2. L'azione di responsabilità esperita nei confronti dei soggetti non individuati dall'art. 146 l. f.: l'amministratore di fatto *pag.* 79

Segue: il curatore fallimentare e il danno dei creditori per abusiva concessione del credito *pag.* 85

3. I presupposti per l'esercizio dell'azione: il parere del comitato dei creditori e del giudice delegato *pag.* 89

4. La tutela cautelare *pag.* 95

5. La legittimazione passiva e il litisconsorzio. *pag.* 99

CAPITOLO V

L'ONERE DELLA PROVA E I CRITERI DI DETERMINAZIONE DEL DANNO

1. I confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'illecito degli amministratori "potenzialmente plurioffensivo" *pag.* 102

2. Il criterio ella diligenza ai sensi dell'art. 2392 c.c. e l'insidacabilità nel merito della scelte gestionali degli amministratori *pag.* 106

3. Il sistema delle presunzioni ai sensi dell'art. 1218 c.c. e l'elaborazione giurisprudenziale *pag.* 108
4. Il nesso di causalità *pag.* 112

4.1 La teoria della causalità giuridica e la teoria della causalità materiale *pag.* 113

4.2 Le teorie sul nesso causale *pag.* 115

4.3 La causalità flessibile *pag.* 120
5. La quantificazione del danno risarcibile *pag.* 121
6. L'onere della prova nell'azione di responsabilità degli amministratori promossa dal curatore fallimentare *pag.* 124

CAPITOLO VI

LA PRESCRIZIONE, IL RITO E LA COMPETENZA

1. La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità *pag.* 128
Segue: la sospensione della prescrizione *pag.* 131
2. La prescrizione dell'azione di responsabilità spettante ai creditori *pag.* 134
Segue: la sospensione della prescrizione *pag.* 139
3. La prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal curatore fallimentare e l'applicazione della causa di sospensione della prescrizione *ex* art. 2941 n. 7 c.c. *pag.* 140
4. Il rito e la competenza *pag.* 145

CONCLUSIONI *pag.* 152

BIBLIOGRAFIA *pag.* 155

INTRODUZIONE

La scelta di affrontare come argomento di tesi le azioni di responsabilità degli amministratori nelle procedure concorsuali, scaturisce in prima battuta da un profondo interesse per la materia fallimentare; in secondo luogo dalla volontà di rendere il tema poliedrico, ossia di toccare aspetti che non fossero legati soltanto alla procedura fallimentare, ma che abbracciassero anche ulteriori materie strettamente connesse a quella fallimentare.

Pertanto, l'elaborato nella sua prima fase si concentra sull'analisi di tutti i profili sostanziali che riguardano le azioni di responsabilità esercitabili, nei confronti degli amministratori, sia da parte della società che dei creditori. Il tema è sviluppato mettendo in evidenza le diverse teorie interpretative elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, si analizzano gli stessi aspetti di carattere sostanziale in riferimento non solo alle società per azioni, ma anche alle società a responsabilità limitata e alle società *in house providing*.

Nella seconda fase della tesi, invece, l'attenzione è concentrata sulla figura del curatore fallimentare, il quale, in seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento, acquista la legittimazione ad esercitare le

azioni di responsabilità (*ex* art. 2393 e 2394 c.c.) esercitabili da società e creditori in una situazione di società *in bonis*.

Una volta individuati ed analizzati, sempre per quel che riguarda il curatore fallimentare, gli aspetti di tipo sostanziale, (come, ad esempio, la natura dell'azione che esercita), vengono presi in considerazione tutti gli aspetti processuali legati all'esercizio dell'azione come, ad esempio, il rito, la competenza, le ipotesi di litisconsorzio, le misure cautelari.

L'obiettivo è quello di delineare un quadro della disciplina che risulti il più chiaro possibile, prendendo in considerazione la normativa di partenza (costituita prevalentemente dal codice civile, legge fallimentare e codice di procedura civile) e mettendo in luce tutti i punti deboli o le incongruenze che le norme presentano, per poi guardare come dottrina e giurisprudenza abbiano lavorato per conciliare le disposizioni normative, cercando di creare una disciplina, nel suo complesso, il più lineare e coerente possibile.

A tal fine sono stati presi in considerazione manuali elaborati di produzione dottrinale, riviste giuridiche e codici commentati da parte della giurisprudenza e relazioni elaborate da magistrati.

CAPITOLO I

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NELLE SOCIETÁ PER AZIONI

1. La responsabilità degli amministratori verso la società e l'azione sociale di responsabilità. 2. La responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali. 3. Responsabilità verso i singoli soci o terzi. 4. L'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali.

1. La responsabilità degli amministratori verso la società e l'azione sociale di responsabilità

Per delineare, e comprendere meglio, le caratteristiche della responsabilità degli amministratori, è opportuno fare un passo indietro e soffermarsi sul rapporto che sussiste tra la società e gli amministratori, ossia la rappresentanza.

Ai sensi dell'art. 2328 n. 9 c.c., l'atto costitutivo deve indicare, tra l'altro, «il numero degli amministratori e il loro potere, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società». Quando la rappresentanza spetta a più amministratori, ai sensi dell'art. 2383 comma 4 c.c., inoltre, deve essere stabilito se essi hanno il potere di agire congiuntamente o disgiuntamente. In altri termini, deve essere precisato «quali tra gli amministratori hanno il potere di dichiarare a terzi, in modo vincolante per la società, la volontà formata dall'organo

munito della competenza deliberativa (assemblea o consiglio di amministrazione)»[1] e se hanno il poter di agire l'uno indipendentemente dall'altro, oppure congiuntamente. In particolare, la clausola statutaria, derivante dalla prescrizione dell'art. 2383 comma 4 c.c.,è soggetta all'iscrizione nel registro delle imprese, al fine di essere opponibile al terzi.

In seguito alla riforma societaria del 2003[2], in attuazione della direttiva Cee, l'art. 2384 c.c., in merito ai poteri di rappresentanza, prevede che « il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società». Dalla disciplina codicistica, pertanto, si evince che gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dalla legge o dall'atto costitutivo; tali limitazioni, inoltre, possono essere fatte valere soltanto nel caso di dolo, ossia è necessario provare l'esistenza di un accordo fraudolento tra amministratore e terzo. Si tratta di un'innovazione molto importante perché prima della riforma le limitazioni al potere di

[1] A. Graziani, G. Minervini, U. Belviso, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2011, p. 260.
[2] Decreto Legislativo 6 del 17/1/2003.

rappresentanza erano opponibili ai terzi non solo se pubblicizzate, ma anche, in caso in mancanza della pubblicità, qualora la società avesse dimostrato che i terzi ne fossero a conoscenza. Questa novità comporta delle notevoli conseguenze: mentre in passato la società poteva ottenere la dichiarazione di inefficacia dell'atto eccedente i poteri degli amministratori; con la riforma, l'atto resta valido ed efficace e la violazione da parte degli amministratori rileva solo nei rapporti interni, rendendoli responsabili nei confronti della società[3].

Il potere di rappresentanza è dissociato dal potere di amministrazione: il primo è di competenza del presidente del consiglio degli amministratori (e, qualora sia previsto, di uno o più delegati), il secondo, invece, spetta al consiglio di amministrazione. Di qui un problema: se il valido esercizio del potere di rappresentanza sia subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione, o se, invece, il difetto di deliberazione incida solo sul rapporto interno, rendendo illecito rispetto alla società, ma non invalido nei confronti del terzo contraente, l'esercizio del potere di rappresentanza[4]. A questo proposito, l'art. 2384 c.c. non dice nulla,

[3] È indubbio che la precedente disciplina offriva maggiore tutela alla società, d'altro canto, però, incentivava l'incertezza dei rapporti commerciali; il nuovo sistema, invece risponde alle esigenze derivanti dall'avanzato sviluppo commerciale, esponendo tutte le società al medesimo rischio, compensato, però, dalle maggiori possibilità di valorizzare il capitale sociale.

[4] F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova 2006, p. 287.

tuttavia, è possibile far riferimento agli artt. 2377 comma 5[5] e 2391 comma 3[6] c.c., relativi, rispettivamente, agli atti compiuti dal rappresentante della società in esecuzione di deliberazioni assembleari e consiliari invalide. Dalle norme appena citate è possibile affermare che:

1. il valido esercizio del potere di rappresentanza è subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione;
2. l'invalidità dell'atto compiuto dall'amministratore (derivante, a sua volta dall'invalidità della deliberazione) non è opponibile ai terzi in buona fede;
3. la società, per ottenere la dichiarazione di invalidità dell'atto, deve provare la mala fede del terzo contraente, ossia la sua conoscenza circa la mancanza o l'invalidità della delibera assembleare o consiliare[7].

Delineato il rapporto che intercorre tra gli amministratori muniti di potere rappresentativo e la società, è opportuno

[5] Art. 2377 comma 5 c.c. « La deliberazione non può essere annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che la partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369; 2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta; 3) per l'incompletezza o inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

[6] Art. 2391 comma 3 « nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime , qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; […] in ogni caso sono fatti salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

[7] Una parte della giurisprudenza ritiene che sia sufficiente, per la società, provare che l'invalidità della delibera fosse conoscibile dal terzo con l'impiego della normale diligenza, tuttavia la tesi non è condivisibile perché la legge tutela espressamente il terzo in buona fede.

soffermarsi brevemente sugli obblighi imposti dalla legge e dall'atto costituto agli amministratori. L'art. 2392 c.c., a tal proposito, prescrive che «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze». Tralasciando l'analisi dei singoli aspetti, costituiscono obblighi a carico degli amministratori:

a. le norme poste a garanzia dell'integrità del capitale sociale (artt. 2445- 2447 c.c.);
b. le norme a garanzia del corretto impiego del patrimonio sociale (artt. 2361, 2384 c.c.);
c. le norme che attengono all'obbligo di fedeltà (2621, 2622, 2629 e 2630 c.c.);
d. le norme che attengono alla documentazione delle operazioni sociali;
e. le norme che prescrivono l'osservanza degli obblighi fiscali, previdenziali e amministrativi;
f. le norme attinenti al regolare funzionamento degli organi sociali e alle forme di pubblicità degli atti.

Il compito degli amministratori, tuttavia non si esaurisce nell'adempimento di questi obblighi elencati, infatti lo stesso art. 2392 c.c. costituisce una sorta di norma di chiusura poiché impone il

generico obbligo di diligenza degli amministratori, in forza del quale questi sono tenuti a gestire il patrimonio sociale e ad indirizzare l'attività economica nel modo più idoneo a realizzare l'interesse della società[8].

La giurisprudenza, nella sua funzione nomofilattica, ha stabilito un punto fermo circa la natura della responsabilità degli amministratori[9], precisando che si tratta di « responsabilità contrattuale da inadempimento, tale per cui la società ha l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità tra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe agli amministratori l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti[10]».

È necessario porre in evidenza un ulteriore aspetto: lo stesso art. 2392 comma1 c.c. impone agli amministratori, nell'adempimento dei loro doveri, «la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle

[8]A. Dimundo, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, www.csm.it/quaderni/quad_94_18.pdf.

[9]In riferimento alla natura contrattuale della responsabilità degli amministratori, Galgano, seppur la qualifica come responsabilità di natura contrattuale, non ritiene che si tratti di responsabilità per inadempimento, bensì « responsabilità per violazione del contratto di società. Affinché possa configurarsi un'ipotesi di responsabilità, è necessario che agli amministratori possa essere imputato lo specifico inadempimento di un obbligo derivante dal contenuto pattizio e si richiede che il danno sia una conseguenza diretta dell'inadempimento» (F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale* cit., p. 294).

[10]R. Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, Corriere giuridico 11/2011, p. 1520.

specifiche competenze degli amministratori». Con la riforma, viene eliminato il riferimento alla diligenza del mandatario e con essa cambia anche l'interpretazione riguardante il tipo di diligenza richiesta agli amministratori: come in passato, si continua a far riferimento al criterio generale della diligenza ai sensi dell'art. 1176 c.c., precisamente la diligenza del buon padre di famiglia, però «avendo riguardo non alla diligenza dell'uomo medio, quanto alla più elevata diligenza che si può richiedere ad un accorto gestore di un patrimonio altrui (art. 1176 comma 2) quale è quello appartenente alla società amministrata[11]». A riguardo, però, una parte della giurisprudenza di merito ha un'opinione ancora più netta, ritenendo, infatti, che « amministrare una società per azioni (o una società di capitali in generale) è un mestiere che richiede un tipo ed un grado di diligenza specifici per tale ruolo, che sono diversi da quelli comuni del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, comma 1, c.c. . In definitiva, in ragione dell'alterità dell'interesse curato dall'amministratore di società, viene in rilievo la diligenza tipica del gestore professionale di impresa altrui ed un'attività caratterizzata pure dalla perizia, quale prudenza ed avvedutezza richiesta per il compimento delle attività tipiche gestorie, ed anche dal controllo sull'agire di terzi (ossia degli altri amministratori). La "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico"

[11]R. Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, cit. p.1521.

si riferisce, appunto, alla descritta situazione, propria del gestore di un'impresa altrui. La novità è, invece, nell'aggiunta della locuzione "e dalle loro specifiche competenze", la cui esegesi induce oggi a ritenere che i doveri imposti dalla legge in capo all'amministratore vadano da questi adempiuti non soltanto con la diligenza propria del buon gestore professionale, ma anche con la diligenza esigibile dalla specifica competenza di quel singolo amministratore (ad esempio, perché esperto legale o tributario, oppure perché avente esperienza in un certo settore industriale o finanziario)[12]».

Il medesimo art. 2392 c.c., continua prevedendo che la responsabilità civile degli amministratori sia solidale, ossia tutti rispondono dell'illecito dato che ciascun componente del collegio è tenuto ad esercitare un controllo effettivo sull'operato degli altri[13]. In merito, Galgano[14] precisa che la responsabilità degli amministratori non è derivante di per sé dall'appartenenza al consiglio di amministrazione; l'amministrazione è solidale in virtù della partecipazione personale all'atto che ha causato il danno; oppure, in caso di assenza, per non aver impedito il compimento dell'atto o per non aver eliminato o attenuato le conseguenze dell'azione dannosa. Questo concetto è chiaramente espresso dallo stesso art. 2392 comma

[12]A. Petteruti, *La responsabilità di amministratori di società*, www.cameracivilecassino.it, p.2.
[13]Cassazione, 11 novembre 2010 n. 22911, *Contratti*, 2011, p. 181.
[14]F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p.295.

2 c.c., il quale infatti dispone che gli amministratori sono solidamente responsabili « se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose». Affinché, in ultimo luogo, l'amministratore possa liberarsi dalla responsabilità, il comma 3 dell'art. 2392 c.c. dispone che, per essere immune da colpa, debba dimostrare « di aver fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio».

L'art. 2393 c.c. disciplina l'azione sociale di responsabilità, che deve essere deliberata dall'assemblea; tale delibera può essere presa anche in occasione della discussione del bilancio, anche se non configura nell'elenco delle materie da trattare all'ordine del giorno, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio (2393 comma 2 c.c.). La norma, pertanto, introduce una deroga al principio generale della necessaria preventiva informazione circa l'oggetto delle delibere assembleari. La *ratio* evidente è quella di consentire all'assemblea, nell'esame dell'atto più importante degli amministratori, qual è la redazione del bilancio della società, di adottare le opportune misure a tutela degli interessi della compagine sociale, laddove dalla discussione relativa al detto bilancio emergano

delle inadempienze o delle responsabilità degli amministratori, senza dover attendere i tempi di un'altra assemblea ad hoc *convocanda*[15].

Conseguenza della deliberazione dell'azione di responsabilità è la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è promossa, tuttavia il codice prevede la sussistenza di un presupposto: la delibera (che riguarda la revoca) deve essere presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale[16]. In merito alla deliberazione autorizzativa all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, il Tribunale di Monza[17] precisa che il giudice dinnanzi al quale sia stata presentata azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori deve verificare, anche d'ufficio, che sussista la delibera assembleare che approva l'azione stessa, poiché ne costituisce il presupposto necessario. La Corte d'appello di Bologna[18] considera la delibera assembleare prodromica alla sola proposizione dell'azione e non alla sua prosecuzione.

L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori può essere anche oggetto di rinuncia e transazione. A tal fine è tuttavia

[15] F. Benassi, *Massimario del processo societario*, www.ilcaso.it.

[16] Di regola, quindi, sarà la maggioranza dei soci ad assumere una decisione sull'opportunità di promuovere o meno una azione nei confronti degli amministratori. È da far notare tuttavia che difficilmente i soci di maggioranza (id est la società) promuoveranno una azione nei confronti degli amministratori da loro stessi nominati. Generalmente infatti ciò avviene soltanto in due ipotesi: nel caso in cui venga a mutare la maggioranza della compagine sociale ovvero quando la società si trovi in situazione di insolvenza e, in esito alla dichiarazione di fallimento, venga nominato un curatore fallimentare che provveda ad esperire l'azione nei confronti dell'organo amministrativo, considerato solitamente responsabile del declino economico della società (D. Minussi, *Azione sociale di responsabilità (società per azioni*), www.e-glossa.i, wikijus).

[17] Tribunale di Monza, 12 gennaio 2009, Corriere Giuridico, 11/2011, p. 1523 .

[18] Corte d'appello di Bologna, 19 luglio 2008, Corriere Giuridico, cit., p. 1524 .

necessario che la rinuncia o la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la diversa percentuale di capitale sociale eventualmente prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ad iniziativa dei soci di minoranza (art. 2393 bis c.c.). In merito alla rinuncia dell'azione di responsabilità, si ritiene che la delibera debba essere analitica e riguardare determinati fatti o atti di gestione fonte di responsabilità, pertanto si considera inammissibile una rinuncia anteriore ai fatti di *mala gestio*; la Cassazione[19] a tal proposito ha affermato che la rinuncia all'azione di responsabilità sociale senza la preventiva delibera assembleare è affetta da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque e rilevabile d'ufficio.

All'art. 2393 bis c.c. è disciplinata l'azione di responsabilità promossa da una minoranza qualificata di soci nei confronti degli amministratori, al fine di far ottenere alla società il risarcimento del danno. Secondo l'opinione prevalente, non si tratta di un'azione surrogatoria, ma del tutto autonoma, frutto della legittimazione concorrente rispetto a quella della società, la quale è litisconsorte

[19] Cassazione, 7 luglio 2011, n.14963, Corriere Giuridico, cit., p. 1524.

necessaria[20] (pertanto deve essere chiamata in giudizio). Qualora l'azione sia proposta nei confronti dell'amministratore unico o contro l'intero consiglio di amministrazione della società, quest'ultima, per costituirsi in giudizio necessita di un rappresentante che deve essere nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c.[21], qualora l'assemblea non provveda alla nomina.

2. La responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali

La responsabilità degli amministratori può sorgere non solo nei confronti dei soci e della società, ma anche nei confronti dei creditori ed è lo stesso codice civile a prevederlo espressamente all'art. 2394 comma 1 c.c.: « gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale». L'azione ex art. 2394 c.c. si fonda sulla violazione da parte degli amministratori del dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale.

La natura dell'azione è controversa. Secondo Galgano si tratta di responsabilità da fatto illecito ex art. 2403 c.c.: «il danno ingiusto

[20] A. Dal Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e S.R.L.; orientamenti della sezione VIII civile*, www.ilcaso.it, p. 1.

[21] Art. 78 c.p.c. « Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni d'urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica [11, 12, 13 c.c.] o all'associazione non riconosciuta [36 c.c.] un curatore speciale che li rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza.
Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante [244, 247, 273, 279 c.c.] » .

che, in questo caso, gli amministratori cagionano è la lesione dell'aspettativa di prestazione dei creditori sociali[22]». Secondo questa tesi quindi, il patrimonio sociale è l'unica garanzia dei creditori, pertanto nel momento in cui gli amministratori violano gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, commettono un illecito ex art. 2043 c.c. a danno dei creditori sociali. Galgano inoltre precisa che « la lesione dell'aspettativa di prestazione può farsi rientrare nella più generale figura della lesione del credito: questa non ricorre solo quando il fatto doloso o colposo altrui abbia provocato l'estinzione del credito; ricorre anche quando l'aspettativa del creditore sia lesa pur non venendo definitivamente meno la possibilità per il debitore di esigere nel futuro le proprie prestazioni[23]». Allo stesso modo si esprime il Tribunale di Roma[24], affermando che i precetti normativi ex art. 2394 c.c. configurano una responsabilità di natura extracontrattuale degli amministratori verso i creditori sociali, determinata da azioni od omissioni che costituiscono violazioni ex art. 2392 c.c. La Cassazione ha affermato che quest'azione è diretta ad ottenere, a titolo di risarcimento,

[22] F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 298.
[23] F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 298.
[24] Tribunale di Roma, 12 novembre 2009, Corriere Giuridico, 11/2011, p. 1525.

l'equivalente della prestazione che la società non è in grado di adempiere a causa dell'operato degli amministratori[25].

Seguendo la tesi di Galgano, pertanto, come egli stesso afferma, gli obblighi degli amministratori inerenti alla conservazione del patrimonio sociale sono posti a tutela di una duplice serie di interessi: in quanto rientranti nei più generali obblighi di cui all'art. 2392 c.c., tutelano l'interesse della società, che ha azione contrattuale nel caso di loro violazione; in quanto specificazione, per gli amministratori di società, del generico dovere del *neminem laedere*, tutelano l'interesse dei creditori sociali, che al danno subito reagiscono con l'azione da fatto illecito[26].

Coerente con questa tesi, è la concezione della natura autonoma dell'azione dei creditori sociali: in primo luogo, perché la normativa prevede che la rinuncia da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali[27]; in secondo luogo, perché sia l'art. 2394 bis c.c., sia l'art. 146 l.f. consentono al curatore fallimentare di agire contro gli amministratori a norma degli articoli 2393 e 2394 c.c.

[25] Cassazione, 12 giugno 2007, n. 13765, http://www.dirittoefinanza.it/view.php?id=629.
[26] F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, l'impresa e le società III,2*, Padova, 2011, p. 317.
[27] Se, invece, si trattasse di un'azione di natura surrogatoria, la rinuncia da parte della società comporterebbe l'estinzione dell'azione di responsabilità, per cui i creditori non potrebbero esercitarla, in virtù di una legittimazione surrogatoria.

Secondo un'altra tesi, si tratta di un'azione contrattuale di natura surrogatoria[28], configurandola come la medesima azione sociale di responsabilità, esercitata dai creditori sociali in via surrogatoria a norma dell'art. 2900 c.c. L'azione è fondata sul generale dovere di protezione dei terzi incombente, ex art. 1173 c.c., sugli amministratori di una società che ha autonomia patrimoniale perfetta. Da questa impostazione, derivano diverse conseguenze: l'azione, anche se esercitata dal singolo creditore, condurrebbe comunque alla condanna dell'amministratore non nei suoi confronti, bensì nei confronti della società; e gli amministratori potrebbero eccepire eccezioni che avrebbero potuto opporre alla società.

La Cassazione, recentemente[29], ne ha affermato la natura contrattuale poiché grava sugli amministratori un obbligo legale di protezione, del patrimonio della società, dal depauperamento (dello stesso) che comporterebbe la mancata soddisfazione dei creditori.

La diversa concezione circa la natura dell'azione ex art. 2394 c.c. comporta un diverso regime dell'onere della prova; infatti, secondo l'impostazione extracontrattuale, il creditore deve provare l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale; per la seconda impostazione, invece, l'azione

[28] A questo proposito, Galgano esclude la natura surrogatoria facendo leva sul terzo comma dell'art. 2394 c.c., secondo cui « la rinuncia dell'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali».
[29] Cassazione, 21 luglio 2010 n. 17121, http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3663.php.

sarebbe rivolta alla reintegrazione del patrimonio sociale e condurrebbe alla condanna degli amministratori nei confronti della società, pertanto, ai fini dell'onere della prova, devono seguirsi le norme previste per l'azione sociale nei confronti degli amministratori.

Il secondo comma dell'art. 2394 c.c. continua affermando che « l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti». Pertanto gli amministratori sono responsabili verso i creditori sociali per la diligenza con la quale gestiscono l'impresa sociale. È opportuno precisare che l'insufficienza patrimoniale non coincide necessariamente con l'‘insolvenza, proprio per questo l'azione di responsabilità può essere promossa anche al di fuori del fallimento.

Secondo Galgano, il fatto che ai creditori sia stata legislativamente riconosciuta, nei confronti degli amministratori una protezione autonoma rispetto a quella spettante alla società non significa che la legge abbia inteso tutelare i creditori sociali in quanto tali. La protezione dei creditori è strumentale, in quanto la *ratio* della norma è quella di realizzare una maggiore garanzia di buona amministrazione. L'interesse generale protetto è quello di una corretta gestione delle imprese, pertanto « si è di fronte ad una forma di protezione di interessi generali attuata con strumenti privatistici: la legge mobilita interessi privati , come quelli dei creditori sociali, per

realizzare interessi pubblici, come l'interesse ad un corretto esercizio del potere economico[30]».

3. Responsabilità verso i singoli soci o terzi

Il codice, all'art 2395 c.c., prevede un'ulteriore azione, concorrente ed autonoma rispetto a quelle precedentemente esaminate (artt. 2393 e 2394 c.c.), che tutela 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».

L'azione è riconosciuta al singolo socio in quanto tale, perché danneggiato direttamente dagli amministratori, ad esempio perché è stato illegittimamente escluso dalla divisione degli utili di esercizio; il socio non può avvalersi di questo strumento di tutela qualora, invece, si tratti di un danno riflesso, cioè conseguenza di un danno provocato dagli amministratori alla società.

Il terzo indicato dall'art. 2395 c.c. non è necessariamente un creditore sociale, e può agire per qualsiasi danno che gli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano cagionato. Tuttavia, anche in questo caso, deve trattarsi di danni diretti. L'art. 2395 c.c. non può essere invocato dal terzo contraente che lamenti un danno derivante da inadempimento della società, dovuto al

[30] F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 302.

comportamento doloso o colposo degli amministratori, non perché manca il nesso di causalità immediata tra attività illecita degli amministratori e danno provocato ala terzo. In questo caso la responsabilità è di tipo contrattuale, pertanto è la società a rispondere per inadempimento. Tuttavia l'art. 2395 c.c. integra la disciplina qualora il danno ingiusto sia stato cagionato, con dolo o colpa, dagli amministratori di una s.p.a., prevedendo che l'obbligazione al risarcimento grava non solo sulla società ex art. 2049 c.c.[31], ma anche sugli amministratori la cui colpa o dolo siano riferibili[32].

