



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**Dottorato di ricerca in diritto degli affari e diritto
tributario dell'impresa**

XXVII ciclo

**LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE NELLA
S.P.A. IN CRISI**

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa
Barbara De Donno

CANDIDATA

Maria Zinno

CO-TUTOR

Chiar.mo Prof.
Gustavo Visentini

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A.

1. *Rischio e impresa.*
2. *Rischio e responsabilità.*
3. *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*
 - 3.1 *La responsabilità nei confronti della società.*
 - 3.2 *La responsabilità nei confronti dei creditori sociali.*
 - 3.3 *La responsabilità nei confronti del socio e del terzo.*
 - 3.4 *La responsabilità dell'amministratore di fatto.*
 - 3.5 *La responsabilità ex art. 2497 c.c.*
4. *La quantificazione del danno. Rinvio.*

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. DI FRONTE ALLA CRISI

1. *La responsabilità nella crisi.*

2. La responsabilità per aver causato (o aggravato) la crisi e la business judgement rule.

3. La responsabilità per non aver percepito tempestivamente ed efficacemente i segnali della crisi.

4. La responsabilità per non aver fronteggiato adeguatamente la crisi. I nuovi doveri di gestione conservativa.

5. Il problema della quantificazione del danno.

6. La responsabilità degli amministratori tra obbligo di chiedere il fallimento e nuove soluzioni negoziali.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. NELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

1. La responsabilità dell'amministratore nelle procedure concordatarie.

2. La legittimazione dell'organo concordatario.

3. Natura e presupposti dell'azione del curatore fallimentare.

4. La quantificazione del danno.

5. La prescrizione dell'azione.

6. Altri profili endo-fallimentari e processuali (autorizzazione all'azione, competenza, onere della prova, eccezioni opponibili).

7. Le altre procedure concordatarie: concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria.

8 In particolare: la responsabilità per violazione delle regole di gestione conservativa.

8.1 *In particolare: la responsabilità per violazione delle regole di separazione dei patrimoni destinati*

8.2 *In particolare: la responsabilità ex art. 2497 c.c.*

CAPITOLO IV

IL MODELLO BRITANNICO

- 1.** *L'interesse per l'esperienza britannica.*
- 2.** *I general duties degli amministratori nel Companies Act (2006).*
- 3.** *La responsabilità dei directors nell'Insolvency Act (1986).*
- 4.** *Il wrongful trading.*
- 5.** *(segue) Il wrongful trading: profili applicativi e spunti critici.*

CAPITOLO V

CONCLUSIONI

- 1.** *Le recenti linee evolutive in materia di procedure concorsuali.*
- 2.** *Il modello inglese.*
- 3.** *Diligenza, prevenzione e gestione della crisi.*
- 4.** *Considerazioni conclusive.*

Bibliografia

Introduzione

La responsabilità degli amministratori di società di capitali è tradizionalmente uno dei temi più frequenti del dibattito giuridico.

È però nei periodi di crisi economica e finanziaria che, combinandosi la ricerca del profitto con marcate connotazioni sociali, si avverte maggiormente l'esigenza che le norme sull'amministrazione non solo rispondano a principi di correttezza e regolarità gestionale, ma consentano altresì efficienza nei metodi, snellezza di procedure e rapidità di processi decisionali.

Gli interpreti non possono che porsi in una prospettiva dinamica: gli amministratori devono godere di quella discrezionalità che, combinata con abilità, competenza e fortuna, consenta loro di raggiungere risultati conformi all'interesse dei soci e della società; ciò però non può escludere l'ottemperanza di doveri, genericamente individuati o specificamente previsti da legge o statuto, nonché il rigoroso accertamento del loro esatto adempimento.

Pur ponendosi, dunque, alcuni obblighi come ineludibili, in primo luogo perché ispirati all'invalidabile limite della diligenza e della correttezza, l'assoggettamento alle sanzioni civilistiche della revoca e, soprattutto, della responsabilità per risarcimento del danno si colora di significati e sfumature diverse, in ragione del contesto ambientale di riferimento.

La crisi economica che negli ultimi anni ha interessato in modo pressoché indiscriminato, sia pur con diversa intensità, ogni categoria di soggetti, dalle maggiori istituzioni ai piccoli investitori, ha costituito e costituisce tuttora un interessante banco di prova per la valutazione dei diversi impianti normativi e per lo sviluppo di riflessioni e dibattiti sulle modalità per affrontare la crisi.

Tradizionalmente la risposta del nostro ordinamento si concentrava, da un punto di vista civilistico, sul funzionamento dei rimedi, essenzialmente repressivi, rispetto ai danni causati dall'insolvenza e si traduceva in tecniche di riparazione del pregiudizio, rigorose e penalizzanti. La riflessione oggi sembra, invece, tener conto delle nuove dinamiche dell'organizzazione societaria e dell'economia globale, nella prospettiva di un potenziamento degli strumenti a disposizione che renda il sistema competitivo a livello europeo ed internazionale.

A dire il vero, l'argomento della responsabilità nella gestione della crisi, per quanto di indiscusso rilievo, non è sempre stato oggetto di trattazione sistematica da parte della dottrina che si è piuttosto concentrata sulla responsabilità per la gestione della società *in bonis*, come se la crisi fosse un evento del tutto eccezionale e non un fenomeno connaturato all'attività produttiva svolta in un'economia di libero mercato.

L'interconnessione dei fenomeni economici su scala mondiale, con i suoi incontrollabili effetti di propagazione da un mercato all'altro, ha di certo contribuito al superamento di questa concezione, dimostrando come la crisi ben può dipendere da fattori in nessun modo imputabili a *mala gestio* degli amministratori, per quanto gli stessi siano comunque tenuti a percepirne tempestivamente i sintomi e a reagirvi in modo adeguato.

Soprattutto in fasi congiunturali negative del sistema economico-finanziario, si accentua, dunque, l'esigenza di definire con precisione i temi e i problemi della gestione dell'impresa in crisi, e dei doveri e delle responsabilità degli organi di amministrazione nelle varie fasi del declino sino all'insolvenza.

Si tratta di situazioni di squilibrio economico, finanziario o patrimoniale che impongono scelte rapide e ponderate che tengano conto dei diversi interessi in gioco, orientandosi nel senso della conservazione e promozione dell'impresa, ovvero della sua liquidazione.

Il tema della crisi dell'organizzazione societaria si colloca, quindi, sistematicamente a cavallo tra diritto societario e disciplina della crisi, incidendo inevitabilmente sulla responsabilità degli amministratori, cui spetta *ex art. 2380-bis c.c.* in via esclusiva la gestione dell'impresa.

Il tema si arricchisce delle novità apportate a livello legislativo.

Da un lato, il diritto societario riformato, con le sue innovazioni in tema di struttura finanziaria e di *governance*, è intervenuto sulla materia della responsabilità per l'attività gestoria, sia nella riconfigurazione del contenuto degli obblighi degli amministratori, sia, ad esempio, nella ridefinizione delle loro responsabilità dopo il verificarsi di una causa di scioglimento. Dall'altro, la disciplina delle procedure concorsuali è stata rimodellata alla luce di nuovi obiettivi di conservazione dei valori produttivi dell'impresa, in funzione di una sua ricollocazione sul mercato e, conseguentemente, di una più proficua soddisfazione dei creditori: si assiste a livello nazionale ed internazionale alla progressiva affermazione della cd. *rescue culture*.

Tanto premesso, la presente trattazione non può prescindere da un breve inquadramento generale sulla responsabilità dell'organo gestorio, istituto che prospera, non a caso, proprio nel terreno delle procedure concorsuali.

Segue, più specificamente, l'analisi della responsabilità rispetto alla crisi.

Il verificarsi del dissesto, infatti, oltre a comportare rilevanti riflessi sul generale assetto organizzativo della società, incide profondamente sui poteri e le responsabilità degli amministratori, i quali, pur mantenendo sia il potere gestorio che la rappresentanza, vedono mutare sostanzialmente la propria funzione. Lo studio non può che considerare le diverse fattispecie e, dunque, non solo la responsabilità per aver determinato o aggravato il dissesto, ma anche per non aver percepito tempestivamente ed efficacemente i segnali della crisi, o non averla fronteggiata adeguatamente.

Successivamente si affronteranno alcune questioni più strettamente inerenti alla responsabilità degli amministratori nelle procedure concorsuali, ambito nel quale senza dubbio la responsabilità per la “incauta” gestione trova massima espressione pratica.

Dall’analisi emergeranno le differenti vedute degli interpreti, anzitutto con riferimento alla precisa individuazione delle condotte generatrici di responsabilità, poi anche alla natura e ai presupposti dell’azione del curatore fallimentare, con le relative implicazioni in materia di prescrizione, rinuncia e transazione, onere della prova e, da ultimo, anche esito stesso dell’azione.

Si tratterà poi delle questioni di non poco conto che riguardano la liquidazione del danno risarcibile. Per lungo tempo, infatti, nel quantificare il danno cagionato dagli amministratori si è fatto uso di criteri presuntivi e automatici, che, consentendo di fatto di eludere la prova del nesso causale tra la condotta dell’organo gestorio e il danno ad esso riconducibile, si ponevano sostanzialmente in contrasto con la disciplina generale delle obbligazioni.

Proprio in materia di responsabilità gestoria nella crisi, si tratteggerà poi il modello proposto dall’ordinamento inglese, tradizionalmente attento alla responsabilità civile degli amministratori, e, in particolare, l’istituto del cd. *wrongful trading*, oggetto di un dibattito da sempre piuttosto vivace, esponenzialmente sviluppatosi dopo che la Commissione Europea lo ha elevato ad esempio nell’*Action Plan* del 2003.

Infine, prendendo atto della mancanza nel nostro ordinamento di istituti quali il *wrongful trading*, ovvero di specifici strumenti di allerta e prevenzione, muovendo dal regime di rimedi e responsabilità in capo agli organi sociali, si rifletterà sull’opportunità di un sistema di regole della gestione dell’impresa in difficoltà, ispirato a parametri di ragionevolezza ed effettività, nell’ottica non solo di un solido fondamento alle azioni di responsabilità, ma più in generale di obblighi di monitoraggio costante della situazione economico-societaria,

verifica della c.d. continuità aziendale, oltre che impiego di tentativi di composizione negoziale della crisi.

Una premessa di carattere metodologico: in considerazione della marcata differenziazione del tipo s.r.l. rispetto a quello della s.p.a., la presente analisi è stata limitata a quest'ultimo tipo societario, ed in particolare alla s.p.a. che adotta il sistema tradizionale di amministrazione e controllo; si ritiene tuttavia che alcune considerazioni possano avere portata generale anche al di fuori di esso.

I CAPITOLO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A.

1. *Rischio e impresa.*

L'impresa, attività economica complessa, è intimamente connessa al rischio¹.

¹ La letteratura sul rischio e la crisi di impresa è sconfinata. Per una panoramica, tra i più recenti contributi, ABRIANI N., STANGHELLINI L., TOMBARI U., *Operazioni straordinarie e crisi d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, III, 795, BRESCIA MORRA C., CERA M., MOSCO G. D. (a cura di), *Il rischio d'impresa : profitti privati e pubbliche perdite*, Bologna, 2010; BRIZZI F., *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, Napoli, 2010; DEL PRATO E., *Crisi, insolvenza e tutele "endoconcorsuali"*, in *Dir. fallimentare*, 2001, I; DENOZZA F., *Responsabilità dei soci e rischio di impresa nelle società personali*, Milano, 1973, FERRI G. jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, I, 477; IBBA C., *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. soc.*, 2008, 936; JANNARELLI A., *Appunti per una teoria giuridica del "rischio di impresa"*, in *Rivista dir. agr.*, 2007, I, 299; LIBONATI B., *Responsabilità e rischio di impresa*, in LIBONATI B., *Scritti giuridici, vol. I, Impresa e società. Concorrenza e mercato. Gruppi. Bilanci e contabilità*, Milano, 2013, 67; LIBONATI B., *La crisi dell'impresa*, in LIBONATI B., *Scritti giuridici, vol. II, Società quotate e mercati finanziari. Titoli di credito e strumenti finanziari. Banche e operazioni bancarie. Crisi delle imprese. Saggi di vario diritto. Rassegne*, Milano, 2013, 791; MAROCCHI M., *Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata*, in *Contr. e impr.*, 2014, 221, OLIVIERI G., *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 509; OLIVIERI G. - PEZZOLI A., *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 115; POMELLI A., *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 510; RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012; ROSSI G., *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in *Riv. soc.*, 2013, 749; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, TOMBARI U. (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014 VELLA F., *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 161. A lungo la dottrina economica si è soffermata sul concetto di rischio, senza pretesa di esaustività: HAYNES J., *Risk as an economic factor*, in *Quarterly Journal of Economics*, Boston, 1985; KNIGHT F. H., *Rischio, incertezza e profitto*, Firenze, 1960. Nella dottrina italiana si veda anche ROGGI, O., *Rischio d'impresa, valore e insolvenza: aspetti teorici e processi di gestione del rischio*, Milano, 2008.

Tale correlazione trova piena manifestazione sul piano della realtà socio economica, dove l'incertezza sul futuro assume una sorprendente molteplicità di significati, in ragione del mutevole atteggiarsi dei fattori in gioco.

Per quanto, infatti, ogni attività umana implichi un certo margine di incertezza, l'impresa può considerarsi essa stessa sinonimo di rischio, esposta com'è ai mutamenti del mercato, nel quale opera per acquisire e combinare i fattori produttivi nel modo più conveniente ed efficiente al fine di un'adeguata e durevole remunerazione.

È innegabile che l'impresa commerciale, per la molteplicità dei rapporti contrattuali di cui è parte, si trovi ad assumere un numero considerevole di rischi, che non possono non influenzare il piano della realtà giuridica.

Non a caso l'imprenditore ricorre a svariati rimedi offerti dall'ordinamento al fine di attenuare in qualche modo i rischi più gravosi, anzitutto stipulando contratti di assicurazione o predisponendo clausole contrattuali che trasferiscano, anche solo parzialmente, i rischi sull'altro contraente.

In un mercato globalizzato e competitivo, l'andamento negativo del sistema economico accresce i rischi imprenditoriali e più in generale le naturali difficoltà operative e strategiche delle imprese, costrette dalla contrazione dei ricavi a ristrutturare la propria esposizione debitoria, mantenendo una flessibilità sufficiente per adeguarsi alle cangianti ed imprevedibili variabili in gioco.

Per quanto i progressi della scienza economica ed aziendalistica consentano oggi l'utilizzo di sofisticati strumenti matematico-statistici e contabili che, elaborando, analizzando e valutando dati storici e risultati, contribuiscono a ridurre l'incertezza, il rischio rimane un'ineliminabile costante con cui l'imprenditore deve inevitabilmente fare i conti.

Le principali decisioni, di carattere straordinario, riguardano la continuazione dell'attività, la trasformazione dei processi produttivi, o la dissoluzione dell'impresa, e originano rischi di particolare gravità giacché talvolta l'operatore economico, dinanzi a disfunzioni che non riesce a dominare, si abbandona a scelte prive di adeguato fondamento che accentuano i problemi anziché attenuarli, conducendo irreversibilmente alla crisi dell'impresa.

Senza dubbio in un'epoca in cui l'interconnessione dei fenomeni economici su scala mondiale produce incontrollabili effetti di propagazione da un mercato all'altro, la crisi diventa fenomeno fisiologico nel ciclo vitale dell'impresa.

E se la crisi, o quantomeno il rischio di crisi, diventa fenomeno connaturato all'attività svolta in un'economia di libero mercato, conseguentemente, la disciplina del dissesto non può mirare esclusivamente al rapido recupero delle somme investite nell'impresa inefficiente, ma deve puntare al risanamento e alla conservazione dei complessi produttivi tramite la riorganizzazione dell'impresa stessa.

2. Rischio e responsabilità.

Il soggetto che si assume, in modo diretto, il rischio economico generale d'impresa è l'imprenditore la cui remunerazione deriva dal profitto².

Di conseguenza è a lui che spetta la gestione del rischio stesso, dall'identificazione e al riconoscimento, alla misurazione, volta a calcolare la probabilità che si verifichi il danno e l'eventuale entità dello stesso, e, infine, alla scelta della strategia di copertura o di trattamento, intesa a contenerne gli

² Si contesta, invece, la rilevanza del rischio ai fini specifici della configurazione dell'impresa in SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

effetti negativi sulla situazione finanziaria, patrimoniale ed economica dell'impresa.

Nell'impresa individuale o di piccole dimensioni il titolare riassume in sé proprietà e controllo: apporta il capitale ed assume il controllo della gestione, rischiando tanto sulla remunerazione del capitale investito, quanto sulla remunerazione della sua attività decisionale.

Pur con le dovute distinzioni legate agli assetti proprietari, nelle imprese in forma di società di capitali, ed in particolare nella s.p.a., si accentua la distinzione tra proprietà e controllo: l'affare è dei soci, o meglio dell'azionariato di controllo, che assume la funzione imprenditoriale, occupandosi delle scelte strategiche e affidandone l'attuazione al gruppo manageriale, da cui si attende una gestione efficace.

Il processo di separazione raggiunge la massima divaricazione nelle società con base azionaria diffusa: chi investe capitale non interviene nella gestione, mentre chi assume la funzione direttiva, decisionale e organizzativa, non assume un rischio patrimoniale, se non indiretto, legato in primo luogo all'immagine e alla salvaguardia dell'incarico.

Non a caso, proprio con riferimento a tali strutture societarie, gli ordinamenti predispongono specifiche discipline di regolamentazione del mercato volte a garantire il rispetto del vincolo fiduciario da parte degli amministratori anche nei riguardi dei soci di risparmio³.

³ Una situazione simile si ravvisa nelle imprese pubbliche, dove la proprietà è dello Stato, che assume una responsabilità eminentemente politica di fissare gli indirizzi generali strategici, nominando altresì il *management* chiamato a darvi attuazione, come nelle società ad azionariato diffuso.

Si consideri che parte della dottrina ritiene che la contrapposizione tra responsabilità decisionale e proprietà stia per essere superata nella nuova impresa "post-manageriale" nella quale si allarga il novero dei soggetti pronti ad assumersi il rischio, non solo investendo capitale, ma anche rinunciando in tutto o in parte ad una remunerazione fissa predeterminata a prescindere dall'andamento della gestione. In merito PILLOTTI L., *L'impresa post-manageriale. Oltre la separazione tra proprietà, controllo e rischio*, in *Studi organizzativi*, Milano, 1990.

Sullo sfondo sin qui sinteticamente tratteggiato, il momento della crisi vede accentuarsi i doveri degli amministratori, tenuti a monitorare scrupolosamente la situazione economica della società e a valutarne e gestirne i relativi rischi.

Rimane centrale non soltanto il tema della responsabilità dei gestori per aver creato o contribuito a creare il dissesto, ma anche l'imputazione della responsabilità degli organi sociali per i danni conseguenti ad una gestione non conservativa del patrimonio sociale posta in essere nonostante il verificarsi di una causa di scioglimento, nonché l'analisi della correttezza dei comportamenti dei gestori dinanzi alla crisi conclamata.

Proprio l'ambito dei poteri dell'organo amministrativo diviene allora il terreno dove si intrecciano le norme societarie con quelle concorsuali giacché, se il diritto societario è volto non solo regolare i rapporti interni, ma anche a disciplinare i rapporti tra la società e i terzi, sorge spontaneo domandarsi quale sia il comportamento dell'organo di gestione quando sussiste il rischio che i creditori non vengano soddisfatti regolarmente.

La crisi dell'impresa, soprattutto in un'epoca di globalizzazione, ben può dipendere da fattori in nessun modo imputabili a *mala gestio* degli amministratori. Il dovere di diligenza cui costoro sono tenuti impone loro, nondimeno, di saperne percepire tempestivamente i sintomi e di reagire in modo adeguato.

Soprattutto in fasi congiunturali negative del sistema economico-finanziario, si accentua l'esigenza di definire con precisione i temi e i problemi della gestione dell'impresa in crisi e dei doveri e delle responsabilità degli organi di amministrazione nelle varie fasi del declino sino all'insolvenza.

Si tratta di situazioni di squilibrio economico, finanziario o patrimoniale che impongono scelte rapide e ponderate che tengano conto dei diversi interessi in gioco, riassumibili sostanzialmente nella contrapposizione tra conservazione e

promozione dell'impresa e liquidazione del patrimonio aziendale, e intrecciati con l'annosa questione della definizione dell'interesse sociale⁴.

Il tema della crisi dell'organizzazione societaria si colloca, quindi, sistematicamente a cavallo tra diritto societario e disciplina della crisi, incidendo inevitabilmente sulla responsabilità degli amministratori cui spetta *ex art. 2380 bis c.c.* in via esclusiva la gestione dell'impresa.

Se da un lato, la disciplina delle procedure concorsuali risulta oggi ispirata ad obiettivi di conservazione dei valori produttivi dell'impresa in quanto tale, in funzione della sua ricollocazione sul mercato e, conseguentemente, di una più proficua soddisfazione dei creditori, l'attuale diritto societario con le sue innovazioni in tema di struttura finanziaria e di *governance*⁵ ha inciso significativamente sulla materia della responsabilità per l'attività gestoria, in particolare su quella compiuta dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, riconfigurando il contenuto dell'obbligo degli amministratori, e ridisegnando la collocazione sistematica della loro responsabilità nel caso di violazione.

⁴ La letteratura sul tema è vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività si ricordano ASCARELLI T., *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, e in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 169; JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1963; MENGONI L., *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.* 1956, 434; MIGNOLI A., *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725; MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956. Più di recente ENRIQUES L., *Il conflitto di interessi di amministratori di società per azioni*, Milano 2000; FERRARINI G., *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 462; PREITE D., *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Milano, 1992; SPADA P., *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 233; TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano 2008.

Da ultimo si vedano sul punto i saggi raccolti in SACCHI R. (a cura di), *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders (Atti del Convegno di Milano del 9.10.2009 in ricordo di P. G. Jaeger)*, Milano, 2010.

⁵ Per una panoramica su spunti critici e profili applicativi della Riforma, si vedano, da ultimo, VIETTI M. (diretto da), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli, Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, Torino, 2014, 525, e VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013.

La responsabilità nella crisi è dunque tema interdisciplinare e di indubbia dimensione sistematica, la cui trattazione non può peraltro prescindere da un breve inquadramento generale sulla responsabilità dell'organo gestorio, istituto che prospera, non a caso, proprio sul terreno delle procedure concorsuali⁶.

3. La responsabilità degli amministratori di s.p.a.

Nel nostro ordinamento la responsabilità degli amministratori, conformemente all'intero sistema della responsabilità civile, ha una funzione sostanzialmente risarcitoria nei confronti della società, dei creditori, dei soci e dei terzi⁷.

Se è vero, dunque, che la funzione sanzionatoria rimane riservata alla normativa penalistica e regolamentare, è indubbio che lo scopo della normativa sia anche quello di responsabilizzare il comportamento dei gestori nello svolgimento dell'incarico.

D'altronde è evidente che in un contesto in cui agli amministratori spetta la gestione esclusiva dell'attività sociale, al punto che finanche l'eventuale autorizzazione assembleare, statutariamente prevista o comunque concessa, non sarebbe sufficiente ad esonerarli da responsabilità per *mala gestio*, l'efficacia del vincolo fiduciario risiede nella soggezione degli amministratori

⁶ Si consideri, per completezza, che le azioni di responsabilità previste per gli amministratori si applicano in virtù di specifici richiami anche alle società che adottano sistemi alternativi di *governante* - dualistico e monistico - (artt. 2409 *decies* c.c. e ss.), al direttore generale *ex* art. 2396 c.c., la cui posizione apicale derivi da nomina formale da parte dell'assemblea o del consiglio, in forza di apposita previsione statutaria; al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis* TUF), nonché ai soci di s.r.l. che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (art. 2476 c.c.).

⁷ Vale la pena precisare che in mancanza di prova di una lesione risarcibile, la condotta ipoteticamente *contra legem*, per quanto eventualmente foriera di revoca per giusta causa e/o di conseguenze penali per l'amministratore, non darà luogo a responsabilità civile, essendo a tal fine necessario il verificarsi di un danno che sia "eziologicamente imputabile all'inadempimento degli amministratori" (Cass., 18.9.2008, in *Soc.*, 2008, 1355).

ai rimedi della revoca e dell'azione di responsabilità: più efficace è la dipendenza dell'amministratore dal rischio di rispondere per i danni generati dal suo comportamento, più la sua decisione è sottratta alla dipendenza di indebite pressioni della maggioranza che lo nomina, e meglio il singolo amministratore risponde all'interesse integrato di tutti i soci, anche delle minoranze.

L'operatività dei rimedi predisposti dal legislatore dipende, quindi, dalla configurazione sostanziale della responsabilità. Pertanto, la relativa analisi impone in via preliminare l'esame della condotta fonte del danno e l'individuazione dei soggetti lesi portatori di un interesse meritevole di tutela.

3.1 *La responsabilità nei confronti della società.*

Superata l'esplicita assimilazione al mandato, il rapporto di immedesimazione organica che lega l'amministratore alla società, abilitandolo ad esprimerne la volontà e a rappresentarla nei rapporti con i terzi, è tendenzialmente ricostruito come contratto di amministrazione.

La prestazione richiesta al gestore è quella di amministrare la società, ovvero compiere tutti gli atti utili o necessari al conseguimento dell'oggetto sociale nel rispetto del vincolo fiduciario⁸.

L'art. 2392 c.c. impone agli amministratori di adempiere i doveri loro imposti da legge e statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

⁸ In generale sui doveri e le responsabilità in capo agli amministratori CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012; COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 2006; DE CRESCIENZO U., *Le azioni di responsabilità*, Milano, 2003; DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011; FERRARA F. JR - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011; MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956; OLIVIERI G. - PRESTI G. - VELLA F. (a cura di), *Il diritto delle società / Associazione Disiano Preite*, Bologna, 2012; PRESTI G. - RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2011; VISENTINI G., *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006.

Significativo appare, anzitutto, che di diligenza si parli in una norma che si occupa di responsabilità quasi a voler dire che, a prescindere dalla violazione di specifici obblighi, anche un comportamento apparentemente lecito se non tenuto con la dovuta diligenza, ad esempio, perché non corredato da opportune verifiche e cautele, o contrario ai canoni di ragionevolezza, prudenza e prevedibilità, possa essere sanzionato⁹.

Senza dubbio, in caso di obblighi specificamente posti da legge e statuto, è più agevole l'accertamento della responsabilità, purché, ovviamente, si dimostri il conseguente danno: in questi casi, la responsabilità potrà essere esclusa solo laddove l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile al gestore secondo i consueti parametri di cui all'art. 1218 c.c.¹⁰.

Con riferimento agli obblighi specifici, pur nella variegata casistica offerta dall'esperienza e con un certo grado di inevitabile approssimazione, si annoverano, fra gli altri, secondo una nota catalogazione¹¹, gli obblighi a garanzia dell'integrità e del corretto impiego del capitale sociale (tra cui l'osservanza della disciplina dei conferimenti *ex artt.* 2343 ss. c.c., il dovere di compiere i necessari adempimenti quando le perdite superano un certo valore art. 2447 c.c. e il dovere di compiere atti di gestione che non esorbitino l'oggetto sociale), i doveri genericamente riconducibili al dovere di fedeltà (tra cui l'obbligo di non concorrenza *ex art.* 2390 c.c. e il divieto di agire in conflitto di interessi *ex art.* 2391 c.c.), gli obblighi attinenti alla documentazione delle operazioni sociali e, dunque alla corretta tenuta della

⁹ Sul punto in giurisprudenza Cass., 23.3.2004, 5718, in *Riv. Not.*, 2004, 1571; Trib. Milano, 14.4.2004, in *Giur. It.*, 2004, I, 1897. In dottrina MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve al diritto delle società*, Padova 2007; VASSALLI F., *Commento all'art. 2392*, in *Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004; SANDULLI M., *Commento all'art. 2392*, in SANDULLI M. – SANTORO V. (a cura di), *La riforma della società: Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Torino, 2003, I; SANTOSUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

¹⁰ Cass. 23.3.2004, n. 5718, in *Soc.*, 2004, 1517, con nota di FUSI.

¹¹ Si ritrova in DIMUNDO A., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1997, 472.

contabilità e formazione del bilancio, nonché al regolare funzionamento degli organi sociali, come gli obblighi attinenti la convocazione dell'assemblea e l'esecuzione delle sue delibere.

Ulteriori doveri, anch'essi specificamente determinati, sono quelli posti nell'interesse dei soci e dei terzi da norme penali, amministrative e tributarie.

Gli obblighi legali e statutari, pur ponendosi come imprescindibile riferimento (insieme ai casi di conflitto di interessi¹²), non esauriscono l'ambito dei doveri in capo ai gestori: il riferimento al canone di diligenza sembra, infatti, di per sè sufficiente a comprendere comportamenti e situazioni non tipizzate per le quali l'amministratore può essere chiamato a rispondere per *mala gestio*¹³.

Considerato che l'attività dell'amministratore è costituita da un insieme di atti, fatti e negozi in relazione ai quali non è sempre possibile individuare specifiche regole di condotta, la giurisprudenza ha ritenuto che la clausola generale di diligenza abbia proprio la funzione di coprire quelle fattispecie non tipizzate o non tipizzabili, imponendo quel comportamento, ispirato ai criteri di cautela, diligenza e fedeltà, che ci si sarebbe ragionevolmente attesi.

In dottrina a tal proposito, mutuando l'esperienza anglosassone, si è parlato di *duty of care* e *duty of loyalty*, intesi come espressioni del generico ed amplissimo dovere di agire nell'interesse esclusivo della società amministrata.

L'attuale formulazione, con il superamento del richiamo alla diligenza del mandatario, che, come rilevato da attenta dottrina¹⁴, aveva in molti casi

¹² Vale la pena sin d'ora precisare che sono rarissime le pronunce di condanna al risarcimento per violazione del solo obbligo di diligenza.

¹³ Tra le molte, le più chiare in questo senso Cass. 24.8.2008, Cass. 23.3.2004, n. 5718, in *Soc.*, 2004, 1517, con nota di FUSI.

¹⁴ VISINTINI G., *La diligenza nell'amministrazione del patrimonio sociale: dalla tradizione alle nuove regole, Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Atti del convegno, Imperia, 26-27 settembre 2003, Milano, 2005.

esentato da responsabilità gli amministratori¹⁵, recepisce sul piano normativo un risultato da tempo raggiunto in via interpretativa¹⁶: considerato il carattere stabile e continuato dell'attività di gestione, per quanto non possa configurarsi una vera e propria professione di amministratore, il grado di diligenza richiesto, avvicinandosi a quella professionale di cui all'art. 1176, II co., c.c., è quello che, in determinate circostanze da valutarsi caso per caso, ci si sarebbe ragionevolmente attesi da un accorto gestore del patrimonio altrui.

In altre parole, secondo l'impostazione prevalente, si accentua il livello di diligenza richiesto, che non si esaurisce nel canone medio, ma deve essere individuato di volta in volta in relazione all'assetto organizzativo ed imprenditoriale, oltre che alle connotazioni specifiche dell'incarico e al perimetro dello stesso.

Non potendosi inquadrare l'amministrazione di una società in un'attività professionale connotata da uniformità di esecuzione, il grado di diligenza richiesto all'amministratore dipenderà, dunque, dalle dimensioni della società, dalla sua articolazione organizzativa, dalla posizione ricoperta

¹⁵ Ciò ha portato la giurisprudenza prevalente, sia pur con alcune oscillazioni, a riservare al giudice, peraltro spesso privo di adeguata preparazione, soltanto un sindacato sulla violazione di obblighi specifici, non potendo giudicare sulla base di criteri di opportunità e convenienza o in base ai risultati della gestione, anche per non condurre la società ad una paralisi gestionale per timore di incorrere in responsabilità.

¹⁶ In dottrina BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, dove più ampi riferimenti e ampia casistica, e ID., *La responsabilità degli amministratori*, in G. E. COLOMBO - PORTALE G. B., *Trattato delle società per azioni*, diretto da, IV, Torino, 1999, 351; FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le Società*, Trattato Galgano, Torino, 1992, 34; VASSALLI F., *Commento all'art. 2392*, in NICCOLINI G. - STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di) *Commentario*, Napoli, 2004. Sostiene, invece, che la diligenza richiesta coincida con quella del buon padre di famiglia FRÈ G., in *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1982, 503.

Pur inserendosi nell'orientamento consolidato di cui si è detto, il cambiamento di indirizzo si avverte nella giurisprudenza di merito e in particolare nel famoso caso "la Centrale", Trib. Milano, 26.6.1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 123, con nota di ARRIGONI, ma si vedano anche Trib. Milano, 2.3.1995, in *Foro it.*, 1986, I, col. 256, e Trib. Milano, 2.3.1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 706. Si registra un irrigidimento della Suprema Corte da Cass. 28.4.1997, n. 3652.

nell'organizzazione sociale, oltre che dalle ragioni stesse alla base dell'incarico.

In questa prospettiva il riferimento alla “natura dell'incarico” sembra imporre una certa graduazione a seconda delle funzioni esercitate e della posizione rivestita nel consiglio dal singolo amministratore.

Chiaramente, onde evitare facili elusioni, la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico sembra porsi come *standard* minimo, eventualmente da innalzare in ragione delle competenze di volta in volta vantate dall'amministratore, nonché dai poteri a lui affidati, che ne commisurano i doveri e ne configurano le responsabilità.

Più significativo forse il riferimento alle “specifiche competenze”.

La valutazione dell'ottemperanza alla regola di diligenza, lungi dal considerare le capacità personali del singolo membro dell'organo gestorio, tiene conto del livello di esperienza, delle conoscenze tecniche e delle capacità, ragionevolmente ascrivibili e obiettivamente riscontrabili alla luce del relativo percorso formativo e professionale.

Si rimarca ulteriormente la necessità di tener conto della specificità di ciascuna fattispecie, richiedendo una valutazione personalizzata.

Pur richiedendosi un substrato minimo di cultura di impresa che consenta quantomeno di valutare adeguatamente le informazioni ricevute e trarne le conseguenti determinazioni, ciò però non implica l'obbligo di adempiere l'incarico con vera e propria perizia (intesa come complesso delle regole tecniche cui è tenuto il professionista), essendo sufficiente che le scelte siano meditate, basate sulle rispettive competenze – eventualmente arricchite con l'apporto di collaboratori e consulenze di esperti- e non frutto di irresponsabile e negligente improvvisazione¹⁷.

¹⁷ Sembra, invece, necessaria anche la perizia, da intendersi come possesso di cognizioni

Analizzando il dato normativo, appare evidente l'intenzione del legislatore di demarcare la separazione di funzioni, competenze e responsabilità tra consiglieri non esecutivi ed amministratori delegati, definendo altresì il processo informativo che deve instaurarsi tra loro.

Fermo restando il vincolo di responsabilità solidale, tale articolazione, frequente soprattutto nelle società di maggiori dimensioni, comporta infatti un diverso regime di responsabilità rispettivamente ascrivibile ai diversi componenti dell'organo gestorio¹⁸.

Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori (art. 2392 c.c.).

Si discute, anzitutto, sul significato da attribuire alle funzioni "in concreto" attribuite ad uno o più amministratori.

Secondo un primo orientamento, con tale espressione il legislatore, allo scopo di valorizzare la fluidità operativa del consiglio, avrebbe inteso escludere il vincolo di solidarietà anche in caso di deleghe atipiche, ovvero rilasciate in assenza di previsione statutaria o di autorizzazione assembleare¹⁹.

tecniche, in GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2012, dove si evidenzia il rischio di circoscrivere la responsabilità soltanto a colpe gravi e a macroscopiche violazioni di obblighi specifici.

Il testo della Relazione ministeriale alla legge delega sembra però escludere la perizia. D'altronde è in questo senso la dottrina maggioritaria, tra cui, BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004, SANTOSUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

¹⁸ DE NICOLA A., Sub art. 2392, in MARCHETTI P. - BIANCHI L. A. - GHEZZI F. - NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, 545.

¹⁹ ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA P. - PORTALE G. B. (diretto da) *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 511, dove ulteriori riferimenti.

Secondo altri²⁰, si ricomprenderebbero le deleghe che, seppur autorizzate, risultino concesse in via di mero fatto senza formale delibera consiliare.

Da ultimo, una lettura ancora più rigorosa²¹ ritiene che, pur in presenza di delega, resterà fermo il vincolo di solidarietà per i non delegati qualora non vi sia un concreto ed autonomo esercizio delle funzioni delegate.

Tra gli obblighi specifici dei delegati l'art. 2381, V co., c.c. contempla anzitutto quello di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (da correlarsi, in caso di delega parziale non estesa all'intera gestione, all'ampiezza della delega stessa); segue l'obbligo di informazione periodica – almeno semestrale – al consiglio e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (anche qui, in caso di deleghe speciali, la norma sembrerebbe trovare applicazione sia pure nei limiti delle notizie e delle valutazioni attinenti a quanto rientrante nella delega).

A ciò si aggiungerebbe la predisposizione, quantomeno in bozza, dei piani strategici, industriali e finanziari da sottoporre al consiglio per la formalizzazione e l'approvazione²².

Se agli organi delegati vengono, dunque, sostanzialmente conferite competenze operative, ai consiglieri non esecutivi sono affidate le relative competenze valutative, da espletarsi sulla base dell'informativa ricevuta.

²⁰ BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, 351.

²¹ ROSSI A., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Commentario Maffei Alberti*, 2005, 792.

²² Si noti come l'inciso “quando elaborati” rivelerebbe la natura facoltativa e non obbligatoria dell'attività in questione. In realtà sembrerebbe preferibile l'ipotesi che riserva tale redazione ai casi in cui la stessa si riveli doverosa alla luce delle dimensioni e/o dell'organizzazione dell'impresa

Oltre, infatti, a determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega, con facoltà di impartire direttive ed avocare a sé operazioni, il consiglio valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, in definitiva, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione (art. 2381, III co., c.c.).

Sul punto si segnala che non sembra di particolare rilievo la non perfetta coincidenza tra quanto devono riferire gli amministratori delegati e quanto oggetto di valutazione dei deleganti: sarebbe, infatti, del tutto illogico che al consiglio, cui è espressamente riservata la valutazione sull'andamento generale della gestione, venisse sottratta l'analisi e la valutazione delle operazioni di maggior rilievo e della loro probabile evoluzione.

Chiude l'art. 2381 c.c. l'obbligo di "agire informati", una delle novità più controverse della Riforma, che unitamente agli specifici compiti di informazione di cui si è detto, ha preso il posto del generico obbligo di vigilanza sulla gestione.

Sebbene una certa dottrina ritenga che il legislatore abbia voluto eliminare il generale obbligo di vigilare sulla gestione (evitando così "indebite estensioni" della responsabilità solidale), la previsione di poteri-doveri di informazione in capo ai deleganti e la rigorosa previsione di flussi informativi a carico dei delegati, oltre che il dovere di "agire informati" posto a carico di tutti gli amministratori, sembrano far sostanzialmente persistere il generale obbligo di vigilanza.

Esso, tuttavia, in caso di funzioni delegate, è per così dire "mediato" dai doveri informativi cui i delegati sono tenuti per legge a cadenze periodiche nei confronti del consiglio: ne consegue un ridimensionamento della responsabilità

solidale dei consiglieri non esecutivi, responsabili nei confronti della società solo nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla normativa.

Ciò non toglie che oggi la valutazione circa la *culpa in vigilando* dei non esecutivi sia circoscritta alla preliminare attività di valutazione delle informazioni provenienti da parte degli stessi delegati, giacché è “sulla base delle informazioni ricevute” dall’amministratore esecutivo che il consiglio “valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società” (art. 2381 c.c.).

Occorre stabilire che ricadute abbia l’obbligo di agire informati sulla responsabilità degli amministratori senza delega.

Per quanto non sia più imposto un obbligo incondizionato di controllare l’attività dei delegati (sia pur limitatamente al generale andamento della gestione), l’obbligo di “agire informati” non sembra riducibile alla semplice ricezione passiva di quanto riferito dai delegati: tutte le volte in cui risultino contraddizioni, lacune, imprecisioni, o comunque aspetti meritevoli di approfondimento, ciascun consigliere sarebbe tenuto a chiedere ulteriori informazioni²³.

Appare però evidente che una reazione che sia autenticamente diligente richiederebbe la completa informazione, nonché l’elaborazione indipendente di quanto appreso, legandosi inevitabilmente alla disponibilità dei mezzi materiali

²³ In quest’ordine di idee, fra gli altri, ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA P. - PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 491; CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012; DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011; MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in ABBADESSA P. e PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 835; PRESTI G. – RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2011; ZAMPERETTI G. M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance di s.p.a.*, Milano, 2005. In giurisprudenza si veda Cass. pen. 4.5.2007, n. 23838, in *Giur. it.*, 2008, II, 369, con nota di SACCHI.

e personali per raggiungere l'adeguata conoscenza degli affari sociali, e, quindi, in primo luogo dall'organizzazione interna del consiglio²⁴.

Così sinteticamente esposti i doveri in capo agli amministratori, ci si sofferma adesso sulla natura della responsabilità degli amministratori nei confronti della società.

Non dubitandosi della natura contrattuale, per quanto gran parte del contenuto sia predeterminato dalla legge, l'eventuale violazione degli obblighi inerenti all'incarico viene trattato al pari di un qualsiasi inadempimento contrattuale: la società lesa dovrà dimostrare la condotta illecita e il nesso causale tra questa e il danno, mentre graverà sugli amministratori l'onere di provare la loro non imputabilità, fornendo la prova positiva dell'osservanza dei doveri e degli obblighi prescritti²⁵.

Nel vigore della precedente formulazione, la giurisprudenza prevalente aveva ricostruito la responsabilità solidale degli amministratori come sostanzialmente oggettiva, l'attuale specificazione di obblighi e competenze consente di modulare la responsabilità gravante su ciascuno come responsabilità per colpa e per fatto proprio²⁶: non può cioè derivare semplicemente dall'appartenenza al consiglio.

Occorre, in altre parole, che l'amministratore abbia partecipato personalmente all'illecito, o, altrimenti, che ne fosse stato a conoscenza e non abbia fatto quanto possibile per impedirne il compimento o evitarne le conseguenze dannose.

