

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E DEI MERCATI

XXIX CICLO

TESI DI DOTTORATO

*La responsabilità degli amministratori, dei
sindaci e dei revisori nelle società per azioni
non quotate*

Coordinatore:
Ch.mo Prof.
Enrico Quadri

Tutor:
Ch.ma Prof.ssa
Marilena Rispoli Farina

Dottoranda:
Dott.ssa Valeria Coppola

INDICE

<u>INTRODUZIONE</u>	Pag. 1
---------------------	--------

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ'

1. Il parametro della diligenza quale obbligo generale degli amministratori.	Pag. 5
1.1 L'obbligo di perseguire l'interesse della società e di non agire in conflitto.	Pag. 10
1.2 La natura della prestazione alla luce della superata distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato.	Pag. 13
1.3 Gli obblighi specifici posti a carico degli amministratori: cenni.	Pag. 17
1.4 La natura della responsabilità.	Pag. 26
1.5 La condotta, il danno ed il nesso causale.	Pag. 30
1.6 La responsabilità dell'amministratore di fatto.	Pag. 32
1.7 Scelte di gestione e discrezionalità degli amministratori: la c.d. Business Judgement Rule (BJR).	Pag. 35
1.7.1 Assetti mancanti o inadeguati: la responsabilità degli amministratori e la Business Judgement Rule.	Pag. 40
1.8 Responsabilità solidale degli amministratori.	Pag. 44
1.8.1 Esonero della responsabilità.	Pag. 48
1.9 La responsabilità nei gruppi di società.	Pag. 51
2. L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.	Pag. 54
2.1 La deliberazione di autorizzazione ex art. 2393 c.c..	Pag. 56

2.2	La promozione dell'azione da parte del collegio sindacale.	Pag. 61
2.3	La revoca automatica degli amministratori.	Pag. 63
2.4	Rinuncia e transazione.	Pag. 67
2.5	Il regime della prescrizione.	Pag. 72
2.6	L'azione sociale esercitata dai soci.	Pag. 74
2.7	Alcuni aspetti processuali rilevanti.	Pag. 76
3.	L'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali: il presupposto dell'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.	Pag. 80
3.1	Natura della responsabilità e natura dell'azione.	Pag. 83
3.2	Rinuncia e transazione.	Pag. 87
3.3	Prescrizione dell'azione.	Pag. 88

CAPITOLO 2

LA RESPONSABILITÀ DEI SINDACI

1.	I sindaci: requisiti professionali, esame delle funzioni e dei poteri.	Pag. 91
2.	L'obbligo di adempiere ai propri doveri con la diligenza e la professionalità richieste dall'incarico.	Pag. 96
3.	La responsabilità civile dei sindaci: la differenza tra responsabilità esclusiva e responsabilità concorrente dei sindaci.	Pag. 101
4.	La responsabilità per omessa vigilanza: la <i>culpa in vigilando</i> dei sindaci.	Pag. 106
4.1	La responsabilità concorrente con quella degli amministratori.	Pag. 108
4.2	La responsabilità del Collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle "norme di comportamento"	

del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti.	Pag. 111
5. L'inadempimento dei sindaci: omesso controllo ed omessa attivazione.	Pag. 115
5.1 La prova del nesso causale e la quantificazione del danno risarcibile.	Pag. 118
6. L'azione di responsabilità contro gli amministratori e contro i sindaci: analogie e differenze.	Pag. 124
6.1 Responsabilità contrattuale verso la società.	Pag. 126
6.2 L'azione sociale esercitata dai singoli soci.	Pag. 128
6.3 Responsabilità extracontrattuale verso i creditori sociali, i singoli soci ed i terzi.	Pag. 129
7. La responsabilità solidale.	Pag. 132

CAPITOLO 3

LA RESPONSABILITÀ DEI SOGGETTI INVARICATI DELLA REVISIONE CONTABILE.

1. L'attività di revisione ed il nuovo quadro normativo.	Pag. 136
1.1 <i>Reputation, regulation e litigation</i> nella revisione legale.	Pag. 144
2. La responsabilità del revisore legale: art. 15 d.lgs. n. 39 del 2010.	Pag. 152
2.1 La natura della responsabilità.	Pag. 156
3. La solidarietà nella responsabilità fra revisori ed amministratori.	Pag. 158
4. La responsabilità dei revisori nei confronti della società.	Pag. 163
4.1 Il nesso causale ed il danno risarcibile nell'ipotesi di responsabilità verso la società.	Pag. 165
5. La responsabilità dei revisori nei confronti dei soci e dei terzi.	Pag. 168

5.1 Il nesso causale ed il danno risarcibile nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale verso i soci ed i terzi.	Pag. 174
6. Posizione dei responsabili della revisione e dei dipendenti.	Pag. 178
7. La prescrizione.	Pag. 183

CAPITOLO 4

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI, DEI SINDACI E DEI REVISORI NEL FALLIMENTO.

1. Premessa.	Pag. 187
2. La natura dell'azione: azione diretta ed autonoma; il carattere unitario ed inscindibile.	Pag. 194
3. La legittimazione passiva.	Pag. 204
4. Il regime della di prescrizione dell'azione.	Pag. 208
5. Il nesso causale ed il danno risarcibile alla luce delle Sezioni Unite del 2015: il criterio di liquidazione del danno costituito dal c.d. deficit fallimentare.	Pag. 210
5.1 Ipotesi analizzate dalla recentissima giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite: la mancata tenuta delle scritture contabili ed il pagamento preferenziale dei crediti.	Pag. 214

<u>CONCLUSIONI</u>	Pag. 218
--------------------	----------

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	Pag. 221
---------------------	----------

INTRODUZIONE

Il tema della responsabilità degli organi di amministrazione, revisione e controllo nelle società per azioni ha impegnato, in particolare negli ultimi anni ed a fronte della crisi economico-finanziaria che ha colpito i mercati, dottrina e giurisprudenza su argomenti che involgono non solo l'ambito societario, ma, *a fortiori*, aspetti civilistici di non breve momento.

Ed invero i recenti approdi in punto di responsabilità civile, sia essa contrattuale, sia extracontrattuale, l'ormai superato *discrimen* tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, nonché la nozione di diligenza, rappresentano punti di partenza indefettibili per giungere ad una ricostruzione del sistema della responsabilità anche in ambito societario. Solo partendo dalla disciplina civilistica della responsabilità è dunque possibile ricostruire in maniera organica l'intero sistema delle responsabilità nell'ambito delle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cercando così di convogliare i più recenti percorsi dottrinari e giurisprudenziali, tanto delle Corti di merito quanto della Corte di legittimità.

Partendo, *naturaliter*, dagli obblighi posti dal Legislatore in capo a ciascuna di tali figure, si analizza la natura giuridica delle responsabilità a questi ascrivibili a fronte della violazione di tali obblighi ed il relativo regime, nonché la natura e la disciplina dell'azione esperibile dai soggetti danneggiati, siano essi soci, creditori sociali o terzi.

Si è quindi dato spazio alla tematica relativa all'accertamento del danno ed alla sua quantificazione, soffermandosi poi sull'analisi di questioni più strettamente processuali.

Esaminato il sistema delle azioni di responsabilità nell'ambito delle società per azioni *in bonis*, si è poi passati all'indagine, *rectius* alla disamina, delle azioni di responsabilità ex artt. 2393 e 2394 c.c. in ambito fallimentare, soffermandosi soprattutto sulle caratteristiche peculiari che l'azione di responsabilità assume al cospetto di una procedura concorsuale.

Particolare risalto è stato dato, nello sviluppo della tematica, alla più recente giurisprudenza di legittimità ma soprattutto di merito, offrendo ampio spazio alle pronunce rese dalle Sezioni Specializzate in materia d'impresa.

Lo scopo della ricerca è stato quindi quello di ripercorrere il sistema delle responsabilità per poi indagare se queste siano ascrivibili a soggetti ulteriori e diversi rispetto ad amministratori, sindaci e revisori, se dunque altre responsabilità siano ipotizzabili.

Le responsabilità qualificate, ovvero quelle che come parametro ai fini della valutazione del comportamento serbato richiedono non la mera diligenza del *bonus pater familias* bensì la diligenza di cui all'art. 1176, secondo comma, c.c., negli ultimi anni hanno subito un processo di riduzione della loro portata, essendo ascrivibili a condotte connotate dall'elemento psicologico del dolo o della colpa grave (si pensi, ad esempio, alla responsabilità in campo medico di cui alla "Legge Balduzzi").

La responsabilità in ambito societario, invece, non ha subito tale riduzione del campo di operatività, ponendosi dunque in posizione distonica rispetto ai nuovi approdi legislativi e giurisprudenziali registratisi in campo di responsabilità professionali: gli amministratori, i sindaci, i revisori rispondono per i danni cagionati alla società, ai soci ed ai terzi a prescindere dal grado della colpa.

Tanto trova giustificazione nel superiore interesse protetto dal Legislatore in materia societaria: la tutela dell'attività d'impresa e del

mercato, il buon funzionamento di questi e quindi la tutela dei soci investitori e creditori.

Ma amministratori, sindaci e revisori sono davvero gli unici soggetti a cui i danni al patrimonio sociale possono essere imputati oppure è possibile ampliare il novero di coloro che di tali danni rispondono, ferma la necessità dell'accertamento del nesso causale tra condotta e danno, soprattutto alla luce delle disposizioni recate dal D.lgs. n. 39 del 2010 in tema di società di revisione, *rectius* di attività che queste possono svolgere?

Punto di partenza per provare a fornire risposta al quesito è l'eliminazione operata dal D. L.gs. n. 39 del 2010, della possibilità per le società di revisione di svolgere attività di consulenza in favore delle società sottoposte al loro stesso controllo.

Si pensi alle operazioni volte ad occultare ovvero sottrarre il patrimonio sociale, ovvero ancora ad evitare il pagamento di imposte e tasse, realizzate soprattutto nei momenti immediatamente precedenti alla fase di decozione e che ormai troppo spesso vengono ideate ed organizzate da consulenti esterni che fungono da supporto agli organi della *governance*.

È possibile estendere, sulla scorta dei principi generali ed a tutela del patrimonio sociale, una qualche forma di responsabilità anche in capo a tali operatori, sempre più presenti nella vita societaria?

A tali interrogativi cerca di dare risposta, alla luce del quadro generale offerto dal sistema delle responsabilità nelle società per azioni, il presente lavoro.

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ

1. Il parametro della diligenza quale obbligo generale degli amministratori. 1.1 L'obbligo di perseguire l'interesse della società e di non agire in conflitto. 1.2 La natura della prestazione alla luce della superata distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato. 1.3 Gli obblighi specifici posti a carico degli amministratori: cenni. 1.4 La natura della responsabilità. 1.5 La condotta, il danno ed il nesso causale. 1.6 La responsabilità dell'amministratore di fatto 1.7 Scelte di gestione e discrezionalità degli amministratori: la c.d. Business Judgment Rule (BJR). 1.7.1 Assetti mancanti o inadeguati: la responsabilità degli amministratori e la Business Judgment Rule. 1.8 Responsabilità solidale degli amministratori. 1.8.1 Esonero della responsabilità. 1.9 La responsabilità nei gruppi di società. 2. L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità. 2.1 La deliberazione di autorizzazione ex art. 2393 c.c.. 2.2 La promozione dell'azione da parte del collegio sindacale. 2.3 La revoca automatica degli amministratori. 2.4 Rinuncia e transazione. 2.5 Il regime della prescrizione. 2.6 L'azione sociale esercitata dai soci. 2.7. Aspetti processuali rilevanti. 3. L'azione di responsabilità dei creditori sociali: il presupposto dell'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. 3.1. Natura della responsabilità e natura dell'azione. 3.2. Rinuncia e transazione. 3.3. Prescrizione dell'azione.

1. Il parametro della diligenza quale obbligo generale degli amministratori.

È doveroso precisare preliminarmente che gli obblighi generali gravanti sugli amministratori individuano solo un parametro cui l'azione dell'amministratore deve conformarsi e non la specifica condotta che lo stesso deve tenere; la definizione di come l'amministratore debba agire per svolgere diligentemente il suo incarico, quindi, può essere ricavata solo con riferimento alle singole situazioni concrete¹ ed oggetto dell'accertamento svolto da giudice.

Innanzitutto, obbligo preliminare rispetto a quello di agire con diligenza, è quello di porre in essere attività che siano riconducibili a quelle contemplate dall'oggetto sociale descritto nell'atto costitutivo², il cui interesse ad esso sotteso è quello di evitare che la società venga utilizzata in modo distorto, con la finalità, quindi, di soddisfare in modo più completo l'interesse alla corretta gestione sociale³.

Il generale obbligo di diligenza degli amministratori, invece, è sancito dall'art. 2392 c.c. che, in particolare, al comma 1, stabilisce che gli amministratori devono adempiere ai loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

In relazione alla norma in esame, è opportuno sottolineare che il testo anteriore alla riforma del 2003 faceva riferimento alla diligenza del mandatario prevista dall'art. 1710 c.c. ai sensi del quale *"il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia"* e cioè

¹ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 181.

² C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2003, p. 364.

³ E. BERTACCHINI, *Oggetto sociale, atti estranei e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 1996, p. 1376.

quella richiesta ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 1, per l'adempimento di qualunque obbligazione di mezzi.

La dottrina⁴ aveva sottolineato, d'altra parte, che la diligenza avrebbe dovuto valutarsi secondo la natura dell'incarico, ex art. 1176, comma 2, c.c., alla luce del quale, infatti, *“nell'inadempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*.

L'applicazione di tale norma comportava, quindi, l'effetto di rendere più rigoroso il giudizio circa la diligenza dell'amministratore poiché il riferimento non era alla diligenza propria dell'uomo medio ma a quella propria di un'attività particolarmente complessa che richiedeva, pertanto, un livello di attenzione maggiore.

Il richiamo alla norma di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. era, peraltro, fondamentale, come sottolineato da autorevole dottrina⁵, per garantire all'interpretazione del termine “diligenza” una costante attualizzazione, parallela all'evolversi delle dinamiche economiche-gestionali dell'impresa.

Passando, invece, all'analisi dell'attuale formulazione dell'art. 2392 c.c., è possibile osservare innanzitutto che, nel prevedere che *“gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”*, esso, proprio con riferimento alla natura dell'incarico, individua un livello minimo di diligenza richiesto a tutti gli amministratori.

⁴ Per tutti, F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 159 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in *Riv. Dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955, p.76 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori (Artt.1374 – 1381)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 184.

⁵ G.E. COLOMBO- G.B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, p. 352.

La dottrina non ha mancato di sottolineare, del resto, che si tratta di una disposizione che mantiene sempre vivo il richiamo all'art. 1176, comma 2, c.c.⁶.

Il riferimento che la norma in esame fa, invece, alle specifiche competenze, permette di differenziare l'obbligo di diligenza incombente su ogni amministratore in relazione alle competenze rivestite da ciascuno all'interno della società e in base alle quali è avvenuta la loro nomina.

Se, ad esempio, una società ha subito un danno conseguente ad una violazione in materia fiscale, ai fini della ripartizione della responsabilità in sede di regresso, risponderà maggiormente l'amministratore dotato di specifiche competenze in tale ambito⁷.

La differenziazione dell'obbligo di diligenza, introdotto dalla riforma del 2003, inoltre, è espressione della *ratio* complessiva che ha animato la riforma stessa, consistente nella consapevolezza che nelle società, soprattutto se di grandi dimensioni, non è possibile porre sullo stesso piano tutti gli amministratori.

L'interpretazione maggioritaria⁸, infine, esclude che nell'obbligo di diligenza sia ricompreso anche un obbligo di "perizia", nel senso che agli amministratori è richiesto di gestire diligentemente ma non di essere periti e cioè esperti nelle varie attività d'impresa, come, ad esempio, quella contabile, quella finanziaria o relativa alla redazione dei bilanci.

⁶ C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 370.

⁷ A. DE NICOLA, *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, p. 555.

⁸ A. DE NICOLA, *op. cit.*, pag. 557, A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, p.8; M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 97 ss.; F. VASSALLI, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni. L'art. 2392 novellato e valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 31; G. MERUZZI, *L'informativa endosocietaria nelle società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2010, p.764 ss..

Di conseguenza, l'imperizia di un amministratore, che abbia poi determinato un danno alla società, non potrà essere posta alla base di un giudizio di responsabilità nei suoi confronti.

In definitiva, il richiamo alla diligenza non pone soltanto un criterio di comportamento nell'esecuzione degli obblighi che la legge e l'atto costitutivo impongono agli amministratori – per i quali la diligenza funge da criterio per valutare la conformità del comportamento dell'amministratore alla prestazione dovuta e prestabilita –, ma detta un principio molto più ampio, richiedendo che l'amministratore operi ed eserciti, con diligenza, il dovere di intervento di cui al secondo comma dell'art. 2392 c.c. o di dissenso di cui alla seconda parte del primo comma dell'art. 2476 c.c.

La diligenza, quindi, non è solo un semplice criterio di valutazione dell'esatto adempimento, ma rappresenta piuttosto una categoria che concorre a stabilire il contenuto del dovere di buona gestione della società; diventa, cioè, un fattore di integrazione della condotta dovuta dagli amministratori in quanto, attraverso la categoria della diligenza, vanno ricostruiti i criteri di buona gestione ai quali il comportamento degli amministratori deve conformarsi⁹.

La condotta degli amministratori dovrà uniformarsi al parametro della diligenza, sia nel caso di società *in bonis*, sia nell'ipotesi in cui la società si trovi in stato di crisi o di insolvenza, con la differenza che il giudizio di razionalità andrà riferito in tutti questi casi, anziché ad uno *standard* di diligenza parametrato al massimo profitto, alla diligenza richiesta nell'assolvimento dei nuovi doveri che emergono in presenza della crisi,

⁹ M. DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 211.

finalizzati, in linea di massima, a conservare l'integrità del valore del patrimonio sociale e al superamento dello stato di crisi¹⁰.

In una situazione del genere, in primo luogo, diventa di vitale importanza l'immediata e tempestiva percezione dei segnali di crisi, in modo da consentire agli amministratori di prendere le decisioni più adeguate che i sistemi societario e fallimentare offrono. Alla mancanza di segnali di allerta che esteriorizzano la crisi fin dall'origine, si contrappone una maggiore responsabilizzazione degli organi sociali che si concretizza in quei controlli interni che presuppongono un adeguato assetto organizzativo, contabile e amministrativo, finalizzato ad una gestione informata che serve anche a mettere in condizione gli amministratori di percepire i sintomi della crisi.

La mancata o tardiva percezione della crisi può, quindi, configurare una responsabilità degli amministratori per violazione non solo del generale obbligo di diligenza, ma di una serie di specifici doveri finalizzati proprio alla tempestiva percezione dell'andamento societario; quella, ad esempio, di agire in modo informato ex art. 2381 c.c., che implica valutazioni su basi continuative delle voci di bilancio. Fondamentale è il richiamo al criterio del *business judgement rule* perché proprio nella fase in cui si colgono i primi sintomi della crisi, è probabile che si pongano in essere operazioni di carattere straordinario che possono risolversi in un pregiudizio per i creditori. È chiaro che l'apprezzamento dell'eventuale pregiudizio conseguente a queste operazioni non può essere fondato sulla sola valutazione statica della

¹⁰ Ciò perché- spiega A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p.130 non è corretto ritenere che lo scopo della *business judgment rule* sia quello di incoraggiare la propensione al rischio unicamente in situazioni positive di bilancio e, dall'altro che il principio per cui non è opportuno che un tribunale sindachi la decisione razionale di un amministratore onesto e informato che si sia rivelata sbagliata va applicato ad ogni fase dell'attività di impresa condotta in forma societaria. Cfr. A. ZANARDO, *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di s.p.a.: considerazioni generali e "declinazioni applicative"*, in MERUZZI – TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Tratto di commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, LXI, Padova, 2011, p. 239; M. SANDULLI, *Sub. art. 2392 c.c.*, in M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, p.473.

riduzione del valore del patrimonio societario perché sono scelte risalenti ad una logica economico – imprenditoriale e, proprio perché collegabili ad una strategia aziendale, la valutazione giudiziaria non può essere rapportata ai risultati raggiunti, ma alla discrezionalità manageriale; di tal che, se l'operazione di riorganizzazione è stata attuata secondo le regole, sostanziali e processuali, dettate dalle rispettive norme, l'eventuale diminuzione patrimoniale non implica responsabilità degli amministratori ove questi abbiano agito secondo il metro della normale professionalità che grava su chi è preposto ad un tal genere di impresa, riassumibile nel principio della *business judgement rule*¹¹ (sul punto cfr. *infra*).

1.1. L'obbligo di perseguire l'interesse sociale e di non agire in conflitto di interessi.

L'obbligo di perseguire l'interesse sociale non trova espressa codificazione nell'ordinamento, tuttavia la maggioranza della dottrina lo considera un obbligo incombente sugli amministratori, pur evidenziandone la difficoltà di individuarne la concreta portata¹².

Autorevole dottrina¹³, infatti, proprio sottolineando la difficoltà di enucleare un contenuto preciso, ha escluso, ad esempio, che esso possa essere ricondotto alla massimizzazione del profitto per un duplice ordine di ragioni: l'individuazione stessa della massimizzazione del profitto, in primo luogo, non può essere univoca, variando, infatti, a seconda che gli effetti di un'operazione siano giudicati nel breve, medio o lungo periodo.

¹¹ In dottrina, oltre a quanto citato *infra*, G. DONGIACOMO, *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, a cura di C. Amatucci, Milano, 2014, p. 29 ss..

¹² P. PIRUCCIO, *Violato l'obbligo di diligenza nella gestione (nota a Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783)*, in *Giuda al diritto*, 2015, p. 53.

¹³ F. BONELLI, *op. cit.*, p. 182.

In secondo luogo, oggi le società perseguono una molteplicità di interessi che non possono comunque essere ridotti unicamente alla massimizzazione del profitto; si pensi ad esempio alle società partecipate dallo Stato che perseguono anche interessi pubblici o diffusi.

Il concetto di interesse sociale è evidentemente molto vago perché “le società sono un crocevia di interessi diversi, variamente tra loro calibrati e in modo diverso considerati dalle norme disciplinanti la materia¹⁴”. Comunque, pur nella difficoltà di definire la nozione di interesse sociale, ben lungi da risultati definitivi o quantomeno relativamente sicuri, si può dire, almeno come criterio di massima, che l’attività dell’amministratore deve essere orientata alla particolare aspettativa della società e dei soci di conseguire l’oggetto sociale, ossia l’aspettativa della società di conseguire un risultato economicamente positivo, inteso non nel suo significato economico – aziendale ma nel significato strettamente giuridico, che comprende la massimizzazione dei profitti attraverso azioni non illegali.

Se l’obbligo di perseguire l’interesse sociale non trova espressamente enunciazione nelle norme del codice civile, il legislatore, al contrario, con la disposizione di cui all’art. 2391 c.c., disciplinando il conflitto di interessi, parla espressamente di quelli propri degli amministratori.

La *ratio* della norma richiamata è quella di tutelare, indirettamente, l’interesse della società, il quale prevale su qualsiasi interesse particolare degli amministratori. La disposizione in esame impone un obbligo “generico” in capo all’amministratore, la cui violazione può configurare un’ipotesi di responsabilità, secondo i criteri generali, qualora dalla stessa sia derivato un danno alla società.

¹⁴ R. RODORF, *Il risarcimento del danno nell’azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Società*, 1993, p. 617.

L'art. 2391 c.c. sancisce, in particolare, che l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al Collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società; la stessa norma rimarca l'obbligo di precisare la natura, i termini, l'origine e la portata di tale interesse, e specifica altresì ulteriori obblighi nei confronti dell'amministratore delegato o dell'amministratore unico¹⁵.

È opportuno sottolineare che, mentre la medesima disposizione, prima della riforma del 2003, sanciva tale obbligo di comunicazione solo nel caso in cui l'interesse dell'amministratore fosse in conflitto con quello della società, la nuova formulazione, invece, lo estende a tutti i casi in cui l'amministratore abbia un interesse¹⁶. In tal modo, quindi, l'amministratore non deve più assurgere al difficile compito di stabilire se un interesse possa essere in conflitto o meno con quello della società, ma saranno gli organi sociali a valutarne la possibile conflittualità.

La dottrina ha altresì sottolineato che l'attuale esplicito riferimento operato dalla norma a "ogni interesse" permette di estendere la portata di tale disposizione anche ad interessi non patrimoniali, superando un orientamento che per lungo tempo aveva sostenuto la tesi opposta¹⁷.

Il comma 3 dell'art. 2391 delinea le conseguenze dell'inadempimento da parte dell'amministratore dell'obbligo di comunicazione del proprio interesse; in particolare, è possibile impugnare la

¹⁵ L. NAZZICONE, *Commento all'art. 2391 c.c.*, in L. NAZZICONE E S. PROVIDENTI, *Società per azioni, Amministrazioni e controlli*, Milano, 2003, p. 149; D. CANDELLERO, *Commento all'art. 2391 c.c.*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 750, G. GUIZZI, *Commento all'art. 2391 c.c.*, in AA. VV. (a cura di G. NICCOLINI E A. STAGNO D'ALCONTRES), *Società di capitali*, II, Napoli, 2004, p.655..

¹⁶ Già la rubrica della norma in esame, nella versione ante riforma, era rubricata "Conflitti di interessi", e il comma 1 recitava "L'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa".

¹⁷ G. ZAMPARETTI, *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e disciplina*, in *Società*, 2005.

delibera adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato e che possa arrecare un danno alla società. Inoltre l'amministratore stesso risponderà dei danni derivati dalla sua azione od omissione.

Risulta infine di particolare interesse l'ultimo comma dell'art. 2391 c.c. che, sancendo che *"l'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico"*, configura un ulteriore obbligo in capo all'amministratore e, di conseguenza, un'ulteriore possibile ipotesi di responsabilità.

Si tratta di un obbligo volto ad impedire all'amministratore l'utilizzo di notizie o opportunità di affari nell'interesse proprio o di terzi e non in quello della società. Circa la fattispecie appena descritta ed introdotta con la riforma del 2003, alcuni autori¹⁸ ritengono che essa poteva essere desunta anche prima dal generale obbligo posto dall'art. 2392 c.c.; altri¹⁹, invece, ne hanno affermato l'assoluta novità, in quanto la norma stabilisce un nuovo obbligo a contenuto specifico.

1.2 La natura della prestazione alla luce della superata distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Per individuare l'ambito della responsabilità civile degli amministratori, ma analoghe considerazioni sono a farsi anche per i membri

¹⁸ L. NAZZICONE- N. PROVIDENTI, *Amministrazione e controllo nella s.p.a.*, Milano, 2010, L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p.212, L. SOLIMENA, *Il conflitto d'interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano, 1999, p.148.; G. MINERVINI, *Il conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, in *Arch. Giur.*, 1946, p.134.

¹⁹ M. VENTORUZZO, *Articolo 2391. Interessi degli amministratori*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori artt. 2380-2396 c.c.*, in P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI- F. CHEZZI- M. NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005; N. ABRIANI, *Conflitto d'interessi e rappresentanza nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, p.416.

del collegio sindacale, occorre preliminarmente chiarire la natura della prestazione dovuta da questi ultimi ed oggetto del rapporto che lega l'amministratore alla società.

Come visto, nell'adempimento concreto del proprio ufficio gli amministratori (ed i sindaci) devono uniformarsi al parametro unitario della professionalità e della diligenza; devono cioè dimostrare di aver impiegato le nozioni e le applicazioni necessarie al corretto esercizio dell'incarico.

Ne consegue che l'obbligazione è un'obbligazione di mezzi e non di risultati: essa si sostanzia in una prestazione d'opera professionale dalla quale scaturisce esclusivamente l'obbligo di apprestare i mezzi idonei al raggiungimento del risultato richiesto, non anche l'obbligo di realizzare tale risultato²⁰.

In passato, prima dell'intervento della pronuncia a Sezioni Unite resa dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 13533/2001, in tema di prova del danno, si riteneva che la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni

²⁰ Così riassume la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» ed obbligazioni «di risultato» L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (Studio critico), in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, p.190-191: «Nelle c.d. obbligazioni di risultato, il risultato dovuto consiste in una realizzazione finale in cui si risolve, con piena soddisfazione, il fine economico del creditore, l'interesse che ha determinato il sorgere del vincolo; invece oggetto delle c.d. obbligazioni di mezzi è soltanto un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza o utilità in ordine a quel fine, la cui realizzazione non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio»; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 227-228; P. RESCIGNO, *Obbligazioni* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 190-192; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. II. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ.*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano 1984, p. 47 s., in part. 53; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Milano, 1988, 109-111; p. 456 ss.; ID., *Obbligazione I) Teoria generale*, *Enc. giur. Treccani*, XXI (Roma 1990), p. 21; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, *Studi in onore di Pietro Rescigno. V. Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, p.117 s.; ID., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 560 s.; 785 s.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1174, Bologna-Roma, 1979, p. 33; ID., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 73-75; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano 1991, p. 137 ss., 488-491; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*², *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 117-118; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa e dir. Priv.*, 2000, p. 518 ss.

di risultato si riflettesse sul riparto dell'onere della prova in caso di inadempimento.

Più precisamente, si sosteneva che nell'ambito delle obbligazioni di mezzi il creditore dovesse dimostrare che la prestazione non era stata conforme alla diligenza richiesta, mentre nelle obbligazioni di risultato, una volta dimostrato il titolo della pretesa contrattuale, sarebbe stato onere del debitore provare che il risultato era stato raggiunto ovvero non raggiunto per causa a sé non imputabile ex art. 1218 c.c..

Tale netta contrapposizione è stata poi sottoposta a critiche sulla scorta di due rilievi: da un lato, le obbligazioni di mezzi non sempre sono scevre dall'attesa del risultato; dall'altro, nelle obbligazioni di mezzi non sempre risultano indifferenti le modalità di esecuzione della prestazione.

Si è dunque precisato che, mentre nelle obbligazioni di risultato la diligenza opera soprattutto quale parametro di valutazione dell'esattezza della prestazione, nelle obbligazioni di mezzi essa opera anche nel senso di determinare il contenuto della prestazione.

La distinzione tra le due tipologie di obbligazioni è stata ulteriormente scalfita dalla richiamata pronuncia del 2001, che ha ricondotto ad unità le regole probatorie applicabili alle vicende obbligatorie contrattuali: il creditore, in tal caso la società, anche in caso di obbligazione di mezzi, dovrà limitarsi a provare il titolo del proprio credito e ad allegare l'inadempimento del debitore, gravando sempre e comunque su quest'ultimo la prova dell'esattezza della prestazione.

Tali principi trovano applicazione anche nell'ambito delle obbligazioni professionali, nel cui novero, come visto, rientra quella degli amministratori e dei sindaci.

Sempre le Sezioni Unite hanno poi chiarito che la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato non ha alcuna incidenza sul regime di

responsabilità, ove sia richiesto al professionista di attenersi a parametri molto rigidi di professionalità, in quanto lo standard di diligenza del professionista è cresciuto sensibilmente²¹; aggiungendo in seguito che la distinzione tra "obbligazione di mezzi" e "obbligazione di risultato", infatti, costituisce il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralatiziamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento²².

Con la sentenza n. 577/2008, le Sezioni Unite hanno poi ribadito che in tema di responsabilità professionale ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto ed allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante²³.

Oggi, dunque, la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato non ha alcuna incidenza sul regime di responsabilità del professionista poiché la responsabilità per inadempimento è disciplinata in modo unitario dall'articolo 1218 c.c.

Dunque, il professionista risponde in base ai medesimi criteri vevoli per le altre obbligazioni.

²¹ Cass. Civ., Sez. Un., n.15781/2005.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, 2006, in *Europa e dir. priv.* p. 797 ss..

²² Cass. Civ., 13 aprile 2007, n. 8826.

²³ Cass. Civ., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824 ss. con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*; Cass. Sez.Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica e ivi*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; Cass. Civ., 28 febbraio, 2014 n. 4876, in *Contratti*, 2014.

Il creditore dovrà pertanto solo allegare l'inesatto adempimento, mentre il professionista avrà l'onere di dimostrare il fatto estintivo o l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

In definitiva, le obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale sono obbligazioni di mezzi e non risultato in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato ma non a conseguirlo.

La mancata realizzazione dello scopo non configura un inadempimento se non dipende dall'erroneità o inadeguatezza della soluzione dei problemi tecnici demandati al professionista, distinguendosi tra risultato inteso quale scopo finale in vista del quale la prestazione è stata richiesta e risultato inteso invece come opera intellettuale che il professionista è tenuto per contratto a produrre in funzione del fine perseguito dal committente²⁴.

1.3 Gli obblighi specifici posti a carico degli amministratori: cenni.

Si è fin qui avuto modo di conoscere e comprendere gli obblighi aventi carattere generale gravanti sugli amministratori di società. In particolare, l'analisi finora condotta ha avuto ad oggetto il comma 1 dell'art. 2392 c.c. il quale sancisce che gli amministratori debbano adempiere ai doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze; vale a dire con la normale diligenza professionale di un amministratore di società dato il carattere stabile e continuativo della relativa attività, come già si tendeva a riconoscere in base alla previgente normativa che invece faceva riferimento alla diligenza del mandatario.

²⁴ Cfr. da ultimo, Trib. Ivrea, 12 gennaio 2016; Trib. Roma, 7 gennaio 2015.

Accanto agli obblighi generali imposti dal citato articolo, il codice civile ha previsto, con una serie di norme *ad hoc*, molteplici obblighi specifici gravanti sugli amministratori e costituenti, in caso di inadempimento, fonte di responsabilità verso la società, soci e creditori.

Tra gli obblighi specifici degli amministratori vi sono, innanzitutto, quelli previsti dagli artt. 2446 e 2447 c.c. che impongono di convocare l'assemblea in caso di perdite superiori al terzo del capitale; segue l'art. 2485 c.c. che disciplina l'ipotesi di violazione dell'obbligo di accertare una delle cause di scioglimento; ed infine l'art. 2423 che sancisce in capo agli amministratori l'ulteriore obbligo specifico di redigere il bilancio in modo chiaro e veritiero.

Tra gli obblighi specifici degli amministratori vi sono, innanzitutto, quelli previsti dagli artt. 2446 e 2447 c.c. che impongono, rispettivamente, la convocazione dell'assemblea nel caso di perdite che riducano il capitale sociale di oltre un terzo e nel caso di riduzione dello stesso al di sotto del minimo legale. Si tratta di un'obbligazione di risultato, non delegabile, la cui violazione comporta la responsabilità solidare dell'organo gestorio.

In dottrina è stato sottolineato come la mera violazione di tali obblighi, sebbene costituisca un inadempimento contrattuale degli amministratori, difficilmente sia idonea a configurare in concreto un'ipotesi di responsabilità²⁵.

In primo luogo, infatti, è necessario dimostrare la colpa degli amministratori, la quale, nel caso di specie, coincide con la violazione degli obblighi in esame per imprudenza, negligenza o imperizia e sussiste da quando essi hanno conosciuto la diminuzione di oltre un terzo capitale sociale o avrebbero potuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza.

²⁵ G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 329 ss.

Infatti il momento a partire dal quale sorge in capo all'amministratore l'obbligo di convocare l'assemblea senza indugio è stato individuato in quello in cui l'amministratore è in grado di conoscere le risultanze del bilancio e quindi non soltanto annualmente, ma anche ad esempio semestralmente se nella prassi della società amministrata vige l'uso di presentare un resoconto periodico.

In secondo luogo risulta difficile provare l'esistenza del nesso causale tra la mancata convocazione dell'assemblea ed il danno; infatti è evidentemente problematico individuare una netta demarcazione tra i danni conseguenti alla mancata convocazione dell'assemblea rispetto a quelli che si sarebbero comunque verificati.

Il danno risarcibile, infatti, non è costituito dalla condotta inadempiente in sé, bensì dall'aggravamento della perdita di capitale che deriva dalla prosecuzione dell'attività gestoria²⁶.

Tuttavia, a fini della dimostrazione del nesso causale, va ricordato che la legge prevede un esplicito divieto di prosecuzione dell'attività d'impresa qualora le perdite abbiano ridotto il capitale al di sotto del minimo legale.

Nel caso disciplinato dall'art. 2447 c.c., in cui la perdita oltre il terzo abbia comportato la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, il legislatore impone agli amministratori ulteriori obblighi specifici dalla cui violazione è possibile formulare nei loro confronti un ulteriore giudizio di responsabilità verso la società.

L'amministratore, innanzitutto, poiché la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale costituisce una causa di scioglimento della società, ex art. 2484, n. 4), c.c., deve accertarla senza indugio secondo quanto dispone l'art. 2485 c.c. e procedere agli adempimenti di cui all'art.

²⁶ C. MARCHETTI, *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.

2484, comma 3, c.c. consistenti, in particolare, nell'obbligo di iscrivere presso il Registro delle imprese la causa di scioglimento.

L'art. 2485 c.c., infatti, esplicitamente dispone che il ritardo o l'omissione di tale iscrizione comporta la responsabilità personale e solidale degli amministratori per i danni subiti dalla società, nonché dai soci, dai creditori sociali e dai terzi.

L'art. 2486 prevede un ulteriore obbligo in capo agli amministratori; al verificarsi di una delle cause di scioglimento della società, quest'ultimi conserveranno il potere di gestire la società ma ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Potrà pertanto configurarsi un'ipotesi di responsabilità laddove gli amministratori pongano in essere operazioni esorbitanti da tale finalità "conservativa" e dalle quali poi derivi un danno alla società stessa.

La disposizione sembra rivalutare il ruolo dell'organo amministrativo cui nella precedente disciplina era fatto divieto di porre in essere qualsiasi nuova operazione. A seguito della riforma, infatti, una volta accertata la causa di scioglimento, gli amministratori conservano il potere di gestione ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, fino alla consegna ai liquidatori prevista dall'art. 2487-*bis*; in pratica, nel nuovo regime gli amministratori potrebbero anche compiere "nuove operazioni" purché strumentali alla conservazione del valore dell'impresa sociale (in particolare, compiere operazioni di dismissione di beni, continuare l'attività di impresa, dare esecuzione ai contratti in corso). Conseguentemente, la responsabilità in caso di violazione non investe più l'operazione in sé, ma l'eventuale danno conseguente anche, precisa il nuovo disposto, verso i terzi.

In tal senso si è pronunciato il Tribunale di Milano che, con la sentenza del 9 novembre 2015 inerente la responsabilità degli

amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c., ha statuito che "È illegittima ex art. 2486 c.c. la prosecuzione dell'ordinaria attività d'impresa da parte degli amministratori di s.r.l., qualora dal bilancio emerga la integrale perdita del capitale sociale e i soci non pongano rimedio al deficit patrimoniale della società. Il danno risarcibile nelle azioni di responsabilità per illegittima e prolungata prosecuzione dell'attività d'impresa dopo la perdita integrale del capitale sociale, in caso di omessa o irregolare tenuta della contabilità, deve determinarsi in via equitativa applicando il metodo della differenza dei c.d. netti patrimoniali" (sul punto cfr. ampiamente *infra*).

In conclusione è possibile affermare che, dalla lettera dell'art. 2485 c.c., il quale impone l'obbligo di accertare senza indugio il verificarsi di una causa di scioglimento, e dell'art. 2486 c.c., che obbliga di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, unitamente alle disposizioni della legge fallimentare in tema di bancarotta semplice, è possibile ricavare la regola generale dell'illegittimità della prosecuzione dell'attività di impresa se non per finalità conservative in una situazione di crisi irreversibile. Si potrebbe addirittura affermare che, in tale situazione, l'interesse dei creditori, da vincolo all'autonomia di gestione, diventi scopo della stessa. Certamente, però, il verificarsi di una causa di scioglimento incide sull'oggetto sociale, imprimendo ad esso una curvatura liquidatoria che non manca di riflettersi sui poteri e sui doveri degli amministratori.

L'art. 182 *sexies* l. fall. stabilisce che gli effetti del verificarsi della causa di scioglimento della società per perdita del capitale, ove sia stata depositata una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sono sospesi a partire dalla data di deposito della domanda e fino alla relativa omologazione. Se una siffatta domanda non sia presentata, continua dunque ad applicarsi il regime ordinario, in base al quale la perdita di oltre un terzo del capitale sociale e la conseguente discesa di questa al di

sotto del limite legale comporta, oltre ai doveri d'immediata convocazione dell'assemblea e di redazione della situazione patrimoniale da parte degli amministratori di cui già si è detto, anche la drastica alternativa, per la società, tra la ricapitalizzarsi o il porsi in liquidazione. Ma a questa alternativa la società può ora sottrarsi, almeno temporaneamente, imboccando la strada del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. È dunque la presentazione della domanda che segna la cessazione dei limiti operativi derivanti dall'applicazione del citato art. 2486, dovendosi da quel momento in poi l'amministratore non più preoccuparsi degli anzidetti limiti, bensì attenersi a quanto previsto dal piano di concordato o con i termini dell'accordo di ristrutturazione, oltre che rispettare il regime autorizzatorio del procedimento concordatario.

Ma la domanda potrebbe non essere immediatamente corredata dal piano di concordato, stante l'attuale formulazione dell'art. 161, comma 6, l. fall., e ci si è chiesti se sia logico ammettere che, nel periodo occorrente per il perfezionamento del piano, il citato art. 2486 resti tuttavia inoperante. Occorre però considerare che in tale periodo il debitore non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del Tribunale, e non pare irragionevole ipotizzare che gli atti per i quali tale autorizzazione necessita coincidano di fatto con quelli non meramente conservativi che sarebbero altrimenti vietati dal menzionato disposto dell'art. 2486 c.c.²⁷

È da escludersi che la mancata successiva omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, al pari della loro eventuale successiva risoluzione, facciano venir meno retroattivamente gli effetti sospensivi previsti dal citato art. 182 *sexies*, e possono quindi comportare il rischio per gli amministratori di vedersi in seguito imputate, a titolo di responsabilità, il mancato adempimento degli obblighi pubblicitari

²⁷ Nello stesso senso, G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 652 ss.

conseguenti al verificarsi della causa di scioglimento della società oppure il compimento di attività d'impresa non meramente conservative. Ipotizzare che gli amministratori restino esposti ad un tale rischio, dipendente dall'esito finale delle procedure intraprese, significherebbe vanificare l'intento legislativo di favorire il ricorso alle suindicate soluzioni negoziali della crisi. Non è scontato che si possa pervenire alla medesima conclusione anche nel caso in cui la proposta concordataria sia dichiarata inammissibile dal tribunale, perché una siffatta situazione equivale a certificare l'insussistenza sin dal principio delle condizioni indispensabili alla presentazione di quella proposta e potrebbe quindi mettersi in dubbio che la presentazione di una domanda inammissibile sia idonea a produrre gli effetti sospensivi dell'ordinario regime di scioglimento della società stabilito dal codice civile; effetti che, d'altronde, la nuova disposizione della legge fallimentare che si sta commentando vuole restino sospesi "sino all'omologazione", per ciò stesso lasciando intendere che la sospensione presuppone non solo l'avvio ma anche lo svolgimento della procedura concordataria fino all'approdo naturale del giudizio di omologazione.

Altro obbligo specifico è previsto dall'art. 2423 c.c., il quale pone a carico degli amministratori l'obbligo di redigere il bilancio secondo i criteri chiarezza, verità e correttezza al fine di rappresentare la reale situazione patrimoniale e finanziaria della società, nonché il risultato economico dell'esercizio. Si tratta, anche in questo caso, così come affermato per la mancata convocazione dell'assemblea in caso di perdite, di un obbligo di risultato, non delegabile, idoneo a configurare la responsabilità solidale degli amministratori.

Il bilancio costituisce la più importante scrittura contabile dell'impresa in quanto è l'unico strumento, reso pubblico, che fornisce garanzie per i creditori sociali e per gli stessi soci che hanno riposto fiducia nella società acquistando parte del capitale sociale.