Attraverso lo strumento di tutela ex art. 2395 c.c. è possibile anche far valere la responsabilità precontrattuale, in quanto responsabilità da fatto illecito, qualora l'amministratore contraente, in nome della società, abbia taciuto circostanze essenziali per la conclusione del contratto.

4. L'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali

Dopo aver analizzato gli strumenti di tutela a disposizione della società e dei creditori, è opportuno individuare quali sono i poteri di

[31] Art 2049 c.c. – Responsabilità dei padroni e dei committenti. I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici o commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.
[32] F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 303, 304.

azione esercitabili all'interno delle procedure concorsuali e qual è il soggetto legittimato[33].

L'art. 2394 bis c.c. prevede che « in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli (2393, 2393 bis, 2394) spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario».

La legittimazione del curatore fallimentare è ribadita anche nella Legge fallimentare (r.d. n. 267/1942), in particolare a norma dell'art. 146 comma 2, l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. è esercitata dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori.

Dalle norme appena citate si può dedurre quindi che in caso di fallimento, la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale passa al curatore perché, per effetto della dichiarazione di fallimento della società di capitali, ai sensi dell'art. 43 l.f., la società perde la legittimazione ad agire. Anche la legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali passa al curatore in caso di fallimento, ma ciò per una ragione differente: l'azione dei creditori non fa parte

[33] L'analisi degli aspetti processuali che riguardano l'azione promossa dal curatore verrà sviluppata nella sezione dedicata proprio ai profili processuali che coinvolgono il tema della responsabilità degli amministratori.

delle azioni incluse nel patrimonio del fallito che questi non può più esercitare avendo perso la disponibilità del proprio patrimonio; pertanto la legittimazione del curatore è frutto di una scelta del legislatore[34]. È opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'azione di responsabilità esercitata dal curatore ha carattere unitario ed inscindibile, poiché essa è finalizzata alla reintegrazione del patrimonio sociale sia a garanzia dei creditori che dei soci.

In virtù dell'unitarietà e inscindibilità dell'azione ne deriva che in essa si cumulano i presupposti e le finalità di entrambe le azioni, pertanto il curatore, nel formulare le istanze risarcitorie nei confronti degli amministratori, può far riferimento sia ai presupposti della responsabilità (contrattuale) verso la società (ex art. 2393 c.c.), sia a quelli della responsabilità (extracontrattuale) verso i creditori sociali (ex art. 2394 c.c.).

[34] A. Dal Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali*, cit., www.ilcaso.it, p. 3.

CAPITOLO II

LE AZIONI DEI RESPONSABILITÀ NELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

1. La responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci. 2. L'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali. 3. L'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare: problematiche relative all'applicazione dell'art. 2394 *bis* c.c. alle società a responsabilità limitata. Segue: la legittimazione del curatore ad esercitare l'azione dei creditori di una S.R.L.

1. La responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci

L'art. 2463 comma 2 c.c. dispone che l'atto costitutivo delle società a responsabilità limitata deve indicare «le persone cui è affidata l'amministrazione». Ancora, l'art. 2475 comma 1 c.c. prevede che «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata ad uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479 c.c.».

L'amministrazione, pertanto, può essere affidata ad una o più persone. In quest'ultimo caso, le persone che hanno la rappresentanza della società costituiscono il consiglio di amministrazione. Gli amministratori, tutti o ciascuno, hanno la rappresentanza generale, sostanziale e processuale, della società, senza che occorra, come nella

società per azioni, una specifica attribuzione[35]: il potere di rappresentanza è quindi un effetto naturale del contratto di amministrazione; tuttavia, l'art. 2475 c.c. prevede che l'atto costitutivo può determinare se l'amministrazione della società sia affidata disgiuntamente o congiuntamente; inoltre, qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In quest'ultimo caso, dai documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa (2475, comma 3 c.c.).

La legge riconosce, all'art. 2475- bis c.c., la previsione, nell'atto costitutivo o di nomina, di limitazioni ai poteri degli amministratori; tuttavia tali limitazioni, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, «salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società».

«Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia, la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per

[35] A. Graziani G. Minervini U. Belviso, *Manuale di diritto commerciale,* Padova 2011, p. 341.

compiere, abbiano fatto costatare il proprio dissenso» (art. 2476 comma 1 c.c.). Quindi, la responsabilità degli amministratori è prevista in relazione "all'inosservanza dei doveri da essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società": la norma, da un lato, non sembra rinviare esattamente a quanto previsto per le s.p.a., per cui all'art. 2392 c.c. si richiede la diligenza prevista dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze ex art. 1176 comma 2 c.c.; dall'altro non propone neanche il criterio della previgente "diligenza del mandatario". Tuttavia, non sembra vi siano ragioni per escludere che non sia possibile applicare in via analogica la disciplina prevista per le s.p.a., per cui gli amministratori delle s.r.l. devono adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, ex art. 1176 comma 2 c.c. Ossia hanno l'obbligo di agire in modo informato, di applicare i principi della corretta amministrazione, di costituire assetti organizzativi e contabili adeguati.

Nella società a responsabilità limitata, i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto ad avere notizie, dagli amministratori, sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione (art. 2476 comma 2 c.c.). In questo modo, i soci possono personalmente operare un controllo sull'amministrazione della società e questa previsione, (a

mio parere), sembra strettamente collegata al tema dell'azione di responsabilità che ciascun socio può promuovere nei confronti degli amministratori. Infatti, per l'art. 2476 comma 3 c.c., l'azione sociale non è esercitata in seguito ad una deliberazione assembleare (come invece avviene per le s.p.a.), essendo invece ciascun socio, a sue spese, legittimato ad esercitarla[36]. In caso di accoglimento, come lo stesso art. 2476 c.c. prevede, la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa al socio attore le spese del giudizio sostenute per l'accertamento dei fatti. Da questa norma si evince che beneficiaria del risarcimento del danno causato dagli amministratori è comunque la società e non il singolo socio, pertanto può parlasi di un'«azione sociale di natura contrattuale delegata ai soci[37]».

Dopo la riforma del 2003, si era formato un filone interpretativo che negava la legittimazione attiva delle s.r.l. all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2476 c.c. e fondava tale posizione sottolineando la differenza tra le società a responsabilità limitata e quelle per azioni, «la soppressione del richiamo, prima (della riforma) operato dall'art. 2487 c.c., all'art.

[36] A. Graziani G. Minervini U. Belviso, *Manuale di diritto commerciale*, cit., pag. 342.
[37] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Il Foro Toscano, 2010, p. 8.

2393 c.c.; l'efficienza in chiave di tutela dei diritti sociali della legittimazione straordinaria concessa dalla legge al singolo socio[38]».

Tuttavia, è prevalsa l'opposta interpretazione che ammette la legittimazione attiva della società per una serie di ragioni:

- la legittimazione della società all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori delle s.r.l. deriva dal primo comma dell'art. 2476 c.c., secondo cui «gli amministratori della società sono responsabili verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti [..]». Nonostante la mancata espressa previsione della facoltà di esercitare l'azione, si deve, infatti, ritenere che all'attribuzione del diritto sostanziale non possa che conseguire il riconoscimento dello strumento processuale della'azione[39];
- la società è titolare del diritto al risarcimento del danno cui si prospetta la lesione: a tal proposito è infatti opportuno sottolineare che l'art. 2476 c.c. distingue tra "danno alla società", rilevante ex art. 2476 c.1 c.c., e "danno diretto al singolo socio", rilevante ex art. 2476 c.6 c.c.[40];
- la previsione, ex art. 2476 c.3 c.c., della legittimazione in capo a ciascun socio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società a responsabilità limitata non consente di escludere la legittimazione concorrente della società a promuovere questa azione, dovendosi considerare la posizione

[38] A. Dal Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e S.R.L.; orientamenti della sezione VIII civile Tribunale Milano*, www.ilcaso.it, p. 4.
[39] F. Benassi, *Società a responsabilità limitata- Legittimazione della società all'esercizio dell'azione di responsabilità di cui all'articolo 2476 c.c. - Sussistenza fondamento*, www.ilcaso.it/rubriche/indice-gs.php?id_cont=2476, p. 5.
[40] A. Dal Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali*, cit., p. 4.

processuale del socio come quella di un sostituto processuale[41], che agisce per far ottenere alla società il risarcimento del danno dalla stessa patito e viene rimborsato degli oneri sostenuti[42];

- ulteriore riscontro normativo si può trovare al comma 5 dell'art. 2476 c.c., il quale prevede che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci, rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale.

Una volta affermata la legittimazione attiva della società, è necessario sottolineare che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori deve essere autorizzata dall'assemblea dei soci con apposita delibera[43]. La circostanza per cui l'art. 2479 c.c. non preveda espressamente la competenza assembleare in riferimento a questa ipotesi, non è significativa, poiché il sistema normativo non disciplina espressamente l'azione sociale. Tuttavia la delibera della società, come avviene per le s.p.a., costituisce, anche in questo caso, presupposto processuale (necessario) per l'esercizio dell'azione sociale[44].

[41] Per quanto riguarda il dubbio interpretativo circa la sussistenza o meno del litisconsorzio della società nell'ipotesi di azione promossa dal socio, si rinvia alla trattazione successiva, nella quale verranno affrontati tutte le questioni relative ai profili strettamente processuali del tema che si sta analizzando.

[42] Tribunale di Padova, 19 luglio 2012, F. Benassi, Riproduzione riservata, www.ilcaso.it/rubriche/indice-gs.php?id_cont=2476, p. 7.

[43] Tribunale di Padova, 19 luglio 2012, cit., p. 7.

[44] A. Del Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali*, cit., p. 5.

2. L'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali

Per le società a responsabilità limitata non vi è una norma apposita che disciplini l'azione di responsabilità degli amministratori esercitata dai creditori sociali, pertanto è necessario far riferimento all'art. 2394 c.c., dettato per le società per azioni: gli amministratori incorrono in responsabilità verso i creditori per «inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale». L'azione disciplinata dall'art. 2394 c.c. richiede due presupposti: che vi sia stata da parte degli amministratori l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale[45] e che, a causa di tale inosservanza, il patrimonio sociale risulti insufficiente[46] al soddisfacimento dei creditori[47].

In riferimento all'azione di responsabilità esercitata dai creditori, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate su due questioni importanti: la prima riguarda la qualificazione della responsabilità nascente dall'art. 2394 c.c.; la seconda riguarda la

[45] In relazione a questo primo requisito, ci si chiede se dalla norma può ricavarsi l'esistenza di un generale obbligo degli amministratori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale previsto dall'art. 2394 c.c., oppure gli specifici obblighi che gravano sugli amministratori debbano essere ricercati anche al di fuori dell'art. 2394 c.c.

[46] Dottrina e giurisprudenza si sono soffermate sulla definizione dell'espressione "insufficienza patrimoniale", affermando che si differenzia sia dall'eccedenza delle passività rispetto alle attività, sia dall'insolvenza, essendo in realtà una situazione più grave dell'insolvenza (S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali*, Le Società, 7/2011, p. 761.)

[47] S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali*, Le Società, 7/2011, p. 761.

natura dell'azione, ossia se essa abbia natura surrogatoria, oppure sia un'azione diretta.

Per quanto riguarda la prima questione, si discute se la responsabilità sia di natura contrattuale, ossia da inadempimento, o aquiliana, cioè extracontrattuale. La responsabilità da in adempimento, in generale, è disciplinata dall'art. 1218 c.c.[48]; attribuendo a tale responsabilità l'aggettivo "contrattuale" ci si riferisce solo ad una delle fonti che può avere l'obbligazione violata: le obbligazioni, infatti, non nascono solo da contratto, ma anche da altre fonti individuate dall'art. 1173 c.c. È indubbio che ove un'obbligazione venga inadempiuta, la responsabilità conseguente sarà da inadempimento ai sensi dell'art.1218 c.c., sia che la fonte diretta dell'obbligazione sia un contratto, sia che la stessa derivi dalle altre fonti indicate dall'art. 1173 c.c.[49].

Qualora la condotta tenuta dagli amministratori integri la violazione di un'obbligazione preesistente, si avrà responsabilità contrattuale; in caso contrario, potrà aversi responsabilità aquiliana, qualora la condotta integri la lesione di un diritto soggettivo. Sulla base di quanto esposto, è possibile affermare che la responsabilità nascente dall'art. 2394 c.c. sia di natura contrattuale, poiché si fonda

[48] Art. 1218- Responsabilità del debitore.- Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.
[49] S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori*, cit. p. 762.

sull'obbligo, in capo agli amministratori, di conservazione dell'integrità del patrimonio e pertanto non è estesa a qualunque fatto doloso o colposo che cagioni un danno ingiusto, come invece vorrebbe la formula dell'art. 2043 c.c.[50].

Tuttavia la giurisprudenza di legittimità ha affermato la natura extracontrattuale, affermando che « altra, e distinta, è la previsione di cui all'art. 2394 c.c. il cui primo comma stabilisce che gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale; la disposizione è completata dal secondo comma ove si dispone che l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La responsabilità in questione è di natura extracontrattuale, in assenza dell'imprescindibile presupposto della responsabilità contrattuale che è costituito dalla preesistenza di un vincolo obbligatorio del quale possa prefigurarsi l'inadempimento»[51].

Altro tema affrontato da dottrina e giurisprudenza è la qualificazione dell'azione ex art. 2394 c.c. come azione diretta o in surrogazione di quella della società ex art. 2393 c.c. Parte della dottrina e della giurisprudenza affermano che tale azione sia la stessa prevista all'art.2393 c.c., esercitata dai creditori in via surrogatoria ex

[50] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, cit., p. 10.
[51] Cassazione, 22 ottobre 1998, n. 10488, Il Foro Toscano, 2010, p.10.

art. 2900 c.c. Altra parte della dottrina e della giurisprudenza propendono per l'autonomia dell'azione e l'argomentazione più convincente (tralasciando quelle, fondate sui dati normativi, già evidenziate nella trattazione delle s.p.a.) è che l'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali non presuppone l'inerzia o la trascuratezza della società nella tutela delle proprie ragioni contro gli amministratori, che invece è richiesta in generale dall'art. 2900 c.c. per l'esercizio dei diritti e delle azioni in via surrogatoria[52].

Come affermato all'inizio del paragrafo, non vi è una determinata norma che prevede l'azione dei creditori sociali per le s.r.l.; prima della riforma del diritto societario del 2003, il legislatore, all'art. 2487 c.c. aveva operato un generale rinvio alla disciplina prevista per le s.p.a. per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dalle norme riguardanti le società a responsabilità limitata, e tra essi vi era il riferimento all'art. 2394 c.c. Con la riforma, il legislatore ha preferito dettare due differenti discipline, pertanto non si è avvalso del rinvio operato, in passato dall'art. 2487 c.c.; in tal modo ha creato una lacuna normativa, poiché l'art. 2476 c.c. si limita a disciplinare solo la responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci.

Questo vuoto normativo ha portato la dottrina e la giurisprudenza a chiedersi se nella s.r.l. possa ammettersi l'azione

[52] S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 763.

dei creditori sociali contro gli amministratori per aver cagionato l'insufficienza del patrimonio sociale rispetto al volume dei crediti, venendo meno ai loro doveri. Le conclusioni alle quali sono pervenute sono differenti e contrapposte, anche in ragione della diversa concezione del rapporto che sussiste tra gli articoli 2393 e 2394 c.c.[53].

Dall'analisi delle fonti, emergono quattro diverse posizioni per la risoluzione di questo problema.

Secondo una prima tesi, l'art. 2394 c.c. ha la funzione di consentire la reintegrazione del patrimonio della società quale garanzia dei creditori, attraverso l'attribuzione a ciascun creditore di una legittimazione straordinaria anche in favore degli altri. Poiché con la riforma viene meno il rinvio a questa norma, si deduce che ai creditori di una s.r.l. non è concesso lo stesso tipo di tutela previsto dal legislatore a tutela dei creditori di una s.p.a.; pertanto, il singolo creditore potrebbe agire individualmente ex art. 2043 c.c. «contro l'amministratore che abbia cagionato un danno alla propria ragion di credito attraverso l'erosione della garanzia patrimoniale generica offerta dal patrimonio del debitore»[54]. Quindi, in virtù di questo orientamento, in caso di fallimento, l'azione individuale del creditore,

[53] Cioè in ragione della configurazione della natura, surrogatoria o diretta, dell'azione di responsabilità riconosciuta ai creditori sociali di una s.p.a.
[54] Tribunale di Napoli, 11.11.2004, Le società, 2005, p. 1007.

esercitata ex art. 2043 c.c., non può essere esercitata dal curatore fallimentare.

Altre voci dottrinali hanno affermato l'esperibilità da parte dei creditori di società a responsabilità limitata di un'azione sul modello del rimedio di cui all'art. 2394 c.c.; tuttavia, nell'ambito di questa soluzione, si sono delineati due diversi orientamenti a seconda dell'interpretazione sulla natura dell'art. 2394 c.c. alla quale si aderisce. Qualora si configuri la responsabilità ex art. 2394 c.c. come un caso specifico di responsabilità aquiliana, «sarà agevole ricavare dalla previsione generale dell'art. 2043 c.c. un rimedio a tutela dei creditori di società a responsabilità limitata, foggiato sulla falsariga dell'art. 2394 c.c.»[55]. Se, invece, si costruisce l'azione ex art. 2394 c.c. come azione ex art. 2393 c.c. esercitata dai creditori sociali in via surrogatoria, «essendo pacificamente ammessa l'azione sociale di responsabilità delle s.r.l., se ne ricaverebbe agevolmente per via interpretativa, l'utilizzabilità del rimedio anche in via surrogatoria»[56].

Nonostante il diverso percorso interpretativo, entrambe le posizioni giungono alla medesima conclusione, ossia il riconoscimento di una forma di tutela ai creditori sociali di una s.r.l.

Una ulteriore interpretazione (prevalente), invece, considerando la responsabilità ex art. 2394 c.c. da inadempimento, quindi autonoma

[55] S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 764.
[56] S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 764.

rispetto a quella esperibile dai soci ex art. 2393 c.c., ritiene che essa possa essere applicata in via analogica nei confronti dei creditori sociali delle s.r.l.; l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. nella s.r.l. implica il riconoscimento di un vuoto normativo frutto di un errore di coordinamento della normativa in tema di s.r.l. e non di una deliberata scelta normativa[57]. A sostegno di questa tesi possono essere presi in considerazione alcuni dati normativi:

- l'art. 2477 c.c. prevede la possibilità, per le s.r.l., di costituire un collegio sindacale, al quale (secondo il comma 5) «si applicano le disposizioni in tema di società per azioni». Questo rinvio normativo comprende senza dubbio anche l'art. 2394 c.c., per cui i creditori sociali possono promuovere nei confronti dei sindaci l'azione di responsabilità. Conseguentemente non vi sono ragioni per cui non possa applicarsi, in via analogica, l'art. 2394 c.c. anche nei confronti degli amministratori[58];
- l'art. 2486 c.c., dettato in materia i scioglimento e liquidazione di s.r.l. e s.p.a., prevede espressamente che «gli amministratori sono solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, a creditori sociali ed ai terzi, per

[57] A. Dal Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali*, cit., p. 7.
[58] M.G. Paolucci, *Commento all'art. 2476 c.c.* in *Società a responsabilità limitata* in *Commentario al c.c. Scialoja, Branca e Galgano*, Bologna, 2014, p. 514.

atti od omissioni» compiuti nel periodo di scioglimento o liquidazione della società[59];

- l'art. 2497 c.c., dettato in tema di Direzione e coordinamento delle società, dispone che « le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».[60]

Sulla base di tutti queste norme citate, non può che ritenersi che l'art. 2394 c.c. debba essere applicato anche alle società a responsabilità limitata, altrimenti si verrebbe a configurare una disparità di trattamento tra i creditori di una s.r.l. e quelli di una

[59] La *ratio* della norma è la conservazione dell'integrità e valore del patrimonio sociale.
[60] A. Marcinkiewicz, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione del credito*, Il Fallimento, 2011, p. 318.

s.p.a., fondata soltanto su un vuoto normativo creato o dal mancato rinvio (che sussisteva, invece, prima della riforma), oppure dall'assenza di una norma *ad hoc*, come l'art. 2394 c.c., riguardante la responsabilità degli amministratori di una s.r.l. nei confronti dei creditori sociali.

3. L'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare: problematiche relative all'applicazione dell'art. 2394 bis c.c. alle s.r.l.

Ancora una volta, dall'analisi degli articoli del codice civile, a seguito della riforma, si nota la mancanza, nella disciplina delle s.r.l., di un articolo simile al 2394 bis c.c., dettato per le s.p.a., il quale prevede la legittimazione, in caso di fallimento, del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.

La legge fallimentare, all'art. 146, disciplina gli obblighi e responsabilità degli amministratori di qualunque tipo di società e nel suo testo originario prevedeva che «l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori, a norma degli artt. 2393 e 2394 c.c., è esercitata dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori». Prima della riforma del 2003, le azioni di responsabilità contro gli

amministratori di una s.r.l. erano disciplinate dall'art. 2487 c.c., il quale operava un rinvio alle norme dettate per le s.p.a. Pertanto, dal combinato disposto degli articoli 146 l. f. e 2487 c.c., era pacifica la legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio delle azioni di responsabilità in caso di fallimento di una s.r.l.

Con il venir meno, a seguito della riforma, del rinvio alla disciplina delle s.p.a., dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla sussistenza della legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità degli amministratori di s.r.l.

La questione deve ritenersi oggi superata, poiché il nuovo testo dell'art. 146 l. f.[61] prevede che il curatore è legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, della società fallita. Dall'art. 146 l. f. novellato si evince che le azioni di responsabilità di cui si parla riguardano anche i componenti degli organi sociali delle società a responsabilità limitata[62]. Inoltre, in merito a questo problema, la giurisprudenza di merito si è pronunciata più volte, riconoscendo la legittimazione al curatore anche nel caso di fallimento di s.r.l. perché «costui, in seguito alla dichiarazione di fallimento, subentra nell'amministrazione del patrimonio sociale ed è

[61] Sostituito dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130.
[62] S. Ronco, *Questioni varie in tema di responsabilità di amministratori e sindaci di S.r.l.*, Il Fallimento, 2012, p. 709.

l'unico legittimato a stare in giudizio nelle controversie relative ai rapporti compresi nel fallimento»[63].

Anche la Cassazione si è pronunciata e ha affermato che «in tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, la riforma societaria di cui al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., ossia alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all'esercizio della predetta azione ai sensi dell'art. 146 l. fall., in quanto base a tale disposizione, riformulata dall'art. 130, D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l'interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva 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.»[64].

In conclusione, quindi, è possibile affermare che il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità che sia ammessa contro gli

[63] S. Ronco, *Questioni varie*, cit. p.709.
[64] Cassazione civile, 21 luglio 2010, n. 17121, Le Società, 2011, p. 701.

amministratori di qualunque società. La logica è la seguente: «l'azione di responsabilità del curatore è un'azione che a lui deriva da quelle ammesse quando il soggetto non era ancora fallito»[65].

Segue: la legittimazione del curatore ad esercitare l'azione dei creditori di una s.r.l.

Se la spettanza al curatore dell'azione sociale di responsabilità si fonda sull'art. 43 l. f., il quale assegna ad esso la legittimazione a stare in giudizio per tutte le controversie, anche quelle pendenti, concernenti rapporti di diritto patrimoniale del fallito che siano inclusi nel fallimento; differente è la risoluzione del problema della legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali prima del fallimento. L'azione dei creditori non appartiene, per definizione al patrimonio del fallito, per cui essa non passa automaticamente in capo al curatore ex art. 42 e 43 l. f., ma occorre una norma speciale che ne preveda la legittimazione[66]. Tale norma è prevista espressamente per le s.p.a., (art. 2394 bis c.c.), non lo è, invece, per le s.r.l.

In virtù di questo vuoto normativo lasciato, ancora una volta, dalla riforma del diritto societario del 2003, c'è chi ha sostenuto che il

[65] P. Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore (commento)*, Le Società, 2011, p. 704.
[66] A. Dal Moro e A. Mambriani, *Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e S.R.L.; orientamenti della sezione VIII civile Tribunale Milano*, p.8.

mancato richiamo alla disciplina delle s.p.a. (artt. 2394 bis c.c.) «conferma il carattere straordinario della legittimazione del curatore del fallimento di una s.p.a. all'esercizio dell'azione dei creditori sociali, che quindi non appare più configurabile in tema di s.r.l.»[67]. Secondo questa impostazione, conseguentemente, il giudice non può accogliere la domanda proposta dal curatore in luogo dei creditori sociali poiché non vi è più la legittimazione. Tuttavia, come ha affermato il Tribunale di Novara[68], non è venuta meno la possibilità di affermare la responsabilità degli amministratori di una s.r.l. verso i creditori di essa, in quanto essa sussiste in virtù della clausola generale ex art. 2043 c.c.

Per coloro che, invece, sostengono la legittimazione del curatore all'esperimento dell'azione creditoria nei confronti degli amministratori, si pone un ulteriore problema, che riguarda la configurazione dell'azione del curatore come azione unica e derivata, oppure azione autonoma e diretta.

Coloro che sostengono la natura surrogatoria dell'azione dei creditori rispetto a quella della società, affermano che tale azione sia diretta alla reintegrazione del patrimonio sociale attraverso una condanna degli amministratori in favore della società. «In questo

[67] R. Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, Corriere giuridico, 2011, p.1529.
[68] Tribunale di Novara, 12 gennaio 2010, Corriere giuridico, 2011, p. 1529.

senso, l'azione del curatore a tutela della massa sarebbe perfettamente sovrapponibile. E gli amministratori potrebbero sollevare le eccezioni opponibili alla società»[69].

A tal proposito, la giurisprudenza di merito ha affermato che «l'art. 146 l. f. continua a rimanere applicabile in caso di fallimento della società, senza distinzioni, anche dopo la riforma del diritto societario. Infatti, in base a detta norma, le azioni di responsabilità esperibili nei confronti degli amministratori confluiscono nell'unica azione di cui diviene titolare il curatore, che, cumulando i presupposti e gli scopi delle altre, risulta finalizzata al risultato di acquisire all'attivo fallimentare tutto quanto sottratto per fatti imputabili agli amministratori e che si caratterizza come azione dal carattere unitario e inscindibile»[70].