²⁴ In questo senso VISENTINI G., *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006.

²⁵ *Ex multis* Cass. 11.11.2010, n. 22911, in *Contr.*, 2011, 181, e in *Soc.* 2011, 377; Trib. Milano 14.11.2007, in *Soc.* 2009, 633.

²⁶ Al riguardo, la voce richiamata dalla dottrina è quella di Vivante: «la responsabilità sussiste solo fra gli amministratori colpevoli, siano in colpa per avere commesso l'atto illegittimo, siano in colpa per non averlo prevenuto con una buona scelta degli impiegati o con una diligente sorveglianza. Senza colpa non v'ha solidarietà, altrimenti si colpirebbero quelli che fecero il loro dovere» (VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, ed. V, 1935, 348). La giurisprudenza ha confermato più volte questa posizione.

In particolare, ai sensi dell'art. 2392, III co., c.c., dovrà, quantomeno far annotare il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata comunicazione al presidente del collegio sindacale: qualora ciò non avvenga, il consigliere risponderà non a titolo di responsabilità oggettiva, ma proprio in ragione di tale colpevole omissione

Molto si è detto, poi, circa il divieto per il giudice di sindacare nel merito le scelte adottate dagli amministratori (cd. *business judgement rule*) nel rispetto della discrezionalità imprenditoriale²⁷.

Essendo onerati da un'obbligazione di mezzi, almeno in principio, ai gestori non può essere attribuita alcuna responsabilità per il solo fatto che dalle loro scelte sia derivato l'insuccesso economico della società.

Ciò potrà costituire giusta causa di revoca, ma, con un giudizio *ex ante*, gli atti di gestione rischieranno la sanzione di illegittimità solo laddove non siano state adottate tutte le precauzioni e le cautele, o laddove essi non siano preceduti da un'adeguata istruttoria, e risultino, comunque, contrari e manifestamente manchevoli rispetto ai consueti parametri di ragionevolezza²⁸: il giudice non può sindacare la scelta in sé, ma può e deve controllare il modo in cui essa è stata compiuta.

Ad ogni modo, indipendentemente dallo specifico concetto di diligenza adottato, è unanime tra gli interpreti la convinzione che il giudizio sulla

²⁷ È ormai orientamento consolidato. Tra le molte, Cass. 12.2.2013, n. 3409, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 12.8.2009, n. 18231, in *Guida dir.*, 2009, 37, 16; Cass. 24.8.2004, n. 16707, in *Foro it.*, 2005, I, 1844; in *Giur. comm.*, 2005, II, 246; in *Giur. it.*, 2005, 69; Cass. 28.4.1997, n. 3652, in *Soc.*, 1997, 1389; in *Giust. civ.*, 1997, I, 2780; Cass. 16.1.1982, n. 280, in *Giust. civ.*, 1983, I, 603; in *Dir. fall.*, 1982, II, 664.

In dottrina la letteratura sul punto è ampia, e spesso volta a sottolineare i margini d'incertezza e di discrezionalità applicativa nella ricerca del sottile confine tra insindacabilità delle scelte economiche e difetto di diligenza imputabile all'amministratore a titolo di responsabilità giuridica. Per una recente panoramica sulla questione, P. PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, 1167, dove ulteriori riferimenti.

²⁸ Proprio in questi termini Cass. 11.3.2011, n. 5876.

condotta degli amministratori non si estenda al merito delle scelte di gestione compiute, dovendosi ritenere al contrario insindacabili le valutazioni frutto di discrezionalità imprenditoriale, purché le stesse siano state assunte con la dovute cautele e dopo avere proceduto alle verifiche del caso.

Proprio per evitare che le decisioni siano iniquamente influenzate dagli esiti delle operazioni e da valutazioni che non erano possibili al momento delle scelte di gestione, si è tentato di elaborare criteri quanto più possibile oggettivi e fattispecie tipizzate per individuare condotte che, sia pur non codificate, si ritenga ragionevole attendersi dai gestori e in mancanza delle quali si considera violato l'obbligo di diligenza.

In tal senso andrebbe letta, ad esempio, la mancata applicazione delle regole di *governance*, relative, ad esempio, all'istituzione di organismi di controllo interni, i cui membri siano dotati di autorevolezza e indipendenza.

Così formulata la regola di diligenza, fermo restando il vincolo di responsabilità solidale nei confronti della società, dei creditori, dei soci e dei terzi (salvo quanto stabilito dall'art. 2392, III co., c.c.), sembra sostanzialmente funzionale ad un eventuale regresso nei confronti degli altri membri del consiglio:

A ciò si aggiunge l'obbligo di motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza delle operazioni per le quali sia stata data notizia di un conflitto di interessi *ex art. 2392 c.c.*

3.1.1 *L'azione sociale e l'azione della minoranza.*

Ai sensi dell'art. 2393 c.c., l'azione sociale di responsabilità è decisa dall'assemblea ordinaria, anche se la società è in liquidazione.

La relativa deliberazione può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non iscritta all'ordine del giorno, purché si tratti di fatti di

competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio, ivi ricompresi fatti pregressi che esercitino la loro influenza sull'ultimo esercizio.

La deliberazione, se presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta e l'onere a carico dell'assemblea di provvedere alla sostituzione.

La legittimazione all'esercizio dell'azione è estesa altresì al collegio sindacale che la decide a maggioranza di due terzi. Per quanto ciò sembri rafforzare la posizione dell'organo di controllo, quantomeno in termini di *moral suasion*, non può non considerarsi che i sindaci sono essi stessi nominati dall'assemblea e, dunque, espressione del gruppo di comando.

La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità o raggiungere una transazione con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno un quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, o la diversa misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione stessa.

L'art. 2393-*bis* c.c. contempla poi l'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci, che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo, e, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minor misura prevista nello statuto.

La norma, conferendo la legittimazione ad una minoranza, sia pur qualificata, quindi verosimilmente stabile ed organizzata (verosimilmente, gli investitori istituzionali nelle società quotate) onde evitare facili strumentalizzazioni, persegue l'obiettivo di aumentare l'efficacia dissuasiva

dell'azione, consentendone l'esercizio anche contro la volontà del gruppo di comando²⁹.

L'azione, promossa tramite uno o più rappresentanti comuni, ha natura surrogatoria ed è, quindi, diretta a reintegrare il patrimonio della società, in cui favore dovrà essere versato ogni corrispettivo derivante ai soci da rinunce o transazioni.

Per incentivare le minoranze all'esercizio dell'azione, l'art. 2393-*bis*, IV co., c.c. prevede poi che, in caso di accoglimento della domanda, la società rimborsi agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione.

Come nell'azione promossa dalla società, la minoranza sarà tenuta a provare solo l'esistenza del danno imputabile alla condotta degli amministratori, spettando a questi l'onere di aver agito con la dovuta diligenza, dimostrando i fatti che valgono ad escludere o ad attenuarne la responsabilità, come l'assenza di colpa o la mancanza del nesso di causalità.

In entrambi i casi l'azione si prescrive nel termine di cinque anni dalla cessazione dalla carica degli amministratori.

Alla luce del tenore letterale della disposizione e onde evitare duplicazione rispetto all'art. 2949 c.c., il termine sembrerebbe avere natura più decadenziale che prescrizione: decorsi i cinque anni dalla carica l'azione non sarebbe esercitabile, anche qualora il danno non si fosse ancora manifestato.

²⁹ Non sembra che l'intervento normativo abbia raggiunto i risultati sperati. Si ravvisano ancora alcuni profili critici, tra cui: presupposto processuale o condizione dell'azione, che, imponendo il persistere della quota di partecipazione, disincentivando così all'introduzione di giudizi, verosimilmente lunghi e incerti; spese processuali, comunque anticipate dalla minoranza e rimborsate dalla società solo in caso di accoglimento, risarcimento dei danni che, così come il corrispettivo di eventuali accordi transattivi, sarebbe acquisito dalla società. Si veda sul punto ENRIQUES L. – MUCCIARELLI F. M., *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da) *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 860, dove anche cenni comparatistici.

In altre parole gli effetti del decorso del tempo si verificherebbero a prescindere dall'inerzia del titolare del diritto, che potrebbe anche non essere ancora sorto per mancanza del danno.

È tuttavia opinione prevalente che la norma sia, invece, in linea con la previsione dell'art. 2949, I co., c.c., di cui dunque non sarebbe un'inutile duplicazione, prevedendo un termine di cinque anni che decorre comunque dal momento in cui il danno si è prodotto, ma resta sospeso fin tanto che gli amministratori sono in carica³⁰.

3.2 La responsabilità nei confronti dei creditori sociali

Se, invero, nella pratica, può avvenire che l'azione sociale di responsabilità sia promossa dall'assemblea, limitatamente peraltro alla non frequentissima situazione di un passaggio di proprietà del pacchetto azionario di controllo - cui siano seguiti conflitti tra il nuovo gruppo maggioritario e i vecchi amministratori e sindaci, espressione dell'antica maggioranza (si pensi, ad esempio, a divergenze sulle valutazioni dei beni patrimoniali, dell'attivo e del passivo, o scoperta di elementi che non erano emersi alla conclusione del contratto di cessione, o a liti di altro genere dirette, normalmente, a una revisione del prezzo)-, l'ipotesi di un'azione dei creditori sociali al di fuori delle procedure concorsuali rimane perlopiù teorica, dal momento che essa ha

³⁰ In questo senso AMBROSINI R., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, *Corr. giur.*, 11, 2011, 1520; BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004; CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012; SILVESTRINI S., *La responsabilità degli amministratori nella società per azioni*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 209; VASSALLI F., *Commento all'art. 2392*, in *Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.

Sostengono al contrario la natura decadenziale del termine COLOMBO G. E., *Amministrazione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003; DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2012, 769.

come presupposto l'impossibilità per i creditori medesimi di soddisfarsi sul patrimonio sociale (e, pertanto, solitamente, lo stato di insolvenza della società).

Interessanti applicazioni della responsabilità civile si ritrovano nelle fattispecie di cui agli artt. 2394³¹ e 2395 c.c., che, come notato da attenta dottrina³², hanno anticipato la tutela aquiliana del diritto di credito, anticipando l'apertura delle frontiere mobili della responsabilità civile anche in materia di danni riflessi.

La natura della responsabilità nei confronti dei creditori sociali è ampiamente discussa.

L'art. 2394 c.c. sanziona gli amministratori che abbiano pregiudicato i creditori sociali non adempiendo agli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ivi compreso il caso in cui, in mancanza di fondate prospettive di risanamento della crisi, abbiano continuato a ricorrere al credito.

L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.

Come noto, i gestori, in forza del rapporto che li lega alla società, sono tenuti alla conservazione del patrimonio sociale, che costituisce garanzia generica *ex art. 2740 c.c.* nei confronti dei creditori e, più in generale, dei terzi che con la società entrano in contatto³³.

³¹ Si è andata consolidando l'opinione che, per quanto l'art. 2476 c.c. non contempli l'azione dei creditori sociali, l'art. 2394 c.c. sia applicabile anche alle s.r.l., per esigenze sistematiche e per evitare vuoti di tutela.

³² CARNEVALI U., *Responsabilità civile degli amministratori per danni ai risparmiatori*, in *Contr. e impr.*, 1988, 83.

³³ In dottrina c'è chi ha ritenuto si trattasse di una tutela soltanto indiretta, mirando la norma a responsabilizzare gli amministratori, i quali, pur mantenendo il controllo dell'assemblea, sarebbero stati comunque esposti all'azione dei creditori, si veda in tal senso FRANZONI M., *Società per Azioni*, III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Commentario Scialoja* –

Pertanto, in caso di violazione di tali obblighi, l'amministratore sarà responsabile nei confronti della società, e, laddove il pregiudizio subito dal patrimonio ne determini l'incapienza, sarà responsabile anche nei confronti dei creditori.

Il danno che si produce in capo ai creditori non è il riflesso di quello subito dalla società, ma risiede in un pregiudizio diverso, ossia la violazione degli obblighi attinenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, violazione tale da renderlo conseguentemente insufficiente, riducendo la funzione di garanzia generica *ex art. 2740 c.c.*

L'azione spetta ai creditori che vantino un titolo non contestato o accertato giudizialmente, anche in via incidentale, da ciò deriva che la sede naturale di esperimento di detta azione sia la procedura concorsuale.

Si noti però che a rigore la nozione di insufficienza dovrebbe ritenersi differente rispetto a quella di insolvenza, giacché quest'ultima può verificarsi anche a seguito di una situazione di illiquidità: la prima presuppone, infatti, la diversa situazione di squilibrio patrimoniale negativo, grave e definitivo, ovvero accertata eccedenza delle passività sulle attività (che può verificarsi prima, contemporaneamente o eccezionalmente dopo la dichiarazione di fallimento, ed essere dedotta da infruttuose esecuzioni di terzi, proposte di concordato giudiziale, ecc.).

La giurisprudenza prevalente, in mancanza di un vincolo obbligatorio, ricostruisce la responsabilità in esame come extracontrattuale - con le relative conseguenze sul piano probatorio-, per quanto vi riconosca alcune peculiarità

Branca, 2008, che riporta l'opinione di GALGANO in *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, I, 2004, 190.

rispetto alla disciplina di cui all'art. 2043 c.c. (in particolare in termini di quantificazione del danno)³⁴.

Non manca però in dottrina chi ritiene si tratti di responsabilità contrattuale - con le relative conseguenze processuali, anzitutto in termini di onere probatorio a carico del creditore attore - , in quanto derivante non dal mero compimento di un atto dannoso, ma dall'inadempimento di una specifica obbligazione, sia pure posta dalla legge e non da contratto³⁵.

Per tale ragione alcuni hanno ipotizzato l'esistenza di una responsabilità *ex lege*, derivante dall'assunzione dell'incarico, cui si applicherebbero, dunque, la disciplina propria della responsabilità di tipo contrattuale.

Un recente orientamento³⁶, sia pur in ambito decisamente diverso da quello che qui ci interessa, ha precisato che la responsabilità ha natura contrattuale non solo quando la prestazione richiesta derivi da un contratto, ma in tutti i casi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di una preesistente obbligazione, di qualsivoglia fonte. Si tratterebbe di obblighi che, pur non derivando da contratto, sono imposti dall'ordinamento a protezione di determinati soggetti (c.d. responsabilità da contatto sociale), per quanto non sia agevole distinguere

³⁴ Qualificano la responsabilità come contrattuale, escludendo quindi la prova dell'elemento soggettivo, BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004; CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012; SAMBUCCI L., *Commento all'art. 2394*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004. In giurisprudenza, l'orientamento si è consolidato da Cass., 22.11.1971, n. 3371, tra le più recenti si ricordano Cass. 22.3.2010, n. 6870, in *Soc.*, 2010, 769, e Trib. Milano 19.11.2004, in *Giust. a Milano*, 2004, 77. Una delle indagini più complete circa la natura dell'azione è in MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

³⁵ Tra i sostenitori della qualificazione aquiliana GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003; DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011. In giurisprudenza incidentalmente Cass., 25.7.1979, n. 4415, in *Giur. comm.*, 1980, II, 325, nonché Trib. Roma 20.6.2011, n. 13184, Trib. S. Maria Capua Vetere., 23.5.2000, in *Riv. not.*, 2003, 458, con nota di Pastore; Trib. Milano, 2.10.2006, in *Giur. it.*, 2007, 382.

³⁶ Cass., Sez. Un., 26.6.2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 1706, con nota di DI MAJO.

tali obblighi da quelli derivanti dall'applicazione del principio del *neminem laedere*.

Non si tratta ovviamente di una mera disputa teorica giacchè dalla sua qualificazione discendono importanti conseguenze sotto il profilo del *thema decidendum et probandum*, della distribuzione del carico probatorio, del danno risarcibile, dell'applicabilità della sospensione *ex art. 2941, n. 7, c.c.* nonché del regime delle eccezioni opponibili.

A prescindere dalla specifica connotazione, è comunque incontestabile che non basti provare l'incapienza del patrimonio sociale, ma occorre dimostrare il nesso causale tra detta insufficienza e l'inadempimento inerente la conservazione dell'integrità del patrimonio³⁷.

Pur mantenendosi intatta l'autonomia patrimoniale della società, i creditori potranno rivalersi nei confronti degli amministratori laddove il patrimonio sociale sia andato disperso per fatti causalmente imputabili ai gestori.

Ciò evidentemente sarebbe escluso in caso di insolvenza della società che sia dovuta a momentanea illiquidità e non rispecchi un'assodata differenza negativa tra attivo e passivo patrimoniale.

Senza dubbio, l'art. 2394 c.c. trova il più ampio ambito di applicazione nelle procedure concorsuali, e dunque il momento della dichiarazione di fallimento costituisce il più attendibile riferimento cronologico, per quanto senza dubbio la manifestazione dell'insufficienza del patrimonio a soddisfare i creditori debba intendersi come logicamente e finanche temporalmente distinto, con serie ripercussioni in tema di prescrizione (su cui *infra*).

3.2.1 *L'azione dei creditori sociali.*

³⁷ Tra le molte Cass., 25.7.2008, n. 20476, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 22; Cass., 6.12.2000, n. 15487, in *Soc.*, 2001, 591.

Quanto alla diversa questione circa la natura surrogatoria o propria dell'azione³⁸, i sostenitori della prima ritengono che il danno ai creditori sia imputabile agli amministratori soltanto di riflesso, giacché consiste nell'impossibilità della società a far fronte al debito per la perdita del patrimonio: è un danno riflesso, o meglio indiretto, conseguenza dell'inerzia del debitore (società).

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti escludono la natura surrogatoria, muovendo dal tenore letterario della norma, oltre che da esigenze sistematiche (sarebbe, altrimenti, inconcepibile consentire al creditore l'esercizio di un'azione preclusa al soggetto sostituito – società- per rinuncia *ex art. 2394, III co., c.c.*; d'altra parte, l'art. 2949 c.c. ribadirebbe la distinzione tra le due azioni, prevedendo un generico termine quinquennale a favore della società, e poi precisando che nello stesso termine si prescrive l'azione dei creditori).

³⁸ Per l'indirizzo che riconosce all'azione carattere diretto e autonomo, si vedano Cass. 12.6.2007, n. 13765, in *Soc.*, 2007, 1349, Cass., 22.10.1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di SALAFIA, Trib. Bologna 8.8.2002, in *Giur. it.*, 2003, 1649, App. Milano, 14.1.1992, in *Giur. comm.*, 1993, Trib. Milano, 6.2.1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, 906; mentre per quello, meno recente, che la inquadra espressamente nello schema surrogatorio Trib. Palermo 8.2.2001, in *Giur. mer.*, 2001, 1267.

In dottrina la tesi dell'azione surrogatoria è sostenuta, tra gli altri, da FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2010; COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 1987; MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, VISENTINI G., *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006.

Propendono invece per la natura diretta ed autonoma BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO G. E. - PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991; CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012; FERRARA F. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011; GALGANO F., *La società per azioni*, in Trattato Galgano, 1984. Nel senso della autonomia si è pronunciata la Suprema Corte fin da Cass. 22.10.1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*, in *Soc.*, 1999, 557, con nota di FUNARI, *La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori*. Per la natura surrogatoria, si sono pronunciate invece sentenze più risalenti tra cui Cass. 27.11.1982, n. 6431, in *Fall.*, 1983, 810; Cass. 14.12.1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, 1803. Su questi temi per indicazioni riassuntive, L. PELLE, *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali*, in *Soc.*, 2011, 1459.

Ciò non toglie che, chiaramente, se con il risultato di una transazione, la società ricostituisce una provvista sufficiente per soddisfare il credito, verrebbe meno il danno che legittimerebbe l'azione *ex art. 2394 c.c.* (diversamente, se la transazione dovesse risultare pregiudizievole e conclusa in frode, i creditori potranno impugnarla in sede di revocatoria).

Il ruolo dell'azione è, dunque, equivoco, perché non è stato definitivamente chiarito se la legittimazione riconosciuta ai creditori sia surrogatoria, oppure autonoma: da un lato, infatti, la natura ancillare dell'azione dei creditori è dimostrata dal fatto che la transazione raggiunta dalla società con gli amministratori produce effetti anche nei confronti dei creditori (seppur poi possa essere impugnata da questi ultimi con l'azione revocatoria quando ne ricorrano gli estremi, a denotare la sussistenza di una situazione soggettiva nella titolarità di questi ultimi, suscettibile di autonoma tutela); dall'altro, l'autonomia del rimedio può ricavarsi dalla previsione per cui la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali.

Per quanto non possa dirsi che vi sia un punto di arrivo definitivo, la tesi dell'autonomia appare prevalente.

D'altra parte, la riflessione sulla natura autonoma o surrogatoria dell'azione dei creditori sociali si è sempre arrestata dinanzi alla considerazione, svolta già prima della Riforma e ribadita successivamente ad essa³⁹, dell'unitarietà del rimedio attribuito al curatore che agisca *ex art. 146 l. fall.*, che attribuisce al curatore la legittimazione ad agire contro gli amministratori a norma dell'art. 2393 c.c. (per violazione dei doveri imposti agli amministratori) e dell'art. 2394 c.c. (per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione

³⁹ Si vedano sul punto Trib. Salerno 12.1.2010, in *Fall.*, 2010, 1191, con nota di SIGNORELLI, *Azione di responsabilità ex art. 146 l. fall. e determinazione del danno*; Cass., 21.7.2010, n. 17121, in *Soc.*, 2011, 701, con nota di PORRECA, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*.

dell'integrità del patrimonio sociale), prescrivendo un cumulo inscindibile tra le due azioni⁴⁰.

Nel rimedio, ritenuto dalla giurisprudenza, appunto, unitario e inscindibile, sono state fatte confluire le diverse fattispecie di responsabilità degli amministratori, permettendo così alla curatela la formulazione di istanze risarcitorie che facessero leva tanto sui presupposti della responsabilità (certamente contrattuale) degli amministratori verso la società (art. 2392 c.c.), quanto su quelli della responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394), con evidente vantaggio per il fallimento.

Per quanto vi siano indubbe interferenze con la responsabilità nei confronti della società, giacché in definitiva il danno subito dai creditori effettivamente non è altro che il riflesso del depauperamento subito dal patrimonio sociale, si ritiene, dunque, prevalente la natura dell'azione diretta ed autonoma e indipendente dall'inerzia della società.

Come detto, la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.

Da tali considerazioni deriverebbe la proponibilità dell'azione indipendentemente dall'atteggiamento della società, nei confronti della quale non andrebbe integrato il contraddittorio, e la devoluzione del risultato utile dell'azione al creditore procedente.

Il problema ha tuttavia scarse conseguenze pratiche.

⁴⁰ *Ex multis* Cass. 21.7.2010 n. 17121 in *Soc.*, 2010,1271; App. Roma 1.4.2010 in *Rep. giur. it.*2010,559; Cass. 29.10.2008 n. 25977 in *Fall.*, 2009,619; Cass. 23.6.2008 n. 17033 in *Fall.*, 2009,565; Trib. Roma 23.2.2009 in *Soc.*, 2010, 97, Trib. Roma 21.4.2008 in *Rep. giur. it.*, 2008, 384, Trib. Milano 28.11.2005 in *Soc.*, 2007, 67; Trib. Milano 13.1.2006 in *Giur. it.* 2006, 977; Trib. Ivrea 27.1.2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 49.

In realtà, di regola, l'azione viene esercitata dal curatore fallimentare, con devoluzione del risultato utile a favore della massa attiva, il che spiega le poche pronunce.

Ai sensi dell'art. 2394-*bis*, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, la legittimazione all'esperimento dell'azione di responsabilità, sia verso la società che verso i creditori sociali, spetta al curatore fallimentare, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

Ciò trova giustificazione nella scelta legislativa di assegnare esclusivamente a detti organi la competenza a reintegrare il patrimonio della società ammessa alla procedura a beneficio della massa indistinta di creditori e comporta che le due fattispecie di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. confluiscono in un'unica azione, assegnata in via derivativa, che assomma in sé le tutele previste per la società e per i creditori.

L'azione si prescrive in cinque anni.

È assai controverso se il termine decorra dal verificarsi dell'insufficienza o da quando la stessa si manifesti e sia conoscibile ai creditori.

La giurisprudenza sembra orientata in quest'ultimo senso: il termine di prescrizione decorre da quando i creditori sono oggettivamente in grado di venire a conoscenza dell'insufficienza utilizzando la diligenza dell'uomo medio, senza far ricorso a nozioni tecniche o altre conoscenze che non siano desumibili dal bilancio o dai suoi allegati (peraltro non è detto che la perdita di patrimonio coincida con la perdita, anche integrale, di capitale sociale).

3.3 *La responsabilità nei confronti del socio e del terzo.*

L'art. 2395 c.c. contempla il diritto al risarcimento del danno derivante ai soci o ai terzi da atti colposi o dolosi – quindi non da mera inopportunità delle

scelte di gestione - degli amministratori nello svolgimento delle loro funzioni gestorie.

Si tratta di danni derivanti da condotte tenute nell'esercizio dell'incarico, o comunque allo stesso direttamente ricollegabili⁴¹, che non costituiscano mero riflesso del pregiudizio causato al patrimonio sociale e non dipendano necessariamente da inadempimento della società (chiaramente gli amministratori risponderanno *ex art. 2043 c.c.* per danni ingiusti cagionati a soci o terzi al di fuori della loro attività gestoria⁴²).

Chiaramente, trattandosi di illecito compiuto dall'amministratore nella sua qualità di organo della società, il danneggiato potrà agire non solo nei confronti dell'autore del fatto, ma anche nei confronti della società da lui amministrata (in questo caso le due azioni concorreranno).

Trattandosi di risarcire danni diversi subiti da soggetti diversi, l'azione non è cumulabile con le azioni *ex artt. 2392 e 2394 c.c.*; è invece cumulabile con quella promossa nei confronti della società *ex artt. 2043 e 2049 c.c.*

⁴¹ A tal proposito, si veda Cass. 28.3.1996, n. 2850, in *Soc.*, 1996, 1399, con nota di AMBROSINI S., *Aumento del capitale sociale: determinazione del prezzo delle azioni inoptate*, dove si legge " Il discrimine tra la responsabilità degli amministratori prevista dagli artt. 2392-2394, codice civile, e quella contemplata dall'art. 2395, codice civile, non va individuato tanto nei presupposti stabiliti dalla legge per il sorgere di tali forme di responsabilità (che consistono pur sempre nella violazione, dolosa o colposa, dei doveri ad essi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo), quanto nelle conseguenze che il comportamento illegittimo degli amministratori ha determinato nel patrimonio del socio o del terzo: se il danno costituisce solo il riflesso di quello arrecato al patrimonio sociale [...] si è al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2395, codice civile, poiché detta disposizione richiede che il danno causato dagli amministratori abbia investito direttamente, vale a dire in via immediata, il patrimonio del socio o del terzo".

Nello stesso senso, tra le altre, Cass. 3.4.2007, n. 8359, in *Giur. it.*, 2007, 2761; Cass. n. 6364/1998; Cass. n. 2251/1998; Cass. n. 3905/1995; Cass. n. 3216/1994; Cass. n. 9385/1993. In dottrina, per tutti, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, FRÈ G., *Commento all'art. 2395 c.c.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997.

⁴² Cass., 9.7.1987, in *Giur. comm.*, 1989, II, 208, con nota di SCOGNAMIGLIO G., *Osservazioni in tema di illecito dell'amministratore e azione sociale di responsabilità*.

A conferma di ciò, è stato precisato altresì che l'azione di cui all'art. 2395 c.c. può essere esercitata anche se dal comportamento dell'amministratore non sia derivato alcun danno alla società, nonchè nel caso in cui il patrimonio sociale ne sia stato addirittura avvantaggiato⁴³.

Si consideri che, per quanto si tratti di un'azione difficilmente proponibile, visto che in genere il danno si produce in capo alla società per *mala gestio* degli amministratori, essa non è preclusa da un'eventuale dichiarazione di fallimento, posto che l'art. 146 l. fall. non ne opera il trasferimento di legittimazione in capo al curatore⁴⁴.

Peraltro, essa ha assunto importanza crescente in relazione al fenomeno della circolazione e collocazione presso il pubblico dei prodotti finanziari, nel cui ambito gli amministratori si trovano a mediare opposti interessi meritevoli di tutela: la protezione del risparmio e le esigenze di finanziamento delle imprese.

L'orientamento nettamente prevalente riconosce a detta responsabilità natura extracontrattuale, derivando in capo all'attore l'onere di provare non solo la condotta illecita, il danno e il nesso tra i due, ma altresì il dolo o la colpa degli amministratori⁴⁵.

⁴³ TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, 166 s.; PINTO V., *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, Torino, 2006.

⁴⁴ Sul punto, si veda Cass., 22.3.2010, n. 6870, in *Soc.*, 2010, 1185, con nota di CORRADI, in cui si legge che, se il pregiudizio del garante-creditore è derivato dalla *mala gestio* dell'amministratore, che ha minato la solidità patrimoniale e la solvibilità della società dopo che il pegno era già stato concesso, non paiono ravvisabili gli estremi per riconoscere l'esperibilità dell'azione ex art. 2395 c.c. e il risarcimento del danno. In particolare, sfuggono sia il requisito dell'incidenza diretta del danno sul patrimonio del terzo, sia il nesso di causalità tra un'illecita condotta dell'amministratore e la concessione del pegno.

⁴⁵ FRANZONI M., *Delle società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2008, 582; CASSOTTANA M., *Sulla nozione di «danno diretto» e sui rapporti tra l'art. 2395 e l'art. 1223*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 530, RORDORF R., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, in *Soc.*, 2008, 1325. In giurisprudenza, si vedano: Cass. 13.1.2004, n.

Non mancano però voci discordanti che individuerebbero una fattispecie di contatto sociale, da cui deriverebbe a carico degli amministratori un obbligo generale di protezione nei confronti dei soci e dei terzi (si nota in proposito però che i soggetti sono indistinti così come non è chiaramente individuato il bene in relazione al quale assume rilievo l'obbligo di protezione), oppure che riterrebbero necessario distinguere a seconda che sia stato violato il principio generale del *neminem laedere* o un obbligo legale specifico.

L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.

Se tali concetti appaiono ormai saldamente acquisiti nelle ricostruzioni teoriche adottate sia in dottrina che in giurisprudenza, al momento dell'applicazione a fattispecie concrete, i confini tra le diverse ipotesi di responsabilità sono assai meno netti.

In particolare, sfugge spesso nella prassi il *discrimen* tra danno immediato al patrimonio del singolo socio o del terzo e danno riflesso, ossia mera conseguenza delle perdite subite dal patrimonio sociale.

Qualche esempio può essere utile per comprendere, in concreto, cosa si intenda per "incidenza diretta" del danno: è stato ravvisato un pregiudizio diretto al patrimonio del socio o del terzo in casi in cui un soggetto, per effetto di un'inveritiera rappresentazione di bilancio, abbia acquistato per un determinato prezzo azioni di una società aventi, in realtà, valore nullo (o nettamente inferiore); ovvero abbia eseguito, per l'inganno dell'amministratore della società, contratti di fornitura, rimasti privi di corrispettivo.

Sarebbe risarcibile *ex art. 2395 c.c.* anche il danno subito dagli azionisti danneggiati da una errata valutazione del rapporto di cambio in un'operazione

269, in *Soc.*, 2004, 1115 con nota di FERRARI M.P.; Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Fall.*, 1999, 254, con nota di ZAMPERETTI G.M., *Danno del creditore sociale ed azione individuale di responsabilità: prospettive attuali e riforme future*; App. Milano 23.6.2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1049.

fusione, nel caso in cui gli amministratori, pur avendo scelto criteri valutativi adeguati, abbiano seguito procedure applicative carenti e tecnicamente non congrue.

Al contrario, è stata esclusa la ricorrenza del danno diretto ove gli amministratori abbiano indebitamente sottratto utili alla società, compromettendo l'aspettativa di reddito dei soci, il valore del loro investimento e, solo indirettamente, l'ammontare del loro patrimonio personale.

In ogni caso si ritiene che il mero inadempimento dell'amministratore e/o una cattiva gestione del patrimonio sociale siano insufficienti a fondare l'azione di responsabilità *de qua*.

3.4 La responsabilità dell'amministratore di fatto.

Assai dibattuta è la figura dell'amministratore di fatto, soggetto che si ingerisce in maniera continuativa e sistematica nella gestione pur in mancanza di formale investitura assembleare, o comunque sulla base di una delibera nulla, invalida o irregolare.

Si tratta evidentemente di situazioni in cui il gruppo di comando esercita il proprio potere decisionale sfruttando lo "schermo" societario senza rispettare le regole, impartendo istruzioni agli amministratori di diritto, condizionandone le scelte, e finanche contrattando direttamente con i terzi.

Il più recente indirizzo interpretativo⁴⁶ ne riconosce la responsabilità in virtù di una situazione di contatto sociale particolarmente pregnante che, a

⁴⁶ Il tradizionale approccio formalistico della giurisprudenza civilistica, a differenza di quella penalistica, che riconosceva responsabilità, derivante da inosservanza di doveri inerenti al potere di gestione e di rappresentanza organica, solo in caso di nomina assembleare, sia pur viziata, è stato superato con l'affermazione di stampo funzionalistico del principio sostanzialistico incentrato sul dato empirico dell'effettiva, sistematica e duratura ingerenza nella gestione, da accertarsi su base indiziaria. Si veda la famosa sentenza Cass. 6.3.1999, n.

prescindere dalla qualificazione formale rivestita, si fonda esclusivamente sul contenuto delle funzioni concretamente esercitate, purché queste non si esauriscano nel compimento di singoli atti di natura eterogenea e occasionale⁴⁷.

Resta inteso, ovviamente, che si debba trattare di violazione inerenti agli obblighi sociali e che il fatto in sé sarebbe generatore di rapporti contrattuali altrimenti si tratterebbe di un comune fatto illecito.

La dottrina sembra oggi orientata ad un'interpretazione di tipo analogico che tenga conto della *ratio* delle singole norme⁴⁸.

Peraltro, secondo il più recente indirizzo interpretativo, la responsabilità in questione andrà configurata come contrattuale o extracontrattuale in ragione della situazione giuridica violata: se si tratta di obbligazioni, anche non derivanti da specifico contratto, ma piuttosto da obblighi di legge, la

1925, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1396, con cui si è ammessa l'estensione della disciplina degli artt. 2392 ss. c.c. a soggetti che si ingeriscano nella gestione dell'impresa sociale pur in mancanza di un qualsivoglia atto di investitura, ancorché implicito o irregolare, prendendo le mosse dalle obbligazioni derivanti da rapporti contrattuali di fatto assimilabili alla gestione non autorizzata di affari altrui (*ex artt. 2028 ss. c.c.*).

⁴⁷ Tra i molti contributi ABRIANI A., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, nota a Cass. 14.9.1999, n. 9795, in *Giur. comm.*, 2000, II, 168; BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004; BONELLI F., *I soggetti responsabili in La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO G. E. - PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, 391 ss.; BRUNO F., *La responsabilità dell'amministratore di fatto nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Corr. giur.*, 2010, 11, 1435; CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Tomo I, Milano, 2003, 108 e ss.; COTTINO G., *Diritto Societario*, Padova, 2006, 389 e ss.; DE NICOLA A., *Sub art. 2392*, in MARCHETTI P. - BIANCHI L. A. - GHEZZI F. - NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, 545 ss.; FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in GALGANO F. (diretto da), *Le Società - Trattato*, Torino, 2002; GUERRERA F., *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 1-4, 131; VALCAVI G., *Sulle responsabilità degli amministratori di fatto verso la società e i soci*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 313; VASSALLI F., *Sub art. 2392*, in NICCOLINI - D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali - Commentario*, Napoli, 2004.

⁴⁸ In questo senso, un utile criterio interpretativo è rappresentato dall'art. 2639 c.c. che ha esteso le qualifiche soggettive rilevanti ai fini della configurazione dei reati societari anche a quei soggetti che "esercitano in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o la funzione", ad esclusione cioè di soggetti colpevoli di intrusioni meramente occasionali.

responsabilità sarà di natura contrattuale; se invece la condotta viola il generale principio del *neminem laedere*, essa avrà natura extracontrattuale.

Non manca però un'autorevole dottrina che si pone in netto contrasto con il filone interpretativo citato e che considera la nozione di amministratore di fatto intimamente contraddittoria, in quanto stravolgerebbe l'assetto organizzativo societario, che trova uno dei suoi perni nella competenza assembleare per la nomina degli amministratori⁴⁹.

L'orientamento prevalente sembrerebbe però trovare conferma anche nella disciplina in materia di gruppi di società: se si contempla la responsabilità derivante dall'attività di direzione e coordinamento, che è qualcosa in meno rispetto all'amministrazione diretta di fatto, non può negarsi la responsabilità di chi esercita quest'ultima attività di gestione.

Si segnala, peraltro, che la presenza di un'amministrazione di fatto non costituisce un'esimente di responsabilità per l'amministratore di diritto con riferimento agli atti di *mala gestio*; anzi, la scissione tra gestione di diritto e gestione di fatto è indice di una situazione di pericolo e il prestarsi dell'amministratore di diritto a un ruolo meramente apparente costituisce concorso nella condotta dell'amministratore di fatto.

In presenza di atti di *mala gestio* compiuti dall'amministratore di fatto, la responsabilità dell'amministratore di diritto sussisterebbe in quanto questi aveva quantomeno l'obbligo legale di controllare la gestione della società⁵⁰.

⁴⁹ COTTINO G., *Diritto Societario*, Padova, 2006.

⁵⁰ Tribunale di Milano, Sez. spec. impr., 29.11.2012, n. 10760, in Soc., 2013, 10, 1057, con nota di CASSANI, dove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sull'amministratore di fatto.

3.5 La responsabilità ex art. 2497 c.c.

Nei gruppi di società gli obblighi gravanti sugli amministratori si intrecciano con i rapporti intercorrenti tra la *holding* e le singole società controllate, imponendo un adeguamento del principio di esclusività ed autonomia della gestione rispetto alla situazione di eterodirezione⁵¹.

Se infatti è fisiologico che la capogruppo diriga l'attività globalmente intesa delle società figlie secondo un disegno unitario (cd. interesse di gruppo), il pericolo è che eventuali decisioni assunte dalle controllate, pur sempre enti autonomi e dotati di distinta soggettività giuridica, siano lesive per le società stesse singolarmente intese, senza che ciò venga adeguatamente compensato dai vantaggi insiti nell'appartenenza al gruppo stesso: il rischio è cioè quello di un abuso dell'attività di direzione e coordinamento⁵².

È noto che le esigenze sottese al cd. interesse di gruppo potrebbero confliggere con gli interessi delle singole società e, in particolare, con gli interessi dei loro soci di minoranza, che non beneficiano direttamente dei

⁵¹ Gli studi sull'argomento sono numerosissimi, si ricordano, senza alcuna pretesa di esaustività, BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, 2150; CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012; CARIELLO V., *Commento all'art. 2497*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004; COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 2006; DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011; FERRARA F. JR - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011; ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi di interessi*, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 251; MONTALENTI P., *I gruppi di società*, in ABRIANI N. ed altri, *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010; RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, I, 538; SBISÀ G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, I, 601; SPADA P., *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 233; TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, I, 129; TOMBARI U., *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 242.

⁵² Sulla contrapposizione degli interessi nel gruppo, specificamente, ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi di interessi*, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 251.

risultati del gruppo, e dei loro creditori che non possono fare affidamento sul patrimonio del gruppo complessivamente stesso.

Ritenendo che il precedente impianto normativo, per quanto la relativa efficacia fosse stata estesa in via interpretativa, non fosse sufficiente a bilanciare gli interessi contrapposti, la Riforma ha introdotto l'art. 2497 c.c., unitamente ad altre norme costituenti il cd. "diritto dei gruppi"⁵³.

Sgombrato il campo dalle ipotesi in cui il gruppo sia un mero simulacro formale (ad es. nel caso in cui la capogruppo nomini tutti gli amministratori della controllata, o vi sia sistematica confusione tra i patrimoni), per attività di direzione e coordinamento si intende l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di direttive volte ad incidere sulle scelte gestorie, strategiche ed operative, delle società eterodirette.

La dottrina si concentra sulle ipotesi in cui l'abuso della direzione unitaria del gruppo si consumi attraverso direttive - illegittime- impartite dalle società o enti che, a qualunque, titolo esercitano l'attività di direzione e coordinamento.

La responsabilità nei confronti dei soci e dei creditori sociali è fondata sulla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, concretizzatasi in un danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale, ovvero all'integrità del patrimonio sociale.

La società *holding* risponde della corretta organizzazione economica delle varie società del gruppo: non può, pertanto, perseguirsi il solo interesse della controllante, ma l'unitarietà della direzione del coordinamento deve prefiggersi l'intento di realizzare una sinergia operativa e soddisfare le esigenze del gruppo complessivamente inteso e delle partecipanti singolarmente considerate.

⁵³ TOMBARI U., *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 242.

Non a caso i beni giuridici tutelati sono la redditività ed il valore della partecipazione sociale, consistenti nella legittima aspettativa di remunerazione dell'investimento, in termini di utili e di valore di scambio, nonché l'integrità del patrimonio della società, valore coincidente con quello di cui all'art. 2394 c.c.

Si noti in tal senso che la successiva quantificazione del danno, se non pone problemi particolari con riferimento alla posizione dei creditori, i quali hanno diritto ad un risarcimento pari al pregiudizio subito all'integrità del patrimonio, più complessa è la determinazione allorquando il parametro è rappresentato dal pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione, dovendosi in tal caso sterilizzare la parte di perdita ascrivibile a reazioni non controllabili riconducibili all'andamento del mercato finanziario.

La norma recepisce poi l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale in materia di cc.dd. vantaggi compensativi: nel rispetto dei principi generali, non vi è danno, e quindi non vi è responsabilità, quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo del gruppo o sia stato integralmente eliminato da operazioni a ciò dirette. Si tratta evidentemente di vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo e idonei a neutralizzare i pregiudizi⁵⁴.