Sebbene la violazione di tale obbligo costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali degli amministratori, non sempre è idonea a configurare in concreto la responsabilità degli amministratori. Si registra anche in questa fattispecie la difficoltà riportata in relazione alle norme di cui gli artt. 2446 e 2447 c.c.: dalla mera omessa o erronea redazione del bilancio, infatti, non consegue di per sé nessun danno per la società²⁸. Quest'ultimo potrà derivare, piuttosto, da ulteriori inadempimenti posti in essere dagli amministratori derivanti dalla violazione della norma in esame.

Così, ad esempio, in assenza di un bilancio, probabilmente gli amministratori violeranno l'obbligo di accertare la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale e, di conseguenza, anche quello di limitare i propri poteri gestori a soli fini conservativi del patrimonio sociale: il danno che ne derivi alla società, pertanto, sarà addebitato alla loro responsabilità. Per le ragioni appena esposte, l'irregolarità contabile ed il conseguente occultamento della perdita, quindi, il più delle volte costituisce solo un presupposto della successiva attività gestionale illecita.

D'altra parte è opportuno osservare che autorevole dottrina²⁹ ha sottolineato come vi siano casi in cui la mancata redazione del bilancio possa generare di per sé un danno alla società, danno di cui risponderanno gli amministratori. È il caso, ad esempio, delle sanzioni fiscali o amministrative in cui potrà incorrere la società per l'omessa o la ritardata redazione.

Anche la erronea redazione del bilancio, consistente, ad esempio, nella illegale sottovalutazione delle poste in bilancio o, al contrario, nella illegittima sopravvalutazione delle stesse, costituisce fonte di responsabilità per gli amministratori.

²⁸ G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, *op.cit.*, p. 340.

²⁹ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2003, p. 229.

Nel primo caso si potrà parlare di illegale sottovalutazione quando essa derivi da operazioni fraudolente, in violazione dei criteri previsti per la redazione del documento contabile in esame. Anche in questa ipotesi, peraltro, al pari della mancata redazione del bilancio, il danno non conseguirà di per sé dalla mera illegale sottovalutazione delle poste, ma, piuttosto, dall'ulteriore utilizzo che gli amministratori possono fare delle stesse, ad esempio appropriandosene indebitamente o compiendo attività contrastanti con l'interesse della società³⁰.

Nel secondo caso, invece, potrà configurarsi un'ipotesi di responsabilità qualora, a causa delle erronee sopravvalutazioni, la società sia esposta a una maggiore imposizione fiscale o nel caso in cui venga effettuata una distribuzione dei dividendi dannosa per l'integrità patrimoniale.

La violazione delle norme di legge sul bilancio può costituire anche un reato penale dell'amministratore, se il falso in bilancio è accompagnato dal dolo: difatti, il dolo è indispensabile ai fini della configurabilità della responsabilità penale; la semplice colpa, invece, è sufficiente a non escludere la responsabilità civile e la risarcibilità del danno provocato

Il d.lgs. n. 61/2002 ha previsto diverse figure di reato.

All'art. 2621 c.c. si stabilisce che si ha reato quando l'amministratore esponga, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico, fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero ometta informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo. Tuttavia la punibilità viene esclusa se le falsità o omissioni non alterano in modo sensibile la realtà della società. È esclusa inoltre se determinano una variazione del risultato d'esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5%

³⁰ F. BONELLI, *op. cit.*, p. 175; C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 230.

o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%. Non è punibile poi l'amministratore che abbia adottato valutazioni che differiscono da quelle corrette singolarmente in misura non superiore al 10%.

Il reato dunque prevede non la semplice colpa, ma l'intenzione di ingannare il socio o il pubblico ed il fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto. La mancanza di uno dei due requisiti esclude la punibilità.

Altri reati a carico degli amministratori sono previsti agli articoli 2626 c.c. per indebita restituzione dei conferimenti, 2627 c.c. per illegale distribuzione delle riserve o degli utili, 2628 c.c. per le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della controllante, 2629 c.c. e 2632 c.c. per operazioni che rechino pregiudizio ai creditori sociali a seguito di trasformazione, scissione o fusione.

1.4 La natura della responsabilità.

La responsabilità verso la società degli amministratori di una società per azioni, prevista e disciplinata dagli artt. 2392 e 2393 c.c. (applicabili anche alle s.r.l. giusta richiamo dell'art. 2487 c.c.) trova la sua fonte nell'inadempimento dei doveri imposti ai predetti dalla legge o dall'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento dell'obbligo generale di vigilanza o dell'altrettanto generale obbligo di intervento preventivo e successivo.

L'azione sociale disciplinata dai predetti articoli mira a far valere le responsabilità degli amministratori per quelle violazioni dei loro doveri che abbiano cagionato un pregiudizio patrimoniale alla società. Essa tende infatti alla reintegrazione del patrimonio sociale che sia stato danneggiato dagli amministratori.

È dunque uno strumento di conservazione e mantenimento della consistenza del patrimonio sociale, nonché strumento di controllo sull'operato degli amministratori.

La fattispecie di responsabilità prevista dalle norme è qualificabile come contrattuale, essendo tale la natura del rapporto che lega amministratori e società³¹.

Applicandosi il principio generale di cui all'art. 1218 c.c., all'attore spetta pertanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni addebitate, del patito danno e del nesso di causalità tra le une e l'altro, incombando su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso e di fornire la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti³².

Ne consegue che la colpa degli amministratori si presume in forza del principio generale in tema di adempimento delle obbligazioni ex art. 1218

³¹ G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Utet, Torino, 1991, p. 329; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 162; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 36; M. SPIOTTA, *Articolo 2392, op. cit.*, p. 762; M. SANDULLI, *Articolo 2392, op. cit.* p.470; G. BARTALINI, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000; B. QUATRARO – L. PICONE, *La responsabilità degli amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società per azioni*, Milano, 1998; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974. In giurisprudenza, tra le tante: Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5341; Cass. Sez. I, 11 novembre 2010, n.2291.

³² Sul punto, è stato precisato che «in materia di responsabilità degli amministratori spetta al danneggiato provare il danno e il nesso causale con il comportamento dell'amministratore, di cui sia allegata la natura inadempiente, mentre l'amministratore convenuto potrà esimersi da responsabilità solo provando l'adempimento o che l'inadempimento è dovuto a fatto a lui non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.» (così Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 10697, nonché analogamente, Trib. Milano, 19 luglio 2011. Nella giurisprudenza di legittimità si veda *ex multis* Cass. Civ., 11 novembre 2010, n. 22911). In senso contrario si veda però una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano (n. 2209 in data 21 giugno 2012, in corso di pubblicazione in Società) che, in motivazione, sembra fare riferimento a una diversa portata della responsabilità, affermando che nell'ambito della responsabilità di amministratori e sindaci di società per azioni non «basta allegare un inadempimento ed attendere che il debitore se ne discolpi in ossequio al generale principio enunciato nell'art. 1218 c.c.».

c.c. Inoltre, la responsabilità solidale degli amministratori è responsabilità non già oggettiva, ma per colpa e per fatto proprio³³.

Il presupposto della responsabilità degli amministratori verso la società può essere identificato nell'inadempimento da parte degli amministratori di un obbligo avente contenuto specifico determinato dalla legge o dallo statuto o di un obbligo o dovere generale di amministrare con diligenza e senza conflitti di interesse.

In questo secondo caso, trattandosi di due clausole generali, spetterà al giudice determinare se, sulla base delle circostanze del caso concreto, gli amministratori abbiano violato o meno i loro doveri.

Altra e distinta forma di responsabilità è, per converso, quella degli amministratori verso i creditori sociali – prevista dall'art. 2394 c.c. come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale –, la cui natura extracontrattuale presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti, ed un comportamento dell'amministratore funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inadatto per difetto ad assolvere la funzione di garanzia generica, con conseguente diritto del creditore sociale di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere³⁴.

La questione relativa ai rapporti tra l'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. e l'azione di responsabilità dei creditori sociali ex art. 2394

³³ G. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vivente)*, (voce), *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988; C.M. BIANCA, *Sub. artt. 1218 – 1229, Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA – BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna, 1979, in part. p. 98 ss.; OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, (voce), in *Novissimo dig. It.*, VIII, Torino, 1962.

³⁴ QUATRARO – L. PICONE, *La responsabilità degli amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società per azioni*, *op. cit.*, p. 713 ss.; M. Franzoni, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, *op. cit.*, p. 77 ss.. In Giurisprudenza, per prime, Cass. Civ., 22 ottobre 1998, n.10488; Cass. Civ., 27 luglio 1978, n. 3768.

c.c. è stato oggetto di una importante sentenza della Suprema Corte; infatti, nella sentenza n. 10488 pronunciata il 22 ottobre 1998, la Cassazione analizza i legami esistenti tra le suddette forme di responsabilità degli amministratori previste dal codice civile.

Nella sentenza in commento si evidenzia proprio la diversa natura delle due responsabilità, affermando la natura contrattuale della responsabilità verso la società e la natura extracontrattuale di quella verso i creditori sociali. Sulla base di tale assunto si evidenziano le conseguenze in tema di risarcibilità del danno, sia in ordine alla ripartizione dell'onere della prova, sia relativamente alla quantificazione del danno stesso.

Infatti, qualora si qualifichi la responsabilità come contrattuale si esclude che spetti ai creditori provare la colpa degli amministratori, cosa invece necessaria se si qualifica la responsabilità come extracontrattuale; mentre in tema di quantificazione del danno, se l'inadempimento contrattuale non doloso implica la risarcibilità del solo danno prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione, l'illecito extracontrattuale espone l'autore del fatto lesivo al risarcimento di tutti i danni, prevedibili e non, con il solo limite delle regole sulla causalità.

In ogni caso la giurisprudenza ritiene sufficiente per affermare la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali, che sia provato da questi ultimi l'inadempimento da parte degli amministratori di un loro obbligo previsto dalla legge o dallo statuto, nonché il conseguente danno cagionato, senza necessità di dover ulteriormente provare la colpa degli amministratori.

In ossequio a quanto affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, all'azione sociale di responsabilità è riconosciuta natura contrattuale.

Trattandosi di responsabilità contrattuale il giudice, per dichiarare la responsabilità dell'organo amministrativo dovrà verificare la sussistenza dell'inadempimento degli amministratori e del danno che alla società ne sia conseguentemente derivato, mentre graverà sugli amministratori l'onere della prova dei fatti che valgono ad escludere od attenuare la loro responsabilità.

Nel caso sia esercitata positivamente l'azione sociale di responsabilità, l'area del danno risarcibile andrà quindi commisurata alla lesione che la società non avrebbe subito se gli amministratori non si fossero comportati in maniere "infedele", essendo tuttavia risarcibile solo il danno che sia conseguenza immediata e diretta del fatto degli amministratori.

1.5 La condotta, il nesso causale ed il danno.

Il riconoscimento della responsabilità degli amministratori si articola nell'accertamento di tre elementi: condotta inadempiente, danno subito dalla società ed il nesso causale tra essi.

La condotta, attiva od omissiva, in violazione dei doveri legali o statutari comporta, in generale, la responsabilità dell'amministratore per i danni da ciò derivanti, la quale è solidale fra tutti gli amministratori che abbiano contribuito a cagionare il danno.

Essa è tuttavia solidale anche con altri soggetti, quando sia ravvisabile il loro concorso nell'evento; si pensi al terzo in mala fede nel caso dell'art. 1394 c.c. o al consulente della società che abbia suggerito una condotta illecita.

Primo elemento da accertarsi, ai fini del giudizio di responsabilità, è dunque la sussistenza del nesso causale tra condotta e danno.

La giurisprudenza prevalente, a tal proposito, accoglie il criterio della causalità adeguata: “il danno è conseguenza del fatto quando ne costituisca un effetto “normale”, secondo una probabilità accettabile che un dato evento ne produca un altro”³⁵.

Il nesso causale, dunque, va verificato procedendo ad un giudizio *ex ante* ed in concreto, alla stregua del criterio della regolarità statistica e della normalità causale: per le condotte omissive è necessario chiedersi se, alla stregua delle conoscenze tecniche e dell’esperienza di quel momento storico, eliminando mentalmente l’azione inadempiente, l’evento dannoso venga meno; per i fatti omissivi, se l’evento dannoso si sarebbe ugualmente verificato, pur in caso di compimento dell’azione dovuta dall’amministratore.

Per ciò che riguarda la quantificazione del danno, trattandosi di attività d’impresa, il pregiudizio risarcibile riguarda il complessivo peggioramento della situazione patrimoniale della società, sia nella forma del danno emergente che del lucro cessante³⁶.

Come è noto, è pacifico in giurisprudenza che, ai fini dell’affermazione della responsabilità degli amministratori, si deve accertare, da un lato, che costoro non abbiano adempiuto agli obblighi su di essi

³⁵ La Corte di Cassazione, con sentenza resa il 10 maggio 2000, n.5962, ha affermato che: «un evento dannoso è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo; ma nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi all’interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l’evento causante non appaiono del tutto inverosimili», in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, p. 91; M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Giuffrè, 2004, p.181.

³⁶ In base all’ordinario regime previsto dall’art. 2697 c.c., il danneggiato è onerato della dimostrazione del nesso causale tra il fatto, che consente l’imputazione al convenuto della responsabilità, e l’evento dannoso, il quale deve essere provato nella sua effettiva consistenza. Del danno deve essere anche provato l’ammontare attraverso una descrizione di tutti gli elementi mediante i quali il giudice, in virtù di una semplice operazione logico-matematica, può pervenire alla liquidazione, così A. PATTI, *Il danno e la sua quantificazione nell’azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 1997, p. 83.

gravanti e, dall'altro, che da tale colposa e dolosa violazione sia derivato un danno ad essa strettamente connesso³⁷.

È del pari pacifico che possono essere risarciti i danni che siano prevedibili al tempo in cui è stato commesso l'atto di *mala gestio* e conseguenza diretta ed immediata di tale atto.

La giurisprudenza, inoltre, ha avuto modo di evidenziare che, mentre con riferimento all'azione ex art. 2393 c.c. la società deve provare unicamente l'inadempimento degli obblighi dell'amministratore ed il danno, con riferimento all'azione ex art. 2394 c.c. (la quale è azione diretta e non surrogatoria di quella sociale), trattandosi di responsabilità extracontrattuale, occorre fornire la prova della *mala gestio*, del danno, dell'elemento psicologico e del fatto che dall'inosservanza degli obblighi sia derivata l'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare i creditori³⁸.

1.6 La responsabilità dell'amministratore di fatto.

L'amministratore di fatto è definito come colui che, senza titolo o senza valido titolo, gestisce o concorre nella gestione della società esercitando in modo sistematico e continuativo i poteri che la legge riconosce agli amministratori.

La dottrina³⁹ e la giurisprudenza⁴⁰ hanno costantemente ritenuto applicabile a tale figura le norme sulla responsabilità penale degli amministratori, derivando quest'ultima non già dal titolo giuridico per il quale si amministra, ma dal fatto materiale dell'amministrazione.

³⁷ *Ex multis*, Cass. Civ. 11 marzo 2011, n. 5876 e 4 aprile 2011, n. 7606.

³⁸ Per tutte, da ultimo, Cass. Civ., 9 gennaio 2013, n.319.

³⁹ G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, p. 6 e ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 2015, vol. II, p. 390.

⁴⁰ Cass. Pen. 5 luglio 2007, n. 15143; Cass. Pen. n. 36630/2003.

Sul piano della responsabilità civile si evidenziano, invece, diversi orientamenti giurisprudenziali. La tesi maggioritaria adottata in passato⁴¹ era ferma nell'escludere che il concreto esercizio delle funzioni gestorie fosse di per sé sufficiente a far sorgere in capo all'amministratore di fatto gli obblighi e le responsabilità ex artt. 2392- 2394. Diversamente, veniva estesa tale disciplina in presenza di un atto di investitura formale dell'assemblea invalido, irregolare od implicito in una delibera di diverso contenuto.

Più recentemente, la giurisprudenza, ispirata alla finalità di reprimere abusi da parte degli azionisti di comando, rivedendo la precedente impostazione, applica la disciplina della responsabilità civile a tutti coloro che hanno esercitato concretamente e sistematicamente funzioni gestorie tipiche. A tal proposito, la Cassazione ha affermato in una recente sentenza⁴² che, il mero esercizio delle funzioni gestorie costituisce il presupposto dell'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c., in quanto, le norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori delle società di capitali sono applicabili anche a coloro i quali, come amministratori di fatto, si siano ingeriti nella gestione sociale in assenza di qualsivoglia investitura da parte della società, a condizione che lo svolgimento delle funzioni gestorie non si sia esaurito nel compimento di atti di natura eterogenea ed occasionale, ma abbia avuto carattere di sistematicità e completezza, sì da condizionare le scelte operative dell'ente.

L'amministratore di fatto viene così equiparato all'amministratore di diritto sul piano degli obblighi e delle conseguenti responsabilità, civili e penali, assunti con l'esercizio dell'attività amministrativa; tuttavia è sostenibile che egli non possa rappresentare la società fallita⁴³. In dottrina alcuni autori condividono questa impostazione, ponendo dunque l'accento

⁴¹ Prima del 1999.

⁴²Cass. Civ. Sez. I, 11 aprile 2014, n. 8591.

⁴³Cass. Pen., n. 6478/2003.

sulle funzioni concretamente esercitate, indipendentemente da un'investitura formale. Più precisamente, si evidenzia che la responsabilità degli amministratori di fatto è di tipo contrattuale in quanto basata sull'inadempimento di doveri derivanti non già da un contratto di amministrazione, formato dalla nomina assembleare e dall'accettazione dei nominati, bensì dal contratto di società.

Altra dottrina perviene alle medesime conclusioni sulla base di diverse argomentazioni. In particolare, ciò avviene assimilando la posizione degli amministratori di fatto a quella dei direttori generali o richiamando la disciplina della gestione d'affari, ovvero facendo propria la teoria del contratto sociale costituitosi in virtù dello svolgimento dell'attività di amministrazione.

L'eventuale amministratore di diritto risponde solidalmente con l'amministratore di fatto per violazione dell'obbligo di diligente gestione ex art. 2393, comma 1, c.c.⁴⁴, nonché penalmente per non aver impedito un evento che si aveva l'obbligo di impedire ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

Infine è da ricordare che la Cassazione⁴⁵ in riferimento all'accertamento dell'obbligo del socio che abbia svolto le funzioni di amministratore di fatto di restituire le somme da esso asseritamente sottratte, non assume carattere determinante la mancata dimostrazione, in giudizio, dell'avvenuto esercizio in via di fatto delle funzioni di amministratore della società. Il fatto costitutivo della pretesa risarcitoria, invero, è rappresentato dal mancato versamento nelle casse sociali della somma ad egli consegnata dai precedenti amministratori e di quelle quotidianamente percepite per conto della società, la cui approvazione, pur configurandosi come inadempimento dei doveri previsti dall'art. 2392 c.c., se posta in essere da chi rivesta la qualità di amministratore, non è intrinsecamente collegata

⁴⁴Trib. Sondrio, 22 marzo 2001, *F. ambr.* 01, 409.

⁴⁵Cass. Civ. Sez. I, 11 aprile 2014, n. 8591.

a tale posizione, con la conseguenza che la condanna della restituzione non postula necessariamente la prova dell'assunzione, anche di fatto, delle funzioni gestorie, il cui esercizio costituisce il presupposto della sola azione di responsabilità contemplata dall'art. 2393 c.c.

1.7 Scelte di gestione e discrezionalità degli amministratori: la c.d. *Business JudgmentRule* (BJR).

La c.d. *Business JudgmentRule* è stata in origine elaborata dalla dottrina statunitense con lo scopo di limitare il sindacato dell'autorità giudiziaria nell'ambito delle azioni di responsabilità contro gli amministratori, garantendo, così, l'autonomia delle scelte gestionali da essi poste in essere.

L'applicazione di tale regola, accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, impedisce al giudice di sindacare nel merito le scelte di gestione poste in essere dagli amministratori, e, quindi la loro opportunità e convenienza: la legge, infatti, impone a questi ultimi di gestire la società nel rispetto degli obblighi specifici e generali prescritti dall'ordinamento. Non potrà, pertanto, muoversi un giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori che, pur avendo rispettato detti obblighi, abbiano posto in essere scelte gestionali erranee o imperite sulla base dei risultati conseguiti. Ciò che forma oggetto del sindacato del giudice riguarda quindi esclusivamente le modalità di esercizio del potere discrezionale che deve riconoscersi in capo agli amministratori⁴⁶ e, cioè, il rispetto degli obblighi generali e specifici previsti dall'ordinamento. Con riferimento ai primi, pertanto, l'autorità giudiziaria dovrà valutare esclusivamente che gli amministratori abbiano svolto la loro funzione con la diligenza richiesta dalla

⁴⁶ M. CORDOPRATI, *La Business Judgment Rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 129.

natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze e non che abbiano portato dei risultati positivi per la società.

Autorevole dottrina⁴⁷, peraltro, ha sottolineato che un grave errore di gestione, pur non potendo costituire di per sé un'ipotesi di responsabilità, potrebbe ben costituire, piuttosto, un indice della violazione di un obbligo "amministrativo" previsto dalla legge, consentendo di presumere che l'amministratore abbia agito per interessi personali o, comunque, senza la dovuta diligenza.

I punti cardinali di tale orientamento sono efficacemente riassunti attraverso la declinazione delle condizioni di operatività del sindacato giudiziario (quindi di applicazione del BJR) e cioè quando la scelta di gestione:

- non implichi alcun interesse diretto o indiretto degli amministratori, ossia non ci si trovi in presenza di decisioni che coinvolgano il *duty of loyalty*⁴⁸;
- sia deliberata nella consapevolezza di tutte le informazioni disponibile e a seguito di una prudente considerazione delle alternative;
- sia deliberata in buona fede;
- rappresenti l'attuazione razionale dello scopo sociale.

La prima⁴⁹ quando afferma che "*non v'è spazio per invocare le caratteristiche discrezionali delle decisioni imprenditoriali quando risulti che esse non sono state assunte in buona fede*" e che l'obbligo di agire informato, di cui all'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., abbia, infondo, recepito una componente

⁴⁷ G.E. COLOMBO- G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 365.

⁴⁸ Doveri di lealtà.

⁴⁹ C. ANGELICI, *Diligentiaquam in suis e business judgementrule*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006; BONELLI, *op.cit.*,p 183.

precettiva della BJR, quella che non insiste sul contenuto della decisione ma *“sul processo decisionale mediante il quale ad essa si perviene”*.

La giurisprudenza quando ha ritenuto che *“la distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito conduce ad escludere che gli amministratori possano essere chiamati a rispondere degli errori di gestione. In questa prospettiva, si è sottolineato che discrezionalità vuole dire libertà di identificare le scelte, senza esonerare l'amministratore dall'osservanza del dovere di diligenza. Pertanto, se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita⁵⁰”*. Si tratta di una pronuncia significativa anche per aver ribadito che, accanto all'obbligo di amministrare con diligenza e senza conflitto di interessi, sussistono in capo agli amministratori anche obblighi a contenuto specifico, tra i quali *“si colloca certamente quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione ed alla manifestazione della volontà della società ossia gli artt. 2380, 2381 e 2383 c.c.”*

L'impossibilità del giudice di spingersi sullo scivoloso ed insidioso terreno delle decisioni d'impresa, in termini di responsabilità giuridica, *“la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze”*, apre, viceversa, ad una *“responsabilità che può essere generata dall'eventuale omissione, da parte degli amministratori, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in altre parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il modo in cui sono compiute⁵¹”*. Quelle “modalità” attuative delle scelte di gestione, vera chiave di volta della dottrina della BJR, che si rinvengono nelle più recenti pronunce

⁵⁰Cass. Civ., 23 marzo 2004, n.5718, in *Società*, 2004.

⁵¹Cass. Civ., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Società*, 2009.

della Suprema Corte⁵², con le quali si confronta ormai da tempo la dottrina italiana.

La Suprema Corte⁵³ ha però recentemente chiarito che, il fatto che l'amministratore non possa essere chiamato a rispondere dei danni cagionati alla società per aver compiuto scelte inopportune sotto il profilo economico, ma pur sempre rientranti nella discrezionalità imprenditoriale, non significa che lo stesso non sia comunque rimproverabile per la scarsa diligenza mostrata nell'apprezzamento preventivo dei margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere. L'omissione da parte dell'amministratore di tutte le cautele normalmente richieste per la scelta concretamente effettuata costituisce fonte di responsabilità contrattuale anche con riguardo alla decisione di stipulare una transazione, che sia stata presa senza aver prima assunto le informazioni necessarie a valutare la convenienza di un negozio con quello specifico contenuto e a ponderare le sue implicazioni per la società rappresentata.

Secondo un oramai consolidato orientamento della Corte di Cassazione, in sede di verifica dell'adempimento da parte dell'amministratore al dovere di agire con la dovuta diligenza, non possono essere sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali compiute dagli amministratori, sempre che si tratti di scelte relative alla gestione dell'impresa sociale e, pertanto, caratterizzate dall'assunzione di un rischio⁵⁴.

⁵²Cass., 12 marzo 2012, n. 3902, in www.dejure.it, per la quale «*Non dunque le scelte imprenditoriali, bensì il difetto di un elementare criterio di diligente cautela in ordine alle relative modalità attuative è ciò che agli amministratori è stato rimproverato*»; Cass. Civ., 10 febbraio 2013, n. 3409.

⁵³Cass. Civ. Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783.

⁵⁴Così Cass. Civ. 2 febbraio 2015, n. 1783; Cass. Civ., 12 febbraio 2013, n. 3409; Cass. Civ. 12 agosto 2009, n. 18231; Cass. Civ. 28 aprile 1997, n. 3652; Trib. Milano 3 giugno 2008, n. 7223; Trib. Napoli, 20 giugno 2008.

Quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità trova fondamento nel principio secondo il quale gli amministratori non hanno l'obbligo di amministrare la società con successo economico, hanno esclusivamente il dovere di agire con la dovuta diligenza.

L'inapplicabilità nel merito delle scelte discrezionali di gestione, tuttavia, non è assoluta.

Sotto il profilo della legittimità rileva, infatti, il modo con cui le scelte sono state assunte ed attuate, ossia il percorso decisionale che ha portato a preferire una determinata scelta, rispetto ad un'altra⁵⁵.

Spetta al giudice ripercorrere il procedimento decisionale, onde verificare che la decisione degli amministratori sia stata coerente e congrua rispetto alle informazioni da questi raccolte e valutare l'eventuale violazione del dovere di diligenza in relazione ai normali criteri che dovrebbero ispirare l'operatore economico, ossia liceità, razionalità, congruità, attenzione.

Sotto il profilo della ragionevolezza della scelta e della prevedibilità dei risultati, gli amministratori devono, poi, ritenersi responsabili nei confronti della società quando le decisioni assunte non siano in alcun modo idonee a realizzare l'interesse della società, in quanto avventate o irrazionali, tali da permettere agli amministratori di prevedere l'erroneità dell'operazione compiuta.

Ne consegue che il "giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può investire le scelte di gestione e le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere e quindi all'eventuali omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni

⁵⁵ *Ex multis*, Cass. Civ., 2 febbraio 2015, n.1783.

normalmente richieste per una scelta di tipo operata in quelle circostanze e con quelle modalità⁵⁶.

In conclusione, gli amministratori possono andare esenti da responsabilità nel caso in cui provino di aver in buona fede raggiunto una decisione adeguatamente informata, ragionevole e in assenza di un interesse in conflitto con quello della società, e di aver seguito le cautele e svolto le verifiche che si imponevano nel singolo caso.

1.7.1 Assetti mancanti o inadeguati: la responsabilità degli amministratori e la *Business JudgementRule*.

Nel presente paragrafo ci cercherà di dare risposta al quesito dell'applicabilità della BJR alla responsabilità degli amministratori per l'ipotesi che la società per azioni non abbia strutturato assetti organizzativi, amministrativi e contabili o se questi, pur presenti, non si siano rivelati adeguati alla luce dei danni patrimoniali riconducibili ad errori, disfunzioni e illeciti. Le posizioni degli interpreti paiono pressoché concordi nel non ammettere l'esenzione della BJR alla fattispecie degli assetti mancanti, mentre risultano contrapposte nell'escludere l'esenzione nella fattispecie, indubbiamente più complessa, in cui gli assetti esistano ma siano inadeguati.

Va chiarito preliminarmente che il punto di partenza di questa analisi è l'art. 2381 c.c. nella parte in cui prevede che "gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"; qualora l'organo amministrativo non preveda organi delegati, l'obbligo di predisporre assetti adeguati non potrà che incombere sugli amministratori.

⁵⁶ Cfr. Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 dicembre 2015.

Circa la prima ipotesi, la scelta degli amministratori di non strutture affatto gli assetti ex art. 2381 c.c., perché non ritenuti indispensabili in ragione della natura e delle dimensioni dell'impresa, si esporrà ad un'inevitabile censura non al riparo dalla BJR, trattandosi per gli amministratori di un obbligo specifico di condotta.

Il giudice potrà infatti sindacare tale scelta di per sé censurabile sia perché contrastante con un obbligo specifico attinente alla legalità della gestione, sia perché la natura e le dimensioni dell'impresa costituiscono un dato piuttosto oggettivo, individuabile sulla base delle tecniche dell'organizzazione aziendale, di parametri invalsi nella prassi ed oramai anche nella legge e nella regolamentazione. Sia, infine, per il collegamento tra la funzionalità degli assetti e il principio di corretta gestione.

Peraltro, il piano di sindacabilità giudiziaria sul quale insiste la BJR, ossia quello della ragionevolezza del procedimento decisionale costituito dalle cautele, dalle verifiche e dall'assunzione delle informazioni preventive necessarie al fine di poter addivenire ad un fondato giudizio, non si addice a nessun adempimento prescritto dalla legge. La BJR, infatti, può trovare applicazione solo rispetto a decisioni imprenditoriali che si hanno quanto "trattasi di comportamenti e scelte che non siano imposti da norme giuridicamente impegnative⁵⁷".

Più complesso è il problema del sindacato giudiziario sull'inadeguatezza degli assetti, in relazione al qual quale si sono affermati due diversi orientamenti.

Secondo una prima interpretazione, alla stregua della decisione di non predisporre affatto assetti interni, si è sostenuto che qualora questi ultimi, pur predisposti, si siano rivelati inadeguati l'imputazione della

⁵⁷C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

responsabilità dipenderà dalla verifica della conformità o meno della condotta gestoria, oltre che al generico dovere di diligenza, anche a quello di azione informata. Pertanto, soltanto se la decisione di non predisporre degli assetti o di strutturarne di inadeguati sia dipesa da un difetto di diligenza, potrà essere perforato lo schermo della scusabilità dell'errore gestorio. Diversamente, opererà la BJR.

In altri termini, se la decisione di strutturare in un certo modo gli assetti sarà stata rispettosa dei precetti della BJR essa sarà inattaccabile. Conclusione che conta precedenti accreditati nell'opinione di chi affermava che *"spettando agli amministratori esecutivi di realizzare questi sistemi il giudice non potrà, in via di principio, sindacare il dettaglio delle scelte imprenditoriali compiute al riguardo"*⁵⁸.

Viceversa, altro orientamento, sostiene che, poiché la predisposizione di assetti inadeguati integra la violazione di un obbligo specifico e predeterminato da parte degli amministratori, sanzionabile di per sé e non soltanto in quanto riconnessa al verificarsi di altri inadempimenti, essa non può essere protetta dalla BJR. Conclusione argomentata anche da altra dottrina per la quale il sindacato sui giudizi relativi alla cura e alla valutazione degli assetti, non rientra a pieno titolo nel controllo sull'adempimento dei doveri degli amministratori.

A questo controllo, al quale il giudice è tenuto ogni qual volta sia chiamato a valutare la legalità dell'operato degli amministratori al fine di accertarne la responsabilità, non possono essere posti limiti derivanti dalla BJR⁵⁹.

⁵⁸ FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, Torino, 2007.

⁵⁹ SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. Comm.*, 2014, n. 2, parte I, p. 304.

Di diverso avviso sembrerebbe DE MARI, per il quale l'intervento del giudice sull'inadeguatezza degli assetti, poggiando sulla difficile dimostrazione di non conformità tra assetti adottati e adottabili, dovrebbe, da un lato, evitare di incorrere in una valutazione

Tale interpretazione che nega l'operatività della BJR rispetto alle decisioni volte a rendere adeguati gli assetti si rafforza sulla base di tre ulteriori considerazioni.

La prima che, a monte, esclude dal novero delle scelte d'impresa le decisioni in oggetto, non possedendo le stesse dei requisiti lucidamente individuati in "comportamenti e scelte che non sono imposti da norme giuridicamente impegnative", che implicano o possono implicare "una scelta e selezione fra gli interessi che nell'impresa rilevano e contribuiscono alla sua funzione produttiva, si potrebbe dire alla sua efficienza⁶⁰". Il che non ricorre per le decisioni relative agli assetti.

La seconda considerazione fa riferimento al concetto di adeguatezza il quale esprime una funzionalità ben precisa che il singolo assetto deve possedere, tale da non lasciare pressoché alcuno spazio a considerazioni de merito. Ricorre un obbligo legale di fare non troppo diverso dall'obbligo di predisporre il bilancio di esercizio. Così come l'art. 2423, comma 2, c.c. prevede non la redazione di un bilancio qualsiasi, ma di un bilancio redatto con chiarezza e che rappresenti in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio, allo stesso modo l'art. 2381 c.c. pretende che gli amministratori predispongano non assetti qualsiasi ma assetti adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa che gestiscono. Se il bilancio è redatto in violazione di quei principi gli amministratori possono risponderne e la BJR non li protegge. Allo stesso modo, se l'assetto è predisposto inadeguatamente essi possono risponderne e parimenti la BJR non li protegge.

di merito sulle scelte organizzative violando così la regola della BJR, e dall'altro, di svolgere un solo controllo formale fondato sulla verifica del rispetto dei protocolli di operatività esistenti.

⁶⁰ C. Angelici, *op. cit.*, Milano, 2012.

La terza considerazione tiene conto del fatto che, proprio perché la BJR non consente la censurabilità del merito ma solo del metodo e del procedimento decisionale, non potrebbe, conseguentemente, non sottoporsi a scrutinio l'inadeguatezza degli assetti che contribuiscono alla "procedimentalizzazione" delle scelte e all'efficienza ed alla sicurezza di tale procedimento decisionale.

In materia di assetti non c'è, in conclusione, discrezionalità al riparo della BJR e gli amministratori, al fine di proteggersi dall'area di sindacabilità giudiziale non coperta quest'ultima, hanno l'obbligo di predisporre un'organizzazione efficiente, cioè realizzare degli assetti adeguati e vigilare sul loro funzionamento.

1.8 Responsabilità solidale degli amministratori.

La responsabilità degli amministratori è solidale e infatti, ai sensi dell'art. 2392 c.c. *"gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni derivanti dall'inosservanza dei loro doveri"*; la norma in esame, d'altra parte, eccettua il caso in cui *"si tratti di attribuzioni proprie degli amministratori delegati o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori"*⁶¹.

L'art. 2392 c.c., pertanto, se da un lato prevede la regola generale della responsabilità solidale degli amministratori, dall'altro lato ammette la possibilità di "rompere" il vincolo di solidarietà qualora si tratti di un'attività delegabile o in concreto validamente delegata. *Ratio* della disciplina è la ricerca di un punto di equilibrio tra un'eccessiva dilatazione degli obblighi di controllo in capo agli amministratori deleganti e un esonero da responsabilità per il fatto della delega. Al fine di stabilire se si tratti di un caso di solidarietà, risulta fondamentale distinguere gli atti posti in essere da

⁶¹ L'ultima proposizione della norma (*"o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori"*) è stata aggiunta dalla riforma del 2003.

consiglio collegialmente da quelli invece posti in essere da un organo delegato o esecutivo⁶². Nel primo caso si configurerà un'ipotesi di responsabilità solidale del consiglio di amministrazione nel suo complesso, nel secondo, invece, di una responsabilità del singolo organo delegato.

Vi sono poi attività non delegabili che configurano in ogni caso un'ipotesi di solidarietà: si tratta in generale di ogni attività relativa al funzionamento della società, ad esempio la redazione del bilancio di esercizio ex art. 2423 c.c.

Inoltre, anche nel caso di attività svolta collegialmente per scelta o per imposizione normativa, è comunque possibile che alcune violazioni siano riconducibili a solo alcuni degli amministratori, ad esempio nel caso di violazione delle norme sul conflitto di interessi.

Dall'altra parte, anche nel caso in cui un'attività sia stata delegata, non è sempre necessariamente esclusa la responsabilità anche degli organi deleganti, sussistendo in capo a questi ultimi, ai sensi dell'art. 2381 c.c., degli obblighi di informarsi e, in generale, di agire in modo informato, ai sensi dei quali non possono disinteressarsi dell'attività degli amministratori esecutivi, una volta ad essi delegata una determinata attività.

Il secondo paragrafo del comma 1 dell'art. 2392 c.c., nella formulazione *ante* riforma del 2003, sanciva un'ulteriore ipotesi di responsabilità solidale degli amministratori nel caso in cui non avessero vigilato sul generale andamento della gestione. La riforma del 2003 ha espunto da tale disposizione l'obbligo generale di vigilanza, muovendo dall'apprezzamento della diversa posizione degli amministratori deleganti rispetto ai delegati; questi ultimi, in virtù delle attività svolte, non possono essere esonerati da responsabilità.

⁶² F. BONELLI, *op. cit.*, p. 188.

Il comma 2 dell'art. 2392 c.c, ferma restando l'applicazione dell'art. 2381 comma 3 c.c., introduce un'ulteriore fattispecie di responsabilità solidale, senza distinguere tra amministratori esecutivi e non, al ricorrere di due presupposti: il primo consiste nella conoscenza di fatti pregiudizievoli e il secondo, collegato al primo, nel non aver fatto tutto quanto in loro potere per evitarne il compimento od attenuarne gli effetti. Il richiamo all'art. 2381 comma 3 c.c. vuole coordinare la disciplina della responsabilità solidale degli amministratori con le regole di articolazione interna alla funzione gestoria. L'eliminazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, quindi, non ha escluso il modo assoluto la responsabilità degli amministratori deleganti che dovranno valutare il generale andamento della gestione sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati; infatti, l'amministratore delegante che non sia stato a conoscenza di fatti pregiudizievoli ma che avrebbe potuto esserlo non potrà essere esonerato dalla responsabilità solidale con i delegati.

L'attuale formulazione della disciplina ha posto tuttavia problemi ermeneutici specialmente quanto al modo di intendere la parola "funzioni", alla liceità delle cc. dd. deleghe atipiche interne e alla possibilità di continuare a ritenere sussistente tale dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione in capo ai deleganti anche dopo la riforma del 2003.

In ordine ai primi due aspetti sembra che la norma possa operare anche a fronte della attribuzione di funzioni di controllo, e più in generale in relazione a funzioni non esecutive⁶³; dall'altro che l'esclusione della solidarietà operi non solo nel caso in cui la delega non sia stata conferita in

⁶³Così M. STELLA RICHTER JR, *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo, in Corporate governance e "sistema dei controlli" nelle s.p.a.*, a cura di U. TOMBARI, Torino, 2013.

conformità del paradigma di cui all'art. 2381 comma 3 c.c.⁶⁴, ma anche nella ipotesi in cui essa sia avvenuta in assenza di previsione statutaria⁶⁵.

Quanto al terzo, la modifica del testo della norma non sembra avere conseguenza pratiche significative, non solo perché nel medesimo ambito in cui la previgente formulazione richiedeva "vigilanza" si prescrive oggi espressamente "valutazione", anche perché sono stati specificatamente enunciati quelli nei quali esso si articola. Tra gli elementi che confermano l'attuale vigenza del dovere di vigilanza vi è in primo luogo il dovere di agire in modo informato⁶⁶, ma non sembrano senza significato sul punto né il dovere degli organi delegati di riferire periodicamente sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione e sulle operazioni di maggior rilievo⁶⁷, né quello che grava su tutti gli amministratori di fare il possibile per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli dei quali abbiano notizia o di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose⁶⁸.

⁶⁴ N. ANBRIANI, P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società per azioni*, CEDAM, 2010, p. 565 ss.

⁶⁵ G. FERRI jr., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di spa*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio G., Milano, 2003, p. 41 ss. Secondo A. ROSSI *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 21 ss., il senso della norma in esame sarebbe di subordinare l'esclusione di della solidarietà solo nel caso in cui a una delega formale e attribuita ai sensi dell'art. 2381 c.c., si accompagni anche il concreto esercizio della funzione in autonomia.

⁶⁶ Si veda P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. ABBADESSA – C-PORTALE, Torino, 2007, p. 501 ss. La disposizione citata nel testo è valorizzata nello stesso senso anche dalla giurisprudenza (Cass. pen., 28 maggio 2013, n.23000). Anche prima della riforma il dovere di vigilare veniva ricondotto alla problematica dell'informazione; giustificativa appare la posizione di G. FERRI jr., *Le deleghe interne*, cit., p. 255 ss., nota 162, ove l'enfasi è posta più sull'iniziativa del singolo consigliere diretta ad acquistare notizie sull'operato degli altri (dovere di informarsi) che sull'obbligo in capo a chi agisce di portare i colleghi a conoscenza di quanto fatto (dovere di informare).

⁶⁷ V. SALFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, cit., p. 293, ma v. pure P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 503.

⁶⁸ L. CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 363.

In definitiva, l'eliminazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione non ha escluso in modo assoluto la responsabilità degli amministratori deleganti i quali dovranno valutare il generale andamento della gestione sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati; infatti, l'amministratore delegante che non sia stato a conoscenza di fatti pregiudizievoli ma che avrebbe potuto esserlo non potrà essere esonerato dalla responsabilità solidale con i delegati.

In tema di solidarietà risulta interessante citare una recente sentenza⁶⁹ della Suprema Corte inerente la responsabilità degli amministratori non operativi. Quest'ultimi rispondono solidalmente delle conseguenze della condotta di altri amministratori operativi soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati. In definitiva, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito conoscenza, anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi dell'art. 2381, comma 3, c.c., ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, in base all'obbligo posto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., tenuto conto dell'insussistenza di un generale obbligo di vigilanza che la riforma del 2003 ha volutamente eliminato.

1.8.1 Esonero della responsabilità.

La responsabilità per fatti pregiudizievoli non si estende all'amministratore che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del

⁶⁹Cass. civ. Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441.

consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

E' sostenibile che la disposizione di cui al 3 comma dell'art. 2392 c.c. abbia portata generale.

Alcuni autori, tuttavia, facendo leva sul riferimento letterale della norma al dissenso e all'iscrizione nel libro delle adunanze e delle decisioni del consiglio, circoscrivono la portata della disciplina sopra descritta alla sola ipotesi di partecipazione dell'amministratore interessato alle decisioni collegiali del consiglio o del comitato esecutivo. Seguendo questa impostazione, la previsione sull'assenza di colpa parrebbe doversi intendere nel senso di precludere l'efficacia liberatoria della manifestazione di dissenso qualora all'amministratore dissenziente sia comunque imputabile un inadempimento di obblighi previsti *aliunde*, ad esempio dall'art. 2381 o dall'art. 2391 c.c.

Nell'ipotesi di amministratore che abbia espresso il proprio disaccordo nelle forme suddette, è sostenibile permanga l'obbligo di intervento di cui al comma 2 dello stesso articolo.

Discussa è la validità di una clausola di esonero da responsabilità. Alcuni autori ne sostengono l'invalidità *tout court*; altra dottrina ne circoscrive l'invalidità alle clausole di esonero da responsabilità per le obbligazioni imposte all'amministratore con norma inderogabile nell'interesse dei terzi ovvero derivanti da dolo o colpa grave. È discussa altresì la validità dell'accordo con cui la società si obbliga ad assicurare a proprie spese l'amministratore per responsabilità civile. È sostenibile invece l'invalidità degli accordi parasociali di rinuncia preventiva all'azione di responsabilità.

È opportuno sottolineare che l'attività di revisione legale dei conti svolta da un revisore legale o da una società di revisione, sia essa volontaria o obbligatoria, non esonera gli amministratori dalla responsabilità derivante

dall'inadempimento degli obblighi generali e specifici previsti a dalla legge o dallo statuto. Infatti, la tenuta della contabilità e la formazione del bilancio sociale sono attività proprie degli amministratori, i quali debbono provvedervi con la diligenza richiesta dalle funzioni esercitate, senza confidare acriticamente sull'operato della società di revisione, sulla cui attività sono anzi tenuti a vigilare, anche quando gli adempimenti demandati a tali soggetti trovino giustificazione nel possesso di particolari competenze tecniche.