Quindi, riassumendo questa posizione, è possibile affermare che l'azione ex art. 146 l. f. non è un'azione autonoma e nuova che nasce con il fallimento, ma si tratta di un trasferimento al curatore delle azioni che, prima del fallimento, potevano essere esercitate dalla società e dai creditori. «Ciò si rileva dal fatto che l'art. 146 l. f. non contiene alcuna indicazione in ordine alle caratteristiche dell'azione di responsabilità, mentre questa sarebbe indispensabile se si volesse

[69] P. Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità*, cit., p. 705.
[70] R. Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, cit., p.1530.

configurare l'azione esercitata dal curatore come un'azione nuova, distinta da quelle previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c.»[71].

Il trasferimento in capo al curatore della legittimazione ad agire contro gli amministratori ha due conseguenze: il curatore subentra nella medesima posizione degli originari titolari del diritto d'azione e si sostituisce ad essi in quanto unico soggetto legittimato nel corso della procedura fallimentare.

Il cumulo delle azioni[72]:

- comporta il venir meno della necessità di distinguere il termine prescrizionale delle due azioni;
- consente di aggirare le problematiche relative alla natura contrattuale o extracontrattuale dell'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c.;
- permette al curatore di giovarsi delle più favorevole regime dell'onere della prova certamente applicabile all'azione di responsabilità sociale, di sicura natura contrattuale.[73]

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene la tesi della natura autonoma e diretta dell'azione esercitata dal curatore nella procedura fallimentare. Di conseguenza, la possibilità riconosciuta al

[71] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, cit., p. 14.
[72] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, cit., p. 14 e 15.
[73] Questa posizione è stata criticata da una parte della dottrina, la quale afferma che, secondo questa impostazione, il curatore godrebbe di una ingiustificata posizione di privilegio, potendo utilizzare, cumulando le azioni, elementi dei fattispecie che nella legge si riferiscono ad azioni diverse. (in G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Il Foro Toscano, 2010).

curatore di promuovere unitariamente e inscindibilmente le azioni ex art. 2393 e 2394 c.c. non esclude che in sede processuale debbano comunque essere verificati i presupposti di entrambi i profili di responsabilità. «L'azione del curatore non è un terzo tipo di azione di responsabilità (mista), ma una azione cumulativa con l'effetto che la procedura può avvantaggiarsi, a seconda delle situazioni, dei presupposti dell'una o dell'altra, ma una volta fatta la scelta (all'interno di ciascuna singola questione) deve anche assoggettarsi ai profili eventualmente sfavorevoli»[74].

Questo approccio, quindi, configura, in capo al curatore, un cumulo di azione di tipo materiale e non giuridico. Di conseguenza, al curatore possono essere opposte (a seconda della scelta operata) le eccezioni proprie di ciascuna azione e anche l'onere della prova sarà differente di volta in volta.

[74] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, cit., p. 15.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ *IN HOUSE PROVIDING*

1. Le società *in house providing*: definizione e caratteristiche principali. 2. La natura della responsabilità degli amministratori di una società *in house providing* e la questione relativa alla giurisdizione. Segue: il problema della giurisdizione; gli orientamenti della Corte di Cassazione. 3. La questione relativa alla fallibilità delle società *in house providing*.

1. Le società *in house providing*: definizione e caratteristiche principali

L'espressione *in house contract* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, specifica il concetto degli appalti *in house* come "*quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata*"[75].

La direttiva Cee 80/273 della Commissione, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e imprese pubbliche, definisce le «imprese pubbliche, come le imprese nei

[75] F. Logiudice, In house providing *in pillole*, http://www.altalex.com/index.php?idnot=47811, p. 1.

confronti delle quali i pubblici poteri posso esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante[76] per ragioni di proprietà , di partecipazione finanziaria o della normativa che le disciplina»[77].

Nel rispetto del principio di sussidiarietà, che impone all'Unione di rispettare l'autorganizzazione dell'amministrazione dello Stato membro, il diritto comunitario resta del tutto indifferente alla scelta amministrativa tra esternalizzazione (ricorso alla gara) e gestione in ambito pubblico (*in house*). L'autorità pubblica può legittimamente scegliere di adempiere ai propri compiti di interesse pubblico mediante i propri strumenti, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi[78].

Quindi, l'ordinamento comunitario permette, come espressione dei poteri di auto-organizzazione della P.A., la possibilità dell'affidamento diretto, cioè senza gara pubblica, a società, dotate di personalità giuridica, controllate dalla stessa pubblica amministrazione[79].

---

[76] L'influenza dominante è presunta quando i pubblici poteri, direttamente o indirettamente, detengono nei confronti dell'impresa la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa stessa, oppure dispongono della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, o possono designare la metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa.

[77] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 101 (la definizione, con alcune variazioni marginali, è ripresa dalle direttive dei settori esclusi 93/38/Cee).

[78] Corte giust. Ce, 9 giugno 2009, in causa C-480/, B. Mameli, *L'*in house *tra regola ed eccezione*, Responsabilità civile e previdenza, 2010, p. 1949.

[79] La nascita di questa particolare forma di impresa pubblica partecipata, è dovuta, spesso, dall'incapacità dell'amministrazione di soddisfare le esigenze collettive per mancanza di mezzi e risorse, sicché deve rivolgersi al mercato per affidare la realizzazione di opere o la prestazione di servizi.

Pertanto, nell'ambito delle società *in house* non si assiste alla trasformazione di un ente in un altro modello giuridico, come è avvenuto sia nel caso di privatizzazione di enti pubblici economici[80], sia nel caso in cui gli enti pubblici si siano avvalsi di distinti moduli alternativi di gestione di servizi[81].

L'*in house providing* evidenzia un modello di organizzazione in cui la pubblica amministrazione provvede al perseguimento dell'interesse pubblico o alle risorse ad essa necessarie mediante lo svolgimento di un'attività interna[82]. È possibile intendere gli affidamenti *in house* sia in senso stretto, che in senso lato: rientrano nella prima accezione «le procedure con cui una Pubblica amministrazione affida un servizio ad un suo ente strumentale non dotato di una distinta personalità giuridica; nella seconda, la stipula di contratti con società, dotate di propria personalità giuridica, controllate dalla stessa Pubblica amministrazione stipulante»[83].

L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una

[80] L. 30 luglio 1994 n. 474

[81] L. 8 giugno 1990 n. 359 e L. 23 dicembre 1992 n. 498.

[82] Questo modello è contrapposto al modello di *outsourcing* (o *contracting out*) in cui, invece, l'amministrazione si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio dell'attività amministrativa, ossia la produzione ed il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento.

[83] G. Chiantera e D. Pettinato, *Il modello organizzativo delle* in house providing, http://www.altalex.com/index.php?idnot=37628, p. 2.

«derivazione», o una *longa manus*, dell'ente stesso. Da qui l'espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni[84].

Nell'ipotesi di affidamento *in house* in senso lato vi è un'evidente deroga dei principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza. In particolare, l'affidamento diretto viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; dall'altra si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come particolarmente competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*[85]. Alla luce di queste considerazioni, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato una serie di criteri cumulativi « atti a giustificare la sottrazione di un servizio all'ambito di operatività delle regole dell'evidenza pubblica»[86], oltre che finalizzati ad eliminare o contenere le violazioni suddette:

[84] Cons. St., ad. plen., n. 1/2008, *Giurisprudenza amministrativa*, Il Foro italiano, 2008, p. 170.
[85] Cons. St., ad. plen., n. 1/2008, *Giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 170.
[86] G. Chiantere e D. Pettinato, *Il modello organizzativo*, cit., p. 2.

- deve trattarsi di un servizio di rilevanza economica, il cui elemento dirimente consiste dell'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed i suoi caratteri di redditività con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica[87];
- deve esserci totale partecipazione pubblica: ricorre la natura esclusivamente pubblica di una società *in house providing* - anche laddove il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, ma purché si tratti pur sempre di enti pubblici – quando lo statuto dell'ente inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari[88];
- l'affidamento deve avere luogo in favore di soggetti che, sebbene siano differente dall'amministrazione concedente (l'affidamento), siano comunque elementi del sistema;
- l'amministrazione affidante deve operare un controllo sull'attività svolta dalla società: i giudici nazionali e comunitari hanno specificato il significato e i requisiti del

[87] Cons. St. sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, *Il Foro amministrativo C. d. S.*, 2007, p. 2671.
[88] G. Borriello, *Società* in house providing - *Connotati qualificanti e requisiti - Natura esclusivamente pubblica dei soci - Prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società - Sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici - Contemporanea sussistenza – Necessità*, http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=10015.php, p. 1.

‘controllo analogo' (in riferimento al controllo previsto nella disciplina delle s.p.a.), prevedendo che:

a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;

b) il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

c) l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero;

d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Di conseguenza, l'ingerenza di quest'ultimo si deve realizzare, non sotto un profilo meramente formale, bensì sostanziale, occorrendo un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia

sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società[89];

Alcuni studiosi, sul punto, hanno suggerito, al fine di individuare il significato dell'espressione "controllo analogo", il ricorso alla disciplina delle s.r.l. *post* riforma, che, «conferendo ad uno o più soci i poteri di attività gestoria, sembrerebbe costituire la perfetta miscela tra il diritto e le regole del codice civile e l'esigenza, dettata dalla cura e dalla tutela dell'interesse pubblico, che è quella di costituire uno strumento formalmente terzo, rispetto alla pubblica amministrazione, ma che sostanzialmente ricade ed è riconducibile nell'ambito della pubblica amministrazione medesima»[90];

- l'attività svolta dalla società *in house* deve essere svolta in favore dell'amministrazione che la controlla.

In altri termini, così come si è espresso il Tar Campania[91], si tratta «di una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani

[89] R. Fanizzi, *I presupposti dell'affidamento* in house *dei servizi pubblici locali*, http://www.iusexplorer.it/Publica/FascicoloDossier/I_presupposti_dell_affidamento_in_house_dei_servizi_pubblici_locali/?idDocMaster=3580073&idDataBanks=19&canale=13, p.1.

[90] E. Piga, *Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società* in house *e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, Foro amministrativo: Consiglio di Stato, 2007, p. 2673.

[91] TAR Campania, Sez. I, 30/3/2005 n. 2784.

dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore di questo».

Il Consiglio di Stato[92] ritiene che, in merito alle condizioni in presenza delle quali è possibile per la pubblica amministrazione ricorrere all'affidamento *in house*, in deroga alle disposizioni di matrice comunitaria, l'Amministrazione deve esercitare sulla società controllata un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che, in concreto, costituisce parte della stessa Amministrazione, con la quale deve trovarsi in una condizione di dipendenza finanziaria ed organizzativa.

La giurisprudenza comunitaria ha utilizzato l'espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di «autoproduzione» di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione[93]. Infatti quest'ultima, piuttosto che rivolgersi al mercato, tramite gara, acquisisce beni e servizi, di cui necessita, all'interno della propria compagine organizzativa. Inoltre, in ragione del controllo "dell'orientamento" che la pubblica amministrazione opera nei confronti dell'ente *in house*, quest'ultimo non può essere considerato

[92] Cons. St., sez. V, ordinanza n. 2316, 22.4.2004, *Il modello organizzativo*, cit., p. 2.
[93] Cons. St., ad. plen., n. 1/2008, *Giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 170.

terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma costituisce uno dei servizi della stessa.

2. La natura della responsabilità degli amministratori di una società *in house providing* e la questione relativa alla giurisdizione

Il modello delle società *in house* pone una serie di problematiche non solo interpretative, ma anche operative, in virtù della loro peculiarità, determinata dalla commistione di aspetti di natura pubblicistica e privatistica. Mentre in passato era più semplice distinguere tra agire pubblico ed agire privato, oggi il panorama è molto più complesso a tal punto da non poter più considerare netta la linea di confine tra pubblico e privato e le *in house* sono una testimonianza poiché, se da un lato hanno adottato la struttura societaria (che comporta l'osservazione delle norme di diritto civile dettate in materia societaria); dall'altro perseguono un fine pubblicistico che inevitabilmente incide sul modello organizzativo, comportando una serie di deroghe alla disciplina di diritto comune[94].

Partendo dalla considerazione per cui le società *in* house, pur avendo forma privata, presentano connotazioni pubblicistiche, ci si chiede, con riferimento alla responsabilità degli amministratori delle

[94] La riprova di ciò la si trova nell'art. 4 comma 13 del d.l. n. 95/2012 (convertito dalla l. n. 135/2012), secondo cui «le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

società *in house*, se debbano applicarsi le norme di diritto societario e/o quelle pubblicistiche connesse alla responsabilità amministrativa.

I tratti peculiari che caratterizzano il modello dell'*in house* sono costituiti dalla mancanza di qualsiasi rischio d'impresa, l'assenza dello scopo di lucro, la sussistenza di uno o più azionisti pubblici detentori dell'intero capitale sociale e la mancata circolazione di partecipazioni azionarie[95]. Questi elementi farebbero propendere per la configurabilità della responsabilità amministrativa, con conseguente giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e dipendenti della società *in house*, essendo quest'ultima paragonabile ad un braccio operativo della pubblica amministrazione[96].

La Costituzione, all'art. 103 comma 3, prevede che «la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge». Mentre per l'individuazione di queste ultime è necessaria un'espressa previsione legislativa, sono sorti problemi circa l'interpretazione dell'espressione "contabilità pubblica", ossia ci si è chiesti quale sia la portata della giurisdizione di tale organo. La dottrina e la giurisprudenza costituzionale escludono che la giurisdizione della Corte de conti abbia un carattere generale,

[95] M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità degli amministratori delle società* in house, Osservatorio legislativo interregionale, Roma, 2010, p. 2.

[96] E. Piga, *Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (Società* in house *e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione,* http://www.pubblitecnica.com/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=655&Itemid=28.

occorrendo, piuttosto la mediazione della legge, che deve specificare in quali casi si sia in presenza di materia di contabilità pubblica devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti[97].

Affermare la giurisdizione della Corte dei conti significa configurare la responsabilità come una responsabilità di carattere patrimoniale, derivante dalla violazione degli obblighi (derivanti da tale rapporto), la quale ha procurato alla pubblica amministrazione, sia in modo indiretto che diretto[98], un danno economico, ossia un danno erariale. Tuttavia occorre domandarsi se essa esaurisca ogni tipo di responsabilità o se il funzionario pubblico[99] sia assoggettato anche alla responsabilità civile nei confronti dell'amministrazione per danni che arreca a quest'ultima[100].

L'azione dinnanzi alla Corte dei conti può essere promossa solo dal pubblico ministero contabile, il quale agisce in qualità di parte pubblica e a garanzia della finanza pubblica; l'azione civile di danno, invece, può essere intentata dalla amministrazione danneggiata. In

[97] G. Astegiano, *Responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, http://www.univr.it/documenti/Documento/allegati/allegati290793.pdf, p.3.

[98] Si configura responsabilità indiretta quando il pubblico dipendente della P.A., nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni un danno a terzi e la pubblica amministrazione provveda al risarcimento a favore del terzo danneggiato. Si configura, invece, responsabilità diretta qualora il pubblico dipendente cagioni un danno a beni e valori dell'amministrazione.

[99] L'art. 82 del rd n. 2440 e l'art. 524 t.u. sulla Corte dei conti del 1934 riferivano la giurisdizione della Corte dei conti ai soli impiegati dello Stato o dell'Ente sottoposto alla giurisdizione del giudice speciale. Con la riforma della responsabilità amministrativa, operata dalle leggi n. 19 e 20 del 1994, la giurisdizione della Corte dei conti è stata estesa anche nei confronti dei soggetti che con la loro attività provochino un danno ad un'amministrazione diversa da quella alla quale sono legati dal rapporto di servizio. L'innovazione è significativa, perché prima della riforma, era l'amministrazione danneggiata che doveva agire in sede civile per ottenere il risarcimento del danno ed era esclusa la legittimazione ad agire del P.M. contabile dinnanzi alla Corte dei conti.

[100] G. Astegiano, *Responsabilità amministrativa*, cit., p.5.

virtù della sussistenza di questo "doppio binario", è necessario interrogarsi sul rapporto delle due azioni; a questo proposito la giurisprudenza della Corte dei conti ha fissato alcuni punti fermi:

- «Qualsiasi iniziativa diretta, transattiva, recuperato ria, o risarcitoria promossa dall'Amministrazione danneggiata, non comporta effetti preclusivi sull'azione obbligatoria per danno erariale davanti al giudice contabile»[101];
- «La stipulazione di un accordo transattivo stragiudiziale tra il convenuto e l'amministrazione danneggiata non costituisce causa di improcedibilità del giudizio, ma il pagamento della somma concordato può essere valutato per abbattere l'importo della condanna , ovvero in caso di adeguatezza dell'importo in relazione alle richieste del P.M. , per dichiarare la cessazione della materia del contendere»[102];
- «L'azione del Procuratore Regionale non è subordinata alla volontà dell'amministrazione danneggiata, tant'è che anche se quest'ultima si dichiara soddisfatta dell'operato del dipendente o amministratore, il P.M. conserva intatta la sua libertà d'azione»[103];

[101] Corte dei conti, Lombardia, 4 novembre 2002, n. 1861.
[102] Corte dei conti, Lombardia, 3 febbraio 2003, n. 157.
[103] Corte dei conti, Abruzzo, 16 luglio 2002, n. 549.

- «L'azione pubblica di responsabilità amministrativa, dal punto di vista patrimoniale, ha ricadute esclusivamente nei confronti dell'amministrazione danneggiata, che è la vera parte sostanziale del processo contabile»[104].

Con riferimento all'azione esercitata dal procuratore contabile in virtù della sussistenza di un danno erariale, ci si è chiesti quale sia la natura di tale responsabilità: alcuni ritengono che si tratti di una responsabilità risarcitoria; altri invece sostengono che tale forma di responsabilità abbia natura sanzionatoria[105].

È opportuno analizzare gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa.

1. Condotta imputabile. Per essa si intende la violazione dolosa o gravemente colposa di obblighi inerenti al rapporto di servizio. Per l'importanza assegnata all'entità della colpa ai fini dell'addebito, piuttosto che alla gravità del danno, molti hanno ritenuto che la responsabilità abbia più natura sanzionatoria che risarcitoria[106]. La responsabilità deve essere valutata prendendo in considerazione i principi che regolano il diritto amministrativo[107] e sono alla base dell'attività amministrativa, ossia i principi di efficacia efficienza ed

[104] G. Astegiano, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 6.
[105] M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità amministratori*, cit., p. 3.
[106] G. Montedoro, *Società* in house *e responsabilità*, in M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità amministratori*, cit., p. 3.
[107] Art. 1 l. 7 agosto 1990 n. 241 e artt. 2 e so d.lgs 165 2001.

economicità. Inoltre deve tenersi conto dell'adeguatezza delle scelte compiute dal pubblico impiegato (o amministratore) nell'esercizio delle sue funzioni. Pertanto, essendo previsto l'elemento soggettivo del dolo o colpa grava, è esclusa qualsiasi forma di responsabilità oggettiva[108]. La giurisprudenza contabile, in merito alla colpa grave ha affermato che « quest'ultima presuppone un comportamento caratterizzato da mancanza di diligenza, violazione delle disposizioni di legge, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, che si traduce, in estrema sintesi, in una situazione di macroscopica contraddizione tra la condotta

tenuta nello specifico dal pubblico dipendente ed il minimum di diligenza imposto dal rapporto di servizio, in relazione alle mansioni, agli obblighi ed ai doveri di servizio[109]. In tale contesto, allora, ai fini dell'individuazione della colpa grave, il giudice contabile non può e non deve valutare il rapporto in contestazione alla stregua di immutabili norme prefissate, non rinvenibili, peraltro, in alcuna normazione al riguardo[110]: egli deve, invece, prefigurare nel concreto l'insieme dei doveri connessi all'esercizio delle funzioni cui l'agente è preposto, attraverso un'indagine che deve tener conto dell'organizzazione amministrativa nel suo complesso e delle finalità

[108] Per quanto riguarda la responsabilità civile, invece, la sussistenza dell'elemento soggettivo è soddisfatta dalla presenza del dolo o colpa lieve.
[109] Corte dei conti, Sez. I, 4 agosto 1999, n. 246; Corte dei conti., Sez. III, 14 luglio 1999, n. 162.
[110] Corte dei conti, Sez. III, 21 dicembre 1999, n. 315.

da perseguire, alla luce di parametri di riferimento da porsi come limite negativo di tollerabilità, dovendosi ritenere realizzata un'ipotesi di colpa grave ove la condotta posta in essere se ne discosti notevolmente[111]»[112].

2. L'elemento oggettivo del danno è costituito dal lucro cessante e danno emergente. Il danno deve essere certo, effettivo ed attuale.

Per molto tempo, parallelamente a quanto accadeva in ambito civile, si è ritenuto che il danno risarcibile fosse quello patrimoniale e che i danni di natura non patrimoniale non fossero risarcibili nei limiti dell'art. 2059 c.c.[113]. Tuttavia, negli anni dottrina e giurisprudenza hanno posto l'attenzione sul problema del danno all'immagine e al prestigio causato all'Amministrazione dalle condotte illecite poste in essere da soggetti legatati da particolari vincoli con la stessa[114]. La stessa Corte dei conti ha affermato che «La lesione dell'immagine è un effetto diretto ed immediato dell'accertamento dell'abuso della pubblica funzione, che causa secondo comune esperienza, un

[111] Corte dei conti, Sez. III, 19 maggio 1997, n. 154; Corte dei conti, Sez. III, 10 novembre 2004, n. 601.
[112] Corte dei conti, Sez. III, 28 gennaio 2005, n. 56, G. Astegiano, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 12.
[113] Art. 2059 c.c. – Danni non patrimoniali- Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (89² c.p.c.; 185², 187 189 c.p.).
[114] In particolare è stato riconosciuto che le condotte illecite poste in essere dai pubblici dipendenti che pretendano od ottengano somme di denaro (non dovute) violano in modo diretto ed immediato l'art.97 della Costituzione che sancisce il dovere di imparzialità ed il principio di buon andamento dell'Amministrazione provocando, quale conseguenza immediata e diretta, la lesione dell'immagine e, più in generale, dello stesso Stato.

deterioramento del rapporto di fiducia tra la cittadinanza e l'istituzione pubblica, la quale viene percepita come entità non affidabile, talvolta finanche nemica, finita nelle mani di soggetti dediti a perseguire soltanto illeciti interessi particolari […]»[115].

le Sezioni Riunite della Corte dei conti hanno ritenuto trattarsi «di un danno-evento consistente in un pregiudizio a-reddituale, valutabile economicamente, ancorato sulla violazione dell'art. 2043 cod. civ., trattandosi di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi degli articoli 2 e 97 della Costituzione (Corte dei conti, Sez. Riun., 23 aprile 2003, n. 10/03/QM). La violazione di questo diritto all'immagine, intesa come diritto al conseguimento, al mantenimento ed al riconoscimento della propria identità come persona giuridica pubblica è economicamente valutabile»[116].

Oltre il tradizionale danno erariale, di carattere patrimoniale, conseguente all'appropriazione di un bene o valore appartenente all'erario, oppure derivante dalla lesione dell'immagine, vi sono altre tipologie, in particolare il "danno da disservizio", il quale deriva dallo sviamento delle finalità istituzionali dell'ente, ha natura patrimoniale e consegue alla condotta illecite del funzionario pubblico che determini

[115] Corte dei conti, II, 26 gennaio 2004, n. 27/A, G. Astegiano, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 13.
[116] Corte dei conti, Sez. Riun., 23 aprile 2003, n. 10/03/QM, G. Astegiano, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 14.

una significativa alterazione del rapporto sinallgmatico tra la prestazione dell'attività lavorativa e la retribuzione percepita[117].

3. Il nesso di causalità: ossia il rapporto che intercorre tra la condotta dell'agente e l'evento dannoso. Per verificare la sussistenza del nesso di causalità è necessario far riferimento ai criteri elaborati in ambito penale:il criterio della causa efficiente insieme con quello della causalità adeguata.

Segue: il problema della giurisdizione; gli orientamenti della Corte di Cassazione.

Dopo aver analizzato gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa dei pubblici impiegati ed aver a grandi linee delineato i caratteri essenziali della giurisdizione della Corte dei conti, è necessario ora ritornare ad un particolare aspetto che interessa, ossia il regime di responsabilità per gli amministratori delle società *in house*.

A partire dal 2003, la giurisprudenza ha affermato l'irrilevanza della natura pubblica o privata del soggetto giuridico e la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale quando «si configura un rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ravvisabile ogni qualvolta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata

[117] Corte dei conti, Sez. Veneto 6 maggio 2003, n. 258; Corte dei conti, sez. Lombardia, 2004, n.722, Astegiano, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 14 e 15.

dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo»[118]. Nella sentenza n. 3899/2004, infatti, la Cassazione afferma la sostanziale equiparazione tra società ed ente proprietario e, in virtù della natura delle funzioni svolte e delle risorse finanziarie utilizzate, ha affermato la giurisdizione contabile, senza dal rilievo alla natura privatistica del gestore e dello strumento contrattuale (che regola il rapporto). Da quanto affermato dalla Cassazione si evince, pertanto, un approccio di tipo sostanzialistico, ossia finalizzato a tener conto del criterio oggettivo, costituito dalla natura pubblica delle funzioni svolte e risorse impiegate.

Il decreto legge n. 248 del 2007, (quasi in recepimento dell'orientamento giurisprudenziale formatosi), all'art. 16 stabiliva che «per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario […]»[119].

[118] Cass. SS. UU., 26 febbraio 2004, n. 3899, M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità amministratori*, cit., p. 3.
[119] M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità amministratori*, cit., p. 3.

In altri termini, attribuendo in uno specifico caso di responsabilità degli amministratori e pubblici dipendenti di una società a partecipazione pubblica la giurisdizione al giudice ordinario, prevedendola perciò come eccezione, la nuova normativa confermava l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza che attribuisce la competenza alla Corte dei conti.