È, dunque, in relazione ad una valutazione che tenga conto della logica globale e dei risultati complessivi, e non alla luce della singola operazione o della specifica direttiva, che sembra doversi valutare la responsabilità *ex art.* 2497 c.c.⁵⁵

⁵⁴ La differenza rispetto alla figura di natura giurisprudenziale della *compensatio lucri cum danno* sta nel fatto che per l'applicazione di detto principio si richiede l'identità del fatto che ha cagionato il pregiudizio e il vantaggio. Il vantaggio compensativo deriverebbe comunque derivante dalla attività di direzione e coordinamento, valutata nel suo complesso, prendendo in considerazione anche estesi periodi di tempo.

⁵⁵ DAL SOGLIO P., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, IV, Padova, 2005, 2316; SBISÀ G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, I, 601.

Di conseguenza la responsabilità degli amministratori della capogruppo dipenderà non tanto dal contenuto pregiudizievole di una singola operazione, ma dal non aver effettuato un adeguato bilanciamento tra interesse del gruppo e interesse della società figlia; d'altra parte, fonte di responsabilità per gli amministratori della controllata sarebbe l'aver compiuto operazioni orchestrate dalla capogruppo, in mancanza di adeguati vantaggi compensativi.

A dispetto di quanto riportato nella Relazione ministeriale, che definisce espressamente la responsabilità in questione come “essenzialmente di stampo aquiliano”⁵⁶, la dottrina dominante sembra configurare la responsabilità per eterodirezione come responsabilità contrattuale, perché derivante da violazione di un'obbligazione preesistente avente carattere preciso e diretto, che trova la propria fonte nella legge e non propriamente contrattuale.

In senso opposto sembra essere orientata la giurisprudenza di merito⁵⁷.

La responsabilità in questione si estende a chi abbia preso parte al fatto lesivo, sia pure solo nei limiti del vantaggio conseguito, o chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. Da ciò deriva la responsabilità degli amministratori della controllante, ma anche di quelli della controllata (unitamente ai rispettivi organi di controllo interni), come partecipanti al processo decisionale relativo agli atti pregiudizievoli.

Se infatti è fisiologico che gli amministratori delle controllate vedano ridotta la propria autonomia gestionale a favore della capogruppo, è anche vero che sarebbero comunque tenuti a fungere da filtro, dando esecuzione alle direttive

⁵⁶ Fra i sostenitori della natura extracontrattuale si veda fra tutti GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO F. (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, 176. Per una ricognizione del dibattito dottrinale RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, I, 538.

⁵⁷ Trib. Pescara, 16.1.2009, in *PQM*, 2009, I, 59; Trib. Napoli, 26.5.2008, in *Fall.*, 2008, 1435 con nota di CAGNASSO O., *La qualificazione della responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei creditori della società etero diretta*.

impartite dall'alto a condizione che le stesse siano legittime, cioè conformi all'interesse delle controllate⁵⁸.

Per quanto la responsabilità in parola sembri configurarsi come responsabilità oggettiva, per la quale rileverebbe soltanto la partecipazione consapevole al vantaggio, la dottrina l'ha ricostruita come responsabilità per colpa.

La responsabilità dei componenti dell'organo amministrativo non è responsabilità meramente da posizione, ma richiede l'accertamento dei requisiti di cui all'art. 2392 c.c. e, quindi, sostanzialmente di una violazione del criterio di diligenza.

In definitiva, utile dire che l'esistenza del gruppo determina una maggiore esposizione degli amministratori, tanto della società dominante, che di quella controllata, ai rischi inerenti al proprio incarico, imponendo una maggiore ponderazione delle scelte di gestione.

4. La quantificazione del danno. Rinvio.

Nel sistema generale della responsabilità civile⁵⁹, il perimetro delle conseguenze pregiudizievoli risarcibili è disegnato dall'art. 1223 c.c., secondo il quale il debitore è tenuto a risarcire i danni subiti dal creditore che siano “conseguenza immediata e diretta” del mancato o inesatto adempimento.

⁵⁸ TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, I, 129.

⁵⁹ Fra i numerosissimi contributi si segnalano ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, Milanofiori Assago, 2010; DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004; SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

Tale norma, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c., si applica anche al caso di responsabilità extracontrattuale.

Ponendo il generalissimo criterio della riparazione integrale del danno, la norma, priva di significativa portata precettiva, sembra assumere una funzione più di norma di principio (richiamata spesso in funzione declamatoria per rafforzare il dispositivo o le motivazioni della sentenza): più che soccorrere l'interprete nella determinazione concreta del danno, rileva piuttosto per attribuire al risarcimento una funzione compensativa da commisurarsi al pregiudizio effettivamente subito.

La dottrina e la giurisprudenza concordemente ritengono che per perdita subita (cd. danno emergente) debba intendersi il depauperamento del patrimonio della vittima derivante dal fatto del danneggiante; diversamente il mancato guadagno (cd. lucro cessante) consisterebbe nella perdita dell'utilità che il danneggiato avrebbe conseguito se non si fosse verificato il fatto illecito.

Salvo alcune implicazioni in ambito tributario, la distinzione generalmente non ha decisiva portata pratica, pur considerando le maggiori complessità che implica la prova del lucro cessante in ambito probatorio, richiedendo verosimilmente il ricorso a valutazioni di tipo equitativo (si consideri che casi tipici sono la perdita di un affare o il mancato godimento di un bene).

Maggiore interesse suscita il criterio in base al quale può essere risarcito solo il danno che sia conseguenza immediata e diretta del fatto illecito: è l'annosa questione legata alla dimostrazione del nesso causale, ovvero il rapporto causa-effetto tra il fatto e le conseguenze dannose dello stesso⁶⁰.

⁶⁰ Secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità, il giudizio causale si sviluppa su due fasi: la prima (cd. causalità naturale, materiale o di fatto) tende alla ricostruzione del fatto dannoso, e cioè alla ricerca del collegamento materiale tra la condotta e l'evento, essa costituisce l'*an* e si sostanzia nell'individuazione del responsabile; la seconda (cd. causalità giuridica), risolto il nesso naturale tra fatto ed evento, costituisce il quantum e si sostanzia nella determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria mediante la ricerca del collegamento giuridico tra il fatto (evento) e le conseguenze dannose risarcibili (Cass.

Queste semplici regole si presentano come di ardua applicabilità se calate all'interno della responsabilità gestoria, e soprattutto nelle concrete situazioni di crisi d'impresa, nelle quali di solito l'azione di responsabilità viene esperita⁶¹.

La valutazione delle condotte degli organi sociali si colloca usualmente molto in avanti nel tempo rispetto al momento in cui le stesse sono state poste in essere.

Queste condotte si sono inoltre accavallate e mescolate tra loro, il tutto in un momento critico, se non esiziale, della gestione sociale in cui il grado di disordine (anche documentale e contabile) è usualmente aumentato.

Nella realtà dei fatti, il quadro si presenta quindi assai confuso ed intricato: a fronte del principio basilare secondo il quale è necessario provare il nesso di causalità tra condotte e danni, la sua concreta dimostrazione può divenire di difficile e faticosa attuazione e ciò espone inevitabilmente al rischio di tentativi, anche non condivisibili, di semplificazione più o meno accentuata.

Si consideri, ad esempio, che con la rimozione del divieto legale di intraprendere nuove operazioni al verificarsi di una causa di scioglimento, ispirata dalla cultura del salvataggio dell'impresa in esercizio, verrebbe a cadere il già labile nesso presuntivo tra violazione del divieto e ulteriore depauperamento.

In caso di perdite che abbiano intaccato il capitale sociale per oltre un terzo, quindi, gli amministratori sarebbero senza dubbio responsabili per non aver adottato i provvedimenti di cui all'art. 2446 c.c. Più in generale si ritiene che,

17.9.2013 n. 21255, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 30.4.2010, n. 10607, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4, 646; Cass. 23.12.2010, n. 26042, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 12, 1645 ; Cass. Sez. Un. 11.1.2008, n. 576, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 1, 31; Cass. 10.5.2000, n. 5962, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 91).

⁶¹ Per una panoramica degli arresti giurisprudenziali e dottrinali di maggiore interesse si veda il recente ARATARI F. – IANNACONE L., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013, dove ulteriori riferimenti.

quando si avverta uno stato di difficoltà economica, i gestori sono tenuti a gestire la società con prudenza, compiendo operazioni non rischiose, monitorando costantemente la situazione economico-finanziaria e, se del caso, presentando istanza di fallimento per non aggravare le perdite.

Inutile dire come in questi casi risulti assai complessa un'esatta quantificazione del danno che rispetti i principi generali in materia di risarcimento del danno.

Di fronte a questo quadro, la giurisprudenza e la dottrina hanno cercato di individuare alcune parametri presuntivi per orientare gli operatori nella determinazione dei danni, primo fra tutti il criterio del c.d. *deficit* fallimentare.

Trattandosi di problemi che assumono una precipua connotazione in materia di responsabilità nella crisi e viepiù in materia di procedure concorsuali, se ne rinvia la specifica trattazione nei prossimi capitoli.

II CAPITOLO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. DI FRONTE ALLA CRISI

1. *La responsabilità nella crisi.*

L'accettazione della carica di amministratore di società comporta inevitabilmente l'assunzione di rischi per l'esercizio delle funzioni gestorie.

Anche a prescindere da casi patologici, l'amministratore è infatti chiamato a ponderare scelte che potrebbero mettere in discussione l'esercizio dei diritti di cui diventa titolare con l'assunzione della carica: in primo luogo, il diritto di percepire un compenso per l'attività svolta, ad avvalersi, senza turbative, di tutte le prerogative consentite dalla legge o dalle pattuizioni dei soci (atto costitutivo, statuto, patti parasociali), ed infine a godere di una certa stabilità, o comunque durata minima, dell'incarico.

A questi rischi, insiti nella gestione di qualsivoglia attività sociale, si aggiunge il rischio di un'assunzione di responsabilità per atti pregiudizievoli nei confronti della società, dei creditori sociali, dei soci o dei terzi, da cui possono derivare sanzioni civili, amministrative o finanche penali.

In quest'ottica il verificarsi del dissesto, oltre a comportare rilevanti riflessi sul generale assetto organizzativo della società, incide profondamente sui poteri e sugli obblighi degli amministratori, i quali, pur mantenendo sia il potere gestorio che la rappresentanza della società, vedono mutare sostanzialmente la propria funzione⁶².

⁶² Tra le più recenti sintesi sui cambiamenti cui è soggetta la figura dell'amministratore nella crisi si vedano in particolare GUERRERA F., *Compiti e responsabilità degli amministratori*

Inutile dire che la posizione degli amministratori dinanzi la crisi assume connotazioni diverse a seconda della natura e tipologia della società, delle pattuizioni sociali e statutarie, nonché della qualità e identità dei soci.

Non vi è dubbio, ad esempio, che sia ben diverso trovarsi a gestire la crisi in una società per azioni chiusa, con compagine azionaria ristretta o familiare, piuttosto che amministrare una società con partecipazione esclusivamente o prevalentemente pubblica, o quotata in borsa.

Possono però evidenziarsi alcuni punti comuni posto che in ogni caso spetta all'amministratore l'adozione di ogni scelta idonea al perseguimento dell'oggetto sociale, e dunque grava su di lui il dovere di evitare che l'esito di tali decisioni possa pregiudicare la società, facendole assumere dei rischi eccessivi, ovvero conducendola all'insolvenza.

2. La responsabilità per aver causato (o aggravato) la crisi e la business judgement rule.

Nel ricostruire i compiti a carico degli amministratori nella gestione dell'impresa in difficoltà, si ravvisa anzitutto un dovere implicito di impiegare mezzi, risorse e competenze per evitare il declino stesso dell'impresa e, quindi, per monitorare la salute della società ed evitare la crisi, a tutela dell'integrità del patrimonio sociale, oltre che delle ragioni di soci e creditori.

Non a caso tra i doveri che incombono sull'amministratore vi è quello di primaria importanza di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e

nella gestione dell'impresa in crisi, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 247; ROCCO DI TORREPADULA N., *Profili di responsabilità degli amministratori di società per azioni durante la crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 271; RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le Società*, 6, 2013, 669. In un'ottica comparatistica SERAFINI S., *I doveri degli amministratori di società di capitali in presenza di una crisi economica*, in SARCINA A. – GARCÍA CRUCES J.A. (a cura di) *L'attività gestoria nelle società di capitali, Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Bari, 2010, 313.

contabile della società sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa, così da prevenire o rimediare per tempo a situazioni di sovra-indebitamento che indebolendo la società la renderebbero maggiormente esposta a situazioni di dissesto.

L'obbligo esplicitamente previsto a carico degli organi delegati si ritiene che debba estendersi, sia pure con le dovute specificazioni, anche al consiglio di amministrazione, quantomeno tenuto a valutare quanto riferito dai delegati in merito al generale andamento della gestione e alla sua prevedibile evoluzione, nonché alle operazioni di maggior rilievo (art. 2381, V co., c.c.)

In generale, anche a prescindere da situazioni di crisi, particolarmente delicata è l'identificazione del contenuto dell'obbligo di diligenza *ex art. 2392 c.c.* e dei limiti all'attività dei gestori, attività che, almeno in principio, dovrebbe essere insindacabile in termini di opportunità e convenienza.

Qualsiasi tentativo di affermare la responsabilità andrebbe, infatti, a confrontarsi con la c.d. *business judgment rule*, ovvero il principio di insindacabilità della scelta gestionale adottata: posta la distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito, si esclude che gli amministratori possono essere chiamati a rispondere delle scelte inopportune e, in definitiva, dei risultati di gestione⁶³.

Da un lato, quindi, si pone l'art. 2392 c.c., che pone a carico degli amministratori sia obblighi specifici sia l'obbligo generale di amministrare con *diligenza*, che conforma sia il *quomodo* sia il *quantum* delle prestazioni richieste, dall'altro, vi è una regola che, pur non risultando dalla lettera della legge, è stata elaborata in sede interpretativa e si connette alla discrezionalità e

⁶³ MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011, MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 835.

alla libertà di iniziativa, traducendosi appunto, in linea di principio, nella insindacabilità delle scelte gestionali compiute, anche qualora le stesse comportino pregiudizio alla società.

In un'ottica sistematica, pur non essendo contenute espressamente nell'art. 2392 c.c., le specificazioni del contenuto dell'obbligo di diligenza possono rintracciarsi altrove.

In primo luogo nell'art. 2403 c.c., il quale pone a carico dei sindaci un obbligo specifico di vigilanza sul rispetto dei c.d. principi di corretta amministrazione, elevati a “clausola generale di comportamento degli amministratori”⁶⁴.

A questo si aggiunge il riferimento contenuto nell'art. 2497, I co., c.c. ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, uno *standard* di condotta amministrativa implementato da criteri anche extragiuridici (in primo luogo economici e aziendali, ma, se vogliamo, anche etici), decisivi della risoluzione del caso concreto⁶⁵.

I principi in questione possono essere sia tecnici, che giuridici.

Da un punto di vista più propriamente tecnico, si imporrebbe in primo luogo l'impiego di taluni indici elaborati dalla scienza aziendalistica, che consentano quantomeno di valutare l'adeguatezza della struttura finanziaria della società in una prospettiva di medio-lungo periodo (si tratterebbe dei cd. *solvency* e/o *liquidity test*).

⁶⁴ MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011; e MONTALENTI P., *I gruppi di società*, in ABRIANI N. ed altri, *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010; NIGRO A., “Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, 457.

⁶⁵ GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 2005, e TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 638.

Siffatte valutazioni, d'altronde, non possono che rientrare tra i doveri degli amministratori, ai quali, competono le decisioni concernenti l'ammontare, la forma, la composizione e l'orizzonte temporale degli investimenti, oltre che la corretta rappresentazione della situazione "anche finanziaria della società" (art. 2423, II co., c.c.).

Esplicito in tal senso il III co. dell'art. 2381 c.c. ai sensi del quale il consiglio di amministrazione "quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari".

Per quanto dalla lettera della norma parrebbe che la predisposizione di tale documentazione sia oggetto di una mera facoltà dei delegati, è da ritenersi che la programmazione della dinamica finanziaria mediante la redazione di apposita documentazione sia opportuna se non addirittura doverosa, soprattutto laddove le dimensioni d'impresa e le politiche gestionali richiedano la formalizzazione del processo di programmazione.

D'altra parte la disponibilità di previsioni sull'evoluzione della dinamica reddituale e finanziaria dell'attività d'impresa risulta altresì strumentale all'adempimento da parte degli organi delegati dell'obbligo *ex art. 2381, V co., c.c.* di riferire con cadenza almeno semestrale sulla "prevedibile evoluzione" dell'andamento della gestione.

La predisposizione di apparati organizzativi idonei alla programmazione e al continuo monitoraggio della dinamica societaria appare, dunque, riconducibile al più ampio precetto di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e, più in generale, diventa espressione del principio di corretta amministrazione e dell'obbligo di gestione diligente *ex art. 2392 c.c.*⁶⁶.

⁶⁶ ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA - G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 491; BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose all'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*,

Peraltro valutazioni prospettiche sono normativamente imposte anche in sede di predisposizione del bilancio di esercizio.

L'art. 2423-*bis*, infatti, esplicando la clausola generale del bilancio, recita al I co. che “la valutazione delle voci va fatta secondo il criterio della prudenza ed in prospettiva della continuazione dell'attività”: solo il mantenimento delle condizioni di operare in continuità aziendale permette al bilancio di ottenere il suo scopo, consistente nel dare una nitida rappresentazione della situazione economica e finanziaria dell'impresa “in funzionamento”.

D'altra parte, anche qualora l'impresa dovesse redigere il bilancio secondo i principi contabili internazionali, l'obbligo sarebbe ancora più esplicito, stando a quanto previsto dallo IAS 1, dove si legge “nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'impresa di continuare a operare come una entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'impresa o interrompere l'attività o non abbia alternative realistiche a fare ciò. Se la direzione aziendale sia conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze che possano comportare l'insorgere di seri dubbi in proposito, deve evidenziare tali incertezze”⁶⁷.

In altre parole il bilancio va redatto secondo il principio del cd. *going concern*, valutando cioè le diverse attività e passività tenendo conto del fatto che esse non sono destinate alla liquidazione, ma all'impiego duraturo nello svolgimento dell'impresa, riconducibile appunto all'accertamento della

2006, I, 5; IRRERA M., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009; ID., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; LOLLI A., *Situazione finanziaria e responsabilità nella governance delle s.p.a.*, Milano, 2009; MIOLA M., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237.

⁶⁷ Sul punto si veda STRAMPELLI G., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli Ias/Ifrs*, Torino, 2009.

continuità aziendale: richiederebbe di verificare quantomeno i flussi di cassa attesi nel prossimo futuro e l'idoneità della struttura finanziaria a sostenere la prosecuzione dell'attività sociale⁶⁸.

A dire il vero, più in generale, l'esigenza di pianificazione economica e finanziaria dell'impresa trova fondamento già nella nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c.: dalle dimensioni dell'impresa e dalla natura del soggetto che la esercita non dipende, dunque, l'esistenza o meno dell'obbligo di programmazione economico-finanziaria bensì soltanto il suo grado di articolazione e di formalizzazione.

Pertanto, pur nell'estrema complessità e mutevolezza del quadro organizzativo e di *governance* entro cui si troverebbero ad operare gli amministratori, questi sarebbero di certo chiamati a rispondere per un eccessivo ricorso all'indebitamento esterno, in assenza di adeguati mezzi propri e, più in generale, per un uso poco ponderato della leva finanziaria.

Per quanto i due piani si accavallino inevitabilmente, da un punto di vista più strettamente giuridico, si impongono regole di comportamento che, pur ponendosi come esplicazioni della clausola generale della diligenza, si pongano come limite *ex ante* alla discrezionalità delle scelte ed, *ex post*, come criterio di controllo delle stesse, coordinando l'obbligo di diligenza con la *business judgement rule*, e cioè consentendo il controllo delle scelte degli amministratori senza violare il principio della discrezionalità

Non si tratta di toccare l'opportunità o la convenienza delle scelte, ma il modo in cui a tali scelte si è pervenuti.

⁶⁸ In generale DE ANGELIS L., *Elementi di diritto contabile*, 2011; DENOZZA F., *A che serve il capitale?*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 585; FORTUNATO S., *Capitale e bilanci nelle S.p.A.*, in *Riv. soc.*, 1991, 125; MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011; PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in COLOMBO G. E. - PORTALE G. B. (a cura di), *Trattato della società per azioni*, I, 2, Torino, 2004; RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Soc.*, 2014, 917.

Uno spiraglio si apre allorché si riesca a dimostrare il difetto di diligenza dell'amministratore che, nel valutare i margini di rischio di un'operazione, abbia adottato una scelta macroscopicamente inopportuna e sconveniente, arrecando alla società perdite gravi e irrimediabili.

L'osservanza del dovere di diligenza impone però quantomeno una certa ponderazione delle decisioni, a prescindere dai concreti risultati delle stesse: se è vero, dunque, che il giudice, dovendosi limitare ad un controllo di legittimità, non potrà sindacare nel merito la gestione, ben potrà controllare il percorso che a determinate scelte ha condotto, al fine di accertare che nel compiere determinati atti di gestione l'amministratore abbia adottato tutte le cautele e le verifiche del caso, ed eventualmente sanzionandone l'omissione.

Sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, riferito cioè alle circostanze, oggettive e soggettive, esistenti nel momento in cui si è tenuta la condotta, le scelte dunque dovranno essere almeno non manifestamente irrazionali e poggiare su basi quantomeno plausibili.

In definitiva, nella valutazione di eventuali inadempimenti, se, da un lato, è irrilevante che la scelta sia stata indotta o avallata dai soci, giacché la gestione spetta esclusivamente agli amministratori, dall'altro, si richiede di valutare la diligenza applicata nel caso concreto nell'esercizio delle funzioni a prescindere dal risultato economico effettivamente conseguito dalla società.

In altre parole, se è vero che le scelte imprenditoriali dell'amministratore sono insindacabili, pur se abbiano provocato o concorso ad aggravare la crisi dell'impresa, lo stesso non può dirsi ogni qual volta tali negative conseguenze siano riconducibili, in tutto o in parte, ad un difetto di organizzazione dell'impresa medesima.

Non è tanto il fatto che la scelta di una determinata operazione imprenditoriale sia poi risultata dannosa, ma piuttosto il fatto che, rispetto a

quella scelta, la società non sia stata attrezzata adeguatamente sotto l'aspetto organizzativo.

L'amministratore ha piena discrezionalità nell'individuare le finalità dell'agire imprenditoriale, ma è tenuto a curare che gli strumenti adoperati siano adeguati allo scopo: sotto il profilo sia dell'organizzazione interna dell'impresa sia, in modo più specifico, dell'idoneità ad assicurare la corretta e veritiera rappresentazione contabile delle operazioni compiute, quale condizione per valutarne costantemente gli effetti e per poterne dare conto.

Così opinando, pur tenendo conto del ruolo svolto dagli organi di controllo nonché del rispetto per la discrezionalità gestoria, si accrescerebbe la responsabilizzazione dell'organo amministrativo con specifico riguardo alle decisioni da prendere o da sollecitare all'assemblea per fronteggiare il dissesto o l'insolvenza incombente, o per limitare i danni derivanti.

Criterio fondamentale di imputazione della responsabilità resta ovviamente quello della colpa, specificamente per mancata o insufficiente diligenza, sia nel grado di inosservanza di specifici obblighi di legge che di statuto, sia in relazione al generale dovere di amministrare e perseguire concretamente l'oggetto sociale in modo adeguato alla natura e alle dimensioni della società, oltre che nel rispetto dell'integrità del patrimonio e delle ragioni dei creditori.

3. La responsabilità per non aver percepito tempestivamente ed efficacemente i segnali della crisi.

Un altro profilo di responsabilità inerisce al non aver percepito tempestivamente i sintomi della crisi e al non avervi prontamente reagito.

Il dovere di prevenzione esige che gli amministratori facciano uso nel corso della normale gestione di appositi *test* di solvibilità che consentano di tastare la

salute della società, monitorandone la situazione finanziaria e promuovendo appositi interventi.

Spetta, infatti, a loro operare una ragionevole valutazione circa le prospettive e i rischi della prosecuzione dell'attività d'impresa, nonché operare il relativo bilanciamento tra la protezione del valore dinamico di produttività aziendale e la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, nel rispetto non solo dell'interesse sociale, ma anche dei creditori e degli altri *stakeholders*.

Tutto ciò chiaramente, laddove si profilino segnali più o meno evidenti di crisi, impone una particolare valutazione di diligenza e correttezza dei gestori che tenga conto non solo della tipologia di soluzione prescelta, ma anche della sua adeguatezza e tempestività, dalle quali spesso dipende l'efficacia stessa del rimedio.

Il dovere di percepire tempestivamente i segnali del dissesto e di porvi adeguati rimedi emerge in primo luogo con riferimento alla violazione di alcuni obblighi specifici gravanti sugli amministratori e legati sostanzialmente al principio generale di conservazione dell'integrità del capitale sociale.

È, infatti, di tutta evidenza che l'insolvenza di una società sottocapitalizzata sia più probabile di quella di una che, pur indebitata, sia dotata di un capitale proprio superiore⁶⁹: ragionevole aspettarsi, dunque, una maggiore prudenza dell'organo amministrativo nell'assumere un rischio di impresa che rischierebbe di gravare quasi esclusivamente sui terzi creditori.

Il riferimento è sostanzialmente agli artt. 2446 e 2447 c.c. e alla relativa disciplina concepita al fine di promuovere l'adeguata ricapitalizzazione o la trasformazione della società, o finanche il suo scioglimento⁷⁰.

⁶⁹ Sulla funzione del capitale sociale, per tutti, SPADA P., *Un numero che detta regole - ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, in *Riv. not.*, 2014, I, 437.

⁷⁰ Si veda il recente MONTAGNANI C., *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 754.

Ai sensi della prima norma, quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e, nel caso di loro inerzia, il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti.

La seconda, invece, dispone che, qualora per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduca al disotto del minimo legale, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

L'art. 2446 c.c. prevede poi ulteriori dettagliati oneri che gli interpreti, in virtù della portata generale della norma, ritengono applicabili analogicamente anche alla fattispecie di cui all'art. 2447 c.c.

In particolare, si dispone che all'assemblea sia sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione; la relazione e le osservazioni dovranno restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione, mentre degli ulteriori successivi fatti di rilievo gli amministratori dovranno dare conto in assemblea.

L'assemblea convocata *ex art.* 2446 c.c. potrà decidere di ridurre immediatamente il capitale o di portare a nuovo la perdita, accrescendo la relativa responsabilità di gestione nell'esercizio: se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio dovrà ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate, altrimenti gli amministratori e i sindaci o il

consiglio di sorveglianza dovranno chiedere al tribunale di disporre la riduzione.

Quanto poi ai criteri di accertamento di cui dare atto nella situazione patrimoniale, in ossequio alle finalità dell'art. 2446 c.c., per consolidato orientamento tra gli interpreti, essi dovrebbero essere gli stessi previsti per la redazione del bilancio di cui agli artt. 2326 ss. c.c., ispirati anzitutto al principio di prudenza⁷¹.

La relazione di accompagnamento, d'altro canto, oltre a dover essere ovviamente aggiornata (in mancanza si potrebbe presumere l'intenzione di occultare perdite sopravvenute), compatibilmente con le esigenze contabili e i tempi tecnici di convocazione⁷², dovrà esporre in modo completo ed esaustivo una valutazione complessiva delle crisi e delle ragioni che l'hanno determinata, nonché prospettica dei provvedimenti concreti da attuare, in modo che l'assemblea possa deliberare in modo consapevole e adeguatamente informato.

In particolare, quanto ai contenuti, si ritiene che gli stessi, per quanto adottati al complessivo procedimento di riduzione in cui la relazione si inserisce, debbano essere sostanzialmente analoghi a quelli di un bilancio di esercizio⁷³; d'altronde la forma del bilancio è quella che meglio consentirebbe di raffrontare la relazione stessa con il bilancio da sottoporre all'assemblea, al fine di verificare la consistenza delle perdite.

⁷¹ *Ex pluribus* Cass., 17.11.2005, n. 23269, in *Giust. civ. – Mass.*, 2005, 11.

⁷² È oggi orientamento consolidato quello esposto in Cass., 17.11.2005, n. 23269, in *Giust. civ. – Mass.*, 2005, 11, cit., dove si precisa che il grado di aggiornamento richiesto deve essere di volta in volta valutato in sede di merito tenendo conto quantomeno delle dimensioni della società e, quindi, della complessità dei relativi accertamenti contabili, nonché di eventuali fatti sopravvenuti, tali da inficiarne la credibilità.

⁷³ È questo l'orientamento maggiormente accolto dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 23.3.2004, n. 5740, in *Giust. civ. – Mass.*, 2004, 3; Cass., 5.5.1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, 354) e di merito (Trib. Napoli, 5.5.2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 365; App. Milano, 19.9.2000, in *Giur. it.*, 2001, 1202).

Resta inteso che in sede di assemblea gli amministratori dovranno informare i soci di eventuali scostamenti rispetto a quanto esposto nella relazione, oltre che di eventuali sopravvenuti risultati positivi o negativi di gestione.

Si tratta evidentemente di disposizioni che, ai fini di ordine pubblico, sono concepite a tutela dell'interesse della società, dei soci e dei terzi che devono avere contezza della situazione societaria; non a caso, infatti, si prevede finanche l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Per comprendere il momento in cui sorge l'onere in capo agli amministratori di porre in essere le procedure di cui agli artt. 2446-2447 c.c. occorre anzitutto soffermarsi sul concetto di perdite, ed in particolare su quello di perdite rilevanti, tali cioè da far scattare in capo agli amministratori l'obbligo di convocare l'assemblea.

Un primo orientamento, affermatosi soprattutto nella giurisprudenza ante Riforma⁷⁴, sostiene che debbano tenersi in considerazione esclusivamente le perdite nette risultanti dal raffronto contabile tra attivo e passivo dello stato patrimoniale, senza tener conto di eventuali riserve.

A detto indirizzo si contrappone l'opinione ora nettamente dominante e confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁵ che vuole che la perdita sia calcolata al netto delle riserve.

Più precisamente, quindi, la società dovrebbe ridurre in progressione le riserve facoltative, statutarie, da sovrapprezzo, da rivalutazione monetaria e legali, i fondi e gli utili non distribuiti, e solo in ultima battuta il capitale.

In altre parole gli oneri in capo agli amministratori non sorgerebbero fintanto che le perdite stesse trovino copertura nelle riserve. In questo modo le riserve manterrebbero il ruolo di "barriera protettiva" del capitale sociale, si

⁷⁴ Tra le molte Trib. Napoli 25.2.1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1026; App. Milano, 6.2.1996, in *Soc.*, 1997, 633.

⁷⁵ Cass. 2.4.2007, n. 8221, in *Giur. comm.*, 2008, II, 963.

eviterebbe di trattare in modo diverso società con situazioni patrimoniali diverse, tutelando al tempo stesso sia i terzi, intaccando le disponibilità secondo un ordine che tenga conto della facilità con cui la società ne potrebbe decidere la distribuzione, sia i soci assenti e dissenzienti che hanno diritto a pretendere l'utilizzazione di tali poste prima di vedere incisa la propria partecipazione sociale, e che potrebbero non essere in grado di sottoscrivere l'aumento deliberato in seguito all'azzeramento del capitale per perdite⁷⁶.

La prova dell'omissione da cui scaturirebbe la responsabilità presenta poi profili non semplici in termini di momento consumativo dell'illecito e, ancor più, in materia di nesso di causalità tra l'omissione e il pregiudizio.

In conformità, infatti, ai principi generali in materia di responsabilità civile, occorrerà dimostrare la condotta illecita e il pregiudizio che ne è derivato, mentre spetterà ai gestori dimostrare di essere immuni da colpa.

A poco soccorre il testo della norma.

Quanto al momento consumativo, infatti, il legislatore si limita a prevedere che l'obbligo di convocare l'assemblea "senza indugio" sorge "quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite"⁷⁷.

Ciò indurrebbe a ritenere che l'obbligo sorga quantomeno in sede di redazione del progetto di bilancio, ma nulla esclude che gli amministratori in

⁷⁶ In questo senso con considerazioni che mantengono la loro incisività anche se pre riforma NAZZICONE L., *Principi consolidati sulla riduzione del capitale per perdite, nota a Trib. Napoli, 25 febbraio 1998*, in *Foro it.*, 1999, I, 1028. Ma si veda anche Trib. Genova, 6.6.1989, in *Soc.*, 1990, 59, in cui i giudici di merito muovendo dal preminente interesse alla tutela dei terzi hanno ritenuto legittima una deliberazione assembleare con cui, dopo aver ridotto immediatamente il capitale senza intaccare le perdite, è stato contemporaneamente aumentato e ricostituito il capitale tramite sottoscrizione dei soci.

⁷⁷ Si veda sul punto PASQUARIELLO C., *Art. 2485 (Obblighi degli amministratori)*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, III, Padova, 2005, 2170, che sottolinea come l'espressione usata dal legislatore sembri voler evocare la diligenza richiesta all'organo gestore di monitorare costantemente ed efficacemente la situazione della società in modo da aver pronta ed immediata informazione dell'evento dissolutivo e procedere così in tempi ragionevoli ai conseguenti adempimenti.

determinate circostanze possano e debbano prenderne atto già nel corso dell'esercizio: la prova dell'anticipata conoscenza sarà ovviamente a carico della società che intenda agire nei loro confronti.

Resta inteso che, laddove la società versi in una situazione di difficoltà economica, in ossequio ad una puntuale applicazione degli obblighi di cui all'art. 2392 c.c., tanto più il capitale sociale si avvicina alla soglia critica di legge tanto maggiore è la diligenza richiesta agli amministratori.

Sarebbe, dunque, senza dubbio invocabile la responsabilità degli amministratori in caso di inerzia dinanzi ad una perdita di cui abbiano avuto contezza, inerzia ancora più colpevole se aggravata da altri fattori come, ad esempio, il ritardo nella redazione del bilancio.

Problemi ancora maggiori, pone, poi l'individuazione del nesso di causalità che leghi in modo diretto e immediato l'inadempimento dell'obbligo di convocazione e le ulteriori perdite derivate alla società.

È, infatti, assai arduo provare che la società non sarebbe stata comunque esposta alle perdite: per un verso, infatti, solo raramente e in ipotesi limite, sarebbe possibile affermare la responsabilità degli amministratori per ulteriori perdite subite dopo la mancata convocazione, per l'altro, sarebbe quasi impossibile provare quale deliberazione avrebbe preso l'assemblea e, soprattutto, la sua efficacia nell'evitare l'aggravarsi del dissesto⁷⁸. Se, infatti, grava sugli amministratori l'obbligo di convocazione e di preparazione, così come quello di proporre i provvedimenti da adottare, rimane del tutto autonoma la determinazione dell'assemblea stessa.

Più facilmente potrà costituire il presupposto di denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. per la quale le gravi o gravissime irregolarità possono consistere

⁷⁸ In questo senso BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004.

anche sull'omissione di tutti gli adempimenti, anche procedurali, cui sono tenuti gli amministratori *ex artt.* 2446 – 2447 c.c.

Infine, non può considerarsi agevole nemmeno la quantificazione del danno.

Posto che non può considerarsi di per sé dannosa per la società la sola violazione dell'obbligo di convocazione senza indugio, in ossequio al principio di causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c., il danno risarcibile andrà piuttosto stimato sulla base dell'ulteriore disavanzo prodottosi successivamente alla mancata o ritardata convocazione. Sarebbe cioè specificamente il danno derivato alla società per aver proseguito la propria attività nonostante il verificarsi la causa di riduzione e senza aver adottato gli opportuni provvedimenti.

Bisogna riconoscere che per consistente parte della dottrina⁷⁹ la riduzione del capitale per perdite costituirebbe uno strumento del tutto inadeguato alla prevenzione dell'insolvenza, giacché la perdita (anche integrale) del capitale non implicherebbe di per sé l'interruzione o l'anormalità dell'attività solutoria della società ovvero l'ingresso della stessa nello stato di crisi, non ponendosi in necessaria relazione con la solvibilità della società e neppure con il valore effettivo del patrimonio sociale, il quale potrebbe essere superiore o inferiore a quello risultante dal bilancio d'esercizio.

A dire il vero l'attivazione della regola “ricapitalizza o liquida” è sostanzialmente legata non tanto al concretizzarsi di un effettivo pregiudizio dei creditori, che deriva dalla compromissione della capacità solutoria della

⁷⁹ G. FERRI jr., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in S. FORTUNATO-G. GIANNELLI-F. GUERRERA-M. PERRINO (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2011; ID., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, I, 753; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; in precedenza alcuni spunti in tal senso erano già offerti da G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004. Più in generale sulla non coincidenza dello squilibrio patrimoniale con l'insolvenza TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, vol. XXV, Torino, 2012.

società, ma piuttosto all'esigenza di conservare un investimento minimo a titolo di capitale di rischio, sì da determinare un incentivo ai soci a promuovere la corretta gestione dell'impresa sociale.

La regola di cui all'art. 2447 c.c. assumerebbe, dunque, una portata preventiva rispetto all'insolvenza, volendo evitare l'impropria traslazione del rischio d'impresa a carico dei creditori, che il legislatore ritiene si produca ove il patrimonio netto si riduca al di sotto della cifra del capitale minimo⁸⁰.

In altre parole, fermo restando che la disciplina contenuta negli artt. 2446 - 2447 c.c. non è propriamente diretta ad "intercettare" tempestivamente il dissesto o il suo approssimarsi, ad essa può comunque riconoscersi una qualche funzione preventiva, sia pure indiretta, giacché l'attivazione del relativo rimedio potrebbe spingere i soci ad investire ulteriori risorse anche qualora la società sia ancora in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni allontanando il rischio di *default*.

L'accertamento delle perdite sulla base dei valori contabili dovrebbe far sì che il rimedio si attivi quando ancora le condizioni patrimoniali e finanziarie, nonché le prospettive della società non sono del tutto compromesse, favorendo così la ricapitalizzazione ed evitando una situazione di *balance-sheet insolvency* (cioè un valore effettivo dell'attivo patrimoniale inferiore a quello del passivo).

A ciò si aggiunga che, come è stato acutamente notato⁸¹, la regola "ricapitalizza o liquida" assolve una fondamentale funzione informativa non solo per i soci, ma anche nei confronti dei creditori sociali, giacché la decisione

⁸⁰ MIOLA M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 605; STRAMPELLI G., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli Ias/Ifrs*, Torino, 2009.

⁸¹ STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

dei soci di ricapitalizzare la società segnala che la situazione economico-finanziaria e le potenzialità future della società sono tali da giustificare ulteriori investimenti, nonostante le perdite patrimoniali registrate.

Benché sia condivisibile l'assunto che, in concreto, la rilevazione di perdite di capitale si associ alla crisi finanziaria o all'insolvenza e anzi, spesso, le preceda, non può escludersi inoltre che, al momento dell'accertamento delle perdite rilevanti, il valore effettivo dell'attivo patrimoniale sia già inferiore a quello del passivo, potendo pertanto risultare compromessa la capacità della società di soddisfare integralmente le sue obbligazioni.

Si tenga presente, infine, in via più generale, che una responsabilità degli amministratori può sussistere anche laddove, in violazione della normativa in materia di bilancio, essi procedano ad una sopravvalutazione della consistenza patrimoniale della società.

Questa, infatti, oltre a determinare l'invalidità del bilancio e costituire il presupposto per ricorso *ex art. 2409 c.c.*, potrebbe determinare conseguenze pregiudizievoli nei confronti della società (esponendola a tassazione per poste attive non realmente conseguite, o consentendo la distribuzione di utili non realizzati), di soci o terzi (indotti a sottoscrivere o acquistare azioni a prezzi falsati), oltre che dei creditori sociali (che hanno concesso mutui o dilazioni sulla base di bilanci ottimistici): conseguirà, quindi, responsabilità degli amministratori per qualsivoglia occultamento dell'effettiva situazione di *deficit* della società.

Le considerazioni che precedono rendono evidente che non è possibile giudicare astrattamente l'idoneità della regola "ricapitalizza o liquida" alla segnalazione e alla prevenzione della crisi finanziaria e dell'insolvenza, sembrando che il giudizio a riguardo, a prescindere dal pedissequo rispetto

delle norma di legge, debba dipendere da considerazioni che tengano conto del complessivo comportamento tenuto dai gestori⁸².

4. *La responsabilità per non aver fronteggiato adeguatamente la crisi. I nuovi doveri di gestione conservativa.*

La remota prospettiva sanzionatoria della responsabilità *ex artt.* 2446-2447 c.c. di cui si è accennato, potrebbe indurre gli amministratori ad eludere le norme proseguendo l'attività sociale pur in presenza di rilevanti perdite.

Al fine di limitare detto rischio, la previgente versione dell'art. 2449, I co., c.c. così disciplinava la posizione e i compiti dell'organo amministrativo nella fase pre-liquidatoria: “gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi”.

Vigente la vecchia disposizione, quindi, la mutata funzione in chiave conservativa del patrimonio sociale, rivolto non più a perseguire l'oggetto sociale o comunque lo scopo lucrativo, ma piuttosto a soddisfare i rapporti giuridici in essere, a prescindere dalla valenza meramente dichiarativa della delibera assembleare e degli altri provvedimenti, vietava le nuove operazioni, pena la sanzione della responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi⁸³.

⁸² AA. VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013; CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012; GUERRERA F., *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 247.

⁸³ *Ex multis* Cass., 12.6.1997, n. 5275, in *Soc.*, 1997, 1394; Cass. 28.1.1995, n. 1035, in *Giur. it.* 1995, I, 1, 1675.

Al verificarsi di una causa di scioglimento, quale ad esempio la riduzione per perdite del capitale sotto il limite legale, sorgeva, automaticamente, *ipso iure e de facto*, l'obbligo di astensione da nuove operazioni, intese come tutte quelle attività che, piuttosto che mirare esclusivamente a portare a termine operazioni già avviate o a creare le condizioni per la conservazione del patrimonio, o quantomeno per una proficua liquidazione, erano direttamente finalizzate al conseguimento di utili, con evidente assunzione di nuovi rischi.

La norma aveva destato non poche perplessità a livello interpretativo.