Tale principio è stato affermato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 9193 del 7 maggio 2015 con la quale ha rigettato la domanda di risarcimento dei danni cagionati dal mancato impiego della diligenza dovuta nella certificazione del bilancio, proposta dall'amministratore F. V., amministratore della Pantrem & C. S.p.a., contro la società di revisione Reconta Ernest & Young S.p.a.

I giudici della Cassazione affermano che non può essere condiviso il principio da cui muove la difesa del ricorrente, secondo cui l'attività di controllo e certificazione demandata alla società di revisione garantirebbe la correttezza e la veridicità dei dati dagli stessi risultanti, in tal modo dispensando gli amministratori da qualsiasi in ordine alla loro corrispondenza alla reale situazione economico-patrimoniale della società, tanto ai fini della redazione del bilancio successivo, quanto ai fini dell'individuazione dei provvedimenti da adottare per far fronte allo stato di crisi della società. Infatti, le relazioni periodiche della società di revisione e quella annuale sul bilancio di esercizio non attribuiscono alle relative risultanze un carattere di certezza tale da tradursi in un'attestazione legale di idoneità dei predetti atti a rappresentare fedelmente la situazione economico-patrimoniale e finanziaria della società. La loro finalità, che è quella di fornire elementi di valutazione in ordine allo stato di salute della società ed alla correttezza della gestione, consente di escludere dal novero

dei diretti destinatari gli amministratori, i quali, disponendo di tutti gli elementi necessari per la formazione della contabilità e la predisposizione dei bilanci, sono perfettamente in grado di rendersi conto di eventuali irregolarità, anche se ascrivibili alla precedente amministrazione.

Quindi, nel caso in esame, nonostante l'esito positivo della revisione, la riconducibilità delle irregolarità denunciate dal curatore fallimentare all'attività dei precedenti amministratori della società non comporta l'esonero dell'amministratore ricorrente da responsabilità, non essendosi adoperato, in adempimento dei propri doveri di vigilanza e diligenza, per eliminare le predette irregolarità, ma avendo pedissequamente riprodotto, nei bilanci successivi alla sua nomina, l'iscrizione delle poste attive contestate.

Tale conclusione trova conferma nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'amministratore che, succedendo ad altri nella gestione di una società affetta da gravi irregolarità, ometta di informare l'assemblea dei soci e di adottare i provvedimenti necessari al ripristino di una corretta amministrazione, è responsabile non già dell'attività dei precedenti amministratori, ma della propria colpevole omissione.

In definitiva, la responsabilità degli amministratori non può essere esclusa dalla circostanza che i bilanci redatti dai precedenti amministratori avessero riportato il giudizio positivo della società di revisione, in quanto la tenuta della contabilità e la formazione del bilancio restano pur sempre attività proprie degli amministratori.

1.9 La responsabilità nei gruppi di società.

L'art. 2497 c.c. prevede il caso in cui la società sia inserita in un gruppo e l'attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti sia esercitata da altra società o ente. È previsto in questo caso che le società

che esercitano il controllo siano direttamente responsabili nei confronti dei soci delle società assoggettate al controllo per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

A tal proposito il Tribunale delle Imprese con sentenza pronunciata il 26 febbraio 2016 ha chiarito che l'azione esercitata dalla società controllata nei confronti della controllante, non è un'azione ex art. 2497, comma 1, c.c., essendo quest'ultima riservata a soci e creditori della società controllata, bensì un'azione volta a far valere la responsabilità diretta di tipo contrattuale della società controllante per i danni che l'illegittima attività di direzione e coordinamento abbia cagionato al patrimonio della società controllata.

Nella stessa sentenza viene inoltre chiarito che, nell'ambito della responsabilità da abuso di direzione e coordinamento non è invocabile un'ipotetica auto responsabilità della società etero diretta per il danno subito al proprio patrimonio per effetto dell'esercizio dell'attività direttiva da parte della *holding*.

I medesimi principi trovano conferma in una recesente sentenza dei giudici di merito⁷⁰, in cui si chiarisce che l'influenza esercitata da una società su un'altra società in virtù di un contratto che non conferisce alla prima alcun potere di determinare le scelte gestorie della seconda non rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 c.c., né con riferimento al c.d. contratto esterno di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c. né con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2497 *septies* c.c. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento, in entrambi i detti casi, non può prescindere dall'esistenza di disposizioni contrattuali rilevabili in maniera oggettiva. In mancanza di uno specifico potere contrattuale della parte dirigente di imporre le proprie

⁷⁰Trib. Catania, 26 febbraio 2015; T. VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. Comm.*, 2016, p. 297.

decisioni, le condotte della parte etero diretta devono ricondursi alla libera strategia imprenditoriale di quest'ultima, e gli effetti di tale scelte non possono in alcun caso imputarsi ad altri.

La responsabilità della controllante è prevista nel caso in cui, esercitando il potere di direzione e di coordinamento, abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria imprenditoriale della società medesima. Con riferimento a quest'ultimo precetto è stato sostenuto che la partecipazione della società ad un gruppo comporta la legittimità di attività che perseguono anche interessi del gruppo stesso, ma in nessun caso possono essere ritenute legittime le attività che finiscono per contrastare con quelli della società fino al punto di arrecarle danno.

È previsto, ancora, che il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento e, inoltre, non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero sia stato integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Quanto alla responsabilità della controllante per il danno procurato al creditore sociale della controllata, è stato esaminato il caso dell'illecito derivato da informazioni o da dichiarazioni false od inesatte, fornite dalla controllante, formalmente terza rispetto al rapporto della controllata con il suo creditore, quando con condotta scorretta, abbia indotto o rafforzato l'affidamento del creditore della società controllata nella capacità di adempimento di quest'ultima, provocandogli così un danno ingiusto, avendolo indotto a continuare ad operare forniture alla controllata medesima, poi non adempiente. Con riferimento a tale responsabilità, fondata anch'essa sull'art. 2497 c.c., è stata riconosciuta la natura aquiliana,

ai sensi dell'art. 2043 c.c., per essere l'autore dell'illecito estraneo al contratto stipulato a causa delle informazioni fornite e per non essere configurabile l'inadempimento di specifiche obbligazioni gravanti sul dichiarante, facendo discendere da ciò che la parte danneggiata ha l'onere di provare tutti gli elementi, oggettivo e soggettivo, della fattispecie dannosa⁷¹

L'azione di responsabilità può essere esercitata anche nei confronti di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo, intendendo tutti quei soggetti che hanno fornito un contributo causale al fatto lesivo al di là della qualifica rivestita. Si tratterebbe, dunque, di quei soggetti che non hanno necessariamente incarichi formali di governo nella società controllante o controllata, quali gli amministratori di fatto o qualunque altro soggetto che, inserendosi nella gestione, abbia contribuito all'attività pregiudizievole, senza escludere, poi, i soggetti deputati al controllo delle medesime società, nel caso in cui sia data prova del loro contributo causale al fatto dannoso.

È ritenuto responsabile anche chi dall'azione dannosa abbia consapevolmente tratto beneficio venendo così usata un'espressione che fa ricondurre l'obbligazione conseguente all'arricchimento senza giusta causa, che non sarebbe inquadrabile, quindi, in una forma di responsabilità. Si tratta di una formula aperta, che lascia all'interprete l'individuazione di tutti i possibili soggetti nei cui confronti potrebbe essere diretta l'azione.

2. L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

L'art. 2393 c.c. stabilisce che l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità deve essere deliberato dall'assemblea anche quando la società è in stato di liquidazione⁷².

⁷¹Cass. n.3003/2012.

⁷² «La delibera assembleare è necessaria non solo quando la domanda giudiziale venga proposta in sede civile, ma anche quando è svolta mediante costituzione di parte civile nel processo penale» (V. SALAFIA, *L'esercizio dell'azione sociale contro gli amministratori*, in *Società*,

Tale deliberazione spetta all'assemblea ordinaria⁷³ da cui saranno esclusi i soci-amministratori della cui responsabilità si tratta, in quanto ai sensi dell'art. 2373 comma 2 c.c. gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità, in quanto in evidente conflitto di interessi⁷⁴.

La deliberazione dell'assemblea costituisce non già presupposto preliminare alla proposizione dell'azione, bensì condizione dell'azione; ne consegue che essa, come si avrà modo di approfondire in seguito, può anche sopravvenire nel corso del giudizio con effetto sanante *ex tunc*.

L'azione di responsabilità ha natura contrattuale: di conseguenza la disposizione *de qua* non troverà applicazione nel caso in cui l'azione di responsabilità non abbia ad oggetto atti di violazione da parte degli amministratori di obblighi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo; si tratterebbe in tal caso di illeciti extracontrattuali⁷⁵.

Una volta deliberata, l'azione è esercitata in giudizio dai rappresentanti legali della società, ossia dai nuovi amministratori, oppure da un curatore speciale nominato dal tribunale ex art. 78 c.p.c. qualora gli

2001; Cass. Civ., 22 giugno 1990, n. 6278). Diversamente nelle procedure concorsuali l'azione è proposta dal curatore, dal commissario liquidatore o straordinario previa autorizzazione dell'organo giudiziario o amministrativo che dirige la procedura, senza che sia necessaria la delibera dell'assemblea.

⁷³ Al riguardo si ricorda che secondo l'opinione prevalente prima della riforma lo statuto non poteva prevedere una maggioranza più elevata in quanto ciò avrebbe limitato ulteriormente il potere di agire della società (v. CONFORTI, *op. cit.*, p. 814 ss; Cass. Civ. 2 settembre 1988, n.8699). Secondo alcuni tale interpretazione sembrerebbe ora superabile, tenuto conto della maggior libertà nella formulazione degli statuti e dell'introduzione dell'azione sociale da parte della minoranza (M.R. COVELLI – F. BERNAZZA, *Art. 2393*, In G. BONFANTE ET AL. (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2011).

⁷⁴ Si osserva tuttavia che, poiché l'azione di responsabilità ha natura personale e deve pertanto essere deliberata separatamente per ciascun amministratore, ogni socio-amministratore può partecipare alla votazione relativa alla responsabilità di un altro amministratore senza risultare in conflitto di interessi.

⁷⁵ G. BIANCHI, *Amministratori e sindaci – Gli adempimenti e le responsabilità*, Torino, 2010. In tali casi però, trattandosi di responsabilità extracontrattuale, la società dovrà provare non solo l'inadempimento ed il danno, ma anche la colpa dell'amministratore.

amministratori contro i quali è stata deliberata l'azione non siano stati revocati o non siano comunque cessati⁷⁶.

L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. È sostenibile che tale disposizione fornisca chiarificazione circa il momento iniziale di decorrenza della prescrizione quinquennale fissato dall'art. 2949, comma 1, c.c., eccezione al principio generale per cui la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Dunque, a prescindere dal momento in cui l'amministratore ha posto in essere il comportamento pregiudizievole per la società e dal momento in cui i danni si sono verificati o manifestati, il computo del quinquennio di prescrizione parte dalla conclusione del rapporto di amministrazione.

2.1. La deliberazione autorizzativa ex art. 2393 c.c.

La deliberazione autorizzativa dell'azione sociale di responsabilità viene considerata quale elemento indispensabile al fine di integrare la legittimazione di chi agisce nel processo in qualità di legale rappresentante della società⁷⁷. La deliberazione dell'azione può avvenire in qualsiasi fase del giudizio di responsabilità essendo sufficiente la sua esistenza nel momento della pronuncia della sentenza che definisce il giudizio⁷⁸. Pertanto, è possibile che l'azione venga proposta senza previa delibera, purchè questa venga adottata in un successivo momento sanando *ex tunc* la mancanza iniziale.

L'adozione di una delibera in materia di responsabilità richiede di norma una rituale convocazione contenente l'indicazione dell'argomento

⁷⁶ Più precisamente la società conferisce procura all'avvocato affinché proponga l'azione avanti all'organo giurisdizionale competente per il tramite dei propri rappresentanti legali.

⁷⁷ In questo senso Cass. Civ., 6 giugno 2003, n. 9090.

⁷⁸ Al riguardo, Cass. Civ., 10 settembre 2007, n. 18939.

della responsabilità tra le materie da trattare. La convocazione dell'assemblea può avvenire su istanza dei soci in diverse ipotesi: *in primis*, ai sensi dell'art. 2367 c.c., gli amministratori devono convocare l'assemblea quando ne fa richiesta la minoranza qualificata del decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista dallo statuto; *in secundis*, la convocazione può avvenire da parte del collegio sindacale a seguito della denuncia di cui all'art. 2408 c.c.; infine la convocazione dell'assemblea può essere effettuata dal Tribunale nell'ambito dei provvedimenti conseguenti alla denuncia ex art 2409 c.c.⁷⁹. In ogni caso l'azione sociale di responsabilità può essere deliberata anche se non iscritta all'ordine del giorno nel caso in cui l'assemblea sia convocata per la discussione del bilancio (art. 2393, comma 2, c.c.), fermo restando naturalmente il diritto dei soci di richiedere il rinvio dell'assemblea ai sensi dell'art. 2374 c.c. L'art. 2393, comma 2, c.c. prevede, quindi, una deroga al principio generale della preventiva informazione dei soci circa l'oggetto della delibera assembleare la cui *ratio* è di consentire all'assemblea di adottare gli opportuni provvedimenti a tutela degli interessi della società, quando dalla discussione relativa al bilancio emergano delle inadempienze o delle responsabilità degli amministratori, senza dover attendere i tempi di un'altra assemblea convocata *ad hoc*. Pertanto, si ritiene che la formulazione adottata dal legislatore "in occasione della discussione" debba essere intesa rivolta a consentire l'adozione della deliberazione della responsabilità anche qualora l'esame del bilancio non si concluda con una delibera di approvazione o di non approvazione sul concreto andamento gestionale⁸⁰.

⁷⁹ D'altra parte, per quanto riguarda la denuncia del collegio sindacale, i risultati delle indagini potrebbero indurre i sindaci a deliberare essi stessi l'azione di responsabilità in base all'art. 2393, comma 3, c.c.; e per quanto concerne la denuncia al Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c. l'azione di responsabilità può essere promossa dall'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale senza che sia necessaria la previa delibera dell'assemblea.

⁸⁰ Al riguardo si veda Trib. Marsala, 1 aprile 2005, in *Società*, 2006.

La riforma del 2003 ha però introdotto una rilevante limitazione alla deroga in questione, stabilendo che l'omissione dell'indicazione tra le materie dell'ordine del giorno è legittima solo quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio in discussione⁸¹. Il termine generico infatti consente un'interpretazione ampia che comprenda sia la condotta che il pregiudizio patrimoniale: l'assemblea può quindi deliberare l'azione sia in relazione a comportamenti verificatesi nell'esercizio cui si riferisce il bilancio oggetto di discussione, sia a condotte poste in essere in un esercizio precedente, ma le cui conseguenze dannose si siano manifestate nell'esercizio considerato. Qualora, invece, si voglia esercitare un'azione per fatti relativi ad un periodo antecedente l'esercizio di cui si discute sarà necessaria l'iscrizione dell'azione tra le materie all'ordine del giorno⁸²; non è richiesto però che l'azione sia fondata sugli stessi atti esaminati dall'assemblea.

Per quanto concerne poi il contenuto della delibera con cui l'assemblea autorizza l'azione di responsabilità si osserva che, a differenza di altre deliberazioni societarie, in questo caso la legge non richiede una specifica motivazione che esponga le ragioni a fondamento della scelta in questione, che rientra nelle decisioni che l'assemblea può adottare in piena libertà⁸³. Di conseguenza, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, l'azione di responsabilità, non solo non può essere concretamente esercitata nei confronti di alcuni soltanto degli amministratori indicati dalla delibera assembleare, ma può anche essere

⁸¹ Questa disposizione sembra accogliere l'opinione di coloro che prima della riforma del 2003 rilevavano che l'art. 2393 comma 2 c.c., costituendo un'eccezione rispetto alla regola dell'art. 2366 c.c., era soggetto ad un'interpretazione di stretto diritto (v. F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2011, p. 363 ss.)

⁸² A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004; F. AULETTA, *Art. 2393 c.c.*, in M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società – Società per azioni, Società in accomandita per azioni*, tomo I, vol. 2, Artt. 2335-2422 c.c., Torino, 2003.

⁸³ Come specificato in Cass. Civ., 18 giugno 2005, n. 13169; Cass. Civ., 11 novembre 2007, n. 21858; Cass. Civ., 11 luglio 2008, n. 19235.

fondata su fatti diversi da quelli considerati dall'assemblea, in quanto la delibera è solo una condizione dell'azione, ma non può predeterminarne il contenuto.

In ogni caso, anche se la deliberazione dell'assemblea può essere generica, si ritiene che per l'esercizio dell'azione di responsabilità non sia sufficiente richiamare generici atti di *mala gestio* da parte degli amministratori, rinviando la descrizione specifica di tali atti ad un momento successivo nel corso del giudizio, dato che il principio processuale del contraddittorio richiede che sin dal principio la *causa petendi* contenga l'indicazione dei comportamenti ritenuti contrari ai doveri imposti dagli amministratori; gli addebiti mossi all'amministratore saranno vagliati approfonditamente solo nella causa contro di lui successivamente instaurata. A tal proposito, la Suprema Corte⁸⁴ ha recentemente avuto modo di chiarire che anche l'atto di citazione in giudizio degli amministratori deve essere caratterizzato da adeguata determinazione dell'oggetto del giudizio; esso deve indicare espressamente tutti gli elementi costitutivi della responsabilità, con espresso riferimento alla violazione dei doveri legali e statutari, nel rispetto del disposto dell'art. 163, comma 33, n. 3 e 4, c.p.c.. Tuttavia, perché sussista la nullità dell'atto di citazione ex art. 164, comma 4, c.p.c. è necessario che tali elementi risultino incerti ed inadeguati a tratteggiare l'azione, in quanto l'incertezza non sia marginale o superabile, ma investa l'intero contenuto dell'atto.

Le deliberazioni assembleari possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti o astenuti, dagli amministratori, dai sindaci e dal consiglio di sorveglianza, ma l'art. 2377 c.c. prevede una soglia minima per l'impugnabilità ed indica una serie di casi in cui la deliberazione non può essere annullata.

⁸⁴Cass. Civ. Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28669.

Nonostante alcuni autori abbiano sollevato dubbi circa la legittimazione ad impugnare in capo agli amministratori nei cui confronti si intende promuovere l'azione di responsabilità, la giurisprudenza sembra aver risolto la questione, riconoscendo agli amministratori l'interesse diretto ad impugnare le delibere assembleari che autorizzano l'azione di responsabilità nei loro confronti⁸⁵. La deliberazione assembleare ha efficacia immediata e la sua semplice impugnazione non ha efficacia sospensiva dell'esercizio dell'azione, a meno che non venga richiesta in via cautelare.

Di contro, i vizi della delibera dell'azione incidono anche sull'azione di responsabilità: la pronuncia giudiziale di inesistenza, nullità o annullamento della delibera assembleare determinano l'improcedibilità dell'azione di responsabilità proposta in base ad essa. Tuttavia, per la sopravvivenza dell'azione di responsabilità è sufficiente che venga adottata dall'assemblea una nuova e valida delibera di autorizzazione all'azione che avrà efficacia sanante *ex tunc*⁸⁶.

In tema di annullamento della delibera assembleare, il Tribunale di Torino⁸⁷, con sentenza pronunciata il 30 gennaio 2015 ha chiarito che l'amministratore di una S.p.a. non è legittimato a chiedere l'annullamento ex art. 2377 c.c. della delibera assembleare con cui viene promossa l'azione di responsabilità sociale nei suoi confronti, qualora, al momento dell'approvazione della delibera, abbia rinunciato alla propria carica né con l'impugnazione rivendichi di essere reintegrato in tale carica.

Circa invece le ipotesi di nullità, risulta interessante la sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il 16 giugno 2014, in cui si afferma che il patto parasociale tra amministratori e soci con il quale questi ultimi si

⁸⁵ In questo senso, Trib. di Bologna, 15 settembre 1992.

⁸⁶ Si ricorda che è necessario che l'adozione della delibera intervenga non oltre l'ultimo termine utile per la produzione dei documenti.

⁸⁷ Sul punto cfr. Trib. di Torino, 30 gennaio 2015.

impegnano a non deliberare l'azione di responsabilità nei confronti dei primi, integra un'ipotesi di nullità in quanto sono illeciti sia l'oggetto, ossia la prestazione di non votare l'azione di responsabilità, sia la funzione del patto, poiché esso fa prevalere l'interesse dei soci che si sono accordati a detrimento dell'interesse generale della società, quale ente, alla proposizione dell'azione dal cui esito positivo essa potrebbe ricavare benefici economici.

2.2. La promozione dell'azione da parte del collegio sindacale.

L'art. 3 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha introdotto un nuovo comma 3 nell'art. 2393 c.c. che prevede che l'azione di responsabilità possa essere promossa anche a seguito di deliberazione del consiglio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. Il legislatore del 2003 non aveva quindi previsto che il collegio sindacale avesse il potere di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. Non pare che tale scelta fosse dovuta ad ostacoli di ordine sistematico, quanto piuttosto a perplessità in relazione alla concreta efficacia dello strumento, in quanto, in ipotesi di responsabilità degli amministratori, gli stessi sindaci correrebbero il rischio di essere accusati di non aver correttamente svolto i propri compiti di controllo. Tuttavia, tale remora è stata poi superata non ritenendo che fosse tale da disconoscere l'utilità dello strumento in questione, tenuto conto anche del fatto che la riforma del 2003 aveva già introdotto per le società con sistema dualistico la possibilità che a promuovere l'azione fosse il consiglio di sorveglianza, nonché del fatto che analoghe obiezioni si sarebbero potute sollevare rispetto al potere di denuncia al Tribunale, anch'esso potenzialmente suscettibile di condurre alla revoca degli stessi sindaci denunciati.

La novità apportata dalla legge in commento è molto importante in quanto, rafforzando la posizione del collegio sindacale, dovrebbe

rappresentare un ulteriore deterrente rispetto a comportamenti gestori dannosi degli amministratori, nonché contribuire a condurre verso l'equiparazione del peso dell'organo di gestione e di quello di controllo all'interno della società.

Tuttavia i componenti del collegio sindacale sono espressione della stessa maggioranza assembleare da cui provengono gli amministratori: risulta quindi difficile che l'azione venga concretamente promossa. Inoltre, anche laddove vi siano sindaci nominati dalla minoranza, si deve tener presente che la deliberazione dell'azione deve essere assunta con la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti del collegio sindacale, con esclusione, quindi, di una possibile iniziativa da parte dei sindaci di minoranza. A ciò si aggiunge la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi ultimi, quando il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato secondo la diligenza loro richiesta: per cui potrebbe accadere che i sindaci siano chiamati in causa nell'azione di responsabilità da essi proposta⁸⁸. D'altra parte, l'art. 2393 comma 3 c.c. introduce un "potere/dovere" in capo al collegio sindacale, che quindi, a differenza dell'assemblea, è tenuto a promuovere l'azione laddove ne ravvisi i presupposti. Di conseguenza, in presenza di comportamento gestori dannosi degli amministratori, mentre "non è affatto certa la chiamata in causa dei sindaci, né tanto meno, la loro condanna solidale da parte del tribunale, l'omesso esercizio di tale potere deliberativo di per sé costituisce inadempimento colpevole dei sindaci ai propri doveri di controllo⁸⁹". Nonostante ciò, nella pratica, è difficile che i sindaci corrano il rischio di

⁸⁸ C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 830 ss.; G. BIANCHI che precisa che «Per evitare che ciò accada è necessario che l'azione venga corredata dalla prova della circostanza esimente, per cui la responsabilità non si estende al sindaco che, avendo vigilato in conformità della propria carica, prova di non aver potuto impedire il danno».

⁸⁹ L. NAZZICONE-S. PROVIDENTI, *Amministrazioni e controlli nella società per azioni*, Milano, 2010.

promuovere un'azione costosa e dai risultati incerti, per cui è più probabile che si avvalgano della denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.

In giurisprudenza⁹⁰ si è altresì affermato che, qualora vi sia un vero e proprio danno all'interesse sociale, l'art. 2393, comma 3, c.c. non attribuisce un potere sussidiario al collegio sindacale, ma un potere autonomo di promozione dell'azione, anche rompendo la dialettica sociale, in ragione del superiore interesse sociale da salvaguardare. Pertanto, i sindaci, qualora ritengano sussistente il danno all'interesse sociale, anche in contrasto con i soci, che non hanno più il monopolio decisionale sul punto, possono promuovere l'azione di responsabilità, direttamente e senza la preventiva verifica del Tribunale ex art. 2409 c.c. Alla luce di tali considerazioni, quindi, l'azione ex art. 2393 c.c. è proponibile previa delibera dell'assemblea dei soci o del collegio sindacale con posizione paritetica; tale delibera dà luogo alla legittimazione processuale del legale rappresentante della società, anche se adottata dal collegio sindacale per l'identità della funzione.

In ogni caso, anche i sindaci, analogamente all'assemblea, si limitano a deliberare l'azione che sarà poi promossa dal legale rappresentante della società o a mezzo del curatore speciale ex art. 78 c.p.c., qualora quest'ultimo figuri fra i convenuti.

2.3. La revoca automatica degli amministratori.

La delibera dell'azione di responsabilità presa con voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale produce, quale effetto legale ed immediato, la revoca degli amministratori contro i quali è proposta⁹¹. La

⁹¹ Come specifica Cass. Civ., Sez. I, 7 ottobre 2010, n. 20826, in *Diritto&Giustizia*, 2010, la norma non è applicabile nel caso di azione di responsabilità verso i sindaci, mentre resta,

norma soddisfa un'esigenza cautelare: evitare che permanga in carica e continui a gestire la società l'amministratore del quale l'assemblea afferma la responsabilità. Tuttavia il legislatore ne ha subordinato l'effetto alla volontà favorevole di una significativa frazione del capitale sociale per compensare la limitazione del diritto dei soci ad essere informati preventivamente sulle materie oggetto di decisione assembleare, limitazione che inevitabilmente l'automatismo della revoca comporta.

Nell'ipotesi descritta, sarà l'assemblea stessa a provvedere contestualmente alla sostituzione degli amministratori ai sensi dell'art. 2393 comma 5 c.c. In difetto, occorrerà che l'assemblea adotti una separata deliberazione di revoca e qualora la revoca non risultasse all'ordine del giorno, sarà necessaria una nuova convocazione dell'assemblea.

Una volta deliberata dall'assemblea, l'azione sociale è esercitata dai nuovi amministratori o dal liquidatore.

Dopo alcuni contrasti in giurisprudenza circa la possibilità che coloro che siano stati revocati ex art. 2393, comma 5, c.c. votino nella delibera di nomina dei nuovi amministratori, si è affermata l'opinione di chi propone l'analisi del caso concreto, per poter valutare di volta in volta se l'esercizio del diritto di voto sia, in effetti, in conflitto di interessi o potenzialmente dannoso per la società ex art. 2373 c.c. La Cassazione negli anni '50 aveva escluso il diritto di voto dei soggetti revocati nella delibera di

ovviamente, salvo il potere dell'assemblea di deliberare, anche contestualmente all'azione di responsabilità, la revoca dei sindaci per giusta causa, ferma però la necessità di sottoporre detta deliberazione di revoca all'approvazione del Tribunale ai sensi dell'art. 2400, comma 2, c.c.. Concorde Cass. Civ. Sez I, 12 dicembre 2005, n. 27389, in *Foro.it*, n.9, 2006, i, c. 2369; *Giust. Civ. Mass.*, 2005, p.12; *Giur. comm.*, n. 6, 2006, II, p. 1005; *Riv. not.*, n. 5, 2006, p. 1397. In *obiter dicta*, del resto, la Corte d'App. Milano, sez. I, 28 maggio 2008, inedita, testo disponibile sul motore di ricerca *Dejure*, per negare l'applicabilità dell'art. 2393 c.c. alle S.r.l. afferma la "natura eccezionale" della disposizione sulla revoca automatica, vista la sua incidenza sui diritti, sull'autonomia e più in generale sullo status dell'amministrazione; ribadito in Trib. Marsala, 21 giugno 2005, n. 417, inedita, testo disponibile sul motore di ricerca *Dejure*.

nomina dei nuovi amministratori⁹². La giurisprudenza più recente, invece, contesta l'applicazione del divieto di voto per il conflitto di interessi all'amministratore revocato previsto dall'art. 2393, comma 5. c.c. perché l'art. 2373, comma 2 c.c. descriverebbe una situazione di assoluta eccezionalità e specialità all'interno della disciplina delle società di capitali che non consentirebbe di estenderne la portata aldilà dell'unico caso da esso contemplato.

È altresì ammissibile che i soci-amministratori appena revocati siano nuovamente eletti e ciò perché nell'elenco delle cause di ineleggibilità alla carica di amministratore non compare né la semplice promozione dell'azione sociale di responsabilità, né l'eventuale successiva condanna; sia perché la *ratio* della revoca sta nella presunzione che il rapporto fiduciario fra società ed amministratore sia stato incrinato, presunzione che la società ben può smentire, riaffermando esplicitamente la fiducia ai nuovi amministratori⁹³. Così, qualora sia rieletto l'amministratore revocato ancora sottoposto all'azione di responsabilità, il procedimento a suo carico potrà continuare attraverso la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. Di norma, revoca e nomina dei nuovi amministratori avvengono nella stessa riunione assembleare o, al massimo, in una successiva.

Dibattuta è la questione circa l'applicabilità della regola della revoca automatica *de qua* anche agli amministratori indipendenti, nominati dai possessori di strumenti finanziari ex art. 2351, ult. comma, c.c. Il dato

⁹²Cass.Civ., 17 ottobre 1955, n.3241.

⁹³F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, op. cit., p. 196. Secondo C. CONFORTI, op. cit., p. 187, «in concreto, l'ipotesi si pone nel solo caso in cui l'azione di responsabilità sia stata deliberata da una minoranza che conti su almeno un quinto del capitale sociale (e, in occasione della delibera ci cui all'art. 2393, comma 1, c.c., la maggioranza abbia dovuto astenersi dal votare, per conflitto di interessi). In ogni altro frangente, infatti, non vi può essere dubbio sul fatto che una maggioranza del capitale che decida di esercitare l'azione sociale di responsabilità contro l'amministratore, provocandone la revoca, non sarà disponibile a riconfermarlo in immediata successione, non fosse altro che per venir meno di quel rapporto fiduciario che deve legare amministratori e società».

testuale di cui al cit. ultimo articolo, rinviando alle norme previste per gli altri componenti dell'organo amministrativo, pare costituire un indizio letterale a favore dell'applicabilità *tout court* della revoca d'ufficio. Tuttavia, i sostenitori della tesi opposta evidenziano come l'impostazione suddetta attribuirebbe la facoltà di decidere sulla responsabilità e sulla revoca automatica dell'amministratore indipendente ad un organo diverso (collettività di azionisti) rispetto a quello che ha proceduto alla loro nomina (possessori di strumenti finanziari). Ne discenderebbe, seguendo tale impostazione, che, posto il principio generale secondo cui spetta comunque all'assemblea generale decidere sulla responsabilità degli amministratori, compresi quelli indipendenti, la revoca automatica potrebbe scaturire solo quando, alla delibera dell'assemblea adottata con almeno il 20% del capitale sociale, si aggiungesse la delibera dell'assemblea speciale dei portatori di strumenti finanziari; ciò al fine di evitare che l'assemblea generale pregiudichi la posizione dei portatori di strumenti finanziari, surrettiziamente cancellando, attraverso la delibera di responsabilità e la revoca, il diritto di nomina in capo ai titolari degli stessi strumenti.

Come già rilevato, una volta che l'azione sia stata deliberata, essa sarà esercitata dal legale rappresentante della società. Peraltro, qualora la delibera sia adottata con voto favorevole di meno di un quinto del capitale sociale, dunque senza revoca automatica, si verifica una situazione di conflitto di interessi tale per cui a proporre l'azione sono gli stessi amministratori contro i quali si deve procedere. In tal caso si dovrà chiedere al Tribunale la designazione di un curatore speciale legittimato ad agire in giudizio ex art. 78 c.p.c.⁹⁴. Se poi la società è stata dichiarata fallita o sottoposta a liquidazione coatta amministrativa o a amministrazione

⁹⁴Cass. Civ., 11 novembre 2005, n. 21858; Cass. Civ., 18 giugno 2005, n. 13169, evidenziano la necessità che nell'azione di responsabilità, la società sia rappresentata in giudizio da un amministratore diverso da quello contro cui è diretta l'azione, o altrimenti un curatore speciale ex art. 78 c.p.c.

straordinaria, l'azione è proposta dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato (art. 146, comma 2, legge fall.)⁹⁵, o ancora dal commissario liquidatore con il consenso dell'autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione coatta amministrativa (art. 206, comma 2, legge fall.), o dal commissario nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (art. 36 d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270). L'assemblea può naturalmente decidere di agire solo contro alcuni degli amministratori. La legittimazione passiva appartiene ai singoli amministratori e non all'intero consiglio, non sussistendo tra essi litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.

2.4. Rinuncia e transazione.

A norma dell'art. 2393, comma 6, c.c., la società può rinunciare all'azione o transigerla, accordandosi sull'ammontare del risarcimento, qualora sussista apposita ed espressa delibera assembleare. Quest'ultima è presupposto essenziale perché rinuncia e transazione vengano ad esistenza e dispieghino i loro effetti. Come chiarito dalla Cassazione, infatti, il potere di deliberare sia il promovimento dell'azione sociale di responsabilità sia la rinuncia all'esercizio di tale azione sia la transazione, è esclusiva competenza dell'assemblea dei soci; pertanto, la rinuncia o la transazione effettuata dal nuovo amministratore senza la preventiva delibera assembleare è affetta da nullità assoluta ed insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio. La delibera assembleare costituisce infatti formale e inderogabile modalità di espressione della volontà della società, della quale non sono ammessi equipollenti⁹⁶.

⁹⁵ Sul punto, Cass. Civ., 20 settembre 2012 n. 15955; Cass. Civ., 21 giugno 2012 n. 10378; Cass. Civ., 21 luglio 2010 n. 17121.

⁹⁶ Cass. Civ., 1 ottobre 1999 n. 10896 con cui era stata annullata la decisione di merito secondo cui la sottoscrizione di un accordo da parte di tutti i soci costituiva manifestazione

La delibera deve indicare specificatamente le operazioni o violazioni da cui derivano le pretese risarcitorie da rinunciare o transigere; infatti, la delibera generica, non sarà invalida, ma non libererà neanche gli amministratori dalle responsabilità loro imputate⁹⁷. La necessità che sia fatto specifico riferimento agli episodi di *mala gestio* esclude altresì l'ammissibilità di una rinuncia preventiva all'azione, anteriore alla verifica dei fatti fonte di responsabilità per gli amministratori. In questo caso la società non ha ancora maturato alcun diritto di credito verso l'amministratore e quindi l'oggetto della rinuncia o della transazione è privo del requisito della determinatezza.

Da tale ipotesi appena descritta, va tenuta distinta quella di rinuncia e transazione intervenute prima che l'assemblea abbia deliberato l'azione di responsabilità ma comunque in presenza di inadempimenti o lesioni patrimoniali effettuati dagli amministratori. Qui la rinuncia e la transazione esercitate in via preventiva sarebbero sempre ammissibili considerato che il diritto al risarcimento deriva direttamente dalla condotta illecita dell'amministratore, mentre la delibera assembleare riguarda l'esercizio concreto dell'azione. Unico requisito imprescindibile è che il diritto di credito sorto a favore della società per effetto del danno arrecato, sia già determinato o determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c.⁹⁸.

Presupposto di rinuncia e transazione preventive è poi che esse si inseriscano in una delibera assembleare di contenuto determinato, perché se previste solo in un patto parasociale rischiano di essere dichiarate nulle insieme all'accordo che le contempla. Infatti, la rinuncia anticipata

della volontà, equiparabile ad una delibera assembleare, di ratificare l'operato del legale rappresentante. Di recente anche Cass. Civ., 7 luglio 2011 n. 14963 e Cass. Civ., 24 aprile 2007 n. 9901.

⁹⁷Trib. Milano, 4 ottobre 1984 e 13 giugno 1991.

⁹⁸ Per C. CONFORTI, *op. cit.*, pag. 876, menzionando le motivazioni del Trib. Milano, 16 gennaio 1995, in *Gius.Civ.*, 1995, p. 3752, la delibera di rinuncia e transazione non deve essere necessariamente preceduta dalla delibera assembleare dell'azione di responsabilità.

all'esercizio dell'azione sociale e la transazione potrebbero porsi in conflitto di interessi con la società, integrando così un patto vietato. Sul punto la Cassazione ha spiegato come possono risultare illegittimi i sindacati di voto mediante i quali uno o più soci si impegnano ad esercitare in un determinato modo il voto in assemblea in quanto il diritto di voto trova un limite nel conflitto di interesse con la società. Se, quindi, il socio non può esercitare il diritto di voto in conflitto con l'interesse sociale, a maggior ragione non potrà disporne, vincolandosi negozialmente ad esercitarlo, non solo per il perseguimento dell'interesse di un terzo estraneo alla società, ma, soprattutto, per il contrasto con l'interesse della società. In tali casi il patto parasociale sarebbe nullo per violazione di norme imperative inderogabili⁹⁹.

Secondo l'art. 2393, comma 6, c.c. nella votazione assembleare su rinuncia e transazione non deve esservi il parere contrario di una minoranza di soci che rappresenti un quinto del capitale sociale nelle s.p.a. chiuse ed un ventesimo in quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. È però possibile che tali soglie varino in virtù di una diversa previsione statutaria, nella misura indicata dall'art. 2393-bis, commi 1 e 2, c.c., e dunque fino ad un terzo del capitale nelle s.p.a. chiuse e ridotto ad un quarantesimo nelle società aperte.

Rinuncia e transazione possono ovviamente riferirsi soltanto ad alcuni degli amministratori, come accade solitamente nelle procedure concorsuali.

In definitiva, affinché l'assemblea possa validamente procedere è necessario che:

⁹⁹ A tal proposito, v. Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 2010, n. 10215, in *Banca borsa e tit, cred.*, n. 2, 2012, II, p. 131, con nota di Ciocca, *Patti parasociali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori uscenti*.

- si sia verificato un danno al patrimonio sociale causato da un amministratore;
- la rinuncia o la transazione siano deliberate dall'assemblea in maniera espressa indicando dettagliatamente gli inadempimenti degli amministratori ovvero le vicende gestionali contestate e riferite a fatti determinati;
- non si opponga alla delibera una minoranza qualificata di soci nelle percentuali riportate dall'art. 2393, comma 6, c.c.

Nelle società per azioni che scelgono di essere amministrate col modello dualistico, dato che l'azione di responsabilità è esercitata dall'assemblea, anche rinuncia e transazione devono essere deliberate dallo stesso organo.

Più delicata è invece l'ipotesi in cui l'azione sia promossa dal consiglio di sorveglianza ex art. 2409-*decies*, comma 4, c.c. secondo il quale rinuncia e transazione assumono validità ed efficacia se deliberate a maggioranza assoluta dei suoi membri senza l'opposizione di una percentuale di soci pari a quella indicata dall'art. 2393 c.c. Il legislatore ha qui ridotto il *quorum* necessario per deliberare la rinuncia e la transazione rispetto a quello necessario per l'esercizio dell'azione di responsabilità. In entrambi i casi, comunque, la decisione è adottata a maggioranza assoluta dei componenti del consiglio di sorveglianza e non dei presenti¹⁰⁰.

L'eventuale opposizione alla delibera dovrebbe essere manifestata in seno all'assemblea, rispetto ad altra eventuale opzione indicata dallo statuto, con la possibilità che si renda necessaria la convocazione di un'ulteriore riunione in cui i soci abbiano modi di esprimere il proprio dissenso alla revoca o alla transazione. In tal modo sarebbe garantita adeguata trasparenza circa la portata economica della pretesa risarcitoria, i

¹⁰⁰ C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 1173.

rischi connessi ad un'azione giudiziale, i vantaggi che potrebbero derivare per la società dalla rinuncia e, infine, le condizioni della transazione¹⁰¹. La competenza del consiglio di sorveglianza è in effetti concorrente con quella dell'assemblea, ma non analoga ad essa¹⁰². Mentre il primo ha l'obbligo di perseguire esclusivamente l'interesse sociale, l'assemblea è libera di agire per la miglior realizzazione degli interessi dei proprietari. Pertanto nell'eventuale conflitto interorganico, quest'ultima ha un potere sovraordinato in merito agli atti di disposizione del diritto al risarcimento del danno. Tale interpretazione è confermata dalla disciplina dettata per l'efficacia della rinuncia e della transazione dell'azione. Quando l'iniziativa provenga dall'assemblea, infatti, la delibera produrrà validamente i suoi effetti a prescindere da qualsiasi manifestazione di volontà, diretta o indiretta, del consiglio di sorveglianza. Qualora, viceversa, la delibera provenga dal consiglio di sorveglianza, ai sensi dell'art. 2409-*dodicies*, comma 4 c.c., essa deve essere approvata a maggioranza assoluta e non vi si opponga il *quorum* di soci indicato dall'art. 2393 ultimo comma c.c.

In definitiva, i presupposti per cui il consiglio di sorveglianza può validamente deliberare di rinunciare o transigere l'azione sono:

- la verifica di un danno patrimoniale alla società;
- l'approvazione della delibera a maggioranza assoluta dei componenti del consiglio di sorveglianza;
- la mancata opposizione di una minoranza qualificata dei soci nelle percentuali riportate dall'art. 2393, comma 6, c.c.

Per le società per azioni che scelgono di essere amministrate col modello monistico, l'art. 2409-*noviesdecies*, comma 1, c.c. richiama espressamente le disposizioni degli artt. 2393 e 2393-*bis*, al comma 6, c.c.

¹⁰¹ C.CONFORTI, *op. cit.*, p. 1174.

¹⁰² C. MARCHETTI, *op.cit.*, p. 80.

proprie del sistema tradizionale: si deve perciò ritenere che le regole previste per i casi di rinuncia e transazione dell'azione siano le stesse *ivi* indicate.

2.5. La prescrizione.

L'art. 2393, comma 4, c.c. stabilisce che l'azione sociale di responsabilità deve essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione della carica di amministratore¹⁰³. La dottrina ha altresì ritenuto applicabili alla fattispecie sia l'art. 2941, n. 7, c.c. in tema di sospensione della prescrizione finché gli amministratori restino in carica¹⁰⁴, che l'art. 2947, comma 3, c.c. sulla sua eventuale estensione, qualora il fatto addebitato all'amministrazione sia qualificabile come reato.

In passato, mancando una specificazione sul punto, si riteneva applicabile anche l'art. 2935 c.c. in base al quale la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Da qui è nato il dibattito sulla precisa decorrenza del termine; se esso debba cioè coincidere col giorno in cui il danno al patrimonio sociale è stato prodotto oppure con quello in cui il danno è stato o poteva essere scoperto usando l'ordinaria diligenza. La legge, oggi, esplicita che, a prescindere dal momento in cui l'amministrazione ha compiuto l'atto lesivo o da quello in cui i danni si sono prodotti sul patrimonio sociale o ancora dal tempo in cui sono stati scoperti, il computo della prescrizione parte dalla cessazione della carica¹⁰⁵.

¹⁰³ Come si legge nel commento di Assonime, *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento dell'Assonime*, in *Riv. soc.*, n. 4, 2005, p. 891 ss., par. 10 «la previsione non altera la durata della prescrizione ma segna un termine di decorrenza certo, ad evitare dubbi nella sua individuazione nei casi in cui il dissesto societario sfoci in procedure di insolvenza (il momento in cui si verifica lo stato di insolvenza può non coincidere con il momento in cui il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei creditori delle società)».

¹⁰⁴Trib. di Roma, 17 settembre 2001, in *Società*, 2002, p. 744 e Cass. Civ., 21 giugno 2012, n. 10378.