La Cassazione, successivamente, è intervenuta, a Sezioni Unite[120], esprimendo un nuovo orientamento in merito al tema del riparto di giurisdizione, con riferimento a tutte le società a partecipazione pubblica. La Suprema Corte ha enunciato un criterio soggettivo imprescindibile per la determinazione del giudice competente alla cognizione della controversia, affermando la necessità di accertare «se il danno cagionato dall'azione illegittima degli amministratori o dei dipendenti di una società a partecipazione pubblica investa direttamente l'ente pubblico, oppure, per contro, sia inferto solo al patrimonio della società dallo stesso partecipata»[121]. In virtù di tale distinzione, nel primo caso, che si configura come danno all'immagine, si legittima l'azione del procuratore contabile (con conseguente giurisdizione della Corte dei conti); nel secondo caso,

[120] Corte di Cass., SS. UU., 2009, n. 519.
[121] Confederazione dei servizi locali pubblici, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, 4 febbraio 2014, http://download.confservizi.net/apri_documento.aspx?I0=3c725c39-9db6-45a7-9087-b3c5e2ec4107, p. 1.

invece, partendo dall'autonoma personalità giuridica della società, ha negato non solo la sussistenza di un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico (controllante e che partecipa la società); ma anche la qualificazione del danno come erariale. La corte di Cassazione, recuperando il criterio soggettivo, ha affermato che «le società partecipate di un ente pubblico non perdono la loro natura di enti privati per il fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o altro ente pubblico»[122].

Dal nuovo orientamento della Suprema Corte è evidente l'importanza che viene data ai diversi soggetti coinvolti, poiché si distingue da un lato l'ente pubblico, dall'altro la società partecipata, ciascuno con il proprio patrimonio. Conseguentemente, se il danno viene provocato alla società partecipata, la responsabilità degli amministratori deve essere fatta vale in sede civile; al contrario, se il danno è arrecato all'ente partecipante (socio ente pubblico), ha giurisdizione la Corte dei conti, configurandosi come danno all'immagine.

Sulla base della pronuncia della Corte di Cassazione n. 26806 del 2009, è possibile individuare un doppio binario di responsabilità (civile e contabile), quindi due diverse azioni, che presentano caratteristiche e presupposti diversi; l'azione civile, a differenza di

[122] M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità amministratori*, cit., p. 4.

quella contabile, ha carattere solidale, è trasmissibile agi eredi e non contempla il potere di riduzione dell'addebito, tipico della giurisdizione contabile. Il codice civile non contiene norme in materia di società a partecipazione pubblica (ad eccezione dell'art. 2449[123] c.c.), conseguentemente, in ambito civilistico vengono in rilievo le norme dettate per le s.p.a.

Nonostante la pronuncia della Cassazione, alcune Sezioni hanno comunque classificato le società partecipate alla stregua di un organo indiretto dell'amministrazione, con la conseguente qualificazione del danno prodotto dagli amministratori al patrimonio delle stesse quale danno erariale da giudicare in sede contabile[124]. Altre, invece, (in linea con quanto affermato dalla Cassazione) hanno dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, basandosi sulla natura privata del soggetto (società) danneggiato dall'atto di *mala gestio*[125].

Nel quadro appena compiuto, è intervenuta un'ulteriore pronunzia della Corte di Cassazione[126], la quale ha osservato che «le

[123] Art. 2449 c.c. – Società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici – (1) Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. (2) Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. (3) Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

[124] Sezione Giurisdizionale per le Marche, Sent. n. 248/2011; Sede giurisdizionale Lazio, Sent. n. 327/2011 e 603/2012; Sezione d'appello, Sent. n. 406/2001, Confederazione dei servizi locali pubblici, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 2.

[125] Sezione giurisdizionale per la Calabria, Sent. n. 184/2012; Sezione giurisdizionale per la Lombardia, Sent. n. 194/ 2012; Sezione III d'appello della Corte, Sent. n. 573/2012, Confederazione dei servizi locali pubblici, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 2.

[126] Cassazione, 2013, sent. n. 26283.

società *in house* hanno della società solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico. L'analogia tra le due situazioni non giustificherebbe una conclusione diversa nei due casi, né quindi un diverso trattamento in punto di responsabilità e di relativa giurisdizione»[127].

La peculiarità della pronuncia consiste in questo: pur affermando la permanenza della separazione patrimoniale tra capitale del socio (pubblico) e capitale della società, carattere tipico del regime

[127] A. Vetro, *Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo al quelle c.d.* in house, http://www.respamm.it/dot-49-1-giurisdizione-corte-conti-su-amministratori-e-dipendenti-societa-partecipate-in-house/, p.1.

societario, la riconducibilità del patrimonio della società in house al socio pubblico configura il danno erariale e fa scattare, conseguentemente, la giurisdizione della Corte dei Conti[128].

La Corte di Cassazione, nella medesima sentenza, ha anche affermato che «la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità».

Dal quadro delineato emerge un sistema che non presenta alcun coordinamento tra i rimedi giurisdizionali civilistici e quelli di natura amministrativa, nonostante per la cura di interessi pubblici si faccia ricorso a strumenti di propri del diritto privato.

3. La questione relativa alla fallibilità delle società *in house*

Il tema delle società in mano pubblica, ed in particolare delle società partecipate dagli enti locali, ha impegnato sia la dottrina che la giurisprudenza.

L'art. 1 della legge fallimentare, prevede che «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici».

[128] C. Volpe, *L'affidamento* in house *di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/otmw/~edisp/nsiga_3787677.pdf, p.19.

Ciò significa che l'ordinamento prevede espressamente l'esenzione dal fallimento degli enti pubblici; tuttavia, diversi da questi ultimi sono le società in mano pubblica, ossia quelle società in cui l'ente pubblico detiene la maggioranza o la totalità delle azioni. L'opinione della giurisprudenza si è divisa tra coloro che sostenevano la fallibilità delle società a partecipazione pubblica e quelli che la escludevano. In favore dell'esclusione, si argomentava che le società partecipate sono organizzate ed operano come enti pubblici, pertanto si rende necessaria l'applicazione dello stesso regime previsto per gli enti pubblici.

A questo proposito, la Cassazione[129], nel silenzio della legislazione, afferma un principio cardine, secondo cui: «La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne possegga in tutto o in parte le azioni. Pertanto, se la società partecipata dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto societario, essa non può che essere ritenuta un soggetto di natura privata».

In altri termini, la considerazione per cui la società a partecipazione pubblica sia comunque soggetto di diritto privato, porta

[129] Cassazione, 10 gennaio 1979, n. 158.

ad affermare la sua assoggettabilità alla disciplina fallimentare, a norma dell'art. 1 della legge fallimentare.

A seguito della pronuncia della Corte, molte corti di merito[130] hanno affermato la fallibilità delle società in mano pubblica; tali pronunce, oltre a fondarsi e richiamare espressamente il principio enunciato dalla Cassazione, sono ispirate anche «da ragioni volte a tutelare il ceto creditorio di tali società - in quanto, hanno affermato che- sarebbe stato ingiusto che i creditori di una società in mano pubblica non avessero mezzi di tutela a fronte dell'assoluto stato di insolvenza della loro debitrice. I creditori di tali società, infatti, ove la società in mano pubblica loro debitrice avesse goduto della medesima esenzione dal fallimento che caratterizzava l'Ente pubblico partecipante, avrebbero potuto solo avvalersi dei mezzi di tutela consistenti nell'esperimento di azioni esecutive individuali»[131].

Tuttavia non sono mancate corti[132] che si sono pronunciate contro la fallibilità delle società in mano pubblica. Alcuni tribunali[133], in particolare, hanno escluso l'assoggettabilità al fallimento delle

[130] Tribunale di Velletri, Sentenza 8 marzo 2010; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sent. 24 maggio 2011; Tribunale di Napoli, Sent. 31 ottobre 2010; Tribunale Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, S. Scicchitano, *Intervento al convegno "Il fallimento delle società pubbliche"*, http://www.studioscicchitano.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/07/20140610_Intervento_Convegno_Fallimento_Societ%C3%A0_Pubblich e.pdf, p. 2.

[131] S. Scicchitano, *Intervento al convegno*, cit., p.2.

[132] Il Tribunale di Palermo, con decreto dell'8 gennaio 2013 ha rigettato un'istanza di fallimento presentata contro una società per azioni partecipata dal Comune, sostenendo che non può fallire.

[133] Il Tribunale di Patti, Sent. 6 marzo 2009, ha dichiarato esente dal fallimento una società per azioni esercente il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani, partecipata esclusivamente da enti pubblici; Il tribunale di Catania, Sent. 26 marzo 2010, ha escluso la fallibilità di una società per azioni esercente la medesima attività descritta nella precedente sentenza (richiamata).

società in mano pubblica che non solo erano partecipate da un ente pubblico, ma svolgevano anche servizi pubblici essenziali, destinati al soddisfacimento dei bisogni collettivi. Pertanto, ciò che porta a ritenere queste società esenti dal fallimento è la natura dell'attività che svolge, «non potendosi qualificare la società come impresa commerciale»[134].

Alla luce di queste pronunce di merito, si inserisce, sul punto, l'intervento della Cassazione[135], la quale, affermando e confermando l'assoggettabilità al fallimento delle società in mano pubblica anche nel caso in cui esse svolgano un servizio pubblico di interesse collettivo, dice anche che «l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile. Ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto»[136]. Nel caso in cui si aderisca a questa opinione, allora, secondo la Corte, «si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia

[134] S. Scicchitano, *Intervento al convegno*, cit., p. 3.
[135] Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209/2013.
[136] Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209/2013, S. Scicchitano, *Intervento al convegno*, cit., p. 3.

affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento»[137].

In conclusione, pertanto, è possibile ritenere pacifico che le società per azioni in mano pubblica sono soggette al fallimento.

È opportuno, a questo punto, domandarsi se anche le società *in house* sono sottoposte allo stesso regime. Nelle società *in house* vi è «una sorta di amministrazione "indiretta" nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore di questo»[138].

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 26283/2013, pur concentrandosi sul tema principale della giurisdizione, hanno affermato «l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall'articolo 1, comma 1, della legge fallimentare, deve essere applicata anche alle società cd. *in house providing*, le quali sono quelle società, che presentino, sulla base dell'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, congiuntamente i seguenti tre requisiti: 1) natura esclusivamente pubblica dei soci; 2) lo

[137] Cassazione, 27 settembre 2013, n. 22209/2013, S. Scicchitano, *Intervento al convegno*, cit., p. 4.
[138] TAR Campania, Sez. I, 30/3/2005 n. 2784, S. Scicchitano, *Intervento al convegno*, cit., p. 4.

svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; 3) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici». Il giudice di legittimità ritiene che, «ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto: una società c.d. *in house*[139] non si colloca come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come una propria articolazione interna: è come se fosse un ufficio, un servizio amministrativo dell'ente partecipante»[140].

Il principio affermato dalla Cassazione è stato ripreso e confermato dalle corti di merito, in particolare, il Tribunale di Napoli, con la sent. n. 547 del 2014, ha affermato che le società *in house providing* non possono essere dichiarate fallite perché prive del requisito soggettivo indicato dall'art. 1 della legge fallimentare[141].

Lo stesso Tribunale di Napoli, con sent. n. 1097 del 2014, ha evidenziato che nelle società in house gli organi della società risultano preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna

[139] L'uso del termine società, secondo le Sezioni Unite, serve solo ad indicare il paradigma organizzativo, che deve essere ricavato dalle disposizioni dettate in materia societaria. Tuttavia la società in house non è una persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale. Per tanto in questa fattispecie non è configurabile un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società che ad esso fa capo, conseguentemente la distinzione tra i patrimoni (ente e società) si pone in termini di separazione patrimoniale, ma non distinta titolarità (Cass., 10 marzo 2014, n. 5491).

[140] Cassazione, SS. UU., Sent. 25 novembre 2013, n. 26283, U. Izzo, *Fuori dall'ipotesi di fallimento le società* in house *totalmente partecipate*, http://www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/art/servizi-pubblici/2014-12-02/le-societa-house-possono-fallire-123139.php?uuid=ABKGx5O, p. 1.

[141] Tribunale di Napoli, Sez. VII Fallimentare, 2014, U. Izzo, *Fuori dall'ipotesi di fallimento*, cit. p. 1.

alla pubblica amministrazione e ad essa legati da un vero e proprio rapporto di servizio. In qualità di articolazione di enti pubblici, a tali società deve essere estesa la previsione di esenzione dal fallimento, ex art.1 legge fallimentare[142].

[142] S. Scicchitano, *Intervento al convegno*, cit., p. 5.

CAPITOLO IV

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ PROMOSSA DAL CURATORE FALLIMENTARE: GLI ASPETTI PROCESSUALI

1. La legittimazione ad agire del curatore: analisi degli artt. 146 l. f. e 2394 *bis* c.c. 2. L'azione di responsabilità esperita nei confronti dei soggetti non individuati dall'art. 146 l. f.: l'amministratore di fatto. Segue: il curatore fallimentare e il danno dei creditori per abusiva concessione del credito. 3. I presupposti per l'esercizio dell'azione: il parere del comitato dei creditori e del giudice delegato. 4. La tutela cautelare. 5. La legittimazione passiva e il litisconsorzio.

1. La legittimazione ad agire del curatore: analisi degli artt. 146 l. f. e 2394 *bis* c.c.

Dopo aver analizzato la disciplina codicistica e le problematiche che riguardano la responsabilità degli amministratori, sia nei confronti della società, che dei creditori, si analizzerà nel dettaglio l'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare, mettendo in evidenza gli aspetti processuali e le problematiche interpretative ad essa collegate.

Il punto di partenza di questa analisi è rappresentato dall'art. 146 l. f., che apre il capo della legge fallimentare dedicato al fallimento delle società, e dispone che «(1) gli amministratori e i

liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito. (2) Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;

b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile».

La prima parte del primo comma dell'articolo in esame è rimasta invariata rispetto alla previgente disposizione[143] e prevede il c.d. criterio di imputabilità agli amministratori e liquidatori della società fallita degli obblighi previsti dall'art. 49[144] per l'imprenditore

[143] Articolo così modificato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed in vigore dal 16 luglio 2006. Il testo in vigore fino al 15 luglio 2006 prevedeva: «Art. 146. Amministratori, direttori generali, sindaci liquidatori. 1. Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'art. 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito. 2. L'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori, a norma degli artt. 2393 e 2394 del codice civile, è esercitata dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori. 3. Il giudice delegato, nell'autorizzare il curatore a proporre l'azione di responsabilità, può disporre le opportune misure cautelari».

[144] Art. 49 – Obblighi del fallito. – 1. L'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o di enti soggetti alla procedura del fallimento sono tenuti a comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio. 2. Se occorrono informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura, i soggetti di cui al primo comma devono presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori. 3. In caso di legittimo impedimento o di altro giustificato motivo, il giudice può autorizzare l'imprenditore o il legale rappresentante della società o enti soggetti alla procedura di fallimento a comparire per mezzo di mandatario.

dichiarato fallito[145], per cui questi possono compiere tutte le operazioni compatibili con lo spossessamento fallimentare[146].

La seconda parte del primo comma prevede che gli amministratori o liquidatori delle società siano sentiti in tutti i casi in cui sia richiesta l'audizione dell'imprenditore fallito. A questo proposito, la giurisprudenza di merito ha affermato che «nel caso di fallimento di una società, debbono essere sentiti in camera di consiglio, a pena di nullità della sentenza dichiarativa, gli amministratori e che l'avviso debba essere notificato all'amministratore in carica all'epoca in cui la convocazione stessa viene effettuata, restando irrilevanti successive modifiche soggettive dell'organo amministrativo»[147].

Il secondo comma dell'art. 146 l. f. legittima il curatore fallimentare all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e degli altri organi sociali. Tuttavia, tale norma, non è l'unica a riconoscere espressamente la legittimazione del curatore; infatti, con la riforma societaria del 2003, è stato inserito nel codice civile l'art. 2394 *bis*, alla cui stregua «in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le

[145] A. Jiorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto falimentare*, Commentario, Torino, 2007, p. 2138.
[146] Cass., 7 maggio 1999, n. 4584, D. Di Maio, *Legge fallimentare esplicata- La normativa spiegata articolo per articolo*, Napoli, 2014, p. 219.
[147] Trib. Torino, 12 dicembre 1990; Trib. Roma, 11 novembre 1981; A. Jorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto*, cit. p. 2140.

azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario». L'art. 2394 *bis* c.c. ha fatto da contraltare all'espulsione del comma terzo dell'art. 2394 c.c., il quale contemplava la legittimazione del curatore o del commissario liquidatore rispetto all'azione dei creditori sociali in caso di fallimento o liquidazione coatta amministrativa[148].

Alcuni autori ritengono che proprio la collocazione nel codice civile di una regola di legittimazione generale per le azioni di responsabilità esperita dagli organi delle procedure concorsuali confermi l'opinione (prevalente), secondo cui l'azione del curatore non deriva dal fallimento, non è cioè un'azione di «massa», autonoma e distinta rispetto alle fattispecie disciplinate dagli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., ma lo stesso curatore subentra semplicemente nella titolarità esclusiva delle azioni, che prima dell'apertura della procedura appartenevano alla società o ai creditori[149].

Coerentemente con questa impostazione, per effetto della procedura concorsuale e della legittimazione esclusiva del curatore, le azioni previste dal codice civile confluiscono in un'unica azione che ne cumula i presupposti e gli scopi; anche se, a questo proposito, non manca chi sostiene l'esistenza di una vera e propria duplicità di azioni.

[148] Zamperetti, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 827.
[149] A. Jorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto*, cit. p. 2143.

Coloro, invece, che ritengono che l'azione *ex* art. 2394 *bis* c.c. possa essere qualificata come azione della massa, assumono come punto di riferimento del loro orientamento, quanto affermato dalla Suprema Corte nel 2006, ossia che «in caso di apertura del fallimento, non vige il principio per il quale il curatore diviene titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori. La funzione del curatore viene individuata nella conservazione della garanzia patrimoniale attraverso l'esercizio delle c.d. azioni della massa che sono azioni dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostruzione del patrimonio predetto, come avviene attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie. L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva»[150].

Secondo il parere di coloro che sostengono questa tesi, «ove si apra una procedura concorsuale, il pregiudizio subito dal singolo creditore ad opera degli amministratori non potrà essere proprio e specifico di quel creditore, ma necessariamente esso sarà il riflesso di un danno subito dalla società e, inoltre, al pregiudizio del singolo creditore, si affiancheranno gli uguali pregiudizi subiti a tutti gli altri creditori. È quindi coerente che nell'ambito di una procedura

[150] S. Cassani, *Le società*, 2011, p. 766.

concorsuale, la relativa azione debba qualificarsi come azione di massa, essendo il "ceto" ad essere pregiudicato»[151].

2. L'azione di responsabilità esperita nei confronti di soggetti non indicati nell'art. 146 l. f.: l'amministratore di fatto

L'art. 146 l. f. non prende in considerazione l'ipotesi di responsabilità degli amministratori di fatto. Quest'ultima espressione, nella realtà, può indicare tre diverse fattispecie, ossia può essere considerato amministratore di fatto:

a) il soggetto designato amministratore attraverso una nomina affetta da vizi o da irregolarità;
b) il soggetto regolarmente incardinato nella funzione amministrativa, la cui nomina, però, sia divenuta irregolare per fatti sopravvenuti;
c) il soggetto che gestisce di fatto la società, senza rivestire alcuna carica sociale sul piano formale[152].

Per meglio comprendere la soluzione alla quale sono pervenute dottrina e giurisprudenza, è necessario ripercorrere le tappe principali che hanno influenzato *l'iter* del dibattito sul tema della responsabilità degli amministratori di fatto.

[151] S. Cassani, *Le società*, cit., p. 767.
[152] N. Abriani, *Gli amministratori di fatto di società di capitali*, Milano, 1998.

Fino al 1999, dottrina e giurisprudenza sono state in disaccordo sul problema del riconoscimento della responsabilità degli amministrato di fatto. In particolare, la Cassazione, da un lato, aveva escluso la possibilità di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto, nei confronti dei quali poteva utilizzarsi il rimedio generale (ed extracontrattuale) previsto all'art. 2043 c.c.; dall'altro, invece, sul presupposto della natura contrattuale dell'azione *ex* art. 2392 e 2393 c.c., aveva ammesso l'estensione della responsabilità degli amministratori nominati irregolarmente.

La *ratio* che giustificherebbe la "resistenza" della giurisprudenza civile sulla estensibilità della figura dell'amministratore di fatto in assenza di investitura seppur irregolare, può ricercarsi nella mancanza all'epoca di «alcuna individuazione degli elementi concreti minimi in base ai quali è ascrivibile ad un soggetto la qualifica di amministratore di fatto demandando, pertanto, al Giudicante la individuazione dei presupposti oggettivi e soggettivi ai fini della ricorrenza della responsabilità civile e non solo, del soggetto chiamato a rispondere personalmente per i fatti gestori ascrittigli»[153].

A questa tesi è stato obiettato, a mio parere giustamente, che «la responsabilità in generale, dell'amministratore non si fonda sul

[153] / *Brevi riflessioni- Sui requisiti oggettivi minimi per la configurazione dell'amministratore di fatto*, http://istitutocuratorifallimentari.it/imagebank. PONTO%20I pdf, p. 1.

presupposto della nomina, quanto sul fatto che sia stata posta in essere una gestione illecita ed irregolare, posto che l'amministratore di fatto gestisce la società con il tacito consenso dell'assemblea ed ingenera nei terzi il pieno affidamento di trattare con chi possa validamente impegnare la società, ovvero determina scelte gestionali del tutto simili, nel contenuto, a quelle attribuibili agli amministratori nominati nelle forme di legge»[154].

Coerentemente con questo orientamento, i sostenitori di esso hanno affermato che «la stessa possibilità di estendere l'azione di responsabilità anche agli amministratori di fatto impedisce che l'esercizio illegittimo dei poteri amministrativi costituisca causa di esenzione da responsabilità ovvero che la mancanza e la illegittimità della stessa nomina possa essere astutamente programmata o predisposta al fine di escludere l'applicabilità delle norme in tema di responsabilità degli amministratori»[155].

Nel 1999, interviene la Corte di Cassazione, con sentenza n. 1925, affermando il principio secondo il quale «ai fini della responsabilità del cosiddetto "amministratore di fatto" si deve avere riguardo alle funzioni concretamente esercitate dal soggetto che si intende chiamare a rispondere per la violazione degli obblighi inerenti

[154] Quatraro e Picone, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano, 1998, p. 474.
[155] F. Bonelli, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giurisprudenza commerciale, 2003, p. 399.

alla conservazione ed alla gestione del patrimonio sociale, risultando del tutto irrilevante le fonti di investitura benché formalmente invalide od inefficaci»[156].

All'indomani della pronuncia della corte, viene sollevato un problema già evidenziato dalla giurisprudenza contraria all'estensione della responsabilità, ossia l'individuazione sia del fondamento giuridico dell'estensione, sia dei criteri oggettivi per la definizione dell'amministratore di fatto. La dottrina è giunta alla seguente definizione di amministratore di fatto: «soggetto privo della veste formale di amministratore per la mancanza di nomina assembleare, che in fatto si ingerisce nella direzione dell'impresa sociale: impartisce istruzioni agli amministratori ufficiali, ne condiziona le scelte operative, tratta direttamente con i terzi»[157].

Con una ulteriore e successiva sentenza (del 14.09.1999 n. 9795), la Corte Suprema ha confermato l'estensione agli amministratori di fatto delle responsabilità addebitabili agli amministratori di diritto ed ha anche individuato una serie di elementi oggettivi che permettono di determinare quando si è in presenza di un amministratore di fatto: «la figura del c.d. amministratore di fatto presuppone che le funzioni gestorie svolte in via di fatto abbiano

[156] *Brevi riflessioni*, cit., p. 1.
[157] G. Campobasso, *Diritto commerciale 2*, Torino, 1992; G. Cottino, *Le società - Diritto Commerciale*, Padova, 1999, p. 411; *Brevi riflessioni*, cit., p. 2.

carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea ed occasionale»[158].

In altri termini, l'ingerenza nell'attività gestoria del presunto amministratore di fatto deve quindi palesarsi " massiccia" e caratterizzata non solo da continuità ma da coordinamento di azioni svolte per la società e rivolte sia al lato interno che esterno non risolvendosi, quindi, in un'attività " gestionale marginale"[159].

Sulla base della pronuncia della Corte Suprema, la Dottrina ha posto la sua attenzione sulle categorie di atti che, «in considerazione della natura, dello scopo e dell'incidenza, possono essere rilevanti per l'attività di impresa, ai fini della qualificazione dell'effettivo svolgimento di un ruolo gestorio in termini di "vero e proprio rapporto amministrativo di fatto" e segnatamente:

a) nell'ottica qualitativa**:** conduzione dell'azienda sotto il profilo tecnico, organizzativo, amministrativo , finanziario e contabile ;la partecipazioni ad operazioni di grande rilievo patrimoniale; la formulazione di programmi e la selezione delle scelte per l'attuazione dell'oggetto sociale ; i rapporti privilegiati con i referenti qualificati dell'impresa; l'effettuazione di spese e/o apporti al capitale in prima

[158] Nella fattispecie la S.C. ha confermato la decisione dei Giudici di merito che avevano ritenuto la disciplina della responsabilità degli amministratori della società di capitali a carico di un soggetto il quale, pur privo di qualsiasi qualificazione formale, si era ingerito in modo sistematico nella gestione sociale, desumendo tale circostanza dai "numerosissimi" bigliettini rinvenuti presso la sede sociale in cui costui si era qualificato come direttore generale della società , e dal fatto che lo stesso "firmava per la società".
[159] *Brevi riflessioni*, cit., p. 5.

persona; la direzione esclusiva dell'azienda con autonomia decisionale con potere di dettare istruzioni agli amministratori di diritto;

b) nell'ottica quantitativa**:** continuità nell'esercizio delle facoltà gestionali; consistenza dell'ingerenza nella conduzione dell'attività ; quotidianità della presenza presso la sede sociale; diffusività dell'intervento ad ogni livello decisionale; sistematicità delle intromissioni in ambito operativo e programmatico»[160].

Una volta affermata l'estensione della responsabilità anche alla figura dell'amministratore di fatto, è possibile affermare che è equiparato alla figura dell'amministratore di diritto sia dal punto di vista degli obblighi, sia dal punto di vista della conseguente responsabilità civile e penale; tuttavia, l'amministratore di fatto è «privo di poteri di rappresentanza della società nella procedura fallimentare, e non può vantare i diritti che competono al fallito, compreso quello alla consultazione del fascicolo fallimentare, potendo prendere visione solo degli atti destinati alla pubblicazione o ad essere conoscibili ai terzi»[161].

[160] N. Abriani, *Gli amministratori di fatto*, cit., p. 183.
[161] Cass., 23 aprile 2003, n. 6478, Rep. Foro it., 2003, voce «Fallimento», n. 585, in A. Jorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto*, cit. p. 2150.