Per quanto dalla norma emergesse soltanto una responsabilità diretta ed esterna all'ambito sociale, si era affermata la convinzione che eventuali violazioni potessero fondare anche azioni di responsabilità *ex art. 2393 e 2394 c.c.*, laddove si fosse verificato un danno per il patrimonio sociale, eventualmente tale da renderlo incapiente (azioni, peraltro, esperibili soprattutto in sede fallimentare in forza dell'onere probatorio tendenzialmente non troppo gravoso).

A ciò si aggiunga che l'ambiguità della norma, combinata con il condiviso rifiuto per un criterio rigido meramente cronologico, aveva portato gli interpreti a ritenere che in sostanza i poteri degli amministratori, disattivata la gestione dinamica dell'impresa, fossero limitati ai soli atti funzionalmente orientati alla liquidazione dei beni e alla mera continuazione di quanto avviato in precedenza, essendo invece vietati atti che, anche alla luce di parametri prevalentemente aziendalistici, fossero suscettibili di creare nuovo rischio d'impresa.

Come noto, le norme in materia di scioglimento e liquidazione sono state innovate dalla Riforma del 2003 che, pur non apportando modifiche radicali, ha introdotto alcune novità, non ancora compiutamente esaminate dalla giurisprudenza, volte ad accelerare e semplificare le procedure di accertamento

delle cause di scioglimento e a disciplinare i poteri e i doveri di amministratori (e liquidatori) con particolare riguardo al compimento di nuove operazioni.

Nel nuovo impianto normativo viene meno l'automatismo del divieto di nuove operazioni, anzi, a dire il vero, viene meno proprio l'espressione "nuove operazioni": la responsabilità degli amministratori deriverebbe dal danno creato per effetto di una gestione eccedente i fini di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Occorre però procedere con ordine.

L'art. 2485 c.c., dopo aver previsto l'obbligo per gli amministratori di accertare "senza indugio" il verificarsi di una delle cause di scioglimento di cui al precedente art. 2484 c.c., e procedere ai relativi adempimenti (in primo luogo, l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese), ne sancisce la responsabilità personale e solidale per danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi in caso di mancato o ritardato adempimento.

Privo di contenuto decisorio, per quanto generalmente frutto di una certa attività valutativa, anche piuttosto complessa, detto accertamento costituisce un atto di ricognizione e di scienza, di cui è istituzionalmente investito l'organo amministrativo nel suo complesso e che deve essere il risultato dell'intendimento di tutti gli amministratori: in considerazione dell'importanza dell'adempimento in questione, il ritardo o l'omissione oltre a determinare responsabilità in capo all'organo gestorio, conferisce in capo ai singoli soci, amministratori o sindaci il potere di proporre istanza affinché il Tribunale accerti la causa di scioglimento.

La formulazione della norma, che si limita a prescrivere un accertamento "senza indugio", ha portato gli interpreti ad interrogarsi sull'effettiva portata della prescrizione, anche considerate le diverse applicazioni legate alle peculiarità del caso concreto, oltre che alle diverse cause di scioglimento.

L'importanza della tempestività sembra essere incontestabile, non a caso, diversamente dal vecchio testo che contemplava una dilazione di trenta giorni per la convocazione dell'assemblea per i dovuti provvedimenti (tra cui innanzitutto la nomina dei liquidatori), oggi l'art. 2487 c.c. impone di convocare l'assemblea contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento.

In linea di massima ai gestori deve essere concesso il tempo strettamente necessario per formulare un giudizio "certo ed inequivocabile" sulla sussistenza della causa di scioglimento e quindi per procedere ai relativi adempimenti pubblicitari.

Fermo restando che laddove vi siano delle oggettive difficoltà, la valutazione sarà più delicata, e quindi meno rigoroso il giudizio sul ritardo, gli amministratori dovrebbero già aver predisposto degli strumenti che consentano loro di rilevare tempestivamente il verificarsi di eventi dissolutivi: ai fini della valutazione della responsabilità non potrà, dunque, non tenersi conto dell'idoneità dei meccanismi di monitoraggio.

Si tenga, altresì, presente che ovviamente sarà diversamente valutata la posizione e, dunque, l'eventuale responsabilità degli amministratori con o senza deleghe: se i primi, come noto, sono infatti chiamati a curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, i secondi sono investiti del compito di valutare l'adeguatezza di tale assetto e di agire in modo informato, anche sulla base di quanto riferito dagli organi delegati⁸⁴.

⁸⁴ SARALE M., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, ha rilevato come il ritardo nell'accertamento potrebbe essere fonte di responsabilità anche laddove sia dovuto ad una "errata valutazione circa la decisione di rimozione della causa di scioglimento".

Ad ogni modo, quindi, tanto per i delegati che per i non esecutivi, il giudizio sulla tempestività oltre che sulla correttezza della rilevazione assume portata decisiva non solo per le conseguenze negative che il ritardo potrebbe produrre sul patrimonio sociale, ma anche per valutare la legittimità della gestione stessa.

Il successivo art. 2486 c.c. precisa, infatti, che dal verificarsi di una causa di scioglimento e sino alla consegna ai liquidatori della documentazione di cui all'art. 2487-bis⁸⁵, gli amministratori conservano la gestione della società “ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”, rischiando, in caso di esorbitanza da tali strette prerogative, responsabilità personale e solidale per danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi.

La nuova disposizione, almeno formalmente, supera l'ambiguo divieto di nuove operazioni, riconoscendo espressamente all'organo amministrativo il potere di gestione, specificandone però lo scopo strettamente conservativo.

A dire il vero la Riforma più che apportare modifiche sostanziali, sembra essersi limitata a recepire alcuni indirizzi già consolidati in sede interpretativa: quel che sembra più significativo è l'aver introdotto esplicitamente una responsabilità per danni, e quindi non genericamente ricollegata al mero compimento di atti non conservativi. Nel caso specifico di perdite, il fulcro della disciplina sembra essersi spostato dal divieto assoluto di intraprendere nuove operazioni all'obbligo di accertarne l'esistenza senza indugio e

⁸⁵ In dottrina è stato rilevato come gli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in capo agli amministratori non vengono meno con la formale accettazione della carica da parte dei liquidatori, ma devono estendersi fino all'effettivo passaggio di consegne, vd. NICCOLINI G., *Commento all'art. 2487-bis*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

Si tenga presente che anche la documentazione (libri sociali, una situazione dei conti alla data di effetto dello scioglimento ed un rendiconto sulla loro gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato) riveste un ruolo rilevante non solo per verificare l'entità del patrimonio trasmesso ai liquidatori, ma anche per valutare eventuali responsabilità in capo agli amministratori per la gestione successiva all'evento dissolutivo.

provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese⁸⁶. A ciò si aggiunga, con non minore importanza, l'esplicito venir meno della possibilità per i terzi creditori di convenire in giudizio gli amministratori per l'adempimento dell'obbligazione assunta in spregio del previgente art. 2449 c.c.⁸⁷.

Con specifico riferimento al venir meno del divieto di nuove operazioni, secondo alcuni, la nuova formulazione consentirebbe più ampi margini di manovra agli amministratori, comunque investiti, pur in presenza di un evento dissolutivo, della gestione attiva, purché limitata alla stregua di un ordinario rischio di impresa, alla prospettiva conservativa⁸⁸. Altri, invece, hanno rintracciato una sostanziale continuità rispetto alla normativa precedente, ritenendo che piuttosto il legislatore della Riforma si sia limitato ad avallare definitivamente l'interpretazione dominante.

Inutile dire che particolarmente importante sarà la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza nelle fattispecie concrete che verranno poste alla sua attenzione e che però rischiano di essere caratterizzate da un elevato grado di opinabilità legato alle valutazioni da operare caso per caso.

La nuova formulazione della norma consente inoltre il superamento del dibattito dottrinale incentrato sulla natura interna o esterna della responsabilità degli amministratori⁸⁹, mantenendo però, come rilevato da attenta dottrina⁹⁰, piani distinti.

⁸⁶ Così BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004.

⁸⁷ In dottrina, tra gli altri, AIELLO M., *Scioglimento della società e responsabilità di amministratori e sindaci tra vecchio e nuovo rito*, in *Giur. it.*, 2010, 2360, ha messo in luce come mentre la posizione della società sia rimasta sostanzialmente invariata, grossi mutamenti si possono rilevare con riferimento ai diritti dei terzi creditori.

⁸⁸ Si noti come una parte della giurisprudenza abbia sostenuto piuttosto un ampliamento dell'area sanzionatoria, in forza di un obbligo di risarcimento del danno non solo per nuove operazioni, ma più in generale per qualsiasi danno recato alla società, ai soci o ai terzi (in particolare Trib. Milano, 3.2.2010, in *Giur. it.*, 2010, 2352).

⁸⁹ Per la tesi della natura interna e quindi l'assenza di responsabilità nei confronti del terzo di buona fede, si ricorda in particolare la posizione di FERRI G., *Le società*, in VASSALLI F. (fondato da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1987, mentre per la tesi della natura

Occorre premettere che, mancando nella norma ogni riferimento agli artt. 2392 ss. c.c., potrebbe ritenersi un'ipotesi speciale ed autonoma. In realtà ragioni di coerenza sistematica, tra cui l'applicazione per i liquidatori delle norme in materia di responsabilità degli amministratori, che ne fa dedurre logicamente l'applicazione anche in fase pre-liquidatoria, portano a ritenere che si tratti di una fattispecie rientrante nella generale responsabilità gravante in capo ai gestori.

Peraltro, come affermato da attenta dottrina⁹¹, sembra che il riferimento effettuato alla responsabilità sia più che altro il modo con cui il legislatore abbia voluto rinviare, in modo sintetico e globale, alle disposizioni di cui agli artt. 2393 e ss. c.c., destinate evidentemente ad applicarsi anche laddove i gestori non abbiano prontamente accertato la causa di scioglimento, non vi abbiano dato adeguata pubblicità, o, una volta verificatasi la causa e avendone avuto contezza, non abbiano limitato la propria attività a quanto strettamente necessario a fini conservativi.

In ogni caso, nell'accertamento della responsabilità per violazione del divieto, assumerà rilevanza il grado di diligenza concretamente applicato dagli amministratori, soprattutto in considerazione della solerzia nel fronteggiare il dissesto sin dalle prime manifestazioni.

esterna, che quindi escluderebbe qualsiasi responsabilità nei confronti della società, la quale dunque non potrebbe agire neanche in rivalsa nei confronti degli amministratori, si veda GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, v. III *L'impresa e le società*, t. 2 *Le società di capitale, le cooperative*, Padova, 1999. Il dibattito sul punto è riportato in CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, dove ulteriori riferimenti.

⁹⁰ Si consideri che già nel vigore della precedente disciplina, era stato messo in luce il carattere pluri-offensivo dell'illecito, idoneo a creare in capo all'amministratore sia una responsabilità nei confronti dei terzi, peraltro solidale con quella della società, sia una responsabilità nei confronti della società stessa.

⁹¹ RORDORF R., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita di capitale*, in *Soc.*, 2009, 3, 277.

In definitiva, sia pure con le precisazioni di cui sopra, verificatosi l'evento negativo e dunque mutato il vincolo di destinazione del patrimonio sociale, rimane pressoché ineludibile il divieto di "nuove operazioni", con l'unico margine offerto dalla necessità di agire a fini conservativi dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Alcuni cambiamenti si rintracciano però in materia di onere della prova.

In conformità ai dettami che regolano la responsabilità contrattuale, la società dovrebbe provare l'inadempimento e il danno conseguente.

La precedente formulazione aveva portato la giurisprudenza a ritenere esistente una sorta di presunzione di illegittimità indiscriminata di tutti gli atti gestori compiuti dopo il verificarsi di una causa di scioglimento.

In realtà, considerato quanto detto circa i persistenti poteri di gestione, sia pur solo conservativa, in capo agli amministratori e la configurabilità della responsabilità come responsabilità "da danno", sembra preferibile ritenere che l'onere della prova circa la presunta violazione della logica meramente conservativa, nonché circa le conseguenze negative sul patrimonio sociale, spetti all'attore e non all'amministratore convenuto⁹².

Recentemente, affermata la cessazione del potere di gestione attiva al verificarsi della causa di scioglimento, si è ritenuto che l'amministratore, essendo l'unico soggetto in possesso di dati idonei, dovesse dare la prova della finalità conservativa della propria gestione (si tratterebbe di un'applicazione del c.d. principio della vicinanza alla prova).

Per andare esenti da responsabilità, gli amministratori dovranno provare la mancata e incolpevole conoscenza della causa di scioglimento, ovvero che la

⁹² Si consideri che analoghe considerazioni erano state fatte pure con riferimento alla previgente disciplina e, quindi, con riferimento alla novità delle operazioni successive all'evento dissolutivo.

perdita non sia tale da giustificare lo scioglimento, ovvero, da ultimo, l'assenza di pregiudizio.

Riassumendo, si distinguono due ipotesi di responsabilità.

La prima *ex art.* 2485 c.c. per aver ritardato l'adozione dei provvedimenti per lo scioglimento, da cui, peraltro, prende avvio la fase di liquidazione.

Se da un lato la norma appare superflua poiché senza dubbio, pur nella precedente formulazione, comunque gli amministratori sarebbero stati ritenuti responsabili per eventuali ritardi nell'assunzione di detti provvedimenti, dall'altro nella pratica appare quantomeno improbabile che, in assenza di nuove operazioni speculative, l'omessa tempestiva adozione dei provvedimenti possa costituire fonte di responsabilità nei confronti della società, mentre più verosimilmente potrebbe configurare responsabilità nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi.

La seconda fattispecie di responsabilità è quella *ex art.* 2486 c.c. per danni derivati da operazioni non strettamente attinenti alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Essa introduce novità non particolarmente rilevanti rispetto alla disciplina ante-Riforma visto che per orientamento consolidato si riteneva che dovessero considerarsi "operazioni nuove" vietate soltanto quelle che rappresentassero "fonte di nuovo rischio d'impresa"⁹³.

Peraltro, nella nuova come nella vecchia formulazione, l'obbligo di limitare le operazioni a quelle concepite per valorizzare e conservare il patrimonio sociale non può che intendersi come nascente già al momento del manifestarsi della causa di scioglimento, a prescindere dall'adempimento degli obblighi pubblicitari (per quanto vi sia oggi riconosciuta efficacia costitutiva, giacché ne

⁹³ Si veda sul punto FRANZONI M., *Della società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo*, in GALGANO F. (a cura di) *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2008, dove non si rintraccia alcuna sostanziale novità nell'impianto normativo post-Riforma.

derivano gli effetti dello scioglimento *ex art. 2484, III co., c.c.*), altrimenti dovrebbe ritenersi che il momento di limitazione del potere gestorio sia lasciato alla discrezionalità degli amministratori che potrebbero decidere a loro piacimento quando effettuare la dichiarazione al registro delle imprese.

L'eventuale differimento della pubblicità dichiarativa non sarebbe, dunque, legittimo a meno che non si rintracci una ragione che faccia venire meno la causa di scioglimento o vi sia un'altra ragione giustificatrice, come, ad esempio, il tempo necessario per reperire i fondi per la ricapitalizzazione o per avviare diverse iniziative per ripianare le perdite⁹⁴.

Sostanzialmente, dunque, il legislatore non avrebbe fatto altro che recepire in sede di Riforma quanto ormai acquisito a livello interpretativo e cioè il divieto di quelle operazioni (ivi comprese esecuzioni di commesse ed effettuazioni di ordinativi) che, in quanto speculative, risultino incompatibili con lo stato di liquidazione o determinino un pregiudizio alla consistenza patrimoniale della società. Sicuramente ammesse, ed anzi dovute, saranno quantomeno quelle attività positive, tra cui relazioni con i dipendenti o con collaboratori esterni, che siano necessarie per non disperdere il valore di avviamento dell'impresa soprattutto nell'ipotesi di cessione dell'azienda gestita dalla società⁹⁵.

E pare sistematicamente rilevante la circostanza che il precetto sia ora espresso in termini (non più negativi, bensì) positivi e, soprattutto, che esso si ricolleggi ad una visione dinamica della fase di liquidazione, diretta a conservare non solo l'integrità ma anche il valore del patrimonio sociale.

Sotto quest'ultimo profilo, la disciplina dello scioglimento delle società di capitali sembra in effetti aver anticipato la filosofia della Riforma fallimentare:

⁹⁴ In tal senso Trib. Milano, 1.4.2011, n. 4480, in *Soc.*, 2012, 268, con nota di FERRARI.

⁹⁵ ROSSI A., *Art. 2486 (Poteri degli amministratori)*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, III, Padova, 2005, 2181.

la convergenza delle due discipline pone oggi come primario riferimento la tutela dei valori sottesi alla continuità aziendale⁹⁶: la continuazione dell'attività imprenditoriale cessa, infatti, di costituire l'eccezione, da ammettere solo in una prospettiva strumentale alla successiva liquidazione, per divenire essa stessa la regola dell'agire degli amministratori, in quanto finalizzata alla salvaguardia dell'integrità del patrimonio sociale e quindi - deve ritenersi - anche della stessa capacità reddituale dell'impresa.

Il cambiamento riflette l'opzione di concepire la liquidazione come evento non comportante più necessariamente la disgregazione del complesso aziendale; lo stesso è da dirsi per quel che riguarda l'apertura della procedura fallimentare, data l'accentuazione, in seguito alla Riforma, di istituti volti a garantire la continuazione dell'attività d'impresa ai fini di una più proficua liquidazione dell'attivo, rendendo, ad esempio, possibile la conservazione dell'unità dell'azienda così da consentirne l'alienazione.

È dunque sul monitoraggio in ordine allo stato di squilibrio patrimoniale e sulla compatibilità della gestione successiva rispetto alle finalità conservative del valore dell'azienda che si impernia la normativa.

In forza, dunque, della disciplina sopraesposta gli amministratori, ivi compresi quelli privi di delega⁹⁷, sarebbero oggi tenuti a vigilare costantemente la situazione patrimoniale della società in modo da poter avvedersi prontamente di eventuali perdite e, laddove queste si verificano in misura per legge rilevante, convocare senza indugio l'assemblea di modo che questa provveda, in difetto, ad iscrivere la causa di scioglimento nel registro delle

⁹⁶ In questi termini ABRIANI N., *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, *Fall.*, 4, 2010, 392.

⁹⁷ La responsabilità per omesso accertamento e compimento di nuove operazioni grava, per giurisprudenza costante, anche sull'amministratore privo di deleghe, da ultimo si veda Cass., 12.3.2010, n. 6037, in *Soc.*, 2010, 1065.

imprese: in ogni caso dal verificarsi della causa di scioglimento non sono più consentiti atti di gestione sociale, ma soltanto atti conservativi.

Inutile dire, dunque, che il sindacato giurisdizionale non potrà limitarsi ad un semplice ed immediato riferimento cronologico, ma dovrà necessariamente valutare la “novità” delle operazioni alla luce di una più ampia indagine ricostruttiva che tenga conto di profili soggettivi ed oggettivi, inseriti nel contesto della dinamica organizzativa ed economica della società.

5. Il problema della quantificazione del danno.

Il tema relativo alla gestione della crisi si completa ovviamente trattando dell'importante problema della quantificazione dei danni imputabili agli amministratori, qualora gli stessi incorrano in responsabilità per la violazione degli obblighi di cautela sussistenti in presenza di una situazione di crisi (reversibile o meno), o per la violazione del divieto di atti gestori non conservativi susseguenti al manifestarsi di un causa di scioglimento.

È di tutta evidenza, infatti, come, una volta accertata la responsabilità, non pochi problemi suscitati la quantificazione del danno.

Se, da un lato, potrebbe ritenersi tutto sommato agevole la verifica del nesso causale tra inadempimento e danno nelle ipotesi in cui il pregiudizio patrimoniale è prodotto dalla violazione di uno specifico obbligo (come nel caso di sottrazione di denaro dalle casse sociali), ben più complessa è la valutazione laddove occorra sindacare un'attività gestoria relativa a un arco temporale più o meno ampio, al cui interno siano presenti svariate violazioni di obblighi di legge, ciascuna delle quali non necessariamente foriera di un danno al patrimonio sociale.

In tal caso, infatti non solo si pone il limite dell'insindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria del merito delle scelte gestorie, ma risulta finanche

difficile isolare gli effetti negativi di singoli atti illegittimi all'interno di un'attività di gestione che si articola in comportamenti di vario genere e sui cui risultati negativi possono interferire anche fattori esogeni non direttamente riferibili alla condotta degli amministratori.

Sono questi i motivi che hanno condotto nel tempo la giurisprudenza ad elaborare criteri di calcolo del danno di varia complessità, in grado di costituire delle linee guida da seguire al fine di superare gli ostacoli che possono presentarsi nella quantificazione del danno risarcibile.

In particolare, ha goduto di alterne fortune il criterio costituito dalla differenza tra attivo e passivo fallimentare (cd. criterio del *deficit* fallimentare), che, da sempre oggetto di pesanti critiche da parte della dottrina, oggi non pare incontrare neppure i favori della giurisprudenza, che, protesa a conformare le proprie decisioni al principio del “danno effettivo”, lo adopera solo in specifiche circostanze (vedi *infra*)⁹⁸.

Con particolare riferimento alla violazione del divieto di nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, suscita notevole consenso il c.d. criterio dei netti patrimoniali, che si basa sulla differenza tra valori patrimoniali, ossia tra la differenza tra patrimonio netto al momento in cui si manifesta la causa di scioglimento e patrimonio netto al momento della dichiarazione di fallimento.

In base ad esso, una volta accertata la continuazione dell'attività di gestione dopo la causa di scioglimento, e in particolare nel caso di riduzione del capitale sociale per perdite, il danno deve essere determinato sulla base

⁹⁸ Tra le molte Cass. 22.10.1998 n. 10488, in *Soc.*, 1999, 557; Cass. 4.4.1998 n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, 324; Cass., 19.12.1997 n. 9252, in *Fall.*, 1998, 666, con nota di PROTO, *Responsabilità e danno nell'azione del curatore contro amministratori e sindaci*; Cass. 19.12.1985 n. 6493, in *Soc.*, 1986, 505; App. Milano 11.7.2007, in *Soc.*, 2008, 590; App. Bologna 12.1.2004, in *Fall.*, 2005, 37, con nota di RONDINONE, Trib. Catania 1°9.2000, in *Fall.*, 2001, 1128; Trib. Catania 8.5.1998, in *Dir. fall.*, 1998, II, 594; App. Bologna 5.2.1997, in *Foro it.*, 1997, 2284.

dell'aggravamento del passivo che si è prodotto nelle more, comparando la situazione patrimoniale esistente al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento e quella rinvenuta al momento della dichiarazione di fallimento.

Tale criterio consente sostanzialmente di formulare un giudizio di illegittimità potenzialmente in grado di coinvolgere l'intera fase di gestione successiva al verificarsi della specifica causa di scioglimento, se ritenuta in contrasto con gli obblighi di gestione conservativa.

Non sono, tuttavia, mancati dubbi e perplessità in relazione alla rispondenza del metodo della comparazione tra le situazioni patrimoniali, nelle sue diverse articolazioni, rispetto ai principi generali che governano le obbligazioni risarcitorie⁹⁹.

In generale, come sarà meglio esposto con riferimento all'azione del curatore fallimentare, in linea con le istanze di attenta dottrina, la giurisprudenza, tanto di legittimità che di merito, ha avviato il superamento dei tradizionali criteri presuntivi e automatici di liquidazione del danno imputabile agli amministratori, ritenendoli non conformi con i principi generali in materia di risarcimento del danno.

Secondo un prima interpretazione, il criterio in questione dei netti patrimoniali sarebbe da ritenersi complementare al criterio del *deficit* fallimentare, nel senso che il primo si applicherebbe quando ai gestori sia

⁹⁹ Per una sintesi delle diverse posizioni espresse in dottrina e giurisprudenza si vedano, tra i molti contributi, BRIZZI F., *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, 2441; FINARDI, *Azione di responsabilità contro gli amministrazioni di spa fallita e criteri di determinazione del danno*, in *Soc.*, 2008, 1364; PALAZZOLO A., *Responsabilità degli amministratori per errata programmazione finanziaria e per la prosecuzione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento: criteri di quantificazione del danno risarcibile*, *Dir. fall.*, 2012, II, 585; PANZANI L., *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 86; PATTI A., *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 81; RONDINONE N., *La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 1, 2005, 37.

imputabile il mero aggravamento del dissesto, il secondo quando sia ad essi imputabile l'intero dissesto¹⁰⁰.

Secondo un'altra versione, per certi versi più condivisibile, il netto patrimoniale finale dovrebbe invece essere rapportato alla data della dichiarazione di fallimento ma tenendo fermi i criteri legali di redazione del bilancio di esercizio, ossia senza tenere conto della falcidia fallimentare¹⁰¹.

Non si discute però solo sul valore finale di riferimento, ma anche sul valore iniziale.

Tendenzialmente, trattandosi pur sempre di danno derivante da responsabilità per colpa, occorrerebbe specificamente riferirsi alla situazione patrimoniale del momento in cui la causa di scioglimento sia divenuta nota o conoscibile secondo diligenza da parte agli amministratori. Tale momento, a meno che non si verifichi una forte perdita riconoscibile in corso di esercizio, è normalmente ricondotto a quello della predisposizione del bilancio annuale o di altra situazione patrimoniale da cui la causa di scioglimento emerga in modo conclamato, o sarebbe dovuta emergere applicando le regole corrette di redazione¹⁰².

¹⁰⁰ Trib. Milano 11.1.2002, in *Soc.* 2003, 1015; Trib. Genova 22.5.1998, in *Fall.*, 1998, 1291; Trib. Genova 6.4.1993, in *Fall.*, 1993, 1263; Trib. Torino 9.4.1991, in *Fall.*, 1991, 867.

¹⁰¹ Trib. Milano 10.5.2001, in *Giur. it.* 2001, 1898, Trib. Genova 24.11.1997, in *Fall.*, 1998, 843; Trib. Torino, 10.2.1995, in *Fall.*, 1995, 1151; Trib. Milano 25.5.1981, in *Soc.*, 1982, 16. In dottrina CASSOTTANA M., *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano, 1984. E non manca chi valorizza singolarmente la sola differenza fra passivo sussistente al momento della causa di scioglimento e passivo fallimentare App. Bologna 15.4.2003, in *Fall.*, 2004, 289; non dissimilmente, Trib. Milano 18.1.1990, segnalata in *Fall.*, 1990, 560.

¹⁰² In giurisprudenza Trib. Genova 16.9.1992, in *Fall.*, 1993, 227; Trib. Milano 22.1.2001, Trib. Torino 13.12.1989, in *Giur. it.* 1990, I, 2, 145; Trib. Torino 20.3.1989, in *Giur. comm.* 1990, II, 285; Trib. Milano 24.1.1983, in *Fall.*, 1983, 811; App. Milano 29.3.1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, 497, Trib. Milano 16.3.1972, in *Dir. fall.* 1972, II, 658. In dottrina BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004, BONELLI F., *Art. 146 l. fall.: l'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 780; DI AMATO S., *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. Alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, I, 2003, 20, e NICCOLINI G., *Commento all'art. 2485*, in G.

La questione ovviamente si complica considerato che ad essere illegittima è dell'intera nuova attività imprenditoriale "speculativa" per la sua contrarietà all'obbligo di conservazione del patrimonio sociale. È su tale obbligo, quindi, che si fonda la presuntiva imputazione agli amministratori (dell'intera misura) dell'aggravamento della situazione economica della società, secondo una concezione del nesso di causalità che peraltro andrebbe riferita all'intera attività e non alla singola operazione.

Peraltro, il problema si manifesta in modo ancora più complesso se risulti che sono stati compiuti atti "conservativi" che, seppure caratterizzati da tale natura, abbiano inciso sulla posizione patrimoniale della società: in proposito, non operando il divieto speciale di cui si è detto, ritornano in campo sia il principio della causalità materiale, sia il requisito della colpa, da evidenziarsi secondo l'ordinaria distribuzione degli oneri probatori.

In altre parole, posto che la prova dell'inadempimento non può più giovare della presunzione semplice che tutti i nuovi atti gestori siano illegittimi, una volta che l'attore abbia soddisfatto tale onere probatorio (dimostrando che sono stati compiuti nuovi atti d'impresa non collegati a operazioni in corso né dettati da finalità conservative), in ragione della considerazione che i nuovi atti gestori legittimi continuano a rappresentare un'eccezione - essendo consentiti, ed anzi dovuti, solo quelli compiuti "ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale" -, rimane giustificato l'impiego di uno dei predetti criteri presuntivi di quantificazione del danno.

Naturalmente, anche nel nuovo regime gli amministratori, per ridimensionare l'ammontare del danno risarcibile, potranno dimostrare l'incidenza di effetti economici di atti gestori da essi avvedutamente compiuti per "scopi conservativi" - e allora spetterà all'attore impiegare all'uopo il

NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

principio di causalità materiale -, nonché la sopravvenienza di eventi esterni alla gestione che avrebbero inciso sul passivo anche se si fosse proceduto immediatamente alla liquidazione.

6. La responsabilità degli amministratori tra obbligo di chiedere il fallimento e nuove soluzioni negoziali.

Tra gli obblighi degli amministratori che si ricollegano al più generale dovere di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale rientra quello di chiedere il fallimento¹⁰³.

Laddove si verifici, infatti, un dissesto vistoso ed irreversibile, l'organo gestorio, oltre a dover adottare le misure necessarie a contenere le perdite, non può ritardare l'avvio della procedura fallimentare o, quando ne sussistano i presupposti, la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo in ragione dell'ovvia considerazione che altrimenti si rischierebbe di incrementare il passivo, oltre che di precludere il tempestivo esperimento delle azioni revocatorie.

Per la verità, tuttora nell'ordinamento italiano non esiste una specifica norma civilistica che stabilisca nitidamente tale obbligo¹⁰⁴.

Tra gli interpreti si ritiene, però che l'obbligo dei membri del consiglio di amministrazione di richiedere il fallimento della società si ricavi dal combinato disposto dell'art. 217 n. 4 l. fall., che sanziona come reato di bancarotta semplice il comportamento dell'imprenditore che abbia aggravato il proprio

¹⁰³ Per alcuni riferimenti di diritto comparato SERAFINI S., *I doveri degli amministratori di società di capitali in presenza di una crisi economica*, in SARCINA A. – GARCIA CRUCES J.A. (a cura di) *L'attività gestoria nelle società di capitali, Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Bari, 2010, 313.

¹⁰⁴ Il diritto tedesco, ad esempio, in tema di società di capitali, dispone che gli amministratori, in caso d'insolvenza della società devono chiedere senza indugio, al più tardi comunque entro tre settimane dall'avverarsi dell'insolvenza, l'apertura della relativa procedura. Una regola simile si trova in diritto francese.

dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa, e dell'art. 224 l. fall., che estende agli amministratori i fatti di bancarotta semplice dell'imprenditore¹⁰⁵.

D'altronde, la tesi per cui il predetto obbligo civilistico possa ricavarsi da tali disposizioni penali, si spiega ragionevolmente considerando che il bene giuridico da essa tutelato annovera senz'altro anche gli interessi della società e dei creditori.

In realtà l'obbligo in questione sembra essere strettamente connesso a quello di tenere sotto costante controllo l'evoluzione della situazione finanziaria della società, in ossequio al generale obbligo di diligenza *ex art. 2392, II co., c.c.*

A prescindere dal controverso rinvio alle disposizioni penali testé richiamate¹⁰⁶, e pur mancando, quindi, nel nostro ordinamento disposizioni coincidenti con quelle previste da alcuni ordinamenti comunitari che prescrivono un termine, peraltro breve, entro il quale gli amministratori sono tenuti a richiedere l'apertura del fallimento, l'obbligo degli amministratori di richiedere la dichiarazione di fallimento, qualora la società versi in condizione di insolvenza irrimediabile, appare in ogni caso espressione del dovere di corretta gestione imprenditoriale, per l'esercizio del quale residua in tale eventualità un ridotto margine di discrezionalità soltanto in relazione alla

¹⁰⁵ Cfr. Cass. 27.2.2002, n. 2906, in *Fall.*, 2003, e in *Foro it.*, 2002, I, c. 3156 ss., 366; Cass. 27.7.1978, n. 3768, in *Giur. comm.* 1980, II, 904; Cass. 5.4.1971, n. 970, in *Giur. comm.*, 1972, II, 73; Cass. 12.11.1965, n. 2359, in *Dir. fall.* 1966, II, 39; App. Bologna 15.4.2003, in *Fall.*, 2004, 289; Trib. Firenze 15.9.1976, in *Giur. comm.* 1977, II, 724.

Per tutti, HIRTE H. – VICARI A., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali verso i creditori in caso di omessa o ritardata presentazione della richiesta di fallimento al Tribunale, nel diritto tedesco e italiano*, in *Giur. comm.*, 1996, 377; più di recente RONDINONE N., *La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 1, 2005, 37.

¹⁰⁶Sul punto MIOLA M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari 2011, 620 ss; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

possibilità di richiedere l'ammissione al concordato preventivo, piuttosto che presentare istanza di fallimento¹⁰⁷.

Rispetto alle problematiche sin qui svolte un ruolo di primo interesse è oggi poi svolto dalle soluzioni negoziali, ontologicamente rivolte ad assicurare il riequilibrio economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa¹⁰⁸.

Oggi, infatti, lo spazio di scelta e di iniziativa per gli amministratori si estende, da un lato, ai piani attestati, la cui esecuzione è sottratta all'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, III co., lett. d, l. fall., e, dall'altro, alle soluzioni per così dire procedimentalizzate, (accordi di ristrutturazione dei debiti, transazione fiscale e le procedure concordatarie), che *ex art. 182-sexies* l. fall. espressamente sospendono gli obblighi di intervento sul capitale e messa in liquidazione di cui agli artt. 2484-2485-2486 c.c.¹⁰⁹, neutralizzando temporaneamente le relative responsabilità¹¹⁰.

¹⁰⁷ In questi termini MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011.

¹⁰⁸ Aa. Vv., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013; ABRIANI N., *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, *Fall.*, 4, 2010, 392; GUERRERA F., *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 247; ROCCO DI TORREPADULA N., *Profili di responsabilità degli amministratori di società per azioni durante la crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 271.

¹⁰⁹ Si consideri, però, che la sospensione non opera per il I co. dell'art. 2446 c.c. e che quindi rimane sostanzialmente invariato il dovere degli amministratori di porsi in condizione di percepire tempestivamente la perdita significativa e riferire in merito ai soci "senza indugio".

¹¹⁰ Proprio sul punto si vedano MIOLA M., *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-sexies l. fall. - Parte prima: La sospensione delle regole sulla riduzione del capitale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 171; MIOLA M., *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-sexies l. fall. - Parte seconda: Profili applicativi e sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 409. Ma si vedano anche COEN A., VILLANACCI G., *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I., 82, e DELLE MONACHE S., *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013 543.

Inutile dire come anche tali circostanze riempiano di ulteriori contenuti la responsabilità, anche solo omissiva, degli amministratori, rispetto ai loro doveri di tutela del patrimonio e dell'avviamento aziendale, viepiù in un contesto come quello odierno dove, pur mantenendo le specifiche peculiarità, le soluzioni negoziali procedimentalizzate hanno assunto la funzione comune di strumenti di autoregolamentazione della crisi, ponendosi come preventivi ed alternativi rispetto all'esecuzione coattiva della responsabilità patrimoniale della società.

È, dunque, compito degli amministratori preliminarmente valutare la gravità e la composizione dell'indebitamento, anche tenendo conto dell'atteggiamento dei creditori, di avvalersi della soluzione più adatta secondo parametri di ragionevolezza e misura, sia essa una domanda di concordato preventivo, eventualmente con riserva di integrare proposta e piano *ex art. 161, VI co., l. fall.*, ovvero di optare per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, laddove si sia raggiunta un'intesa con la parte preponderante dei creditori, cercando in ogni caso di godere delle misure agevolative e di salvaguardia, subordinate alla verifica e all'autorizzazione giudiziale, altrimenti non accessibili (si vedano in particolare gli artt. 161, VII co., 169-bis, 182-quinquies e 186-bis l. fall.)

Da queste impegnative decisioni strategiche dipenderà il successo dell'operazione di salvataggio, nonché la responsabilità dei gestori, soprattutto laddove la via stragiudiziale risulti inutile o eccessivamente rischiosa o che si porvi che non si sia provveduto direttamente e senza indugio alla liquidazione.

In particolare, salvo diversa disposizione statutaria, l'accesso a soluzioni concordatarie o comunque negoziali compete all'organo amministrativo, trattandosi di decisioni di gestione.

Considerato, però il valore strategico e comunque straordinario di tali operazioni, sembrerebbe quantomeno auspicabile un coinvolgimento

dell'organo assembleare, non solo richiedendo apposite deleghe e/o autorizzazioni per specifiche operazioni, o attivando la competenza parallela o concorrente dell'assemblea per operazioni strategiche e non delegabili, ma quantomeno adempiendo ad un dovere d'informazione e di consultazione preventiva dei soci.

Sia che si tratti di soluzioni concordatarie che di soluzioni procedimentalizzate e non (piani attestati, moratorie, convenzioni bancarie, accordi di rinegoziazione, ecc.) anziché la qualificazione giuridica, quel che rileva sarebbe il contenuto sostanziale dell'iniziativa e le conseguenze finali sull'assetto proprietario e sulla struttura patrimoniale e finanziaria.

Resta inteso che un eventuale coinvolgimento assembleare, peraltro in linea con quanto espressamente previsto dagli artt. 2365, 2446 ss., 2487 c.c., avrebbe un'incidenza non indifferente sulla responsabilità interna, soprattutto in caso di amministratore unico. Basti pensare come l'adeguamento alla volontà dei soci, da un lato, risponderebbe al dovere dei gestori di dare attuazioni alle delibere assembleari o comunque a non attuare iniziative incompatibili, e, dall'altro, limiterebbe la discrezionalità gestoria sulla scelta degli strumenti per risolvere la crisi e, dunque, parallelamente la responsabilità interna, laddove la crisi non venga sventata e il dissesto si aggravi.

La negligenza gestoria, dunque, si ravviserebbe non solo nel caso di organo amministrativo inerte dinanzi ad uno squilibrio economico, patrimoniale o finanziario, ma anche nel caso di scarsa tempestività nelle scelte, o infine di iniziative inadeguate o insufficienti, anche, ad esempio, in termini di concreta fattibilità del piano di risanamento o di liquidazione dell'impresa predisposto in funzione di una proposta concordataria o di ristrutturazione dei debiti.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. NELLE PROCEDURE CONCURSUALI

1. La responsabilità dell'amministratore nelle procedure concorsuali.

Si è visto come, in un'ottica prettamente sanzionatoria, tra gli inadempimenti imputabili agli amministratori particolare attenzione sia rivolta a quelli che intaccano il patrimonio sociale, unica effettiva garanzia di solvibilità e credibilità della società verso i terzi, oltre che, chiaramente, fattore determinante ai fini del valore delle partecipazioni sociali.

A ben vedere, per quanto astrattamente esperibili anche nel corso della vita della società, le iniziative volte a far valere la responsabilità degli amministratori nel dissesto trovano il più ampio ambito di applicazione nelle procedure concorsuali, e specificamente in ambito fallimentare.

Se si considera, infatti, che l'azione sociale presupporrebbe verosimilmente un cambiamento nel gruppo di controllo, e che, d'altra parte, indiscusse difficoltà operative si pongono per la proposizione dell'azione della minoranza o dei creditori sociali (che comunque presupporrebbe l'incapienza del patrimonio sociale), risulta evidente come, nella pratica, sia assai improbabile l'esperimento dell'azione mentre la società è *in bonis*.

Non è un caso, perciò, che il legislatore fallimentare abbia optato per una dizione ampia e onnicomprensiva ("le azioni di responsabilità"), che, più che propriamente ampliare il novero delle azioni esperibili dal curatore fallimentare, consente il coordinamento con la nuova disciplina societaria,

conferendo legittimazione non solo all'azione di responsabilità sociale, ma anche all'azione spettante ai creditori¹¹¹.

La legge fallimentare, segnatamente l'art. 146 l. fall., non dà alcuna indicazione in ordine alle caratteristiche e ai presupposti dell'azione di responsabilità che perciò andranno individuati attraverso l'esame delle rispettive azioni che vi sono richiamate, valutando eventuali scostamenti dovuti al contesto concorsuale¹¹².

La Riforma organica del diritto societario ha reso di certo più complesso il sistema delle azioni di responsabilità.

Innanzitutto è stato ampliato il novero dei soggetti passibili di responsabilità comprendendo i soggetti incaricati del controllo contabile, oltre che gli organi dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, inoltre sono state dettagliate in vario modo specifiche fattispecie.

Per altro verso, ad esempio, è stato eliminato il potere del giudice delegato di emettere misure cautelari, in ossequio al nuovo assetto di poteri introdotto con la riforma fallimentare, e più in generale con il principio di terzietà del giudice, oggi affermato dall'art. 111 Cost. (così come modificato dalla l. cost. 2/1999).

Occorre precisare sin d'ora che la responsabilità che può far valere il curatore può avere anche un ambito più ampio, estendendosi anche all'interno

¹¹¹ Già prima della Riforma fallimentare si vedano BONELLI F., *Art. 146 l. fall.: l'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 780; DI AMATO S., *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. Alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, I, 2003, 20.

¹¹² In generale sull'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali, si vedano, tra i numerosi contributi, i recenti DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2012, 769, TESSERA D., *Procedure concorsuali e responsabilità degli amministratori*, in AA. VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013, 410. Ma si veda anche PELLE L., *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali*, in *Soc.*, 2011, 1461.

dei gruppi societari: l'art. 2497, IV co., c.c.¹¹³ consente, infatti, al curatore, e più in generale agli organi concorsuali, di esercitare l'azione di responsabilità spettante ai creditori della società fallita nei confronti di tutti i soggetti ivi previsti, compresi gli amministratori della capogruppo.

Il successivo art. 156 l. fall. prevede poi la possibilità di agire in responsabilità, ai sensi dell'art. 146 l. fall., nei confronti degli amministratori se risultano violate le regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio sociale.