¹⁰⁵ C. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 83.

Sembrano inoltre superate le incertezze dottrinali circa la possibilità che si tratti di un termine di decadenza invece che di prescrizione¹⁰⁶. In tal senso, secondo alcuni, tuttavia, deporrebbe il tenore letterale dell'art. 2393, comma 4, c.c. per il quale la scadenza dei cinque anni dalla cessazione della carica individuerebbe il limite ultimo per l'esercizio dell'azione e non del diritto (come invece dovrebbe dirsi per la prescrizione), ovvero il fatto che già esiste la previsione di una sospensione della prescrizione per le azioni di responsabilità contro gli amministratori ai sensi dell'art. 2941, n.7, c.c. e sarebbe superflua la sua riaffermazione¹⁰⁷. In realtà, la civilistica ha già spiegato come decadenza e prescrizione abbiano, in effetti, struttura e funzione diversa: la prima, infatti, non risponde principalmente, come la seconda, a soddisfare un'esigenza di certezza. La decadenza opera in situazioni dubbie che devono essere definite entro un termine perentorio, motivo per cui ad essa non si applicano le regole sull'interruzione della prescrizione né quelle sulla sua sospensione¹⁰⁸. Inoltre, se si trattasse di decadenza, dovrebbe negarsi l'applicabilità dell'art. 2941, n. 7, c.c., che, al contrario, sembra essere pacifica.

Dal punto di vista sistematico, infine, è stato rilevato come l'art. 2393, comma 4, c.c., sia coerente con quanto disposto per l'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c., in cui l'art. 2949, comma 2, c.c. espressamente contempla il medesimo termine di prescrizione quinquennale.

¹⁰⁶ In base al principio statuito in Cass. Civ., 15 settembre 1995, n. 9764, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 1648, per affermare «la natura decadenziale di un termine legale o negoziale non è necessario che sia espressamente prevista la decadenza, essendo sufficiente in modo chiaro ed univoco, che dalla sua mancata osservanza derivi la perdita del diritto (Cass. 187/81, 896/79' 789/75)». A favore dell'interpretazione opposta, invece, L. FAREGA, *La riforma delle società. La responsabilità degli amministratori*, in *Giur. merito*, n. 1, 2004, p. 155.

¹⁰⁷ P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società, op. cit.*, 2003, p. 15; M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 292 ss.; M. DE ACUTIS- R. SANTINI, *S.p.a. - Amministrazione e controllo*, Milano, 2003, p. 57.

¹⁰⁸ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007.

2.6. L'azione sociale esercitata dai soci.

L'art. 2393- *bis* c.c. prevede che l'azione sociale possa essere promossa da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa percentuale stabilita dallo statuto, comunque non superiore a un terzo. Tale percentuale si riduce a un quarantesimo nelle società "aperte", salvo che lo statuto non determini una percentuale inferiore. L'opzione del legislatore è stata quella di circoscrivere il potere di agire non già a ciascun azionista, ma a quei soci che siano titolari di una significativa, per quanto minoritaria, percentuale del capitale sociale.

L'ampliamento della categoria di soggetti legittimati a promuovere l'azione sociale di responsabilità è motivato dalla necessità di evitare che la maggioranza assembleare possa avallare politiche gestionali dannose per la società. L'esperienza del passato ha dimostrato infatti che l'azione sociale di responsabilità ben di rado è promossa dalla stessa maggioranza che aveva nominato gli amministratori, essendo il più delle volte frutto dell'iniziativa di nuove maggioranze in caso di passaggio del controllo, o del curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 l. fall.

Il fatto che la titolarità dell'azione sia legata al possesso di una frazione del capitale sociale implica che il diritto di agire dipenda dalla partecipazione al patrimonio della s.p.a. e non dal diritto di voto in assemblea. Infatti, elemento rilevante non è il potere di influire sulla società mediante il voto, ma il rischio del proprio patrimonio con la partecipazione sociale.

Con la proposizione dell'azione i soci di minoranza fanno valere un diritto altrui in nome proprio nell'interesse della società: È dunque sostenibile che si configuri una fattispecie tipica di legittimazione straordinaria e, segnatamente, di sostituzione processuale ex. art. 81 c.p.c. Conseguenza è

la imprescindibile necessità della partecipazione al giudizio da parte del titolare del diritto d'azione, ossia la società (si tratta di litisconsorzio necessario). Ulteriore riflesso è rappresentato dal principio in forza del quale il giudicato, destinato a formarsi all'esito della controversia, riguarderà direttamente la società, poiché titolare del rapporto giuridico oggetto di accertamento giudiziale. Nel caso di accoglimento della domanda, infatti, la società dovrà rimborsare ai soci-attori le spese di giudizio e quelle necessarie all'accertamento dei fatti che il giudice non abbia già posto a carico dei soccombenti.

Parte della dottrina specifica ulteriormente la qualificazione dell'azione *de qua* riconducendola allo schema dell'azione surrogatoria. Tuttavia si rileva la mancanza di alcuni presupposti propri di tale azione: l'azione dei soci, infatti, non trova giustificazione nel fatto che la società non abbia ancora deciso di agire in responsabilità contro i propri esponenti. Altre tesi configura una singolare ipotesi di gestione d'affari processuali, negando al contempo che si possa parlare di sostituzione processuale, almeno laddove si reputi che il sostituto agisca a tutela di un diritto distinguibile da quello del sostituito¹⁰⁹.

L'azione può naturalmente essere oggetto di rinuncia o transazione¹¹⁰ sia da parte dei soci che da parte della società: in tal caso, anche se deliberate dall'assemblea, occorre comunque il consenso di coloro che hanno proposto l'azione. Ogni corrispettivo per rinuncia e transazione deve comunque andare a vantaggio della società.

¹⁰⁹ C.F. GIAMPAOLINO, *Imputazione dell'atto dell'amministratore e responsabilità della società*, in *Giur. Comm.*, 2015, p. 1375.

¹¹⁰ Come si legge in P. ABBADESSA- A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. arbitrato*, n. 4, 2009, p. 269 ss., nota 25, nel potere di transigere è incluso quello di compromettere l'azione per arbitri irrituali: v., Corte d'App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Società*, 1992, p. 655 ss. La clausola e la deliberazione che prevedono il ricorso all'arbitrato si ritengono in opponibili ai creditori e pertanto anche al curatore e al commissario liquidatore: Trib. Monza, 13 dicembre 2004, in *Juris data*; Trib. Padova, 6 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 818.

La fattispecie appena descritta è una delle più grandi novità della riforma del 2003; qualificata come una sorta di *classaction*, consente ai soci di minoranza di chiedere agli amministratori di risarcire alla società l'intero danno cagionato, non solo quello causato alla minoranza che esercita l'azione.

I dati caratterizzanti la fattispecie sono quindi:

- la legittimazione sostitutiva dei soci di minoranza ad esercitare l'azione di cui all'art. 2393 c.c.;
- la possibilità di esercizio dell'azione da parte degli azionisti ordinari e degli azionisti titolari di azioni di altre categorie;
- la società quale litisconsorte necessario della causa ex art. 2393-bis, comma 3, c.c.;
- la società come unica titolare del diritto al risarcimento del danno o dell'eventuale corrispettivo in caso di transazione.

Circa il pericolo che l'azione di minoranza, se strumentalizzata, possa essere convertita in strumento di abuso o di destabilizzazione, sembra che il sistema processuale fornisca adeguate garanzie: *in primis* gli amministratori avrebbero ampio spazio per una difesa preliminare; *in secundis*, le spese sono a carico dell'attore soccombente ed comunque prevista la possibilità per gli amministratori di proporre un'azione di danni per lite temeraria; infine la previsione del corrispettivo per rinuncia o transazione alla società.

2.7. Alcuni aspetti processuali rilevanti.

Per una migliore comprensione dell'azione sociale di responsabilità, sembra utile analizzare alcuni aspetti processuali inerenti il suo esercizio; in

primo luogo alcuni cenni circa la disciplina della rappresentanza in giudizio della s.p.a.

L'azione può essere proposta sia dalla società, dopo la deliberazione dell'assemblea, sia dai soci. Nel primo caso, la società dovrà notificare la citazione agli amministratori e costituirsi in giudizio, dopo aver dato procura ad un avvocato. La procura è conferita tramite uno degli amministratori, escluso colui contro il quale si agisce. Nel secondo caso, dopo la notifica dell'atto di citazione alla società, questa dovrà decidere se partecipare o meno al procedimento ed esprime la sua autorizzazione tramite una delibera dell'assemblea convocata *ad hoc*¹¹¹. In caso di costituzione in giudizio si dovrà conferire una procura ad un avvocato.

Nell'ipotesi di conflitto di interessi dell'amministratore, la rappresentanza della s.p.a. spetta ad un curatore speciale designato dal Tribunale ex art. 78, comma 2, c.p.c.. La richiesta di nomina del curatore può essere fatta dall'amministratore in carica contro cui si sta procedendo o, se questo non vi provvede, dal pubblico ministero su sollecitazione del socio o del collegio sindacale ovvero dai soci.

Legittimati passivi sono singoli amministratori e non il consiglio di amministrazione, in quanto si tratta di responsabilità personale, diretta e di natura contrattuale¹¹². Trattandosi di responsabilità solidale, l'assemblea può deliberare di agire nei confronti di alcuni amministratori e il rappresentante della società può anche scegliere contro quali amministratori indicati nella delibera proporre azione, senza che si determini un litisconsorzio necessario; è ovviamente possibile che gli amministratori convenuti chiamino in causa ex art. 106 c.p.c. gli altri amministratori o

¹¹¹ C. MARCHETTI, *op. cit.*, pag. 86, Torino, 2015.

¹¹² V. *inter alia* Cass. Civ., 11 novembre 2010, n. 22911.; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Società*, 2009, p. 491. Nel caso in cui la società sia in liquidazione l'azione può essere promossa sia nei confronti del liquidatore sia nei confronti dei precedenti amministratori.

sindaci corresponsabili o agire in regresso contro di loro ai sensi dell'art. 1229 c.c.¹¹³

Circa il giudice competente e la procedura applicabile, in passato si riteneva che le azioni di responsabilità fossero soggette al rito del lavoro e conseguentemente di competenza del pretore in funzione di giudice del lavoro¹¹⁴. Successivamente, in concomitanza con l'eliminazione della figura del pretore, l'art. 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha ricompreso le azioni di responsabilità tra quelle cui si applica il rito societario, attribuite al Tribunale in composizione collegiale. Con l'abrogazione delle norme che avevano istituito il rito societario, le azioni di responsabilità sono nuovamente soggette al rito ordinario e ricadono nella competenza del Tribunale delle imprese istituito ai sensi del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1¹¹⁵. Circa le società a partecipazione pubblica, la Cassazione a Sezioni Unite ha stabilito che è competente il giudice ordinario se le conseguenze dannose della condotta degli amministratori si manifestino nella sfera patrimoniale della società, mentre qualora si producano in quella del socio pubblico è competente il Giudice contabile¹¹⁶. Infine si deve osservare che, potendo essere oggetto di rinuncia e transazione, l'azione sociale di responsabilità può anche essere deferita al giudizio arbitrale, rituale o irrituale¹¹⁷.

¹¹³ V. Cass. Civ., 18 maggio 2012 e Cass. Civ., 25 luglio 2008, n. 20476, con specifica attenzione alla responsabilità solidale di amministratori e sindaci; nello stesso senso in precedenza, Cass. Civ., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241; Trib. Milano, 11 maggio 1992, in *Giur. it.*, n. 2, 1992, I, p. 641; e Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 122, in cui si esclude che la delibera di agire nei confronti di alcuni degli amministratori comporti una liberazione o una rinuncia ad agire contro gli altri.

¹¹⁴ V. Corte d'App. Milano, 29 luglio 1997, in *Società*, 1998, p. 297, con nota di S. AMBROSINI, in *Resp. Civ. prev.*, 1998, p. 165, con nota di S. LIEBMAN; a favore invece della competenza del giudice ordinario, v. Trib. Roma, 3 giugno 1996, in *Società*, 1996, p. 1193, con nota di BONAVERA; in posizione incerta Cass. Civ., 24 marzo 1999, n. 2772, in *Mass. Foro it.*, 1999, p. 345, in *Giur. it.*, 1999, p. 1869.

¹¹⁵ C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 779 ss..

¹¹⁶ C. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 87, Torino, 2015.

¹¹⁷ C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 896 ss., che richiama Corte d'App. Milano, 14 gennaio 1992, e Cass. Civ., 2 settembre 1998, n. 8699.

Circa il danno risarcibile risulterà utile chiarire che *“il diritto al risarcimento compete alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società ed il suo patrimonio, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non una conseguenza immediata e diretta dell'illecito”*¹¹⁸.

La maggior parte delle azioni di responsabilità ex art. 2393 c.c. sono esercitate in sede fallimentare¹¹⁹; difatti, dagli anni '80, la Cassazione per determinare l'entità del danno risarcibile ha applicato il criterio forfetario del deficit fallimentare che ne individuava l'ammontare sottraendo all'attivo il passivo. Negli anni '90, tuttavia, la stessa Cassazione ha criticato tale metodologia perché non rispondente all'esigenza di una puntuale verifica del nesso causale tra condotta illecita e danno. La Corte ha affermato dunque il principio secondo il quale gli amministratori devono risarcire i danni che siano conseguenza immediata e diretta delle violazioni commesse, nella misura pari al deterioramento patrimoniale che non si sarebbe verificato in assenza del comportamento illecito¹²⁰.

Nonostante il ricorso al parametro del deficit patrimoniale può, come appena esposto, non essere adeguato in quanto confonde il danno causato dagli atti illeciti degli amministratori con il risultato negativo della gestione complessiva della società, vi sono casi in cui il suo utilizzo risulta opportuno. Ciò accade quando, per fatto imputabile agli organi sociali, si sia determinato il dissesto della s.p.a. e il conseguente fallimento. Si tratta di situazioni nella

¹¹⁸Cass., Sez. Un., 24 dicembre 2009, n. 27346.

¹¹⁹ G.M. ZAMPERETTI, *L'azione di responsabilità nel fallimento tra sede civile e sede penale*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 333: come visto l'art. 146 della Legge Fall. legittima il curatore fallimentare ad agire con un'unica azione contro gli amministratori per ottenere il risarcimento del danno procurato alla società.

¹²⁰ Cfr. Cass. Civ., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. Civ.*, n. 1, 1999, p. 75, con nota di V. SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali* e in *Resp. Civ. e prev.*, n. 6, 1999, p. 1326, con nota di BALZARINI, cit.

quali le condotte degli amministratori sono state la causa determinante del fallimento e della lesione degli interessi creditori.

Negli altri casi, la società che agisce in giudizio potrà essere risarcita soltanto del danno effettivo che sia conseguenza immediata e diretta della condotta illecita tenuta dagli amministratori. Si richiede, a tal fine, la dimostrazione del nesso di causalità tra pregiudizio subito dai creditori e la *mala gestio* degli amministratori. Nell'eventuale impossibilità di dimostrare gli effetti dei comportamenti illegittimi è ammessa la designazione equitativa del risarcimento. Infatti, con il fallimento della società, si trovano casi in cui il danno sia stato quantificato, in via equitativa, nella differenza tra l'ammontare del patrimonio netto risultante dal bilancio nel momento in cui l'amministratore convenuto acquisisce la consapevolezza del dissesto (quindi in un tempo anteriore alla condotta vietata), e quello che sussiste al tempo della dichiarazione di fallimento (ovvero al momento nel quale egli è cessato dalla carica).

3. L'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali: il presupposto dell'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

L'art. 2394 c.c., in tema di responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, prevede che "Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociali risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti".

L'unica modifica introdotta dalla riforma di cui al D. Lgs. 6/2003 consiste nella soppressione del previgente comma terzo, che prevedeva che in caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa l'azione di

responsabilità che i creditori sociali possono promuovere nei confronti degli amministratori fosse esercitata dal curatore o dal commissario giudiziale: tale disposizione è stata riformulata autonomamente con l'introduzione dell'art. 2394 *bis*. E' stato tuttavia osservato che, nonostante la mancata modifica della disciplina della responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, la sua applicazione potrebbe risentire di altre innovazioni introdotte dalla riforma: da un lato la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, a norma degli artt. 2447 *bis* ss., può porsi in antitesi con l'interesse dei creditori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale; dall'altro, l'ampliamento della gamma degli strumenti finanziari utilizzabili dalla s.p.a. può dare luogo a difficoltà interpretative in ordine all'attribuzione ai loro sottoscrittori della qualifica di creditori ed alla conseguente sussistenza di una loro legittimazione all'azione prevista dalla norma¹²¹.

Dalla norma in commento si evince che i presupposti per l'esercizio da parte dei creditori sociali dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori sono:

la titolarità di un credito verso la società¹²²;

una condotta dell'amministratore in violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio della società;

il pregiudizio per il creditore derivante dall'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare il suo credito;

il rapporto di causalità tra pregiudizio e condotta illegittima¹²³.

¹²¹ Sul punto v. SAMBUCCI, *Comm. Niccolini Stagno D'Alcontres*, II, p.698.

¹²² Tale presupposto ha come conseguenza che, mentre i creditori sociali potranno agire solo nel caso in cui, a seguito dell'illecito, il patrimonio sarà divenuto insufficiente, l'azione sociale potrà essere proposta anche nel caso di mancato guadagno da parte della società.

¹²³ G. BONFANTE- D. CORAPI- I. DE ANGELIS- V. NAPOLEONI – R. RORDORF- V. SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle società*, III ed., Milano, 2011, p. 924.

Nello specifico, sarà indifferente che chi agisca sia titolare di un credito certo, liquido ed esigibile, essendo invece sufficiente a fondare la legittimazione la prospettazione fatta dall'attore della sua posizione creditoria, anche se sottoposta ad accertamenti ulteriori¹²⁴.

La responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali è sottoposta, quindi, al duplice presupposto dell'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e dalla conseguente sua insufficienza al soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

Circa il primo presupposto è stato rilevato che l'ambito di responsabilità delineato dall'espressione "inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" finisce per ricoprire un'area assai ampia dell'operato degli amministratori, in quanto il fine tutelato dalla norma "transcenderebbe quello delle singole società" in modo da garantire una "corretta gestione delle imprese", responsabilizzando gli amministratori, soprattutto quelli che non rischiano di incorrere in un'azione di responsabilità da parte della società, in quanto dagli stessi controllata. Tale area finisce per includere (oltre che la violazione degli obblighi specifici stabiliti dalla legge e dallo statuto) qualsiasi atto gestorio posto in essere dagli amministratori, in quanto ontologicamente atto di disposizione del patrimonio sociale e che potrebbe, quindi, pregiudicarlo, con conseguente danno per i creditori sociali. Questa interpretazione risulterebbe conforme con il ruolo di garanzia generica assolto da tale patrimonio, e risulta in linea con chi ritiene l'azione dei creditori quale surrogatoria di quella esercitabile dalla società. Il fine che la norma tende a tutelare sarebbe quindi ancora quello generale della società, attraverso il controllo esercitato dai creditori sociali sugli atti di *mala gestio* da parte degli amministratori. Non manca chi abbia però notato che tale interpretazione

¹²⁴ In tal senso, Tribunale di Milano, 2 ottobre 2006, in *Giur. it.*, n. 2, 2007, p. 382.

della norma non corrisponda perfettamente al dato letterale della stessa, la quale fa unicamente riferimento agli “obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale¹²⁵”. Infine, per chi ritiene che tale azione abbia natura diretta, l’articolo in commento sarebbe volto a tutelare l’interesse particolare dei singoli creditori.

Circa il secondo presupposto, per insufficienza del patrimonio deve intendersi, per opinione concorde, quella situazione patrimoniale nella quale le passività eccedono sulle attività, riscontrabile a mezzo di un confronto tra le poste attive della società ed i suoi debiti. Si tratta di uno sbilanciamento negativo che rappresenta un’incapacità più grave e definitiva di quella insita nello stato di insolvenza, che prescinde dalla consistenza ed integrità del patrimonio.

3.1 Natura della responsabilità e natura dell’azione.

In merito alla natura della responsabilità dell’azione, stante il mancato intervento del legislatore in occasione della riforma, si sono formati in dottrina due orientamenti contrapposti.

Secondo un primo orientamento, l’azione esercitata dai creditori sociali avrebbe natura contrattuale¹²⁶. In particolare, sono state individuate due caratteristiche che farebbero propendere per tale soluzione, ovvero:

- il fatto che si tratti di un adempimento di una preesistente obbligazione;

¹²⁵ G. NICCOLINI- A. STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, artt. 2380- 2448*, vol II, Napoli, 2004.

¹²⁶ In tal senso si è espresso F. BONELLI, *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 1991, p. 437 e ss. Aderiscono alla tesi della natura contrattuale anche G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, p. 266 ss.; nonché V. SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*, nota a commento di Cass. Civ. Sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. Civ.*, n. 1, 1999, p. 75.

- il fatto che si tratti della violazione di un precedente vincolo quale *“mezzo succedaneo per ristabilirne la forza effettuale”*.

Si segnala inoltre che tale problema più che pratico risulti teorico, in quanto le Corti chiamate a decidere in tema di responsabilità degli amministratori hanno adottato, in tema di onere probatorio, i criteri propri dell'azione contrattuale.

Di conseguenza, è stato ritenuto sufficiente allegare l'esistenza di un inadempimento da parte degli amministratori dei loro obblighi, di legge o statuari, nonché il danno derivante alla società da tale inadempimento, mentre l'onere di provare di essere esenti da colpa è stato fatto ricadere sugli amministratori stessi.

Secondo un altro e maggioritario orientamento, tale azione avrebbe natura extracontrattuale, rappresentando un caso specifico di azione aquiliana ex art. 2043 c.c. L'unica pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite¹²⁷ purtroppo non ha preso posizione al riguardo.

Identica divisione ritroviamo in tema di natura dell'azione. Secondo la dottrina da ultimo citata, tale azione avrebbe natura autonoma¹²⁸. Ciò si ricaverebbe dai seguenti punti:

- il testo della norma, che fa riferimento ad amministratori che *“rispondono verso i creditori sociali”* e non verso la società, la quale può anche rimanere inerme, senza che ciò pregiudichi l'azione in commento¹²⁹;

¹²⁷Cass. Sez. Un. 6 ottobre 1981, n. 5241.

¹²⁸ In tal senso, anche G.F. CAMPOBASSO, *La riforma del diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Torino, 2003; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003; M. FRANZONI, *Società per azioni*, tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, Libro V, *Lavoro art. 2380- 2396*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Zanichelli- Il Foro italiano, Bologna- Roma, 2008.

¹²⁹ Con conseguenze anche sul *«petitum delle due azioni che è diverso: in un caso è il danno patito dalla società, nell'altro è il danno subito dai creditori sociali»* così M. FRANZONI, *op. cit.*, p.555.

- il fatto che la rinuncia dell'azione da parte della società ex art 2394, comma 3, c.c. non fa venir meno la possibilità per i creditori sociali di esercitare l'azione¹³⁰;
- il fatto che, in caso di fallimento, in capo al curatore fallimentare confluirebbe una duplicità di azioni, ex art. 2398-*bis* c.c. e 146 legge fall.¹³¹;
- il regime della prescrizione ex art. 2949 c.c., identico per le due azioni;
- Il fatto che il legislatore, al comma 2 dell'art. 2949 c.c., abbia specificato che si applichi il medesimo termine alle due azioni, sarebbe indice della loro diversità;
- il tenore della norma, che fa dipendere l'esercizio di tale azione dal mancato esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Chi propende per la natura surrogatoria dell'azione in commento, si richiama all'efficacia nei confronti dei creditori, sancita dal comma 3 della norma in commento, dell'eventuale transazione relativa a rapporti tra gli amministratori e la società, in omaggio al principio secondo cui gli amministratori sono tenuti al risarcimento una sola volta nel limite del danno arrecato¹³²: quindi, se non vi è stata frode, la transazione ha raggiunto lo scopo di reintegrare il patrimonio, facendo venire meno il pregiudizio verso i creditori.

¹³⁰ A conclusioni totalmente opposte giunge però G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, secondo il quale il fatto che il legislatore abbia inserito nel corpo della norma tale specificazione sarebbe una prova della natura surrogatoria dell'azione.

¹³¹ Conforme, A. DE NICOLA, IN P. MARCHETTI ET AL., *Commentario alla Riforma delle Società*, cit. p.645; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 572.

¹³² C. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 143, Torino, 2015.

A seconda di quale delle due tesi si sposi, ne derivano conseguenze rilevanti in tema di:

- esperibilità dell'azione solo a seguito di inerzia della società;
- destinazione dei proventi ricavati tramite l'esercizio dell'azione di responsabilità i quali andranno, nel caso della natura autonoma ai singoli creditori, mentre spetteranno alla società nel caso di azione surrogatoria;
- eccezioni opponibili: nel primo caso, gli amministratori non potranno opporre ai creditori agenti le eccezioni opponibili alla società, cosa possibile invece se si seguisse la seconda teoria.

Anche tale questione rimane però più di interesse teorico che pratico, in quanto, essendo tale azione esercitata praticamente sempre all'interno di un fallimento, il ricavato andrà sempre ad incrementare la massa con beneficio di tutti i creditori.

In definitiva, è possibile affermare che la responsabilità degli amministratori verso i creditori presenta la medesima estensione della loro responsabilità verso la società, ma le due azioni si differenziano sia per gli interessi alla cui tutela sono preordinate, sia per il titolo della responsabilità.

L'azione sociale è finalizzata, attraverso il risarcimento del danno, a reintegrare il patrimonio sociale a seguito della lesione prodotta dall'inadempimento dell'incarico gestorio, ed ha quindi natura contrattuale; quella esperibile dai creditori sociali mira, invece, ad un risultato che va a loro diretto beneficio, e cioè al pagamento, a titolo risarcitorio, dell'equivalente del credito rimasto insoddisfatto a causa dell'inefficienza patrimoniale determinata dalla condotta illegittima degli amministratori, nel qual caso, in assenza di un loro vincolo obbligatorio verso i creditori sociali, si configura

una responsabilità da fatto illecito riconducibile alla regola generale prevista dall'art. 2043 c.c.

Le diversità esistenti tra l'azione sociale e quella dei creditori dimostrano che quest'ultima è un'azione diretta ed autonoma; ne consegue che l'azione dei creditori sociali può concorrere con quella esercitata, per la stessa condotta illecita, dalla società, ma gli amministratori sono tenuti al risarcimento una sola volta nel limite del danno arrecato. Allo stesso modo, ove l'azione di responsabilità sia già stata utilmente esperita dalla società, ai creditori è precluso di esercitare quella di loro spettanza, poiché essi non possono lamentare alcun danno qualora il patrimonio sociale sia stato reintegrato.

3.2 Rinuncia e transazione.

L'art. 2394, comma 3, c.c. prevede che "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".

Ne consegue che la rinuncia all'azione di responsabilità da parte della società è inopponibile ai creditori sociali, dato che, non essendo stato reintegrato il patrimonio sociale, permane il danno ingiusto subito dai creditori insoddisfatti.

Invece, nel caso di transazione dell'azione sociale di responsabilità l'azione dei creditori è preclusa, ma se il risultato della transazione non è sufficiente ad adempiere l'obbligazione verso i creditori, essi possono impugnarla con l'azione revocatoria a norma dell'art. 2901 c.c..

3.3 Prescrizione dell'azione.

L'azione dei creditori sociali si prescrive in cinque anni a norma dell'art. 2949 c.c.. Tale prescrizione non è soggetta a sospensione, a norma dell'art. 2941 n. 7, c.c. finchè gli amministratori sono in carica, non verificandosi quella relazione giuridica tra titolare del diritto e soggetto passivo che costituisce la *ratio* della sospensione.

Il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il patrimonio sociale è risultato insufficiente al soddisfacimento dei creditori, e cioè dal momento in cui, a norma del comma 22, il diritto può essere fatto valere secondo la regola generale di cui all'art. 2935 c.c. A questo proposito è pacifico in giurisprudenza che la decorrenza coincide con il momento in cui la situazione di insufficienza patrimoniale è divenuta oggettivamente conoscibile da parte dei creditori, escludendosi la rilevanza degli impedimenti di fatto soggettivi, come l'ignoranza del fatto illecito da parte del titolare del diritto. Non univoca, invece, è la posizione della dottrina: alla tesi che individua il *dies a quo* nel momento in cui l'insufficienza patrimoniale si manifesta, secondo la quale la conoscibilità dell'insufficienza patrimoniale, con la correlata decorrenza del termine prescrizionale, muterebbe a seconda della qualità del creditore sociale, dipendendo dalla capacità cognitiva della categoria socio-economica cui il creditore appartiene, con la conseguenza che non sarebbe a lui imputabile l'inconoscibilità individuale dell'insufficienza patrimoniale quando quest'ultima non sia conoscibile per la stessa categoria soggettiva, si contrappone l'opinione secondo cui la prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui l'insufficienza patrimoniale si verifica, e non da quello in cui si manifesta.

Poiché l'insufficienza patrimoniale non coincide con l'insolvenza, la sua exteriorizzazione può avvenire sia prima della dichiarazione di fallimento, ad esempio attraverso il deposito di un bilancio, la chiusura della

sede e l'assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata o il tentativo di composizione delle pendenze mediante un concordato stragiudiziale; sia nel contesto della dichiarazione di fallimento, ove la sentenza rilevi lo sbilanciamento patrimoniale negativo¹³³; sia durante la procedura fallimentare, qualora lo sbilancio emerga a seguito della valutazione dell'attivo o durante le operazioni di liquidazione.

L'onere della prova che l'insufficienza del patrimonio si è manifestata ed è divenuta conoscibile prima della dichiarazione di fallimento grava sull'amministratore o sul sindaco che eccepisce la prescrizione.

¹³³Trib. Udine, 16 aprile 2011. Secondo il Trib. Milano, 18 gennaio 2011, qualora il dissesto sia desumibile dalla redazione di un bilancio non pubblicato, il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione esercitata dal curatore decorre dalla dichiarazione di fallimento, attraverso la quale si manifesta l'insolvenza, ma la decisione non pare condivisibile perché non distingue tra insufficienza patrimoniale ed insolvenza.

CAPITOLO 2

LA RESPONSABILITÀ DEI SINDACI

1. I sindaci: requisiti professionali, esame delle funzioni e dei poteri. 2. L'obbligo di adempiere ai propri doveri con la diligenza e la professionalità richieste dall'incarico. 3. La responsabilità civile dei sindaci: la differenza tra responsabilità esclusiva e responsabilità concorrente dei sindaci. 4. La responsabilità per omessa vigilanza: la culpa in vigilando dei sindaci. 4.1 La responsabilità concorrente con quella degli amministratori. 4.2 La responsabilità del Collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle "norme di comportamento" del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti. 5. L'inadempimento dei sindaci: omesso controllo ed omessa attivazione. 5.1 La prova del nesso causale e la quantificazione del danno risarcibile. 6. L'azione di responsabilità contro gli amministratori e contro i sindaci: analogie e differenze. 6.1 Responsabilità contrattuale verso la società. 6.2 L'azione sociale esercitata dai singoli soci. 6.3 Responsabilità extracontrattuale verso i creditori sociali, i singoli soci ed i terzi. 7. La responsabilità solidale.

1. I sindaci: requisiti professionali, esame delle funzioni e dei poteri.

L'insieme delle funzioni e dei poteri correlativi caratterizza l'organo collegiale come strumento di garanzia e buon funzionamento della gestione aziendale a tutela del capitale, in essa investito dai soci, e delle ragioni dei creditori che indirettamente finanziano l'impresa e contribuiscono al suo consolidamento e sviluppo¹.

Le funzioni tendono ad assicurare, anzitutto, che lo strumento azienda sia usato rispettando le norme della legge e dello statuto societario e che le operazioni, per suo mezzo compiute, siano deliberate ed attuate con l'osservanza dei principi di correttezza amministrativa, fra i quali meritano menzione la copertura, mediante impiego di capitale o indebitamento, del costo, la preventiva analisi del mercato per valutare l'opportunità e la convenienza dell'operazione, l'esame e la valutazione dei tempi possibili di recupero dei costi sostenuti etc.

In sintesi, il compito dei sindaci riguarda la diuturna verifica che il comportamento dell'organo amministrativo della società si muova liberamente nella scelta degli obiettivi della propria azione entro i limiti, tuttavia, che la legge, lo statuto e i principi di corretta amministrazione impongono².

¹ G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, 16, 1985, Torino, p. 575; G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum di Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2007, p. 57ss; PANZANI, *Il controllo sull'amministrazione nelle società di capitali*, in *Soc.* 2002, p. 1198.

² G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 5, Torino, Utet, 1988, p. 45; S. AMBROSINI, *Collegio sindacale: nomina, composizione e funzionamento*, in AA.VV., *Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IV, 1, Padova, Cedam, 2010, p. 728 ss.; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, Utet, 2002, p. 685; Vassalli, *Sindaci* (dir. comm.), in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p.734;

La funzione sindacale è, pertanto, la verifica continua della conformità dell'attività degli amministratori al complesso delle regole e dei principi che la governano³.

Un esame più approfondito del contenuto delle funzioni consente poi di affermare che l'osservanza delle norme giuridiche riguarda le "forme" dell'attività dell'organo amministrativo, specialmente di quello collegiale, le quali consistono nell'attività di convocazione del collegio, nella modalità di discussione tale da assicurare a ciascun componente di esprimere la propria opinione sull'oggetto in esame con le correlative motivazioni e che sia attestata nel verbale della riunione la decisione presa.

Nei consigli con delega di funzioni ad amministratori delegati, il collegio sindacale è anche tenuto a vigilare sulla correttezza dei rapporti dei componenti non operativi con i delegati, nel senso che questi non superino i limiti della delega e gli altri non consentano loro attività di stretta competenza del collegio, come la redazione del bilancio di esercizio o l'emissione di obbligazioni convertibili etc. (cfr. art.2381, terzo comma, c.c.).

Quanto alla vigilanza sull'osservanza dei principi di corretta amministrazione, essa si concreta nel rilevare se nella decisione delle operazioni gestorie siano rispettati i principi della buona amministrazione, fra i quali quello dell'indagine di mercato relativa al gradimento del prodotto

MAGNANI, *sub art. 2401, Commentario alla riforma della società* diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, Egea, 22005, p. 147; Simone, *sub art. 2401, Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, Utet, 2009, p. 547; MANCINELLI - DI GIOVACCHINO, *Doveri del collegio sindacale e principi di corretta amministrazione*, in *Società*, 2011, p.35; G. FERRI, *Dimissioni dei sindaci e iscrizione nel Registro delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 113; FERRARA - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 630; COCITO, *Il collegio sindacale*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 140.

³ G.U. TEDESCHI *Il collegio sindacale. Artt. 2397-2408*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 1992, p. 263 ss, V. SALAFIA, *Le funzioni di controllo del collegio sindacale*, in *Soc.*, 1994, p. 1169.

o servizio in programma, quello della copertura dei costi e quello della previsione del tempo di recupero del capitale impiegato⁴.

Riguarda, infine, l'istituzione e la gestione della contabilità aziendale, la cui fedeltà, tempestività e completezza sono qualità necessarie per assicurare che essa costituisca lo specchio dei risultati progressivi della gestione aziendale, quali espressione della positività o negatività delle operazioni intraprese.

La vigilanza dei sindaci deve tenere conto dei fini e dei limiti della gestione, rilevarne le eventuali carenze e scorrettezze, sia nell'intervento che sono tenuti a svolgere nelle riunioni del consiglio di amministrazione, sia nelle ispezioni che sul funzionamento dell'organizzazione amministrativa e contabile sono tenuti a svolgere periodicamente, con lo scopo di suggerire correzioni o, quanto meno, di ascoltare e discutere le motivazioni che l'organo amministrativo adducesse a giustificazione del fatto in esame⁵.

È certamente possibile che il dialogo con gli amministratori non persuada i sindaci della bontà delle giustificazioni e che sarà necessario elaborare una decisione correttiva, che potrà consistere nella convocazione dell'assemblea sia per informarla sia per sollecitarne iniziative concrete di correzione dell'azione amministrativa, finanche quella della revoca e sostituzione degli amministratori.

Anche l'ispezione sulla contabilità potrà porre in luce, oltre che difetti formali, quali la tardiva registrazione di operazioni amministrative, come l'emissione e ricevimento delle fatture, relative ad operazioni compiute o ricevute da terzi, ovvero difetti sostanziali, quali quelli che nella costruzione dei bilanci di esercizio appaiano come evidenti violazioni di regole giuridiche

⁴ G. Minervini, *Le funzioni del collegio sindacale: questioni vecchie, questioni nuove*, in *Soc.*, 2000, p.650.; M. SANDULLI, *Sui poteri del collegio sindacale*, in *Riv. Not.*, 1977, I, p. 1500.

⁵ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p.280 ss.

o di principi contabili attinenti alla collocazione delle poste o alla loro valutazione.

La forma monocratica dell'organo di amministrazione non impedisce ai sindaci l'esercizio della vigilanza sull'osservanza dei principi di corretta amministrazione, con riferimento soprattutto al momento della decisione delle singole operazioni.

Al riguardo dovranno usare soprattutto il potere di informazione, che può essere esercitato nei confronti dell'amministratore, con il quale potrebbero anche essere presi accordi su incontri periodici, nei quali l'amministratore informi sulle operazioni in elaborazione e su quelle in corso ed i sindaci esprimano le proprie valutazioni in modo che il dialogo sbocchi in una eventuale discussione, a conclusione della quale si pervenga a risultati positivi o negativi dai quali potrà prendere spunto per ulteriori iniziative.

Infine, a norma dell'art. 2406 c.c., spetta ai sindaci convocare l'assemblea nel caso gli amministratori non avessero adempiuto al relativo obbligo, come nei casi indicati dagli artt. 2446 e 2447 c.c.

La funzione sindacale, pertanto, si articola in azioni di vigilanza e in azioni di controllo; le prime riguardano l'organizzazione dell'azienda societaria e l'azione operativa degli amministratori, le altre esclusivamente la contabilità.

Laddove la vigilanza attenga ad operazioni e attività considerate nel loro complesso e miri a suggerire correzioni o anche miglioramenti, le altre consistono in vere e proprie censure che comportano giudizi negativi e adozione di provvedimenti conseguenti.

Fra gli strumenti di pressione, che la legge pone a disposizione dei sindaci, deve citarsi quello della convocazione dell'assemblea a norma dell'art. 2408 c.c..

La convocazione viene prescritta come sbocco degli accertamenti sindacali conseguenti a denunce di irregolarità fatte ai sindaci da soci portatori di un ventesimo del capitale, ma che ovviamente può essere utilizzata anche da un solo socio o da essi direttamente.

All'assemblea i sindaci presentano le conclusioni alle quali sono pervenuti e sollecitano l'assemblea ad assumere le conseguenti decisioni.

Deve, inoltre, sottolinearsi il rimedio previsto dall'art. 2409 c.c., il quale, dopo la riforma societaria, riconosce al collegio sindacale la legittimazione alla denuncia diretta al tribunale delle irregolarità commesse dagli amministratori, delle quali è venuto a conoscenza⁶.

La norma prevede la sospensione del procedimento di controllo se l'assemblea sostituisce gli amministratori ed i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivino senza indugio per accertare se le violazioni sussistono, e in caso positivo, per eliminarle, riferendo al Tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

Questa norma rafforza l'originario potere dei sindaci di rimettere all'assemblea l'adozione di provvedimenti adeguati alle rilevate irregolarità nella condotta degli amministratori, nel senso che, ove l'assemblea rifiutasse, essi possono adire il tribunale.

Questo, dopo aver sentito gli amministratori ed i sindaci, questi ultimi anche nella veste eventuale di denunciante, potrà, ove le violazioni denunciate sussistano, nei casi più gravi revocare gli amministratori e sostituirli con un amministratore giudiziario per un tempo determinato,

⁶ V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, in *Giur. comm.*, 1980, p.754; A. PRINCIPE, *Il controllo societario nel governo societario*, Milano, 2008, p.160; C. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Le Società*, 2004, 449; V. SALAFIA, *Articolo 2409 Denuncia al tribunale*, in *Commentario alla riforma delle società - Collegio sindacale - Controllo contabile*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Grezzi - M. Notari, Milano, 2005, p.317; A. CHIZZINI, *Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p.746.

all'esito del quale l'assemblea dovrà procedere alla nomina di altri amministratori.

La revoca degli amministratori potrà comportare anche quella eventuale dei sindaci, in quanto coinvolti, a causa della accertata inadempienza delle loro funzioni, nelle irregolarità denunciate dai soci⁷.

È ovvio che, se la denuncia fosse fatta direttamente dai sindaci, la loro revoca da parte del tribunale non sarà consequenziale a quella degli amministratori, salvo che la loro denuncia non risulti essere stata un rimedio ad inadempienze gravi prima tollerate.

Potranno, invece, essere revocati, insieme con gli amministratori se risultasse che si sono uniti ai soci nella denuncia al tribunale solo per allontanare i sospetti sul coinvolgimento nelle irregolarità denunciate.

2. L'obbligo di adempiere ai propri doveri con la diligenza e la professionalità richieste dall'incarico.

Il Codice Civile individua espressamente due parametri alla stregua dei quali poter apprezzare la responsabilità dei sindaci: il comma 1 dell'art. 2407 c.c. prevede infatti che: "I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico".

Benché il precetto ricalchi, nelle linee generali, la disciplina degli amministratori, esso nondimeno presenta importanti differenze rispetto all'art. 2392, comma primo, c.c.; differenze, queste, derivanti dalla disomogeneità dei requisiti di accesso all'organo di controllo e a quello di gestione, oltre che dalla divergente configurazione delle relative funzioni atteso che soltanto quella amministrativa ammette la delega di competenze.

⁷ V. SQUAROTTI, *Revoca dei sindaci e azione di responsabilità* (nota a Cass. 12 dicembre 2005, n. 27389), in *Giur. Comm.*, 2007, p.961.

Il punto in comune tra i due regimi è costituito dall'enucleazione del canone della diligenza, in entrambi i casi espressamente ancorato alla natura dell'incarico.

Questo riferimento ha sostituito il previgente richiamo alla figura del mandatario⁸, superando in via definitiva le incertezze interpretative sulla necessità di adottare il criterio professionale di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c. (oggi pacifica e, per vero, già largamente condivisa già in passato⁹) ed escludendo la possibilità di dare luogo all'attenuazione della responsabilità ai sensi dell'art. 1710, comma primo, c.c., per il caso di rinuncia al compenso¹⁰.

Non sussistono, dunque, più incertezze sul fatto che il grado di diligenza richiesto non sia quello generico del buon padre di famiglia previsto dal comma primo dell'art. 1176 c.c. ma quello, più impegnativo e rigoroso, sancito dal comma secondo dello stesso articolo, a norma del quale il grado di diligenza deve essere valutato con riguardo alla natura dell'attività esercitata come previsto per le obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale.

La Suprema Corte si è pronunciata conformemente sostenendo che *"La prestazione richiesta ai sindaci è connotata da un così elevato grado di discrezionalità tecnica da farla talvolta rientrare nelle c.d. obbligazioni di diligenza, quelle cioè nelle quali la strumentalità della prestazione a un certo risultato fa sì che il criterio della diligenza a tal fine occorrente serve a determinare, anche sotto il profilo oggettivo, l'area del comportamento dovuto"*¹¹.

⁸ P.FERRARO, *sub. art. 2407 c.c.*, in *Comm. Sandulli – Santoro*, II, 1, Torino, 2003, p.591 ss.

⁹ G. ALLEGRI, *Appunti sulla responsabilità civile dei sindaci e dei revisori dopo la pubblicazione del registro dei revisori contabili*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 1037 ss.; B. QUATRARO, *La responsabilità dei sindaci*, in *Dir. Fall.*, 1987, I, p.97.

¹⁰ G.U. TEDESCHI, *op. cit.*, p.320.

¹¹ Cfr. Cass. Civ., 8 febbraio 2005 n.2538.

Il rimando alla diligenza consente di circoscrivere l'area di responsabilità, impedendo che la stessa assuma carattere oggettivo.