Segue: il curatore fallimentare e il danno dei creditori per abusiva concessione del credito

Il tema della c.d. concessione abusiva del credito pone un interrogativo importante, ossia se il curatore fallimentare, *ex* art. 146 l. f., sia legittimato a far valere la responsabilità nei confronti del finanziatore, il quale, in concorso con l'amministratore, abbia cagionato un danno al patrimonio sociale, oltre che ai creditori sociali.

«La concessione dei fidi irregolari, erogato cioè direttamente (con esplicita delibera) o in via indiretta (con l'ingiustificata tolleranza dello sconfinamento da parte de sovvenuto) a favore di soggetti incapaci di assicurare una normale restituzione delle somme a causa della insufficienza delle loro condizioni patrimoniali o perché insolventi o potenzialmente insolventi, configura concessione abusiva del credito da parte della banca erogatrice»[162].

Pertanto, nel momento in cui la banca, pur conoscendo lo stato di insolvenza della società[163], continua a sovvenzionarla, commette un illecito aquiliano per abusiva concessione del credito. Tale illecito risulta potenzialmente idoneo non solo a ledere coloro i quali, facendo affidamento sull'apparente solvibilità della società, hanno continuato ad intrattenere rapporti commerciali con essa; ma inoltre viene offerta

[162] Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, *Diritto banca mercato finanziario*, 1993, p. 399.
[163] La banca, infatti, possiede tutti i mezzi per conoscere lo "stato di salute" della società perché ha la possibilità di informazione della situazione patrimoniale dei propri debitori, che è sicuramente superiore rispetto ad un comune creditore.

agli operatori del mercato una visione distorta di esso, in quanto l'impresa viene rappresentata in uno "stato di salute" che nella realtà non esiste.

In questo modo, la responsabilità «dell'*argentarius* viene individuata:

a) nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto "banca" a causa del proprio status;
b) nella violazione dei principi di correttezza che, disciplinano l'adempimento dell'obbligazione, e del precetto costituzionale di solidarietà, *ex* art. 2 Cost.[164]»[165].

Le Sezioni Unite si sono pronunciate nel 2006, con la sent. n.7030, sulla questione, escludendo la legittimazione del curatore a proporre l'azione di responsabilità nei confronti del finanziatore per il danno arrecato alla società, conseguente all'abusiva concessione del credito. La motivazione principale, che ha spinto le Sezioni Unite a giungere a tale conclusione, ruota intorno alla funzione dell'azione di responsabilità *ex* art. 146 l. f. esercitata dal curatore; in particolare, la Corte ha ritenuto che nel sistema della legge fallimentare, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è

[164] «Nell'ordinamento giuridico vigente, pur non esistendo a carico di ciascun consociato un generale dovere di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono molteplici situazioni dalle quali possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione la cui inosservanza integra la nozione di omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile». (Cass., 31 marzo 2010, n. 7956, *Mass. Giust. Civ.,* 2010, p. 477).

[165] A. Marcinkiewicz, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione del credito*, Il Fallimento, 2011, p. 308.

limitata alle azioni c.d. di massa, finalizzate, cioè, alla ricostruzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esisto positivo. L'azione risarcitoria in questione, invece, (analogamente a quella prevista all'art. 2395 c.c.), costituisce uno strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore perché il danno derivante dalla concessione abusiva del credito deve essere valutato caso per caso ed anche perché la posizione dei creditori è differente a seconda che il loro credito sia sorto prima o dopo tale attività illegittima[166].

Una parte della dottrina, in riferimento alle motivazioni relative alla conclusione delle Sezioni Unite, ha replicato che «per stabilire se un'azione nei confronti dei terzi possa aversi per azione di massa, non rileva il fatto che di suoi risultati si avvantaggino singoli creditori piuttosto che l'intero ceto creditorio»[167]. Tra l'altro, poiché il pregiudizio subito dai terzi consiste nella diminuita capienza del patrimonio del debitore, ciò che conta è solo che ciascun creditore possa lamentarsi dell'unico fatto generatore del danno, sia che il debitore abbia assunto nuovi debiti sia che questi siano stati contratti a

[166] A. Marcinkiewicz, *Curatore fallimentare e danno dei creditori*, cit., p. 310.
[167] L. A. Russo, *La legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione del credito*, Dir. Fall., 2006, p. 615.

causa dell'illegittima sovvenzione[168]. L'ostacolo che comunque non può essere ancora superato al fine di affermare la legittimazione del curatore è l'inesistenza di un potere di rappresentanza di tutti i creditori; un potere che sia indistinto e generalizzato e che pertanto consenta al curatore di promuovere l'azione di responsabilità (aquiliana) nei confronti della banca finanziatrice.

Importante è la sentenza n. 13413 del 2010 della Cassazione, perché capovolge l'orientamento delle Sezioni Unite, ammettendo la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione di responsabilità per abusiva concessione del credito, ai sensi dell'art. 146 l. f.

La Corte ammette la legittimazione del curatore all'esercizio della'azione «nei confronti di un terzo per fatti anteriori e colposamente causativi dello stato di insolvenza e della conseguente dichiarazione di fallimento, sul presupposto che il credito risarcitorio è sorto prima della dichiarazione di fallimento ed è entrato nelle sue componenti oggettive a far parte della massa fallimentare, onde non rientra tra i diritti di natura strettamente personale esclusi dall'esecuzione concorsuale ai sensi dell'art. 146 n. 1 legge fallimentare»[169].

Tuttavia, se l'abuso si è perfezionato con un contratto, al quale la società prende parte, stipulato dall'organo deputato a manifestare la

[168] A. Marcinkiewicz, *Curatore fallimentare e danno dei creditori*, cit., p. 311.
[169] Cass., 1 giugno 2010, n. 1341, *Il Fallimento*, 2011, p. 312.

volontà della stessa (amministratore), che diritto di credito può vantare la società? La Corte, nella sentenza, per ovviare a questo problema ha ipotizzato che la responsabilità degli amministratori potesse derivare dalla *mala gestio* degli stessi, in quanto l'amministratore della società e il direttore della filiale, nel caso specifico, sono stati condannati in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo del credito. La condanna, permette al curatore di avvalersi di tutti gli elementi dell'illecito penale per affermare la responsabilità dell'amministratore e, conseguentemente del direttore di banca.

Questa recente pronuncia, quindi, riapre il dibattito sulla possibile legittimazione attiva del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti della banca nel caso di concessione abusiva del credito.

3. I presupposti per l'esercizio dell'azione: il parere del comitato dei creditori e del giudice delegato

L'art. 146 l. f. richiede, al fine dell'esercizio dell'azione (di responsabilità) da parte del curatore, la previa autorizzazione del giudice delegato e il parere del comitato dei creditori. L'azione di responsabilità è un'azione risarcitoria e, in quanto tale, deve essere inserita dal curatore nel programma di liquidazione, secondo quanto

previsto ai sensi dell'art. 104 *ter* l. f.[170]. L'inserimento dell'azione nel programma di liquidazione presuppone una sua sufficiente prospettazione nei suoi principali elementi costitutivi (i responsabili, i fatti individuati, la somma richiesta, ecc.)[171].

Il programma di liquidazione viene, poi, approvato dal comitato dei creditori e «comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi» (u.c. art. 104 *ter* l. f.). Il parere del comitato dei creditori assume un valore importante: a tale organo, infatti, spetta la valutazione adeguata dei presupposti e delle risultanze della lite ed i suoi effetti concreti sull'attivo fallimentare.

Circa le modalità di acquisizione del parere del comitato dei creditori, è nota la prassi di acquisire lo stesso «non collegialmente, ma separatamente, con una richiesta del curatore formulata a ciascun

[170] Art. 104 *ter*- Programma di liquidazione. (1) Entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, il curatore predispone un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. Il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'articolo 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104 *bis*; b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto; c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito; d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco; e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti. (2) Il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo. (3) Il comitato dei creditori può proporre al curatore modifiche al programma presentato. (4) Per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare, con le modalità di cui ai commi primo, secondo e terzo, un supplemento del piano di liquidazione. (5) Prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori. (6) Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. (7) Il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi.

[171] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Il Foro Toscano, 2010, p. 17.

componente del comitato, con l'avvertenza che la mancata manifestazione di una espressa dichiarazione di dissenso entro un certo termine sarà intesa come parere favorevole»[172].

Dubbi interpretativi solleva l'ipotesi in cui il curatore promuova l'azione di responsabilità in assenza del parere del comitato dei creditori, pur essendoci, però, il decreto di autorizzazione del giudice delegato.

Secondo un orientamento giurisprudenziale affermatosi, «la mancanza del parere del comitato dei creditori si tradurrebbe in nullità del decreto emesso dal giudice delegato con successivo inevitabile travolgimento dell'azione processuale intrapresa dal curatore»[173].

Tuttavia, altra parte della giurisprudenza intravede nel vizio (cioè nell'assenza del parere del comitato dei creditori) «una ipotesi di mera improcedibilità dell'azione, sanabile *ex tunc* (salvo l'eventuale verificarsi di decadenze) ai sensi dell'art. 182 comma 2 c. p. c.[174]»[175].

Un ulteriore (e conseguente) problema interpretativo si pone in riferimento all'eccezione del vizio stesso: se si considera il rilievo

[172] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità*, cit., p. 17.
[173] A. Jorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto*, cit. p. 2164.
[174] Art. 182 c.p.c.- Difetto di rappresentanza o di autorizzazione. – (1) Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi. (2) Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza, o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione.
[175]App. Napoli, 23 Febbraio 1962, *Diritto Fallimentare*, 1962, p. 631; App. Bologna 12 luglio 1985, *Diritto Fallimentare*, 1986, p. 31.

assunto dal parere del comitato dei creditori (il cui vizio si traduce in nullità del decreto del giudice delegato), allora il vizio connesso al mancato parere dovrebbe non solo essere fatto valere dai soggetti passivi con il reclamo *ex* art. 26 l. f.[176], ma anche con l'eccezione di insussistenza dei presupposti dell'azione, eccepita nel giudizio di responsabilità in cui sono stati evocati[177].

Qualora, invece, si consideri il parere del comitato dei creditori di rilevanza meramente interna alla procedura fallimentare, allora la

[176] Art. 26- Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale.- (1) Salvo che [...] sia diversamente disposto, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, può essere proposto reclamo al tribunale o alla corte di appello, che provvedono in camera di consiglio. (2) Il reclamo è proposto dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori e da chiunque vi abbia interesse. (3) Il reclamo è proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento per il curatore, per il fallito, per il comitato dei creditori e per chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento; per gli altri interessati, il termine decorre dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato o dal tribunale, se quest'ultimo ha emesso il provvedimento. La comunicazione integrale del provvedimento fatta dal curatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax o posta elettronica con garanzia dell'avvenuta ricezione in base al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, equivale a notificazione. (4) Indipendentemente dalla previsione di cui al terzo comma, il reclamo non può più proporsi decorso il termine perentorio di novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria. (5) Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento. (6) Il reclamo si propone con ricorso che deve contenere: 1) l'indicazione del tribunale o della corte di appello competente, del giudice delegato e della procedura fallimentare; 2) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito; 3) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa il reclamo, con le relative conclusioni; 4) l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti. (7) Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito del ricorso. (8) Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, al curatore ed ai controinteressati entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto. (9) Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di quindici giorni. (10) Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale o la corte d'appello, e depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti. (11) L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste. (12) All'udienza il collegio, sentite le parti, assume anche d'ufficio i mezzi di prova, eventualmente delegando un suo componente. (13) Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il collegio provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato.

[177] Cass., 14 luglio 1987, n. 6121, *Gius. Civ.*, 1987, p. 2800; App. Bologna, 16 ottobre 1962, *Dir. Fall.*, 1962, p. 884.

sua mancanza potrebbe essere fatta valere solo dal curatore o dai creditori e non pure dai soggetti passivi dell'azione di responsabilità[178].

Nel contesto della nuova normativa, la Cassazione ha ritenuto che «i vizi inerenti alla procedura di preventiva audizione del comitato dei creditori non possono essere fatti valere mediante una diretta impugnativa in sede contenziosa dell'atto posto in essere dal curatore, ma sono deducibili soltanto nell'ambito della procedura fallimentare, con reclamo davanti al tribunale fallimentare[179]».

Il secondo presupposto necessario affinché il curatore possa promuovere l'azione di responsabilità, come già accennato, è l'autorizzazione del giudice delegato. Quest'ultima attiene alla capacità processuale del curatore, per cui la mancanza si risolve nel difetto di legittimazione *ad processum*[180]; in altri termini, l'autorizzazione da parte del giudice delegato costituisce una condizione di efficacia dell'attività processuale del curatore. Quanto appena affermato è ricavabile, più in generale, anche dell'art. 31 l. f, secondo cui il curatore «non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato […]».

[178] Trib. Milano, 4 luglio 1985, *Fall.,* 1985, p. 1108.
[179] Cass., 22 ottobre 2004, n. 20637, *Rep. Foro it. voce «Fallimento»*, 2004, n. 620.
[180] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità*, cit., p. 17.

L'autorizzazione del curatore a stare in giudizio ha natura di provvedimento ordinatorio vincolante, privo, in quanto tale, di carattere decisorio. Ne consegue che il suo eventuale diniego non è suscettibile di ricorso per cassazione[181].

Il curatore, a fronte del diniego di autorizzazione da parte del giudice delegato, può avvalersi del reclamo *ex* art. 26 l. f.? Questa norma utilizza un'espressione molto generica per indicare l'ambito di applicazione del reclamo, infatti nell'articolo si fa riferimento ai "decreti del giudice delegato e del Tribunale"; tuttavia, proprio la mancata indicazione tassativa degli specifici decreti ai quali può applicarsi tale rimedio, può portare a ritenere che il reclamo possa essere anche utilizzato dal curatore contro il decreto (di diniego) del giudice delegato. A sostegno di tale conclusione, può considerasi anche che il reclamo *ex* art. 26 è uno strumento di «controllo endoconcorsuale da esercitare sugli atti del Tribunale fallimentare»[182] ed in questo caso si tratterebbe proprio di un controllo (del Tribunale) da operare su un atto del giudice delegato; tale decreto, altrimenti, sarebbe privo di controllo in virtù del fatto che la giurisprudenza ha,

[181] D. Di Maio, *Legge fallimentare esplicata- La normativa spiegata articolo per articolo*, Napoli, 2014, p. 63.
[182] Tiscini, in D. Di Maio, *Legge fallimentare esplicata*, cit., p. 26.

tra l'altro, espressamente escluso la possibilità di promuovere il ricorso in cassazione[183].

La funzione dell'autorizzazione è quella di rimettere alla valutazione giuridica del giudice delegato l'attività giudiziaria proposta dal curatore, solitamente a ciò autorizzato dal comitato dei creditori, in sede di approvazione del programma di liquidazione[184].

4. La tutela cautelare

La tutela cautelare ha la caratteristica di integrare la tutela ordinaria, disposta dal legislatore ai già menzionati artt. 146 l. f. e 3294 *bis* c.c. Il fine dell'attività cautelare consiste «nell'ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale possono compromettere il risultato o, come si suol dire, la fruttuosità»[185]. Affinché il giudice possa disporre le misure cautelari (richieste), è necessario che sussistano congiuntamente due presupposti: il *periculum in mora*, ossia un pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto fatto valere in giudizio; e il *fumus boni iuris*, cioè

[183] Tali considerazioni sono di carattere personale.
[184] P. Pajardi e A. Paluchowsky, in D. Di Maio, *Legge fallimentare esplicata*, cit., p. 63.
[185] C. Mandrioli, *Diritto processuale civile I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2012, p. 25.

la verosimile esistenza del diritto a cautela del quale si invoca il rilascio della misura cautelare[186].

La disciplina cautelare è contenuta nella Sezione I del Capo III del Titolo I del libro quarto del codice di procedura civile; le successive sezioni, invece, contengono la normativa riguardante le singole misure cautelari. Con la riforma del 1990[187], il legislatore, ha introdotto il procedimento cautelare uniforme, disciplinato dagli artt. 669 *bis*- 669 *quaterdecies* c. p. c. Quest'ultimo articolo descrive l'ambito di applicazione del procedimento cautelare uniforme, prevedendo che «le disposizioni della presente sezione (sez. I) si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo (III), nonché, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal Codice civile e dalle leggi speciali. L'art. 669 *septies* si applica altresì ai provvedimenti di istruzione preventiva previsti dalla sezione IV di questo capo».

Prima della riforma fallimentare del 2006, l'art. 146 l. f., al terzo comma, statuiva che «il giudice delegato, nell'autorizzare il

[186] A differenza di quanto avviene per il requisito del *periculum*, il quale è generalmente descritto con precisione per ciascuna misura cautelare, il legislatore non ha stabilito con esattezza che cosa integri il requisito del *fumus*, sicché è discusso se sia sufficiente la non manifesta infondatezza della domanda, la possibilità o la probabilità dell'esistenza del diritto. Parte della dottrina ritiene che tra i due requisiti vi sia una relazione, nel senso che laddove maggiore è il grado di *periculum* richiesto dal legislatore per una determinata misura cautelare, minore sarà il grado di plausibilità circa l'esistenza del diritto necessario per integrare il requisito del *fumus*, e viceversa. (http://www.treccani.it/enciclopedia/fumus-boni-iuris/).

[187] Il codice del 1940 non prevedeva alcuna regolamentazione unitaria dei procedimenti cautelari e dettava una disciplina sufficientemente articolata solamente per i sequestri. Per il resto, invece, le disposizioni processuali concernenti i singoli provvedimenti erano frammentarie , gravemente lacunose e comunque poco garantiste, soprattutto rispetto alla parte che subiva il provvedimento. (G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. III, Bari, 2014, p. 270.)

curatore a proporre l'azione di responsabilità, può disporre le opportune misure cautelari». Dalla norma si evince che il curatore, fino al 2006, poteva ottenere la tutela cautelare non solo in corso di causa (cioè una volta promossa l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori), ma anche *ante causam*, richiedendola, cioè, al giudice delegato già al momento della richiesta di autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 146 comma 2 l. f.

Nonostante ciò, parte della giurisprudenza[188] e della dottrina[189] riteneva che l'ultimo comma dell'art. 146 dovesse ritenersi (già) tacitamente abrogato in seguito all'entrata in vigore del nuovo procedimento cautelare uniforme.

Il legislatore, con la riforma fallimentare del 2006, ha eliminato il terzo comma dell'art. 146, confermando, implicitamente, quella linea interpretativa che considerava già da tempo tacitamente abrogato il terzo comma con l'entrata in vigore del procedimento cautelare uniforme. Inoltre dalla Relazione ministeriale si coglie la motivazione che ha portato all'eliminazione di tale comma, in quanto viene affermato che «il nuovo ruolo[190] assegnato al Giudice delegato dalla

[188] Trib. Tolmezzo, 25 luglio 2005, M. Fabiani, *Fallimento*, 2006, p. 65.
[189] M. Fabiani, Riforma *dei riti societari e nuovi dubbi sui sequestri speciali fallimentari nella prospettiva delle riforme concorsuali*, Fallimento, 2006, p. 69.
[190] L'art. 25 l. f. contiene un'elencazione delle competenze del giudice delegato. La nuova norma ha drasticamente ridimensionato e depotenziato il ruolo di organo direttivo della procedura attribuitogli dalla precedente disciplina. Il giudice delegato, quindi, con la riforma fallimentare,

riforma rende incompatibile l'assunzione da parte dello stesso di misure cautelari»; da ciò, quindi, la necessità di richiedere le eventuali azioni cautelari nei modi generali[191].

Anche la dottrina ha espresso lo stesso parere, affermando che «l'abrogazione della norma in esame ha il chiaro significato di eliminare, in radice, il potere cautelare del giudice delegato, per cui – salvi i limitati poteri di cui all'art. 25[192], n. 2, e fermi i poteri cautelari dell'istruttoria prefallimentare del tribunale, ai sensi dell'art. 15 – ogni qual volta sia necessario assicurare la conservazione dei beni personali degli amministratori e liquidatori, a garanzia del soddisfacimento in caso di ritenuta responsabilità, gli organi fallimentari, e cioè il

perde la originarie attribuzioni, conservando solo una mera funzione di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura. In altri termini, il giudice delegato è tenuto principalmente a verificare la legittimità delle scelte gestionali compiute dal curatore e dal comitato dei creditori. (G. Trisorio Liuzzi, *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013, p. 80, 81.)

[191] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità*, cit., p. 17.

[192] Art. 25 - Poteri del giudice delegato**. -** Il giudice delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura e: 1) riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio; 2) emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione; 3) convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura; 4) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento; 5) provvede, nel termine di quindici giorni, sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori; 6) autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi. Su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito ai difensori nominati dal medesimo curatore; 7) su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge; 8) procede all'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati dai terzi, a norma del capo V.
Il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti.
I provvedimenti del giudice delegato sono pronunciati con decreto motivato.

curatore, non potranno che rivolgersi al giudice ordinario, come qualsiasi altra parte "privata"»[193].

Alla luce della riforma, pertanto, il curatore può chiedere le misure cautelari (*ante causam* o in corso di causa) nell'ambito del giudizio di responsabilità da promuovere.

Nel 2003[194] venne introdotto il processo societario e il legislatore attribuì ad esso «non solo le azioni di cognizione relative alle azioni responsabilità, ma pure tutte le misure cautelari a queste connesse»[195].

Oggi, in virtù dell'abrogazione, nel 2009[196], del rito societario, la competenza è del giudice ordinario[197].

5. La legittimazione passiva e il litisconsorzio

Nel caso di azione sociale di responsabilità contro gli amministratori *ex* art. 2393 c.c., la legittimazione passiva non è devoluta al consiglio di amministrazione quale organo autonomo, ma a ciascuno dei suoi componenti. Ai sensi dell'art. 2392 c.c., infatti, gli amministratori «devono adempiere i doveri ad essi imposti con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società per i

[193] P. G. Demarchi, *Il fallimento delle società*, in R. Ambrosini, *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p. 251.
[194] Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.5.
[195] A. Jorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto*, cit. p. 2167.
[196] L. 18 giugno 2009, n. 69, GU n. 140.
[197] In riferimento al rito e alla competenza, verrà successivamente dedicato un approfondimento.

danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che non si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori». Pertanto, «trattandosi di responsabilità personale diretta e di natura contrattuale, e che si ricollega la mandato, solo i singoli amministratori e non il consiglio di amministrazione nel suo complesso, quale organo sociale, possono essere i soggetti passivi dell'azione *ex* art. 2393 c.c.»[198].

L'azione di responsabilità promossa contro gli amministratori ai sensi dell'art. 2392 c.c. instaura un'ipotesi di «litisconsorzio facoltativo, salvo che l'accertamento della responsabilità di uno essi presupponga necessariamente quella degli altri , come nel caso di imputazione per omessa vigilanza»[199].

[198] Cass. 12 novembre 1965, n. 2359, Ciaffardini e Izzo, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2014, p. 3007.
[199] Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362, Ciaffardini e Izzo, *Codice civile annotato*, cit., p. 3008.

CAPITOLO V

L'ONERE DELLA PROVA E I CRITERI DI DETERMINAZIONE DEL DANNO

1. I confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'illecito degli amministratori "potenzialmente plurioffensivo". 2. Il criterio ella diligenza ai sensi dell'art. 2392 c.c. e l'insidacabilità nel merito della scelte gestionali degli amministratori. 3. Il sistema delle presunzioni ai sensi dell'art. 1218 c.c. e l'elaborazione giurisprudenziale. 4. Il nesso di causalità. 4.1. La teoria della causalità giuridica e la teoria della causalità materiale. 4.2. Le teorie sul nesso causale. 4.3. La causalità flessibile. 5. La quantificazione del danno risarcibile. 6. L'onere della prova nell'azione di responsabilità degli amministratori promossa dal curatore fallimentare.

Prima di entrare nel cuore problema che interessa ai fini di questa trattazione, è opportuno fare un passo indietro, analizzando i caratteri principali che da sempre hanno distinto le discipline rispettive della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Successivamente le diverse prospettive della responsabilità saranno calate all'interno della specifica fattispecie della responsabilità degli amministratori di società, con l'intento di delineare, in particolare, qual è oggi il regime dell'onere della prova a carico del curatore fallimentare nell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

1. I confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'illecito degli amministratori "potenzialmente plurioffensivo"

Molteplici sono i punti elaborati in passato dalla dottrina per individuare le generali differenze che ci sono tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale:

1. nelle due forme di responsabilità vi è una diversa ripartizione dell'onere della prova: la colpa assume un ruolo centrale ai fini della distinzione, in quanto è l'elemento che ora l'una ora l'altra parte devono dimostrare o escludere per affermare o essere esonerati da responsabilità;
2. differente è il diritto violato: «il fatto illecito potrebbe violare un diritto assoluto (e solo un diritto assoluto), mentre l'inadempimento sarebbe lesivo di un diritto di credito (ossia di un diritto relativo)»[200];
3. il danno morale è risarcibile solo in caso di responsabilità extracontrattuale. Quest'ultima, infatti, viene riconosciuta anche in fattispecie configurabili come reato;
4. diversi risultano i danni: *ex* art. 1225 c.c., in caso di responsabilità contrattuale per inadempimento del debitore «il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione», sempre che

[200] F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, Rivista critica diritto privato, 1987, p. 79.

l'inadempimento non dipenda dal dolo[201]. Nell'illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., invece, sono risarcibili i danni prevedibili ed imprevedibili, purché vi sia il nesso eziologico tra danno e comportamento *contra ius* dell'agente;

5. differenti sono anche i termini di prescrizione.

Tenendo presente i criteri di distinzione appena delineati, si noterà (nel corso della trattazione) come nel tempo la netta distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è venuta sfumando. Questo aspetto è di rilievo perché, come già osservato nei capitoli precedenti (I e II), a seguito della riforma societaria, si discute in dottrina circa la natura giuridica del rapporto tra amministratore e società: una parte della dottrina sostiene che il rapporto sia da considerarsi come un vero e proprio contratto di amministrazione, che si perfeziona al momento dell'accettazione della nomina da parte dell'amministratore[202]; altra parte, invece, oggi prevalente, propende per una impostazione di tipo non contrattuale[203].