2. La legittimazione dell'organo concorsuale.

Ai sensi dell'art. 2394-bis l'esercizio delle azioni di responsabilità nell'ambito delle procedure concorsuali è riservato al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario¹¹⁴.

Per comodità di esposizione analizzeremo in generale l'azione esperibile nelle procedure concorsuali facendo riferimento alla posizione del curatore fallimentare, salvo poi fare le opportune precisazioni con riferimento alle altre procedure concorsuali.

La *ratio* della disposizione è piuttosto intuitiva: il legislatore intende assegnare esclusivamente a tali organi il compito di reintegrare il patrimonio della società a beneficio della massa indistinta del ceto creditorio, nel pieno rispetto della *par condicio*¹¹⁵ e al fine di incrementare il più possibile l'attivo.

¹¹³ Ma si veda anche l'art. 90 del d.lgs. 8.7.1999, n. 270, dove si legge che “nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive”.

¹¹⁴ L'articolo è richiamato per il sistema dualistico dall'art. 2409-*undecies* e per il monistico dall'art. 2409-*noviesdecies*.

¹¹⁵ Resta inteso che, esaurita la legittimazione degli organi concorsuali con la chiusura della procedura, resta salva la facoltà della società *ex art.* 2393 c.c. e dei soci *ex art.* 2393-*bis* c.c., laddove ne sussistano i presupposti (sul punto si veda SILVESTRINI S., *La responsabilità degli*

Nonostante l'ampiezza della norma, resta inteso che il curatore non può esperire azioni a lui non specificamente attribuite; rimarrebbero escluse, quindi, le azioni *ex art. 2395 c.c.*, che d'altronde coinvolgono patrimoni diversi da quello della fallita, presupponendo un danno immediato e diretto sul patrimonio del socio o del terzo.

A conferma di ciò si consideri che l'art. 2394-*bis* fa esplicitamente riferimento agli articoli precedenti, e dunque agli artt. 2393 e 2394 c.c.: la legittimazione del curatore alle azioni di massa è un rimedio volto alla tutela immediata e diretta del patrimonio sottoposto alla procedura concorsuale, non può riguardare azioni proponibili da soggetti diversi dal fallito, che peraltro opererebbero su patrimoni diversi rispetto a quello acquisibile alla procedura fallimentare¹¹⁶.

Diversamente, come già anticipato, l'art. 2497, co. IV, c.c. prevede espressamente la legittimazione del curatore (oltre che degli altri organi concorsuali nelle diverse procedure): in parallelo con le previsioni di cui all'art. 2394-*bis* e all'art. 146 l. fall., si attribuisce espressamente una legittimazione ad un'azione, che altrimenti, essendo riconducibile all'art. 2395 c.c. e più in generale all'art. 2043 c.c., sarebbe rimasta in capo ai soci danneggiati¹¹⁷.

Più precisamente l'art. 146 l. fall., nella vigente formulazione, prevede che siano esercitate dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito

amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria, in *Soc.*, 2004, 681), oltre che dei creditori *ex art. 2394 c.c.* Si noti, però che la prescrizione continua a decorrere anche in pendenza della procedura non essendo sospesa in virtù della perdita di legittimazione (Cass., 2.7.2007, n. 14961, in *Fall.*, 2008, 98).

¹¹⁶ In giurisprudenza Cass., Sez. Un., 28.3.2006 n. 7030, in *Giur. it.*, 2006, 1191; Trib. Milano, 22.12.2010, in *Soc.*, 2011, VII, 757.

¹¹⁷ Sul punto, *ex multis*, si vedano BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, 2150; FAUCEGLIA G., *Commento sub art. 146*, in JORIO A. (diretto da) - FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*, Bologna, 2007, II, 2142.

il comitato dei creditori, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori¹¹⁸.

A ben vedere il trasferimento al curatore dell'azione sociale discenderebbe già dallo spossessamento *ex art. 42 l. fall.*, nonché dall'attribuzione allo stesso curatore della legittimazione a stare in giudizio in tutte le controversie attinenti a rapporti patrimoniali del fallito (*art. 43 l. fall.*)¹¹⁹.

Al contrario, per l'azione *ex art. 2394 c.c.*, soprattutto qualora se ne accolga la ricostruzione come azione autonoma, in mancanza di una norma specifica, difficilmente si sarebbe giunti alla medesima conclusione, in forza dell'*art. 81 c.p.c.* secondo cui nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui.

In altre parole, per l'esperimento dell'azione sociale, la legittimazione in capo agli organi concorsuali costituisce un'applicazione diretta del principio generale per cui il curatore (così come il commissario liquidatore e il commissario straordinario) possono stare in giudizio in tutte le controversie relative al soggetto sottoposto alla procedura.

Quanto, invece, al subentro del curatore nell'azione a tutela dei creditori *ex art. 2394 c.c.*, bisogna distinguere: se vi si riconosce natura surrogatoria¹²⁰, il subingresso del curatore nell'azione sociale spiegherebbe anche quello nell'azione dei creditori, stante la sostanziale identità delle due iniziative;

¹¹⁸ Si tenga presente che, come chiarito dalla Corte costituzionale, nella pronuncia n. 176 del 31.5.2001, in *Foro it.*, 2001, I, 3450, nel giudizio sulla responsabilità degli amministratori, non incorre nell'obbligo di astensione *ex art. 51 c.p.c.* il giudice delegato che abbia autorizzato l'azione, trattandosi di provvedimento privo di carattere decisorio, fondato su valutazioni sommarie che non ricadono nella *res iudicanda*.

¹¹⁹ Cass., 27.10.1994, n. 8860, in *Fallim.*, 1995, 614, ma si veda anche Cass., 28.2.1998, n. 2251, in *Foro it.*, 1998, I, 3246, che nega la legittimazione dei creditori anche in caso di inerzia del curatore; in dottrina tra i molti si veda NIGRO A., *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, IV, 758.

¹²⁰ Tra gli altri MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956; FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2010.

qualora, invece, come sembrano preferire gli interpreti, si attribuisca all'azione natura autonoma e diretta¹²¹, la *ratio* del subentro potrebbe spiegarsi alla luce della volontà del legislatore di trasformare l'azione, modificandone la *causa petendi* ed utilizzandola in ambito concorsuale al fine di ricostituire il patrimonio della società fallita.

La legittimazione è, dunque, trasferita all'organo della procedura, senza che i creditori possano sostituirsi nell'esercizio della stessa neanche in caso di inerzia.

Il *favor* per la posizione del curatore, che esclude qualsiasi concomitante iniziativa dei creditori, si spiega, nel rispetto dei diversi interessi in gioco, con l'attenzione rivolta dal legislatore a non alterare la *par condicio creditorum*: iniziative giudiziarie isolate e lasciate alla disponibilità dei singoli creditori potrebbero, infatti, compromettere la possibilità di soddisfacimento in proporzione alle rispettive ragioni.

D'altronde, per quanto si ritenga che sia preferibile trovare la fonte di detta legittimazione esclusiva nell'art. 146 l. fall. e ancor prima nell'art. 2394-*bis* c.c., è stato rilevato che, l'azione individuale dei creditori sarebbe comunque da escludersi sia se vi riconoscesse natura surrogatoria, giacché in tal caso incorrerebbe nel divieto di azioni esecutive individuali *ex* art. 51 l. fall., in quanto azione, sia pur indirettamente, rivolta ad una successiva esecuzione, ma anche se vi si attribuisse una natura diretta ed autonoma, come ritiene l'orientamento dominante.

¹²¹ Per tutti GALGANO F., BONSIGNORI A., *Il fallimento delle società* (Francesco Galgano: *Gli aspetti sostanziali*; Angelo Bonsignori: *Gli aspetti processuali*), Padova, 1988. Nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento si è consolidato a far tempo da Cass., 22.10.1998, n.10488, *Foro It.*,1999,1967, con nota adesiva di FABIANI.

In tal caso, infatti, se è vero che il patrimonio aggredito sarebbe diverso da quello del debitore (la società), il fondamento dell'azione sarebbe comunque la lesione al patrimonio sociale che è un titolo comune a tutti i creditori¹²².

Inutile dire che dopo la dichiarazione di fallimento anche la legittimazione all'azione della minoranza *ex art. 2393-bis* è superata dal tenore letterale dell'*art. 2394-bis*.

Si anticipa sin d'ora che la giurisprudenza ha precisato che, a seguito della dichiarazione di fallimento, non sorge in capo al curatore un'azione nuova rispetto a quelle previste dagli artt. 2393 – 2394 c.c.: l'organo fallimentare non acquista a titolo originario un'azione autonoma, ma piuttosto acquista la legittimazione all'esercizio delle azioni a tutela della società e dei creditori sociali, che, pur mantenendo la loro autonomia, assumono carattere cumulativo ed inscindibile.

Non si tratterebbe di un'azione nuova nata con il fallimento, ma di un'azione che in prima approssimazione preesiste alla stessa procedura concorsuale.

A conferma del mero trasferimento della legittimazione, basti considerare che la competenza rimane invariata in capo al Tribunale ordinario, non operando alcuna *vis attractiva* alla sezione fallimentare *ex art. 24 l. fall.*¹²³

¹²² In questi termini DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2012, 769, dove ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹²³ Sostengono, invece, l'azione sia diversa da quella spettante alla società *in bonis* e, quindi, affermano la *vis attractiva* del Tribunale fallimentare PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1970, e GALGANO F., BONSIGNORI A., *Il fallimento delle società (Francesco Galgano: Gli aspetti sostanziali; Angelo Bonsignori: Gli aspetti processuali)*, Padova, 1988.

3. *Natura e presupposti dell'azione del curatore fallimentare.*

Come anticipato, l'avvio della procedura concorsuale non comporta dunque il sorgere di un'azione autonoma, ma "trasferisce" a titolo derivativo in capo al curatore la legittimazione ad esperire un rimedio unitario *ex artt. 2393-2394 c.c.*

Ciò non manca sotto molteplici profili di rivelarsi particolarmente conveniente rispetto alle azioni riservate rispettivamente alla società e ai creditori sociali¹²⁴.

Da un punto di vista strutturale l'azione presenta una schema piuttosto consueto: ne sono presupposti la condotta illecita, *cd. mala gestio*, il danno e il nesso causale tra questi due elementi.

La condotta illecita deriva dalla violazione di obblighi specifici dettati da leggi - civili, penali, amministrative, tributarie- o da statuto, precipuamente legati all'oggetto sociale o genericamente posti a tutela dei soci o dei terzi.

A tali doveri si aggiungono l'obbligo di amministrare con la diligenza "richiesta dalla natura dell'incarico" e senza conflitto di interessi.

¹²⁴ Sul punto si vedano in dottrina CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012, FAUCEGLIA G., *Commento sub art. 146 l. fall.*, in JORIO A. (diretto da) e FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*, Bologna, 2007, II, 2142, dove, proprio con riferimento all'art. 2394 *bis* c.c., si osserva che "la collocazione nel codice civile di una regola di legittimazione generale per le azioni di responsabilità esperite dagli organi delle procedure concorsuali conferma l'opinione prevalente secondo cui l'azione del curatore non deriva dal fallimento, non è cioè un'azione di massa, autonoma e distinta rispetto alla fattispecie disciplinate dagli artt.2392, 2393, 2394 cod. civ. ma lo stesso curatore subentra semplicemente nella titolarità esclusiva delle azioni, che prima dell'apertura della procedura appartenevano alla società o ai creditori".

In giurisprudenza Cass., 12.6.2007, n. 13765, in *Giur. comm.*, 2008, I, 849, Cass., 22.10.1998, n. 10488, in *Soc.*, 1999, 557, ma anche Cass., 29.10.2008, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 10, che riconosce "natura contrattuale e carattere unitario e inscindibile" al rimedio cumulativo offerto al curatore fallimentare; e Cass., 3.6.2010, n. 13465, in *Foro it.*, 2011, 518, che, invece, sia pure in forma di *obiter dicta*, riconosce carattere aquiliano alla responsabilità nei confronti dei creditori sociali.

Si tratta, come visto, di norme che non specificano la condotta che l'amministratore deve tenere di volta in volta e che, pertanto, andranno riempite di contenuti in sede interpretativa.

Inutile dire che, mentre nel primo caso, è necessario dimostrare *ex art.* 1218 c.c. che l'inadempimento non era imputabile all'amministratore, nel secondo la prova della diligente condotta del gestore è di per sé sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dalla scelta seguita.

Occorre, dunque, verificare se i presupposti delle due azioni subiscano delle trasformazioni, sostanziali e/o processuali, in sede fallimentare e, in particolare, se si cumulino o si mantengano comunque separate e distinte anche quando esercitate dal curatore.

A dire il vero le maggiori trasformazioni si avvertono con riferimento all'azione dei creditori *ex art.* 2394 c.c., soprattutto se, come sembra preferibile, si attribuisce a tale azione natura autonoma e diretta.

In tal caso, infatti, lo scopo dell'azione non sarà più quello di reintegrare il patrimonio del singolo creditore, ma piuttosto di accrescere l'attivo fallimentare, reintegrando il patrimonio della società fallita, attingendo ad un patrimonio diverso ossia quello dell'amministratore responsabile; allo stesso modo il danno risarcibile non sarà più specificamente quello subito dal creditore agente, ma quello subito dalla società, e il creditore potrà ottenere detto risarcimento solo indirettamente attraverso il concorso sull'attivo fallimentare, in misura corrispondente al credito nei confronti della fallita.

Strettamente connesso è poi il rilievo per cui, una volta avviata la procedura concorsuale, non occorre più distinguere tra creditori anteriori e posteriori rispetto alla manifestazione dell'insufficienza patrimoniale, e quindi della diretta lesione subita dal creditore in ragione dell'attività del gestore¹²⁵.

¹²⁵ Cass., 15.3.1990, n. 2117, in *Fallim.*, 1990, 1007; Cass., 10.12.1987, n. 9122, in *Fallim.*,

Tale riflessione, se da un lato appare assai simile a quanto avviene in sede di revocatoria rispetto all'atto di disposizione, dall'altro si spiega agevolmente non solo con la specifica finalità perseguita con la legittimazione del curatore, ma anche con la constatazione che il pregiudizio ai creditori è sempre accompagnato dal pregiudizio alla società, giacché fondato sul medesimo presupposto di fatto, e che, quindi, in definitiva, i creditori successivi potrebbero comunque avvalersi in sede fallimentare dell'azione di responsabilità sociale.

Tanto considerato, come non rilevare che rispetto alle domande del curatore, o comunque dell'organo procedurale, non assumerebbe alcuna rilevanza l'eventuale conformità dell'operato dei gestori alla volontà dei soci, volontà assolutamente irrilevante, essendo l'azione proposta in favore di un soggetto diverso dalla società stessa, ovvero la massa dei creditori.

Peraltro, a seconda di valutazioni di opportunità legate al caso concreto, la domanda giudiziale potrebbe diversamente atteggiarsi, avvalendosi della disciplina applicabile alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale¹²⁶.

In sede fallimentare, dunque, si affievolirebbero anche i dubbi esistenti riguardo l'azione dei creditori sociali tra natura contrattuale ed extracontrattuale, visto che l'azione del curatore è ricostruita come un complesso unitario e inscindibile delle azioni *ex artt. 2393 e 2394 c.c.*, caratterizzato da connotati ibridi e tale da consentire un cumulo dei rispettivi presupposti.

1988, 322; Cass. 9.4.1975, n.1294, in *Dir. fall.*, 1975, II, 674; Cass., 3.5.1978, n. 2055, in *Foro It.*, 1979, I, 2929. Sotto un diverso profilo, e cioè allo scopo di limitare l'entità del danno risarcibile alla effettiva perdita di garanzia, la distinzione è stata ritenuta rilevante da JORIO A., *Perdita del capitale sociale, responsabilità degli amministratori e par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 175.

¹²⁶ Cass., 22.10.1998, n. 10488., cit., Trib. Lucera, 15.1.2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, 337, con nota di Pellegrino; Trib. Palermo, 8.2.2001, in *Giur. mer.*, 2001, 1267.

Con specifico riferimento all'unitarietà o meno delle due azioni, come anticipato, la giurisprudenza appare piuttosto costante nel ritenere che, con l'avvio della procedura concorsuale le azioni di responsabilità spettanti, rispettivamente, alla società e ai creditori confluiscono in un'azione unitaria e inscindibile spettante in via esclusiva al curatore fallimentare, che può esercitarle contemporaneamente e in modo indifferenziato¹²⁷.

In realtà è possibile rintracciare una certa contrapposizione tra i diversi orientamenti.

Le prime pronunce, sostenendo l'unico fine della reintegrazione del patrimonio a garanzia dei soci e dei creditori, sottolineavano l'unitarietà dell'azione facendone discendere inutilità di distinguere tra condotte lesive e rispettivi danni, nonché tra termini di prescrizione previsti per le due azioni ed eccezioni rispettivamente opponibili. Ciò consentirebbe sostanzialmente anche di aggirare la distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale, permettendo al curatore di optare per il più agevole regime probatorio previsto in tema di responsabilità contrattuale.

È stato però notato in dottrina¹²⁸ che, seguendo tale impostazione, la giurisprudenza, pur sostenendo la natura derivata dell'azione, in realtà ne fa un'azione nuova, autonoma, nascente dal fallimento, in cui l'organo fallimentare gode di una posizione di privilegio potendo utilizzare, cumulando le azioni, gli elementi in concreto più favorevoli alla procedura fallimentare.

¹²⁷ Cass. 29.10.2008, n. 25977, in *Fall.*, 2009, 5, 619; Cass., 6.12.2000, n.15487, in *Dir. fall.*, 2001, 917; Cass. 3755/1981, cit.; Cass., 28.2.1998, n.2251, in *Fall.*, 1999, 254. Ma si veda anche Cass. civ. Sez. I, 11.11.2010, n. 22911, in *Foro It.*, 2011, 6, 1, 1686, con nota di NAZZICONE, Cass., 21.7.2010, n. 17121, in *Soc.*, 2010, 10, 1271, che continua ad utilizzare la formula relativa all'unitarietà ed inscindibilità dell'azione, affermandone tuttavia la natura contrattuale.

¹²⁸ JAEGER P.G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 550.

Secondo un diverso orientamento, invece, il fatto che il curatore sia legittimato a promuovere unitariamente ed inscindibilmente le azioni *ex artt.* 2393 e 2394 c.c. non comporterebbe la nascita di una nuova azione ibrida, ma manterrebbe distinti i diversi profili di responsabilità: l'assorbimento meramente soggettivo in capo all'organo concorsuale, darebbe vita ad un'azione cumulativa, in forza della quale la procedura può avvalersi dei presupposti dell'una o dell'altra azione a seconda delle situazioni, dovendosi però anche sottostare ad eventuali profili sfavorevoli una volta effettuata la scelta.

Comunque si manterrebbe un certo *favor* per la posizione dell'organo concorsuale che, quindi, può agire con l'azione sociale per danni che non sarebbero risarcibili tramite l'azione dei creditori sociali e viceversa, purché chiaramente ve ne sussistano tutti i presupposti.

In definitiva, l'impostazione preferibile sembra essere quella che, nel definire unitaria ed inscindibile l'azione spettante al curatore, tende a sottolineare come le due azioni sono destinate a sovrapporsi per un'area, più ristretta, che coincide proprio con l'ambito dell'azione *ex art.* 2394 c.c.¹²⁹

Essa, infatti, da un lato, non copre tutti gli inadempimenti degli organi societari e tutta l'area del danno risarcibile, dall'altro, è prevista per la violazione specifica di obblighi inerenti l'integrità del patrimonio sociale, che sono evidentemente ricompresi tra i doveri imposti agli amministratori da legge o da statuto, trattandosi di presidi posti a garanzia non solo dei terzi, ma anche dell'autonomia patrimoniale della società.

¹²⁹ In questi termini, tra i tanti contributi, DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2012; SILVESTRINI S., *La responsabilità degli amministratori nella società per azioni*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 209.

A conferma di ciò basti pensare alle trasformazioni che, come si è visto, subisce l'azione dei creditori con l'avvio della procedura, oltre che alla perdita della funzione di responsabilizzazione degli amministratori che sarebbe l'unica ragione dell'azione qualora non vi si riconoscesse natura surrogatoria, ed infine al divieto di azioni esecutive individuali.

Sostanzialmente si verifica una sorta di assorbimento dell'azione *ex art.* 2394 nell'azione *ex art.* 2393, che pur mantenendo la sua natura e la sua finalità, finisce per avvantaggiarsi della posizione dei creditori stessi, ad esempio in termini di prescrizione o di eccezioni opponibili.

Il curatore, in questo modo, eserciterebbe una sola azione in virtù di un unico titolo indistinto, indipendentemente dal *petitum* o dalla *causa petendi*¹³⁰.

4. *La quantificazione del danno.*

In linea di principio nel giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori dovrebbero trovare applicazione i principi generali in materia di risarcimento del danno: la determinazione dei danni addebitabili dovrebbe avvenire sulla base della prova della condotta illegittima, della specifica conseguenza pregiudizievole di detta condotta e del nesso di causalità tra le due¹³¹.

¹³⁰ DI AMATO S., *I presupposti dell'azione del curatore*, in FERRO M. (a cura di), *Le responsabilità nel fallimento societario*, Milano, 2001.

¹³¹ Tra i più recenti contributi, ABRIANI N., *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, *Fall.*, 4, 2010, 392; BRIZZI F., *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, 2441; CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012; DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2012, 769; DI AMATO S., *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. Alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, I, 2003, 20; FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in GALGANO F. (diretto da), *Le Società*, Torino, 2002; GABRIELLI E., *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita*, in *Riv. dir.*

Una volta accertato l'*an debeatur*, quindi, il criterio di riferimento dovrebbe essere l'art. 1223 c.c. Tale norma, però, nel fissare il criterio di integrale risarcimento del danno conseguenza diretta e immediata dell'illecito, salvo il fatto di attribuire al risarcimento una funzione compensativa e non punitiva, assume un carattere prevalentemente declamatorio, variando radicalmente il contenuto e la misura del danno a seconda dei presupposti e delle regole presi in considerazione.

Come già anticipato¹³², tra gli interpreti non appare condivisibile il criterio tradizionale che aprioristicamente ed automaticamente faceva coincidere il

priv., 2004, I, 7; ROCCO DI TORREPADULA N., *Profili di responsabilità degli amministratori di società per azioni durante la crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 271, RONDINONE N., *La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 1, 2005, 37; RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 6, 2013, 669; SILVESTRINI S., *La responsabilità degli amministratori nella società per azioni*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 209.

¹³² Senza pretesa di esaustività, si vedano per la giurisprudenza di legittimità Cass., sez. I, 22.4.2009, n. 9619, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 4, 666; Cass. 5.8.2008, n. 21131, in *Giur. it.*, 2009, 1188; Cass., sez. I, 23.6.2008, n. 17033, in *Il Fall.*, 2009, 565, con nota di ZAMPERETTI, *La prova del danno da gestione non conservativa nella società disciolta per perdita del capitale*; Cass., sez. I, 23.7.2007, n. 16211, in *Giust. civ.*, 2007, 12, 2708; Cass., sez. I, 8.2.2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 1637, con nota di IOZZO; Cass. 13.8.2004, n. 15770 in *Soc.*, 2005, 737 con nota di GUSSO e CRIVELLARI, *Responsabilità degli amministratori successiva ad una causa di scioglimento della società*; Cass., sez. I, 22.10.1998, in *Il Fall.*, 1999, 1079 con nota di BADINI CONFALONIERI, *Azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori*; in *Giust. civ.*, 1999, 1, 75 con nota di SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori*; Cass., sez. I, 4.4.1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, 324; Cass., sez. I, 17.10.1997, n. 9252, in *Il Fall.*, 1998, 666 con nota di PROTO, *Responsabilità e danno nell'azione del curatore contro amministratori e sindaci*. Per la giurisprudenza di merito App. Milano, 6.6.2007, in *Il Fall.*, 2007, 12, 1486; App. Bologna, 12.1.2004, in *Il Fall.*, 2004, 453; App. Bologna, 5.2.1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2284; App. Milano, 28.3.1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 219; App. Torino, 9.7.1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, 871; Trib. Milano, 14.11.2006, n. 12390, in *Soc.*, 864, con nota di LEONE, *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare: profili generali*; Trib. Milano, 11.11.2002, in *Soc.*, 2003, 1015 con nota di DE GIORGI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2449 c.c. e quantificazione dei danni*; Trib. Milano 8.10.2001, in *Giur. it.*, 2002, 795 Trib. Catania 1.9.2000, in *Il Fall.*, 2001, 1127; Trib. Napoli 4.4.2000, in *Soc.*, 2000, 1243 con nota di FABRIZIO, *Violazione del divieto di compiere nuove operazioni: responsabilità e profili risarcitori*; Trib. Genova 24.11.1997, in *Il Fall.*, 1998, 843 con nota di MASSARO, *Divieto di nuove operazioni e quantificazione del danno*; Trib. Torino 10.2.1995, in *Il Fall.*, 1995, 1150 con nota di GAFFURI, *Responsabilità degli amministratori per il compimento di «nuove*

danno risarcibile con la differenza tra attivo e passivo patrimoniale, muovendo dalla constatazione che un'applicazione rigorosa delle regole ordinarie sul risarcimento del danno avrebbe spesso condotto a risultati frustranti per la procedura fallimentare, stante la difficoltà di imputare con precisione il danno alle singole operazioni di gestione.

Tale criterio porta effettivamente ad una grande semplificazione della posizione del curatore e degli oneri della prova gravanti in capo allo stesso, risolvendosi nella mera individuazione di una semplice differenza di valori.

Si tratterebbe cioè di operare la differenza tra due grandezze matematiche di facile individuazione nel corso della procedura: da un lato, il passivo accertato, ovvero la somma dei crediti proposti nelle domande di insinuazione, anche tardive, ammesse, e, dall'altro, l'attivo realizzato nel corso delle operazioni di liquidazione¹³³.

Il punto debole di tale impostazione sarebbe però proprio quello di oggettivare la responsabilità degli amministratori, riconoscendo alla curatela fallimentare un indiscusso *favor* nella prova del nesso di causalità, giustificabile solo nel caso estremo di illecita tenuta della contabilità¹³⁴.

operazioni»; Trib. Torino 24.12.1994, in Dir. fall., 1995, II, 857; Trib. Napoli 27.11.1993, in Il Fall., 1994, 861, con nota di PROIETTI, Legittimazione del curatore all'azione ex art. 2449 c.c.

In dottrina tra i numerosi contributi, DI AMATO S., *L'azione di responsabilità ex art. 146 Legge Fallimentare alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 20; GUGLIELMUCCI L., *Danno per responsabilità di amministratori e sindaci*, in *Il Fall.*, 1996, 1067; JAEGER P. G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 548; JORIO A., *Perdita del capitale sociale, responsabilità degli amministratori e par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1986, 175; PANZANI L., *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo (segue) stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, 973; PATTI A., *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 81; RORDORF R., *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Soc.*, 1993, 617.

¹³³ Si veda anche CASSANI S., *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Soc.*, 2010, 407, dove ulteriori riferimenti e rassegna di casi giurisprudenziali.

¹³⁴ Si vedano le recenti Cass., 4.4.2011, n. 7606, in *Danno e Resp.*, 2012, 1, 48, con nota di

L'emersione di questo metodo di liquidazione ha senz'altro trovato terreno fertile e argomentazioni utili, da un lato, nella lettera dell'art. 2394, II co., c.c., in base al quale l'azione di responsabilità "può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti", dall'altro, nel disposto dell'art. 2449 c.c., nel testo ante-Riforma, che, imponendo il divieto di compiere nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, determinava una ricostruzione rigorosa delle condotte degli amministratori successive alla causa di scioglimento, arrivando a sanzionare le stesse quasi a prescindere da qualsiasi valutazione di merito.

Se storicamente sembra superata la fase in cui esso dominava con riferimento a pressoché tutte le fattispecie di responsabilità degli amministratori e dei sindaci¹³⁵, non mancano pronunce ancora recenti per le quali esso trova specifica applicazione.

Oggi si ritiene, però, che detto criterio possa essere astrattamente esperibile solo in ipotesi strettamente determinate e congruamente motivate, sostanzialmente riducibili all'assoluta mancanza di scritture contabili o

DI PALMA, e Cass., 11.3.2011, n. 5876.

In dottrina molti hanno messo in luce le notevoli contraddizioni e limiti del c.d. criterio dello squilibrio fallimentare, tra gli altri PANZANI L., *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 86, per il quale il criterio dello squilibrio fallimentare "è errato per eccesso perché non sempre il deficit fallimentare è attribuibile per l'intero al comportamento colposo degli amministratori [...] e nello stesso tempo [...] è errato per difetto perché trascura che in taluni casi [...] può essere inferiore alla perdita derivante dall'atto di *mala gestio*, come quando ad esempio diversi creditori abbiano rinunciato ad insinuarsi al passivo".

¹³⁵ Si veda in particolare Cass., 1998, n. 10488, che reputa addirittura ingiustificata la limitazione del risarcimento "alla differenza tra attivo e passivo fallimentare dovendosi invece accollare agli amministratori il danno che risulti conseguenza immediata e diretta delle commesse violazioni". Le più recenti Cass., 11.7.2013, n. 17198; Cass., 4.7.2012, n. 11155, in *Giur. It.*, 2013, 5, 1105, con nota di IOZZO; Cass., 8.2.2005, n. 2538, in *Giur. It.*, 2005, 1637, con nota di IOZZO, escludono senz'altro l'automatica applicazione del criterio e lo ritengono applicabile nei soli limiti di cui all'art. 1226 c.c., quindi "solo ove il giudice di merito, accertate le violazioni compiute dall'amministratore, indichi le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli riconducibili a tali violazioni, motivando inoltre la plausibilità logica del ricorso a suddetto criterio di liquidazione".

l'assoluta irregolarità delle stesse¹³⁶. In questo caso, infatti, essendo impossibile dar la prova dell'esatto ammontare del danno, il criterio del *deficit* servirebbe quale parametro per una valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*¹³⁷.

L'art. 1226 c.c. prevede, appunto, che “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”.

La norma richiede, quindi, che l'esistenza del danno sia già stata provata e che sia impossibile o altamente difficile la sua precisa liquidazione (si tenga presente che tale liquidazione non necessita di una specifica domanda, potendo il giudice farne applicazione anche in difetto di specifica richiesta di parte).

I tentativi di superamento di tale criterio, che propongono di ammetterlo solo se preceduto da un'attenta analisi della fattispecie concreta dedotta in giudizio e da una specifica motivazione della relativa decisione, si spiegano alla luce dell'esigenza di un rigoroso accertamento del nesso causale e del rifiuto per un pedissequo recepimento della differenza tra attivo e passivo fallimentare¹³⁸.

¹³⁶ Si vedano sul punto Trib. Torre Annunziata, 20.2.2002, in *Gius.*, 2002, 1534, Trib. Catania (ord.), 1° 9.2000, *Fallim.*, 2001, 1127, che nota come, in mancanza del suddetto criterio di quantificazione presuntivo, si richiederebbe una *probatio diabolica* a carico degli organi fallimentari. Ancora sul tema Trib. Milano, 29.3.2006, in *Il merito*, 2007, 1-2, 42, Trib. Bologna, 22.5.2007, in *Il caso.it*, 2007, che lo considerano l'unico criterio “razionalmente equitativo”.

Già da tempo però si rintracciano precedenti che incitavano ad un rigoroso rispetto degli oneri probatori, soprattutto per quanto riguarda il nesso di causalità, Trib. Pavia, 12.7.1989, in *Fallim.*, 1990, 306.

Più di recente consentono il ricorso al criterio del *deficit* fallimentare qualora sia impossibile ricostruire i fatti di gestione Cass., 8.7.2009, n. 16050, in *Soc.*, 2010, IV, 407, con nota di CASSESE; Trib. Milano, 27.4.2009, in *Giur. it.*, 2009, 2466; Trib. Milano, 8.3.2007, in *Riv. dir. impr.*, 2007, 569.

¹³⁷ Si vedano in particolare Cass. 15.2.2005, n. 3032 in *Foro it.*, 2006, I, 1898, con nota di BORELLA; Cass. 8.2.2008, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 163, ma anche Trib. Bologna 22.5.2007, in *Il caso.it*, 2007.

¹³⁸ Cass., 6.12.2000, n. 15487, in *Soc.*, 2001, 591, in cui il parametro di riferimento non è il saldo negativo tra attivo e passivo, ma la corrispondente “riduzione della massa attiva disponibile in favore dei creditori”.

Tra gli interpreti sono stati proposti ulteriori correttivi.

Secondo una tesi, occorrerebbe distinguere tra condotta che abbia procurato il dissesto e condotta che lo abbia soltanto aggravato.

Sulla scia di tale percorso, a dire il vero piuttosto rischioso, per applicarsi il criterio in parola andrebbe individuato nel dissesto economico della società e nel fallimento il risultato unitario causato dalla o dalle condotte degli amministratori¹³⁹.

In altre parole, il criterio dei *deficit* potrebbe essere impiegato solo quando il dissesto e la dichiarazione di fallimento sono da attribuirsi in misura esclusiva alla condotta degli amministratori.

Solo in questi casi i comportamenti dei gestori potrebbero considerarsi legati in un rapporto di regolarità causale con il danno rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, avendo causato, da un lato, il minor attivo realizzato, dall'altro, l'aumento del passivo.

Nel caso, dunque, di mero aggravamento del dissesto dovrebbero soccorrere diversi criteri tra cui in primo luogo il criterio dei cd. netti patrimoniali (vedi *supra*).

Se per un verso tale soluzione si presenta come indubbiamente utile per chi chiede il risarcimento, essa si espone a critiche celando il rischio di eccessive

¹³⁹ Alla luce di tale ragionamento “anche una rigorosa applicazione delle regole sul nesso di causalità materiale ben giustifica la quantificazione del danno [...] nella differenza fra attivo e passivo [...] se, per fatto imputabile agli organi sociali, si sia venuto a determinare il dissesto della società e la conseguente sua sottoposizione a procedura concorsuale. Se, infatti, tra i comportamenti di amministratori e sindaci, ed il dissesto vi è nesso eziologico, anche la liquidazione fallimentare ne è conseguenza immediata e diretta” (Cass. 17.9.1997, n. 9252, in *Fall.*, 1998, 7, 666, con nota di PROTO, e in *Dir. fall.*, 1998, II, 878 nota di RAGUSA MAGGIORE).

semplificazioni, non solo con riferimento al nesso causale, ma anche all'individuazione delle condotte illegittime e del danno conseguente¹⁴⁰.

A prescindere dai rilievi negativi riferibili al nesso di causalità, è stato altresì rilevato che il criterio in questione può risultare in sé scorretto in quanto inidoneo a rappresentare l'effettivo danno sofferto dalla società.

Esso potrebbe rivelarsi, anzitutto, errato per eccesso, considerato che non sempre è corretto riferire l'intero *deficit* al comportamento degli amministratori, visto che potrebbe trovare ragione in altri elementi e cause (ad esempio eventi di mercato), e che l'attivo sconta la svalutazione dei beni soggetti alla liquidazione fallimentare, mentre il passivo si gonfia per effetto delle sanzioni connesse ai debiti fiscali e previdenziali - che la società *in bonis* potrebbe evitare -, nonché per il maturare di interessi su crediti esigibili.

D'altro canto potrebbe rivelarsi errato anche per difetto, quando, essendo ricollegabili tutte le perdite ad atti di *mala gestio* degli amministratori, il *deficit* fallimentare risulti inferiore perché, ad esempio, alcuni creditori abbiano rinunciato ad insinuarsi al passivo.

Da ultimo, al criterio in parola si imputa il difetto di addossare sui presunti responsabili anche gli esiti della procedura concorsuale in termini di capacità gestoria del curatore o degli altri organi concorsuali nella liquidazione dell'attivo¹⁴¹.

¹⁴⁰ Si veda, ad esempio, tra le ultime, Cass. 23.6.2008, n. 17033, in *Fallim.*, 2009, 5, 565 con nota di ZAMPERETTI, che pone doverosamente accento sulla necessità di una rigorosa prova del nesso di causalità.

¹⁴¹ In dottrina FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in GALGANO F. (diretto da), *Le Società*, Torino, 2002; JAEGER P.G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 550, e in *Fall.*, 1989, 969; PANZANI L., *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 86; PATTI A., *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 81. In termini non dissimili, in giurisprudenza, Trib. Catania 8.5.1998, in *Dir. fall.* 1998, II, 599; Trib. Genova, 24.11.1997, in *Fall.*, 1998, 843; Trib. Napoli 27.11.1993, in *Fall.* 1994, 861; Trib. Milano 22.9.1988, in *Dir. fall.* 1989, II, 449.

Particolare attenzione merita poi l'ipotesi in cui gli amministratori abbiano violato l'art. 2486, I co., c.c., proseguendo nella gestione anche successivamente ad un evento che ha determinato lo scioglimento (solitamente azzeramento del capitale per perdite).

In questa fattispecie, come anticipato, è stato proposto il criterio della differenza tra i netti patrimoniali, che consiste nella comparazione tra la situazione patrimoniale esistente nel momento in cui si è verificata la causa di scioglimento, e quella esistente al momento della dichiarazione di fallimento, ponendo chiaramente attenzione alla necessità di tener conto delle perdite già verificatesi anteriormente al compimento degli atti di gestione non strettamente conservativi¹⁴².

Si tratterebbe chiaramente di dati virtuali giacché nel primo caso la liquidazione non ha avuto luogo e nel secondo non può considerarsi conclusa.

Senza dubbio contrasta con un'effettiva applicazione del principio di causalità materiale l'assunzione semplificata del valore di riferimento finale, atteso che esso, indipendentemente da che si faccia coincidere con il *deficit* fallimentare, in ogni caso non consente di tenere conto degli effetti delle operazioni che, anche successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento, possono, se non debbono, essere compiute a fini conservativi, né di scomputare gli effetti negativi riconducibili ad eventi esterni alla gestione¹⁴³.

¹⁴² Cass., 23.7.2007, n. 16211, in *Soc.*, 2008, 1364; Trib. Milano 18.1.2011 in *Giur.it.*, 2011,1313; Trib. Milano 28.11.2005 in *Soc.*, 2007, 67 Trib. Milano 13.1.2006 in *Giur.it.* 2006, 977, Trib. Milano, 11.11.2001, in *Soc.*, 2003, 101; Trib. Milano, 8.10.2001, in *Giur. it.*, 2002, 795.

¹⁴³ In questi termini DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2012, 769; DI AMATO S., *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. Alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, I, 2003, 20; FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in GALGANO F. (diretto da), *Le Società*, Torino, 2002; GABRIELLI E., *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, 7.

Qualora, infatti, si provasse che il venir meno della generica garanzia dei creditori sociali e, quindi, l'incapienza del patrimonio sociale non è imputabile agli amministratori, sarebbe preclusa l'azione *ex art.* 2394 c.c., permanendo però la più estesa area di danno alla società di cui i gestori hanno aggravato il dissesto¹⁴⁴.

Di certo non manca la consapevolezza che nel contesto globale di una vasta attività d'impresa risulta spesso difficile discernere gli effetti dei singoli atti di gestione, per cui sono comprensibili alcuni temperamenti alla rigida applicazione del criterio della causalità materiale.

Una rigorosa valutazione del nesso di causalità, che tenga conto del pregiudizio realmente recato dagli illeciti commessi e dell'effettivo detrimento patrimoniale che in mancanza si sarebbe evitato, è chiaramente destinata a scontrarsi con qualsivoglia criterio astratto che pretenda di fissare aprioristicamente un criterio generalmente applicabile a tutti i casi di responsabilità degli amministratori, senza analizzare di volta in volta e in concreto tutti gli elementi costitutivi della fattispecie¹⁴⁵.

Il sistema sanzionatorio della responsabilità degli amministratori è da considerarsi, comunque, inquadrabile nel sistema di responsabilità civile, dove si ritiene fondamentale la rigorosa prova del nesso di causalità, pena accrescere eccessivamente il rischio insito nell'assunzione stessa della carica: rimane imprescindibile il principio per cui non tutti i comportamenti illeciti degli amministratori possono dar luogo a responsabilità risarcitoria, ma solo quelli

¹⁴⁴ Specificamente sul punto RORDORF R., *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, 1993, 619.

¹⁴⁵ Cass., 23.6.2008, n. 17033, in 2008, in *Fallim.*, 2009, 5, 565 con nota di ZAMPERETTI; Cass., 23.7.2007, n. 16211, in *Soc.*, 2008, 1364; Cass., 15.2.2005, n. 3032, in *Foro it.*, 2006, I, 1898, con nota di BORELLA; Cass., 8.2.2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 163 (per quanto specificamente riferita alla responsabilità dei sindaci); Trib. Milano, 24.11.2009, in *Giur. it.*, 2010, 1329, con nota di SPIOTTA.

che abbiano causato il danno sofferto dal patrimonio sociale, danno che deve essere legato da un nesso eziologico a suddetti illeciti.

Fatta questa breve panoramica giurisprudenziale, risultano forse ancora più chiare le ragioni che hanno portato la I Sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza del 36.2014 n. 12366¹⁴⁶, a sollecitare un intervento sul punto delle Sezioni Unite.

5. La prescrizione dell'azione.

La natura derivata dell'azione del curatore ha significative implicazioni anche in materia di prescrizione giacché nulla esclude che questa possa decorrere da una data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

In linea di principio, le valutazioni genericamente riferibili alla decorrenza dei termini per l'esercizio delle azioni di responsabilità dovrebbero ritenersi valide anche laddove l'azione sia esercitata *ex art. 146 l. fall. e*, dunque, in sede fallimentare.

Dalla unitarietà ed inscindibilità dell'azione del curatore deriverebbe la possibilità di avvalersi del termine prescrizionale più favorevole e cioè quello decorrente dal momento in cui si è manifestato il pregiudizio a prescindere dalla cessazione dalla carica¹⁴⁷.

L'interpretazione che, pur riconoscendo il carattere unitario dell'azione, ne distingue i diversi profili, individua altresì una specifica disciplina dei termini prescrizionali, che comunque non necessariamente decorrono dalla dichiarazione di fallimento.

¹⁴⁶ Cass., ord., 3.6.2014, n. 12366, in *Soc.*, 2014, 997.