Al contrario, essa presuppone sempre la verifica dell'elemento soggettivo, sussistente solo nella misura in cui sia ravvisabile uno scostamento dal paradigma comportamentale previsto dalla legge¹².

A tale stregua, per andare esente da censure, il membro del collegio deve tenere una condotta conforme a quella esigibile dal sindaco "tipo", con la precisazione che l'astrattezza del parametro è in qualche misura temperata dalla necessità di far riferimento al comportamento che il soggetto preso a modello avrebbe tenuto per il caso in cui gli fosse stato affidato esattamente il medesimo incarico attribuito al sindaco che si ritiene abbia violato il canone di diligenza¹³, tenendo conto di tutte le peculiarità che, in concreto, lo caratterizzano¹⁴, oltre che delle dimensioni e delle risorse dell'ente¹⁵.

¹² P.G. DEMARCHI, *La responsabilità dell'organo di controllo interno*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p. 68, il quale evidenzia che: «L'art. 2403 c.c. attiene alla sfera oggettiva della responsabilità: attraverso la delimitazione dei doveri influisce sulla determinazione della responsabilità sotto l'aspetto "quantitativo"; l'art. 2407 c.c., invece, introduce un correttivo in relazione all'elemento soggettivo dell'agente, delimitando la responsabilità dal punto di vista "qualitativo" (cioè valutando le modalità di adempimento, che devono corrispondere al canone di diligenza). L'art. 2407 c.c., dunque, fuga ogni dubbio circa l'inesistenza, in materia, di un principio di responsabilità oggettiva dei sindaci. Nella valutazione della condotta non si potrà dunque prescindere dall'elementi soggettivo (dolo o colpa).».

¹³ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 181, osserva che: «Il problema di stabilire che cosa l'amministratore debba fare in una specifica circostanza per comportarsi diligentemente può essere risolto solo in concreto, con riferimento a tutte le particolarità delle singole operazioni».

¹⁴ P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 117-118, rileva che: «Mentre la diligenza media configura un criterio fisso e costante, quanto meno in un contesto storico dato, potendo al più mutare con l'evolversi del grado di cultura e di coscienza dell'uomo medio in relazione allo sviluppo della società civile, la diligenza professionale è graduata in relazione alla natura dell'attività che muta in relazione al parametro di riferimento più o meno ampio che si ritenga di dover accogliere. Più precisamente, anche nell'ambito di una medesima categoria professionale, si pensi al medico, lo standard di diligenza, pur sempre professionale, può differenziarsi secondo che si tratti di un medico generico oppure invece di uno specialista.».

¹⁵ T. Milano 20 aprile 2009, in *Giustizia a Milano*, 2009, 4, p.29, ha affermato che: «Il parametro di diligenza, al quale il giudice deve rifarsi per determinare la responsabilità di amministratori

Sul tema si ritiene inoltre che il richiamo “alla professionalità e alla diligenza richieste dalla natura dell’incarico” comporti, da un lato, l’inapplicabilità al sindaco che operi a titolo gratuito di quanto previsto dall’art. 1710 comma 1 c.c., secondo il quale in questi casi la responsabilità per colpa sarebbe valutata con minor rigore, e dall’altro che non trovi applicazione neppure l’attenuazione della colpa prevista dall’art. 2236 c.c. secondo il quale nel caso in cui la prestazione d’opera implichi problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave.

Su quest’ultima interpretazione è peraltro orientata la Cassazione, che già in epoca anteriore alla riforma, ha ritenuto che “la speciale difficoltà non rilevasse quale motivazione valida per deresponsabilizzare i sindaci¹⁶”.

Diversamente da quanto accade per gli amministratori, in relazione ai sindaci la legge menziona, accanto alla diligenza, la *professionalità*, anch’essa legata alla natura dell’incarico. La non coincidenza dei regimi è giustificabile dal fatto che soltanto l’accesso all’organo di controllo è inderogabilmente subordinato al possesso di specifici requisiti professionali, che per gli amministratori restano invece meramente eventuali, essendo affidati dall’art. 2387 c.c. ad apposite clausole statutarie¹⁷.

Il ricorso alla nozione della professionalità quale parametro di valutazione dell’adempimento presuppone che i sindaci, in virtù delle proprie qualifiche soggettive, siano tenuti ad eseguire l’incarico attenendosi alle

e sindaci, implica i criteri di valutazione dell’art. 1176, comma 2, c.c., in tema di responsabilità professionale, e pertanto presuppone il riferimento sia alle caratteristiche oggettive dell’impresa, (dimensioni, organizzazione, settore di attività, struttura dell’azionariato) sia alle funzioni concretamente espletate da ciascun amministratore o sindaco.».

¹⁶ Cfr. Cass. S.U., 30 settembre 2009 n. 20934.

¹⁷ In materia sia consentito rinviare ad M. AIELLO, *Gli amministratori di società per azioni*, in Tratt. Rescigno 16, VI, Torino, 2013, p. 13 ss.

conoscenze medie della categoria professionale cui appartengono¹⁸, il che induce a ritenere che il riferimento alla professionalità si risolva nella necessità di osservare un certo grado di perizia¹⁹.

Inoltre, l'art. 2407 c.c. omette di operare il richiamo, contenuto nell'art. 2392 c.c., alle "specifiche competenze" dei singoli componenti dell'organo. Orbene, tale inciso non sembra potersi riferire anche ai sindaci: da un lato, l'impossibilità di delegare i doveri ed i poteri del Collegio ai singoli componenti impedisce in radice qualsiasi differenziazione del regime della responsabilità sulla base della tipologia di funzioni svolte da ciascuno di essi²⁰; dall'altro, il riferimento a peculiari capacità soggettive deve probabilmente ritenersi assorbito dal già menzionato richiamo alla professionalità richiesta dalla natura dell'incarico²¹.

D'altro canto, ove si ritenga che nel sindacato sulla condotta dell'organo gestorio si debba tener conto delle caratteristiche soggettive dei suoi componenti, la distanza tra la disciplina della responsabilità dei sindaci e quella degli amministratori si rileva forse meno marcata di quanto potrebbe *prima facie* apparire, atteso che in entrambe le fattispecie viene in considerazione non solo la diligenza, ma anche la professionalità.

Senonché, per quanto attiene a questo secondo parametro, nel caso dell'organo di controllo esso va ancorato allo standard tipico della categoria professionale di riferimento, mentre con riguardo agli amministratori si deve soppesare l'insieme delle conoscenze tecniche, professionali e di management delle quali il singolo sia di volta in volta dotato. La differenza, quindi, risiede nella circostanza che per i sindaci il criterio della professionalità va anzitutto apprezzato avendo riguardo al modello obiettivo

¹⁸ P. MAGNANI, *sub art. 2407*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di Ghezzi, in *Comm. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2005, p. 269.

¹⁹ S. AMBROSINI, *op.cit.*, p.277.

²⁰ G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 5, Torino, 1988, p.162.

²¹ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 277.

ed astratto, mentre per quanto attiene agli amministratori esso va valutato essenzialmente su basi soggettive e concrete, presupponendo il preventivo accertamento delle peculiari caratteristiche del singolo, fatta salva la necessità di imporre a chiunque s'ingerisca nella gestione l'osservanza di quel minimo nucleo di professionalità e di perizia che deve ritenersi in ogni caso consustanziale al corretto svolgimento delle funzioni di amministrazione²².

3. La responsabilità civile dei sindaci: la differenza tra responsabilità esclusiva e responsabilità concorrente dei sindaci.

I sindaci, al pari degli amministratori, sono responsabili civilmente dei danni derivanti dagli atti compiuti nell'esercizio del loro ufficio.

Alla luce dell'art. 2407 c.c., la dottrina ha tradizionalmente proposto la distinzione tra responsabilità esclusiva e responsabilità concorrente dei sindaci²³ a seconda della natura degli obblighi violati dagli stessi.

²² In questa prospettiva, pare aver trovato accoglimento da parte della riforma del diritto societario l'orientamento secondo il quale il canone di diligenza postula sempre l'osservanza, anche da parte degli amministratori, di un determinato grado di perizia (G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011, p. 425 e ss., e ID., *Note minime, divaganti e irriverenti, su amministratori, "perizia", tangenti e responsabilità*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2338 e ss., cui adde R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p.147; M. FRANZONI, *La responsabilità civile degli amministratori di società di capitali*, in *Tratt. Galgano*, XIX, Padova, 1994, p. 37; M. DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contratto e impresa*, 1999, p.209; SALVATO, *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Soc.*, 2001, p. 20; M. SANDULLI, *sub art. 2392*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, 1, Torino, 2003, p. 474; S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 663; G. MONTALENTI, *op. cit.*, p.118). La mancanza di una disposizione espressa sul punto non sembra infatti impedire l'instaurazione di un nesso di corrispondenza biunivoca tra le due nozioni: se ad una maggiore professionalità effettivamente posseduta (esplicatesi in un determinato grado di perizia) fa da contraltare l'inasprimento del canone di diligenza, deve verosimilmente ritenersi che già lo standard desumibile dalla natura dell'incarico postuli la padronanza di un nucleo minimo di competenze tecniche, esigibili da qualsiasi amministratore indipendentemente dal fatto che egli si sia effettivamente curato di acquisirle.

²³ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 278.

Nel primo caso, l'obbligazione risarcitoria scaturisce dal comportamento dei soli componenti del collegio, nella misura in cui costoro, disattendendo i propri compiti, cagionino in via immediata e diretta, un danno alla società o ai relativi creditori²⁴.

La seconda ipotesi, invece, presuppone il concomitante comportamento illecito dell'organo gestorio, al quale i sindaci colpevolmente omettano di porre rimedio, astenendosi dall'avvalersi con tempestività delle proprie prerogative, sia ispettive, sia e soprattutto, d'intervento.

Pertanto, la responsabilità esclusiva è riscontrabile in quei casi in cui il danno patito dalla società e/o dai terzi sia direttamente riconducibile ad una violazione di specifici obblighi incombenti per legge esclusivamente sui sindaci, a prescindere dalla sussistenza o meno di un corrispondente comportamento illecito degli amministratori²⁵.

La responsabilità concorrente è riscontrabile, invece, nel caso in cui i sindaci siano incorsi in una violazione dei loro obblighi di vigilanza e controllo sull'operato degli amministratori, e questi ultimi abbiano a loro volta posto in essere comportamenti pregiudizievoli per la società.

In tale ipotesi, la responsabilità dei sindaci è concorrente e solidale con quella degli amministratori.

Le ipotesi di responsabilità esclusiva dei sindaci sono limitate.

L'art. 2407, primo comma, c.c. individua esplicitamente due fattispecie di responsabilità esclusiva afferenti alla violazione degli obblighi

²⁴ G. DOMENICHINI, *op. cit.* p. 579.

²⁵ Si ipotizzi, per esempio, il caso in cui la società sia stata danneggiata dalla diffusione di notizie riservate divulgate dai sindaci in violazione dell'obbligo di segretezza loro imposto dall'art. 2407, comma primo, c.c..

di rendere attestazioni veritiere e di serbare il segreto sui fatti e documenti di cui i sindaci vengano a conoscenza in ragione del proprio ufficio.

Tra le attestazioni rientrano anzitutto la relazione sul bilancio d'esercizio ex art. 2429 c.c. e le verbalizzazioni inserite nel libro di cui all'art. 2421, primo comma, numero cinque, c.c., nonché, più in generale, tutte le relazioni redatte e le dichiarazioni rese dai sindaci, inclusi gli eventuali chiarimenti sulla gestione indirizzati all'assemblea degli azionisti mediante documenti scritti o informative orali soggette a verbalizzazione²⁶.

Il dovere di segretezza, poi, costituisce il rovescio della medaglia dei poteri ispettivi ed informativi²⁷, in virtù dei quali i sindaci vengono a conoscenza di dati e documenti riservati, ma con il divieto di renderli noti a terzi, salva naturalmente l'eventualità in cui la comunicazione sia imposta dalla legge o da un legittimo ordine dell'autorità.

Il segreto, cui i sindaci sono tenuti, riguarda in particolare le operazioni della società apprese grazie alla partecipazione ai consigli di amministrazione ed il contenuto dei documenti societari consultati nell'esercizio di funzioni di ispezione e di controllo.

I membri del collegio vanno ritenuti responsabili anche quando l'illecita divulgazione della notizia non sia direttamente ascrivibile a loro, ma sia dipesa dal fatto dei dipendenti o degli ausiliari. L'art. 2403, quarto comma, c.c., infatti, nel concedere ai sindaci la possibilità di avvalersi di collaboratori, precisa che questi ultimi agiscono a spese e – soprattutto – sotto la responsabilità dei titolari della funzione di vigilanza.

A queste due ipotesi devono aggiungersi tutte quelle situazioni in cui sia configurabile un pregiudizio cagionato direttamente alla società o ai suoi

²⁶ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 278.

²⁷ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, p.297.

creditori dal singolo sindaco o dal collegio, senza alcun apporto da parte dei soggetti deputati alla gestione²⁸.

In particolare, i sindaci potrebbero incorrere in responsabilità esclusiva in relazione all'assolvimento di funzioni amministrative ai sensi degli art. 2386, comma quinto, c.c.²⁹, ovvero nel caso in cui il collegio, a causa della cessazione di tutti gli amministratori, sia chiamato esso stesso a svolgere, ancorché interinalmente, funzioni gestorie.

È doveroso precisare che la responsabilità esclusiva è solidale tra i diversi membri del collegio sindacale allorquando sia riferita a funzioni che i sindaci sono chiamati a svolgere collegialmente; è invece individuale nei casi in cui il sindaco abbia esercitato propri e specifici poteri d'azione.

Più frequenti sono invece i casi in cui la responsabilità dei sindaci derivi da un comportamento doloso o colposo degli amministratori che gli stessi avrebbero potuto e dovuto prevenire od impedire nell'espletamento della loro funzione di vigilanza.

Difatti, il comma secondo dell'art. 2407 c.c. stabilisce che i sindaci sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi imposti della loro carica.

L'inadempimento dei sindaci, dunque, si innesta sul preesistente illecito degli amministratori, con i quali l'organo di controllo condivide la responsabilità del pregiudizio arrecato alla società o ai suoi creditori ogniqualvolta l'inerzia nella vigilanza si correli eziologicamente con l'evento dannoso, costituendo una vera e propria concausa³⁰.

²⁸G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 166.

²⁹L. GUGLIEMUCCI, *La responsabilità di amministratori, liquidatori e sindaci nelle società per azioni*, in *Soc.*, 1982, p. 126; G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 166, G.U. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 336 ss..

³⁰ Si veda in tal senso Trib. Milano, 17 gennaio 2007, n. 494, in *Il merito*, 2007, p. 7-8, 47, secondo cui «La responsabilità concorrente del collegio sindacale per i fatti negligenti compiuti dagli amministratori fonte di danni per la società, implica che i sindaci non abbiano

La rilevanza dell'apporto causale è, pertanto, indispensabile ai fini del riconoscimento della responsabilità³¹.

In altre parole, affinché sia predicabile la responsabilità dei sindaci per *culpa in vigilando* è necessaria la somma di due diversi inadempimenti, il primo ascrivibile agli amministratori, il secondo ai sindaci, con la fondamentale precisazione che entrambi devono iscriversi nel medesimo *iter* causale, sicché la condotta dell'organo di controllo deve costituire anch'essa *condicio sine qua non* del danno.

vigilato sull'operato degli organi amministrativi in conformità ai loro doveri. I sindaci, quindi, non rispondono per il fatto in sé degli amministratori foriero di danni, ma rispondono per il danno solo in quanto sia configurabile a loro carico la violazione di un obbligo inerente alla loro funzione, ovvero all'obbligo di vigilare sull'amministrazione della società con la diligenza richiesta dal comma 1, art. 2407, c.c., di denunciare le irregolarità riscontrate e di assumere, se necessario, le iniziative sostitutive dell'organo stesso. Qualora questi abbiano vigilato diligentemente e, ciò nonostante, il danno si sia ugualmente prodotto per il comportamento degli amministratori, non potrà essere ravvisata alcuna responsabilità in capo ai sindaci mancando il presupposto della stessa (ovvero il comportamento negligente prima ancora che il nesso causale secondo lo schema generale di cui all'art. 2043 c.c. cui va riferita anche la responsabilità dei sindaci)». Si veda inoltre Trib. Messina, 12 novembre 1999, *cit.*, « Nell'accertamento della responsabilità dei sindaci, deve seguirsi una sequenza logica che passi attraverso l'individuazione, anzitutto, dell'inadempimento dell'amministratore e del nesso eziologico tra tale inadempimento e il danno e poi dell'inadempimento dei sindaci e del nesso causale fra questo e il danno verificatosi; sussistendo tali elementi e rispettata siffatta sequenza, non vale a giustificare l'inadeguato comportamento dei sindaci e quindi ad esimere gli stessi da responsabilità l'affermazione che il collegio sindacale non dispone di poteri di iniziativa per portare a pieno compimento la propria funzione di controllo dell'amministrazione della società e della corretta rappresentazione all'esterno della sua situazione patrimoniale ed economica, poiché l'obbligo di vigilanza a carico dei sindaci importa, sotto il profilo della diligenza, l'adozione di tutte le condotte possibili, anche se non espressamente considerate dal legislatore, e principalmente l'attivazione di forme di controllo ed interventi extrasocietari, quando i rimedi endosocietari non siano possibili o sufficienti, quali il ricorso alla denuncia al p.m. per il procedimento ex art. 2409 c.c. »

³¹ T. Roma, 7 agosto 2012, in *Guida dir.*, 2012, 44, p. 76, ha rilevato che: «*qualora, unitamente all'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali, venga proposta azione di responsabilità contro i componenti del collegio sindacale, per non aver vigilato sull'operato dei primi, le cause promosse contro i sindaci, tra loro scindibili e indipendenti, assumono carattere di dipendenza nel rapporto con quelle proposte nei confronti degli amministratori. Quindi l'accertamento della responsabilità degli amministratori per mala gestio, che ben potrà avvenire in via incidentale, viene a configurarsi come presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità dei sindaci i quali avrebbero omesso il controllo.*».

4. La responsabilità per omessa vigilanza: la *culpa in vigilando* dei sindaci.

L'attenzione degli interpreti si è particolarmente concentrata sulla tematica della responsabilità del collegio sindacale per inerzia ed omesso controllo sull'operato degli amministratori e, dunque, in via indiretta, per concorso nella produzione di un danno alla società ed ai creditori sociali, nonché nella causazione dell'insolvenza societaria o nell'aggravamento della stessa.

Il fulcro argomentativo delle azioni giudiziali promosse avverso i sindaci ruota attorno ai doveri che discendono dalla carica a mente dell'art. 2403 c.c., il quale dispone, come è noto, che "il Collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento³²"; tali azioni trovano altresì fondamento nel disposto dell'art. 2407, comma 1, c.c., che impone ai sindaci di adempiere ai doveri scaturenti dalla carica con la diligenza e la professionalità richiesta dalla natura dell'incarico assunto.

Si è affermato, infatti, in giurisprudenza che il dovere di controllo gravante sui sindaci riguarda non soltanto i singoli atti gestori degli amministratori, ma, più in generale, l'intero andamento della gestione

³² Tali obblighi assumono carattere centrale nell'attività del sindaco: *a latere* degli stessi, tuttavia, la legge stabilisce una serie di obblighi a carattere, per così dire, procedurale ed operativo, statuendo che il Collegio sindacale deve riunirsi ogni trimestre, anche mediante mezzi di telecomunicazione, con previsione che il sindaco che senza giustificato motivo non partecipi a due riunioni del collegio decade d'ufficio dall'incarico (art. 2404 cod. civ.). I sindaci sono altresì chiamati ad assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo, a pena di decadenza dell'incarico ove non partecipino a due riunioni consecutive (art. 2405 c.c.).

sociale, in quanto l'attività di vigilanza non è rivolta esclusivamente alla tutela dell'interesse dei soci, ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali³³.

Da ciò consegue che il controllo operato dal Collegio sindacale non può limitarsi ad una mera verifica sulla correttezza formale dell'amministrazione, ma deve estendersi alla regolarità sostanziale della gestione sociale, così come ricavabile dall'esame della documentazione contabile e dai dati forniti dall'organo amministrativo³⁴, senza tuttavia poter giungere a sindacare il merito e l'opportunità della gestione in termini di valutazione *ex post* della redditività e proficuità economica dell'operazione compiuta, in quanto tale apprezzamento rientra nell'insindacabile discrezionalità dell'organo gestorio, secondo il *business judgement rule*.

In altri termini, pur non potendo vagliare la correttezza delle scelte degli amministratori, il Collegio sindacale è chiamato a verificare che esse siano state assunte dall'organo amministrativo secondo criteri conformi a quelli dettati dal legislatore per le operazioni alle quali esse ineriscono³⁵: l'attività di controllo, pertanto, si estende anche alla verifica della diligenza impiegata dagli amministratori nella gestione del patrimonio sociale, risolvendosi in una vigilanza di c.d. "legalità sostanziale" della gestione³⁶.

³³ N. MICHELI, *La responsabilità dei sindaci per mancato versamento del conferimento del socio* (nota a Cass. 29 ottobre 2013, n.24362), in *Giur. Comm.*, 2016, p.26.

³⁴ Così, Cass. Civ., 27 maggio 2013, n. 13081, e Cass. Civ., 29 ottobre 2013, che ha statuito che: «L'obbligo di vigilanza dei sindaci non è limitato allo svolgimento di compiti di mero controllo contabile e formale, ma si estende anche al contenuto della gestione, atteso che la previsione di cui all'art. 2403, comma primo, parte prima, c.c., va combinata con quelle del terzo e del quarto comma della medesima disposizione, nella parte in cui conferiscono al collegio sindacale il potere, nonché dovere, di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali, ovvero su fatti determinati.»

³⁵ Così, Trib. Roma, 20 febbraio 2012, n. 2730.

³⁶ Così Cass., 11 novembre 2010, n. 22911; in dottrina si veda G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Tr. Dir. Privato*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, secondo cui «il dovere di controllo dei sindaci sull'amministrazione e sull'operato degli amministratori esige di verificare il rispetto, da parte di questi ultimi, sia degli obblighi specificatamente imposti dalla legge, sia del generale obbligo di gestire nell'interesse sociale secondo il parametro della diligenza»; in termini analoghi, cfr. anche, G. MINERVINI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973, p. 213.

4.1 La responsabilità concorrente con quella degli amministratori.

Le situazioni che consentono di agire nei confronti dei sindaci, nella maggior parte dei casi, coinvolgono questi ultimi solidalmente con l'organo amministrativo della società.

A norma dell'art. 2407, comma 2, c.c. "i sindaci rispondono solidalmente con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica".

La responsabilità concorrente deriva dalle violazioni di doveri specifici del Collegio sindacale stabiliti dagli artt. 2403, 2403 *bis*, 2404, 2405 e 2406 c.c., in relazione a fatti od omissioni degli amministratori.

Si tratta di una fattispecie complessa, nella quale l'inadempimento dei sindaci si innesta sul preesistente illecito degli amministratori³⁷, con i quali i componenti dell'organo di controllo condividono la responsabilità del pregiudizio arrecato alla società e ai creditori sociali ogniqualvolta l'inerzia nella vigilanza abbia giocato un ruolo determinante a livello di nesso eziologico, costituendo una vera e propria concausa dell'evento dannoso.

In tale prospettiva, l'inadempimento dei sindaci costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente all'insorgere della responsabilità dei sindaci, presupponendo essa il concorrente inadempimento degli amministratori: per affermare la responsabilità dei sindaci per *culpa in*

³⁷Trib. Roma 7.8.2012, in Guida dir., 2012, 44, p. 76, ha rilevato che, «qualora, unitamente all'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali, venga proposta azione di responsabilità contro i componenti del collegio sindacale, per non aver vigilato sull'operato dei primi, le cause promosse contro i sindaci, tra di loro scindibili e indipendenti, assumono carattere di dipendenza nel rapporto con quelle proposte nei confronti degli amministratori. Quindi l'accertamento della responsabilità degli amministratori per mala gestio, che ben potrà avvenire in via incidentale, viene a configurarsi come presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità dei sindaci i quali avrebbero omesso il necessario controllo.».

vigilando, infatti, è necessaria la somma dell'inadempimento ascrivibile agli amministratori e del conseguente inadempimento imputabile ai sindaci.

Ciò significa che i sindaci non incorrono in alcuna responsabilità per danno allorquando, pur non avendo vigilato, manchi una condotta pregiudizievole degli amministratori; così come non rispondono quando, pur in presenza di comportamenti illeciti e pregiudizievoli degli amministratori, essi abbiano vigilato in conformità ai doveri del loro ufficio.

In questa luce, i sindaci vanno ritenuti responsabili solo nella misura in cui l'illecito degli amministratori sia concretamente individuabile, da parte dei primi, usando la diligenza e la professionalità richieste dalla natura del relativo incarico, nonché quando, una volta avuta contezza della condotta *contra legem*, l'adozione ad opera del collegio delle opportune contromisure si idonea ad elidere, o quantomeno a circoscrivere, il pregiudizio.

Questo secondo elemento è particolarmente importante, tenuto conto che di frequente, nella prassi, i sindaci, pur avvedutisi della commissione di gravi irregolarità nella gestione, si limitano a darne comunicazione nei verbali delle adunanze del collegio ed in assemblea, astenendosi dall'adottare gli strumenti di reazione previsti dalla legge, quali la presentazione della denuncia al Tribunale ex. art. 2409 c.c., l'esperimento dell'azione di responsabilità o, nei casi più gravi, la formulazione di un esposto al pubblico ministero al fine di stimolare l'eventuale apertura di un'istruttoria prefallimentare; vale a dire quelle iniziative che, con ogni probabilità, di regola consentirebbero d'incidere positivamente sul danno³⁸.

³⁸Cass. Civ., 11 novembre 2010, n. 22911, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1686, con nota di L. NAZZICONE, *Responsabilità "da omesso controllo" degli amministratori non esecutivi di società azionaria*; in *Soc.*, 2011, p. 377, con nota di M.P. FERRARI, *Responsabilità di amministratori e sindaci per mancato svolgimento dell'attività di controllo*, ha affermato che «sussiste la violazione del dovere di diligenza, imposto ai soci dal comma 2 dell'art. 2407 c.c., con riguardo allo svolgimento, da parte degli amministratori, di un'attività protratta nel tempo al di fuori dei limiti conseguiti dalla legge, tale da coinvolgere un intero ramo dell'attività dell'impresa sociale: al fine dell'affermazione della responsabilità dei sindaci, invero, non occorre l'individuazione di

Orbene, siffatti comportamenti omissivi ben possono condurre all'accertamento dell'inadempimento dei sindaci, le cui allarmate segnalazioni, ove rimaste senza seguito sul piano delle contromisure, rischiano di trasformarsi in altrettante dichiarazioni confessorie dell'inerzia successiva alla scoperta dei fatti di *mala gestio*.

In definitiva, l'ipotesi di responsabilità in esame presuppone il concorso dei seguenti elementi:

- comportamento illegittimo degli amministratori;
- produzione di un danno economicamente quantificabile conseguenza dell'atto o omissione degli amministratori³⁹;
- violazione degli obblighi incombenti sui sindaci ossia una mancata o carente azione di vigilanza da parte dell'organo di controllo⁴⁰;
- rapporto di causalità fra mancato controllo da parte dei sindaci e il danno subito dalla società e/o dai terzi⁴¹;
- evitabilità del danno attraverso l'utilizzo della diligenza professionale richiesta ai sindaci. In altri termini, l'attore dovrà provare che il

specifici comportamenti dei medesimi, ma è sufficiente il non aver rilevato una così macroscopica violazione, o comunque il non aver in alcun modo reagito ponendo in essere ogni atto necessario all'assolvimento dell'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al p.m., ove ne fossero ricorsi gli estremi, per consentire all'ufficio di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c., in quanto può ragionevolmente presumersi che il ricorso a siffatti rimedi, o anche solo la minaccia di farlo per l'ipotesi di mancato ravvedimento operoso degli amministratori, avrebbe potuto essere idoneo ad evitare o a ridurre le conseguenze dannose della condotta gestoria". Sul punto di recente Cass., 13 giugno 2014, n.13571, ha statuito che: "In tema di responsabilità degli organi sociali, la configurabilità dell'inosservanza del dovere di vigilanza, imposto ai sindaci dall'art. 2407, secondo comma, c.c., non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al P.M. per consentirgli di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c.».

³⁹Trib. Milano, 24 novembre 2009.

⁴⁰Trib. Milano, 1 ottobre 2011, n. 11586.

⁴¹Cass. Civ., 27 maggio 2013, n.13081.

danno non si sarebbe prodotto se la vigilanza dei sindaci fosse stata prestata conformemente a quanto richiesto dai canoni professionali⁴².

La valutazione in ordine alla sussistenza o meno, nelle fattispecie concrete, degli elementi sopra indicati, comporta spesso problemi di notevole complessità e delicatezza.

Nella maggioranza dei casi, infatti, i comportamenti pregiudizievoli degli amministratori vengono posti in essere con tecniche sofisticate, e le irregolarità vengono da questi ultimi occultate, sì da farle sfuggire ai controlli sindacali; mentre, sotto altro profilo, è spesso assai arduo stabilire *ex post* che cosa sarebbe realmente accaduto se i sindaci avessero correttamente vigilato in conformità ai loro doveri.

A ciò aggiungasi che, sovente, l'entità del danno cagionato alla società e/o ai terzi dal concorrente inadempimento degli amministratori e dei sindaci è spesso del tutto sproporzionata rispetto alla consistenza del patrimonio di questi ultimi o dei massimali assicurativi.

Ciò spiega perché, delle numerosissime azioni di responsabilità che vengono promosse, spesso per importi di svariati milioni di euro, poche di esse giungono a sentenza e la maggior parte di esse vengono transatte in corso di giudizio per importi irrisori.

4.2 La responsabilità del collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle “norme di comportamento” del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti.

Come delineato nei paragrafi precedenti, al fine di non incorrere in responsabilità, il Collegio sindacale è chiamato a dimostrare di aver

⁴²Trib. Milano, 19 dicembre 2006, n. 13745.

adempito ai propri obblighi di legge con la “professionalità” e la “diligenza” richiesta dalla natura dell’incarico assunto.

A tal proposito si è giustamente ravvisato in dottrina che, mentre il riferimento operato dall’art. 2407 c.c. al criterio dei diligenza nulla aggiunge al disposto dell’art. 1176, comma 2, c.c., diversa è l’interpretazione che occorre fornire circa l’espressa aggiunta del lemma “professionalità”: tale riferimento, infatti, richiama il concetto di “perizia”, che rappresenta un *quid pluris*, una specificazione della normale diligenza dovuta, sicchè deve inferirsene che il soggetto che assume la carica di sindaco deve necessariamente possedere una specifica competenza in un determinato settore⁴³. Infatti, l’art. 2397 c.c. prevede che la carica di sindaco può essere assunta solo da figure professionali dotate di peculiari competenze tecniche.

Alla luce di ciò, un valido supporto al fine dell’accertamento della responsabilità dei sindaci, può essere fornito dalla valutazione di eventuali “indicazioni” in ordine ai corretti e diligenti comportamenti da adottare che siano fornite alla figura del “sindaco-professionista” proprio dall’ordine professionale di appartenenza che tiene l’albo cui questi è iscritto.

In altre parole, un corretto ed equilibrato parametro di valutazione della diligenza, ma soprattutto della professionalità richiesta ai sindaci può e deve essere misurato in termini di coerenza dell’operato dell’organo di

⁴³ A. BERTOLOTTI, *Il collegio sindacale e la revisione legale dei conti*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso-Panzani, Bologna, 2010, p. 929. L’Autore molto correttamente rileva che, nel delineare i criteri di valutazione dei doveri del collegio sindacale, il parametro della professionalità è accompagnato al richiamo alla diligenza, anch’essa ragguagliata alla natura dell’incarico, aggiungendo che «essa, nel rappresentare il secondo punto di riferimento dei presupposti della responsabilità, se considerata isolatamente in nulla parrebbe differenziarsi, sotto il profilo del contenuto, da quanto già prevede il comma 1 dell’art. 1176 c.c...; ma se nel concetto di «diligenza» delineato nell’articolo in commento deve ritenersi insita la nozione di responsabilità intrinsecamente connessa all’attività professionale, allora...si potrebbe forse concludere che l’espressa indicazione della «professionalità» dovuta in base alla natura dell’incarico si aggiunga a ciò cui i sindaci sono già tenuti in termini di comportamento...attribuisca cioè concreta rilevanza alla «perizia» come elemento della «diligenza». In termini sostanzialmente conformi si veda S. AMBROSINI, *sub art. 2407 cod. civ. op. cit.*, p. 913.

controllo rispetto alle “linee guida” comportamentali redatte a tal fine dallo stesso Consiglio Nazionale dell’Ordine professionale d’appartenenza, che assurgono, quindi, a valido criterio di riferimento ai fini della ponderata stima del grado di diligenza richiesta nell’espletamento dell’incarico e della conseguente responsabilità omissiva del collegio sindacale che a tali regole si sia sottratto.

La Norma 3.1., in particolare, chiarisce che le “Norme di comportamento” definiscono le caratteristiche generali dell’attività di vigilanza rimessa al Collegio sindacale, nonché le modalità attraverso le quali essa deve essere svolta.

Si afferma, in primo luogo, il principio per cui l’attività di vigilanza del Collegio deve essere effettuata sulla base della diligenza professionale richiesta dalla natura dell’incarico, con la precisazione che essa determina, tuttavia, soltanto un’obbligazione di mezzi e non di risultato; al contempo, si prevede che essa deve essere svolta tenendo conto delle dimensioni, della complessità e di tutte le altre caratteristiche, anche organizzative, della società vigilata. Il controllo deve essere parametrato secondo il criterio del c.d. “*risk approach*”, vale a dire sulla base della valutazione dei rischi più rilevanti e specifici connessi all’attività di impresa monitorata, con la periodicità e secondo la pianificazione temporale di volta in volta richiesta, secondo le peculiarità del caso di specie, e sulla scorta dei flussi informativi ricevuti⁴⁴.

⁴⁴ Al fine di rafforzare il flusso informativo verso il collegio, i sindaci dovranno, innanzitutto, partecipare alle riunioni degli organi sociali. Inoltre, essi dovranno stimolare con stretta periodicità lo scambio di informazioni con gli amministratori non soltanto della società monitorata, ma anche delle sue controllate; acquisire informazioni dagli organi di *internal audit e di compliance*, nonché dai revisori legali, e, più in generale, da ogni struttura aziendale preposta alle attività di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio del rischio aziendale; eseguire le ispezioni ed i controlli che ritengono necessari, anche sulla scorta dei poteri ispettivi loro attribuiti dall’art. 2403-bis c.c..

La Norma 3.3. invece, al secondo capoverso, stabilisce che il Collegio, pur non potendo giungere sino alla valutazione dell'opportunità e della convenienza della scelta gestoria dell'organo amministrativo, secondo il consolidato principio giurisprudenziale dell'insindacabilità del merito della *business judgement rule*, è chiamato a verificare la correttezza del "procedimento decisionale" in base al quale gli amministratori si sono determinati a compiere un dato atto dispositivo del patrimonio sociale. I sindaci, in ossequio alla diligenza loro richiesta, debbono vigilare che gli amministratori abbiano preventivamente acquisito le opportune informazioni prodromiche all'affare che si accingono a concludere, come pure debbono verificare che l'organo amministrativo abbia posto in essere tutte le verifiche e le cautele preventive normalmente richieste per una scelta gestoria della tipologia analizzata, secondo il contesto concreto delle circostanze e delle modalità in cui essa viene presa.

Occorre riconoscere che alla regola deontologica appena riportata un'importanza non comune nella valutazione della conformità o meno del collegio ai parametri di professionalità richiesta nell'espletamento dell'incarico del sindaco.

A ben vedere, la Norma 3.3. riempie di contenuto concreto il precetto codicistico, costruendo più preciso criterio quantitativo di tipo oggettivo da prendere a riferimento quale parametro di valutazione dell'operato del consiglio di amministrazione, che funga da strumento per giudicare il livello di imprudenza ovvero la gravità dell'imprudenza dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere.

Tale criterio è rappresentato, dalla congruenza e dalla compatibilità dell'atto gestorio rispetto alla misura quantitativa del patrimonio sociale: la manifesta imprudenza dell'atto dispositivo degli amministratori, dunque, deve essere rapportata alla dimensione del patrimonio sociale anche in

considerazione della stretta correlazione esistente tra quest'ultimo ed il rischio prevedibile conseguente all'affare.

5. L'inadempimento dei sindaci: omesso controllo e omessa attivazione.

La giurisprudenza formatasi in materia di responsabilità concorrente è sufficientemente ampia e consente di enucleare alcuni principi generali.

Per quanto attiene al presupposto consistente nell'inadempimento dei sindaci per la violazione di doveri di controllo si configura:

- sia nel caso in cui essi (per insufficienza o negligenza) non abbiano rilevato illecità ed irregolarità più o meno gravi poste in essere dagli amministratori,
- sia nel caso in cui, pur avendole rilevate, non si siano tempestivamente attivati per prevenirne o limitarne le conseguenze pregiudizievoli.

In riferimento alla prima ipotesi di responsabilità si è formata in giurisprudenza un'ampia casistica.

Infatti, la Suprema Corte con la sentenza n.13081 del 27 maggio 2013 ha affermato che *"sono responsabili i sindaci di società di capitali che non abbiano diligentemente operato il controllo sulla regolarità sostanziale della gestione sociale ricavabile dall'esame della documentazione contabile"*⁴⁵.

⁴⁵ U. MACRI', *La responsabilità dei sindaci nelle società di capitali*, in *Società* n. 11/2013, p.1241 ss., nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Verona, 31 ottobre 2013, affermando che: «Sussiste la responsabilità dei componenti del collegio sindacale per omesso controllo di contabilità di una società di capitali quando, attraverso di esso, sarebbe stato possibile rilevare che gli amministratori avevano emesso fatture per operazioni inesistenti, riscontrando che ad alcune di esse non corrispondevano né bolle di accompagnamento né pagamenti mentre altre erano intrinsecamente inattendibili per l'indicazione di un numero di ore lavorative incongruente con la realtà aziendale. Sussiste la responsabilità anche per

Nello stesso senso si è pronunciato anche il Tribunale di Roma con la sentenza del 20 febbraio 2012 sostenendo che *“non è compito dei sindaci verificare la correttezza delle valutazioni rese dagli amministratori, ma è loro dovere verificare che le valutazioni proposte siano conformi ai criteri dettati dal legislatore per le operazioni alle quali esse ineriscono”* ed il Tribunale di Milano il 3 febbraio 2010 secondo cui i sindaci sono onerati in modo costante e continuativo del controllo sulla capienza del patrimonio sociale e sono investiti di un dovere di verifica sulla legalità, non solo formale ma sostanziale dell'operato degli amministratori.

Se i sindaci abbiano vigilato con diligenza e, ciò nonostante, il danno si sia prodotto ugualmente per il comportamento degli amministratori, i sindaci non possono essere considerati responsabili.

Analogamente per la Cassazione, sentenza n. 22911 dell'11 novembre 2010, l'attività dei sindaci non si limita ad un mero controllo della rispondenza degli atti alle norme di legge ed a quelle statutarie, ma si estende anche alla verifica della diligenza impiegata dagli amministratori nello svolgimento degli affari sociali, potendo qualificarsi come un controllo di legalità sostanziale sull'operato degli amministratori.

Pertanto, ricorre la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori in caso di omessa vigilanza circa il compimento da parte dell'organo amministrativo di operazioni non riportate nella contabilità e di finanziamenti a società collegate, divenuti causa del dissesto finanziario della società poi dichiarata fallita, affermando che la tenuta di una contabilità occulta non esime i sindaci dai doveri di controllo quando vi sia discrepanza

mancato esercizio della funzione sostitutiva da parte dei sindaci rispetto a quella degli amministratori nella convocazione dell'assemblea, attribuita dall'art. 2446, primo comma, c.c.»

della contabilità ufficiale rispetto ai dati reali della gestione, secondo un allarme offerto dalla gravità delle operazioni⁴⁶.

È evidente che, a fianco di una giurisprudenza meno rigorosa che affermava la responsabilità solo in presenza di irregolarità particolarmente vistose o prolungate, si sta facendo strada una corrente giurisprudenziale sempre più severa, che pretende di richiedere ai sindaci un grado di diligenza, di attenzione e di assiduità che non solo va al di là di quello “normale” in relazione alla concreta situazione in cui versa la società, ma che è addirittura inattuabile con i mezzi, la struttura e l'organizzazione cui il Collegio sindacale dispone secondo la normativa vigente.

Con riferimento alla responsabilità per mancata attivazione, l'ipotesi più rilevante e ricorrente è quella della mancata convocazione dell'assemblea per l'assunzione dei provvedimenti imposti dagli artt. 2446 2447 c.c. ossia la riduzione del capitale per perdite superiori al terzo e riduzione del capitale al di sotto del limite legale. In particolare, la giurisprudenza annovera una fitta casistica di azioni di responsabilità promosse dal curatore fallimentare nei confronti degli ex sindaci della società fallita, ai quali si imputa di non aver tempestivamente rilevato l'esistenza di perdite tali da ridurre il capitale sociale al di sotto del minimo legale e comportare lo scioglimento della società. In questi casi viene attribuita ai sindaci la responsabilità concorrente con gli amministratori per le perdite accumulate a causa dell'illegittima prosecuzione dell'attività d'impresa⁴⁷.

⁴⁶ U. MACRI', *op. cit.*, p. 1247; E.E. BONAVENTURA, *Responsabilità dei sindaci per omesso controllo*, in *Società*, 2012, p. 12; G. TRAVAGLINI, *Brevi note in tema di responsabilità dei sindaci in caso di mancato esercizio dei loro poteri reattivi*, in *Resp. Civ. prev.*, 2014, 5, p. 1618; V. SALAFIA, *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Società*, 2014, 2, p. 139.

⁴⁷ G. BARBINI – I. LAMPONI, *L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura equitativa*, in *Resp. Civ. prev.*, 2014, 4, p. 1254; D. ITZI, *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. Civ. prev.*, 2011, 9, p. 1785; M.P. FERRARI,

5.1 La prova del nesso causale e la quantificazione del danno risarcibile.

Particolarmente delicato e complesso risulta l'accertamento del nesso causale tra l'inadempimento dell'obbligo di vigilanza ed il danno.

Difatti, la disposizione contenuta nell'art. 2407 c.c. non ricollega direttamente la responsabilità per il danno all'inadempimento ma impone di accertare altresì che il danno non si sarebbe verificato nel caso in cui i sindaci avessero vigilato correttamente: essa introduce cioè, con tale formulazione, una valutazione di carattere ipotetico su ciò che sarebbe avvenuto e che chiaramente non può essere effettuata secondo criteri di natura oggettiva.

Fatta eccezione per quei casi in cui la legge attribuisce ai sindaci specifici poteri di intervento – come ad esempio il potere di convocare l'assemblea per deliberare sui provvedimenti di cui agli artt. 2446 e ss. c.c. – nella pratica è estremamente difficile stabilire cosa sarebbe accaduto se i sindaci si fossero attenuti scrupolosamente ai propri doveri.

Per ovviare a questi margini di incertezza, la giurisprudenza si è orientata nel senso di fondare il riconoscimento della responsabilità su valutazioni di comune esperienza, basate sul criterio dell'"*id quod plerumque accidit*", presumendo la sussistenza del nesso causale in presenza di comprovati inadempimenti da parte dei sindaci⁴⁸.

Sul piano processuale tale orientamento si traduce in un'inversione dell'onere probatorio, rispetto alle ordinarie regole di prova del nesso causale

Responsabilità di amministratori e sindaci per mancato svolgimento dell'attività di controllo, in *Società*, 2011, 4, p. 380.

⁴⁸ Secondo Cass. Civ., 14 ottobre 2013, n. 23233: «*Sussiste il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci, che non abbiano formulato rilievi critici su poste di bilancio palesemente ingiustificate e non abbiano esercitato poteri sostitutivi, che secondo "l'id quod plerumque accidit" avrebbero condotto ad una più sollecita dichiarazione di fallimento, ed il danno, consistente nell'aggravamento del dissesto, determinato dal ritardo con cui il fallimento è stato dichiarato*».

che presiedono la responsabilità contrattuale qual è, appunto, quella dei sindaci⁴⁹.