Piuttosto interessante risulta quella tesi della dottrina che, facendo leva sulla natura potenzialmente plurioffensiva dell'illecito

[201] In tema di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, il dolo del debitore che, ai sensi dell'art. 1225 c.c., comporta la risarcibilità anche dei danni imprevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, non consiste nella coscienza e volontà di provocare tali danni, ma nella mera consapevolezza e volontarietà dell'inadempimento [..]. (Cass., 16 ottobre 2008, L. Ciafardini e F. Izzo, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2014, p. 1243).

[202] A. Toffoletto, *Diritto delle società – Amministrazione e controlli*, Milano, 2003, p. 131

[203] F. Ferrara e F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1994, p. 549 e ss.; F. Bano, *Lavoro e rapporti assicurativi*, Torino, 2003, p. 192; F. Galgano e R. Genghini, *Trattato di diritto commerciale – Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, p. 444.

civile, è giunta a considerare attenuata la rigorosa distinzione tra le forme di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, proponendo una costruzione unitaria dell'illecito[204].

L'ipotesi di partenza è quella in cui l'inadempimento degli amministratori abbia carattere "plurioffensivo": «sia cioè tale da ledere, a limite anche a titolo diverso, più situazioni protette dall'ordinamento giuridico»[205]. L'amministratore, infatti, in qualità di organo di un ente, può provocare un danno non solo in conseguenza dell'esercizio delle sue funzioni (previste dalla legge o dallo statuto), ma anche nell'ambito delle attività che svolge affinché l'assetto organizzativo risulti adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; entrambe le attività, in concreto, possono essere rilevanti sia dal punto di vista della responsabilità contrattuale, che extracontrattuale.

Sulla base dell'obiettivo posto dalla dottrina, (ossia proporre una costruzione unitaria della responsabilità), vi è una parte di essa che propende verso la dilatazione del campo della responsabilità contrattuale. In particolare, questa corrente è sostenitrice della tesi

[204] F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, p. 79 e ss.; F. Busnelli, *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Resp. Civ. e prev., 1977, p. 748.
[205] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004, p. 105.

"degli obblighi di protezione del contratto"[206] e ritiene che la responsabilità contrattuale possa essere applicata anche «ai danni subiti da chi, pur non essendo parte contrattuale, si trovi in una posizione in qualche modo incisa dall'inadempimento del contratto. Per cui, la qualificazione professionale di un soggetto può ingenerare un affidamento nei terzi con i quali si instaura un "contatto sociale" che genera gli "obblighi di protezione" della stessa natura di quelli che integrano, nel rapporto obbligatorio, un obbligo di prestazione»[207].

Altra parte della dottrina, invece, propende verso l'espansione dell'area della responsabilità extracontrattuale, poiché in essa trovano tutela anche interessi che non sono protetti dall'esistenza un rapporto obbligatorio.

Al di là della diversa impostazione, deve comunque ritenersi pacifico che il rapporto – tra amministratore e società- abbia natura obbligatoria. Conseguentemente la responsabilità in esame è assoggettata ai principi generali in tema di obbligazioni ed in particolare all'art. 1218 c.c., in riferimento all'onere della prova[208].

---

[206] La struttura complessa dell'obbligazione caratterizzata da una prestazione principale e una serie di obblighi accessori fa sì che la tutela si estenda alla violazione di obblighi ulteriori rispetto alla prestazione dedotta nel rapporto e che possono quindi apparire, piuttosto, manifestazioni di un generale dovere di non ledere la sfera giuridica altrui. (Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale*, Enc. Dir., Milano, 1988, p. 1191).

[207] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 113 e 114.

[208] M. Castiglioni, *Brevi note in materia di insindacabilità delle scelte gestionali degli amministratori e di onere della prova nell'azione sociale di responsabilità*, Resp. Civ. e prev., 2012, p. 1208.

2. Il criterio della diligenza ai sensi dell'art. 2392 c.c. e l'insidancabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori

L'art. 2392 c.c. prevede che gli amministratori debbano compiere i doveri imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. In altri termini, «la diligenza dell'amministratore dovrà essere valutata in concreto nell'ambito dell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, con riferimento alla natura dell'attività stessa - e quindi anche alle caratteristiche ed alle dimensioni della specifica società considerata -, oltre che rapportata agli specifici incarichi conferiti, nonché alle competenze del singolo soggetto»[209].

A questo proposito è importante sottolineare che la giurisprudenza, al fine di dare applicazione al criterio della diligenza, si è soffermata sull'ipotesi di responsabilità derivante da scelte gestionali, affermando che queste ultime, essendo volte ad assicurare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, non sono suscettibili di sindacato, nel merito, da parte del giudice, in quanto sono rimesse alla determinazione discrezionale dell'organo amministrativo, sempre che tali scelte gestionali siano

[209] M. Castiglioni, *Brevi note in materia di insindacabilità*, cit., p. 1210.

state prese e attuate nell'ambito della legalità e di un'amministrazione diligente.

In altri termini, qualora i comportamenti e le scelte gestorie degli amministratori risultino conformi ai canoni di condotta, dovrà applicarsi la *business judgement rule*[210] e l'operato degli amministratori potrà essere causa di responsabilità, in una valutazione *ex ante* solo «quando la scelta sia stata fatta con l'omissione di cautele, verifiche , informazioni preventive», in questo caso «il difetto di sindacato tramonta e il giudizio ritorna ad essere sul *modo* (quindi diligenza), *con il quale la scelta è stata assunta*»[211].

Il procedimento per accertare la responsabilità si compone di due fasi: individuazione di un modello di condotta, in funzione della realtà considerata, attraverso parametri astratti e sicuri; confronto tra il comportamento concreto e il parametro astratto, e si risolve in un giudizio di conformità o difformità[212].

Poiché l'individuazione di criteri astratti e certi risulta piuttosto difficile, la giurisprudenza ha focalizzato l'attenzione sulla ricerca di «profili che posano qualificare quale inadempimento, imputabile o

[210] Il sistema italiano, a questo proposito, tende ad avvicinarsi a quello statunitense della *business judgemente rule*, che subordina la responsabilità all'acquisizione da parte degli amministratori delle informazioni che appaiono necessarie in relazione alle circostanze del caso concreto (Dellacasa, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, Contratto e impresa, 1999, p. 210).
[211] Cesareo, *La diligenza dell'attività amministrativa*, De Tilla, Alpa e Patti, Diritto dell'economia, Milano, 2002, p. 263.
[212] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 103.

meno, il comportamento dell'obbligato»[213]. L'art. 1218 c.c. permette di restringere la nozione di colpa, escludendola nei casi di impossibilità o causa non imputabile, tuttavia questi elementi, combinati con quanto disposto dall'art, 2392 c.c. non risultano sufficienti a disegnare una cornice astratta all'interno della quale "quadrare", ai fini della verifica della sussistenza della responsabilità, le situazioni concrete che si sono verificate. Per tale ragione, la giurisprudenza ha elaborato una serie di presunzioni, le quali sono volte a «facilitare gli oneri probatori a carico delle parti al fine di accertare nel caso concreto la responsabilità»[214].

3. Il sistema delle presunzioni ai sensi dell'art. 1218 c.c. e l'elaborazione giurisprudenziale

In riferimento alla responsabilità degli amministratori, la dottrina distingue tra violazione di obblighi specifici e violazione dell'obbligo di amministrare con diligenza. Nel primo caso, l'inadempimento contrattuale è costituito «dall'inesecuzione di una prestazione per effetto della mancata attuazione, da parte dell'obbligato (in questo caso amministratore), dell'impegno di diligenza e di cooperazione richiesto, secondo il tipo di rapporto obbligatorio, per la realizzazione dell'interesse del creditore (la

[213] A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, Rivista critica di diritto privato, 1984, p. 484.
[214] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 124.

società), nel presupposto che la prestazione sia oggettivamente possibile. L'avvenuto, pieno soddisfacimento di simile impegno, costituisce l'oggetto della prova cui il debitore è tenuto ai sensi dell'art. 1218 c.c. per sottrarsi alla responsabilità per inadempimento»[215]. In altri termini, l'art. 1218 c.c. pone a carico dell'amministratore l'onere di dimostrare di aver agito diligentemente, adducendo fatti che escludano la sua responsabilità. Pertanto, la prova della sua non imputabilità dell'inadempimento deve essere «piena e completa e deve comprendere la dimostrazione della mancanza di colpa, dovendosi, altrimenti, ritenerla presunta»[216].

Nel secondo caso, invece, ad essere presunta è la legittimità dell'operato degli amministratori, tuttavia tale presunzione è superabile con una prova contraria[217] che l'attore, cioè la società, dovrà fornire.

Alla luce di quanto detto, sembra che alla fattispecie in esame (cioè all'obbligo di gestione ed amministrazione efficiente) si possa applicare l'art. 2697 c.c., secondo cui «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento». L'attore, a tal proposito, è facilitato da «una serie di precedenti

[215] Cass., 24 febbraio 1995, n. 2115, L. Ciafardini e F. Izzo, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2014, p. 1203.
[216] Cass., 19 agosto 1996, n. 7604, L. Ciafardini e F. Izzo, Cod. civ., cit. p. 1203.
[217] In via di principio, per gli obblighi di gestione, che consistono in prestazioni di attività diligente, chi ne allega l'inadempimento non può limitarsi a provare l'esito deludente dell'esercizio sociale, ma deve dimostrare che l'amministratore abbia violato il modello normativo di condotta cui era tenuto.

giurisprudenziali che, in una serie di situazioni tipiche, hanno già precisato in quali casi il comportamento dell'amministratore costituisca violazione dell'obbligo generale di gestire con diligenza»[218].

In tal senso è possibile riportare alcuni esempi di fattispecie di responsabilità n cui la giurisprudenza ha elaborato criteri utili per poter individuare la responsabilità dell'amministratore con riferimento a specifiche fattispecie, così:

- in tema di sopravvenuta insufficienza del patrimonio sociale, indici di violazione vengono individuati nelle vendite operate sottocosto; nell'aver impiegato denaro in operazioni di notevole lucro, quindi sommamente rischiose; nel non essersi attivati per riscuotere crediti sociali; nell'aver acquistato immobili di cospicua importanza immobilizzando in modo eccessivo il capitale sociale[219];
- in riferimento all'obbligo di curare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili di una società che versa in uno stato di crisi, i profili (di responsabilità) che vengono maggiormente in evidenza sono principalmente tre: l'aver cagionato o aggravato la crisi d'impresa; il mancato e/o tempestivo recepimento dei sintomi della crisi o l'inerzia

[218] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 157.
[219] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 157.

dimostrata davanti ad essi; l'uso scorretto degli strumenti necessari o utili a fronteggiare la crisi o a limitarne gli effetti[220];

- per quel che riguarda la responsabilità dell'amministratore per il compimento di un atto estraneo all'oggetto sociale e la conseguente inefficacia di tale atto, il creditore, per evitare la declaratoria di inefficacia dovrà dimostrare l'esistenza di un vantaggio concreto per la società (nonostante l'atto compiuto dall'amministratore sia estraneo all'oggetto sociale); tale vantaggio oltre ad essere concreto, deve soddisfare l'interesse economico della società e, infine, deve trattarsi di un vantaggio compensativo[221].

  Pertanto, sulla base del «gioco delle presunzioni, si comprende come sia proprio la giurisprudenza a riempire di concreto il significato le formule della diligenza e della colpa, utilizzando criteri di valutazione che, calati nell'esperienza reale concretizzano la regola applicabile al caso concreto»[222].

[220] R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, Le Società, 2013, p. 669.
[221] B. Meoli, *Garanzie infragruppo, vantaggi compensativi e onere della prova*, Il Fallimento, 2007, p. 1306.
[222] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 163.

4. Il nesso di causalità

Per quanto riguarda l'elemento del nesso causale, è possibile preliminarmente affermare che dottrina e giurisprudenza hanno seguito percorsi differenti, poiché la prima ha cercato di elaborare un teoria applicabile ad ogni fattispecie configurabile; la seconda, invece, partendo dai casi concreti, ha individuato di volta in volta il nesso causale, aiutandosi anche con il sistema delle presunzioni.

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che «il *thema probandum* a fondamento della responsabilità degli amministratori si articola nei tre elementi dell'inadempimento di uno o più obblighi loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, del danno subito dalla società e del nesso causale intercorrente fra l'uno e l'altro»[223].

Tuttavia, è stato rilevato dalla dottrina che la tendenza prevalente della giurisprudenza è quella di «risolvere il problema del nesso di causalità "in termini sbrigativi", affermando che una volta dimostrata l'esistenza di un comportamento illegittimo degli amministratori e del danno, si può presumere la sussistenza del nesso causale»[224]. Pertanto, come avviene per l'elemento della colpa, la giurisprudenza ricorre alla creazione di presunzioni le quali consentono di risolvere il caso concreto «in termini di giudizio idoneo ad esprimere la carica di valori insita nell'affermazione di

[223] Cass., 22 ottobre 1988, n. 10488, Giustizia civile, 1999, p. 75.
[224] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 166.

responsabilità»[225], senza far riferimento ad un principio assoluto, che sia applicabile a qualsiasi fattispecie.

4.1. La teoria della causalità giuridica e la teoria della causalità materiale

Ai sensi dell'art. 1223 c.c. «il risarcimento del danno per inadempimento o per ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Assumendo il criterio legale della risarcibilità dei danni che sono la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, una parte della dottrina ha elaborato la c.d. teoria della causalità giuridica. Il presupposto di tale teoria è che «la causalità non esiste *in rerum natura*, ma è una funzione del nostro intelletto, cosicché la "conseguenza immediata e diretta" non corrisponde ad una vera relazione causale, indicando invece un'operazione logica con cui, accertata l'esistenza del nesso causale, si tende a limitare le conseguenze sul piano risarcitorio»[226]. In altri termini, i sostenitori di questa tesi ritengono che il rapporto tra condotta ed evento attenga alla causalità "materiale o naturale"; invece, il rapporto tra fatto illecito e conseguenze pregiudizievoli (da

[225] R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 196.
[226] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 172.

essa derivanti) atterrebbe alla causalità giuridica *ex* art. 1223 c.c.[227]. In realtà, è stato osservato che la teoria della causalità giuridica non concentra tanto l'attenzione sul nesso causale che intercorre tra condotta ed evento, in quanto, effettivamente fornisce un'indicazione sugli effetti pregiudizievoli che l'illecito provoca su patrimonio del danneggiato.

Secondo la teoria della causalità materiale, il problema del nesso causale si risolve in una scelta tra le diverse cause materiali di un evento. Il giurista, pertanto, nell'accertare il nesso di causalità, dovrà applicare «autonomi criteri di conoscenza che lo portino a selezionare, tra le possibili concause, quelle che permetto di concludere il procedimento di imputazione materiale, alla luce dei criteri prefissati dall'ordinamento giuridico»[228]. In linea di principio, in nesso di causalità ha lo scopo di ordinare i fatti fisici, collegandoli secondo il principio di causa-effetto[229], che permetta di stabilire quale effetto seguirà ad un determinato fatto o quale fatto preceda un dato effetto. Tuttavia, sul piano applicativo, l'idea prevalente è quella che

[227] In riferimento al rapporto di causalità in ambito naturalistico e giuridico, Hart e Honorè individuano tre tesi principali. La prima muove dall'idea che la causalità giuridica e causalità naturalistica siano profondamente diverse, per cui la valutazione compiuta sulla base dei criteri naturalistici debba poi essere tradotta in chiave giuridica, traducendosi effettivamente non in una valutazione di fatto, ma di *policy*. La seconda tesi ritiene che la causalità giuridica debba identificarsi con quella naturalistica. La terza, invece, adotta una soluzione intermedia, secondo cui la valutazione naturalistica è necessaria ma non sempre sufficiente a fondare la responsabilità (Hart e Honorè, *Causation in the Law,* Oxford, 1985, p. 35).

[228] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 174.

[229] Cioè, data una situazione A, se ne produrrà una B o che, data quella B, deve essersi precedentemente prodotta A. (Corsaro, *Responsabilità civile*, Enc. Giur., vol. XXVI, Roma, 1991, p.7.)

«il concetto di causalità è convenzionale, e in quanto tale, dipende dal punto di vista da cui lo si guarda»[230].

Queste due posizioni risultano antitetiche tra loro, tuttavia entrambe vengono ridimensionate nella pratica, poiché il legislatore, *ex* art. 1223 c.c. ha stabilito «regole volte a delimitare il danno risarcibile, presupponendo che l'accertamento sulla concatenazione necessaria tra condotta ed evento sia svolta dal giudice in relazione alle specificità del caso concreto»[231], pertanto si rimette alla giurisprudenza la selezione degli interessi meritevoli di tutela.

4.2. Le teorie sul nesso causale

Una parte della dottrina ha adottato e riportato sul piano civilistico la teoria della *condicio sine qua non* elaborata dalla dottrina penalistica[232]. Secondo questa teoria, «la responsabilità di un evento conseguente è riconducibile in capo a chi abbia posto in atto un qualunque antecedente senza cui il fatto non si sarebbe verificato»[233].

---

[230] In particolare Stella afferma che il significato del vocabolo "causa" non è univoco, ma varia con il settore della scienza. (Stella, *Rapporto di causalità*, Enc. Giur., vol. XXV, Roma, 1991, p.2).

[231] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 175.

[232] L'applicazione di questa teoria sul piano civilistico, comporta la considerazione di una serie di elementi che differenziano l'applicazione del principio della *condicio sine qua non* sul piano civilistico: innanzitutto è sufficiente che il nesso di causalità tra fatto ed evento dannoso si sia verificato con una probabilità del 50% più 1 (e nn con la altra probabilità de 90% richiesta dall'ordinamento penale); inoltre mentre la responsabilità penale è centrata sulla figura dell'autore del reato, la responsabilità civile è, invece, centrata sulla figura del danneggiato; infine la responsabilità penale ha una funzione preventiva, punitiva e rieducativa, mentre quella civile è, soprattutto, un istituto con finalità risarcitorie e volto a una corretta allocazione del rischio. (F. Mauceri, *Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile*, p. 2, http://www.juscivile.it/contributi/2015/07_Mauceri.pdf)

[233] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 179.

Tuttavia, poiché causa di un evento non è mai un solo fatto, ma il concatenarsi di un serie di essi, il numero delle cause giuridicamente rilevanti è virtualmente infinito. E la critica a questa teoria si fonda proprio su questo punto, poiché «non distinguendo tra antecedenti prossimi e remoti, va contro quanto previsto dall'art. 1223 c.c., il quale, invece, fa riferimento ai danni "immediati e diretti"»[234].

Altra parte della dottrina ha preso in considerazione la teoria "dello scopo della norma", secondo cui «l'infrazione di una norma giuridica, di per se stessa, non è sufficiente per la dichiarazione di responsabilità del trasgressore: occorre invece accertare - sulla base della funzione svolta dalla regola non rispettata - la effettiva relazione esistente tra la violazione e l'evento o, secondo una diversa opinione, tra il danno e il rischio creato»[235]. In altri termini, secondo questa teoria «nel giudizio di responsabilità occorre accertare la *ratio* delle norme che il soggetto ha violato nel compiere l'atto dannoso. Una volta appurato lo scopo che la norma intendeva realizzare, è possibile stabilire quali interessi essa protegge, quali siano i soggetti tutelati e quali danni possano essere considerati risarcibili»[236].

Nel giudizio causale, come termine iniziale viene assunta la condotta colposa e non la mera azione materiale, per cui il soggetto

[234] M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 129.
[235] Trimarchi 1967, 65; Alpa e Bessone 1980, 163;
http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gaudino-1995/gaud3.html.
[236] M. Sella, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2007, p. 88.

che ha posto in essere un'azione in violazione della norma presa in considerazione, può liberarsi dalla responsabilità qualora dimostri che il danno si sarebbe comunque prodotto anche se egli avesse tenuto un comportamento diligente[237]. Ciononostante, il profilo della colpa rimane sempre distinto da quello del nesso causale, in quanto l'accertamento della colpa riguarda «la difformità del comportamento da una regola (o comunque da un modello) e consente di definire il tipo di evento che la regola mirava a prevenire; il giudizio di causalità, invece, subentra per stabilire se un evento di quel tipo si sia concretamente prodotto come conseguenza della condotta»[238].

Ciò che viene obiettato ai sostenitori di questa tesi è che la teoria dello scopo della norma non è di creazione italiana, bensì tedesca ed è stata concepita e organizzata intorno al «principio della tipicità dei comportamenti lesivi», principio, questo, che è caratterizzante dell'ordinamento giuridico tedesco ed assente in quello italiano; per cui, l'unico modo per rendere operante tale teoria è considerare l'art. 2043 c.c. come «una regola posta a protezione di una molteplicità di beni o altri interessi che altre norme, più specifiche, già intendono tutelare»[239].

---

[237] A questo proposito, una parte della dottrina parla di mancanza del nesso causale di antigiuridicità. (Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 230).
[238] M. Sella, *La responsabilità civile*, cit., p. 88, 89.
[239] G. Alpa, M. Bessone, V. Zeno Zencovich, *I fatti illeciti*, *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno, Torino, 1995, p. 35.

La giurisprudenza prevalente accoglie il criterio della "causalità adeguata", conosciuto anche come "regolarità causale". Secondo questa tesi, «il danno è la conseguenza del fatto quando ne costituisca un effetto "normale", secondo una probabilità accettabile che un dato evento ne produca un altro»[240]. Pertanto, «sia pur mediato o indiretto, il pregiudizio rappresenta una conseguenza normale imputabile allorquando - secondo l'*id quod plerumque accidit*, regolarità statistica, probabilità apprezzabile *ex ante* -, integri gli estremi di una sequenza costante dello stato di cose posto in essere dal convenuto»[241].

Applicando la teoria della causalità adeguata vengono allargate le maglie dell'art. 1223 c.c. poiché ad essere risarcibili non sono solo i danni diretti e immediati, come previsto dalla norma, ma anche quelli non immediati e diretti; sicché parte della dottrina ritiene che il limite imposto dall'art. 1223 c.c. «non sia un criterio causale autonomo e invalicabile»[242]. In tal senso. È opportuno richiamare quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza n. 16163 del 21 dicembre 2001: «in

[240] La Cassazione (sent. 10 maggio 2000, n. 5962, Resp. civ. e prev., 2001, p. 91) ha affermato che «un evento dannoso è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo; ma nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiono del tutto inverosimili». M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 181.

[241] Cass. 65/89; Cass. 7801/86; Cass. 567/83; Cass. 3622/80; Cass. 2264/77, http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gaudino-1995/gaud3.html.

[242] Cass. 2644/62; Trib. Firenze 25.5.57; Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 20, http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gaudino-1995/gaud3.html.

tema di risarcibilità del danno da fatto illecito, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cosiddetta regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini dei sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il rapporto tra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, sempre che, nel momento in cui si produce l'evento causante, le conseguenze dannose di esso non appaiano del tutto inverosimili. L'accertamento di tale nesso di causalità è riservato al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi».

Infine, parte della dottrina adotta il criterio del "rischio specifico", per cui si considera «integrato il nesso causale solo qualora il danno sia la realizzazione del rischio specifico creato da quel fatto, intendendosi per rischio specifico quell'evento dannoso che il fatto rende più probabile»[243]. In altri termini, il rischio specifico è l'evento che rende probabile oppure aggrava il pericolo del verificarsi del danno, indipendentemente dal verificarsi, nel caso concreto, dello stesso.

[243] Francesco Caringella, *Manuale di diritto civile*, vol. 2, Milano, 2008, p. 833.

4.3. La causalità flessibile

Molte sono le teorie avanzate da dottrina e giurisprudenza per dimostrare l'esistenza del nesso causale tra fatto e danno e tutte queste teorie sono accomunate da una caratteristica: al requisito del nesso causale si fa sempre riferimento attraverso formulazioni generiche, le quali assumono un significato concreto, solo nel momento in cui vengono "calate" all'interno del singolo giudizio di responsabilità, quindi nella specifica fattispecie. Pertanto il nesso causale viene considerato come "l'elemento flessibile della fattispecie della responsabilità e in merito Violante afferma che «l'aver concepito come parte elastica della norma il nesso di causalità è stata una scelta saggia da parte del legislatore, perché in tal modo si assicura un'applicazione evolutiva della normativa sulla responsabilità civile e si realizza l'esigenza di adeguarla al momento e al contesto storico in cui il fatto dannoso si verifica»[244].

La teoria della causalità flessibile è caratterizzata da due fasi: nella prima l'interprete deve innanzitutto scegliere il principio del quale intende avvalersi per operare la sua valutazione, poi applicherà la regola, secondo il principio prescelto; nella seconda fase, invece, il criterio adottato deve essere collegato ad altri «che consentano di

[244] A. Violante, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Perlingeri, Napoli, 1999, p. 61.

realizzare l'imputazione di un danno a un illecito in tutte le ipotesi in cui un rapporto meccanico di imputazione è escluso dalla complessità della fattispecie»[245]. In altri termini, l'interprete, al fine di dimostrare la sussistenza del nesso di causalità e della responsabilità, deve individuare degli *standard* valutativi, ricavabili dal momento storico e sociale nel quale si è verificato il danno. Per cui, «qualora si provi che il soggetto non abbia adottato le misure di sicurezza o le cautele suggerite dagli *standard* valutativi del momento, non potrà dubitarsi della sussistenza del nesso causale tra l'azione e il danno»[246].

5. La quantificazione del danno risarcibile

La fase della quantificazione del danno rappresenta il momento terminale del giudizio di responsabilità e consiste «nella conversione in termini monetari del pregiudizio in precedenza identificato ed accertato»[247].

L'attore deve provare sia l'esistenza del danno e nel nesso causale intercorrente tra condotta e pregiudizio, sia l'ammontare del danno[248]. Infatti la giurisprudenza ha affermato che «il pregiudizio

[245] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 186.
[246] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 187.
[247] M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 234.
[248] In base all'ordinario regime previsto dall'art. 2697 c.c., il danneggiato è onerato della dimostrazione del nesso causale tra il fatto, che consente l'imputazione al convenuto della responsabilità, e 'evento dannoso, i quale deve essere provato nella sua effettiva consistenza. Del danno deve essere anche provato l'ammontare attraverso la descrizione di tutti gli elementi mediante i quali il giudice, in virtù di una semplice operazione logico-matematica, può pervenire alla liquidazione. (A. Patti, *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, Giur. Comm, 1997, p. 83)

derivante da specifici atti illegittimi imputabili agli amministratori non deve essere confuso con il risultato negativo della gestione patrimoniale della società. Lo sbilancio patrimoniale - infatti - può avere cause molteplici non necessariamente tutte riconducibili al comportamento illegittimo dei gestori. La sua concreta misura dipende spesso non tanto dal compimento di uno o più atti illegittimi, quanto dalla gestione nel suo complesso e dalle scelte discrezionali in cui questa si traduce»[249]. Da quanto affermato dalla Cassazione, si deduce che il criterio c.d. attivo/passivo non comporta automaticamente la necessaria sussistenza del nesso di causale, perché nella eventuale "differenza" risultante dall'operazione possono essere compresi aspetti che non dipendono necessariamente e solo dagli atti illegittimi posti in essere dall'amministratore. Proprio per questo la prova del nesso causale tra condotta e danno assume un rilievo centrale perché, una volta provata l'esistenza del nesso, per determinare l'ammontare del danno, può farsi anche riferimento al criterio equitativo, previsto all'art. 1226 c.c., per determinare l'ammontare del danno.