¹⁴⁷, Trib. Palermo, 25.11.2004, in *Dir. fallim.*, 2006, II, 962, Trib. Milano, 7.2.2003, in *Soc.*, 2003, 10, 1385 con nota di REDEGHIERI BARONI, Trib. Catania (ord.), 1° 9.2000, *Fallim.*, 2001, 1127.

Occorre a tal proposito distinguere a seconda che l'azione promossa in sede fallimentare integri soltanto i presupposti dell'azione sociale ovvero ricada anche nell'area dell'azione dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*

Nel primo caso, infatti, il termine per l'azione, per quanto astrattamente dovrebbe decorrere dalla nascita del diritto *ex art. 2935 c.c.*¹⁴⁸, in realtà, in forza dell'applicazione dell'art. 2393, IV co., c.c. - che sembra porre piuttosto un termine decadenziale¹⁴⁹ -, decorrerebbe a prescindere dal verificarsi del danno o dal fallimento: decorsi cinque anni dalla cessazione della carica, l'azione di responsabilità non sarebbe più esperibile né dalla società *in bonis*, né dalla procedura concorsuale.

A mitigare questa impostazione vi sarebbe, da un lato, la considerazione che il termine non può comunque decorrere prima del verificarsi del danno a carico della società, trattandosi evidentemente di elemento imprescindibile per il perfezionarsi della fattispecie, e, dall'altro, la sospensione del termine qualora gli amministratori abbiano celato o concorso a celare il pregiudizio (troverebbe, dunque, applicazione l'art. 2941, n. 8, c.c.).

Particolari questioni potrebbero sorgere in caso di amministratore di fatto giacché in tal caso, mancando un'esteriorità formale della relazione giuridica esistente con la società, il *dies a quo* dovrebbe decorrere necessariamente dal verificarsi del danno¹⁵⁰.

Quanto all'azione *ex art. 2394 c.c.* il termine quinquennale di cui all'art. 2949, II co., c.c. decorrerebbe dal momento in cui si verifica il pregiudizio

¹⁴⁸ Questo sarebbe pienamente valido nel caso di s.r.l. giacché nulla dice sul punto l'art. 2476 c.c.

¹⁴⁹ Sulla natura decadenziale del termine si veda AMBROSINI S., *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009.

¹⁵⁰ In dottrina DE CRESCIENZO U., *Le azioni di responsabilità*, Milano, 2003, ma si consideri anche la recente Cass., 12.3.2008, 6719, in *Giur. comm.*, 2009, II, 309, per la quale si applicherebbe anche all'amministratore di fatto la disciplina ordinaria.

rilevante e quindi dal momento in cui il patrimonio risulta insufficiente a soddisfare i creditori¹⁵¹.

Come anticipato, nell'azione dei creditori sociali il termine da cui far decorrere la prescrizione viene generalmente individuato nel momento dell'astratta ed oggettiva conoscibilità del dissesto e, quindi del *deficit* patrimoniale, secondo parametri da valutarsi in relazione alla fattispecie concreta e ispirati alla diligenza media¹⁵².

L'individuazione del momento consumativo dell'illecito è tutt'altro che agevole: da un lato, infatti, la fattispecie perfezionante la responsabilità degli amministratori coincide con il compimento dell'atto pregiudizievole - peraltro generalmente di non immediata individuazione -, dall'altro, l'azione può essere esercitata a partire dal momento, distinto e successivo, in cui non solo il danno si è verificato, ma si è anche manifestato, divenendo conosciuto o conoscibile. Tra questi due momenti, come rilevato dagli interpreti¹⁵³, esiste fisiologicamente un intervallo temporale che può essere anche non indifferente.

Nulla vieta, infatti, che l'insufficienza, grave e definitiva, si sia verificata in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, ad esempio, in caso di infruttuosa escussione del patrimonio sociale da parte di tutti i creditori, o che altrimenti risulti dal bilancio della società, che ha natura pubblica e opponibilità *erga omnes*¹⁵⁴, o da altre manifestazioni del dissesto variamente individuate dalla giurisprudenza¹⁵⁵

¹⁵¹ Basti in tale senso ricordare la pronuncia Cass., Sez. Un., 6.10.1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, 768.

¹⁵² Si ritiene che il termine non decorra se, per valutare la differenza negativa tra attivo e passivo patrimoniale, si debba far ricorso a cognizioni tecniche superiori alla diligenza media Trib. Napoli, 23.1.2009, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1244 con nota di CESIANO.

¹⁵³ Cass., Sez. Un., 6.10.1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, 768.

¹⁵⁴ Cass., 18.1.2005, n. 941, in *Giur. It.*, 2005, 445.

¹⁵⁵ Cass., 19.9.2011, n. 19051, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 9, "ai fini della decorrenza del termine di prescrizione dell'azione contemplata dal disposto di cui all'art. 2394 c.c. è

Occorre anzitutto precisare che, diversamente da quando l'azione è proposta dal singolo creditore, per cui si guarda all'insufficienza del patrimonio a soddisfare quel singolo credito, nel caso in cui l'azione sia promossa dal curatore, l'insufficienza va considerata rispetto l'intero ceto creditorio.

Per quanto, in linea teorica, lo stato di insufficienza sia diverso e logicamente e cronologicamente antecedente all'apertura della procedura concorsuale, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si ricorre alla *fictio iuris* di ritenere il *dies a quo* decorrente dalla dichiarazione di fallimento.

Pertanto è da ritenersi onere dei convenuti dimostrare la pregressa incapienza e, quindi, il decorso del termine prescrizione.

L'amministratore, dal canto suo, potrà provare l' anteriorità del *dies a quo* e, quindi, la decorrenza del termine prescrizione, dimostrando che tutti i creditori avevano tentato invano di escutere la società, ovvero altri fatti anteriori da cui comunque risulti l'insufficienza dell'attivo oggettivamente conoscibile all'intero ceto creditorio (si vuole così evitare di trasformare la manifestazione dell'insufficienza patrimoniale in un vero e proprio *beneficium excussionis*, quasi più rigoroso di quello previsto in materia di società di persone).

necessaria la oggettiva conoscibilità della situazione di incapienza patrimoniale in cui versa la società - e non già unicamente il mero verificarsi della stessa - desumibile da una serie di elementi quali la cessazione del deposito dei bilanci, la notorietà delle difficoltà nei pagamenti"; Cass., 8.4.2009, n. 8516, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 4, "la conoscibilità esteriore dell'incapienza patrimoniale, da cui dipende la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione, va accertata, al di fuori dell'ipotesi in cui sia stata vanamente esercitata l'azione esecutiva, alla stregua di fatti sintomatici di assoluta evidenza, come la chiusura della sede, bilanci fortemente passivi, l'assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata, mentre non assume rilievo l'eventuale impossibilità del conseguimento dell'oggetto sociale". Tra le pronunce di merito Trib. Milano, 2.10.2006, in *Giur. it.*, 2007, II, 382, "il verbale di pignoramento con esito negativo (attestante la reiterata chiusura della società), le risultanze negative dei bilanci ed il mancato deposito degli stessi negli ultimi esercizi, senza la tempestiva apertura della fase liquidatoria, costituiscono elementi indiziari che denotano l'insufficienza del patrimonio della società a soddisfare le ragioni di credito di chi agisce in responsabilità".

Quanto al *dies a quo*, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha individuato diversi indici ritenuti idonei far desumere l'esistenza di un'insufficienza patrimoniale: tra questi, il deposito del bilancio finale di liquidazione¹⁵⁶, la domanda di ammissione al concordato preventivo, da cui siano desumibili tutti gli estremi dello stato di insufficienza patrimoniale¹⁵⁷.

L'insufficienza potrebbe risultare anche anteriormente qualora dall'analisi di bilanci precedenti siano emerse perdite che avrebbero richiesto l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2447 c.c.¹⁵⁸, oppure più in generale “sulla base di fatti sintomatici di assoluta evidenza, come la chiusura della sede (c.d. fuga dell'imprenditore), bilanci fortemente passivi, assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata”¹⁵⁹, o, ancora più indietro nel tempo, nel caso di notoria difficoltà nei pagamenti della società¹⁶⁰. Non sarebbe invece segnale di insolvenza o di insufficienza patrimoniale l'eventuale impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, che potrebbe rappresentare soltanto causa di scioglimento della società¹⁶¹.

Un'ipotesi di sospensione del decorso del termine si ha nel caso in cui i gestori abbiano dolosamente occultato l'esistenza del dissesto.

Secondo una diversa tesi le due azioni, per quanto esercitate “unitariamente” ed “insicindibilmente”, manterrebbero la loro autonomia e quindi i termini di prescrizione andrebbero tenuti rigorosamente distinti¹⁶².

¹⁵⁶ Trib. Milano, 21.4.1986, in *Soc.*, 1986, 74, ma si veda a proposito anche Cass., 5.7.2002, n. 9815, in *Arch. civ.*, 2003, 577.

¹⁵⁷ App. Torino, 23.1.2003, *Giur. comm.*, 2004, II, 149.

¹⁵⁸ Trib. Milano, 25.9.1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 348.

¹⁵⁹ Cass., 8.4.2009, n. 8516, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 4.

¹⁶⁰ Cass., 19.9.2011, n. 19051, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 9.

¹⁶¹ Cass., 8.4.2009, n. 8516, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce “Fallimento”, n. 329.

¹⁶² Per tutti si veda in dottrina BONELLI F., *Art. 146 l. fall.: l'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 780, e in giurisprudenza Trib. Milano, 14.11.1993, in *Fallim.*, 1994, 1051.

Il termine è quello quinquennale di cui all'art. 2949, ma, nella non infrequente ipotesi di sottoposizione a procedimento penale degli amministratori, resta fermo il principio generale di cui all'art. 2947 c.c., secondo cui “se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile”, applicabile laddove vi sia totale identità e concomitanza tra gli elementi soggettivi e oggettivi dell'illecito civile e quello penale e il danno deve essere conseguenza immediata e diretta dei fatti costituenti reato¹⁶³. Sul punto però si tenga presente che secondo la giurisprudenza prevalente si ritiene che tale disposizione possa trovare applicazione solo nel caso in cui il fatto causativo del danno integri responsabilità extracontrattuale¹⁶⁴.

Si tenga presente che un'ipotesi specifica di interruzione del termine prescrizionale avviene nel caso in cui il curatore si costituisca nel procedimento penale contro gli amministratori¹⁶⁵.

6. Altri profili endo-fallimentari e processuali (autorizzazione all'azione, competenza, onere della prova, eccezioni opponibili).

L'art. 146 l. fall. prevede l'autorizzazione del giudice delegato, a dire il vero ricavabile anche dall'art. 25, n. 6, l. fall., nonché il parere obbligatorio del comitato dei creditori.

Quanto all'autorizzazione del giudice, secondo orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, essa sarebbe attinente alla c.d. capacità *ad processum* e dunque sarebbe sanabile con efficacia retroattiva se la parte illegittimamente rappresentata dimostri di voler considerare legittimo il

¹⁶³ Cass., 13.4.1994, n. 3430, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2859.

¹⁶⁴ Cass., 21.3.1996, n. 2432, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2613, Trib. Milano, 19.9.2003, in *Giur. It.*, 2004, 1015 nota di IOZZO, Trib. Milano, 8.10.2001, in *Giur. It.*, 2002, 795.

¹⁶⁵ Trib. Bari, 13.6.2007, in *Corr. mer.*, 2007, 11, 1259.

precedente *iter* processuale, nel rispetto ovviamente di eventuali preclusioni e decadenze¹⁶⁶.

Ciò, d'altronde, si spiegherebbe considerando, da un lato, la generale legittimazione del curatore ad agire per tutto ciò che attiene ai rapporti patrimoniali riguardanti il fallito (artt. 31 e 43 l. fall.), e, dall'altro, il fatto che il regime di autorizzazioni tuttora previsto, per quanto dimostri un persistente potere direttivo e di vigilanza in capo al giudice delegato, è comunque posto a tutela di interessi che non riguardano la controparte processuale del curatore, la quale, evidentemente è soltanto interessata al fatto che l'attività processuale sia a tutti gli effetti vincolante nei confronti del fallimento. L'autorizzazione tardiva, dunque, sanando il vizio processuale, soddisferebbe tanto gli interessi della procedura quanto quelli delle altre parti processuali.

L'autorizzazione potrà essere oggetto di reclamo *ex art. 26 l. fall.*, mentre non sarà impugnabile *ex art. 111 Cost.*¹⁶⁷

Quanto, invece, al parere del comitato dei creditori, la sua mancanza inciderebbe soltanto sulla legittimità dell'autorizzazione e, quindi, avrebbe una rilevanza meramente endo-fallimentare, azionabile con il reclamo *ex art. 26 l. fall.*, senza riflettersi sul terreno processuale e, dunque, senza che il relativo vizio possa farsi valere nel giudizio promosso dal curatore¹⁶⁸.

Si tenga presente che, a seguito dell'abrogazione del III co. dell'art. 146 l. fall. è venuto meno il potere del giudice delegato di disporre d'ufficio rimedi cautelari e, specificamente, il sequestro conservativo dei beni

¹⁶⁶ Cass. 17.7.2007, n. 15939 in *Fall.*, 2008, 3, 353; Cass. 23.10.1992, n. 11572, in *Fall.*, 1993, 351; Cass., 30.1.1989, n. 553, in *Fall.*, 1989, 392.

¹⁶⁷ Cass., 26.6.2000, n. 8666, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Fallimento", n. 705.

¹⁶⁸ Cass., 22.10.2004, n. 20637, in *Soc.* 2005, 9, 1122, con nota di PACCHIAROTTI; Cass., 3.1.1998, n.16, *Fall.*, 1244; Cass. 11.3.1987, n. 2523, in *Fall.*, 1987, 942; Trib. Napoli, 13.5.1997, 1141; Trib. Milano 15.7.1991, in *Fall.*, 1991, 1286. In dottrina, si vedano, RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1984. Nel senso, invece, della improponibilità dell'azione di responsabilità v. Trib. Catania, 20.11.1980, in *Dir. fall.*, 1981, II, 116 e, in dottrina PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974.

dell'amministratore convenuto, potere che dunque rimane vigente solo per le procedure dichiarate prima dell'entrata in vigore della Riforma fallimentare (d.lgs. 9.1.2006, n. 5). Per le procedure disciplinate dal nuovo rito, perciò, il curatore, ai sensi dell'art. 669 *ter* c.p.c., dovrà adire il giudice designato dal Presidente del Tribunale.

La delicatezza e l'importanza degli interessi in gioco spiegano la prudenza del legislatore nel prevedere la necessaria autorizzazione del giudice delegato e il parere obbligatorio, anche se non vincolante del comitato dei creditori.

Secondo l'orientamento prevalente¹⁶⁹ le azioni di responsabilità non derivano dal fallimento, non opererebbe per esse dunque la *vis attractiva* del foro fallimentare di cui all'art. 24 l. fall., mantenendosi la competenza del giudice ordinario.

In particolare, poiché l'obbligazione risarcitoria dà origine ad un debito di valore e non ha ad oggetto una somma determinata nel suo ammontare, il foro competente andrebbe individuato con il luogo in cui il debitore ha il suo domicilio (art. 1182, IV co., c.c.), concorrente con il *forum commissi delicti* per le obbligazioni extracontrattuali e con il *forum contractus* per le obbligazioni contrattuali.

Da rilevare come, qualora si riconoscesse natura contrattuale anche alla responsabilità nei confronti dei creditori, il foro competente sarebbe individuato nella sede della società e finirebbe per coincidere con quello che fonda, *ex art. 9 l. fall.*, la competenza del Tribunale fallimentare.

Va ricordato che in un primo momento era stata anche ipotizzata la competenza del giudice del lavoro e, dunque, l'applicabilità del relativo rito, in considerazione del rapporto sussistente tra amministratori e società ricostruito

¹⁶⁹ In giurisprudenza in dottrina DI AMATO; sostengono invece la *vis attractiva* del foro fallimentare in virtù delle trasformazioni che la procedura determina sulle azioni di responsabilità

come rapporto di para-subordinazione. Il dubbio, alimentato da una pronuncia delle Sezioni Unite¹⁷⁰ è stato poi superato dal nuovo art. 51-*bis* c.p.c. (introdotto dal d.lgs. 19.2.1998, n. 51), che ha espressamente attribuito la competenza a conoscere delle azioni di responsabilità al Tribunale in composizione collegiale, e dall'art. 144-*ter* disp. att. c.p.c. che ha escluso le azioni di responsabilità degli amministratori dalla competenza del giudice del lavoro¹⁷¹.

Si è già accennato come l'esercizio delle azioni *ex art.* 2393 2394 c.c. cumulativo ed inscindibile presenti dei vantaggi sotto diversi profili attinenti alla prescrizione, alla rinuncia e transazione, oltre che all'onere della prova e, da ultimo, anche sull'esito dell'azione.

Basti pensare che potrebbe esser prescritta l'azione da parte della società, ma non quella da parte dei creditori; oppure che la società potrebbe aver rinunciato all'azione di responsabilità o aver accettato una transazione, ma nell'un caso la rinuncia sarebbe irrilevante per i creditori e, dunque, esperibile l'azione *ex art.* 2394, nell'altro la transazione sarebbe passibile di revocatoria¹⁷².

La particolare natura dell'ufficio del curatore fallimentare si riverbera anche sul regime probatorio.

Come noto, in caso di responsabilità contrattuale, l'attore deve provare soltanto l'obbligazione che assume inadempita, e il convenuto può liberarsi da responsabilità provando che l'inadempimento non è a lui imputabile; diversamente, in caso di responsabilità extracontrattuale, il danneggiato deve

¹⁷⁰ Cass., Sez. Un., 14.12.1994, n. 10860, in *Foro it.*, 1995, I, 1486.

¹⁷¹ In questi termini SALAFIA V., *La competenza per le azioni di responsabilità di amministratori e sindaci dopo il d.lgs. n. 51 del 1998*, in *Soc.*, 1998, 633.

¹⁷² Sul punto BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, ma si veda anche più di recente BODELLINI M., *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori*, nota a Trib. Milano 14.1.2010, in *Giur. comm.*, 2011, 4, 1178.

provare non solo il danno derivato dalla condotta, ma anche l'elemento soggettivo.

In teoria, non rappresentando l'azione del curatore un *quid novi* rispetto alle azioni di cui agli artt. 2393-2394 c.c., dovrebbe mantenersi invariato l'onere della prova.

Avendo, però, l'azione *ex art.* 146 l. fall. carattere unitario e inscindibile, si consentirebbe nella prassi giudiziaria al curatore di avvalersi del più favorevole regime dell'onere della prova applicabile all'azione sociale¹⁷³.

Quanto all'onere probatorio in capo al curatore viene ribadito in giurisprudenza l'assunto secondo cui il curatore è tenuto a provare non solo la violazione degli obblighi incombenti sugli amministratori previsti dalla legge e dall'atto costitutivo, ma anche il danno subito dalla società mal gestita, nonché il nesso causale diretto ed immediato tra la predetta condotta ed il pregiudizio sofferto¹⁷⁴.

L'amministratore convenuto per andare esente da responsabilità dovrà invece dimostrare l'inesistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, o altrimenti allegare circostanze che attenuino il profilo di responsabilità.

In generale l'amministratore risponde secondo i criteri generali di inadempimento colpevole: al curatore spetta l'onere di allegare fatti, tempi e modi da cui sono derivati danni per la società, i soci, i terzi, anche con riferimento alle limitazioni temporali legate alla disciplina delle cause di

¹⁷³ Trib. Milano, 12.3.2007, in *Giur. it.*, 2007, 1973; conf. Trib. Milano, 28.11.2005, *Soc.*, 2007, 1, 67 nota di FANTI, Trib. Milano, 2.9.1988, *Dir. fall.*, 1989, II, 855.

¹⁷⁴ In questi termini Così Cass. 4.4.2011 n. 7606, in *Danno e resp.*, 2012, 1, 48 nota di DI PALMA, e in *Soc.*, 2011, 6, 726; Trib. Salerno 12.1.2010 in *Fall.*, 2010, 1191; Trib. Lecce 3.11.2009 in *Dir. fall.*, 2010, 429, Trib. Milano 28.11.2005 in *Soc.*, 2007, 67; Trib. Milano 13.1.2006, in *Giur. it.*, 2006, 977; Trib. Ivrea, 27.1.2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 49.

scioglimento; agli amministratori spetta la prova della legittimità del proprio operato¹⁷⁵.

Quanto alla consulenza tecnica valgono le regole generali: non si tratta di un mezzo istruttorio in senso proprio, rappresentando piuttosto uno strumento di ausilio del giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzioni di questioni che necessitano specifiche conoscenze, senza poter essere impiegata per indagini meramente esplorative, né essere invocata dalle parti per sottrarsi agli oneri probatori su di esse gravanti¹⁷⁶.

Anche il curatore fallimentare che eserciti l'azione di cui all'art. 2394 sarà assoggettato all'onere probatorio imposto per i casi di responsabilità aquiliana, ma potrà beneficiare di un'inversione dell'onere della prova nel momento in cui la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili, gli impediscano di dar prova del nesso causale: in questo caso la violazione di specifici obblighi di legge in capo agli amministratori è di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio¹⁷⁷.

In realtà a supporto della sua azione *ex art.* 146 l. fall. il curatore potrà avvalersi della sua relazione *ex art.* 33 l. fall., limitandosi ad allegarla agli atti di causa.

Tale alleggerimento si ricaverebbe dal combinato disposto dell'art. 30 l. fall. che attribuisce al curatore nell'esercizio delle sue funzioni la qualifica di pubblico ufficiale, e l'art. 33 l. fall. che recita che "la relazione deve esporre i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli

¹⁷⁵ Trib. Milano, 27.4.2009, in *Giur. it.*, 2009, 2466; Trib. Roma, 13.6.2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 487.

¹⁷⁶ Ipotizzando quali potrebbero essere i contenuti dell'indagine realizzata dal consulente tecnico, atteso che il suo oggetto è principalmente la situazione finanziaria, anche quale momento rilevante ai fini della dichiarazione di insolvenza, il principale parametro di riferimento appare essere quello della c.d. leva finanziaria. Sull'accertamento che può essere affidato al c.t.u. si veda Trib. Salerno (ord.), 18.1.2008, in *Soc.*, 2009, VII, 899, con nota di GIUFFRÈ R., *Su c.t.u. ed accertamento di responsabilità di amministratori di società*.

¹⁷⁷ Cass., 4.4.2011 n. 7606, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 4.

amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società”.

Ciò non significa che le circostanze riportate costituiscano prova dei fatti posti a fondamento della domanda giudiziale del curatore, che è pur sempre parte processuale, altrimenti verrebbe alterato il principio di parità del contraddittorio.

In realtà, è ormai principio consolidato che, per quanto la relazione, atto di pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, faccia piena prova fino a querela di falso degli atti e dei fatti che il curatore attesta siano stati da lui compiuti o avvenuti in sua presenza, il contenuto delle dichiarazioni dei terzi rimane liberamente valutabile dal giudice in ordine alla sua veridicità (diversamente opinando si minerebbero i principi fondamentali in materia di onere della prova¹⁷⁸).

In definitiva, pur riconoscendo l'innegabile giovamento che deriva al curatore fallimentare dal poter semplicemente allegare la relazione agli atti di causa, si ritiene che l'efficacia probatoria della relazione sia da considerarsi indizio di prova liberamente valutabile dal giudice e diversamente considerato a seconda delle risultanze in essa contenute.

Quanto alle eccezioni opponibili al curatore anche queste dovranno distinguersi a seconda che si ricada nell'ambito dell'azione sociale *ex art. 2393 c.c.* o nell'azione dei creditori *ex art. 2394 c.c.*: solo nell'area che concerne l'azione di responsabilità sociale, potrà, ad esempio, opporsi al curatore la rinuncia all'azione o il fatto che l'assemblea abbia preventivamente o successivamente approvato o ratificato l'operato degli amministratori.

¹⁷⁸ Cass., 2.9.1998, n. 8704, in *Fall.*, 1999, 988.

In entrambi i casi la transazione intervenuta tra gli amministratori e la società potrà essere rimossa solo con l'utile esperimento dell'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

7. Le altre procedure concorsuali: concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria.

Le disposizioni in materia di liquidazione coatta e amministrazione straordinaria sostanzialmente replicano quanto visto in ambito fallimentare: il commissario liquidatore, così come il commissario straordinario, potranno esercitare entrambe le azioni previste rispettivamente dall'art. 2393 c.c. e dall'art. 2394 c.c., che confluiranno in un'unica azione dal carattere unitario e inscindibile, che manterrà sostanzialmente i medesimi caratteri delle due azioni previste a tutela della società e dei creditori sociali.

Ai sensi dell'art. 206 l. fall., infatti, l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo dell'impresa in liquidazione, a norma degli artt. 2393 e 2394 c.c., è esercitata dal commissario liquidatore, previa autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione.

L'autorizzazione, come nel caso del provvedimento autorizzativo del giudice delegato è da ritenersi condizione di efficacia dell'attività del liquidatore e, dunque, potrà essere sanata *ex tunc* qualora giunga tardivamente.

Non necessita, invece, autorizzazione la proposizione dell'azione nei confronti di società o enti che abbiano violato i principi di corretta gestione nell'attività di direzione e coordinamento: è da ritenersi, infatti, che l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza non sia necessaria per azioni diverse da quelle espressamente contemplate e, quindi, sia esclusa per l'azione espressamente contenuta nell'art. art. 2497 c.c.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Per ulteriori approfondimenti si veda BELLÈ E., *Commento all'art. 206 legge*

La norma è poi implicitamente richiamata con riguardo all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dall'art. 36 del d. lgs. 8.7.1999, n. 270 che genericamente rende applicabili, per quanto non previsto, in quanto compatibili, le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa alla procedura di amministrazione straordinaria.

Quanto alla unitarietà e inscindibilità dell'azione del liquidatore, nonché in materia di termini di prescrizione¹⁸⁰, valgono le stesse considerazioni effettuate con riferimento al curatore fallimentare.

L'accostamento con la disciplina prevista in ambito fallimentare è poi accentuata dal fatto che, ai sensi dell'art. 206 l. fall.: diversamente dagli altri giudizi da intraprendere o in cui costituirsi l'azione di responsabilità *ex artt.* 2393 e 2394 c.c. promossa dal commissario liquidatore deve essere autorizzata dall'autorità che vigila sulla liquidazione¹⁸¹.

La questione appare più complessa nel caso di concordato preventivo.

In tale procedura, infatti, il debitore non subisce un vero e proprio spossessamento giacché mantiene, oltre alla proprietà dei propri beni, anche l'amministrazione e la disponibilità degli stessi, purché funzionalmente alla procedura (salvo il caso di concordato con cessione dei beni ai creditori, in cui il potere di disporre dei beni è trasferita al liquidatore *ex art.* 182 l. fall.), e la legittimazione processuale.

fallimentare, in FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 1584. In giurisprudenza Cass., 10.10.2008, n. 24908, in *Rep. Foro it.*, voce "Liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria", n. 40.

¹⁸⁰ In materia di prescrizione in presenza di fatti che costituiscono reato Trib. Milano, 14.11.1993, in *Fall.*, 1994, 1051.

¹⁸¹ Con specifico riferimento alla liquidazione coatta amministrativa e all'autorizzazione dell'organo incaricato della vigilanza si veda Cass., 3.3.1995, n. 2454, in *Soc.*, 1995, 1027; in materia di amministrazione straordinaria Cass., 12.6.2007, n. 13675, in *Giur. comm.*, 2008, I, 849; Cass., 24.3.1999, n. 2772, in *Giur. it.*, 1999, 1869.

Di per sé l'omologazione del concordato non è influenzata da eventuali questioni relative alla responsabilità degli amministratori e, d'altronde, è pacifico che nulla impedisca ai creditori di una società ammessa alla procedura di concordato preventivo di esperire l'azione di responsabilità contro i gestori, anche successivamente all'omologazione¹⁸².

In dottrina alcuni hanno accostato la figura degli amministratori a quella dei coobbligati o fideiussori della società, altri ne hanno sottolineato la terzietà rispetto al concordato.

Chiaramente *nulla questio* se il concordato, per quanto omologato, non venga eseguito dalla società; qualora, invece, esso venga eseguito, l'esperibilità nella procedura concordataria dipenderà dalla natura che si vorrà riconoscere all'azione dei creditori sociali.

Più precisamente, se all'azione *ex art.* 2394 c.c. si riconosce natura autonoma e diretta, essa sarà comunque ammissibile, se, invece, vi si attribuisce natura surrogatoria, essa sarà ammissibile solo nel caso di concordato con cessione di beni, perché solo in questo caso il creditore sociale mantiene interesse ad incrementare il patrimonio sociale¹⁸³.

Quanto al termine di prescrizione la giurisprudenza sembra orientata a ricondurre il *dies a quo* alla proposizione della proposta di concordato, ma sul punto non vi è univocità di vedute¹⁸⁴.

¹⁸² Trib. Bologna 8.8.2002, *Giur. It.*, 2003, 1650, App. Milano, 14.1.1992, in *Fallim.*, 1992, 1146, Trib. Padova 18.6.1987, in *Giur. comm.*, 1989, II, 83, che ne ammette la proposizione sino all'esecuzione del concordato.

¹⁸³ Si tenga presente che in ogni caso, qualora venga avviato il giudizio di responsabilità, l'assuntore del concordato preventivo è legittimato ad intervenire, in qualità di successore a titolo particolare del liquidatore (Cass., Sez. Un., 23.2.2010, n. 4309, *Giust. civ. mass.*, 2010, 2).

¹⁸⁴ Trib. Pavia (ord.), 6.11.2002, in *Soc.*, 2004, 219; Trib. Pavia (ord.), 6.11.2002, in *Soc.*, 2004, 219; Trib. Torino, 28.5.1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 62;

Diverso è il caso degli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis l. fall.*: la società mantiene in pieno i propri poteri, senza che la procedura incida nella disciplina dell'attività d'impresa; pertanto, le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali saranno esperite dalla società o dai creditori¹⁸⁵.

8. In particolare: la responsabilità per violazione delle regole di gestione conservativa.

Assai frequente è che in sede fallimentare agli amministratori sia imputato di aver proseguito l'attività sociale pur in presenza di cause di scioglimento, e specificamente di perdite che avrebbero richiesto la convocazione senza indugio dell'assemblea per gli opportuni provvedimenti (copertura delle perdite, ricapitalizzazione, trasformazione, o, in alternativa, liquidazione).

Come visto, nel vecchio impianto normativo tale responsabilità poneva le basi sugli artt. 2447 – 2448 – 2449 c.c., in forza dei quali, in presenza di una riduzione del capitale per perdite sotto i minimi di legge (salvo l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2449 c.c.), si verificava automaticamente lo scioglimento della società e sorgeva in capo agli amministratori il divieto di compiere nuove operazioni.

In caso di violazione di detto divieto, l'assunzione a loro carico della responsabilità solidale e illimitata per le obbligazioni assunte avrebbe anzitutto rafforzato la garanzia patrimoniale del terzo, consentendogli di recuperare dagli amministratori, quanto non conseguito dalla società.

In un giudizio siffatto la prima esigenza è evidentemente quella di individuare il momento in cui si è verificata la perdita di capitale, tenendo anche conto del fatto che di solito le perdite vengono occultate, in primo luogo

¹⁸⁵ PANZANI L., *L'insuccesso delle operazioni di risanamento*, in BONELLI F. (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 181.

tramite la sopravvalutazione di poste attive (immobilizzazioni immateriali, rimanenze di magazzino, crediti, cassa).

Individuate eventuali operazioni illecite, si procede di solito con una consulenza tecnica alla rettifica dei bilanci e all'individuazione del momento in cui gli amministratori assumono il potere gestorio a soli fini conservativi e quindi alla determinazione del danno.

Considerato che, come detto, il criterio del *deficit* patrimoniale è utilizzabile soltanto nell'ipotesi in cui si possa provare che il dissesto è stato causato proprio dalla ritardata liquidazione, di solito viene suggerito il criterio basato sulle differenze tra i netti patrimoniali, che però è un criterio virtuale (peraltro il risultato andrebbe depurato di quelle attività che, pure se svolte dopo la causa di scioglimento, sarebbero lecite in quanto utili a rendere più proficua la liquidazione).

A rigore però si imporrebbe di verificare le conseguenze patrimoniali imputabili alle singole operazioni o attività vietate, con l'inevitabile difficoltà di considerare separatamente i singoli comportamenti degli amministratori e dipanare le interazioni tra gli effetti delle condotte illecite e quelli delle condotte lecite.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale poi, integrando violazione di doveri specificamente previsti, avrebbe altresì comportato responsabilità *ex art.* 2393 c.c. nei confronti della società, ed *ex art.* 2394 c.c. nei confronti dei creditori per pregiudizi al patrimonio sociale.

Nonostante le modifiche apportate con la Riforma, la disciplina così come evolutasi in seguito all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, si ritiene sia rimasta sostanzialmente invariata.

8.1 *In particolare: la responsabilità per violazione delle regole di separazione dei patrimoni destinati.*

La problematica relativa all'insolvenza dei patrimoni destinati è stata affrontata in sede di riforma della legge fallimentare e specificamente negli artt. 155 e 156 l. fall.

Vi si stabilisce in primo luogo che il patrimonio non è autonomamente fallibile: se il curatore rileva l'incapienza del patrimonio a seguito del fallimento o nel corso della gestione, provvede alla liquidazione applicando le regole previste per la liquidazione ordinaria, in quanto compatibili.

D'altronde, ai sensi dell'art. 2447-*novies*, II co., c.c., laddove non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio, anche i creditori possono chiederne la liquidazione, che ovviamente si svolgerà secondo le regole consuete.

D'altra parte l'insolvenza del patrimonio destinato non determina il fallimento della società, salvo i casi di responsabilità sussidiaria di cui all'art. 2447-*quinquies* c.c., e cioè in caso di delibere assembleari, obbligazioni derivanti da fatto illecito, mancanza di espressa menzione del vincolo di destinazione.

Dal fallimento della società deriva, anzitutto, il subentro del curatore nell'amministrazione del patrimonio: se questo è capiente, se ne tenta la cessione a terzi al fine di conservarne la produttività, se non è possibile, si procede alla liquidazione; se il patrimonio è incapiente, si procede direttamente alla liquidazione e i creditori potranno presentare istanza di insinuazione nel fallimento della società.

L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori è promossa a favore dei creditori particolari del patrimonio, che si presume si siano insinuati

al passivo, ed è proponibile qualora l'insufficienza del patrimonio a soddisfare le ragioni dei creditori sia imputabile alla *mala gestio* e segnatamente alla violazione delle regole sulla separazione¹⁸⁶.

In virtù dello specifico richiamo contenuto nell'art. 156 l. fall., si ritiene, pertanto, che nell'azione derivata spettante al curatore confluisca anche l'azione di responsabilità posta a tutela dei creditori speciali.

8.2 In particolare: la responsabilità ex art. 2497 c.c.

Come noto, l'art. 2497 c.c. consente ai singoli soci e ai creditori delle società controllate di agire in responsabilità nei confronti delle società o enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento, violino i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, rispettivamente, per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, e per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società¹⁸⁷.

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

Dal tenore letterale della norma emerge immediatamente che gli organi concorsuali non possono promuovere l'azione spettante ai singoli soci che, quindi, mantengono al loro legittimazione¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Si è scelta, dunque, la via della responsabilità dei soli amministratori mantenendo la responsabilità patrimoniale limitata della società, in ossequio ai principi generali in tema di patrimoni destinati, per una rassegna delle diverse posizioni della BIANCA M., *Commento all'art. 2447-novies c.c.*, in CIAN G. (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile*, IX ed., Padova, 2009. Ma sul tema si vedano anche, tra i molteplici contributi, *La liquidazione delle cellule destinate alla luce della riforma del diritto fallimentare*, in *Società*, 2006, 168.

¹⁸⁷ Per tutti ABRIANI N., *La responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo Diritto Societario*, 2012, 11, 93 ss.

¹⁸⁸ AMBROSINI S., *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il*

Unitamente alla società o ente controllante risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, si ritengono pertanto ricompresi anche gli amministratori della società controllante o della controllata che comunque abbiano partecipato all'illecito.

Inutile dire che a seconda della natura contrattuale o extracontrattuale¹⁸⁹, che si attribuisce all'azione *de qua*, si avranno conseguenze di non poco conto in termini di onere della prova.

Con riferimento alla quantificazione del danno si tenga presente che non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette (si applica cioè la teoria del c.d. vantaggi compensativi).

L'azione contemplata nell'art. 90 del d.lgs. 8.7.1999, n. 270 rappresenta una sorta di precedente storico dell'azione *ex art. 2497 c.c.*, rispetto alla quale però mantiene un ambito di applicazione distinto, potendosi le due iniziative cumularsi e integrarsi.

Si tratta precisamente della responsabilità in capo agli amministratori delle società che hanno abusato della direzione unitaria delle imprese del gruppo, i quali rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite.

fallimento, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009; GUERRERA F., *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 24; CARIELLO V., *Commento all'art. 2497*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004.

¹⁸⁹ Nel senso della natura extracontrattuale la recente giurisprudenza di merito, tra cui Trib. Napoli, 28.5.2008, in *Dir. fall.* 2009, II, 235.

Presupposto dell'azione è la dichiarazione di insolvenza, competente è il Tribunale che vi ha provveduto, mentre la legittimazione attiva spetta al commissario straordinario o al curatore fallimentare, giacché le società controllate potrebbero essere anche fallite.

Per il sorgere della responsabilità non è dunque sufficiente il controllo, ma piuttosto la direzione unitaria, concetto economico-imprenditoriale, che allude all'unità di gestione per il perseguimento di un identico scopo, esercitata tramite una pluralità di direttive impartite dalla capogruppo.

Essa può esercitarsi non solo tramite il voto in assemblea¹⁹⁰, ma anche tramite provvedimenti di varia intensità (ordini, direttive, raccomandazioni) rivolti agli amministratori delle controllate, e può desumersi da svariati elementi di fatto come flussi di informazioni, imposizioni di scelte strategiche o contrattuali,

Ovviamente di per sé tale attività è consentita, ad essere sanzionato è l'abuso e, quindi, in primo luogo, la violazione di legge o statuto (tanto della controllante che della controllata), oltre che ovviamente della diligenza richiesta dall'art. 2392 c.c.. Valgono sul punto le considerazioni fatte in materia di *business judgement* riguardo l'insindacabilità delle scelte di gestione e quindi l'impossibilità di dedurre automaticamente la negligenza dal mancato raggiungimento di risultati di gestione.

In dottrina si discute sulla natura contrattuale o extracontrattuale¹⁹¹ di tale responsabilità con le inevitabili conseguenze in termini di onere della prova e di prevedibilità dei danni risarcibili.

¹⁹⁰ Secondo la dottrina prevalente andrebbe considerato responsabile anche l'amministratore della controllante che abbia ispirato la delibera assembleare della controllata o vi abbia contribuito, sul punto DE CRESCIENZO U., *Le azioni di responsabilità*, Milano, 2003, ma si veda anche BONFATTI S., *La disciplina delle responsabilità*, in BONFATTI S. – G. FALCONE, *La riforma dell'amministrazione straordinaria – Atti del convegno*, Roma, 2000.

¹⁹¹ Si vedano sul punto COSTA C. – PAPPALARDO A., *Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese*, in COSTA C., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato*

Si consideri che, in tema di quantificazione del danno, entra in gioco la teoria dei vantaggi compensativi, che esclude il danno risarcibile laddove cioè il pregiudizio al patrimonio della controllata sia compensato dal vantaggio derivante dall'appartenenza al gruppo.

di insolvenza, Torino, 2008, 667, e PAVONE LA ROSA A., *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 483.

CAPITOLO IV

IL MODELLO BRITANNICO

1. *L'interesse per l'esperienza britannica.*

Gli studi comparatistici affrontano la materia fallimentare anzitutto dal punto di vista della strategia generale, divisa tra liquidazione e conservazione dell'impresa in crisi, tra *favor debitoris* e *favor creditoris*, secondo chiavi di lettura che investono le matrici del diritto fallimentare, incidendo in profondità sui caratteri e le condizioni dell'insolvente, nonché sul rapporto tra questi e la collettività¹⁹².

L'analisi, in particolare, ha evidenziato come gli ordinamenti a noi vicini, in ciò spinti o avallati dagli indirizzi comunitari, abbiano predisposto dei “sistemi di allarme” che consentono di attivare canali interni ed esterni di informazioni sullo stato dell'impresa al fine di cogliere per tempo i segnali di crisi (sia essa industriale, economica o finanziaria) e, ove possibile, di porvi rimedio.

A questi rimedi si aggiungono poi quelli specificamente rivolti, anche tramite accordi stragiudiziali, a riorganizzare o risanare l'impresa in crisi manifesta, ma reversibile, evitando che la stessa si aggravi irrimediabilmente.

Un importante punto di riferimento è in questo senso rappresentato dall'esperienza britannica.

¹⁹² AA. VV., *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, in VASSALLI F., LUISO F. P., GABRIELLI E. (diretto da) *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, V, Torino, 2014; DE DONNO B., *Prevenzione della crisi e risanamento dell'impresa. Procedure di civil law e di common law*, Napoli, 2004; FLESSNER A., *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Dir. fall.*, LXXXIV, 2009, n. 1, 2.

Se l'impianto delle prime leggi in materia fallimentare (segnatamente *l'An act against such persons as do make bankrupts* del 1542, e il *Fraudulent Conveyances Act* del 1571¹⁹³) era decisamente improntato al *favor creditoris*, configurando il fallimento come un atto criminale da punirsi con la prigione o la morte, con la successiva promulgazione dello *Statute of Anne* del 1705 (*An act to prevent frauds frequently committed by bankrupts*, poi integrato nel 1707), nonché successivi interventi normativi, sino ad arrivare all'*Insolvency Act* del 1986, il Regno Unito ha costruito un diritto fallimentare che, cominciando a considerare la crisi come possibile effetto di “*unavoidable misfortunes*”, piuttosto che di frode, ha creato un procedimento che rendeva meno gravosa e più semplice la posizione del debitore¹⁹⁴, fonte di ispirazione per le legislazioni dei territori coloniali, oltre che le prime leggi statunitensi¹⁹⁵.