Costituisce infatti consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità il fatto che la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci comporta che *“mentre su chi promuove l'azione grava esclusivamente l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso causale tra queste ed il danno verificatosi, incombe, per converso, su amministratori e sindaci dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti”*⁵⁰.

All'attore spetta, pertanto, l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni addebitate, del patito danno e del nesso di causalità tra le une e l'altro, incumbendo su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso e di fornire la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti⁵¹.

Ai sindaci, infatti, è contestata la *culpa in vigilando* ed occorre dimostrare che il danno sia conseguenza immediata e diretta di specifici comportamenti antidoverosi imputabili agli stessi.

⁴⁹ Cfr. App. Milano, 6 giugno 2012, secondo cui sebbene l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci abbia natura contrattuale, in tema di onere della prova non vale il principio generale di cui all'art. 1218 c.c.. All'attore spetta pertanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni addebitate, del patito danno e del nesso di causalità tra l'una e l'altro, incumbendo su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso e di fornire la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti.

⁵⁰ Cass. Civ., 11 novembre 2010, n. 22911.

⁵¹ U. MACRÌ, *op. cit.*, p. 1245, ma anche Trib. Napoli, Sez. Spec. in materia d'impresa, 4 dicembre 2013, secondo cui: «*Ai fini della sussistenza del nesso causale tra l'omesso controllo della contabilità da parte dei sindaci ed il danno derivante dalla tardiva emersione di una causa di scioglimento, è necessario non solo dimostrare che l'omissione dei controlli abbia consentito la prosecuzione dell'attività, e, quindi, il prodursi dell'evento dannoso, ma anche, ex art. 2407, comma 2, c.c., che l'effettuazione dei controlli avrebbe consentito di evitare il danno, alla stregua di una prognosi postuma, condotta secondo il principio della regolarità causale.*».

Ancora, in tempi più recenti, nella giurisprudenza della Suprema Corte ⁵², è stato richiamato l'insegnamento secondo il quale l'accertamento del nesso causale è *"indispensabile per l'affermazione della responsabilità dei sindaci in relazione ai danni subiti dalla società come effetto del loro illegittimo comportamento omissivo"*, a tal fine occorrendo accertare *"che un diverso e più diligente comportamento dei sindaci nell'esercizio dei loro compiti (tra cui la mancata tempestiva segnalazione della situazione agli organi di vigilanza esterni) sarebbe stato idoneo ad evitare le disastrose conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori"*.

Compete dunque all'attore fornire la dimostrazione del fatto che il diligente adempimento da parte dei sindaci dei loro obblighi avrebbe consentito di evitare il danno.

Non vi è dubbio, tuttavia, che una tale dimostrazione non è, di per sé, affatto agevole in linea pratica⁵³: essa implica e richiede, infatti, di esercitare un giudizio di probabilità riguardo a conseguenze di atti e comportamenti che non sono stati posti in essere⁵⁴.

⁵²Cass. Civ., 29 ottobre 2013, n. 24362.

⁵³G. CAVALLI, *I sindaci*, nel *Trattato sulle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 5, Torino, 1988, p.172.

⁵⁴ Rileva efficacemente la Suprema Corte, con sentenza del 14 ottobre 2013, n. 23233 «Sussiste il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci, che non abbiano formulato rilievi critici su poste di bilancio palesemente ingiustificate e non abbiano esercitato poteri sostitutivi, che secondo l'"id quod plerumque accidit" avrebbero condotto ad una più sollecita dichiarazione di fallimento, ed il danno, consistente nell'aggravamento del dissesto, determinato dal ritardo con cui il fallimento è stato dichiarato». Nel senso che il nesso causale debba essere accertato con una valutazione « ex ante » si veda Trib. Milano, 20 aprile 2009, n. 5221, secondo cui «L'art. 2392 c.c., nella sua vecchia formulazione, imponeva agli amministratori un obbligo di amministrare con diligenza e senza conflitti di interesse, sancendo così con una clausola generale il contenuto della diligenza dovuta. Il parametro di diligenza, al quale il giudice deve rifarsi per determinare la responsabilità di amministratori e sindaci, implica i criteri di valutazione dell'art. 1176, comma 2, c.c., in tema di responsabilità professionale, e pertanto presuppone il riferimento sia alle caratteristiche oggettive dell'impresa (dimensioni, organizzazione, settore di attività, struttura dell'azionariato) sia alle funzioni concretamente espletate da ciascun amministratore o sindaco. L'illecita condotta deve aver cagionato un danno effettivo al patrimonio sociale, ed il nesso causale deve essere accertato con una valutazione "ex ante" della condotta

Il compito probatorio dell'attore potrebbe peraltro risultare alleviato in ragione dell'operatività di una presunzione semplice.

In effetti, talora in giurisprudenza è stato riconosciuto che si debba "ragionevolmente presumere" che la segnalazione all'assemblea delle irregolarità di gestione riscontrate o la denuncia dei fatti al pubblico ministero, ove ne ricorrano gli estremi, per consentire all'ufficio di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c., o anche solo la minaccia di farlo per l'ipotesi di mancato ravvedimento operoso degli amministratori, avrebbero potuto risultare inidonei ad evitare o ridurre le conseguenze dannose della condotta gestoria⁵⁵.

In tale ottica, una volta stabilita la successione "logica e cronologica fra l'inadempimento sindacale ed il fatto degli amministratori da cui è derivato il pregiudizio, non sembra però necessaria una positiva dimostrazione della potenziale capacità del controllo ad elidere la conseguenze, rispondendo tale potenziale capacità alla valutazione legale dell'ipotetico, ordinario evolversi dei fatti⁵⁶".

Non ricorre invece la responsabilità dei sindaci allorchè le irregolarità gestionali non avrebbero comunque potute essere percepite da essi, pur usando la diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2 c.c., attraverso le usuali operazioni di controllo e di vigilanza della gestione della società, in quanto riferite a fatti non contenuti in documenti inseriti nella contabilità, di cui non sia provata l'effettiva conoscenza o conoscibilità da parte loro⁵⁷.

Ed invero, i sindaci non rispondono per il fatto in sé che gli amministratori abbiano causato un danno alla società, ma solo in quanto

ipoteticamente esigibile osservata al tempo dell'inadempimento, non avendo rilevanza gli eventuali risultati gestionali negativi non prevedibili al tempo».

⁵⁵Cass. Civ., 11 novembre 2010, n. 22911.

⁵⁶G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁷Trib. Milano, 13 novembre 2006.

abbiano violato un obbligo inerente alla loro funzione, omettendo di vigilare sull'amministrazione della società con la diligenza richiesta, di denunciare irregolarità riscontrate, o di assumere le necessarie iniziative sostitutive dell'organo gestorio ed a condizione che se invece non avessero posto in essere tale comportamento, il danno non si sarebbe prodotto⁵⁸.

La tematica del nesso di causalità si intreccia con un'altra problematica di non breve momento: la determinazione e quantificazione del danno cagionato dagli inadempimenti dei sindaci⁵⁹.

Infatti, nella pratica, il danno cagionato dagli amministratori è il risultato di condotte complesse e prolungate concretanti diverse e distinte violazioni dei doveri che incombono sugli amministratori⁶⁰.

Pertanto risulta spesso assai difficile isolare i comportamenti degli amministratori sui quali si è inserito il concorrente inadempimento dei sindaci, ed ancor più difficile è quantificare la parte del danno ascrivibile ai comportamenti predetti.

La Suprema Corte in tema *quantum debeatur* ha stabilito che bisogna procedere alla verifica del risultato economico delle singole operazioni

⁵⁸ F. DARDES, *Responsabilità dei sindaci: profili applicativi*, in *Società*, 2013, p. 44.

⁵⁹ Per una più approfondita trattazione della specifica tematica della quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità contro gli organi sociali, si vedano, *ex multis*: L. FACCINCANI – M. RUTIGLIANO, *La stima del danno nelle azioni di responsabilità per illegittima prosecuzione dell'attività sociale in seguito alla perdita del capitale: una diversa proposta metodologica*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, 3, p. 663; P. P. FERRARO, *Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2013, 2, 1, p. 237; A. PALAZZOLO, *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*, in *Dir. fall.*, 2012, 5, 1, p. 584; G. CIERVO, *Perdita del capitale sociale, responsabilità degli amministratori e quantificazione del danno risarcibile*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2011, 5, p. 11.

⁶⁰ I. LAMPONI – G. BARBINI, *L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura equitativa*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p.1254.

pregiudizievoli e valutare in modo rigoroso l'entità del danno prodotto dalla condotta illecita⁶¹.

Muovendo da tale assunto, da tempo la giurisprudenza sostiene che il danno che il sindaco responsabile è tenuto a risarcire è quello causalmente riconducibile in via immediata e diretta alla sua condotta colposa o dolosa, ed entro tale limite comprende, secondo i principi generali, sia il danno emergente sia il lucro cessante e va in concreto commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, attivo od omissivo, non fosse stato posto in essere⁶².

Mentre la quantificazione del danno non presenta soverchie criticità quando le censure si appuntino su singole operazioni *contra legem*, in quanto il danno sarà commisurato al risultato negativo di essa, diviene maggiormente problematica qualora si sia chiamati a determinare l'ammontare di un pregiudizio cagionato dalla violazione, in concorso con gli amministratori, del dovere di circoscrivere la gestione agli atti conservativi dell'integrità e del valore del patrimonio di cui all'art. 2486 c.c.

In tale ultima ipotesi, il Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia d'impresa, ha di recente statuito che: "Il danno da illecita prosecuzione dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento consiste nell'aggravamento della cd. perdita netta ovvero, in quell'erosione del "patrimonio netto" che la prosecuzione dell'attività caratteristica (non meramente conservativa del valore e dell'integrità del patrimonio ex art. 2486 c.c.) abbia eventualmente prodotto"⁶³.

⁶¹Cass. Civ., 15 febbraio 2005, n.3032.

⁶² Per una chiara enunciazione del principio, cfr. Cass. Civ., 22 ottobre 1998, n.10488, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p.75, con nota di V. Salafia, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*.

⁶³ Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 23 settembre 2015, ma anche Trib. Napoli, Sez. Spec. in materia d'impresa, 13 aprile 2016.

Fermo restando che non sono imputabili agli organi sociali, sotto il profilo dell'omessa presa d'atto della causa di scioglimento, né la prosecuzione di operazioni già in corso al momento della perdita del capitale, né la maturazione di ulteriori oneri finanziari, posto che entrambe si sarebbero verificate anche nell'ipotesi di pronta liquidazione della società⁶⁴.

6. L'azione di responsabilità contro gli amministratori e contro i sindaci: analogie e differenze.

L'azione di responsabilità prevista nei confronti degli amministratori dall'art. 2393 c.c. si estende, grazie alla previsione contenuta nell'art 2407 ultimo comma c.c., anche ai sindaci.

Tale disciplina, tuttavia, sarà applicabile nei limiti della sua compatibilità con la normativa prevista in relazione al Collegio sindacale.

Dall'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, quella promossa nei riguardi dei sindaci mutua anche la natura: responsabilità contrattuale da far valere ai sensi e secondo le regole di cui all'art.1218 c.c.⁶⁵Si tratta di una valutazione estremamente rilevante in quanto può incidere sull'esercizio e soprattutto sugli effetti dell'azione stessa.

⁶⁴ Cfr. S. AMBROSINI, *Il problema della quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p.297 ss..

⁶⁵ *Il collegio sindacale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1992, p.331 ss.; CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato Colombo-Portale*, p.5, Controlli. Obbligazioni, Torino, Utet, 1988, p.179; *Il collegio sindacale*, in *Cavalli-Marulli-Silveti, Le società per azioni*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale fondata da Bigiavi*, Torino, Utet, 1996, p. 926; G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, Torino, Utet, 1985, p.576; FRANZONI, *La responsabilità dei sindaci*, in *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato Galgano*, XIX, Padova, Cedam, 1994; *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società. Trattato*, diretto da Galgano, Torino, Utet, 2002; BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2009, p.301.

Detta compatibilità va scrutinata specie in relazione all'estendibilità ai sindaci della revoca automatica prevista per gli amministratori dall'art. 2393 comma 5 c.c., ai sensi del quale la delibera dell'azione di responsabilità proposta con il voto favorevole di 1/5 del capitale sociale comporta la revoca dell'ufficio dei componenti dell'organo gestorio.

Tale disposizione non è applicabile al Collegio sindacale poiché la verifica dell'effettiva esistenza di un conflitto tra società e sindaci, tale da rendere incompatibile la permanenza in carica di questi ultimi, richiede sempre un'autonoma valutazione giudiziale e non può essere rimessa ad un numero più o meno ampio di soci.

Il principio è ormai pacifico per la giurisprudenza di legittimità che in più occasioni ha ritenuto che l'azione di responsabilità contro i sindaci, anche se sollevata con il voto favorevole di almeno 1/5 del capitale sociale, non determina la revoca automatica degli stessi dalla carica né la loro immediata sostituzione⁶⁶.

Inoltre, l'art. 2393, comma 3, c.c. consente che l'azione di responsabilità contro gli amministratori sia promossa da deliberazione sindacale con la maggioranza dei due terzi dei componenti.

La sua estensione all'azione di responsabilità contro i sindaci ne consentirebbe l'applicazione in concreto, ma non sarebbe immaginabile un atto di così grave autoaccusa e responsabilità da parte del collegio cui la responsabilità viene imputata.

È però ammissibile l'applicazione della norma quando si tratti di agire contro i componenti di un collegio sindacale cessati dalla carica.

Inoltre, la deliberazione sindacale promuove la proposizione dell'azione, ma in concreto sarà la società tenuta ad agire, previa eventuale

⁶⁶ Cass. Civ., 7 ottobre 2010 n.20826; Cass. Civ., 12 dicembre 2005, n. 27839.

richiesta di nomina di un curatore speciale, rivolta al Tribunale territorialmente competente, ove l'azione dovesse riguardare anche gli amministratori in carica.

Al di là delle differenze citate, l'art. 2407 c.c. dispone un parallelismo sostanziale e procedurale fra l'azione posta in essere dalla società e quella sollevata dai creditori sociali, ma anche da parte del socio o del terzo, rivolta contro gli amministratori o i sindaci.

Ciò in quanto il danno cagionato dai sindaci attiene, come quello provocato dagli amministratori, pur sempre al patrimonio sociale.

L'azione di responsabilità può essere promossa dall'assemblea dei soci o dai creditori sociali, mentre molto rara, anche se teoricamente esperibile, appare la proposizione dell'azione da parte del singolo socio o del terzo individualmente danneggiato.

Il socio di minoranza non potrà infatti agire contro i sindaci perché tale potere non è contemplato dall'art. 2476 c.c.⁶⁷

È opportuno ricordare che la responsabilità dei sindaci nei confronti della società e dei terzi è, oltre che solidale, anche illimitata in quanto gli estensori della riforma societaria hanno ritenuto tale regime l'unico che possa indurre i sindaci ad un comportamento diligente nell'esercizio del proprio incarico.

6.1. Responsabilità contrattuale verso la società.

La società può agire contro gli amministratori e i sindaci per ottenere il risarcimento dei danni che essa ha subito a causa dell'inadempimento dei loro rispettivi doveri, mediante l'azione di cui all'art. 2393 c.c.

⁶⁷ Trib. Milano, 9 ottobre 2008.

Affinché l'azione di responsabilità proposta dall'assemblea dei soci sia legittima, deve sussistere un danno al patrimonio sociale determinato da violazioni dei doveri da parte di amministratori e sindaci ovvero dallo svolgimento delle loro funzioni senza quel grado di diligenza richiesta al mandatario.

L'azione è deliberata dall'assemblea ordinaria a maggioranza semplice.

La possibilità di promuoverla è inclusa *ex lege* nell'ordine del giorno quando l'assemblea è riunita per la discussione del bilancio d'esercizio purchè si tratti di fatti di competenza dell'esercizio ai quali il bilancio si riferisce.

Quanto sopra, ovviamente, non vale nelle assemblee totalitarie.

La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e transigere in merito all'ammontare del risarcimento. La rinuncia e la transazione debbono, tuttavia, essere approvate dall'assemblea con maggioranza qualificata e non hanno affetto se vi sia stato il voto contrario di soci pari o superiore ad 1/5 del capitale sociale.

Questo meccanismo assicura alla minoranza, cui compete l'azione di responsabilità, l'opportunità di bloccare l'eventuale iniziativa da parte dei soci di maggioranza per mettere nel nulla l'azione.

Da rilevare inoltre che, seppure l'art. 2393, comma 6, c.c. faccia riferimento al fatto che la transazione riguarda un accordo fra assemblea ed amministratori, non appare dubbio che, in virtù del richiamo di cui all'art. 2407 c.c. al citato art. 2393 c.c., tale accordo investa anche il Collegio sindacale.

6.2 L'azione sociale esercitata dai singoli soci.

L'esercizio dell'azione è riservato ad una minoranza qualificata di soci, ovvero, nelle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ad un numero di soci che rappresentino almeno il 20% del capitale sociale ovvero la diversa percentuale prevista dallo statuto, comunque non superiore ad 1/3;

L'azione dei soci di minoranza è caratterizzata dal fatto che gli stessi fanno valere in nome proprio l'azione che spetta alla società, tant'è che l'eventuale esito positivo della stessa giova a reintegrare il patrimonio della società e non quello dei soci di minoranza i quali, pertanto, attraverso l'esercizio dell'azione, soddisfano il loro interesse al mantenimento del valore della propria partecipazione in modo mediato, ossia accrescendo il patrimonio del debitore con cui potranno soddisfare la propria pretesa.

Il comma 6 dell'art. 2393-*bis* c.c. prevede che i soci di minoranza possano rinunciare all'azione o transigerla, ossia possono rinunciare agli atti del giudizio da loro promosso, eventualmente tramite transazione, senza che ciò comporti la perdita del diritto da parte della società.

Inoltre, gli stessi possono rinunciare alla lite anche a titolo preventivo, ma l'accordo avrà l'effetto limitato di un "*pactum de non petendo*", non essendo opponibile alla società, così come possono esercitare la pretesa in via stragiudiziale compiendo atti interruttivi della prescrizione che gioveranno alla società. In tutti i casi, le somme che gli amministratori o i sindaci fossero condannati a pagare all'esito del processo o in dipendenza di una transazione intervenuta con i soci di minoranza, spettano esclusivamente alla società che potrà poi esercitare le opportune azioni esecutive essendo la diretta titolare del diritto.

Per quanto riguarda le spese del processo seguono le generali regole sulla soccombenza.

Sul punto, l'art. 2393-bis comma 5 c.c. prevede che in caso di accoglimento della domanda dell'attore, la società sarà tenuta a rimborsare ai soci non solo le spese di giudizio, ma anche le spese sopportate nell'accertamento dei fatti. Il meccanismo delle spese è congegnato come segue: i soci anticipano tutte le spese del giudizio, ivi comprese quelle necessarie per giungere ad un accertamento dei fatti.

Tutte queste spese resteranno a carico dei soci attori se soccombenti. In caso di vittoria, invece, dette spese potranno essere poste a carico dei convenuti soccombenti, con condanna al pagamento in favore dei soci.

6.3. Responsabilità extracontrattuale verso i creditori sociali, i singoli soci ed i terzi.

Mentre nel caso di azione sociale di responsabilità viene in considerazione ogni comportamento produttivo di danno, la responsabilità verso i creditori sociali sussiste solo nel caso di violazione della norma concernente l'integrità del patrimonio sociale, qualora questo diventi insufficiente a soddisfare i creditori sociali.

Si tratta di una responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. che presuppone la configurazione di un danno ingiusto causato ai creditori dagli amministratori e dai sindaci.

La responsabilità dei sindaci verso i creditori è sottoposta al ricorrere di due presupposti: violazione degli obblighi inerenti la conservazione del capitale sociale e conseguente insufficienza al soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

L'azione è fondata, in altri termini, sulla integrità del patrimonio sociale che determina una situazione in base alla quale i creditori sociali non

possono più fare affidamento sulla garanzia patrimoniale della società. Tale deve intendersi quella situazione patrimoniale in cui sussiste una differenza negativa permanente fra attività e passività, che rappresenti un'incapacità più grave e definitiva nel provvedere al rimborso dei creditori rispetto alla mera insolvenza⁶⁸.

L'azione è promossa dai creditori sociali i quali non si sostituiscono in surrogatoria all'azione della società, ma esercitano un'azione diretta ed autonoma.

Di conseguenza:

- i sindaci non possono opporre ai creditori sociali le eccezioni opponibili alla società,
- la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'azione da parte dei creditori;
- a differenza della rinuncia, di contro, la transazione ex art. 2393 comma 6 c.c. raggiunta da amministratori e sindaci, preclude di norma l'azione dei creditori.

Il diverso regime si spiega tenendo presente che la rinuncia non comporta reintegrazione del patrimonio sociale, mentre la transazione, si presume, dovrebbe consentire la ricostruzione del patrimonio sul quale i creditori hanno il diritto di essere soddisfatti.

Da segnalare che ai sensi dell'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 2394 c.c., la transazione potrà essere impugnata dai creditori sociali, attraverso l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. nel caso in cui ne ricorrano gli estremi, cioè qualora il risultato della transazione non risulti sufficiente ad adempiere l'obbligazione verso i creditori.

⁶⁸Cass. Civ., 12 giugno 2014, n. 13378.

L'esercizio dell'azione del socio e del terzo nei confronti dei sindaci è espressamente prevista dall'art. 2407 c.c. che richiama l'art. 2395 c.c.

In questo caso, il presupposto coincide con il danneggiamento di singoli individui (soci o terzi) tramite atti dolosi e/o colposi commessi da amministratori e sindaci⁶⁹.

Da evidenziare che, a differenza delle azioni sociali e di quella dei creditori, l'azione individuale richiede la lesione di un diritto patrimoniale del socio o del terzo che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio della società⁷⁰.

⁶⁹ Cass. Civ., 23 giugno 2010 n. 15220.

⁷⁰ Cass. Civ., 23 ottobre 2014, n. 22573; La S.C. afferma costantemente la natura extracontrattuale della responsabilità in parola; oltre alla sentenza del 5 agosto 2008, n. 21130, e *pluribus v. Cass.*, 28 febbraio 1998, n. 2251; Cass., 7 settembre 1993, n. 9385; Cass., 21 maggio 1991, n. 5723; Cass., 3 agosto 1988, n. 4817, in *Dir. fall.*, 1989, II, p.380; Cass., 6 gennaio 1982, n. 14. In dottrina, per tutti, AUDINO, *Commento all'art. 2395, in Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, Cedam, 2005, p.855. Sulla natura extracontrattuale della responsabilità prevista dall'art. 2395 c.c., v. Cass., 3 aprile 2007, n. 8359, in *Giur. it.*, 2007, 12, p. 2761; App. Catanzaro, 22 marzo 2010, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p.216, con nota di GARDELLA; App. Milano, 11 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2003, p.2099; Cass., 3 agosto 1988, n. 4817, in *Società*, 1988, 11, p. 1140: «è principio affermato (Cass. 327-74, 5011-77, 3176-81, 6431-82) – che il Collegio condivide pienamente e dal quale, quindi, non intende discostarsi – quello secondo cui l'azione connessa individualmente dall'art. 2395 cod. civ. ai soci o ai terzi per il risarcimento dei danni ad essi derivati come conseguenza di atti dolosi o colposi degli amministratori di società per azioni, rientra nello schema concettuale e strutturale della responsabilità aquiliana e presuppone che i danni stessi non siano solo il riflesso di quelli arrecati eventualmente al patrimonio sociale, ma siano direttamente cagionati ai soci o ai terzi come conseguenza immediata del comportamento degli amministratori medesimi»; Trib. Bologna, 19 gennaio 1993 in *Società*, 1993, 1063, con nota di BRUNI; merita ricordare che per BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 225, posto che la responsabilità degli amministratori deriva, anche nell'ipotesi dell'art. 2395 c.c., dall'inadempimento di preesistenti obblighi che lo statuto o la legge impongono all'amministratore per il corretto esercizio delle sue funzioni, sembra preferibile ritenere che si tratti di responsabilità contrattuale o di responsabilità per violazione dei doveri di protezione che incombono sugli amministratori. Cfr. Trib. Torino, 20 marzo 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 740; dal secondo comma dell'art. 2395 c.c. emergerebbe la volontà del legislatore di «attrarre la vicenda ivi contemplata nell'alveo della responsabilità contrattuale» così SAMBUCCI, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, II, Napoli, Jovene, 2004, p. 718.

La tesi della natura contrattuale della responsabilità è affermata in dottrina da C. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in Enc. dir., XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1008 s.; da BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1992, 207; da ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, Giuffrè,

In relazione alla carenza di un vincolo contrattuale fra amministratori, sindaci e terzi, la responsabilità è di natura extra-contrattuale⁷¹.

L'azione è promossa dai singoli soci e/o terzi estranei alla società indipendentemente dalla loro specifica qualifica di creditori sociali.

La responsabilità non può essere invocata sulla base della incidenza negativa di scelte gestionali inopportune, ma spetta al socio che lamenti un danno riflesso, ossia un danno cagionato al suo patrimonio a seguito di quello prodotto alla società.

Le ipotesi più frequenti di azione ex art. 2395 c.c. nei confronti degli amministratori (ma con pacifici potenziali riflessi sui sindaci) riguardano le false comunicazioni sociali che inducono l'acquisto di azioni a prezzo superiore a quello effettivo⁷² o a non vendere quelle prive di valore⁷³ oppure a sottoscrivere un aumento di capitale che, conoscendo la reale situazione della società, non si sarebbe sottoscritto⁷⁴.

7. La responsabilità solidale.

La responsabilità dei sindaci può avere natura solidale: rispetto agli altri effettivi componenti il collegio, allorché si pari di responsabilità esclusiva, rispetto agli amministratori, quando si tratta di responsabilità concorrente⁷⁵.

2000, 80, i quali in vario modo precisano trattarsi di responsabilità per violazione di doveri di protezione.

⁷¹ Cass. Civ., 10 aprile 2014, n. 8458.

⁷² Cass. Civ., 12 giugno 2007, n. 13766

⁷³ Trib. Milano, 8 settembre 1997.

⁷⁴ Trib. Milano, 22 settembre 1986.

⁷⁵ G. TRAVAGLINI, *Brevi note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci in caso di mancato esercizio dei loro poteri reattivi. Il requisito necessario del nesso causale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p.1618.

Infatti, nel caso di danno originato da false attestazioni rilasciate dal collegio, il risarcimento costituisce obbligazione solidale di tutti i suoi componenti, mentre la responsabilità grava unicamente sull'autore, ove l'attestazione fosse solo da lui rilasciata o nell'ipotesi di violazione da parte sua del segreto professionale.

Come noto, sussiste solidarietà dei condebitori nell'adempimento dell'obbligazione, a meno che l'insussistenza sia disposta da una specifica norma di legge o risulti dal titolo di credito (art. 1294 c.c.); in caso di solidarietà, ciascun debitore è tenuto all'adempimento per la totalità e l'adempimento di uno libera gli altri (art.1292 c.c.).

I condebitori, solo nei rapporti interni e quindi con un'azione di regresso, possono agire invocando una diversa ripartizione dell'onere probatorio (art. 1298 c.c.).

Nella responsabilità extracontrattuale, in particolare, la solidarietà tra coloro che hanno concorso alla produzione del danno o non l'hanno evitato, pur avendone l'obbligo, è disposta dall'art. 2055 c.c., con facoltà di regresso ai fini interni fra coobbligati.

La responsabilità è sempre solidale nel caso di responsabilità concorrente con gli amministratori⁷⁶, bene inteso con riferimento ai danni che questi ultimi hanno procurato e che avrebbero potuto essere evitati grazie all'espletamento dei compiti di vigilanza sindacale.

Ferma restando la possibilità dei sindaci di liberarsi dalla responsabilità o comunque ridurre la loro responsabilità solidale facendo

⁷⁶ F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, p.551, i quali osservano che: «*la società o i creditori sociali possono agire in giudizio anche nei confronti dei soli sindaci*». In tal caso, tuttavia, i convenuti dovrebbero opportunamente chiamare in giudizio gli amministratori, affinché l'eventuale pronuncia giudiziale sfavorevole faccia stato anche nei loro confronti.

constatare il loro dissenso nell'apposito libro ai sensi dell'art. 2404, comma quarto, c.c.

La solidarietà ha come conseguenza anche la facoltà del creditore di agire indifferentemente nei confronti di uno qualsiasi dei sindaci condebitori.

Inoltre, nell'ottica della segmentazione dell'accertamento delle forme di responsabilità dei singoli componenti dell'organo di controllo, la natura solidale dell'obbligazione risarcitoria dei sindaci, sia nei confronti degli amministratori che tra i componenti del collegio sindacale, non esclude che i singoli sindaci possano chiedere ed ottenere una graduazione di colpa nei loro reciproci rapporti, con una diversa ripartizione dell'onere risarcitorio all'interno del collegio, affinché si possa fissare con l'eventuale sentenza di condanna il *quantum* dovuto da ciascun componente del collegio ai fini del regresso fra condebitori⁷⁷

⁷⁷ Cfr. Cass. civ., 18 maggio 2012, n. 7907. In dottrina, tra gli altri, CAVALLI, *op. cit.*, p.178; FERRARA JR. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, p. 506 ss.; GALGANO, *Diritto commerciale - Le società*, Bologna-Roma, 2001, p. 326 ss.; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 2001, p. 414 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 317. Non proprio dello stesso avviso è però Cass. Civ., 28 maggio 1998, n. 5287, secondo cui, ai sensi del comma 2 dell'art. 2407 c.c., non sarebbe legittima una commisurazione percentuale della responsabilità dei sindaci all'entità del loro concorso nella causazione dell'evento dannoso; Cass. civ., 8 luglio 2009, n. 16050, secondo cui «La responsabilità degli amministratori e dei sindaci di società ha natura solidale, ai sensi dell'art. 1292 c.c., e tale vincolo sussiste — tanto quando la responsabilità sia contrattuale, quanto ove essa sia extracontrattuale — anche se l'evento dannoso sia collegato da nesso eziologico a più condotte distinte, ciascuna delle quali abbia concorso a determinarlo, restando irrilevante, nel rapporto col danneggiato, la diversa valenza causale. Pertanto, in caso di transazione fra uno dei coobbligati ed il danneggiato, l'art. 1304, comma 1, c.c., si applica soltanto se la transazione abbia riguardato l'intero debito solidale, mentre, laddove l'oggetto del negozio transattivo sia limitato alla sola quota del debitore solidale stipulante, la norma resta inapplicabile, così che, per effetto della transazione, il debito solidale viene ridotto dell'importo corrispondente alla quota transatta, producendosi lo scioglimento del vincolo solidale tra lo stipulante e gli altri condebitori, i quali, di conseguenza, rimangono obbligati nei limiti della loro quota ».

CAPITOLO 3

LA RESPONSABILITA' DEI SOGGETTI INVARICATI DELLA REVISIONE CONTABILE.

1. L'attività di revisione ed il nuovo quadro normativo. 1.1 Reputation, regulation e litigation nella revisione legale. 2. La responsabilità del revisore legale: art. 15 d.lgs.n. 39 del 2010. 2.1 La natura della responsabilità. 3. La solidarietà nella responsabilità fra revisori ed amministratori 4. La responsabilità dei revisori nei confronti della società. 4.1 Il nesso causale ed il danno risarcibile nell'ipotesi di responsabilità contrattuale verso la società 5. La responsabilità dei revisori nei confronti dei soci e dei terzi. 5.1 Il nesso causale ed il danno risarcibile nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale verso i soci ed i terzi. 6. Posizione dei responsabili della revisione e dei dipendenti. 7. La prescrizione.

1. L'attività di revisione ed il vigente quadro normativo.

La disciplina della revisione è stata modificata dal d.lgs. n. 39/2010, di attuazione della corrispondente direttiva comunitaria¹. Tale normativa ha modificato addirittura l'espressione di revisione "contabile", ora meglio definita come revisione "legale"².

Il succitato decreto legislativo costituisce la risposta europea agli scandali finanziari-contabili verificatisi nell'ultimo decennio e annovera tra le sue finalità quella di ripristinare la fiducia nella revisione contabile e nei mercati finanziari.

Al recepimento della direttiva europea è seguito un importante intervento sul piano codicistico e sulle principali leggi collegate, quali il t.u.f., il t.u.b. ed il codice delle assicurazioni, attraverso la sostituzione e l'abrogazione di numerose norme e la diretta regolamentazione di rilevanti aspetti della materia ad opera del decreto legislativo *de quo*³.

Illustre assente, tuttavia, resta la previsione di una normativa europea uniforme in tema di responsabilità civile del soggetto revisore. Ed invero la Direttiva 2006/43/CE ha lasciato ai singoli legislatori nazionali

¹ D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39. Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE; ALPA, *Deterrence e responsabilità: il caso delle società di revisione*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2250, con riguardo alle diverse discipline nazionali ed all'art. 31 della Direttiva 2006/43/CE che ha preceduto la citata Raccomandazione.

² La legge definisce la "revisione legale" come "la revisione dei conti annuali o dei conti consolidati effettuata in conformità alle disposizioni del presente decreto legislativo o, nel caso in cui sia effettuata in un altro Stato membro dell'Unione europea, alle disposizioni di attuazione della direttiva 2006/43/CE vigenti in tale Stato membro" (art. 1, lett. m, d.lgs. n. 39/2010).

³ Per una puntuale ed accurata disamina del tema e delle opposte visioni e soluzioni, cfr. P. GIUDICI, *Il dibattito sulla limitazione di responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di BALZARINI, CARCANO e VENTORUZZO, Milano, Giuffrè, 2007, p. 965; PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p.160.

l'onere di modificare il proprio ordinamento conformemente alle linee guida illustrate nella "Raccomandazione relativa alla limitazione della responsabilità civile dei revisori legali dei conti e delle imprese di revisione contabile" del 5 giugno 2008.

La revisione si configura quale attività di controllo di tipo omogeneo, dovendo essere svolta, secondo quanto dispone l'art. 11, comma 1, in base ai "principi di revisione adottati dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 26, par. 1 e 2, della Direttiva 2006/43/CE"; con la precisazione, però, che, sino alla loro adozione, valgano quelli "elaborati da associazioni ed ordini professionali e dalla Consob".

È tuttavia riconosciuta al Ministro dell'Economia e delle Finanze la facoltà di disporre con regolamento l'obbligo di osservare procedure od obblighi supplementari o, in casi eccezionali, di vietare l'osservanza di parte dei principi.

La circostanza che alla luce del D. lgs. n. 39/2010 l'attività di revisione debba essere condotta secondo certi e specifici principi, ha riaperto il dibattito sul loro grado di vincolatività.

In precedenza, in dottrina, era stata manifestata l'opinione che il loro mancato rispetto non comportasse automaticamente una responsabilità del professionista, potendo al più costituire una presunzione suscettibile di essere superata dalla prova contraria; parimenti, la loro osservanza non sarebbe equivalsa a presunzione assoluta di correttezza del suo operato, potendosi rilevare doveroso il ricorso a criteri diversi⁴.

Ma, ai sensi del D. Lgs. n. 39/2010, non può ora dubitarsi che i richiami ed i rinvii ai principi di revisione, nazionali ed internazionali, che vi

⁴Trib. Milano, 18 giugno 1992, *Giur. It.*, 1993, I, 2, 1, con nota di G. MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*; ed, in particolare, App. Milano, 7 luglio 1998, in *Società*, 1998, p.1171, con nota di V. SALAFIA.

sono contenuti facciano loro assumere giuridica rilevanza, cosicché la loro inosservanza rappresenti una violazione diretta di uno specifico obbligo in capo al revisore; considerazioni riferibili ai primi due commi dell'art. 2, ma anche al terzo, cioè al regime transitorio, attesa la formulazione della relativa disposizione che "impone lo svolgimento dell'attività di revisione in conformità agli esistenti principi nazionali"⁵.

Tuttavia, lo stretto adeguamento agli obblighi derivanti dalla legge potrebbe rilevarsi in sé insufficiente per esonerare il revisore da eventuali responsabilità: infatti il comportamento cui egli è tenuto potrebbe, nel caso concreto, dover seguire regole anche più stringenti o penetranti di quelle indicate dai principi di volta in volta richiamabili, quando lo richiede la fattispecie in esame.

Il carattere di omogeneità riconosciuto all'attività di revisione dalle nuove disposizioni si rivela in modo significativo anche sotto il diverso profilo delle società destinatarie delle regole, che, di norma, sono tutte le società per azioni senza distinzioni tra quotate e non, a differenza di quanto avveniva in precedenza.

In linea di massima, dunque, la revisione legale dei conti deve avvenire ad opera di un revisore esterno, il quale può essere indifferentemente una società di revisione od un revisore persona fisica.

L'assenza, nella legge, di criteri di scelta rischia però di produrre conseguenze non positive, infatti, se è logico affermare che ragioni inerenti alla complessità del lavoro dovrebbero far propendere verso la prima opzione, non è però da escludere che motivi più concretamente riconducibili

⁵COLOMBO, *La revisione contabile nelle società non quotate: alcuni problemi attuali*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, Giappichelli, 2010, 530.

ai costi possano invece spingere, già in società di medie dimensioni, verso la seconda, con intuibili minori tutele.

In generale, si ricorda che l'incarico al revisore contabile è conferito dall'assemblea su proposta motivata dell'organo di controllo.

La differenza rispetto al meccanismo previsto dall'abrogato art. 2409 *quater* c.c., secondo cui l'organo di controllo veniva semplicemente sentito, consentirebbe che la ricerca del revisore passi all'organo di controllo, ossia al collegio sindacale.

Nei fatti, tuttavia, la proposta motivata del collegio sindacale, "ratifica" una scelta che continua ad essere operata dagli amministratori e trasmessa all'organo di controllo, che semplicemente la fa propria.

Ciò riduce il valore dell'attribuzione della proposta motivata all'organo di controllo, che intenderebbe definitivamente recidere il legame tra controllori (contabili) e i controllati (gli amministratori)⁶.

Un più grave *vulnus* agli intenti della norma alberga in una diversa disposizione, di tale incidenza concreta da minare seriamente l'omogeneità di cui si è discusso.

Infatti il comma 2 dell'art. 2409 *bis*, dispone ora, che lo statuto delle società che non sono obbligate alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che la revisione sia esercitata dal collegio sindacale.

⁶ L'incarico dura tre anni e può essere revocato solo per giusta causa. Non costituisce giusta causa di revoca la divergenza di opinioni in merito ad un trattamento contabile o ad una procedura di revisione.

Sino a quando il nuovo revisore non è nominato, le funzioni di revisione continuano ad essere esercitate dal vecchio revisore, ma non oltre i sei mesi dalla data delle dimissioni o della risoluzione del contratto.

Il revisore deve infine comunicare la cessazione dell'incarico all'autorità di vigilanza, fornendo adeguate spiegazioni in ordine alle ragioni che le hanno determinate.

La deroga comprende anche le società di diritto comune che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio purché, ovviamente, non tenute al consolidato; di guisa che è facile intuire come esse siano facilmente “tentate” di concentrare il controllo contabile nei sindaci.

La deroga vale, tuttavia, per il solo sistema tradizionale di *governance*: non è invece praticabile nelle società che scelgono il modello dualistico o monistico, secondo quanto dispongono, rispettivamente, gli artt. 2409 *quinquiesdecies* e 2409 *noviesdecies*.

Ma neppure, ai sensi dell’art. 12, comma 2, D. Lgs. n. 39/2010, “negli enti di interesse pubblico, nelle società controllate da enti di interesse pubblico, nelle società che controllano enti di interesse pubblico e nelle società sottoposte con questi ultimi a comune controllo”; con la possibile eccezione, però, delle società o sottoposte a comune controllo che non rivestano “significativa rilevanza nell’ambito del gruppo”, per le quali, il comma 3 riapre la possibilità di far confluire il controllo contabile nelle funzioni del collegio sindacale.

Né si deve dimenticare, che la nomina di un revisore legale o di una società di revisione legale è obbligatoria anche quando la società, che già non ne sia dotata, deliberi la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare; in tal caso le funzioni del soggetto designato ai sensi dell’art. 2447 *ter*, comma 1, lett. f), sono però limitate alla “revisione dei conti dell’affare”.

La questione della responsabilità civile dei revisori è tornata alla ribalta negli ultimi anni, come poc’anzi affermato, quale conseguenza indiretta dei numerosi casi d’insolvenza d’importanti emittenti.

L’area di maggiore criticità messa in luce dagli scandali finanziari è quella dell’indipendenza del revisore contabile.

La direttiva 2006/43/CE è infatti intervenuta sui requisiti di indipendenza distinguendo la natura delle imprese soggette a revisione attraverso l'introduzione della nozione di "ente di interesse pubblico".

Quando la revisione riguarda società che non ricadono in tale nozione, non esiste un elenco predefinito di rapporti che pregiudicano l'indipendenza: la disciplina è affidata ad una clausola generale, secondo la quale il revisore non deve effettuare la revisione nei casi in cui "un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione risulta compromessa" (art. 10 comma 2).

Se invece l'indipendenza rischia di essere compromessa, il revisore deve adottare misure volte a ridurre i rischi, cioè procedure idonee a prevenire e rilevare le situazioni che possono compromettere l'indipendenza, documentando tali procedure in modo che possano essere assoggettate a sistemi di controllo di qualità; i rischi per l'indipendenza devono infine essere indicati nelle carte di lavoro.

A seguito dei menzionati eventi di insolvenza, l'investitore cerca di limitare il danno, chiedendo l'ammissione al passivo dell'emittente oppure agendo in giudizio nei confronti di soggetti coinvolti a vario titolo nella vicenda.

Considerando che l'ammissione al passivo consente un ristoro spesso solo parziale del nocumento subito, negli ultimi anni la tendenza è stata quella di aggredire soggetti diversi dall'emittente, sulla base dell'assunto che essi siano più capienti dell'emittente e in grado di risarcire totalmente il danno.

Buona parte delle azioni in giudizio sono state così avviate nei confronti degli intermediari finanziari che hanno collocato gli strumenti finanziari delle società poi dichiarate insolventi.

Però, anche se l'azione nei confronti degli intermediari finanziari è quella preferita da un elevato numero di soggetti, un'altra via per cercare di ottenere il risarcimento del danno consiste nell'agire nei confronti di chi ha effettuato la revisione della società successivamente andata in *default*.

In tale contesto sono quindi aumentate le azioni contro i revisori legali dei conti⁷, la cui responsabilità è unitariamente disciplinata dall'art. 5 del D. Lgs. 27 gennaio 2010 n. 39⁸, che ha preso il posto degli abrogati artt. 2409-*sexies* c.c. e 164 T.U.F.

Invero, mettendo a confronto gli abrogati artt. 164 T.U.F. e 2409-*sexies* c.c. con la disciplina dell'art. 15, quest'ultima si distingue per il fatto di aver previsto:

- al primo comma, che i revisori e le società di revisione rispondono per danni che siano derivati dall'inadempimento dei propri doveri, solidalmente tra di loro e con gli amministratori, nei confronti della società che ha conferito l'incarico al revisore legale, dei suoi soci e dei terzi. Disposizione, questa, che nella sostanza ripropone quanto già rinvenibile nell'art. 2409-*sexies*, primo comma, c.c., che riferiva anch'esso di una responsabilità solidale nei confronti della società revisionata, soci e terzi, derivante da inadempimento dei propri doveri. Non era rinvenibile nell'art. 2409-*sexies* c.c., né peraltro nell'art. 164 T.U.F., la precisazione, ora invece

⁷ La generalizzata tendenza a non diffondere le notizie riguardanti l'avvio di azioni di responsabilità, determinata per lo più da esigenze reputazionali, non consente di supportare l'affermazione riportata nel testo con dati statistici né con altro riscontro ufficiale. L'incremento di azioni di responsabilità contro i soggetti incaricati della revisione legale dei conti, comunque, riveste ormai i connotati del notorio, essendo peraltro informalmente riconosciuto da esponenti di importanti società di revisione coinvolti nella gestione del contenzioso.