Una parte della dottrina ha chiarito che «la valutazione equitativa del danno è da ricondursi al principio di contemperamento di diversi fattori che incidono sul danno, e che i presupposti richiesti

[249] Cass. n. 3032/2005; Cass. n. 2538/2005; Cass. n. 10488/1998; Cass. N. 1375/2000, A. Dal Moro e A. Mambriani, *Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. ed s.r.l.*, www.ilcaso.it, p. 15.

dalla legge sono: la certezza che si sia verificato un danno risarcibile e l'impossibilità di provarlo nel suo preciso ammontare»[250].

«Al giudice è attribuita la facoltà di scegliere fra i vari mezzi di prova ed i criteri stabiliti dalla legge quelli ritenuti più idonei a consentire la ricostruzione di quanto il creditore avrebbe conseguito, in base ad una ragionevole e fondata attendibilità, qualora l'illecito non si fosse verificato: compresa la liquidazione equitativa allorché la prova si presenti estremamente difficoltosa o addirittura impossibile[251]»[252]. L'impossibilità o difficoltà di prova deve essere relativa all'ammontare, non all'esistenza del danno, che deve essere certa; l'incertezza sull'esistenza del danno, infatti, esclude il diritto al risarcimento[253].

Nel caso di quantificazione del danno provocato dalla *mala gestio* degli amministratori, per affermare la responsabilità sarà necessario dimostrare gli specifici danni causati dal loro comportamento illegittimo indicando «la prova dell'effettiva consistenza e misura del pregiudizio, e potrà farsi ricorso alla

[250] M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Commentario al codice civile Branca Scialoja, Bologna – Roma, 1979, p. 388.
[251] L'impossibilità è vista in relazione ai mezzi probatori di cui dispone il danneggiato o di cui potrebbe disporre con un ragionevole sforzo diligente. (M. Bianca, *Dell'inadempimento*, cit., p. 394)
[252] Cass. 16 novembre 2002, n. 1469, La Battaglia, *Certezza del danno e difficoltà del* quantum, Danno e resp., 2003, p. 983.
[253] M. Bianca, La Responsabilità, cit., p. 165.

valutazione equitativa, purché vi sia la prova del danno e del nesso di causalità»[254].

6. L'onere della prova nell'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal curatore fallimentare

Dopo aver individuato ed analizzato le principali problematiche riguardanti l'onere della prova per l'affermazione della responsabilità degli amministratori, si concentra ora l'attenzione sull'azione esercitata contro gli stessi dal curatore fallimentare e sul regime probatorio previsto in questo specifico caso.

All'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare devono essere applicati gi stessi principi generali previsti dall'ordinamento, per cui «gli amministratori rispondono degli eventi pregiudizievoli subiti dalla società o dai creditori soltanto nella misura in cui questi eventi siano riconducibili, secondo un nesso di causalità, alla loro condotta colposa o dolosa»[255]. Per cui, non è sufficiente la mera violazione degli obblighi imposti agli amministratori (dalla'atto costitutivo o dalla legge) affinché possa affermarsi la loro responsabilità, ma è necessario che il comportamento tenuto dagli amministratori abbia causato l'evento lesivo e che quest'ultimo abbia, a sua volta, determinato un pregiudizio economico alla società e/o ai

[254] Cabras, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, p. 158.
[255] G. Sismondi, *Azioni di responsabilità nel fallimento*, Il Foro Toscano, 2010, p. 17.

creditori. «Occorre, quindi, un duplice giudizio di causalità: uno per affermare l'*an debeatur* e l'altro per determinare il *quantum* del danno risarcibile»[256].

Nelle cause di responsabilità contro gli amministratori, come già sottolineato nei paragrafi precedenti, risulta più semplice la verifica del rapporto di causalità nel caso di violazione, da parte degli amministratori, di specifici obblighi, rispetto al caso in cui, invece, si debba provare la *mala gestio* in riferimento ad un determinato arco temporale. In quest'ultimo caso, poiché gli amministratori risulterebbero responsabili soltanto nel caso in cui il pregiudizio subito dalla società o dai creditori fosse ad essi ascrivibile, è necessario che il curatore fornisca la prova del nesso di causalità tra gli atti di *mala gestio* e il danno verificatosi[257]. A tale fine, il curatore deve innanzitutto «esaminare le cause del dissesto che hanno determinato la dichiarazione di fallimento, per valutare, attraverso un riesame (dei principali atti) dell'attività gestoria, se queste siano o no riconducibili ad un comportamento colpevole/omissivo degli amministratori»[258]. Qualora il curatore riesca a dimostrare il legame consequenziale tra gli atti compiuti dagli amministratori e lo stato di dissesto e la conseguente dichiarazione di fallimento, come criterio di

[256] G. Sismondi, *Azioni di responsabilità*, cit., p. 18.
[257] Ossia, in altre parole, che il pregiudizio lamentato o l'insufficienza del patrimonio sociale siano riconducibili etiologicamente agli atti dolosi o colposi siano ascritti agli amministratori.
[258] G. Sismondi, *Azioni di responsabilità*, cit., p. 19.

determinazione del danno potrà essere applicato il c.d. attivo/passivo. A tale criterio, inoltre, può riferirsi nel caso in cui si «verifichi l'impossibilità di ricostruire la contabilità o gli effetti delle operazioni vietate,per cui si rimanda al giudice l'esame di tale criterio in via equitativa»[259]. Qualora, invece, il comportamento tenuto dagli amministratori abbia causato l'aggravamento di una situazione patrimoniale della società, che già comportava la dichiarazione di fallimento, il danno risarcibile è limitato alla conseguenze pregiudizievoli del comportamento illegittimo o omissivo posto in essere dagli amministratori.

In virtù della natura unitaria ed scindibile dell'azione esercitata dal curatore fallimentare nei confronti degli amministratori, il curatore non sceglie quale delle due azioni esercitare (cioè se quella sociale o a tutela dei creditori), ma le eserciterà entrambe, utilizzando, di volta in volta, gli argomenti probatori che maggiormente soddisfano l'onere della prova e gli amministratori, dal canto loro, non possono:

a) eccepire al curatore di aver agito, nel porre in essere gli atti risultati lesivi del patrimonio sociale, in conformità dei deliberati dell'assemblea, giacché una simile eccezione, da essi opponibile alla società, non sarebbe stata opponibile ai creditori;

[259] Tribunale di Milano, 30 ottobre 2003, Il Fallimento, 2005.

b) eccepire al curatore che il *quantum* preteso a titolo di risarcimento eccede le esigenze di soddisfacimento dei creditori sociali, giacché una simile eccezione da essi opponibile a costoro, non sarebbe stata opponibile alla società, che può aver subito un danno di entità superiore[260].

[260] F. Galgano, *Il fallimento delle società di capitali, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2004, p. 100.

CAPITOLO VI

LA PRESCRIZIONE, IL RITO E LA COMPETENZA

1. La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità. Segue: la sospensione della prescrizione. 2. La prescrizione dell'azione di responsabilità spettante ai creditori. Segue: la sospensione della prescrizione. 3. La prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal curatore fallimentare e l'applicazione della causa di sospensione della prescrizione *ex* art. 2941 n. 7 c.c. 4. Il rito e la competenza.

1. La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità

Al fine di delineare il termine prescrizionale dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori promossa dalla società, è necessario prendere in considerazione tre norme del codice civile. Il coordinamento e l'esegesi di queste norme porteranno all'individuazione del regime prescrizionale applicabile a tale azione di responsabilità. In particolare, l'art. 2393, comma 3, c.c. prevede che l'azione «può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica». Ai sensi dell'art. 2949 c.c., «si prescrivono in cinque anni i diritti che derivano dai rapporti sociali»[261]. Infine, più in generale, l'art. 2935 c.c. afferma che «la

[261] Secondo quanto disposto dalla norma in esame, la prescrizione quinquennale opera con riguardo ai diritti che scaturiscono da rapporto societario e cioè dalle relazioni che si istituiscono fra i soggetti dell'organizzazione sociale e in dipendenza diretta del contratto di società o che derivano dalle situazioni determinate dallo svolgimento della vita in società, mentre ne restano fuori tutti gli altri diritti che trovano la loro ragion d'essere negli ordinari rapporti giuridici che una società può contrarre al pari di ogni altro soggetto (Cass., 9 marzo 1982, n. 1475, Codice civile annotato con la giurisprudenza, Ciafardini e Izzo, Milano, 2014, p. 3657).

prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

Il termine prescrizionale per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori è quinquennale e sembra che dall'art. 2393 c.c. si possa ricavare anche il *dies a quo* per il calcolo dello stesso, il quale partirebbe dalla data di cessazione dell'amministratore da tale carica. In riferimento al termine indicato dall'art. 2393 c.c., una parte della dottrina ha affermato che «sembra avere natura di termine decadenziale piuttosto che temine di prescrizione, sicché decorsi cinque anni dalla cessazione della carica, l'azione non può essere esercitata, neppure se, per ipotesi, il danno si manifestasse in un momento successivo»[262].

Tuttavia, tale interpretazione non risulta essere condivisibile, soprattutto se si fa riferimento anche all'art. 2935 c.c., secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Al contrario, invece, secondo l'impostazione sopra esposta, «gli effetti del decorso del tempo operano anche quando il diritto non è ancora sorto, per mancata produzione del danno»[263].

La parte dominante della dottrina, invece, ritiene che debba essere applicato anche in questo caso il principio generale previsto all'art. 2935 c.c.; tuttavia, pur rendendo operante tale norma, «da un

[262] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Il Foro Toscano, 2010, p. 16.
[263] G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità*, cit., p. 16.

lato, si sostiene che il termine di prescrizione di cinque anni decorre dal compimento del fatto potenzialmente produttivo del danno, mentre, dall'altro, si afferma che il termine prescrizionale decorre dal verificarsi del danno»[264]. Secondo la prima interpretazione, pertanto, «l'inizio della prescrizione deve farsi coincidere con il compimento da parte dell'amministratore, del fatto lesivo, e danno in senso giuridico è appunto lesione del diritto o violazione dell'obbligo e, quindi, da questo momento decorre la prescrizione, anche se la quantificazione delle conseguenze del danno possa dipendere da ulteriori elementi»[265]. Tuttavia, deve ritenersi corretta la seconda interpretazione, in quanto, «fintanto che il danno non si è prodotto, la società non può convenire gli amministratori con l'azione di responsabilità e, quindi, non può iniziare la prescrizione di un diritto non ancora sorto, dovendosi considerare il danno un elemento della fattispecie produttiva del diritto al risarcimento»[266]. In questo senso si è espressa anche la Cassazione, la quale ha affermato che «il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento non inizia a decorrere se non dal momento in cui il danno, che consegue dal comportamento del soggetto

[264] G. U. Tedeschi, *La prescrizione delle azioni di responsabilità*, Le Società, 1988, p. 1010.
[265] Azariti e Scarpello, *Prescrizione e decadenza, Commentario del codice civile, art. 2949*, Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1964, p. 309.
[266] G. U. Tedeschi, *La prescrizione*, cit., p. 1011.

colpevole, si è manifestato, ovvero si è concretamente prodotto nella sfera giuridica altrui si è prodotto»[267].

Quindi, in conclusione, il termine prescrizionale (previsto dall'art. 2949 c.c.) è di cinque anni e comincia a decorrere dal momento in cui il danno si è verificato e non dal compimento dell'atto illegittimo da parte dell'amministratore[268], in quanto il danno può verificarsi anche in un momento molto più avanti nel tempo rispetto al momento in cui è stato compiuto l'atto illegittimo da arte dell'amministratore. Questa interpretazione, tra l'altro, è coerente con quanto previsto dall'art. 2392 c.c., secondo cui uno dei presupposti per l'esercizio dell'azione di responsabilità è proprio il verificarsi del danno, in seguito all'azione illegittima compita dall'amministratore.

Segue: la sospensione della prescrizione

L'art. 2941 c.c. in generale prevede le cause di sospensione della prescrizione nei i rapporti delle parti. In particolare, al punto 7 è disposto che la prescrizione rimane sospesa «tra le persone giuridiche e i loro amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi». Quindi, in altri termini, la società potrà agire nei confronti degli amministratori solo dal momento in cui essi

[267] Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1975, n. 3161, *Giur. It. Mass.*, 1975, p. 902.
[268] Pertanto deve ritenersi erronea la decisione, secondo cui il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori comincia a decorrere dalla deliberazione assembleare che promuove l'azione sociale di responsabilità. La delibera, infatti, costituisce una condizione di validità per promuovere l'azione.

non ricopriranno più tale carica (fino a quel momento, infatti, opererà la sospensione della prescrizione *ex* art. 2941 n. 7 c.c.), e il termine prescrizionale (di cinque anni) comincia a decorrere proprio dal momento della cessazione della carica.

Tuttavia, però, si tratta non solo di stabilire quando si verifica la cessazione degli amministratori dalla carica, ma anche di precisare «se la sospensione operi fino a quando il singolo amministratore è in carica e contro di lui; oppure se valga fino al momento in cui sia in carica uno degli amministratori solidalmente responsabili»[269].

Prevalente è la prima soluzione, poiché «la sospensione della prescrizione nei rapporti di uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri; e la cessazione delle cause di sospensione della prescrizione verificatasi, riguardo ad uno dei debitori in solido, lascia inalterata la posizione degli altri (art. 1310 c.c.[270])»[271].

La Cassazione ha precisato, in riferimento alla sospensione della prescrizione, un aspetto molto importante, ossia che la causa di sospensione della prescrizione dell'azione sociale di responsabilità continua ad operare anche nel caso in cui gli amministratori siano

[269] G. U. Tedeschi, *La prescrizione*, cit., p. 1011.
[270] Art. 1310 c.c. – Prescrizione. – Gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido, oppure uno dei creditori in solido interrompe la prescrizione contro il comune debitore, hanno effetto riguardo agli altri debitori o agli altri creditori. La sospensione della prescrizione nei rapporti di uno dei debitori o di uno dei creditori in solido non ha effetto riguardo agli altri. Tuttavia il debitore che sia stato costretto a pagare ha regresso contro i condebitori liberati in conseguenza della prescrizione. […]
[271] Frè, *Società per azioni, Commentario del codice civile, art. 2393*, Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1982, p. 522.

ancora in carica e i soci siano già a conoscenza dei fatti illeciti imputabili agli amministratori poiché «tale causa di sospensione è giustificata non per il fatto che i singoli soci ignorino i fatti imputabili agli amministratori», ma perché si configura una ipotesi di conflitto di interessi, in quanto gli amministratori «sono incapaci di tutelare gli interessi della società nei confronti dei fatti dannosi da essi stessi compiuti»[272].

In riferimento alla responsabilità degli amministratori, è importante anche il punto 8 dello stesso art. 2941 c.c., secondo cui la prescrizione è sospesa «tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto». Per cui, ulteriore causa di sospensione della prescrizione è costituita dal comportamento doloso dell'amministratore, volto ad impedire la conoscenza, da parte dei soci, degli atti illeciti da egli compiuti.

Prendendo ora in considerazione questa causa di sospensione della prescrizione e inserendola nel contesto delineato dalle norme analizzate in precedenza, deve concludersi che anche se l'amministratore sia cessato dal proprio ufficio e qualora egli abbia dolosamente nascosto l'atto illecito (ad esempio, se con bilanci falsi o con altri mezzi fraudolenti gli amministratori hanno impedito alla

[272] Cass., 19 maggio 1972, n. 1530, *Giur. It.*, 1973, p. 59.

società di conoscere il fatto dannoso dal quale deriva la loro responsabilità, la prescrizione del''azione contro di essi decorre solo dal momento in cui la società ha conosciuto la verità[273]), dal quale risulterebbe la sua responsabilità, la prescrizione rimane sospesa fino al momento in cui non sia scoperto il dolo[274].

2. La prescrizione dell'azione di responsabilità spettante ai creditori

Così come fatto per la prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, allo stesso modo, è opportuno richiamare le norme dalle quali si deve partire per individuare il regime applicabile a questa determinata fattispecie, ossia la prescrizione dell'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali. Anche in questo caso, tre sono le norme da considerare: l'art. 2394, comma 2, c.c., secondo cui «l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti»; l'art. 2949 c.c. che prevede espressamente, al secondo comma, che l'azione di responsabilità esercitabile dai creditori sociali si prescrive in cinque

[273] Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, Milano, 1948, p. 394.

[274] Una parte della dottrina fornisce un'interpretazione più restrittiva, affermando che «l'atto illecito deve aversi per occultato solo fino al giorno in cui l'assemblea deve rilevarlo, nel senso che, se l'atto illecito degli amministratori non è stato da costoro dissimulato in modo che non sia possibile scoprirlo usando della diligenza a cui i vari organi sociali sono tenuti nell'adempimento delle loro diverse attribuzioni, la prescrizione comincerà il suo corso» (Frè, *Società per azioni*, cit., p. 522).

anni; e l'art. 2935 c.c., per cui «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

Il coordinamento delle norme pone una serie di problematiche che verranno in questa sede analizzate.

In primo luogo, la dottrina ha evidenziato un problema scaturente dall'art. 2935 c.c., il quale lega la decorrenza della prescrizione al giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Il *dies a quo*, può risultare di difficile determinazione, poiché esso potrebbe dipendere dalla natura del diritto soggettivo da esercitare e, proprio in rifermento alla natura dell'azione di responsabilità esercitata dai creditori, assume rilevanza l'opposizione tra la concezione contrattuale ed extracontrattuale della responsabilità civile fatta valere dai creditori sociali. «Se l'azione fosse contrattuale, l'interesse a far valere il diritto al risarcimento del danno da inadempimento degli amministratori sorgerebbe, come per tutti i diritti di credito, dal momento del''esigibilità della prestazione; se si trattasse di azione extracontrattuale, invece, l'interesse sorgerebbe al momento della verificazione del fatto (produzione del danno o sua manifestazione)»[275].

A prescindere dalla diversa impostazione, la giurisprudenza individua il momento in cui comincia a decorrere la prescrizione

[275] Vitucci, *Prescrizione, Diritto civile, Enc. Giur.,* XXIV, Roma, 1991, p. 8.

facendo riferimento all'art. 2394 c.c., e dalle numerose pronunce può ricavarsi il seguente principio di diritto: «l'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali verso gli amministratori *ex* art. 2394 c.c. può essere proposta dal momento un cui l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti, oltre al verificarsi, si manifesta oggettivamente, in modo da realizzare la possibilità legale dell'esercizio del diritto, a nulla rilevando gli impedimenti di fatto soggettivi come l'ignoranza del fatto illecito da parte del titolare del diritto»[276].

Il secondo problema che si viene a creare, e che è legato anche al principio appena riportato, è quello relativo alla considerazione o meno dell'elemento soggettivo. Ossia, ci si chiede se la decorrenza della prescrizione debba iniziare facendo riferimento all'elemento oggettivo, cioè la manifestazione dell'insufficienza patrimoniale della società; oppure a quello soggettivo, cioè l'effettiva conoscibilità da parte del creditore della insufficienza patrimoniale (che nella realtà può essersi manifestata prima). Il problema scaturisce dal fatto che «la conoscibilità è sì una situazione giuridica oggettiva, ma a struttura inevitabilmente anche soggettiva»[277].

[276] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità spettante ai creditori sociali e prescrizione, Giur. Comm.*, 2006, p. 692.
[277] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità*, cit., p. 693.

La dottrina prevalente, piuttosto che individuare il termine iniziale della prescrizione nel momento in cui si manifesta l'insufficienza patrimoniale, come fa la giurisprudenza, guarda «al momento in cui l'insufficienza patrimoniale si verifica, negando così ogni rilevanza sia della conoscenza effettiva sia alla conoscibilità da parte del creditore sociale»[278].

Un'altra parte della dottrina recente, invece, ha cercato di elaborare una teoria che desse rilevanza all'elemento soggettivo della conoscibilità da parte del creditore. Secondo tale tesi, «il periodo quinquennale di prescrizione decorrerebbe soltanto dal momento in cui per il creditore sociale sia conoscibile l'insufficienza patrimoniale della società. E la conoscibilità del fenomeno muterebbe a seconda della qualità del creditore sociale, perché dipenderebbe dalla capacità cognitiva della categoria socio-economica cui il creditore sociale appartiene, data la natura semantica dei fatti esteriori dimostrativi dell'incapienza»[279]. In altri termini, «poiché l'azione può essere proposta quando il patrimonio sociale "risulta" insufficiente, il termine quinquennale di prescrizione comincia a decorrere non dal momento in cui si verifica lo sbilancio patrimoniale, ma dal momento

[278] F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 506.
[279] Iozzo, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, *Giur. Comm.*, 2005, p. 55.

in cui lo stesso si sia manifestato, divenendo conoscibile ai creditori»[280].

Questa teoria, tuttavia, è stata esposta ad una serie di critiche che hanno portato ad escluderla. In primo luogo, il legislatore, nel dettare e concepire l'istituto della prescrizione, ha dato importanza al tempo oggettivo: *ex* art. 2935 c.c., infatti, la decorrenza della prescrizione inizia dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, indipendentemente dalla conoscenza effettiva che il titolare del diritto (creditore) possa avere[281]. Per cui, l'art. 2935 c.c. «esprime una scelta tra i contrapposti interessi – individuale, all'esercizio del diritto, e collettivo, alla certezza delle situazioni giuridiche – in favore della tassatività delle ipotesi di sospensione e d'interruzione ella prescrizione e quindi, sostanzialmente, in favore della certezza»[282].

In secondo luogo, l'art. 2394 c.c. utilizza il termine "risultare" che «indica la conseguenza conclusiva di un'operazione, che scaturisce del calcolo algebrico delle attività e passività della società e

[280] Silvestrini, *Art. 2394*, Sandulli e Santoro, *La riforma delle società in accomandita per azioni. Tomo 1: artt. 2325 – 2422 cod. civ.*, Torino, 2003, p. 495.
[281] La Cassazione ha chiarito che «l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 c.c. attribuisce rilevanza al fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è solo quella che deriva da cause giuridiche che ostacolino l'esercizio del diritto e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, come quelli che trovino la loro causa nell'ignoranza, da parte del titolare, dell'evento generatore del suo diritto e nel ritardo con cui egli proceda ad accertarlo per la mancata comunicazione, giacché solo in caso di dolo da parte del debitore la prescrizione rimarrà sospesa ai sensi dell'art. 2941 n. 8 c.c.». (Cass., 28 luglio 2004, n. 14249, *La Cassazione civile- Le sentenze per esteso*, Torino, 2005)
[282] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità*, cit., p. 698.

che consiste nello sbilancio patrimoniale negativo»[283]. Pertanto l'art. 2394 c.c. attribuisce rilevanza al momento in cui l'insufficienza patrimoniale si produce e non al momento in cui i creditori hanno percezione della sua manifestazione. E se la norma avesse voluto dare rilevanza alla conoscibilità soggettiva dell'insufficienza avrebbe potuto integrare la norma in tal senso, ossia «l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta *loro* insufficiente al soddisfacimento dei crediti». Tra l'altro, l'art. 2394 fa riferimento non al singolo creditore, ma alla categoria creditoria, per cui risulta ulteriormente escluso, dalla *ratio* della norma, l'intenzione di considerare l'elemento soggettivo, il quale sarebbe proprio di ciascun creditore.

Segue: la sospensione della prescrizione

Come visto nei paragrafi precedenti, l'art. 2941 c.c. contiene due cause di sospensione della prescrizione, che riguardano l'ambito della responsabilità degli amministratori (una, al n. 7, in via diretta, la seconda, al n. 8, è dettata in senso più generale). Per quel che riguarda la prima causa di sospensione (n. 7), che prevede la sospensione della prescrizione delle azioni di responsabilità tra le persone giuridiche e i loro amministratori, essa deve ritenersi esclusa in questo caso.

[283] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità*, cit., p. 699.

L'azione esercitata dal creditori, infatti, è indipendente e differente da quella esercitata dai creditori; l'unico presupposto che le due azioni hanno in comune è il comportamento lesivo degli amministratori, il quale, però, può giustificare la proposizione di entrambe le azioni, ma i tempi per la decorrenza della prescrizione risultano differenti.

Risulta, invece, applicabile la seconda causa di sospensione, ossia quella prevista al n. 8 dell'art. 2941 c.c., secondo cui la prescrizione rimane sospesa tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il credito, finché il dolo non sia stato scoperto.

3. La prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal curatore fallimentare e l'applicazione della causa di sospensione della prescrizione *ex* art. 2941 n.7 c.c.

Per individuare qual è il regime prescrizionale dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare nei confronti degli amministratori, è opportuno soffermarsi su un'ulteriore questione di fondo, che influenza i diversi orientamenti che si sono formati.

Le differenti opinioni e teorie che si sono formate intorno alla natura dell'azione esercitata dal curatore hanno influenzato anche la disciplina della prescrizione, con particolare attenzione alla questione relativa all'applicabilità della causa di sospensione prevista all'art.

2941 n. 7 c.c. Quattro sono gli orientamenti che si sono delineati in relazione sia alla concezione della natura dell'azione sia alla prescrizione.

L'orientamento classico e prevalente ritiene applicabili all'azione del curatore fallimentare le discipline previste per le singole azioni codicistiche in concreto esercitate, affermando che «l'autonomia delle azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. permanga in caso di esercizio delle medesime da parte del curatore fallimentare *ex* art. 146, comma 2, l. fall., in quanto trattasi di azioni che hanno presupposti diversi, la prima, quale azione contrattuale la seconda quale azione extracontrattuale basata sulla violazione delle regole a presidio della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale»[284]. Sulla base di quanto detto, pertanto, tale teoria considera applicabile la causa di sospensione della prescrizione *ex* art. 2941 n.7 c.c. alla sola azione sociale di responsabilità[285].