Nel sistema britannico si rileva altresì una particolare attenzione in materia di responsabilità gestoria: non stupisce perciò che il modello proposto dall'ordinamento inglese riscuota un indiscusso plauso tra gli interpreti e gli operatori, che ne apprezzano, da un lato, l'organicità e il tecnicismo, dall'altro, l'attenta lettura e applicazione giurisprudenziale, pur in questo settore tipicamente di “*statute law*”.

¹⁹³ BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, Lib. II, Chapt. 31.

¹⁹⁴ Si pensi, ad esempio, all'introduzione di un istituto che molta fortuna ebbe nelle legislazioni anglosassoni, il cd. *discharge of debts*, ovvero una *injunction* che impedisce ai creditori di compiere atti a beneficio del loro credito, e che viene emessa a favore di quel debitore che coopera positivamente allo svolgimento della procedura concorsuale. Gli si consente il c.d. *fresh start*, reinserimento nel sistema economico (si tenga presente che, a differenza del diritto americano, nel diritto inglese la *discharge* ha una portata più ridotta essendo prevista solo per persone fisiche - *individuals* -, imprenditori o no, ed essendo esclusa per le *companies*).

¹⁹⁵ In generale sul diritto fallimentare britannico e senza alcuna pretesa di esaustività, FINCH V., *Corporate Insolvency Law*, London, 2009; FLETCHER I.F., *The law of insolvency*, Londra, 2002; GOODE R.M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Oxford, 2005; KEAY A.R.-WALTON P., *Insolvency Law: Corporate and Personal*, London, 2003; PENNINGTON R.R., *Corporate Insolvency Law*, London-Dublin-Edinburgh, 1991.

In Gran Bretagna ed in generale nei sistemi di *Common Law* l'attenzione riguardo alla responsabilità civile degli amministratori è stata tradizionalmente ed è forse tuttora, quantitativamente e qualitativamente, maggiore rispetto a quanto lo sia nel nostro sistema, in primo luogo grazie al maggior grado di sviluppo della realtà societaria che ha favorito il sorgere di nuove problematiche e la conseguente ricerca di soluzioni, soprattutto per quanto riguarda la tutela della minoranza, la responsabilità dell'amministratore di fatto e della capogruppo.

Nell'economia della presente trattazione si vogliono offrire dei cenni sulla responsabilità civile dei *directors*, facendo ovviamente particolare riferimento agli obblighi generici gravanti sui gestori e alla loro responsabilità nella crisi.

2. *I general duties degli amministratori nel Companies Act (2006).*

Nel sistema britannico il quadro dei doveri generali relativi agli amministratori, cd. *directors*, si determina facendo riferimento in primo luogo al *Companies Act (2006)*¹⁹⁶, dove è contenuta la parte più significativa della disciplina, oltre che alle norme di *common law* e agli *equitable principles*¹⁹⁷, peraltro in gran parte recepiti e codificati dalla prima fonte¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Per un interessante sintesi, si vedano BRUNO S., *Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma*, in *Riv. soc.*, 2004, 897, ove ulteriori riferimenti; e MANES P., *La teoria del lifting the veil of incorporation in Inghilterra*, in *Contr. impr.*, 1999, 718. In chiave comparatistica, tra i più recenti, DE GIOIA-CARABELLESE P., *Corporate governance, amministratori non-executive e auditors sull'asse Roma-Londra*, in *Soc.*, 12, 2009, 1556. Di recente anche HOPT K., *Company law modernization: transatlantic perspectives*, *Riv. soc.*, 2006, 906.

¹⁹⁷ Si pensi, ad esempio, alle regole che stabiliscono l'obbligo per gli amministratori di attenersi e dare esecuzione alle deliberazioni assunte dall'assemblea all'unanimità, sia pure in assenza dei prescritti requisiti formali (cd. *informal unanimous consent*).

¹⁹⁸ Considerato che gran parte delle norme contenute nel *Companies Act* non è altro che una forma di codificazione dei precetti di *common law* e di *equità*, le relative disposizioni andranno interpretate in conformità ad essi. È così chiaramente statuito nella *sect. 170*, dove si legge: "*The general duties are based on certain common law rules and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and principles as regards*

Agli obblighi codificati per legge si aggiungono poi ulteriori nonché particolari *standard* di comportamento contenuti nell'atto costitutivo e/o nello statuto della società (cd. *company's articles of association*) e nelle deliberazioni dell'assemblea dei soci che su tali atti intervengono, apportando modifiche più o meno penetranti alla *governance* della società stessa.

Il regime dei doveri genericamente gravanti sugli amministratori è contenuto nelle sezioni dalla 171 alla 177, della parte n. 10 del *Companies Act*¹⁹⁹.

Si tratta di regole che trovano applicazione a prescindere dalla forma della società, per quanto, chiaramente, avranno diverse implicazioni a seconda della natura della *company*, in termini di dimensioni ed assetti proprietari.

A ciò si aggiunga che, almeno da un punto di vista strettamente formale, esse riguardano tanto gli amministratori muniti di deleghe (cd. *executives*), tanto quelli che ne sono sprovvisti (cd. *non executives*).

La giurisprudenza è intervenuta sul punto, precisando che per gli amministratori sprovvisti di deleghe, pur sussistendo i medesimi doveri, questi sono destinati ad applicarsi specificamente alle funzioni di vigilanza loro

the duties owed to a company by a director. The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties".

¹⁹⁹ Per approfondimenti si vedano CHEFFINS B., *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Londra, 1997; DAVIES P., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2008; DAVIES P., *Introduction to Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002; DAVIES P. L. – PRENTICE D.D., *Gower's principles of modern company law*, Londra 1997; KEAY A., *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, London-New York, 2007; KERSHAW D., *Company Law in Context. Text and Materials*, Oxford, 2009; MAYSON S., FRENCH D. & RYAN C., *Mayson, French & Ryan on Company Law* (25th edn), Oxford, 2007; MOORE M., *The Evolving Contours of the Board's Risk Management Function in UK Corporate Governance*, in *Jour. Corp. L. Studies*, 2010, 279; MORTIORE S., *Company directors. Duties liabilities and remedies*, Oxford, 2009.

affidate, da conformarsi non in astratto, ma considerato il concreto ruolo svolto nella *company*²⁰⁰.

Si tenga altresì presente che si tratta di norme riferite a tutti coloro che, indipendentemente da valide delibere di nomina, eventuali investiture formali, comunque denominate, svolgono in concreto funzioni tipicamente affidate ai gestori, e, quindi, sostanzialmente agli amministratori di fatto (c.d. *de facto director*; si veda *infra* anche sugli *shadow director*)²⁰¹.

I *general duties* si applicano in modo cumulativo tra loro²⁰²; inoltre, almeno apparentemente, essi appaiono posti nell'interesse esclusivo della società²⁰³, per quanto ciò non possa ritenersi preclusivo di responsabilità anche specificamente rivolte ai singoli soci, ricorrendo determinati presupposti che facciano sorgere tra essi e i *directors* un rapporto di affidamento (si pensi, ad esempio, ad un flusso di informazioni attivato in occasione di negoziazione delle azioni o di offerte pubbliche di acquisto o vendita).

Il primo tra i doveri genericamente gravanti sui gestori è il cd. *duty to act within powers* (*sect.* 171), vale a dire l'obbligo di agire in conformità alla c.d. *company's constitution* (“*act in accordance with the company's constitution*”) - composta da atto costitutivo e/o statuto, nonché delibere e accordi che incidano

²⁰⁰ *In Re Barings Plc, Secretary of State for Trade and Industry -v- Baker (No 5)*, [2000] 1 BCLC 523.

²⁰¹ Si veda in tal senso il chiaro disposto della *sect.* 250 del *Companies Act*, nonché quanto statuito in *re Hydrodam (Corby) Ltd*, [1994] 2 BCLC 180, peraltro proprio in materia di *wrongful trading* ai sensi della *sect.* 214 dell'*Insolvency Act*: “*a de facto director is a person who assumes to act as a director. He is held out as a director by the company, and claims and purports to be a director, although never actually or validly appointed as such. To establish that a person was a de facto director of a company it is necessary to plead and prove that he undertook functions in relation to the company which could properly be discharged only by a director. It is not sufficient to show that he was concerned in the management of the company's affairs or undertook tasks in relation to its business which can properly be performed by a manager below board level*”.

²⁰² Ai sensi della *sect.* 179 “*Except as otherwise provided, more than one of the general duties may apply in any given case*”.

²⁰³ In proposito la *sect.* 170 prevede che “*the general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company*”.

sulla *governance*-, dando esecuzione a quanto ivi stabilito, e conformando l'esercizio dei poteri gestori alle finalità per cui questi sono stati attribuiti (“*only exercise powers for the purposes for which they are conferred*”).

Corollario di ciò non è soltanto l'obbligo di non compiere atti *ultra vires*, vale a dire atti che siano estranei all'attività d'impresa e dunque all'oggetto sociale, ma trattandosi di un dovere tipicamente rientrante tra i cd. *fiduciary duties* -obblighi fiduciari derivanti dall'obbligazione generale di agire secondo lealtà e fedeltà (*duty of loyalty and fidelity*)-, esso impone altresì ai gestori di astenersi da comportamenti che possano indebitamente favorire o, al contrario, pregiudicare alcuni membri della compagine societaria, ovvero dai quali i gestori possano conseguire un indebito vantaggio personale a scapito della società²⁰⁴.

Per andare esenti da responsabilità i gestori dovranno ottenere preventivamente l'autorizzazione da parte dell'assemblea (*sect. 180*) o, quantomeno una ratifica successiva (*sect. 239*).

Ancora nell'ambito degli obblighi fiduciari, la *sect. 172 del Companies Act* contempla il *duty to promote the success of the company*.

Si tratta, come è evidente, del generalissimo dovere di agire nell'interesse della società che, pur non limitando la discrezionalità degli amministratori, impone loro di agire non solo secondo buona fede, ma anche sulla base di opportune e complete informazioni, oltre che a seguito di adeguate procedure²⁰⁵.

Fermo restando che il giudice, in forza della *business judgement rule*, non può sostituirsi all'amministratore di cui valuta l'operato, dovrà però accertare

²⁰⁴Tra le molte, si vedano *Re Monecor (London) Ltd. v Euro Brokers Holdings Ltd* [2003] 1 BCLC 506, ma anche il *leading case*, *Re Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* [1974] AC 821, in cui gli amministratori avevano deliberato un aumento di capitale a pagamento al solo scopo di diluire la quota dell'azionista di maggioranza.

²⁰⁵Per tutte *Knight v. Frost* [1999] 1 BCLC 364.

la sua buona fede, verificando in particolare che la condotta (commissiva o omissiva) sia stata ispirata dal perseguimento dell'interesse sociale²⁰⁶.

Chiaramente il “*success of the company*”, traducibile con la nozione di “interesse sociale”, ha un contenuto decisamente variabile e destinato a riempirsi di significato a seconda di quanto risulta nella *company's constitution*, e, quindi, solitamente con obiettivi di medio-lungo periodo rivolti al conseguimento di utili e di incrementi di valore delle partecipazioni.

Non a caso è la stessa *sect. 172* ad offrire un elenco, sia pure non esaustivo, dei fattori da considerare: “(a) *the likely consequences of any decision in the long term; (b) the interests of the company's employees; (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others; (d) the impact of the company's operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company*”.

A questi dovrà combinarsi quanto disposto dall'*Insolvency Act* al fine di tutelare gli interessi dei creditori.

Si tenga presente che l'interpretazione giurisprudenziale è nel senso di escludere la buona fede laddove l'operazione pregiudizievole per la società non sia stata preceduta da quegli atti preparatori che un amministratore diligente avrebbe posto in essere in quelle circostanza, ivi comprese raccolte di pareri e di adeguate informazioni preventive.

L'ultimo tra i doveri strettamente fiduciari è il cd. *duty to exercise independent judgement*, che vieta agli amministratori, salvo specifica autorizzazione della società (*company's constitution* e successive delibere), di

²⁰⁶ Si veda in particolare *Extrasure Travel Insurances Ltd & Another v. Scattergood & Another*, [2003] 1 BCLC 598.

seguire passivamente direttive e/o ordini altrui, o comunque delegare le proprie funzioni a soggetti terzi.

Inutile dire che, combinandosi con il divieto di agire in conflitto di interessi di cui alla *sect.* 175, in assenza di una specifica disciplina in materia di gruppi di società, la norma ha trovato ampia applicazione nei rapporti tra *subsidiaries* (società controllate) e *parent company* (società controllante)²⁰⁷.

Ai *fiduciary duties* così brevemente descritti si affianca poi il *duty to exercise reasonable care, skills and diligence*.

In realtà, per quanto non propriamente rientrante tra i doveri di *loyalty* e *fidelity*, esso non è altro che una specificazione dell'obbligo di agire nell'interesse della società²⁰⁸.

Pur nel rispetto della sua insindacabile discrezionalità gestoria, l'amministratore è tenuto a comportarsi secondo quei parametri di cura, competenza e diligenza, che ci si potrebbe ragionevolmente attendere da un "buon amministratore di società", tenuto conto delle circostanze concrete entro cui svolge il proprio incarico.

Al fine di valutare l'adempimento di tale obbligo dovrà perciò non soltanto raffrontarsi la sua condotta con quella che il "buon amministratore di società" avrebbe tenuto nelle medesime circostanze (tenendo, dunque, conto, ad esempio, del tipo di attività, della struttura aziendale, della ripartizioni di compiti e responsabilità), ma anche di quelle che sono le sue peculiari competenze e conoscenze.

²⁰⁷ Tra le pronunce sul punto si veda, in particolare, *Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd v Meyer* [1959] AC 324.

²⁰⁸ Nella *sect.* 174 del *Companies Act* si legge: "A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence. (2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and (b) the general knowledge, skill and experience that the director has".

In altre parole, ad uno *standard* minimo, evidentemente richiesto per il fatto stesso di aver assunto la carica sociale, si aggiunge un ulteriore *standard* di condotta di natura soggettiva, strettamente legato alla persona del singolo amministratore: risulta evidente che da tale personalizzazione della responsabilità, possano derivare più elevati *standard* di comportamento.

Trova ovviamente applicazione il generale principio del *business judgement rule* per cui il sindacato giurisdizionale non potrà estendersi al merito delle scelte di gestione o alle modalità della loro attuazione: eventuali errori di valutazione saranno censurabili solo se sono il risultato di omissioni delle cautele e delle precauzioni richieste ad un amministratore di media diligenza²⁰⁹.

3. *La responsabilità dei directors nell'Insolvency Act (1986).*

Nel diritto inglese la problematica attinente alla tutela dei creditori in situazioni di crisi è stata particolarmente avvertita dalla giurisprudenza al punto da raggiungere pieno riconoscimento legislativo.

Già da tempo in sede giurisprudenziale era stato elaborato un concetto di estensione dei doveri degli amministratori verso i creditori in situazioni di insolvenza o di prossimità di insolvenza.

La *ratio* applicata consisteva nel principio per cui in tali situazioni l'interesse sociale, che deve ispirare e guidare l'attività di gestione, viene a coincidere con l'interesse di coloro che detengono l'*ultimate financial interest in the company*, vale a dire i creditori.

²⁰⁹ Tra le molte, in *Re Howard Smith Ltd v Ampol Ltd* [1974] AC 832, si legge “*It would be wrong for the court to substitute its opinion for that of the management, or indeed to question the correctness of the management's decision, on such a question, if bona fide arrived at. There is no appeal on merits from management decisions to courts of law: nor will courts of law assume to act as a kind of supervisory board over decisions within the powers of management honestly arrived at*”.

Per comprendere appieno il principio basti considerare che nel dissesto, e specificamente nel momento in cui il passivo supera l'attivo, il patrimonio risulta essere interamente destinato ai creditori: i soci, essendo responsabili nei limiti di quanto conferito, non si preoccupano di evitare l'erosione del patrimonio, atteso che ulteriori diminuzioni andranno ad incidere esclusivamente sui creditori, i quali diventano allora gli unici a vantare una pretesa sul patrimonio della società.

Questo conflitto non può che riflettersi sull'impiego del patrimonio sociale e, dunque, ripercuotersi sugli obblighi degli amministratori: in capo ad essi sorgono dei veri e propri doveri fiduciari nei confronti dei creditori, che seppure non legittimando questi ultimi ad agire per l'esecuzione dei medesimi, determinano, in caso di inadempimento, la possibilità di promuovere azioni da parte degli organi concorsuali per reintegrare il patrimonio sociale e risarcire i creditori.

Sull'onda di tali convinzioni, pur in assenza di una norma che stabilisse l'obbligo di richiedere il fallimento in caso di dissesto, la giurisprudenza aveva configurato un'ipotesi di illecito civile nella forma del *tort of deceit*, ovvero sostanzialmente responsabilità per frode, in capo a quei *directors* che avessero concluso contratti dai quali derivava per la società l'obbligo di pagare somme di denaro o di effettuare altre prestazioni, pur sapendo che la società non sarebbe stata in grado di far fronte a tali obblighi.

Il legislatore ha recepito tali convinzioni, dandovi pieno riconoscimento nell'*Insolvency Act* del 1986.

Si deve preliminarmente precisare che l'*Insolvency Act* non disciplina solo la fase di fallimento della società, ma lo scioglimento e la successiva liquidazione di questa anche per decorso del termine, per deliberazione dell'assemblea, o per altre cause dell'atto costitutivo.

Si tratta della cosiddetta *members' voluntary winding up* (*sect. 89 ss. Insolvency Act*), che richiede per essere dichiarata lo stato di solvenza della società e la sussistenza di una delle condizioni previste dalla *sect. 84* dell'*Insolvency Act*, dove sono contemplate ipotesi assai simili a quelle del nostro art. 2484 c.c.

La *members' voluntary winding up* va tenuta distinta dalla *creditors' voluntary winding up* (*sect. 90 e sect. 97 Insolvency Act*), che presuppone l'insolvenza della società e dalla *compulsory winding up*, le cui cause sono previste dalla *sect. 122* dell'*Insolvency Act*, tra cui alla lett. (f) l'incapacità di far fronte ai debiti sociali.

Nel sistema inglese, nel caso di *compulsory winding up* le funzioni degli amministratori cessano, e tutti i poteri sono affidati al liquidatore; nei casi di *voluntary winding up*, i poteri degli amministratori sopravvivono in quanto autorizzati, rispettivamente, dal comitato di liquidazione, in caso di *creditors' voluntary winding up*, o dall'assemblea, in caso di *members' voluntary winding up*.

I rimedi in materia di responsabilità degli amministratori che sono oggetto della presente trattazione sono esercitati dal liquidatore.

Solo l'azione generale per violazione dei doveri fiduciari di cui alla *sect. 212 Insolvency Act* può essere esercitata, oltre che dall'organo preposto alla procedura, anche da un creditore o da chi debba per legge contribuire al patrimonio sociale (*contributory*).

Con specifico riferimento alla responsabilità dei gestori in una situazione di dissesto, la *sect. 213* dell'*Insolvency Act* prevede che gli amministratori sono responsabili se proseguono nella conduzione degli affari della società nell'intento di trarre in inganno i creditori sociali o i creditori di un terzo, ovvero in presenza di un altro scopo fraudolento: è il cd. *fraudolent trading*.

La difficoltà di provare i presupposti soggettivi di tale fattispecie ha però sostanzialmente privato la norma di rilevanza pratica²¹⁰, creando una lacuna nel sistema di responsabilità dei gestori a cui si è tentato di porre rimedio con l'introduzione della responsabilità per c.d. *wrongful trading*, oggi prevista dalla *sect. 214 dell'Insolvency Act*²¹¹.

4. *Il wrongful trading.*

Ai sensi della *sect. 214 dell'Insolvency Act*, gli amministratori, qualora abbiano accertato o avrebbero dovuto accertare che non sussistevano prospettive ragionevoli affinché la società evitasse la liquidazione per

²¹⁰ Si vedano le conclusioni del rapporto del *Jenkins Committee, Report of the Company Law Committee*, Londra, 1962, n. 503 (b) dove si propone di ridefinire l'elemento soggettivo con la mera colpa grave (*recklessness*). Sulla stessa linea anche il rapporto del *Cork Committee, Insolvency Law and Practice, Report of the Review Committee*, Londra 1982, n. 1775.

In dottrina, specificamente sul punto, HABERSACK M. – VERSE D., *Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, in *ZHR*, 2004, 174.

²¹¹ In dottrina, tra i molti contributi, BACHNER I., *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge, 2009; DAVIES P., *Directors' Creditors-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in *EBOR.*, 2006, 301; FINCH V., *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, GOODE R.M., *Wrongful trading and the Balance Sheet Test of Insolvency*, in *The Journal of Business Law*, 1989, 436; GOODE R.M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Oxford, 2005; HABERSACK M. – VERSE D., *Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, in *ZHR*, 2004, 174; HEATON J. B., *Deepening Insolvency*, in *Journal of Corporation Law*, 30, 3, 2005, 465; HIRT H. C., *The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance*, in *Eur. comp. and fin. rev.*, 2004, 71; HOPT K., *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron*, in *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Oxford, 2006; KEAY A., *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, London-New York, 2007; PRENTICE D.D., *Creditor's Interests and Director's Duties*, in *Oxford Journal Law Studies*, 1990, 265; STANGHELLINI L., *Directors' Duties and the Optimal Timing of Insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" Rule*, in BENAZZO P., CERA M., PATRIARCA P. (diretto da), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011; THOMPSON D.C., *Note: A Critique of «Deepening Insolvency», New Bankruptcy Tort Theory*, in *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, vol. 12, 2007, n. 2, 536.

Per interessanti spunti di diritto comparato, tra gli altri, KINDLER P., *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2010, 439.

insolvenza, sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie a limitare le perdite per i creditori²¹².

Più precisamente, se durante la liquidazione della società, che poi è fallita, risulta che colui che rivestiva la carica di amministratore - di diritto, di fatto o *shadow director* - sapeva o avrebbe dovuto sapere, che non vi erano ragionevoli prospettive per evitare l'insolvenza, la Corte può, su istanza del liquidatore, ordinare che l'amministratore contribuisca al passivo fallimentare, nella misura che riterrà opportuna.

La Corte, ovviamente, non potrà emettere l'ordine, se risulta che il *director*, dopo che si sia reso conto della inevitabilità del fallimento, abbia compiuto ogni possibile iniziativa diretta a minimizzare la perdita potenziale per i creditori.

²¹² Dispone la *sect. 214 Insolvency Act 1986* in tema di *wrongful trading*: “(1) *Subject to subsection (3) below, if in the course of the windingup of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company’s assets as the court thinks proper. (2) This subsection applies in relation to a person if — (a) the company has gone into insolvent liquidation, (b) at some time before the commencement of the windingup of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, (c) and that the person was a director of the company at that time; but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986. (3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company’s creditors as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) he ought to have taken. (4) For the purpose of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both — (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and (b) the general knowledge, skill and experience that that director has. (5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of a company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him. (6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at the time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the windingup. (7) In this section « director » includes a shadow director. This section is without prejudice to section 213 [fraudulent trading]”.*

Si tratta, dunque, di un dovere preconcorsuale a contenuto complesso che impone ai gestori anzitutto di monitorare con rigore la situazione patrimoniale della società in modo da prevedere tempestivamente l'insolvenza e conseguentemente adottare le misure necessarie a proteggere gli interessi dei creditori e comunque a provvedere alla liquidazione del patrimonio sociale nel rispetto della *par condicio creditorum*.

I presupposti sono evidentemente specifici.

La responsabilità per il c.d. *wrongful trading* presuppone, anzitutto che la società (sia essa una *private company limited by shares*, o una *public company limited by shares*, o ancora una *limited liability partnership*) venga liquidata a causa dell'insolvenza.

Ciò significa che la società deve essere sottoposta ad un procedimento di *winding up*, vale a dire ad una procedura d'insolvenza finalizzato alla liquidazione e alla cessazione della società stessa.

Si tenga presente che, come espressamente dispone la *sect. 214*, per *insolvency* in questo caso si dovrebbe intendere propriamente indebitamento (*balance sheet insolvency*) e non incapacità di adempiere le proprie obbligazioni (*cash flow insolvency*).

La responsabilità per *wrongful trading* sorge quando è provato che il gestore avrebbe dovuto concludere, secondo la sua perizia e diligenza, che il fallimento della società non poteva essere evitato; egli, dunque, potrà evitare la responsabilità solo se dimostri di avere preso ogni misura che credeva ragionevolmente appropriata per minimizzare la perdita dei creditori.

Ciò significa che, ai fini di una dettagliata valutazione, si dovranno considerare non solo i fatti che l'amministratore conosceva o avrebbe dovuto conoscere, ma anche le conclusioni che avrebbe dovuto trarre dalla situazione

in cui versava la società, oltre che, ovviamente, le misure che avrebbe dovuto prendere.

Il tutto andrà valutato considerando il comportamento che ci si sarebbe ragionevolmente attesi da un individuo dotato di media diligenza, che eserciti nella società le stesse funzioni dell'amministratore convenuto, ma tenendo anche conto di ogni conoscenza ed esperienza addizionale, che l'amministratore eventualmente possieda.

Anche la natura, la dimensione della società sono determinanti per stabilire il livello di diligenza e perizia che ci si aspetta da un amministratore o da uno *shadow director*: gli amministratori che, ad esempio, si occupano di affari complessi, rischiosi o che amministrano società con un alto giro d'affari o con operazioni su larga scala, devono avere un elevato grado di perizia e diligenza²¹³.

Si tratta di criteri sostanzialmente oggettivi giacché la responsabilità sorge indipendentemente dalla disonestà e anche laddove lo *standard* di condotta richiesto dalle condizioni finanziarie della società sia molto elevato.

Non vi sarà, dunque, alcuna esenzione dalla responsabilità se si dimostra che all'amministratore mancavano in concreto la diligenza, la perizia richieste per svolgere i suoi compiti o se il suo livello di intelligenza era più basso di quello necessario per valutare le condizioni della società; al contrario se il *director* possedeva capacità o conoscenze ulteriori, queste sono valutate per giudicare la sua condotta, che quindi sarà considerata più severamente.

Se, in base ai requisiti appena descritti, si configura responsabilità per *wrongful trading*, oltre alla possibile esclusione, c.d. *disqualification*, da ogni attività dirigenziale in una società di capitali (ai sensi del *Company Directors Disqualification Act* 1986), l'autorità giudiziaria può condannare

²¹³ In questi termini PENNINGTON R.R., *Corporate Insolvency Law*, London-Dublin-Edinburgh, 1991.

l'amministratore, su richiesta del liquidatore, a pagare alla società un determinato importo il cui ammontare è rimesso alla discrezione dei giudici (“*as the Court thinks proper*”) e che si presume sia da determinarsi tenendo conto dell'indebitamento durante il periodo di *wrongful trading*.

La somma così determinata verrà versata nel patrimonio sociale e servirà per soddisfare i creditori, non creando, però, alcun privilegio a favore dei crediti specificamente sorti durante il periodo di *wrongful trading* (a differenza di quanto accade nel *fraudulent trading*).

5. (segue) *Il wrongful trading: profili applicativi e spunti critici.*

Il *wrongful trading*, presupponendo una valutazione previsionale degli amministratori con riferimento alla reversibilità del dissesto, sostanzialmente consiste in una violazione dello *standard* generale di corretta amministrazione specificamente rapportato allo stato di crisi.

La *ratio* dell'istituto è evidentemente quella di limitare la tendenza, più accentuata in presenza di una crisi, ad una esternalizzazione del costo dei debiti sociali e al trasferimento del rischio di impresa sui creditori: il dovere in capo a ciascun *director* è dunque quello di tentare di limitare quanto più possibile le perdite per i creditori della società, procedendo all'immediata liquidazione, onde evitare maggiori danni, o altrimenti, laddove possibile, impegnarsi seriamente per un serio tentativo di risanamento effettivo della *company*²¹⁴

L'introduzione della responsabilità per *wrongful trading* nel sistema inglese ha consentito di colmare la lacuna sussistente con riferimento alla responsabilità degli amministratori di società in crisi colpevoli di *honest but*

²¹⁴ Proprio in questi termini AA.VV., *Forum europaeum sul diritto dei gruppi di società. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, Riv. soc., 2001, 341.

unreasonable behaviour, per i quali cioè non poteva trovare applicazione la disciplina del *fraudulent trading*.

L'istituto, inoltre, ha contribuito a garantire maggiore obiettività con riferimento alle valutazioni riguardanti il rispetto del *duty of care and skill* sussistente in capo ai *directors*, generalmente valutato sulla base di parametri prevalentemente soggettivi.

Come si è anticipato, presupposto della responsabilità è l'attivazione di una procedura di liquidazione della *company* in ragione della sua insolvenza.

Essendo, tuttavia, la concezione inglese in riferimento a questa nozione basata sul solo *cash flow test*, molti studiosi hanno criticato la previsione di questo rigido presupposto, che viene indicato fra le maggiori cause di una scarsa applicazione dell'istituto²¹⁵.

Nella concreta applicazione della norma il profilo più problematico riguarda proprio il momento a partire dal quale l'amministratore ha percepito, o avrebbe dovuto percepire, l'assenza di prospettive ragionevoli per evitare la liquidazione (c.d. *moment of truth*)²¹⁶.

Sul punto il testo della norma non aiuta più di tanto.

²¹⁵ Si vedano sul punto DAVIES P., *Directors' Creditors-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in *EBOR.*, 2006, 301; KEAY A., *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, London-New York, 2007, ma anche KINDLER P., *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2010, 439.

²¹⁶ In giurisprudenza il *moment of truth* è variamente individuato: in *Re DKG Contractors Ltd.* (1990) BCC 903, 912, e *Re Purpoint Ltd.* (1991) BCLC 591, 498 ("The company could not meet its trade debts as they fell due") coincide con l'effettiva incapacità di soddisfare le obbligazioni; in *Re Produce Marketing Consortium Ltd.* (No. 2) (1989) BCLC 520, 550, si ravvisa dopo cinque anni di indebitamento a seguito di un ulteriore calo del giro d'affari; in *Re Brain D. Pierson (Contractors) Ltd.* (1999) BCC 26, 52, si colloca tre anni dopo un grave indebitamento e a seguito di un avvertimento da parte del revisore contabile; in *Official Receiver v. Doshi* (2001) 2 BCLC 235, 279, dopo gravi problemi di liquidità, si individua soltanto a seguito di operazioni di contabilità "creativa" da parte dell'amministratore. La puntuale analisi di questa giurisprudenza è in HABERSACK M. – VERSE D., *Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, in *ZHR*, 2004, 174.

Come detto, infatti, la *sect. 214* dell'*Insolvency Act 1986* si limita a constatare che la riconoscibilità della liquidazione andrà valutata con riferimento alle conoscenze generali, alle capacità professionali e all'esperienza (*general knowledge, skill and experience*) che si possono ragionevolmente presumere in una persona nella stessa posizione, nonché dalle competenze e capacità personali amministratore della cui responsabilità si tratta nel caso concreto.

In sostanza al *director* dovrà essere mosso l'addebito di aver quantomeno tralasciato, colpevolmente, di porre in essere adeguate misure al fine di tutelare i creditori sociali da ulteriori peggioramenti della loro aspettativa di soddisfacimento.

Naturalmente l'amministratore non dovrà rispondere dell'efficacia in concreto di tali misure, ma, stando alla lettera della *sect. 214*, sarà sufficiente provare di aver profuso in buona fede il massimo impegno al fine di tutelare i creditori sociali.

La prova richiesta al gestore per dimostrare di non avere ignorato colpevolmente la situazione di crisi della società, né omesso colpevolmente di porre in essere le misure per sanare la stessa o per procedere alla sua liquidazione, risulta però effettivamente assai ardua: da un punto di vista pratico, difficilmente il *director* potrà esimersi da responsabilità non appena si verificano tutti gli elementi oggettivi della fattispecie e, specificamente, l'inevitabilità della liquidazione, la mancata adozione di misure di tutela dei creditori o la mancata liquidazione immediata, nonché da ultimo il fallimento della società.

Uno degli aspetti più interessanti della norma riguarda l'estrema estensione soggettiva della responsabilità ivi contemplata.

Sul punto occorre porre in rilievo non solo l'irrelevanza di un'eventuale delega di funzioni, ma anche e soprattutto l'estensione a soggetti diversi dagli amministratori di diritto.

La norma prevede, infatti, che sia responsabile colui che era *director* della società nel periodo in cui era riconoscibile l'inevitabilità della liquidazione.

Ciò vi fa rientrare non solo i cosiddetti *executive directors*, ma anche i *directors* con meri compiti di sorveglianza (*non-executive directors*); inoltre, insieme agli amministratori di diritto (*de iure directors*), sono responsabili anche i cosiddetti amministratori occulti (*shadow directors*), cui la giurisprudenza ritiene siano da equiparare gli amministratori di fatto (*de facto directors*)²¹⁷.

Si tenga presente, infatti, che le due figure, per quanto vicine per certi profili, in realtà sono tra loro nettamente distinte.

In entrambi i casi l'amministratore non è destinatario di una nomina, o comunque di una nomina valida, ma esercita comunque un'influenza sull'organo amministrativo, paragonabile a quella degli amministratori veri e propri (amministratori di diritto).

Salvo questi punti in comune, occorre però fare le opportune distinzioni.

L'amministratore di fatto agisce per la società in modo visibile, creando così l'apparenza che si tratti in realtà di un amministratore nominato ai sensi della legge: è decisivo cioè che la società abbia creato l'apparenza che si trattasse del

²¹⁷ Sul punto si vedano in giurisprudenza *Re Hydrodam (Corby) Ltd.* (1994) 2 BCLC 180, 182; *Re Kaytech International plc.* (1999) 2 BCLC 351, 424, ma anche *Secretary of State for Trade and Industry v. Tjolle* (1998) 1 BCLC 333, 343. In dottrina, fra gli altri DAVIES P., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2008; GOODE R.M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Oxford, 2005.

In un'ottica comparatistica, si consideri che il diritto italiano ammette che possano essere chiamati a rispondere di bancarotta semplice - ad esempio attraverso il mancato rispetto dell'obbligo di richiedere il fallimento della società *ex artt.* 217 n. 4 e 224 n. 2 l. fall. - anche i cosiddetti amministratori di fatto.

suo amministratore, che il soggetto abbia usato il titolo di *director*, che abbia avuto accesso alla documentazione della società (soprattutto ai libri contabili e ai bilanci) e, infine, che abbia preso decisioni d'importanza fondamentale per la società stessa.

Diversamente i cosiddetti amministratori occulti (*shadow directors*), sono, per il diritto britannico, quei soggetti, ivi compresi persone giuridiche, che, pur celando la loro qualità di gestori, impartiscono direttive ed istruzioni normalmente seguite dagli amministratori legali²¹⁸.

Ciò consente, evidentemente, di estendere la responsabilità come amministratore occulto (*shadow director*) anche al socio di comando, essendo questi detentore del reale potere decisionale, e ciò senza che nei rapporti con i terzi egli dia l'apparenza di essere lui il vero amministratore; basta che ci sia un'influenza reale (*real influence*) sulla gestione della società in alcuni settori decisivi.

Il diritto britannico ha così realizzato in modo assai pregnante l'idea di sviluppare la disciplina generale a tutela dei creditori anche nell'ambito dei gruppi di società proprio attraverso la combinazione della responsabilità

²¹⁸ Si vedano in proposito le seguenti norme: *sect. 251 Insolvency Act 1986*, *sect. 741 Companies Act 1985*, *sect. 22, Company Directors Disqualification Act 1986*.

Si ricorda che, discostandosi dal precedente atteggiamento più restrittivo, in *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell* (2001) Ch. D. 340, la *Court of Appeal* di Londra ha fornito una definizione piuttosto ampia di amministratore occulto, per la quale l'unico criterio di rilievo sarebbe quello dell'influenza reale ("*real influence*") sull'amministrazione legale. Per esercitare una tale influenza non sarebbe necessario che le istruzioni e le direttive si riferiscano alla gestione della società nella sua totalità: il mero fatto che siano rimasti dei settori di autonomia per gli amministratori di diritto, non escluderebbe, quindi, l'esistenza di un amministratore occulto, qualora questo soggetto abbia impartito delle istruzioni riguardanti alcuni dei settori più importanti dell'impresa.

In dottrina si vedano sul punto DAVIES P., *Directors' Creditors-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in *EBOR.*, 2006, 301, dove si legge che lo *shadow director* "*is one in accordance with whose directions or instructions the directors are accustomed to act, i.e., he or she is a person who dictates to the directors what decisions are to be taken without being a member of the board de jure or de facto*"; KEAY A., *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, London-New York, 2007.

generale del diritto fallimentare per *wrongful trading* e la responsabilità dello *shadow director*²¹⁹.

Un'ultima notazione relativa alla liquidazione del danno.

Per quanto riguarda l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dagli amministratori, la prassi giurisprudenziale britannica stabilisce un importo pari alla diminuzione del patrimonio della società dovuta al fatto che gli amministratori non abbiano chiesto il fallimento della società già al momento dell'indebitamento (*net deficiency test*)²²⁰.

Con questa formula i creditori possono pretendere alla fine soltanto la differenza fra la quota fallimentare effettivamente percepita e quella dovuta nell'ipotetico caso della presentazione tempestiva della domanda di fallimento.

Non si considera invece il fatto che i creditori divenuti tali solo dopo il *moment of truth* hanno subito un danno maggiore perché, se l'amministratore avesse presentato domanda di fallimento già prima, essi non avrebbero concluso nessun contratto con la società.

²¹⁹ AA.VV., *Forum europaeum sul diritto dei gruppi di società. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, *Riv. soc.*, 2001, 341

²²⁰In giurisprudenza *Re Continental Assurance Co.* (2001) BPIR 733, 821; *Liquidator of Marini Ltd. V. Dickenson* (2003) EWHC 334.

CAPITOLO V

CONCLUSIONI

1. *Le recenti linee evolutive in materia di procedure concorsuali.*

È innegabile che spesso la crisi e finanche l'insolvenza dipenda da cause estranee al debitore e prescindano da colpa o, quantomeno, da colpa grave.

Ciò avviene anzitutto nel caso di crisi economica e finanziaria che diventa generale o di sistema e che, non a caso, finisce per influenzare in modo decisivo le scelte di politica legislativa, giustificando anche significativi cambiamenti di strategia normativa.

Basti pensare all'introduzione nel nostro ordinamento del concordato in continuità aziendale a riprova di un nuovo interesse del legislatore rivolto alla conservazione dell'impresa sul mercato piuttosto che alla sua liquidazione ed estromissione dalla scena economica.

Nelle legislazioni più recenti, non solo in quelle di *common law*, tradizionalmente *debtor oriented*, ma anche in quelle di *civil law*²²¹, si avverte una tendenza ad attenuare il carattere sanzionatorio della procedure concorsuali: la crisi non può imputarsi sempre e comunque alla colpa dell'imprenditore, giacché essa può derivare anche da una situazione di oggettiva difficoltà economica, individuale o settoriale o finanche

²²¹ Proprio su un piano comparatistico, si vedano AA. VV., *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, in VASSALLI F., LUISO F. P., GABRIELLI E. (diretto da) *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, V, Torino, 2014. Specificamente sulla cd. *rescue culture* DE DONNO B., *Prevenzione della crisi e risanamento dell'impresa. Procedure di civil law e di common law*, Napoli, 2004.

generalizzata, che non può pregiudicare definitivamente l'attività economica futura dell'impresa in dissesto.

L'evoluzione delle legislazioni in materia di crisi di impresa, sull'onda del *Chapter 11* statunitense, dimostra il superamento della preminente considerazione della finalità liquidativa ad esclusivo vantaggio dei creditori, e la nuova prospettiva orientata ad assicurare la continuazione dell'attività produttiva, evitando la disgregazione dell'impianto aziendale e l'estromissione dal mercato.

Si è sostanzialmente riscontrata un'accentuata spinta al confronto, in termini soprattutto di costi e benefici, rispetto a tecniche alternative di tutela dei creditori.

Le ragioni di ciò vanno rintracciate, da un lato, nell'assenza di armonizzazione a livello europeo delle procedure concorsuali con conseguenti spiccati fenomeni di *forum shopping*, e, dall'altro, nella forte capacità attrattiva dei modelli anglosassoni, nonché nelle spinte alla convergenza sul piano internazionale provenienti dai mercati finanziari più evoluti, connotati da istituti diversi e, almeno apparentemente, più efficienti.

In quest'ottica si spiegano i numerosi interventi normativi che, tramite rimedi premiali e sanzioni civili, ma anche penali²²², tendono ad incentivare la correttezza nella gestione dell'impresa e la tempestività di intervento sulla crisi²²³, anche tramite il ricorso alle procedure concorsuali.

²²² Per una recente rassegna in merito si veda PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso 'nuovi equilibri' giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2013, 965.

²²³ Si pensi ai diversi modelli di esdebitazione introdotti nell'ordinamenti a noi vicini.

In particolare, mantenendo il raffronto con l'esperienza britannica, si pensi all'*Enterprise Act* 2002, che ha previsto misure premianti per il debitore sfortunato, ma onesto e collaborativo, contemporaneamente accentuando le sanzioni previste per le condotte fraudolente.

Accentuando il carattere contrattualistico dei rapporti tra imprenditore in dissesto e creditori ed ampliando i concetti di impresa²²⁴ e di crisi, gli interventi legislativi dimostrano un'attenzione rivolta non solo e non tanto all'incapacità di far fronte regolarmente al pagamento dei debiti, quanto piuttosto all'impatto della crisi sull'attività imprenditoriale e sulla possibilità di prevenirla o comunque superarla già ai primi segnali del suo verificarsi.

Si ritiene necessario, cioè, un giusto bilanciamento tra la severità delle norme, finalizzata ad evitare l'aggravarsi del dissesto a tutela dei diversi interessi coinvolti, e l'intenzione di non scoraggiare eccessivamente tentativi negoziali di superamento della crisi, evitando però al tempo stesso di creare un ulteriore ritardo nell'avvio della procedura.

La nuova prospettiva sembra rispondere ad un'esigenza già da tempo avvertita in dottrina: in un'economia che si vuole effettivamente di mercato, anche il governo e la liquidazione dell'impresa in crisi dovrebbero essere rimessi al mercato, secondo un'impostazione che, considerando il ricorso al credito come momento essenziale dell'attività di impresa, impone ai finanziatori una peculiare consapevolezza del rischio assunto.