⁸ Per i primi commenti della disciplina introdotta dall'art. 15 v. P. GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010, p.33 ss; G. CIERVO, *La responsabilità civile del revisore legale alla luce del d. lgs. 39/2010*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010, p.68 ss; P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, in *Società*, 2010, p.538 ss.; G.M. BUTA, *Art. 15*, in *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, a cura di N. DE LUCA, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, p.160 ss.

contenuta nell'art. 15, primo comma, secondo cui "nei rapporti interni tra i debitori solidali" gli stessi rispondono entro i limiti del contributo effettivo al danno cagionato. Inoltre, mentre le disposizioni abrogate facevano riferimento al revisore ed alla società di revisione al singolare, l'art. 15, primo comma, si esprime, invece, al plurale;

- al secondo comma, che i responsabili ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione sono responsabili, in solido tra loro e con la società di revisione, per i danni conseguenti da inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi. Anche in questo caso la disposizione ha natura ripropositiva, in particolare dell'art. 164, secondo comma, T.U.F., spiegandosi in tal modo il riferimento unicamente alla società oggetto di revisione ed ai terzi e non anche (come nel precedente comma primo) ai soci. Rappresenta, invece, una novità, non rinvenibile nell'art. 164 T.U.F. e neanche nell'art. 2409 *sexies* c.c., l'aggiunta in questo comma della precisazione "essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato";

- al terzo comma, che l'azione si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio di esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento, lì dove in precedenza il *dies a quo*, come per i titolari di cariche societarie, decorreva dalla cessazione dell'incarico.

In generale, infine, mentre gli artt. 2409 *sexies* c.c. e 164 T.U.F., quest'ultimo per come modificato dalla riforma del diritto societario del 2003⁹, davano entrambi atto dell'applicabilità anche alla società di revisione

⁹ Riforma all'esito della quale l'art. 164 T.U.F. richiama integralmente l'art. 2407 c.c. e, non più, il solo primo comma.

delle disposizioni dell'intero art. 2407 c.c.¹⁰, l'art. 15 ha invece eliminato ogni riferimento a questa norma.

Queste modifiche, nel loro insieme, sono valse a rendere la disciplina ancora più incerta, l'interprete trovandosi così innanzi a questioni talvolta non suscettibili di univoca soluzione.

1.1. *Reputation, regulation e litigation* nella revisione legale.

E' opportuno spendere preliminarmente qualche parola sulla natura della funzione che viene esercitata dai revisori legali e dalle società di revisione.

L'art. 14 D. Lgs. n. 39/2010 determina i compiti del revisore legale¹¹ e della società di revisione legale¹².

Tali soggetti:

- esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto;
- verificano nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili¹³.

¹⁰ Che, a sua volta, richiama, ovvero dichiara applicabili in quanto compatibili, gli artt. 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis, 2395 c.c. dettati in tema di responsabilità degli amministratori.

¹¹ La legge definisce come segue il "revisore legale": "una persona fisica abilitata a esercitare la revisione legale ai sensi del codice civile e delle disposizioni del presente decreto legislativo e iscritta nel registro ovvero una persona fisica abilitata a esercitare la revisione legale in un altro Stato membro dell'Unione europea ai sensi delle disposizioni di attuazione della direttiva 2006/43/CE vigenti in tale Stato membro" (art. 1, lett. n, d.lgs. n. 39/2010)

¹² Il nuovo testo legislativo detta altresì la definizione di "società di revisione legale". "una società abilitata ad esercitare la revisione legale ai sensi delle disposizioni del presente decreto legislativo e iscritta nel registro ovvero un'impresa abilitata ad esercitare la revisione legale in un altro Stato membro dell'Unione europea ai sensi delle disposizioni di attuazione della direttiva 2006/43/CE vigenti in tale Stato membro" (art. 1, lett. q, d. lgs. n. 39/2010).

¹³ Il contenuto della relazione è indicato dalla legge; essa comprende: "a) un paragrafo introduttivo che identifica i conti annuali o consolidati sottoposti a revisione legale ed il quadro delle regole di redazione applicate dalla società; b) una descrizione della portata della revisione legale svolta con l'indicazione dei principi di revisione osservati; c) un giudizio sul

L'esito del giudizio può essere di quattro tipi: senza rilievi, con rilievi, negativo, impossibilità di esprimere un giudizio. Il primo di tali casi si verifica quando alla società non può essere mossa alcuna contestazione significativa.

Altrimenti "nel caso in cui il revisore esprima un giudizio sul bilancio con rilievi, un giudizio negativo o rilasci una dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio, la relazione illustra analiticamente i motivi della decisione".

È evidente che il ruolo dei revisori è anche di natura pubblicistica. Essi, infatti, oltre a rendere un servizio alla società revisionata, operano a beneficio del mercato.

Attraverso l'attività di revisione si verifica lo stato economico-finanziario di una determinata società e, rendendo pubblici i risultati di tale attività, si riduce l'asimmetria informativa tra chi vende strumenti finanziari e chi li acquista.

Difatti, i titoli di un certo emittente sono più o meno appetibili a seconda delle fondamentali caratteristiche economiche-finanziarie della società revisionata: il giudizio espresso dai revisori attesta tali connotazioni e contribuisce ad indurre determinati comportamenti in capo agli investitori.

Rilevante ai fini dell'affermazione della natura pubblicistica del ruolo svolto dai revisori è la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 96 D. Lgs. n. 58/1998, secondo cui "l'offerta avente ad oggetto prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari comunitari non può essere effettuata se il revisore

bilancio che indica chiaramente se questo è conforme alle norme che ne disciplinano la redazione e se rappresenta in modo veritiero la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico dell'esercizio; d) eventuali richiami di informativa che il revisore sottopone all'attenzione dei destinatari del bilancio, senza che essi costituiscano rilievi; e) un giudizio sulla coerenza della relazione sulla gestione con il bilancio" (art. 14, comma 2, d. lgs. n. 39/2010).

legale o la società di revisione legale ha espresso un giudizio negativo ovvero si sono dichiarati impossibilitati ad esprimere un giudizio¹⁴.

La relazione dei revisori costituisce dunque addirittura il presupposto per l'offerta di certi strumenti finanziari sul mercato.

Andando al di là di questa previsione particolare, benché significativa, è comunque fuori dubbio che il corretto adempimento della funzione di revisione aiuti il buon funzionamento dei mercati finanziari.

Proprio alla luce di questa funzione pubblicistica, risulta problematica la circostanza che la società di revisione riceva l'incarico dalla stessa società revisionata.

Dispone infatti l'art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 39/2009 che "l'assemblea conferisce l'incarico di revisione legali dei conti e determina il corrispettivo spettante al revisore legale o alla società di revisione legale per l'intera durata dell'incarico".

Si ha dunque, come regola, il caso del controllato che nomina e paga il controllore; il pericolo di conflitti d'interessi è evidente e particolarmente elevato¹⁵.

Come possibile protezione contro questo rischio si argomenta nel senso che la conservazione di una buona reputazione dovrebbe essere, per i revisori, un forte disincentivo a far prevalere i propri interessi rispetto alla

¹⁴ In materia di offerta al pubblico di strumenti finanziari cfr. F. BRUNO E. ROZZI, *Dalla sollecitazione all'investimento all'offerta al pubblico di prodotti finanziari*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 276 ss.; S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca borsa tit.cred.*, 2008, I, p. 785 ss.; R. CUGNASCO, *L'offerta al pubblico di strumenti finanziari: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 51/2007 di recepimento della Direttiva Prospetto*, in *Società*, 2008, p.803 ss.; P. FRANZA, *I rischi di investimento in titoli obbligazionari nei prospetti informativi di offerta al pubblico*, in *Contratti*, 2009, p. 74 ss.; E.MACCHIAVELLO, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro*, in *Contr. Impr.*, 2009, p.911 ss.

¹⁵ Sul punto, P. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p.161.

tutela dei diversi interessi cui la funzione di revisione dovrebbe essere correttamente indirizzata.

Quindi, da un lato, il revisore e la società di revisione svolgono un'attività fondamentale per le imprese, in quanto garantiscono, attraverso la propria *reputation*¹⁶, la credibilità delle stesse, dando loro la possibilità di spendere tale credibilità per finanziarsi in modo più agevole rispetto all'apertura del credito presso operatori bancari.

Dall'altro, esso è un soggetto privato che fornisce un servizio fondamentale per le autorità di vigilanza che, all'interno dei singoli Stati, sono deputate al controllo del mercato finanziario.

Nell'ordinamento italiano, in particolare, il revisore costituisce il tramite tra le imprese e la Consob, l'occhio attraverso il quale l'autorità di vigilanza svolge concretamente il proprio compito istituzionale.

Oltre alla *reputation*, vi sono altre disposizioni volte a prevenire l'insorgere di un conflitto di interessi in capo al revisore.

Un esempio è dato dalla nuova disciplina secondo cui è l'assemblea dei soci, su proposta motivata dell'organo di controllo, a conferire l'incarico di revisore legale dei conti; nelle intenzioni del legislatore, dunque, l'organo di controllo non deve più essere soltanto "sentito", ma deve formulare una vera e propria proposta motivata.

¹⁶ La *reputation* del revisore è il più importante fattore di *governance* dell'industria della revisione contabile, in quanto rappresenta l'interesse egoistico del revisore a conservare un livello determinato di credibilità nel mercato della revisione. Per le società di revisione, la reputazione rappresenta il motore principale del proprio business, e la perdita della stessa è cruciale a tal punto da aver costituito l'unica ragione della dissoluzione di una impresa multinazionale quale Arthur Andersen. A conferma di ciò vi è il fatto che il compimento di attività illecite all'interno delle grandi società di revisione avviene spesso ad opera di esponenti delle stesse in quali non sono partecipi dell'interesse dell'azienda e possono orientarsi verso comportamenti speculativi consumando a proprio vantaggio la reputazione della società. Si v. *amplius*, G. PRESTI, *op. cit.*, p. 162.

Tuttavia, sebbene in teoria venga attribuito al collegio sindacale il potere di scegliere i revisori legali, non è detto che in concreto ciò avvenga davvero: è infatti ipotizzabile che la proposta motivata finisca per diventare una semplice ufficializzazione, da parte dell'organo di controllo, delle indicazioni ricevute dal consiglio di amministrazione e maturate in seno allo stesso.

Ciò ridimensionerebbe notevolmente la portata della novità, la cui *ratio* deve individuarsi nella volontà di recidere qualunque legame tra i controllori contabili e coloro che dovrebbero essere controllati, risultato che appare utopistico almeno sin tanto che sia amministratori che sindaci restino emanazione della medesima maggioranza assembleare.

Una novità assoluta è rappresentata dal potere previsto in capo all'assemblea di stabilire criteri di adeguamento del corrispettivo dei revisori contabili durante l'incarico.

Obiettivo di tale previsione è di evitare che la necessità di adeguare il corrispettivo per l'attività di revisione, in ragione dei fatti sopravvenuti che abbiano modificato le condizioni di fatto in cui l'attività si svolge, richieda una rinegoziazione tra i revisori e gli amministratori che potrebbe rappresentare una leva efficace per condizionare l'attività dei revisori stessi¹⁷.

Tuttavia, nella pratica risulta difficile immaginare che l'assemblea possa prevedere dettagliati meccanismi automatici di adeguamento in relazione a tutte le possibili evenienze che possono verificarsi durante l'espletamento dell'incarico, spesso assai prolungato nel tempo, da parte del revisore legale o della società di revisione.

¹⁷ Si v. P. GIUDICI, *op. cit.*, p. 536, nota 12, il quale elenca tra le situazioni in relazione alle quali può essere previsto un criterio di adeguamento automatico, a titolo esemplificativo «l'aumento o la riduzione della dimensione dell'impresa, o l'ingresso dell'impresa cliente in mercati le cui attività creano problemi contabili nuovi e diversi rispetto a quelli inizialmente considerati dal revisore nel formulare la propria proposta di compenso».

Si può di conseguenza ipotizzare che tale potere sarà esercitato dall'assemblea prevedendo clausole generali che svuoteranno parzialmente di significato la disposizione in esame, lasciando margini particolarmente ampi agli amministratori nella rinegoziazione dei compensi per l'attività di revisione.

I fattori che tradizionalmente si oppongono alla così detta "cattura del revisore" non sono sufficienti; essi, generalmente identificati con *reputation*, *regulation* e *litigation*, non rappresentano più uno strumento idoneo ad evitare che il rapporto diretto tra la società da revisionare ed il revisore diventi patologico.

Nonostante la c.d. *reputation* abbia sempre giocato un ruolo cruciale nella determinazione della condotta dei revisori, nel corso degli anni si sono verificati numerosi cambiamenti nel mercato della revisione che hanno modificato l'iniziale rilevanza di questo fattore.

Ha dunque assunto un ruolo sempre più importante e penetrante quella che viene definita la *regulation*, ossia la regolamentazione pubblica degli aspetti dell'attività del revisore, quali i requisiti professionali o le modalità di svolgimento dell'incarico.

Ciò nondimeno, anche se la determinazione di tali requisiti da parte del legislatore costituisce un importante strumento per intervenire *ex ante* sulle possibili violazioni e sui comportamenti illeciti attinenti la revisione contabile, nella prassi essa rischia di originare una fitta rete di adempimenti burocratici costosi e poco efficienti, produttivi di una *over-regulation* della materia il cui unico effetto finisce per essere l'osservanza meccanica di tali regole da parte dei destinatari delle stesse.

Attraverso il D.Lgs. 39/2010 è stata presa posizione riguardo il divieto per i revisori e per le società di revisione di prestare alcuni tra i c.d. servizi di *non audit* alle imprese dalle quali ricevono gli incarichi di revisione;

tali servizi, spesso resi non direttamente, bensì attraverso società affiliate alla rete di revisione, sono unanimemente individuati come la fonte principale della cosiddetta “cattura del revisore” e si ritiene abbiano determinato una progressiva e notevole riduzione della qualità dell’opera di revisione. I cosiddetti servizi *non audit* diventano, in alcuni casi, lo scopo ultimo della società di revisione, in quanto generalmente molto più redditizi rispetto alla semplice attività di controllo contabile; sempre più spesso quest’ultima attività costituisce anzi solo il tramite attraverso il quale accedere ad attività collaterali quali la consulenza finanziaria, quella legale e la pianificazione fiscale.

La direttiva ed il conseguente decreto hanno previsto il divieto di fornire tali servizi, differenziando la disciplina per le società che non rientrano nella classificazione di enti di interesse pubblico da quella prevista per le società che fanno parte di quest’ultima categoria: per le prime società è stata prevista una clausola generale, ai sensi della quale non può effettuarsi la revisione in tutti i casi in cui tra la società che conferisce l’incarico ed il revisore legale o la società di revisione legale o la rete “sussistano relazioni finanziarie, d’affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l’indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa¹⁸”.

Questa clausola generale è accompagnata da una serie di ulteriori disposizioni che rendono possibile la separazione dei servizi *audit* da quelli *non audit*, separazione che rappresenta il *leitmotiv* dell’intervento del legislatore: tra esse, sono particolarmente importanti quelle di cui ai commi 5-7, i quali prevedono che il revisore adotti misure e procedure idonee a

¹⁸ Così ex art. 10, comma 2, d.lgs. 39/2010.

rilevare i rischi per la propria indipendenza, finalizzate soprattutto a prevenire e ridurre *ex ante* le situazioni che possono compromettere tale condizione, documentando le procedure adottate in modo che l'efficacia delle stesse possa essere vagliata all'interno del controllo sulla qualità¹⁹.

Particolarmente persuasiva è inoltre la disposizione di cui all'art. 10, comma 10, d.lgs. 30/2010, che stabilisce la necessità di un corrispettivo adeguato a garantire la qualità e l'affidabilità dei lavori di revisione contabile; questa disposizione è strettamente funzionale all'obiettivo di sottrarre il revisore all'influenza dei servizi *non audit* e al pericolo di trasformarsi in un *loss leader*, il cui compenso è determinato dal numero dei servizi *non audit* che riesce a "procacciare" alla società di revisione o in funzione della maggiore o minore redditività degli stessi.

Per contro, la disciplina prevista per gli enti di interesse pubblico viene definita in modo assai più puntuale, prevedendo una lunga elencazione di servizi supplementari che sono vietati al revisore legale o alla società di revisione, se svolti nei confronti di una società per la quale siano già resi servizi *audit*²⁰.

¹⁹ L'art. 10, comma 7, c.c. prevede che "il revisore legale o la società di revisione legale documenta nelle carte di lavoro tutti i rischi rilevanti per la sua indipendenza nonché le misure adottate per limitare tali rischi". Ciò è particolarmente rilevante all'interno della nuova disciplina di "controllo qualità" prevista dal capo VI del d.lgs. 39/2010, dagli artt. 20 ss. Benchè i criteri per lo svolgimento del controllo di qualità debbano essere definiti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) e dalla Consob attraverso specifiche procedure di attuazione, essi non potranno assicurare un livello di protezione inferiore rispetto a quelli previsti dall'art. 29 della Direttiva 2006/43/CE, i quali garantiscono un livello minimo di indipendenza dei sistemi di controllo qualità nonché un controllo pubblico sulle procedure medesime di controllo qualità.

²⁰ L'art. 17, comma 3, d.lgs. 39/2010 riprende il testo dell'abrogato art. 160, comma 1 *ter*, t.u.f., lasciando tuttavia l'individuazione di ulteriori situazioni che possono compromettere l'indipendenza del revisore ad un successivo regolamento predisposto da Consob (proprio come già previsto dall'art. 160, comma 1, t.u.f.). L'art. 17, comma 3, d.lgs. 39/2010 prevede che i revisori legali, le società di revisione legale e le entità appartenenti alla loro rete, i soci, gli amministratori, i componenti degli organi di controllo e i dipendenti della società di revisione legale non possono fornire alcuno dei servizi elencati dall'articolo stesso all'ente di interesse pubblico che ha loro conferito l'incarico di revisione; tale divieto coinvolge anche le società controllate dallo stesso ente di interesse pubblico o che lo controllano o sono sottoposte a comune controllo. Tralasciando l'elencazione dei servizi vietati, si sottolinea

L'insufficienza della *reputation* e le inefficienze della *regulation* conducono necessariamente all'incremento dell'ultimo dei tre meccanismi atti a disciplinare la *governance* dell'industria della revisione: la responsabilità civile o *litigation*.

Essa rappresenta al contempo un meccanismo *ex post* di regolazione delle conseguenze economiche prodotte da comportamenti illeciti ed un fattore disincentivante dei possibili comportamenti illeciti da parte dei soggetti revisori.

2. La responsabilità del revisore legale: art. 15 d.lgs. n. 39 del 2010.

Il regime di responsabilità del revisore è stato modificato dal D. Lgs. n. 39/2010.

È stato difatti abrogato l'art. 164, comma 1, del D. Lgs. n. 58/1998, che richiamava l'art. 2407 c.c. sulla responsabilità dei sindaci.

Ora vi è una statuizione diretta della responsabilità: "i revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento dei loro doveri" (art. 15, comma 1, D.Lgs. n. 39/2010).

L'art. 15, comma 1, D.Lgs. n. 39/2010 prevede anzitutto una responsabilità da "inadempimento a doveri".

come l'identità di testo tra i succitati articoli non possa dirsi perfetta in quanto nell'articolo in commento manca, rispetto alla lettera dell'art. 160, comma 1 ter, *t.u.f.*, "il divieto di prestare servizi supplementari per i soci, gli amministratori, i componenti di organi di controllo e i dipendenti delle società controllate, collegate, controllanti o sottoposte a comune controllo rispetto alla società di revisione" (s. v. P. GIUDICI, *op. cit.*, p. 537).

I doveri dei revisori vanno ricostruiti sulla base di un doppio livello di fonti: legge e Principi contabili.

Ma vi è di più in quanto l'attività dei revisori deve rispettare le norme comunitarie: in particolare, come statuisce espressamente l'art. 11, comma 1, D. Lgs. n. 39/2010, vanno osservati i principi di revisione adottati dalla Commissione europea.

Paradossalmente l'art 15, comma 1, D. Lgs. n. 39/2010 non richiede espressamente che i revisori operino con diligenza. Tuttavia è fuori dubbio che, in applicazione dei principi generali, essi debbano operare diligentemente. Anzi, la diligenza richiesta ai revisori non è quella generica dell'art. 1176, comma 1, c.c., bensì quella specifica dell'art. 1176, comma 2, c.c.: "l'inadempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata."

Ai revisori viene conferito un incarico di tipo professionale.

Nel valutare la loro responsabilità va tenuta in considerazione la natura del compito di volta in volta svolto²¹: più complesso è l'incarico assegnato ai revisori, maggiore è la diligenza che deve essere utilizzata.

Affermare che occorre maggiore diligenza non significa peraltro affermare che vi è automaticamente una maggiore responsabilità.

Anzi: il fatto che l'incarico svolto sia particolarmente complesso dovrebbe indurre il giudice a valutare con minor rigore la responsabilità che fa capo ai revisori.

Al fine di stabilire quale debba essere la "giusta" diligenza dei revisori bisogna tenere conto delle caratteristiche dell'attività di revisione.

²¹ Al riguardo cfr. C. BAUCO, *Controllo contabile e responsabilità dei revisori*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2006, p. 127 ss.

È noto che il compito principale dei revisori è la verifica dei bilanci, che trova espressione in una relazione.

La dimensione dei bilanci della società oggetto di revisione non sempre consente la verifica analitica di ogni elemento contenuto negli stessi.

Può risultare difficile accertare se i bilanci rappresentino effettivamente in modo veritiero e corretto la situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società controllata.

Certi controlli possono essere eseguiti solo a campione. Può pertanto effettivamente succedere che non vengano rilevate determinate circostanze.

Ciò non dovrebbe in sé consentire di affermare la responsabilità dei revisori, a condizione che le procedure di verifica poste in essere corrispondano alle regole della professione.

Passando ora ad una più puntuale analisi della norma in esame, l'art. 15, comma primo del decreto riprende nella prima parte il principio della responsabilità solidale nei confronti della società, dei suoi soci e dei terzi; e aggiunge che, nei soli rapporti interni tra debitori solidali, i revisori sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato.

Il comma secondo, invece, sembra prevedere un "pasticciato" regime intermedio con riguardo al responsabile della revisione e dei dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione.

Infatti, da un lato si afferma che questi soggetti sono responsabili in solido tra loro e con la società di revisione legale per i danni cagionati; dall'altro, si aggiunge che essi sono responsabili entro i limiti del loro contributo effettivo al danno cagionato.

La diversa formula intende forse indicare che il contributo effettivo al danno cagionato opera, nel comma primo, come criterio di ripartizione

interna, mentre aspira ad essere, nel comma secondo, uno strumento di limitazione nei confronti della pretesa del creditore.

Tuttavia, il revisore è responsabile per i fatti dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza; se da questi fatti deriva un danno, è difficile distinguere il contributo effettivo del revisore dall'agire dei responsabili diretti.

In definitiva, le enunciazioni contenute nel comma secondo appaiono antinomiche, perché la responsabilità solidale espone per definizione il soggetto tenuto a risarcire il danno al rischio di pagare oltre quanto sarebbe a lui imputabile sulla base di una ripartizione individuale del danno fondata su stretti criteri di causalità giuridica; anche se, evidentemente, un concorso causale nella commissione del fatto dannoso gli deve essere comunque imputabile.

Da ultimo è importante ricordare che il decreto in esame ha abrogato sia l'art. 2409 *sexies* c.c., sia l'art. 164 TUF: entrambe le norme abrogate richiamavano la disciplina dell'art. 2407 c.c. in tema di responsabilità dei sindaci, che a sua volta richiama gli artt. 2393, 2393 *bis*, 2394, 2394 *bis* e 2395 c.c..

L'effetto di tale abrogazione potrebbe essere in apparenza rilevante soprattutto con riguardo alla legittimazione all'azione del curatore fallimentare, al commissario liquidatore e al commissario straordinario, cioè dei soggetti che più comunemente fanno valere l'azione contrattuale di responsabilità, sia in Italia che all'estero.

Mentre relativamente alla legittimazione per l'azione sociale non vi possono essere problemi (del resto, il revisore è controparte contrattuale e sarebbe assurdo pensare che l'organo della procedura concorsuale sia legittimato ad agire contro i soggetti che hanno svolto l'attività di revisione contabile quando tali soggetti sono i sindaci e non lo sia, invece, quando la

stessa attività è svolta da un soggetto esterno), problemi possono nascere con riguardo all'azione dei creditori sociali si cui all'art. 2394 c.c.

Resta peraltro da verificare se tale perdita sia effettivamente significativa nella pratica, visto che le due azioni, in sede concorsuale, sostanzialmente si confondono²².

2.1. La natura della responsabilità.

Anche da un esame comparatistico della disciplina della responsabilità nei diversi ordinamenti, può desumersi che la questione più dibattuta relativa alla responsabilità degli organi sociali sia quella attinente alla sua natura.

Se non sussistono dubbi in dottrina circa la natura contrattuale della responsabilità dei revisori nei confronti della società che ha conferito l'incarico²³, le incertezze maggiori si concentrano sulla natura della responsabilità nei confronti dei soggetti terzi che, facendo affidamento sul giudizio del revisore circa una determinata situazione contabile della società emittente, abbiano investito in una società che aveva, ad esempio, già perduto il proprio capitale sociale, o abbiano ritardato la decisione di disinvestire dalla stessa; il medesimo problema riguarda i soggetti

²² La materia si è peraltro complicata in tema di legittimazione del curatore fallimentare per le azioni contro le banche accusate di abusiva concessione del credito, in cui si è avuto l'intervento delle Sezioni Unite con la decisione del caso Casillo: v. Cass. Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, I, con nota di M. FABIANI.

²³ La natura contrattuale dell'azione promossa dalla società che ha conferito l'incarico non è mai stata messa in discussione, ritenendosi in dottrina "contrattuale" qualunque forma di responsabilità "per l'indadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte", L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072, e rientrandovi perciò a pieno titolo la responsabilità in discorso in quanto derivante dalla violazione degli obblighi comportamentali imposti *ex lege* dal revisore. Diffusamente, sul punto, G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, p. 204 ss.; P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2004, vol. IV, p. 314.

finanziatori, i quali abbiano continuato a finanziare la società nonostante il capitale sociale fosse ormai perduto.

I due tipi di responsabilità hanno sollevato questioni interpretative che la riforma del diritto societario aveva in alcuni casi risolto mediante il richiamo all'art. 2707 c.c., rimandando cioè al regime di responsabilità degli amministratori. Con l'art. 15, il rimando all'art. 2407 c.c. è venuto meno, essendo di conseguenza venuto meno, tra l'altro, il rimando a tutte le disposizioni menzionate al terzo comma, riguardanti il regime di responsabilità degli amministratori e dei sindaci, la cui recuperabilità sul piano interpretativo risulta tutt'altro che agevole. Infatti, l'applicabilità di queste disposizioni anche ai soggetti incaricati della revisione legale solleva numerose incertezze non suscettibili di essere risolte univocamente sul piano dell'interpretazione.

Secondo *l'id quod plerumque accidit*, le azioni di responsabilità esercitate dalle società nei confronti degli organi sociali sono piuttosto rare, ed in particolare lo sono quelle nei confronti dei revisori legali; l'ipotesi di gran lunga più frequente è, invece, quella dell'azione di responsabilità esercitata da soggetti terzi.

Mentre la questione si pone in modo più critico negli altri ordinamenti, quali quello tedesco, che non prevedono una clausola generale di responsabilità aquiliana per danni in cui far confluire la responsabilità degli organi sociali nei confronti dei terzi, nel nostro ordinamento la questione è di più facile soluzione attraverso l'applicazione dell'art. 2043 c.c., norma generale che consente il risarcimento del danno meramente patrimoniale²⁴.

Tuttavia, la questione è lungi dall'essere risolta, anche a causa del susseguirsi degli interventi di riforma in materia: se, infatti, in seguito

²⁴ Per una ampia disamina comparatistica della responsabilità nei diversi ordinamenti, si v. G. M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005.

all'introduzione dell'art. 2409-sexies c.c. la dottrina aveva ritenuto quest'ultima norma una solida base per sostenere che la responsabilità del revisore verso i terzi fosse di natura contrattuale (o almeno derivasse da violazioni di obblighi, giacché la fonte non è, a rigore, contrattuale), l'abrogazione della suddetta disposizione ad opera del D.Lgs. 39/2010 ha messo in discussione le predette conclusioni; nonostante le maggiori difficoltà di argomentazione, anche parte della dottrina è comunque orientata a sostenere la natura contrattuale della responsabilità del revisore sia quando l'inadempimento arrechi un danno alla società, sia quando danneggi direttamente il patrimonio del socio o del terzo²⁵.

Malgrado tale orientamento sia avallato da forti argomentazioni, la dottrina e la giurisprudenza prevalente continuano tuttavia a considerare la responsabilità dei revisori verso i terzi come responsabilità extra contrattuale, fondando il proprio orientamento sull'inesistenza di un vero e proprio contratto che leghi i revisori ed i terzi²⁶.

3. La solidarietà nella responsabilità fra revisori ed amministratori.

L'art. 15, comma 1, D. Lgs. n. 39/2010 si caratterizza per statuire la solidarietà della responsabilità di revisori e amministratori della società revisionata.

²⁵ Ciò in dipendenza del fatto che la responsabilità è generata dall'inadempimento di obblighi preesistenti connessi allo svolgimento stesso dell'attività di controllo prevista dalla legge; la fonte è, in altre parole, la violazione di obblighi relativi al rapporto di revisione, con la possibilità di ricondurre tali violazioni allo schema della responsabilità contrattuale. Si v. G.M. BUTA, *op. cit.*, p. 252; C. ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1008 ss.

²⁶ Per approfondimenti cfr. *infra* par. 4.

Agli amministratori è attribuito il compito di redigere il bilancio della società; il fatto che fonda la responsabilità è *in primis* imputabile agli amministratori.

I revisori, invece, si affiancano all'attività degli amministratori controllando il loro operato. In concreto, gli amministratori hanno un dovere di fare mentre i revisori di controllare²⁷.

La non correttezza del bilancio è quindi la somma della violazione di due doveri ossia del dovere di predisporre il bilancio correttamente in capo agli amministratori e il dovere di adeguato controllo del medesimo da parte dei revisori.

La posizione della legge è chiara: ambedue rispondono in solido nei confronti di società, soci e terzi.

Tuttavia non è mancato chi ha sostenuto che mettere i revisori sullo stesso piano degli amministratori trascurerebbe la diversità dei ruoli e delle funzioni: *“le responsabilità di chi amministra, decide ed opera sul mercato devono essere nettamente separate da quelle di chi è chiamato a controllare e a pronunciarsi esclusivamente sulla sostanziale correttezza del bilancio rispetto al quadro delle regole di riferimento e sulla regolare tenuta della contabilità”*²⁸.

Proprio per tale motivo si era proposto di eliminare la responsabilità solidale dei revisori per i danni prodotti da fatti od omissioni degli amministratori perché finirebbe per porre i primi in “una situazione di clamoroso conflitto di interessi”, trasformandoli in “autentici amministratori di fatto”.

²⁷ A. PALUMBO, *Chi controlla il controllore? Note minime in tema di (co) responsabilità degli amministratori e delle società di revisione nella redazione del bilancio (nota a Cass. Civ., 7 maggio 2015, n.9193)*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, p. 909.

²⁸ D. BERNARDI, *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi dello schema del decreto legislativo approvato dal consiglio dei ministri del 28 ottobre 2009*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2009, p.780.

Ma il suggerimento è rimasto inascoltato e la regola della solidarietà è stata conservata.

Il modello scelto dal legislatore è quindi, in un'ottica di tutela dei danneggiati, quello della responsabilità solidale verso società, soci e terzi che vedono così assicurato il proprio diritto al risarcimento.

Diversa è invece la disciplina nei rapporti interni, laddove revisori e amministratori "sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato²⁹"

Nel contesto della misurazione del livello di diligenza ragionevolmente imponibile ai revisori si pone il problema particolare delle frodi³⁰.

Con l'espressione "frode" ci si vuole qui riferire a tutti quei casi in cui vi è volontarietà da parte dei gestori nell'ingannare i terzi.

La falsificazione può assumere modalità differenti: può riguardare già la documentazione che costituisce la base per la predisposizione del bilancio oppure il solo bilancio.

La considerazione paradossale è che proprio nel caso di frodi perpetrate dagli amministratori può risultare più difficile il ruolo dei revisori³¹.

Infatti, l'opera di travisamento degli amministratori viene posta in essere anche nei confronti dei revisori: del resto sarebbe inutile cercare d'ingannare i terzi se poi l'inganno viene rilevato dai revisori.

²⁹ Così letteralmente art. 15, comma 1, periodo 2, d.lgs. n. 39/2010.

³⁰ Sul punto si v. G. FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, p. 223 ss;

³¹ V. SANGIOVANNI, *Il d.lgs.n. 39/2010 e la nuova responsabilità civile da revisione*, in *Società*, 2011, p.361 ss..

Ne consegue che i revisori potrebbero non scoprirla, nonostante utilizzino ogni ragionevole diligenza³².

Bisognerà dunque capire di volta in volta, esaminando il concreto comportamento dei revisori e la diligenza adottata dai medesimi, se la frode era ragionevolmente scopribile.

In caso affermativo, i revisori possono essere ritenuti responsabili unitamente agli amministratori; in caso negativo i revisori non possono essere ritenuti responsabili.

In altre parole: non è tanto l'esistenza di una frode a determinare responsabilità, ma il fatto che i revisori non abbiano fatto quanto è necessario per scoprire tale frode.

In via riassuntiva si può affermare che i revisori sono esenti da responsabilità quando hanno seguito le comuni procedure di revisione e hanno effettuato i controlli che impongono le regole.

Laddove emergano delle criticità o delle irregolarità, è necessario effettuare ulteriori controlli e verifiche.

³² M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle S.p.a.*, op. cit., p. 65, che bene puntualizza come la giusta tendenza verso una "maggiore severità nella valutazione dell'attività di revisione" non possa giustificare l'individuazione di responsabilità per la mancata rilevazione di illeciti e reati non rilevabili attraverso la "normale abilità e diligenza professionale". Come si legge nel Documento n. 240 della Commissione paritetica per i principi di revisione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti su "La responsabilità del revisore nel considerare le frodi nel corso della revisione contabile del bilancio", il rischio di non identificare un errore significativo derivante da frodi "è maggiore rispetto a quello di non rilevare un errore significativo derivante da comportamenti od eventi non intenzionali in quanto le frodi possono essere accompagnate da schemi organizzativi sofisticati e attentamente progettati al fine di occultarle come, ad esempio, falsificazioni, omissioni intenzionali nella registrazione contabile di operazioni o dichiarazioni e informazioni fuorvianti intenzionalmente rilasciate al revisore".

Quando anche tali ulteriori controlli e verifiche siano stati effettuati correttamente senza alcun riscontro, l'azione dei revisori può considerarsi terminata e a essi non può essere ascritta alcuna responsabilità.

L'art. 15 ribadisce altresì il principio civilistico della responsabilità illimitata, non essendo stato introdotto un meccanismo di *liabilitycap* ovvero un tetto massimo di responsabilità, parametrato ad un multiplo dell'importo degli onorari pattuiti.

Evidentemente il legislatore rimane dell'idea che la conservazione della funzione deterrente della responsabilità se, da un lato, implica un sistema di responsabilità per colpa, dall'altro può operare efficacemente solo se è illimitata: consentire una responsabilità limitata, facilmente assicurabile con premi modesti, renderebbe gli amministratori, i sindaci e i revisori sostanzialmente irresponsabili e, quindi, privi di ogni tensione per porre in essere comportamenti diligenti, rispettosi della legge e senza conflitto di interessi.

Inutile dire che in tal modo si sono deluse le aspettative delle categorie professionali interessate.

Neppure bisogna illudersi che lo stesso risultato potrà essere raggiunto contrattualmente grazie alla regola generale di cui all'art. 1229 c.c., con i soli limiti del dolo e della colpa grave.

Come noto, infatti, le limitazioni di responsabilità stabilite per contratto possono spiegare effetti solo tra la società cliente ed i revisori, ma non possono essere opposte ai terzi danneggiati estranei all'accordo³³.

³³ Si v. CAGNASSO, *Rapporto di causalità rigoroso presupposto della responsabilità*, in *Italia Oggi*, 17 maggio 2010, p.7, cfr. nt.102.

4. La responsabilità dei revisori nei confronti della società.

I soggetti legittimati ad agire in giudizio nei confronti dei revisori sono: la società che ha conferito l'incarico, i suoi soci ed i terzi.

Considerando in primis il rapporto fra i revisori e la società oggetto di revisione, tale rapporto va qualificato come contrattuale³⁴.

Ciò è palese nel caso di revisione volontaria, quando una società, senza esservi obbligata in forza di legge, chiede ai revisori di procedere a una determinata attività di revisione. In questo contesto viene concluso un contratto per effetto del quale viene espletato un servizio di revisione e viene pagato un compenso per tale attività.

Se il servizio di revisione promesso non viene correttamente eseguito, i revisori possono essere chiamati a rispondere civilmente nei confronti di chi ha conferito l'incarico e la ragione fondante di tale responsabilità sarà proprio il contratto intercorso fra le parti.

La situazione è solo apparentemente più complessa in caso di revisione obbligatoria, cioè quando è la legge stessa a prevedere imperativamente che certe società debbano essere assoggettate a revisione. In tale fattispecie la fonte dell'obbligazione è innanzitutto la legge.

Tuttavia, anche nel caso di revisione obbligatoria è difficile negare che sussista un rapporto contrattuale fra le parti, nascente dal conferimento dell'incarico e che trova espressione in uno scambio di prestazioni (esecuzione dell'attività di revisione dietro pagamento di un corrispettivo).

Oggi la legge parla espressamente di contratto, laddove attribuisce al revisore legale o alla società di revisione legale il diritto di dimettersi

³⁴ Cfr. V. SANGIOVANNI, *op. cit.*, p.361 ss.. La natura contrattuale dell'azione promossa dalla società che ha conferito l'incarico non è mai stata messa in discussione, ritenendosi in dottrina contrattuale qualunque forma di responsabilità per l'inadempimento in un'obbligazione preesistente quale ne sia la fonte.

dall'incarico (art. 13, comma 4, D. Lgs. n. 39/2010): spetta a un regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze definire "i casi e le modalità in cui può risolversi consensualmente o per giusta causa il contratto con il quale è stato conferito l'incarico di revisione legale".

Si discute poi in merito alla esatta qualificazione del rapporto contrattuale intercorrente fra i revisori e la società oggetto di revisione³⁵.

Si potrebbe ipotizzare la sussistenza, fra i revisori e la società revisionata, di un contratto di prestazione d'opera intellettuale ai sensi degli artt., 2229 ss. c.c. Il contratto ha, in effetti, per oggetto una prestazione d'opera intellettuale, così come richiede l'art. 2230 c.c.

La qualificazione del contratto in termini di prestazione d'opera intellettuale si rifletterebbe anche sul regime di responsabilità.

Trova difatti applicazione l'art. 2236 c.c., secondo cui "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave".

Secondo una diversa prospettazione il rapporto tra revisori e società revisionata potrebbe essere qualificato come appalto di servizi (artt. 1655 ss. c.c.).

³⁵Sulla natura del rapporto contrattuale fra revisori e società oggetto di revisione cfr. M. BUTA, *Commento all'art. 164*, in *Testo unico della finanza*, diretto da Campobasso, vol. II, Torino, 2002, p.1361 ss.; V. SANGIOVANNI, op. cit., p.367. La dottrina si è divisa tra chi ha sostenuto trattarsi di un appalto (P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2004, p.314), chi di un mandato (M. NUZZO, *Art. 164*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. ALPA – F. CAPRIGLIONE, II, Padova, 1998, p. 1506), chi di un contratto con sue peculiarità (S. AMBROSINI, *La revisione legale dei conti*, in *Le società azionarie*, di N. Abriani – S. Ambrosini – O. Cagnasso – P. Montalenti, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. 4, tomo I, Padova, 2010, p. 812), chi di un contratto professionale (M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, p.304 ss.).

Un'altra possibile qualificazione del contratto è in termini di mandato (artt. 1703 ss. c.c.).

Infine si potrebbe affermare che il rapporto contrattuale fra le parti, pur presentando similitudini con i tipi contrattuali indicati, costituisce un contratto non riconducibile a uno dei tipi previsti dal codice civile, e denominabile, appunto, "contratto di revisione".

Anche così facendo rimarrebbe poi, di volta in volta, da stabilire se possono trovare applicazione per via analogica le disposizioni dettate per qualcuno dei citati tipi contrattuali quando non vi sia una norma specifica nel contesto della revisione.

Al di là della corretta qualificazione del rapporto intercorrente fra i revisori e la società oggetto di revisione, esiste in ogni caso un contratto fra tali due soggetti, secondo la definizione fornita dall'art. 1321 c.c.

La violazione delle pattuizioni intercorse può allora far nascere la responsabilità civile dei revisori.

Risultano in particolare applicabili a tale responsabilità contrattuale le disposizioni generali in materia d'inadempimento delle obbligazioni.

4.1. Il nesso causale ed il danno risarcibile nell'ipotesi di responsabilità contrattuale verso la società.

L'affermazione di una responsabilità civile dei revisori, sia essa contrattuale (come nei confronti della società revisionata) oppure extracontrattuale (come nei confronti di soci e terzo), obbliga al risarcimento del danno.

Nel caso di responsabilità contrattuale, la disposizione generale di riferimento è l'art. 1218 c.c.: il debitore è tenuto al risarcimento "se non prova

che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Si tratta di un'inversione dell'onere della prova rispetto alla regola generale dell'art. 2697 c.c.: accertato l'inadempimento ed il danno spetta infatti ai revisori dimostrare l'impossibilità della prestazione³⁶.

In cosa consista l'inadempimento dei revisori dipende, ovviamente, dalle caratteristiche del singolo caso concreto.

In generale, la non corretta esecuzione dei compiti assegnati dalla legge e l'inosservanza delle regole della professione configurano inadempimento.

È possibile menzionare i casi di omessa rilevazione di irregolarità contabili a causa di verifiche meramente formali che non siano state estese alla valutazione della concreta situazione contabile, ovvero i casi di espressione di un giudizio negativo in presenza di un bilancio regolare o, viceversa, di espressione di un giudizio positivo su un bilancio irregolare; se tali comportamenti provocano danni alla società in revisione è certamente esperibile l'azione di responsabilità sociale nei confronti del soggetto incaricato della revisione³⁷.

Nelle ipotesi sopra avanzate si può affermare che, se il revisore avesse ottemperato ai propri doveri, avrebbe potuto rilevare che gli utili

³⁶ M. SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15 del d.lgs. 39/2010*, in *Giur. Comm.*, I, p. 693 ss.; C. AMATUCCI, *La limitazione di responsabilità del revisore legale e la scadente tecnica legislativa italiana*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, p. 864 ss.

³⁷ Una ipotesi di responsabilità contrattuale del revisore contabile è stata esaminata da Trib. Roma, 26.04.1999, in *Le Società*, 1999, p. 1232, con nota di V. Salafia, che ha giudicato responsabile la società di revisione che aveva certificato la correttezza e la regolarità del bilancio, nonostante il pagamento effettuato, dalla società revisionata, in forza di un contratto nullo. Il Tribunale ha evidenziato come la certificazione fosse avvenuta senza eseguire alcun accertamento in ordine alla legittimità dello stesso e senza fornire alcuna informazione al collegio sindacale; secondo il Tribunale, tali negligenze della società di revisione "hanno contribuito alla prosecuzione e alla ripetizione di quelle irregolarità con la conseguenza che tale situazione si è tradotta in un gravissimo pregiudizio per l'attrice".

presenti a bilancio erano inesistenti e, oltre a segnalare tale eventualità ai competenti organi sociali ai fini dell'adozione di iniziative opportune, avrebbe evitato la distribuzione di dividendi ed utili fittizi ad azionisti ed amministratori.