Il secondo orientamento, considerato il dominante, è dettato dalle Sez. Unite della Cassazione, le quali «basandosi sull'assunto che l'azione *ex* art. 146 l. fall. del curatore non configuri un'azione autonoma che sorge a titolo "originario" ma una sorta di "sostituzione" o "legittimazione speciale" all'esercizio delle

[284] Bonelli, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.*, *Giur. Comm.*, 1982, p. 769.
[285] Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, *Commento di Salafia, Giust. Civ.*, 1999, p. 75.

medesime azioni spettanti alla società (art. 2393 c.c.) ed ai creditori sociali (12394 c.c.), hanno statuito che non può trovare applicazione all'azione dei creditori sociali l'ipotesi di sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941 n. 7 c.c. in quanto prevista solo per l'azione sociale di responsabilità»[286]. Sulla base di quanto affermato dalla Suprema Corte, la dottrina concorde con essa sostiene che «la natura derivata dell'azione del curatore fallimentare presuppone un esame distinto dei profili sostanziali e processuali di responsabilità verso la società e verso i creditori sociali»[287].

Pertanto, sulla base di quanto sostenuto da tale teoria, il curatore, esercitando l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 146 l. f., deve rispettare i requisiti previsti per le rispettive azioni presenti nel codice civile, con la conseguenza che «il compimento del termine prescrizionale dovrà essere valutato con riferimento allo specifico *dies a quo* relativo a ciascuna delle due azioni: per l'azione sociale di responsabilità, con riferimento alla data di commissione del fatto dannoso (ovvero di emersione del relativo pregiudizio), salva l'applicazione della causa di sospensione prevista dall'art. 2941 n. 7 c.c.; per l'azione dei creditori sociali, in riferimento alla data in cui

[286] Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241, *Giur. Comm.*, 2006, p. 315.
[287] Iozzo, *Art. 146 l. fallimento e prescrizione delle azioni di responsabilità*, *Giur. It.,* 2004, p. 1017.

risulti oggettivamente conoscibile dal ceto creditorio l'insufficienza patrimoniale»[288].

Il terzo orientamento proviene sempre dalle Sezioni Unite ed è opposto rispetto al precedente, anche se il punto si partenza è il medesimo. In particolare, l'azione esercitata dal curatore è considerata unitaria e non autonoma e il termine per la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui l'insufficienza patrimoniale «si è manifestata "oggettivamente" ovvero dalla data del bilancio di esercizio, in cui è stata rilevata la perdita patrimoniale, venendo il termine di prescrizione sospeso fino alla cessazione della carica degli amministratori, cessazione coincidente con la dichiarazione di fallimento»[289]. In altri termini, quindi, questa teoria applica una causa di sospensione della prescrizione, espressamente prevista per l'azione sociale di responsabilità, all'azione esercitata dal curatore, nell'ambito della procedura concorsuale, che viene esperita anche nell'interesse del ceto creditorio, al fine di integrare il patrimonio sociale.

L'ultimo orientamento di matrice giurisprudenziale si pone l'obiettivo di posizionarsi in uno stato intermedio tra le teorie precedentemente analizzate. Il punto di partenza è costituito dall'ampliamento del concetto di "cumulo di azioni" dettato dalle Sezioni Unite: allargando la portata dell'espressione, questa teoria

[288] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità*, cit., p. 318.
[289] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità*, cit., p. 314.

ritiene applicabili all'azione del curatore fallimentare, i vantaggi derivanti dalle due diverse discipline dettate in tema di azione sociale (art. 2393 c.c.) e di azione dei creditori (art. 2394 c.c.). Pertanto, sulla base di tale orientamento, «il termine di prescrizione dell'azione decorrerebbe, secondo il regime più favorevole al curatore, come se si trattasse di un'unica azione, dal momento in cui "risulta" che il patrimoniale della società è insufficiente al soddisfacimento dei crediti (art. 2394 c.c.) e non dalla data della condotta *contra ius* o dall'*evnetum damni*, come sarebbe se si applicasse distintamente la disciplina prevista per le singole azioni di responsabilità»[290].

Lo scopo del curatore, secondo questa teoria, sarebbe la reintegrazione del patrimonio, sicché attraverso l'esercizio dell'azione dei creditori sociali, indirettamente persegue anche l'interesse del singolo creditore. Quindi il curatore è come se assumesse la posizione di "terzo" al quale non sono opponibili le eccezioni che gli amministratori avrebbero potuto sollevare contro i creditori e a società.

Dall'analisi delle diverse posizioni, si può notare come le soluzioni sono piuttosto eterogenee perché a monte i presupposti dai quali si parte sono differenti. Tante e valide sono le argomentazioni che sembrerebbero legittimare e diverse interpretazioni. Il problema di

[290] F. Meloncelli, *Azione di responsabilità*, cit., p. 316.

fondo è la mancanza di coordinazione tra le diverse normative, ossia, in particolare, tra le norme del codice e quelle della legge fallimentare. Le norme dettate in sede fallimentare sono sicuramente speciali rispetto a quelle del codice; e se da un lato la riforma fallimentare ha chiaramente delineato le posizioni di alcuni organi della procedura fallimentare (come ad esempio è avvenuto per il giudice delegato), dall'altro la figura del curatore fallimentare non è del tutto "ferma". Infatti, seppur in alcune circostanze gli vengono riconosciuti poteri speciali rispetto ai poteri delle parti; in altre, come nel caso dell'azione di responsabilità, non c'è chiarezza sulla sua posizione e questo porta ad una diversa interpretazione delle norme.

4. Il rito e la competenza

Con la legge n. 69 del 2009 viene abrogato il rito societario, pertanto l'azione di responsabilità promossa da curatore fallimentare nei confronti degli amministratori deve essere esercitata seguendo le regole del rito ordinario, disciplinato agli artt. 163 e ss. del codice di procedura civile.

Tuttavia, il legislatore, spinto (costantemente[291]) dalla crescente complessità del sistema delle fonti del diritto odierno e dalla necessità

[291] Infatti sono molti i tentativi e le soluzioni tentate per organizzare in modo efficiente l'ordinamento giudiziario, basti fare un *excursus* storico dei disegni di legge e leggi che si sono susseguite nel tempo: il progetto di riforma della disciplina della società di capitali, elaborato dalla Commissione Mirone (2000) conteneva la proposta di istituire presso i tribunali delle città sedi di Corte d'appello sezioni specializzate nella trattazione dei procedimenti che richiedono un elevato

di creare un sistema di giustizia maggior efficiente sia dal punto di vista della qualità che della quantità, ha riorganizzato il funzionamento dell'ordinamento giudiziario, ha ripartito in strutture organizzative specializzate per funzioni omogenee, composte da giudici specializzati, cioè non solo «già dotati di un'ampia e solida preparazione e di una significativa esperienza di carattere, ma che abbiano saputo e potuto progressivamente approfondire la conoscenza teorica e pratica di una o più particolari materie, magari tra loro contigue, senza smarrire la capacità di orientarsi nelle più vaste distese del diritto e della realtà sociale»[292].

Nel 2012, infatti, con la L. 24 marzo 2012 (d.l. 24 gennaio 2012 n.1) è stato introdotto nel nostro ordinamento il Tribunale delle imprese. All'art. 2 viene specificato «l'ambito della competenza per materia delle sezioni specializzate in materia d'impresa e comprende:

grado di conoscenza dei settori economico e finanziario; il D.Lgs. 168/2003 attribuì la competenza in ordine ai giudizi aventi ad oggetto le controversie in materia di marchi nazionali, internazionali e comunitari, di brevetti d'invenzione e di nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e di diritto d'autore e di quelle relative a fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale , alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale; il D. Lgs. 30/2005, che introdusse il Codice della proprietà industriale ampliò la competenza delle sezioni specializzate, comprendendo anche i procedimenti concernenti i marchi di fatto, i segni distintivi diversi dai marchi, le indicazioni geografiche, le denominazioni d'origine, le topografie dei prodotti a semiconduttori, le invenzioni dei lavoratori dipendenti e dei ricercatori della università e degli enti pubblici di ricerca e le informazioni aziendali riservate, i procedimenti in tema di concorrenza sleale interferenti solo indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, quelle concernenti l'indennità di espropriazione per scopi di pubblica utilità dei diritti di proprietà industriale e quelle in materie connesse anche in senso improprio, con quelle devolute alla cognizione delle medesime sezioni. In un primo momento, attraverso l'art. 134, del medesimo decreto legislativo, tutte queste controversie vennero attribuite alla competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale, le quali applicavano non il rito ordinario, ma quello *societario*. Successivamente, però, un intervento della Corte Costituzionale (Sent. n. 170, 17 maggio 2007) dichiarò illegittima tale previsione per eccesso di delega, sicché le sezioni specializzate ripresero ad adottare il rito ordinario. (P. Celentano, *Le sezioni specializzate in materia in impresa*, *Le Società*, 2012, p. 811).

[292] Paolo Celentano, *Le sezioni specializzate in materia in impresa*, *Le Società*, 2012, p. 809.

1. le controversie in tema di proprietà industriale;
2. le controversie in tema di diritto d'autore;
3. le controversie relative alle violazioni della normativa a tutela della concorrenza del mercato (normativa *antitrust*) italiano: cioè quelle concernenti le azioni di nullità e di risarcimento del danno e le relative azioni cautelari fondate su tali violazioni;
4. le controversie concernenti la violazione della normativa antitrust dell'Unione europea;
5. la gran parte delle cause e dei procedimenti in materia societaria relativamente alle società per azioni società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative europee, stabili organizzazioni nel territorio dello Stato italiano di società costituite all'estero ovvero società che esercitano la direzione e il coordinamento o sono sottoposte alla direzione o coordinamento di tali società;
6. procedimenti relativi a contratti pubblici di appalti di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte taluna delle predette società, ovvero quando taluna delle predette società partecipi al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati;

7. le cause e i procedimenti che presentino cause di connessione con quelli sopra indicati»[293].

Dall'elenco di materie di competenza del Tribunale delle imprese si può subito notare che queste nuove sezioni specializzate operano su un ampio raggio di materie, alcune già affidate alle vecchie sezioni, altre di nuove attribuzioni. In questa sede non saranno analizzati tutti i punti previsti dall'art. 2, ma l'attenzione verrà concentrata su un solo punto, utile ai fini dell'indagine che si sta conducendo: la competenza in materia societaria. L'art. 3, secondo comma, del D.lgs. n. 168/2003, afferma che alla materia societaria appartengono i procedimenti, di carattere contenzioso o di volontaria giurisdizione, compresi i lodi arbitrali:

1. relativi a rapporti societari;
2. relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
3. in materia di patti parasociali, anche diversi da quelli regolati dall'art. 2341 *bis* del codice civile;
4. aventi ad oggetto azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate contro le società che le controllano;

[293] P. Celentano, *Le sezioni specializzate*, cit., p. 814.

5. relativi ai rapporti di cui all'art. 2359, primo comma, n. 3, all'art. 2497 *septies* e al'art. 2545 *septies* del codice civile.

Da questo elenco di procedimenti, è necessario, ancora una volta, selezionare quello di interesse ai fini dell'elaborato, ossia i procedimenti relativi ai rapporti societari. Il legislatore ha previsto espressamente cosa comprendono i procedimenti relativi a rapporti societari:

a) quelli concernenti l'accertamento, la costituzione , la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario;
b) le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati;
c) le opposizioni dei creditori delle società per azioni, in accomandita per azioni od a responsabilità limitata contro le deliberazioni sociali di riduzione del capitale sociale mediante liberazione dei soci dai versamenti ancora dovuti o

mediante rimborso del capitale ai soci, di cui agli artt. 2445, comma 3, e 2482, comma 2, c.c.;

d) le opposizioni dei creditori contro le deliberazioni sociali i revoca dello stato di liquidazione, di cui all'art. 2487 *ter*, comma 2, c.c.;

e) le opposizioni dei creditori o dei possessori di obbligazioni di società partecipanti ad una fusione od una scissione societaria contro la deliberazione o decisione sociale della fusione o della scissione, di cui agli artt. 2503, comma 2, 2503 *bis*, comma 1, 2506 *ter*, c.c.

Ovviamente il punto di questo elenco che interessa è il secondo, ossia le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi. L'interrogativo che viene posto è se, in caso di azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare, debba applicarsi il rito ordinario dinnanzi al Tribunale delle imprese, oppure l'art. 24 l. f., secondo cui «il Tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore».

Secondo l'opinione prevalente, il curatore fallimentare deve esercitare l'azione di responsabilità dinnanzi al Tribunale delle imprese, sottraendola, quindi «alla *vis attractiva* del foro fallimentare, cioè alla competenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento per

le azioni da questo derivanti, prevista dall'art. 24 l. f.»[294]. Questo orientamento, inoltre, è coerente con la considerazione per cui tali azioni non derivano dal fallimento della società, dato che le stesse potrebbero essere esercitate, al di fuori della procedura fallimentare, dalla società e dai creditori e pertanto il curatore dal fallimento ottiene solo la legittimazione ad esercitarle in luogo della società e dei creditori che, con la dichiarazione di fallimento, hanno perso la legittimità.

[294] P. Celentano, *Le sezioni specializzate*, cit., p. 818.

CONCLUSIONI

Dal percorso e dall'analisi effettuati, si denota come i problemi di natura sostanziale, evidenziati nella prima parte dell'elaborato, influenzano poi la concezione di tutta la disciplina, creando diverse teorie le quali o partono da presupposti uguali, ma giungono a conclusioni differenti; oppure, al contrario, partono da presupposti diversi e giungono alle medesime conclusioni o comunque simili.

Il problema principale è comprendere quale sia effettivamente la natura dell'azione del curatore, ossia se essa sia di autonoma, oppure derivata da quelle previste dal codice civile agli att. 2393 e 2394. Questa problematica ha poi notevoli influenze sull'applicazione sia del regime prescrizionale, ma anche su altri aspetti processuali come l'onere della prova e la dimostrazione del nesso causale. A complicare il quadro, inoltre, vi è l'incongruenza del legislatore, il quale, con le diverse riforme, prima quella relativa alla disciplina societaria e poi quella fallimentare, ha creato vari vuoti normativi che lasciano spazio a libere interpretazioni da parte della giurisprudenza di legittimità, seppur alcuni punti fermi siano stati posti in essere da alcune sentenze della Cassazione a Sezioni Unite.

Dallo studio e dalla lettura delle varie fonti, dalle quali ho attinto per ricostruire il mio elaborato, ho maturato una mia opinione in riferimento al tema principale della trattazione.

Il mio punto di partenza della riflessione è costituito da due presupposti: in primo luogo, il curatore acquista la legittimazione ad agire nei confronti degli amministratori solo dopo la sentenza dichiarativa del fallimento; in secondo luogo, l'art. 2394 *bis* c.c. espressamente prevede che le azioni previste agli articoli precedenti (2393 e2394 c.c.) siano esercitate dal curatore in caso di fallimento della società.

Ora, rifacendomi all'orientamento, ormai pacifico, della Cassazione, secondo cui l'azione del curatore sia un'azione unitaria, che non sorge *ex novo* in virtù della procedura fallimentare, è possibile ritenere che sia necessario considerare la disciplina che rispettivamente riguarda le azioni promosse dalla società, ex art. 2393 c.c. e dai creditori sociali, ex art. 2394 c.c.

Poiché l'azione del curatore è unitaria e finalizzata alla reintegrazione del patrimonio della società e, poiché ci si trova nell'ambito del fallimento, tale reiterazione è finalizzata anche al soddisfacimento dei creditori, pertanto è necessario individuare la disciplina più idonea a tal fine, senza però applicare istituti, come quello della sospensione ai sensi dell'art. 2941 n. 7 c.c., che sono

propri di una delle due azioni, poiché, forzando la lettera della norma, ne deriverebbe un regime di tutela sbilanciato verso una parte processuale, ossia quella attrice.

BIBLIOGRAFIA

Elenco opere citate:

N. Abriani, *Gli amministratori di fatto di società di capitali*, Milano, 1998.

G. Alpa, M. Bessone, V. Zeno Zencovich, *I fatti illeciti*, *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno, Torino, 1995.

G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. III, Bari, 2014.

F. Bano, *Lavoro e rapporti assicurativi*, Torino, 2003.

M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994.

Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, Milano, 1948.

Cabras, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002.

G. Campobasso, *Diritto commerciale 2*, Torino, 1992.

Francesco Caringella, *Manuale di diritto civile*, vol. 2, Milano, 2008.

E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

Cesareo, *La diligenza dell'attività amministrativa*, De Tilla, Alpa e Patti, *Diritto dell'economia*, Milano, 2002.

G. Cottino, *Le società - Diritto Commerciale*, Padova, 1999.

P. G. Demarchi, *Il fallimento delle società*, in R. Ambrosini, *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006.

F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995.

F. Ferrara e F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1994.

F. Galgano, *Il fallimento delle società di capitali, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2004.

F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova 2006.

F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, l'impresa e le società III,2*, Padova, 2011.

F. Galgano e R. Genghini, *Trattato di diritto commerciale – Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006.

A. Graziani, G. Minervini, U. Belviso, *Manuale di diritto commerciale*, Padova 2011.

Hart e Honorè, *Causation in the Law,* Oxford, 1985.

C. Mandrioli, *Diritto processuale civile I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2012.

Quatraro e Picone, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano, 1998.

M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004.

Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 1998.

M. Sella, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2007.

A. Toffoletto, *Diritto delle società – Amministrazione e controlli*, Milano, 2003.

Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

G. Trisorio Liuzzi, *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013.

A. Violante, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Perlingeri, Napoli, 1999.

R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.

Zamperetti, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.

Elenco riviste citate:

R. Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, *Corriere giuridico*, 2011.

M. R. Ascione e D. Camuto, *Responsabilità degli amministratori delle società* in house, *Osservatorio legislativo interregionale*, Roma, 2010.

F. Bonelli, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.*, *Giur. Comm.*, 1982.

F. Bonelli, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, *Giur. Comm.*, 2003.

F. Busnelli, *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Resp. Civ. e prev.*, 1977.

S. Cassani, *La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali*, *Le Società*, 7/2011.

M. Castiglioni, *Brevi note in materia di insindacabilità delle scelte gestionali degli amministratori e di onere della prova nell'azione sociale di responsabilità*, *Resp. Civ. e prev.*, 2012.

P. Celentano, *Le sezioni specializzate in materia in impresa*, *Le Società*, 2012.

Dellacasa, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, *Contratto e impresa*, 1999.

A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, *Rivista critica di diritto privato*, 1984.

M. Fabiani, *Riforma dei riti societari e nuovi dubbi sui sequestri speciali fallimentari nella prospettiva delle riforme concorsuali*, *Fallimento*, 2006.

F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, *Rivista critica diritto privato*, 1987.

Iozzo, *Art. 146 l. fallimento e prescrizione delle azioni di responsabilità*, *Giur. It.,* 2004.

Iozzo, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, *Giur. Comm.*, 2005.

La Battaglia, *Certezza del danno e difficoltà del* quantum, *Danno e resp.*, 2003.

B. Mameli, *L'*in house *tra regola ed eccezione*, *Resp. Civ. e prev.*, 2010.

A. Marcinkiewicz, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione del credito*, *Il Fallimento*, 2011.

B. Meoli, *Garanzie infragruppo, vantaggi compensativi e onere della prova*, *Il Fallimento*, 2007.

F. Meloncelli, *Azione di responsabilità spettante ai creditori sociali e prescrizione, Giur. Comm.*, 2006.

A. Patti, *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, *Giur. Comm.*, 1997.

E. Piga, *Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società* in house *e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2007.

P. Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore (commento)*, *Le Società*, 2011.

S. Ronco, *Questioni varie in tema di responsabilità di amministratori e sindaci di S.r.l.*, *Il Fallimento*, 2012.

R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, *Le Società*, 2013.

G. Sismondi, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Il Foro Toscano, 2010.

G. U. Tedeschi, *La prescrizione delle azioni di responsabilità*, Le Società, 1988.

Codici commentati, Commentari ed Enciclopedie giuridiche utilizzati:

Azariti e Scarpello, *Prescrizione e decadenza, Commentario del codice civile, art. 2949*, Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1964.

M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, Branca e Scialoja, Bologna – Roma, 1979.

L. Ciafardini e F. Izzo, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2014.

Corsaro, *Responsabilità civile, Enc. Giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991.

D. Di Maio, *Legge fallimentare esplicata- La normativa spiegata articolo per articolo*, Napoli, 2014.

Frè, *Società per azioni, Commentario del codice civile, art. 2393*, Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1982.

A. Jiorio e M. Fabiani, *Il nuovo diritto falimentare*, *Commentario*, Torino, 2007.

M. G. Paolucci, *Commento all'art. 2476 c.c.* in *Società a responsabilità limitata* in *Commentario al c.c.*, Scialoja, Branca e Galgano, Bologna, 2014.

Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale, Enc. Dir.*, Milano, 1988.

Stella, *Rapporto di causalità, Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma, 1991.

Vitucci, *Prescrizione, Diritto civile, Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991.

Sitografia utilizzata:

F. Benassi, *Società a responsabilità limitata- Legittimazione della società all'esercizio dell'azione di responsabilità di cui all'articolo 2476 c.c. - Sussistenza fondamento*, www.ilcaso.it/rubriche/indice-gs.php?id_cont=2476.

Benassi, *Riproduzione riservata*, www.ilcaso.it/rubriche/indice-gs.php?id_cont=2476.

Benassi, *Massimario del processo societario*, www.ilcaso.it.

G. Borriello, *Società* in house providing - *Connotati qualificanti e requisiti - Natura esclusivamente pubblica dei soci - Prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società - Sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici - Contemporanea sussistenza – Necessità*, http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=10015.php.

Cass. 65/89; Cass. 7801/86; Cass. 567/83; Cass. 3622/80; Cass. 2264/77, http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gaudino-1995/gaud3.html.

Cassazione, 12 giugno 2007, n. 13765, http://www.dirittoefinanza.it/view.php?id=629.

Cassazione, 21 luglio 2010 n. 17121, http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3663.php.

G. Chiantera e D. Pettinato, *Il modello organizzativo delle* in house providing, http://www.altalex.com/index.php?idnot=37628.

A. Dal Moro e A. Mambriani, *Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. ed s.r.l.*, www.ilcaso.it.

F. Mauceri, *Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile*, http://www.juscivile.it/contributi/2015/07_Mauceri.pdf.

D. Minussi, *Azione sociale di responsabilità (società per azioni*), www.e-glossa.i, wikijus.

A. Petteruti, *La responsabilità di amministratori di società*, www.cameracivilecassino.it.

Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gaudino-1995/gaud3.html

/*Brevi riflessioni- Sui requisiti oggettivi minimi per la configurazione dell'amministratore di fatto*, http://istitutocuratorifallimentari.it/imagebank. PONTO%20I pdf, p. 1.

http://www.treccani.it/enciclopedia/fumus-boni-iuris/.

Sentenze citate:

Cass., 11 novembre 2010, n. 22911; Trib. Di Monza, 12 gennaio 2009; Corte d'appello di Bologna, 19 luglio 2008; Cass., 7 luglio 2001, n. 14963; Trib. Di Roma, 12 novembre 2009; Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 21 luglio 2010, n. 17121; Trib. Di Padova, 19 luglio 2012; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488; Trib. Di Napoli, 11 novembre 2004; Cass. 21 luglio 2010, n. 17121; Trib. Di Novara, 12 gennaio 2010; Corte Giust., Ce, 9 giugno 2009, C – 480; Cons. St., Ad. plen., n. 1/2008; Cons. St., Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; Cons. St., sez. V, Ordinanza n. 2316, 22 aprile 2004; Tar Campania, Se. I, 30 marzo 2005, n. 2784; Corte de Conti, Lombardia, 4 novembre 2002, n. 1861; Corte dei Conti, Lombardia, 3 febbraio 2003, n. 157; Corte dei Conti Abruzzo, 16 luglio 2002, n. 549; Corte dei Conti, Sez. I, 4 agosto 1999, n. 246; Corte dei Conti, Sez. III, 14luglio 1999, n. 162; Corte dei Conti, Sez. III, 21 dicembre 1999, n. 315; Corte dei Conti, Sez. III, 19 maggio 1997, n. 154; Corte die Conti, Sez. III, 10 novembre 2004, n. 601; Corte dei Conti, Sez. III, 28 gennaio 2005, n. 56; Corte dei conti, Sez. II, 26 gennaio 2004, n. 27/A; Corte dei Conti, Sez. Riun. 23 aprile 2003, n. 10/03/QM; Corte dei Conti, Veneto, 6 maggio 2003, n. 258; Cass., SS. UU., 26

febbraio 2004, n. 3899; Cass., SS. UU., 2004, n. 519; Cass., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass. 10 gennaio 1979, n. 158; Trib. Di Velletri, 8 marzo 2010; Trib. Santa Maria Capua Vertere, 24 maggio 2011; Trib. Di Napoli 31 ottobre 2010; Trib. Di Nocera Inferiore, 21 novembre 2013; Cass., 27 settembre 2013, n. 22209; Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784; Cass., 7 maggio 1999, n. 5484; Trib. Torino, 12 dicembre 1990; Trib. Roma, 11 novembre 1981; Cass., 23 aprile 2003, n. 6478; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343; Cass., 31 marzo 2010, n. 7956; Cass., 1 giugno 2010, n. 1341; App. Napoli, 23 Febbraio 1962; App. Bologna, 12 luglio 1985; Cass., 14 luglio 1987, n. 6121; App. Bologna, 16 ottobre 1962; Trib. Milano, 4 luglio 1985; Cass., 22 ottobre 2004, n. 20637; Trib. Tolmezzo, 25 luglio 2005; Cass. 12 novembre 1965, n. 2359; Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362; Cass., 24 febbraio 1995, n. 2115; Cass., 19 agosto 1996, n. 7604; Cass., 22 ottobre 1988, n. 10488; Cass., 10 maggio 2000, n. 5962; Cass., 2005, n. 3032; Cass., 2005. n. 2538; Cass., 1998, n. 10488; Cass., 2000, n. 1375; Cass. 16 novembre 2002, n. 1469; Trib. di Milano, 30 ottobre 2003; Cass., 9 marzo 1982, n. 1475; Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1975, n. 3161; Cass., 19 maggio 1972, n. 1530; Cass., 28 luglio 2004, n. 14249; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488; Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241; Corte Costituzionale, 17 maggio 2007, n. 170;