Si avverte un certo superamento dell'impostazione spiccatamente formalistica delle procedure concorsuali che, tradizionalmente legata all'esigenza di garantire la *par condicio creditorum*, non sempre risponde alle mutevoli esigenze di concretezza delle attività economiche organizzate operanti sul mercato.

La novità dell'approccio ha portato gli interpreti ad auspicare uno sforzo che, muovendo dal regime di rimedi e responsabilità facente capo agli organi sociali, fosse volto a creare un sistema di regole della gestione societaria

²²⁴ Tra i molti contributi che evidenziano l'ampia nozione di "impresa" come attività economica comunque organizzata ed operante sul mercato, in linea con gli orientamenti comunitari, si veda CORAPI D., *Impresa (diritto comunitario)*, in *Enc. dir., Ann.*, I, Milano, 2008.

dell'impresa in difficoltà, con doveri e compiti stringenti in capo ai soggetti che di tale gestione sono investiti.

Questa impostazione consentirebbe non solo di offrire un solido e preciso fondamento alle plurime e concorrenti azioni di responsabilità nei confronti dei gestori, ma anche di agevolare l'anticipazione della conoscenza della situazione di dissesto, imponendo agli amministratori il monitoraggio costante della situazione economico-societaria, la verifica della cd. continuità aziendale, oltre che l'impiego di tentativi di composizione negoziale della crisi stessa.

Sarebbero, dunque, sanzionabili giacchè non conformi agli obblighi inerenti alla carica, né rispondenti agli *standard* di diligenza imposti, i comportamenti tenuti dagli amministratori che trascurassero di adottare misure idonee a valutare tempestivamente il rischio di *default*, o di attivare, laddove possibile, meccanismi di risanamento o di riorganizzazione societaria, oppure ancora le condotte di quei gestori che proseguissero l'esercizio corrente dell'impresa, nonostante i rischi di aggravamento del dissesto e in spregio degli obblighi di gestione conservativa, non proponendo essi stessi, in mancanza di possibili alternative, l'istanza di fallimento della società.

È in questo contesto che andrebbe affrontato il tema relativo ai doveri di diligenza in capo agli amministratori in termini di massimizzazione del valore dell'impresa e tutela degli interessi degli investitori davanti a prospettive di *trend* negativi per la produttività aziendale, anche qualora non ricorrano veri e propri indici di crisi irreversibile.

Si tratta di un dibattito di ampio respiro, alimentato da richiami a regole di portata generale come la disciplina del capitale sociale, ed il ricorso a *standards*, quali i cd. *solvency* o *liquidity tests*, con ricadute sul ruolo delle norme imperative²²⁵, sull'autonomia negoziale ed

²²⁵ Specificamente sul punto e in un'ottica comparatistica si vedano ARMOUR J.- HERTIG G.- KANDA H., *Transactions with Creditors*, in KRAAKMAN R. (ed altri), *The Anatomy of*

sull'autoregolamentazione²²⁶, oltre che sui rimedi predisposti in relazione agli interessi di volta in volta preminenti, anche in termini di *enforcement*.

2. Il modello inglese.

Il nuovo approccio alla crisi ha portato alla ribalta il tema della responsabilità degli amministratori della società in *default*, di cui non a caso si era già occupata la Commissione Europea nel suo *Action Plan* del 2003, proponendo al riguardo proprio il modello britannico del *wrongful trading*²²⁷, di cui si è precedentemente trattato.

Pur riconoscendo l'astratta validità del modello, la dottrina, anche quella britannica, ha messo in guardia da acritici entusiasmi²²⁸.

Corporate Law, Oxford, 2009; v. anche DENOZZA F., *Efficient Creditor Protection in European Company Law*, in *EBOR*, 2006, 409 ss.

²²⁶ Per interessanti spunti ANGELICI C., *Note minime su "la libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, 403.

²²⁷ Si tratta precisamente del "*Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward*", risultato del lavoro dell'*High Level Group of Company Law Experts*, nel quale la Commissione ribadisce la necessità della "elaborazione di una norma sulla negligenza sanzionabile in base alla quale gli amministratori sarebbero considerati personalmente responsabili delle conseguenze del fallimento della società se, pur essendo possibile prevedere che la società si avvia verso l'insolvenza, essi non decidono di prendere i provvedimenti necessari per salvarla e assicurare i pagamenti ovvero di chiederne la liquidazione".

A livello internazionale, si ricordi che nella 41^a sessione del gruppo di lavoro sull'insolvenza dell'UNCITRAL (aprile-maggio 2012) è stato presentato un documento in punto di obblighi degli amministratori in prossimità dell'insolvenza, che, sottolineando l'importanza del tema e dando atto della diversità degli approcci da parte delle legislazioni nazionali, si conclude con una serie di raccomandazioni anch'esse largamente ispirate al *wrongful trading*.

²²⁸ In dottrina si ricordano AA.VV., *Forum europaeum sul diritto dei gruppi di società. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, *Riv. soc.*, 2001, 341; BACHNER I., *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge, 2009; BRIZZI F., *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, 2441; DAVIES P., *Directors' Creditors-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in *EBOR.*, 2006, 301; GOODE R.M., *Wrongful trading and the Balance Sheet Test of Insolvency*, in *The Journal of Business Law*, 1989, 436; HABERSACK M. – VERSE D., *Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, in *ZHR*, 2004, 174; HEATON J. B., *Deepening*

A prescindere dalle evidenti differenze con il sistema societario britannico, dovute, fra l'altro, all'assenza di taluni organi societari (in particolare del collegio sindacale), all'assenza di un vero proprio controllo legale (l'*audit* è sostanzialmente contabile), oltre che al ruolo peculiare dei cd. *non-executive directors*²²⁹, a livello interpretativo si è evidenziato come tutto sommato, la responsabilità per *wrongful trading*, al di là delle statuizioni di principio, non sia nei fatti particolarmente incisiva ed efficace ai fini della configurazione della responsabilità degli amministratori.

Sono già emersi alcuni dei profili critici dell'istituto, soprattutto per quel che riguarda il momento in cui si attiva la responsabilità degli amministratori, ritenuto troppo avanzato poiché a ridosso dell'insolvenza.

In questo senso, su un piano comparatistico, si è notato come la soluzione dell'ordinamento italiano, pur rispondendo a finalità analoghe a quelle assolute dal *wrongful trading*, presenterebbe il maggior pregio rispetto a quest'ultimo di

Insolvency, in *Journal of Corporation Law*, 30, 3, 2005, 465; HIRT H. C., *The Wrongful Trading Remedy in UkLaw: Classification, Application and Practical Significance*, in *Eur. comp. and fin. rev.*, 2004, 71; KINDLER P., *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2010, 439; MIOLA M., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237; MOZZARELLI M., *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007; STANGHELLINI L., *Directors' Duties and the Optimal Timing of Insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" Rule*, in BENAZZO P., CERA M. E PATRIARCA P. (diretto da), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011; STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 605.

²²⁹ Su ruolo dei *non-executive directors* si vedano, tra gli altri, MAYSON S., FRENCH D. & RYAN C., *Mayson, French & Ryan on Company, Law* (25th edn), Oxford, 2007; SMERDON R., *A practical guide to corporate governance*, London, 2007. Per un'interessante prospettiva comparatistica DE GIOIA-CARABELLESE P., *Corporate governance, amministratori non-executive e auditors sull'asse Roma-Londra*, in *Soc.*, 12, 2009, 1556, dove ulteriori riferimenti. In giurisprudenza tra le molte *Re Barings plc* (No 6) (1999) ((2000) 1 B.C.L.C. 523, in cui fu affermato il principio che l'amministratore aveva un dovere di acquisire e mantenere una sufficiente conoscenza degli affari della società che gli consentisse il pieno adempimento dei suoi doveri; *Equitable Life Assurance Society v Bowley and others* ([2003] EWHC 2263), dove si legge che la domanda di risarcimento danni esperita dalla società contro gli amministratori *non-executive* aveva una reale possibilità di successo, in forza del fatto che "[A] company may reasonably, at the least, look to non executive directors for independence of judgement and supervision of the executive management".

connettere i doveri di condotta degli amministratori ad una fase di “declino” anticipata rispetto a quella indicata dalla *sect. 214 dell’Insolvency Act*²³⁰.

I doveri di condotta dell’organo amministrativo, previsti in primo luogo dagli artt. 2485 e 2486 c.c., e il conseguente obbligo di porre i soci di fronte all’alternativa tra liquidazione e risanamento, divengono, infatti, attuali in un momento in cui, pur essendo venuta meno la prospettiva della continuità aziendale, l’insolvenza è soltanto prospettica e la capacità solutoria della società non risulta ancora compromessa, essendovi risorse sufficienti a soddisfare i debiti scaduti e quelli di prossima scadenza.

Il dovere di interrompere l’esercizio dell’impresa, ove non si adottino adeguati provvedimenti per ovviare alla crisi, e la conseguente responsabilità degli amministratori dovrebbero dunque, tendenzialmente, divenire attuali prima del concretizzarsi non soltanto dell’insolvenza ma anche delle situazioni di difficoltà particolarmente gravi comprese nello “stato di crisi” che, ai sensi dell’art. 160 l. fall., costituisce il presupposto oggettivo del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Resta inteso, chiaramente che le scelte gestorie saranno fonte di responsabilità soltanto laddove le misure attuate dovessero ritenersi palesemente inadeguate al momento della loro adozione, sulla base delle informazioni in quel momento conosciute, e che dunque gli amministratori potranno andare esenti da responsabilità laddove dimostrino che l’ulteriore aggravamento della situazione sia imputabile ad eventi o circostanze allora

²³⁰ Si vedano, in particolare, sul punto le riflessioni di MIOLA M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell’insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 605; STRAMPELLI G., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L’effetto degli Ias/Ifrs*, Torino, 2009.

imprevedibili e non “governabili”, tali perciò da vanificare il tentativo di risanamento²³¹.

3. *Diligenza, prevenzione e gestione della crisi.*

Se la crisi, nelle sue varie configurazioni, costituisce una fase pressoché fisiologica del ciclo dell’attività economica, la gestione dell’impresa non può che comprendere la gestione della crisi stessa.

Le riflessioni che si sono sinora proposte presuppongono su un piano generale l’immediata constatazione della diversità delle condizioni in cui si trova ad operare una società in crisi rispetto ad una società in *bonis*.

È di tutta evidenza, infatti, come il dissesto rappresenti un forte incentivo per gli organi sociali e/o i soci di controllo per adottare comportamenti opportunistici (c.d. *perverse incentives*), soprattutto considerato che un eventuale insuccesso delle iniziative imprenditoriali ricadrebbe sostanzialmente sui creditori, i cui interessi non sono più allineati a quelli dei soci, giacché rivolti essenzialmente alla conservazione del patrimonio residuo al fine di ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese.

In questi casi, oggetto della valutazione in termini di responsabilità gestoria non è tanto la continuazione o meno dell’attività, quanto piuttosto la concreta tipologia delle operazioni espletate.

Si tratta, sostanzialmente, della scelta tra la predisposizione di accurati piani di salvataggio dell’impresa al fine di preservarne la redditività ed il valore produttivo, senza che ciò aumenti eccessivamente i rischi per i creditori sociali, e la più radicale soluzione consistente nell’apertura della liquidazione, ovvero nella tempestiva presentazione della richiesta di fallimento, o quantomeno della

²³¹ Per una più ampia disamina delle diverse tipologie di rischio gravanti sui creditori sociali MÜLBERT P. O., *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*, in *EBOR*, 2006, 357

domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo in presenza dei relativi presupposti.

Da un lato, è certamente vero che, in una situazione di crisi o in prossimità della stessa, l'esigenza di evitare condotte opportunistiche o eccessivamente rischiose per gli interessi dei creditori comporterebbe una ridotta operatività della *business judgment rule*: il venir meno della continuità aziendale e il profilarsi dell'insolvenza, assottiglierebbero la discrezionalità gestoria, restringendo il novero dei comportamenti ragionevolmente auspicabili e legittimamente esperibili da parte degli amministratori.

A ben vedere, però, rispetto alla gestione della crisi, più o meno grave, sono destinate a valere, almeno in linea di principio, le medesime regole di comportamento che valgono in generale per la gestione dell'impresa²³².

Entrano, quindi, in gioco il parametro generale di diligenza posto dall'art. 2392 c.c., sia la *business judgement rule*, ed eventualmente, come è stato proposto da attenta dottrina, il principio di ragionevolezza²³³.

Diversamente che in altri ordinamenti²³⁴, nel diritto italiano, pur essendo indiscussi i tentativi di agevolare l'accesso alle procedure concorsuali (si pensi ad esempio al concordato in bianco, sia pure con i recenti correttivi), manca una disciplina che preveda specifiche misure di prevenzione della crisi sin dal primo manifestarsi dei segnali di allarme.

²³² Proprio in questo senso tra gli altri ROCCO DI TORREPADULA N., *Profili di responsabilità degli amministratori di società per azioni durante la crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 271.

²³³ Insiste sul parametro di ragionevolezza NIGRO A., "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, 457. Si vedano anche BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose all'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5; NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012

²³⁴ Fra tutte si considerino le misure di prevenzione adottate in Francia, da ultimo rafforzate nel 2005, che prevedono una procedura di *alerte* e un *mandataire ad hoc* per negoziare con i creditori le misure per sollevare l'impresa dalla crisi.

In particolare, la nostra legislazione difetta di una disciplina che preveda un'informazione completa e tempestiva sui primi segnali del dissesto, ponendo a capo dei soggetti direttamente coinvolti, segnatamente organi di gestione e controllo, generici obblighi informativi, e rimettendo controlli e misure di soluzione della crisi sostanzialmente in capo ai creditori.

Anche nel momento della crisi, infatti, pur essendo il merito delle scelte gestorie insindacabile, si ammette pacificamente che l'oggetto del giudizio possa estendersi sino a ricomprendere la valutazione circa l'adozione da parte degli amministratori di quelle cautele, verifiche ed informazioni preventive che la diligenza professionale, combinata con il dovere di fedeltà all'interesse sociale, normalmente richiede in relazione ad una determinata decisione.

Anche in questo caso, cioè, non sarebbe la scelta in sé ad essere oggetto di valutazione, quanto, piuttosto, le modalità attraverso le quali questa viene decisa ed attuata.

Ciò non esclude però che, nelle situazioni di prossimità o prevedibilità dello stato di insolvenza, particolare attenzione debba essere rivolta agli interessi dei creditori sociali, in quanto tendenzialmente più esposti alle conseguenze negative derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa.

Seguendo tale prospettiva, il giudizio di conformità della gestione dell'impresa al criterio della diligenza professionale sembra allora delinearsi con maggiore precisione, implicando una valutazione circa l'adeguatezza e la ragionevolezza delle scelte compiute in funzione delle categorie che maggiormente possono subire le conseguenze pregiudizievoli, con le relative conseguenze in termini di sindacato giurisdizionale.

In questa prospettiva sarebbe ravvisabile una linea di continuità tra le disposizioni fallimentari e quelle societarie, giacché gli obblighi di monitoraggio e di pianificazione finanziaria e strategica non verrebbero in

rilievo solo a seguito dell'insolvenza, ma piuttosto durante l'intera esistenza della società²³⁵.

Così opinando, monitoraggio e pianificazione, funzionali alla conservazione dell'efficienza e dell'equilibrio economico-finanziario, diverrebbero espressione del più generale obbligo di diligenza, assumendo peraltro una rilevanza centrale in condizioni di “declino” ai fini del tempestivo accertamento della crisi o dell'insolvenza²³⁶.

Ciò consentirebbe anche di anticipare rispetto alle disposizioni codicistiche il momento a partire dal quale gli amministratori sono tenuti ad una gestione conservativa dell'impresa sociale²³⁷ e colmare così, almeno in parte, gli evidenziati limiti della disciplina della riduzione del capitale per perdite. Questa, infatti, può talora rivelarsi un “campanello d'allarme” non

²³⁵ L'espressa previsione di obblighi a carico degli amministratori assimilabili a *solvency* e *liquidity tests* rappresenta un fenomeno ricorrente nella più recente legislazione societaria europea. In particolare, *liquidity tests* sono stati predisposti dal legislatore inglese nelle *private limited companies* per le operazioni di riduzione del capitale (*sect. 643 Companies Act 2006*) e di *share repurchase* (*sect. 714 Companies Act 2006*), attraverso la redazione di un *solvency statement*.

Sul punto si vedano DAVIES P., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2008; HANNIGAN B., *Company Law*, Oxford, 2009; KERSHAW D., *Company Law in Context. Text and Materials*, Oxford, 2009; MOORE M., *The Evolving Contours of the Board's Risk Management Function in UK Corporate Governance*, in *Jour. Corp. L. Studies*, 2010, 279; PAYNE J., *Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006*, in ARMOUR J. - PAYNE J. (Eds.), *Rationality in Company Law, Essays in Honour of D.D. Prentice*, Oxford-Portland, 2009; VELLA J. - PRENTICE D., *Some Aspects of Capital Maintenance Law in the UK*, in *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, in H. DE WULF- R. STEENNOT-M. TISON-C. VAN DER ELST (Eds.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation, Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, Cambridge, 2009.

²³⁶ A conferma del ruolo centrale svolto nella fase di crisi dagli obblighi di monitoraggio e di pianificazione strategica e finanziaria si consideri non soltanto la legislazione fallimentare, là dove prevede specifici obblighi di pianificazione nell'ambito delle soluzioni “concordate” della crisi (cfr. artt. 67, comma 3, lett. d), 160, 182-bis l. fall.), ma altresì il diritto societario che, in occasione di determinate operazioni (es. artt. 2358, 2501-bis c.c.) ovvero al ricorrere di specifiche situazioni (es. artt. 2467, 2497-quinquies c.c.), ontologicamente “pericolose” per i creditori, connette la tutela di costoro non soltanto alla conservazione della consistenza patrimoniale, ma anche all'attendibilità delle previsioni circa la futura capacità della società di generare liquidità sufficiente per la regolare soddisfazione dei propri debiti.

²³⁷ Si veda sul punto BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1084.

sufficientemente tempestivo, e potrebbe, pertanto, essere utile individuare un ulteriore presupposto (concorrente con quello previsto dagli artt. 2446 e 2447 c.c.) di specifici doveri di condotta degli amministratori suscettibili di incidere sul grado di discrezionalità delle loro scelte relative alla struttura finanziaria della società²³⁸.

Ne consegue che, in presenza di una situazione di crisi o in prossimità della crisi, la condotta degli amministratori non possa e non debba essere valutata in base ad alternative rigide, come quella fra proseguire o cessare l'ordinaria gestione, o quella fra ricapitalizzare o liquidare, ma sulla base di criteri elastici che consentano di tener conto delle circostanze concrete e delle finalità in relazione alle quali la decisione di continuare o interrompere la gestione sia stata assunta ed attuata, circostanze e finalità, da vagliare appunto attraverso i criteri di diligenza e ragionevolezza²³⁹.

4. *Considerazioni conclusive.*

Considerando le riflessioni sinora emerse e pur prendendo atto della mancanza nell'ordinamento italiano di istituti quali il *wrongful trading* previsto dalla *sect. 214 dell'Insolvency Act* inglese, volti a fissare specifici obblighi di condotta prima del concretizzarsi dell'insolvenza, ovvero di "istituti di allerta e prevenzione", volti ad una tempestiva segnalazione della crisi d'impresa, è quindi da ritenersi che sia possibile ravvisare anche alla luce della legislazione nazionale il dovere degli amministratori di affrontare tempestivamente la crisi finanziaria al fine di evitare un'ingiustificata traslazione del rischio dai soci verso i creditori e limitare così le perdite.

²³⁸ In questi termini MIOLA M., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237.

²³⁹ Sull'importanza del criterio di ragionevolezza si veda, in particolare, NIGRO A., "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, 457.

In altre parole, il dovere degli amministratori di affrontare tempestivamente ed opportunamente eventuali situazioni di crisi o pre-crisi dovrà considerarsi già insito nel sistema di obblighi inerenti alla carica, rispondendo ad un generale criterio di diligenza e correttezza nella gestione, ispirato a parametri di ragionevolezza ed effettività.

Tale approccio risulterà davvero efficace solo se, in un'ottica di complementarietà tra rimedi, sanzioni e risarcimento del danno, già nella fase di gestione ordinaria, saranno potenziati in punto di effettività gli obblighi di vigilanza e monitoraggio, tramite un sistema di responsabilità che disincentivi comportamenti opportunistici o non adeguatamente ponderati dell'organo gestorio, consentendo così di allentare il rischio di *default*, o quantomeno di affrontare la crisi nel modo più adeguato, nel rispetto degli interessi in gioco, ed auspicabilmente superarla evitando la disgregazione del complesso aziendale.

Si ritiene, perciò, che la peculiare gestione della crisi non possa condurre ad eccessivi sviamenti rispetto ai principi generali.

Anche nelle ipotesi in cui le azioni volte a far valere una cattiva gestione del dissesto siano promosse dagli organi di una procedura concorsuale, i caratteri delle fattispecie che configurano la responsabilità degli amministratori dovrebbero essere gli stessi che sono previsti in caso di esercizio delle azioni da parte della società o dei creditori sociali²⁴⁰, e comunque, più in generale, conformi ai principi ordinari in materia di risarcimento del danno.

Non sarebbe, dunque, ammissibile, ad esempio, che il fondamentale requisito del nesso di causalità, pilastro del sistema della responsabilità civile, venga, più che interpretato, addirittura cancellato, ritenendo presuntivamente

²⁴⁰ In questo senso JAEGER P.G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 550, e in *Fall.*, 1989, 969.

gli amministratori, a prescindere dalle effettive colpe, responsabili della totalità degli sbilanci patrimoniali in cui si concreta lo stato di crisi e finanche di insolvenza.

In conclusione, al di là dall'accoglimento dell'uno o dell'altro dei criteri interpretativi offerti dall'esperienza dottrinale e giurisprudenziale, si considera imprescindibile la rigorosa applicazione dei principi generali in materia di responsabilità civile, che, sia pur in presenza di un rafforzamento degli obblighi di diligenza e soprattutto di un ampliamento del potere di vigilanza degli organi sociali, rispetti il principio in forza del quale il danno va dimostrato come conseguenza immediata e diretta dei fatti di *mala gestio*, anche laddove questi contribuiscano a creare o ad aggravare una situazione di crisi.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, in VASSALLI F., LUISSO F. P., GABRIELLI E. (diretto da) *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, V, Torino, 2014.

AA. VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013.

AA.VV., *Forum europaeum sul diritto dei gruppi di società. Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 341.

ABBADESSA P., *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA - G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 491.

ABRIANI N., STANGHELLINI L., TOMBARI U., *Operazioni straordinarie e crisi d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, III, 795.

ABRIANI N., *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 4, 2010, 392.

ABRIANI N., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, in CAMPIANI L.M. (a cura di), *La riforma del diritto fallimentare*, Napoli, 2008, 169.

ABRIANI N., *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, nota a Cass. 14.9.1999, n. 9795, in *Giur. comm.*, 2000, II, 168.

ABRIANI N., *La responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo Diritto Societario*, 2012, 11, 93.

AIELLO M., *Scioglimento della società e responsabilità di amministratori e sindaci tra vecchio e nuovo rito*, in *Giur. it.*, 2010, 2360.

ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, Milanofiori Assago, 2010.

ANGELICI C., *Note minime su "la libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, 403.

AMBROSINI R., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, in *Corr. giur.*, 11, 2011, 1520.

AMBROSINI S., *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009.

AMBROSINI S., *Il problema della quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci*, in AMBROSINI S. (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007.

AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AMBROSINI S. (a cura di) *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.

ARATARI F. – IANNAcone L., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013.

ARMOUR J.- HERTIG G.- KANDA H., *Transactions with Creditors*, in KRAAKMAN R. (ed altri), *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2009.

ASCARELLI T., *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, e in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 169.

BACHNER I., *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge, 2009.

BACHNER I., *Wrongful Trading - A New European Model for Creditor Protection?*, in *EBOR*, 2004, 293.

BADINI CONFALONIERI A., VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, 2150.

BELLÈ E., *Commento all'art. 206 legge fallimentare*, in FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 1584.

BODELLINI M., *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori*, nota a Trib. Milano 14 gennaio 2010, in *Giur. comm.*, 2011, 4, 1178.

BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO G. E. - PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991.

BONELLI F., *Art. 146 l. fall.: l'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 780.

BONFATTI S., *La disciplina delle responsabilità*, in BONFATTI S. - G. FALCONE, *La riforma dell'amministrazione straordinaria – Atti del convegno*, Roma, 2000.

BOZZA G., *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fall.*, 2014, 1097.

BRESCIA MORRA C. - CERA M. - MOSCO G. D. (a cura di), *Il rischio d'impresa: profitti privati e pubbliche perdite*, Bologna, 2010.

BRIZZI F., *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, Napoli, 2010.

BRIZZI F., *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, 2441.

BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1084.

BRUNO F., *La responsabilità dell'amministratore di fatto nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Corr. giur.*, 2010, 11, 1435.

BRUNO S., *Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma*, in *Riv. soc.*, 2004, 897.

BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose all'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

BURBIDGE P., *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in VASSALLI F., LUISO F. P. - GABRIELLI E. (diretto da) *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, V, Torino, 2014, 269.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012.

CARIELLO V., *Commento all'art. 2497*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004.

CARNEVALI U., *Responsabilità civile degli amministratori per danni ai risparmiatori*, in *Contr. e impr.*, 1988, 83.

CASSANI S., *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Soc.*, 2010, 407.

CASSOTTANA M., *Responsabilità degli amministratori nella crisi dell'impresa*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Atti del convegno, Imperia, 26-27 settembre 2003, Milano, 2005, 185.

CASSOTTANA M., *Sulla nozione di «danno diretto» e sui rapporti tra l'art. 2395 e l'art. 1223*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 530.

CAVALLI G., in BONFATTI S. – FALCONI G. (a cura di), *Crisi dell'impresa e responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi: atti del convegno, Lanciano, gennaio 2005*, Milano, 2005, 1.

CHEFFINS B., *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Londra, 1997.

COEN A., VILLANACCI G., *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 82.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012.

COSTA C. – PAPPALARDO A., *Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese*, in COSTA C., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008, 667.

COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 2006.

DAL SOGLIO P., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, IV, Padova, 2005, 2316.

DAVIES P., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2008.

DAVIES P., *Directors' Creditors-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in *EBOR.*, 2006, 301.

- DAVIES P., *Introduction to Company Law*, Oxford, 2002.
- DAVIES P. L. – PRENTICE D.D., *Gower's principles of modern company law*, Londra 1997.
- DE ANGELIS L., *Elementi di diritto contabile*, 2011.
- DE CRESCIENZO U., *Le azioni di responsabilità*, Milano, 2003.
- DE DONNO B., *Prevenzione della crisi e risanamento dell'impresa. Procedure di civil law e di common law*, Napoli, 2004.
- DE GIOIA-CARABELLESE P., Corporate governance, *amministratori non-executive e auditors sull'asse Roma-Londra*, in *Soc.*, 12, 2009, 1556.
- DEL PRATO E., *Crisi, insolvenza e tutele "endoconcorsuali"*, in *Dir. fallimentare*, 2001, I.
- DEL PRATO E., *Introduzione al volume (AA.VV.) Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in AA. VV., GHIA, PICCININNI, SEVERINI (a cura di) *Diritto fallimentare*, IV, Torino, UTET, 2010.
- DELLE MONACHE S., *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013 543.
- DE NICOLA A., Sub art. 2392, in MARCHETTI P. - BIANCHI L. A. – GHEZZI F. - NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, 545.
- DENOZZA F., *Efficient Creditor Protection in European Company Law*, in *EBOR*, 2006, 409.
- DENOZZA F., *A che serve il capitale?*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 585.
- DENOZZA F., *Responsabilità dei soci e rischio di impresa nelle società personali*, Milano, 1973.
- DI AMATO S., *Responsabilità degli amministratori e fallimento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2012, 769.
- DI AMATO S., *L'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. Alle soglie della riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, I, 2003, 20.
- DI AMATO S., *I presupposti dell'azione del curatore*, in FERRO M. (a cura di), *Le responsabilità nel fallimento societario*, Milano, 2001.

- DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.
- DIMUNDO A., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1997, 472.
- DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011.
- ENRIQUES L. – MUCCIARELLI F. M., *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da) *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 861.
- ENRIQUES L. - GELTER V., *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, in *EBOR*, 2006, 436.
- ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi di interessi*, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 251.
- ENRIQUES L., *Il conflitto di interessi di amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
- EASTERBROOK F - FISCHER DR, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard, 1996.
- FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010.
- FAUCEGLIA G., *Commento sub art. 146 l. fall.*, in JORIO A. (diretto da) e FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*, Bologna, 2007, II, 2142.
- FERRARA F. JR - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011.
- FERRARINI G., *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 462.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2010.
- FERRI G., *Legittimazione del curatore: poteri e limiti*, in *Fall.*, 2007, 1031.
- FERRI G., *Le società*, in VASSALLI F. (fondato da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1987.
- FERRI G. jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, I, 477.

FERRI G. jr., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in S. FORTUNATO-G. GIANNELLI-F. GUERRERA-M. PERRINO (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2011.

FERRI G. jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, I, 477.

FERRI G. jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, I, 753.

FINARDI, *Azione di responsabilità contro gli amministrazioni di s.p.a. fallita e criteri di determinazione del danno*, in *Soc.*, 2008, 1364.

FINCH V., *Corporate Insolvency Law*, London, 2009.

FINCH V., *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

FLESSNER A., *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Dir. fall.*, LXXXIV, 2009, n. 1, 2.

FLETCHER I.F., *The law of insolvency*, Londra, 2002.

FORTUNATO S., *Capitale e bilanci nelle S.p.A.*, in *Riv. soc.*, 1991, 125.

FRANZONI M., *Della società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo*, in GALGANO F. (a cura di) *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2008.

FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004.

FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in GALGANO F. (diretto da), *Le Società*, Torino, 2002.

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

FRÈ G., *Commento all'art. 2395 c.c.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997.

FRÈ G., *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1982.

GABRIELLI E., *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, 7.

GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 2005.

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, v. III *L'impresa e le società*, t. 2 *Le società di capitale, le cooperative*, Padova, 1999.

GALGANO F., BONSIGNORI A., *Il fallimento delle società (Francesco Galgano: Gli aspetti sostanziali; Angelo Bonsignori: Gli aspetti processuali)*, Padova, 1988.

GALGANO F., *La società per azioni*, in GALGANO F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1984.

GALLETTI D., *Brevi note sulla prova del danno nelle azioni di responsabilità*, nota a *Trib. Lecce*, 3 dicembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 10, 2505.

GOODE R.M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Oxford, 2005.

GOODE R.M., *Wrongful trading and the Balance Sheet Test of Insolvency*, in *The Journal of Business Law*, 1989, 436.

GUERRERA F., *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 247.

GUERRERA F., *La ristrutturazione negoziata dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.

GUERRERA F., *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 24.

GUGLIELMUCCI L., *Danno per responsabilità di amministratori e sindaci*, in *Il Fall.*, 1996, 1067.

HANNIGAN B., *Company Law*, Oxford, 2009.

HAYNES J., *Risk as an economic factor*, in *Quarterly Journal of Economics*, Boston, 1985.

HEATON, *Deepening Insolvency*, in *Journal of Corporation Law*, 30, 3, 2005, 465.

HABERSACK M. – VERSE D., *Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, in *ZHR*, 2004, 174.

HIRT H. C., *The Wrongful Trading Remedy in UkLaw: Classification, Application and Practical Significance*, in *Eur. comp. and fin. rev.*, 2004, 71.

HIRTE H. – VICARI A., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali verso i creditori in caso di omessa o ritardata presentazione della richiesta di fallimento al Tribunale, nel diritto tedesco e italiano*, in *Giur. comm.*, 1996, 377.

HOPT K., *Company law modernization: transatlantic perspectives*, in *Riv. soc.*, 2006, 906.

HOPT K., *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron*, in *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Oxford, 2006.

IBBA C., *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. soc.*, 2008, 936 .

IOZZO F., *Potere gestorio e conservazione del patrimonio sociale nella fase di liquidazione: ricadute sul piano concorsuale*, in AMBROSINI S. (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007.

IRRERA M., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009.

IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

JAEGER P.G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 550, e in *Fall.*, 1989, 969.

JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1963.

JANNARELLI A., *Appunti per una teoria giuridica del "rischio di impresa"*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, 299.

JORIO A., *Perdita del capitale sociale, responsabilità degli amministratori e par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 175.

KEAY A., *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, London-New York, 2007.

KEAY A.R.- WALTON P., *Insolvency Law: Corporate and Personal*, London, 2003.

KERSHAW D., *Company Law in Context. Text and Materials*, Oxford, 2009.

KINDLER P., *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2010, 439.

KNIGHT F. H., *Rischio, incertezza e profitto*, Firenze, 1960.

LIBONATI B., *Responsabilità e rischio di impresa*, in LIBONATI B., *Scritti giuridici*, vol. I, *Impresa e società. Concorrenza e mercato. Gruppi. Bilanci e contabilità*, Milano, 2013, 67.

LIBONATI B., *La crisi dell'impresa*, in LIBONATI B., *Scritti giuridici*, vol. II, *Società quotate e mercati finanziari. Titoli di credito e strumenti finanziari. Banche e operazioni bancarie. Crisi delle imprese. Saggi di vario diritto. Rassegne*, Milano, 2013, 791.

LIBONATI B., *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 331, e in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, 4007.

LOLLI A., *Situazione finanziaria e responsabilità nella governance delle s.p.a.*, Milano, 2009.

MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007.

MANES P., *La teoria del lifting the veil of incorporation in Inghilterra*, in *Contr. impr.*, 1999, 718.

MAROCCHI M., *Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata*, in *Contr. e impr.*, 2014, 221.

MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011.

MAYSON S., FRENCH D. & RYAN C., *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, 2007.

MENGONI L., *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.* 1956, 434.

MIGNOLI A., *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725.

MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

MIOLA M., *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-sexies l. fall. - Parte prima: La sospensione delle regole sulla riduzione del capitale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 171.

MIOLA M., *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-sexies l. fall. - Parte seconda: Profili applicativi e sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 409.

MIOLA M., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237.

MIOLA M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011.

MONTAGNANI C., *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 754.

MONTALENTI P., *I gruppi di società*, in ABRIANI N. ed altri, *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010.

MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 835.

MOORE M., *The Evolving Contours of the Board's Risk Management Function in UK Corporate Governance*, in *Jour. Corp. L. Studies*, 2010, 279.

MORTIORE S., *Company directors. Duties liabilities and remedies*, Oxford, 2009.

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

MÜLBERT P. O., *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*, in *EBOR*, 2006, 357.

NAZZICONE L., *Principi consolidati sulla riduzione del capitale per perdite*, nota a *Trib. Napoli*, 25 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1028.

NICCOLINI G., *Commento all'art. 2485*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

NICCOLINI G., *Commento all'art. 2487-bis*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

NIGRO A., *“Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, 457.

NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012.

NIGRO A., *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, IV, 758.

OLIVIERI G. - PRESTI G. - VELLA F. (a cura di), *Il diritto delle società / Associazione Disiano Preite*, Bologna, 2012.

OLIVIERI G., *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 509.

OLIVIERI G. - PEZZOLI A., *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 115.

PAGNI I., *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Soc.*, 4, 2012, 449.

PALAZZOLO A., *Responsabilità degli amministratori per errata programmazione finanziaria e per la prosecuzione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento: criteri di quantificazione del danno risarcibile*, *Dir. fall.*, 2012, II, 585.

PASQUARIELLO C., *Art. 2485 (Obblighi degli amministratori)*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, III, Padova, 2005, 2170.

PANZANI L., *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in BONELLI F. (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 181.

PANZANI L., *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 86.

PATTI A., *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 81.

PAVONE LA ROSA A., *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 483.

PAYNE J., *Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006*, in ARMOUR J. - PAYNE J. (Eds.), *Rationality in Company Law, Essays in Honour of D.D. Prentice*, Oxford-Portland, 2009.

PELLE L., *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali*, in *Le Società* 12, 2011, 1461.

PENNINGTON R.R., *Corporate Insolvency Law*, London-Dublin-Edinburgh, 1991.

PENNINGTON R. R., *Director's personal liability*, Oxford, 1989.

PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso 'nuovi equilibri' giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2013, 965.

PINTO V., *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, Torino, 2006-2007, 893.

PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, 1167.

POMELLI A., *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 510.

PORTALE G. B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in COLOMBO G. E. - PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, I, 2, Torino, 2004.

PREITE D., *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni*

assembleari della società per azioni, Milano, 1992.

PRESTI G. – RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2011.

PRENTICE D.D., *Creditor's Interests and Director's Duties*, in *Oxford Journal Law Studies*, 1990, 265.

PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974.

RAGUSA MAGGIORE G., *Amministratori e sindaci solidalmente responsabili per le nuove operazioni nella fase dello scioglimento della società*, in *Dir. fall.*, 1991, 378.

RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1984.

RISCOSSA M. M., *Azione sociale di responsabilità e mezzi a disposizione del singolo azionista per agire contro gli amministratori (shareholders remedies) nel diritto inglese*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 441.

ROCCO DI TORREPADULA N., *Profili di responsabilità degli amministratori di società per azioni durante la crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 271.

ROGGI, O., *Rischio d'impresa, valore e insolvenza: aspetti teorici e processi di gestione del rischio*, Milano, 2008.

RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012.

RONDINONE N., *La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 1, 2005, 37.

RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Soc.*, 2014, 917.

RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 6, 2013, 669.

RORDORF R., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita di capitale*, in *Soc.*, 2009, 3, 277.

RORDORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I e II parte)*, in *Soc.*, 2008, 1193 e 1325.

RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, I, 538.

RORDORF R., *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Soc.*, 1993, 619.

ROSSI A., *Art. 2486 (Poteri degli amministratori)*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, III, Padova, 2005, 2181.

ROSSI G., *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in *Riv. soc.*, 2013, 749.

ROSSI G., STABILINI A., *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma di diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 1.

SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I., 304.

SACCHI R. (a cura di), *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders (Atti del Convegno di Milano del 9.10.2009 in ricordo di P.G. Jaeger)*, Milano, 2010.

SALAFIA V., *Il concreto esercizio dell'azione di responsabilità sociale*, in *Soc.*, 2008, 1061.

SALAFIA V., *Accertamento e contestazione della causa di scioglimento di società di capitali*, in *Soc.*, 2007, 1258.

SALAFIA V., *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Soc.*, 2006, 290.

SALAFIA V., *Profili di responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Soc.*, 2005, 1333.

SALAFIA V., *La competenza per le azioni di responsabilità di amministratori e sindaci dopo il d.lgs. n. 51 del 1998*, in *Soc.*, 1998, 633.

SAMBUCCI L., *Commento all'art. 2394*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

SANDULLI M., *Commento all'art. 2392*, in SANDULLI M. – SANTORO V. (a cura di), *La riforma della società: Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Torino, 2003.

SANTOSUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

SARALE M., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009.

SBISÀ G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. impr.*, 2003, I, 601.

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

SERAFINI S., *I doveri degli amministratori di società di capitali in presenza di una crisi economica*, in SARCINA A. – GARCÌA CRUCES J.A. (a cura di) *L'attività gestoria nelle società di capitali, Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Bari, 2010, 313.

SILVESTRINI S., *La responsabilità degli amministratori nella società per azioni*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, 209.

SILVESTRINI S., *La responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Soc.*, 2004, 681.

SMERDON R., *A practical guide to corporate governance*, London, 2007.

SPADA P., *Un numero che detta regole - ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, in *Riv. not.*, 2014, I, 437.

SPADA P., *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 233.

SPIOTTA M., *Un'altra pronuncia sulle azioni esperibili dal curatore fallimentare: nuove "aperture" ma anche inaspettate "chiusure"*, in *Fall.*, 2011, 595.

STANGHELLINI L., *Gli scritti di Bernardino Libonati in materia di crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 743.

STANGHELLINI L., *Directors' Duties and the Optimal Timing of Insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" Rule*, in BENAZZO P., CERA M. E PATRIARCA P. (diretto da), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011.

STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 605.

STRAMPELLI G., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli Ias/Ifrs*, Torino, 2009.

TERRANOVA G., *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, Torino, 2013.

TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, vol. XXV, Torino, 2012.

TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008.

THOMPSON D.C., *Note: A Critique of «Deepening Insolvency»*, *New Bankruptcy Tort Theory*, in *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, vol. 12, 2007, n. 2, 536.

TOMBARI U. (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014.

TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 638.

TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, I, 129.

TOMBARI U., *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 242.

VALCAVI G., *Sulle responsabilità degli amministratori di fatto verso la società e i soci*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 313.

VASSALLI F., *Commento all'art. 2392*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004.

VELLA F., *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 161.

VELLA J. - PRENTICE D., *Some Aspects of Capital Maintenance Law in the UK*, in *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, in H. DE

WULF- R. STEENNOT-M. TISON-C. VAN DER ELST (EDS.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation, Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, Cambridge, 2009.

VIETTI M. (diretto da), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli, Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, Torino, 2014, 525.

VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013.

VISENTINI G., *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006.

VISENTINI G., *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore, Principi civilistici nella riforma del diritto societario, Atti del convegno, Imperia, 26-27 settembre 2003*, Milano, 2005, 99.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005.

VISINTINI G., *La diligenza nell'amministrazione del patrimonio sociale: dalla tradizione alle nuove regole, Principi civilistici nella riforma del diritto societario, Atti del convegno, Imperia, 26-27 settembre 2003*, Milano, 2005.

ZAMPERETTI G. M., *La prova del danno da gestione non conservativa nella società disciolta per perdita del capitale*, nota a Cass., 23.6.2008, n. 17033, in *Fall.*, 2009, 5, 565.

ZAMPERETTI G. M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance di s.p.a.*, Milano, 2005.

ZANICHELLI V., *L'amministrazione straordinaria*, in FAUCEGLIA G. – PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009, 2010.