Tralasciando altri *genus* di danni, una particolare considerazione deve essere riservata all'ipotesi di danno che più profondamente danneggia la società e gli investitori, ossia il caso in cui, alla mancata rilevazione da parte dei soggetti preposti alla revisione legale di una situazione di riduzione del capitale tale da comportare lo scioglimento della società, consegua la prosecuzione dell'ordinaria gestione da parte degli amministratori, in dipendenza della quale la società accumuli perdite a perdite e successivamente fallisca.

In questi casi la società potrebbe chiamare i revisori a risarcire le c.d. *trading losses*, ossia le ulteriori perdite accumulate a causa della prosecuzione dell'attività nonostante la perdita del capitale sociale e proprio a causa della mancata rilevazione di tale dato da parte dei soggetti incaricati della revisione, rilevazione che avrebbe consentito, per contro, una tempestiva cessazione dell'attività, idonea ad evitare l'accumulo di un *deficit* maggiormente ampio³⁸.

Se nelle categorie di danni sopra richiamate la determinazione della causalità giuridica non presenta particolari problemi, in quanto si ritiene che siano risarcibili i soli danni immediati e diretti conseguenti al comportamento inadempiente della società di revisione, nel caso in cui l'agire illegittimo dei soggetti revisori causi le cosiddette *trading losses*, la giurisprudenza e la dottrina ormai consolidate ammettono che il quantum del risarcimento richiesto possa estendersi fino a considerare i danni mediati ed indiretti,

³⁸ Si v. A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, p. 578.

purchè non eccezionali o di gravità sproporzionata rispetto all'inadempimento³⁹.

Tale orientamento comporta l'attribuibilità al revisore di tutti i danni che non si sarebbero verificati nel caso in cui questi avessero svolto con diligenza l'attività richiestagli, senza tuttavia che sia possibile imputare ad esso l'intero *deficit* accumulato dalla società senza distinzione tra il caso in cui l'inadempimento del revisore rappresenti la causa della perdita da quello in cui l'inadempimento non sia nient'altro che una fase di una sequenza di eventi che conducono alla perdita⁴⁰.

5. La responsabilità dei revisori nei confronti dei soci e dei terzi.

L'art. 15, comma 1, D. Lgs. n. 39/2010, come già affermato, prevede espressamente che i revisori rispondono, oltre che nei confronti della società oggetto di revisione, anche nei confronti dei soci.

Si può trattare tipicamente di un socio di minoranza, che non ha nemmeno concorso in positivo alla nomina dei revisori⁴¹ e che ritiene di aver subito un danno per via dell'attività da essi svolta.

Il socio è in sostanza assimilato ad un terzo, ai fini del possibile esercizio di un'azione di responsabilità.

³⁹ Si v. Cass., 02.06.1992, n. 6676, in *Giur.it.*, 1993, I, 1, p. 1308; Cass., 09.05.2000, n. 5913, in *Dir.ed economia assicuraz.*, 200, p. 1226; Cass., 10.05.2000, n. 5962, in *Arch. Circolaz.*, 2000, p. 840; Cass., 01.07.2002, n. 9556, in *Foro. It.*, 2002, I, p. 3060 con nota di A. PALMIERI; Trib. Milano, 30.04.2001, in *Banca e borsa tit. cred.*, 2003, II, p. 320, il quale ha negato il risarcimento delle c.d. *trading losses* della società controllata che la società holding era intervenuta a ripianare; da ultimo Cass. Civ., 17 aprile 2015, n.7919.

⁴⁰ G. M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Milano, 2005. p. 266.

⁴¹ La nomina dei revisori spetta, ai sensi dell'art. 13, comma 1, D.Lgs. 39/2010 all'assemblea. Questa opera secondo il principio maggioritario, ben potendo dunque capitare che qualche socio si esprima contro la nomina dei revisori.

Ne è ragione il fatto che il socio, diversamente dalla società, non versa in un rapporto contrattuale con i revisori: si tratta, infatti, di responsabilità di natura extracontrattuale.

I revisori possono infine essere chiamati a rispondere nei confronti di "veri e propri": terzo è colui che vanta un credito nei confronti della società oggetto di revisione.

Fra i creditori più comuni di una società si possono citare coloro che effettuano forniture di beni e servizi e, soprattutto gli obbligazionisti i quali sottoscrivono le obbligazioni emesse dalla società revisionata al fine di ottenere il pagamento degli interessi e la restituzione del capitale.

Appare interessante distinguere fra i già creditori (quelli che lo erano nel momento in cui i revisori hanno espresso il proprio giudizio errato) e i creditori successivi (che hanno instaurato il rapporto di credito dopo il giudizio dei revisori).

È ragionevole assumere che la responsabilità dei revisori possa essere affermata non solo per i creditori successivi al compimento dell'errato controllo dei bilanci, ma anche per i creditori anteriori.

Iniziando dall'esame di coloro che erano già creditori della società, se i giudizi dei revisori confermano la solidità della società oggetto di revisione, essi saranno indotti a mantenere in forza i rapporti di credito con la società revisionata.

Se il giudizio fosse stato negativo, si sarebbero dati da fare per cercare di recuperare il credito oppure avrebbero insistito per ottenere delle garanzie. Il danno deriva dunque dalla decisione, indotta dai revisori, di continuare il rapporto di credito.

Si pensi solo all'ipotesi in cui l'istanza di fallimento sia stata presentata con ritardo di mesi per il fatto che gli errori dei revisori hanno contribuito a nascondere la reale situazione in cui versava la società.

Durante tale lasso di tempo la solidità della società può essersi ulteriormente ridotta, con aggravio di danno per i creditori.

Vi è poi il gruppo dei creditori futuri: coloro che fanno affidamento sul giudizio dei revisori per avviare un rapporto di credito.

Tali soggetti possono essere indirettamente danneggiati dalla società di revisione nella misura in cui hanno fatto affidamento sulla solidità certificata dai revisori per instaurare il rapporto di credito.

Se il lavoro della società di revisione, infatti, si rivela errato, i creditori potrebbero aver compiuto degli atti che non avrebbero realizzato oppure avrebbero realizzato a condizioni diverse, qualora fossero stati a conoscenza della reale situazione in cui versava la società.

La responsabilità dei revisori nei confronti dei terzi è di natura extracontrattuale; nel caso dei creditori della società oggetto di revisione, infatti, non sussiste alcun rapporto contrattuale che leghi i revisori ed i terzi.

Il rapporto contrattuale tra i terzi e la società oggetto di revisione (ad es. un contratto di compravendita che obbliga la società a pagare il prezzo della merce) non va ovviamente confuso con il diverso rapporto fra i revisori ed i terzi, i quali non hanno alcun contratto diretto.

Fra i revisori ed i terzi non è stato concluso alcun contratto scritto, né è ravvisabile alcun rapporto contrattuale non scritto.

La società di revisione, opera, su base contrattuale, per la società revisionata. L'attività svolta, ossia la revisione, è però idonea a fondare l'affidamento di terzi e dei creditori.

La violazione delle regole che disciplinano l'esercizio dell'attività di revisione è in grado di alterare l'affidamento dei terzi, i quali possono dunque subire un danno.

La natura della responsabilità dei revisori nei confronti dei terzi è però extracontrattuale in quanto non si riesce a rinvenire alcun rapporto negoziale tra la società di revisione ed i terzi, né alcun tipo di “contatto sociale”⁴².

In punto di accertamento del nesso di causalità, la dottrina ha posto l’accento sulla natura immateriale delle informazioni scorrette e non censurate dai revisori, nonché sulle difficoltà che si incontrano nella ricostruzione della successione di eventi che portino al danno diretto per il terzo e/o socio, in uno schema causale idoneo: tali elementi “inducono a ritenere che l’unica causalità che può venire in considerazione sia inevitabilmente fondata su un giudizio in termini ipotetici, con il risultato che il danno risarcibile coinciderà con la perdita ed il mancato guadagno che sono conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento, delimitati in base al giudizio ipotetico di differenza tra la situazione dannosa e la situazione ideale quale sarebbe stata nell’ipotesi in cui il fatto pregiudizievole non si fosse verificato”⁴³.

Il principio della *condicio sine qua non*, dunque, non è qui sufficiente per dimostrare il nesso di causalità, dovendo essere accompagnato dalla

⁴² Cfr. Trib. Milano, 4 novembre 2008, in *Corr. Giur.*, 2009, p.531 ss., con nota di V. SANGIOVANNI; in *Società*, 2009, p.65 ss, con nota di SALAFIA. La giurisprudenza è saldamente orientata a favore della tesi extracontrattuale ed infatti già Cass., 18 luglio 2002, n.10403, in *Giur. It.*, 2003, p. 672; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. It.* 2000, p. 533; App. Milano, 7 luglio 1998, in *Società*, 1998, p. 1171; Trib. Torino, 18 settembre 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, p. 655. In dottrina M. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, op. cit., p. 346; V. SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, p. 1520. *Contra*, ovvero nel senso che anche tale tipo di responsabilità sia da inquadarsi come contrattuale, M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 194 ss.; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, op. cit., p. 294 ss..

⁴³G. M. BUTA, op. cit., p. 298; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, op. cit., p. 320.

prova del fatto che tale informazione è stata causa efficiente del danno, e non un semplice elemento che ha contribuito a determinare la decisione⁴⁴.

Deve dimostrarsi, da un lato, l'idoneità delle circostanze taciute o non correttamente riportate ad influenzare la decisione di investimento/disinvestimento; dall'altro, si dovrebbe fornire la prova che la pregiudizievole scelta sia ragionevolmente dipesa dalla omessa, non tempestiva o non corretta informazione.

Alla luce di tali considerazioni, complessa la prova del nesso di causalità, difficoltà che comporta spesso il ricorso a presunzioni, che assistono il soggetto agente nella dimostrazione del nesso eziologico.

Pur dovendo scartare l'idea di una inversione dell'onere della prova, si ritiene corretta la proposta della dottrina più recente, finalizzata ad alleggerire l'onere probatorio del soggetto che si presume danneggiato⁴⁵.

Questi si basano su un giudizio ipotetico finalizzato ad accertare se la *negligent opinion* ad opera dei revisori dei conti possa essere ritenuta sufficientemente rilevante da un investitore ragionevole ai fini della decisione in merito al compimento o al non compimento di una data operazione.

Può dunque affermarsi che la più recente dottrina ritiene la valutazione circa la sussistenza del rapporto di causalità non tanto condizionata dall'affidamento del socio o del terzo danneggiato sulla correttezza dell'*opinion*, quanto, piuttosto, dalla efficienza causale della revisione negligente sulla corretta formazione del prezzo, dal momento che

⁴⁴ P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004, vol. IV, p. 314; Id., *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, p. 3; G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, *op. cit.*, p. 299; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso della revisione legale dei conti*, *op. cit.*, p. 310; M. SANTARONI, *In tema di negligenza del revisore*, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, p. 663; F. DI MAIO, *Quali responsabilità per i revisori contabili?*, in *Le Società*, 1994, p. 100.

⁴⁵ P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 317; M.G. BUTA, *op. cit.*, p. 304 ss..

proprio secondo questo meccanismo che la violazione delle regole di diligenza cagiona danno agli investitori.

Conseguentemente, la prova del legame causale potrà considerarsi assoluta laddove si dimostri che il prezzo si sia artificiosamente formato in conseguenza dell'inadempimento del revisore⁴⁶.

È opportuno precisare che per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del socio o del terzo è necessario un danno che pregiudichi direttamente il loro patrimonio⁴⁷.

Ed esempio, un attivo di bilancio illegittimamente sopravvalutato dagli amministratori e non censurato dai revisori o dalla società di revisione, può comportare un danno derivante dall'affidamento dei soci o dei terzi circa la veridicità degli utili rappresentati, affidamento che può determinare la decisione di investire nella società o di aumentare l'entità di un investimento già effettuato.

Dall'altro lato e specularmente, la sottovalutazione dell'attivo o la sopravvalutazione di passività possono portare alla decisione, da parte dell'investitore di vendere la propria partecipazione ad un prezzo inferiore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se il bilancio fosse stato correttamente redatto; parimenti, l'errata rappresentazione di una situazione patrimoniale negativa può costringere i soci ad effettuare ulteriori versamenti di capitale o a sciogliere la società, provocando loro un danno diretto in quanto, se l'attività di revisione fosse stata svolta in modo corretto, tali decisioni non sarebbero apparse necessarie.

⁴⁶Cass., 3 marzo 2001, n.3131, in *Foro It.*, 2011, I, p.1139, con nota di A. PALMIERI.

⁴⁷ E. Barcellona, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, p. 318, il quale afferma che: «poiché il debitore inadempiente, ai sensi dell'art. 1223 c.c., è tenuto a risarcire la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno in quanto essi siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, del tutto analogamente il revisore sarà tenuto a risarcire i terzi per tutti quei danni che siano conseguenza immediata e diretta della scorretta informazione sul bilanci».

In conclusione, si presentano problemi di danno diretto nei confronti dei soci e/o dei terzi, ogni qual volta l'omessa o non corretta attività di revisione provochi scelte di investimento e/o di disinvestimento nella società, da parte dei soci o dei terzi, che avrebbero potuto essere differenti ove le informazioni in possesso di tali soggetti fossero state corrette.

5.1. Il nesso causale ed il danno risarcibile nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale verso i soci ed i terzi.

Rispetto alla responsabilità contrattuale (esistente nei confronti della società oggetto di revisione), la situazione risulta più articolata nel caso di responsabilità extracontrattuale (sussistente nei confronti di soci e terzi).

Affinché possa essere affermata tale tipologia di responsabilità, bisogna che ricorrano i seguenti presupposti:

- un fatto;
- l'elemento soggettivo, consistente nel dolo o nella colpa;
- un danno conseguente al comportamento dei revisori;
- la sussistenza di un legame di causalità fra condotta e danno.

Con riferimento alla condotta, si tratterà di volta in volta d'individuare quali siano i fatti posti in essere dai revisori.

Essi possono consistere in azioni oppure in omissioni, anzi, nell'attività di controllo, qual è tipicamente quella dei revisori, la contestazione che può essere loro mossa è proprio quella di aver omesso i dovuti controlli.

Ovviamente la condotta dei revisori generatrice di responsabilità può variare molto da caso a caso.

Ad esempio, nella sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il 4 novembre 2008 è contestato il compimento di “varie irregolarità” nella revisione, che hanno concorso a determinare il danno in capo agli investitori. L’autorità giudiziaria milanese identifica tali irregolarità riconducendole a quattro categorie: falsità materiali, irregolarità formali, carenza d’informazioni, informativa fuorviante.

Avuto riguardo all’elemento soggettivo, come richiede espressamente l’art. 2043 c.c. l’illecito deve essere poi connotato da dolo oppure da colpa.

Nella prassi, la contestazione generalmente mossa ai revisori è quella di aver agito con colpa, cioè senza rispettare i canoni di diligenza professionale.

Tuttavia, non può escludersi che il comportamento della società di revisione sia connotato da dolo, consistente nell’intenzione di alterare il contenuto delle proprie relazioni per ingannare i terzi⁴⁸.

Altro elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità extracontrattuale è il danno: alla condotta posta in essere dai revisori deve seguire un nocumento in capo ai terzi. Danno che tipicamente deriva dalla errata determinazione del valore della società oggetto di revisione, che viene sopravvalutata⁴⁹.

Di quantificazione del danno si è occupata la menzionata sentenza del Tribunale di Milano.

⁴⁸ L’elemento psicologico del dolo, pur non alterando il titolo di responsabilità ovvero il suo accertamento, di frequente implica un accordo in tal senso con gli stessi amministratori che, dalla volontaria alterazione, potrebbero ricavare indebiti vantaggi per la società.

⁴⁹ Da ultimo cfr. Trib. Milano, 3 ottobre 2013. La differenza tra valore reale e valore indicato dalla società di revisione rappresenta il danno ascrivibile al comportamento dei revisori.

Opportunamente, tale autorità giudiziaria rileva che il danno patito dagli investitori non coincide necessariamente con la perdita di valore degli strumenti finanziari.

La riduzione di valore può difatti avere molteplici cause, alcune delle quali possono essere slegate dalla condotta dei revisori.

Se, ad esempio, i corsi azionari subiscono un ribasso generalizzato, vi è sì una perdita di valore degli strumenti finanziari di una data società, ma tale perdita di valore non può essere considerata danno risarcibile.

La perdita di valore può essere dovuta in parte al cattivo andamento della società ed in parte al generale andamento negativo dei corsi borsistici.

In un caso del genere il danno subito dall'investitore per effetto del comportamento della società di revisione è solo quello dovuto agli errori dei revisori, non quello imputabile alla generalizzata perdita di valore di tutti i titoli presenti sul mercato.

Con riferimento ai creditori, non si deve inoltre ritenere che il danno subito dai terzi consista necessariamente nel valore complessivo del credito. È normale che, anche a fronte di un evento di insolvenza, i creditori vengano parzialmente soddisfatti.

Di conseguenza il danno non coincide con il valore del credito-investimento iniziale.

Infine, venendo all'ultimo degli elementi della fattispecie di danno risarcibile, bisogna che sussista un legame di causalità tra gli eventi imputabili ai revisori e il danno dedotto in giudizio.

Tale nesso tende normalmente a sussistere in quanto la relazione della società di revisione crea un affidamento ed induce i terzi ad effettuare investimenti: i risparmiatori, se fossero stati a conoscenza della reale situazione economico-finanziaria in cui versava la società, non avrebbero

investito negli strumenti finanziari della medesima oppure sarebbero stati disponibili a investire ma solo pagando un prezzo inferiore a quello che hanno realmente pagato⁵⁰.

Il problema si pone anche per chi è già titolare degli strumenti finanziari. Le relazioni dei revisori sono idonee a determinare il comportamento di tali investitori: se attestano che la società si trova in buone condizioni, azionisti e obbligazionisti tengono gli strumenti finanziari, subendo, con il passare del tempo, un danno.

La sussistenza del legame di causalità può essere verificata sulla base di quello che è stato il concreto, specifico, comportamento posto in essere dal singolo investitore.

Se, ad esempio, il risparmiatore riesce a provare di avere esaminato la relazione di revisione (eccessivamente ottimistica) e che proprio l'esame di tale relazione lo ha indotto a investire negli strumenti finanziari della società oggetto di revisione, sussiste la prova che vi è nesso diretto fra l'operato dei revisori e l'investimento effettuato.

Nella prassi è normalmente arduo rendere questa prova.

Al fine di affermare la sussistenza del nesso di causalità fra il comportamento dei revisori e il danno in capo agli investitori dovrebbe tuttavia essere sufficiente ricostruire non tanto la singola condotta

⁵⁰ Con riferimento alla vicenda Parmalat il Tribunale di Milano ha affermato che detta società aveva perso l'intero capitale fin dal 1992 e doveva considerarsi in stato di insolvenza già dal 1996, mentre la vendita di azioni e obbligazioni ha avuto luogo fino al 2003. Le informazioni societarie non rispondenti al vero, avallate da un'attività di revisione compiacente, hanno determinato nel pubblico degli investitori una falsa rappresentazione. Gli strumenti finanziari di Parmalat sono apparsi appendibili, contrariamente alla realtà, con la conseguenza che numerosi risparmiatori hanno comprato azioni e obbligazioni di tale società. Vi è dunque nesso di causalità fra le azioni e le omissioni dei revisori ed il danno patito dagli investitori.

dell'investitore ma quella che sarebbe stata la condotta di un investitore medio⁵¹.

Le informazioni non corrette contenute nei bilanci, e che sono state verificate diligentemente dai revisori, sono idonee a ingannare l'investitore medio, in quanto esse si riflettono nei prezzi degli strumenti finanziari.

Non tutti gli investitori verificano il bilancio dell'emittente, anzi: tale comportamento viene posto in essere da una minoranza di risparmiatori.

In particolare, i piccoli investitori non ricorrono a sofisticati esami della documentazione contabile; essi si fidano dei prezzi ufficiali degli strumenti finanziari, che, in un mercato ben funzionante, dovrebbero riflettere il valore reale dei titoli.

La maggior parte dei risparmiatori fa affidamento sull'andamento delle quotazioni del titolo di riferimento.

Il prezzo degli strumenti finanziari riflette però il giudizio espresso dai revisori: se i bilanci non sono stati correttamente verificati, il prezzo degli strumenti finanziari sarà più alto del loro reale valore, con conseguente danno di chi li compra.

Al fine di provare il legame di causalità fra gli errori dei revisori e il danno subito dagli investitori è sufficiente dimostrare che tali errori hanno alterato i prezzi e, dunque, sono astrattamente idonei a indurre in errore un risparmiatore medio.

6. Posizione dei responsabili della revisione e dei dipendenti.

In materia di responsabilità civile nel contesto della revisione, è opportuno soffermarsi brevemente sulla previsione dell'art. 15, comma 2,

⁵¹ FIORIO, *La responsabilità della società di revisione nei confronti degli azionisti e degli obbligazionisti, note a margine del caso "Parmalat"*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1982 ss..

D.Lgs. n. 39/2010: “il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all’attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l’incarico e nei confronti dei terzi danneggiati”.

Da questa disposizione si evince che i revisori non sono gli unici responsabili dei danni cagionati alla società, ai soci e ai terzi.

Complessivamente vi sono tre possibili soggetti chiamati a rispondere: i revisori, il responsabile della revisione e i dipendenti che hanno collaborato all’attività di revisione. È evidente che una pluralità di responsabili facilita la soddisfazione dei danneggiati.

Dal punto di vista soggettivo il responsabile della revisione viene definito dalla legge come “1) il revisore legale cui è stato conferito l’incarico; 2) il soggetto, iscritto nel registro, responsabile dello svolgimento dell’incarico, se l’incarico è stato conferito ad una società di revisione legale” (art. 1, lett. *i*, d.lgs. n. 39/2010). I dipendenti sono legati da un rapporto di lavoro subordinato ai revisori.

Dal punto di vista oggettivo, al responsabile e ai dipendenti deve essere contestato un inadempimento oppure un fatto illecito.

Un inadempimento consiste nella violazione di un dovere contrattuale, cui avrebbero dovuto invece conformarsi nell’effettuazione della prestazione.

Con il richiamo al fatto illecito il legislatore allude a fattispecie di responsabilità extracontrattuale.

Il meccanismo è quello della responsabilità solidale fra responsabile della revisione, dipendenti e società di revisione ma non si tratta di una responsabilità illimitata; la legge, infatti, specifica che essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato.

Occorre, in altre parole, procedere ad un frazionamento delle responsabilità.

É evidente che si tratti di una disposizione “in contraddizione” con il tradizionale concetto di solidarietà: la solidarietà infatti, per definizione, comporta il rischio di essere chiamati a rispondere per la totalità. Il legislatore ha quindi evidentemente inteso ridefinire gli obblighi risarcitori dei soggetti che hanno effettuato la revisione in maniera differenziata rispetto a quelli della società di revisione.

Punto di forza di questa ipotesi è chiaramente il fatto che, lì dove nel primo comma la responsabilità è commisurata al contributo effettivo alla causazione del danno nei soli rapporti interni, il secondo comma non fa riferimento a questi ultimi, non potendosi perciò escludere che il legislatore abbia intenzionalmente omissso tale riferimento intendendo ricomprendere anche i rapporti esterni.

In effetti, un'interpretazione limitativa del coinvolgimento del responsabile della revisione e dei dipendenti, non porrebbe problemi dal punto di vista del generale inquadramento della responsabilità in solido con la società di revisione dei soggetti che hanno effettuato l'attività.

Tenuto conto che i contributi dei singoli revisori non rilevano all'esterno, in base ai principi di diritto comune non sussisterebbero infatti ragioni ostative per una limitazione della responsabilità dei soggetti che hanno effettuato la revisione; tant'è vero che la dottrina ha sottolineato il carattere eccezionale della responsabilità dei soggetti incaricati di svolgere l'attività di revisione rispetto alla disciplina comune, contenuta nell'artt. 1228

c.c.⁵², spingendosi talvolta verso soluzioni interpretative volte a porre nel nulla la responsabilità solidale eccezionalmente prevista dalla norma⁵³.

Peraltro, non escludendo la responsabilità nei confronti dei terzi, ma mirando solo a commisurarla al contributo fornito alla causazione del danno, l'interpretazione in esame non sarebbe incompatibile neppure con la tesi che ritiene che il revisore debba in ogni caso rispondere, anche nei confronti dei terzi, delle proprie manchevolezze professionali, salvo non dia prova di aver operato in attuazione di superiori direttive ma in disaccordo rispetto alle stesse.

Di ostacolo all'ipotesi della responsabilità parziaria, invece, potrebbe essere la *ratio* della responsabilità solidale dei revisori persone fisiche con la società di revisione, che secondo una risalente opinione⁵⁴ più che per finalità risarcitorie, data la presumibile sproporzione tra il patrimonio del revisore persona fisica ed i danni potenzialmente risarcibili, varrebbe da deterrente, mirando cioè ad evitare comportamenti negligenti o abusivi.

Ipotizzando che questa sia la *ratio*, resterebbe però il fatto che i soggetti che hanno svolto l'attività di revisione dovrebbero sempre mettere in conto i rischi anche spropositati, tanto più inaccettabili in quei casi in cui la responsabilità illimitata condurrebbe a dover rispondere verso i terzi per non aver disvelato fatti dolosi commessi dagli amministratori.

⁵² L'art. 1228 c.c. prevede che il soggetto che è tenuto ad una prestazione se l'adempie avvalendosi di ausiliari risponde del fatto dell'ausiliario il quale a sua volta, non essendo parte del rapporto obbligatorio, non risponde verso il creditore. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, 1994, Milano, p. 58.

⁵³ Volta ad escludere la responsabilità dei dipendenti verso i terzi è in particolar modo l'interpretazione dell'art. 12 del d. p. r. 136/1975 proposta da R. NOBILI – M. VITALE, *La riforma delle società per azioni*, Milano, 1975. Analogamente anche M. SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, Milano, 1984.

⁵⁴ F. BONELLI, *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. Soc.*, 1979, p. 973 e A. ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, n.74, Milano, 1985, p. 194.

Gli schemi di frode ideati dagli amministratori sono infatti talvolta così ben congegnati da non comportare responsabilità del revisore, potendo neppure il controllo più diligente essere in grado di smascherarli.

Ma può succedere anche che la società di revisione sia in colpa, per non aver puntualmente applicato le regole della professione, a nulla valendo il fatto di esser stata essa stessa vittima della condotta dolosa degli amministratori; come anche potrebbe succedere, in questo secondo caso, che questa negligenza abbia riguardato il dipendente, andato vittima, della scaltrezza degli amministratori.

A fronte di questi rischi, che pure in caso di contributo causale di breve momento esporrebbero anche il giovane dipendente alla responsabilità per l'intero, diviene allora ben possibile immaginare, a prescindere dalle pressioni comunitarie per un generale abbandono del regime di responsabilità illimitata e solidale, che il legislatore si sia posto il problema di non disaffezionare i migliori a questo tipo di attività, tenendo conto, per risolverlo, della possibilità di presidiare il rischio di comportamenti negligenti, prima ancora che con deterrenza da responsabilità risarcitoria, con deterrenza da rischio di sanzioni amministrative e, nei casi più gravi, anche penali⁵⁵.

In altri termini, è possibile immaginare che il legislatore abbia inteso limitare la responsabilità delle persone fisiche che hanno svolto l'attività di revisione, stabilendo con la società di revisione un vincolo di responsabilità solidale ma parziaria, già rinvenibile nell'ordinamento riguardo ad altri casi di responsabilità da affidamento e di altro genere⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. gli artt. 27, 28, 30, 31 e 32 del d.lgs. 39/2020.

⁵⁶ Si pensi alla responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari, che tra l'altro pone un dubbio di applicabilità agli stessi revisori legali. Invero, in attuazione della Direttiva 2003/71/CE, riguardante l'offerta pubblica e l'ammissione alla negoziazione in mercati regolamentari, l'art. 3 del D.lgs. 28 marzo 2007, n.51, ha modificato l'art.94, comma 8, T.U.F., stabilendo che l'emittente, l'offerente e l'eventuale garante, nonché le persone responsabili

Si tratta però, vale la pena ribadirlo, di una semplice ipotesi, non offrendo la lettura dell'art. 15, comma 2, la possibilità di conclusioni certe.

7. La prescrizione.

Sulla scia delle modifiche destinate a far discutere, è doveroso soffermarsi sulle novità in materia di prescrizione.

Al riguardo, mentre l'abrogato art. 2409 *sexies*, comma 3, c.c., stabiliva che l'azione contro il revisore si prescriveva in cinque anni dalla cessazione della carica, l'art. 15 prevede lo stesso termine ma a decorrere "dalla data della relazione di revisione sul bilancio di esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento".

delle informazioni contenute nel prospetto, rispondono "ciascuno in relazione alle parti di propria competenza" dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità dei dati contenuti nel prospetto. Con tale norma, in controtendenza rispetto alla direzione a tutela degli investitori, il legislatore ha comunque temperato la rigidità del sistema stabilendo un onere di controllo dei contenuti del prospetto a carico del responsabile del collocamento, avendo previsto l'art. 94, comma 9, T.U.F., in capo a quest'ultimo, una generale responsabilità riguardo alle informazioni ed omissioni "idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole", fissando, per l'effetto, un responsabilità solidale ex lege superabile solo a condizione della riprova di aver adottato ogni necessaria "diligenza". Basti poi scorrere gli allegati al Regolamento CE 809/2004, recante gli schemi delle informazioni da riportare nei prospetti, per ravvedersi che queste ultime comprendono, tra le altre, informazioni passate al vaglio dei revisori legali; dal che il dubbio che in merito all'attività prodromica ad una offerta al pubblico di prodotti finanziari le società di revisione vadano soggette, anzichè al generale regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 15, allo speciale regime di responsabilità parziaria introdotto dall'art. 94, comma 8, T.U.F. (v. sul punto, F. SARTORI, *La responsabilità da prospetto informativo*, in *www.dirittobancario.it*, 15. Con generale riferimento alla responsabilità da prospetto nell'art. 94 T.U.F.; V. SANGIOVANNI *La nuova responsabilità da prospetto*, in *Giur. Merito*, 2010, p.880 ss.; A. ANELLI, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in *Società*, 2011, p. 411 ss.; E. MACCHIAVELLO, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, a cura di G.VISINTINI, Padova, 2009, p. 793 ss.; *Id.*, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro*, in *Contr. e impr.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2009, p.911 ss.; S. BRUNO, *La nuova responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca borsa*, 2008, p. 785 ss..

Tale previsione è andata incontro a critiche che hanno aperto il varco ad ipotesi che, se accolte, priverebbero i revisori di una disposizione agli stessi favorevole.

Invero, la disciplina introdotta dall'art. 15 lascia intatto il problema dell'eventuale decorso della prescrizione a partire da un momento precedente all'effettiva conoscenza del pregiudizio, la cui ammissibilità sarebbe in contrasto con il diffuso orientamento che fa coincidere il momento iniziale del decorso della prescrizione con quello in cui l'evento lesivo si è manifestato⁵⁷.

Non sarebbe da escludersi che per la specificità della fattispecie il legislatore abbia inteso introdurre in via d'eccezione una deroga al principio generale che vuole che la prescrizione decorra dal giorno in cui il diritto è fatto valere.

Così come, in relazione al secondo, la disparità di trattamento andrebbe valutata tenendo conto, per ciò che riguarda il rapporto tra amministratori e revisori, della diversità di funzioni e del carattere per lo più dipendente della responsabilità di questi ultimi.

Tuttavia, resta difficile immaginare ragioni per giustificare la diversità di trattamento rispetto ai sindaci, in quanto l'organo di controllo, al pari dei revisori, assolve funzioni di verifica ed anche perché lo statuto delle società che adottano il sistema tradizionale può affidare la revisione legale al collegio sindacale.

In questo caso sembrerebbe incoerente che l'azione di risarcimento possa prescriversi in momenti diversi a seconda che la revisione legale della società sia affidata al collegio sindacale ovvero ad un revisore o società di revisione.

⁵⁷ Cass. Civ., 28 gennaio 2013, n. 1877 in *Guida al diritto*, 2013.

La disposizione potrebbe essere compresa ipotizzando che il legislatore abbia considerato la prescrizione quale strumento per compensare la mancata adesione al regime di responsabilità parziaria, al fine di favorire un equilibrio fra l'esigenza di garantire al danneggiato la possibilità di agire per il ristoro del suo pregiudizio e quella che vorrebbe invece il revisore non esposto troppo a lungo al rischio di azioni risarcitorie riguardanti fatti risalenti nel tempo.

È possibile che il legislatore abbia voluto introdurre, a decorrere dalla data della relazione di revisione sul bilancio ed a carico dei soggetti potenzialmente danneggiati, un gravoso onere di verifica dell'operato del revisore, tale da giustificare una presunzione di conoscenza dei pregiudizi eventualmente arrecati dal relativo operato, superabile sulla base di un meno gravoso onere della prova a carico del danneggiato⁵⁸.

⁵⁸ F. SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Rivista delle società*, 2013.

CAPITOLO 4

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI, DEI SINDACI E DEI REVISORI NEL FALLIMENTO.

1. Premessa. 2. La natura dell'azione: azione diretta ed autonoma; il carattere unitario ed inscindibile. 3. La legittimazione passiva. 4. Il regime di prescrizione dell'azione. 5. Il nesso causale ed il danno risarcibile alla luce delle Sezioni Unite del 2015: il criterio di liquidazione del danno costituito dal c.d. deficit fallimentare. 5.1 Ipotesi analizzate dalla recentissima giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite: la mancata tenuta delle scritture contabili ed il pagamento preferenziale dei crediti.

1. Premessa

Il tema delle azioni di responsabilità che il curatore può proporre nei confronti degli amministratori (e dei liquidatori), dei componenti degli organi di controllo e dei revisori è da sempre oggetto di dibattito dottrinario e giurisprudenziale¹ sia in ragione della necessità di individuare se dette azioni in sede fallimentare mantengano la medesima natura di quelle esercitate nei confronti degli organi di una società *in bonis*, sia per i problemi in punto di quantificazione del danno risarcibile e decorrenza dei termini di prescrizione delle relative azioni, soprattutto nell'ipotesi in cui siano esercitate cumulativamente.

L'art. 146, secondo comma, lett. a), L. Fall. attribuisce al curatore fallimentare il potere di esercitare, previa autorizzazione del Giudice Delegato e sentito il Comitato dei Creditori², le azioni di responsabilità contro gli

¹ In dottrina, *ex multis*, L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p. 7-15; S. AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI S. – CAVALLI G. – JORIO A., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol IX, Padova, 2009, p. 735 – 764; V. ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, *ad vocem*; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961; C. BLATTI, *Le azioni di responsabilità nei nuovi fallimenti*, NDS, 2006, n.6, p. 5-13; V. CARIDI, *sub art. 146*, in NIGRO A. – SANDULLI M. (a cura di), *La riforma del diritto fallimentare*, Torino, 2010, II, p. 872-892; A. DI MAJO, *sub art. 146*, in *Comm. Lo Cascio* 13,.

² Con specifico riferimento all'intervento del comitato dei creditori in tale atto autorizzativo, alcuni ritengono che esso sia espressione del nuovo ruolo di "compartecipazione gestoria" attribuito a questo organo dal decreto correttivo della riforma. Infatti, la natura sostanzialmente risarcitoria delle azioni di responsabilità imporrebbe al curatore di inserire le stesse nel programma di liquidazione predisposto ai sensi dell'articolo 104 ter L. Fall. per sottoporlo all'approvazione preventiva del comitato dei creditori. Ne deriverebbe che non sarebbe sufficiente la semplice consultazione del comitato, in quanto l'esercizio delle azioni di responsabilità dovrebbe essere preventivamente approvato da quest'organo unitamente al programma di liquidazione. La funzione della norma in commento sarebbe allora sono limitata al caso in cui, per ragioni di urgenza, tali azioni devono essere esercitate prima dell'approvazione del programma di liquidazione (V. CARIDI, *sub art. 146*, in NIGRO A. – SANDULLI M. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, II, p. 1910 ss.). Altri ritengono che la norma in esame rappresenti, invece, una deroga alla all'art. 104 ter L. Fall., in quanto consente l'esercizio delle azioni di responsabilità (per quanto si tratti comunque di azione risarcitorie), anche se non inserite nel programma di liquidazione, con il semplice parere consultivo del comitato dei creditori (G. GIANNELLI, *La liquidazione del patrimonio*, in N. ABRIANI et al., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 357). In realtà che il parere debba intendersi meramente consultivo, così non incidendo sulla validità del decreto

amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali ed i liquidatori.

In altre parole, la norma attribuisce al curatore una generalizzata legittimazione processuale ad esperire, avvalendosi di un particolare regime autorizzatorio, le azioni di responsabilità nei confronti degli organi delle società per azioni.

Si è al cospetto di una legittimazione attiva esclusiva in favore del curatore all'esercizio delle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.: nell'inerzia del curatore né i creditori sociali, né la società possono sostituirsi ad esso.

L'azione esercitata dai creditori non può concorrere con quella del curatore, cosicché è deducibile e rilevabile nel giudizio di rinvio, il difetto di legittimazione del creditore per effetto della sopravvenuta dichiarazione di fallimento; parimenti il sopravvenuto difetto di legittimazione dei creditori sociali all'azione di cui all'art. 2394 c.c. a causa del fallimento della società determina l'impossibilità per i creditori stessi di riassumere la causa già instaurata³.

Va altresì evidenziato, in tema di S.r.l., che dall'entrata in vigore della riforma la giurisprudenza è sempre intervenuta sul tema incidentalmente alla connessa questione della legittimazione del curatore a subentrare, ex art. 146 L. fall., nella titolarità dell'azione spettante ai creditori.

La meno dispendiosa procedura fallimentare, i cui oneri sono condivisi tra tutti i concorrenti, si rivela tuttora il terreno di predilezione dell'azione a tutela dei creditori, cosicché, anche dopo la riforma societaria,

autorizzativo reso dal giudice delegato in assenza di audizione del comitato dei creditori, si evincerebbe dal fatto che, ove il comitato non si sia costituito, il provvedimento del Tribunale fallimentare contiene anche una implicita espressione di parere favorevole di tale ultimo organo quale sostituto del comitato dei creditori., ai sensi dell'art. 41, quarto comma, L. Fall..

³ Cfr. Cass. Civ., 28 novembre 1984, n.6187; Trib. Roma, 20 giugno 2011; Trib. Napoli, 3 ottobre 2010.

l'ipotesi di un'azione creditoria al di fuori delle procedure concorsuali resta teorica. All'indomani della novella si sono coagulate due posizioni contrapposte⁴. Un primo indirizzo, rimasto minoritario, ha negato la sopravvivenza dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale verso i creditori, ritenendo che il silenzio serbato dall'art. 2476 c.c. non costituisca una lacuna, bensì il frutto di una precisa volontà legislativa non aggirabile con l'interpretazione analogica dell'art. 2394 c.c. date le profonde differenze intercorrenti con le società azionarie sul cui modello quelle a responsabilità limitata non sono più ricalcate⁵.

Tuttavia, può ormai dirsi sedimentato l'opposto indirizzo, divenuto, negli ultimi anni, maggioritario. La tesi si fonda su due ordini di argomenti. Il primo fa leva sull'esistenza di un diritto, vantato dalla collettività dei creditori verso l'organo amministrativo e tutelabile con l'azione di responsabilità aquiliana per lesione dell'aspettativa del credito, a che non venga compromesso il complesso delle risorse destinate a garantire la massa dei debiti sociali⁶.

Il secondo argomento, di ordine sistematico, è incentrato sulla dimostrazione dell'esistenza di una lacuna nel contesto regolamentare della s.r.l. che giustificerebbe l'applicazione in via analogica della norma *de qua agitur*⁷.

Esso si fonda sulla contraddittorietà sistemica emergente dal confronto con i seguenti dati positivi e, anzitutto, con gli artt. 2485 e 2486 c.c., da cui risulta che mentre è stabilita una responsabilità degli

⁴ C. BLATTI, *Le azioni di responsabilità nei nuovi fallimenti*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 6, 2006.

⁵ Cfr. App. Napoli, 7 luglio 2008, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1, II, p.1; App. Napoli, 28 giugno 2008, in *Giur. mer.*, 2009, p. 2470; Trib. Milano, 27 febbraio 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 780.

⁶ Principio ricavato dal Trib. Pescara, 15 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 2262, direttamente dalla clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 2740 c.c..

⁷Cfr. Trib. Udine, ord., 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, p.808.

amministratori nei confronti dei creditori sociali in fase di scioglimento della società, un'analogia tutela manca durante la sua vita attiva⁸.

Un secondo elemento positivo viene rinvenuto nell'art. 2477, comma 4, c.c. che, mediante un rinvio alle norme dettate in tema di s.p.a., consente di compulsare ai sensi dell'art. 2394 c.c., a sua volta richiamato dall'art. 2407, ultimo comma, c.c., i sindaci delle s.r.l. nelle quali sia obbligatoria la nomina del collegio sindacale.

Ultimo dato normativo è quello dell'esposizione della società controllante alla responsabilità "*da eterodirezione*" verso i creditori della società controllata per l'incapienza patrimoniale cagionata dalla violazione dei doveri di corretta gestione imprenditoriale.

L'asimmetria del quadro normativo, che vede declinare la responsabilità nei confronti dei creditori sociali delle s.r.l. solo nella dinamica dei gruppi sociali, lascerebbe così scoperto un *vulnus* normativo che priva i creditori di una tutela senza soluzione di continuità tra s.r.l. monade e s.r.l. inserita in un contesto di gruppo⁹.

Con la compressione degli strumenti di tutela individuali e il subentro della curatela nel potere di far acquisire all'intero ceto creditorio l'equivalente delle prestazioni a cui la società non è più in grado di adempiere, l'azione di responsabilità si trasferisce da una dimensione individuale a una collettiva.

Ed è proprio sul terreno concorsuale che gli orientamenti giurisprudenziali, appena passati in rassegna, hanno dovuto misurarsi con il parallelo problema del coordinamento della disciplina societaria con quella fallimentare sotto il profilo della legittimazione attiva del curatore a subentrare nell'azione creditoria.

⁸Cfr. Trib. Padova, 24 giugno 2009, in *Fall.*, 2010, 6, p. 729.

⁹ Cfr. Trib. Napoli, 11 gennaio 2011, in *Le Società*, 2011, 5, p.510.

Per completezza, va precisato che di subentro o sostituzione parla la giurisprudenza sul postulato che le azioni di responsabilità esercitabili in via esclusiva dal curatore non sorgano a titolo originario ma derivino da quelle preesistenti al fallimento¹⁰.

Nel contesto normativo previgente alla riforma del diritto societario costituiva *ius receptum* che quella prevista dall'art. 146, comma 2, l.fall. fosse un'azione unitaria e inscindibile, che cumulava in sé tanto l'azione sociale quanto quella creditoria. La conclusione non è risultata più così granitica dopo che le modifiche introdotte hanno posto in dubbio la permanenza dell'azione dei creditori delle s.r.l., da cui logicamente dipende la sopravvivenza della legittimazione dell'ufficio fallimentare a sostituirsi nella stessa.

Non può neppure trascurarsi che la riforma del diritto fallimentare, *medio tempore* intervenuta, ha inciso in modo determinante sull'itinerario giurisprudenziale.

Fino all'emanazione del D.Lgs. n. 5/2006 la giurisprudenza è apparsa divisa tra l'indirizzo contrario all'azione dei creditori sociali di s.r.l., per il quale è stato giocoforza escluderne l'avocazione da parte dell'ufficio fallimentare¹¹, e quello favorevole, per il quale il percorso si è rivelato invece più travagliato essendo incerto se potesse ancora riconoscersi in capo al curatore il potere di rappresentare in giudizio i diritti vantati dai creditori della società fallita.

A questa giurisprudenza non sfuggiva infatti che mentre la sostituzione nell'azione sociale è espressione della legittimazione del curatore a subentrare, ai sensi dell'art. 43 l.fall., nelle controversie relative ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, l'azione di cui all'art. 2394 bis

¹⁰ A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società. Gli aspetti processuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), vol. X, Padova, 1988.

¹¹ Cfr. Trib. S.M. Capua Vetere, 18 marzo 2005, in *Le Società*, 2005, p.1007.

c.c., per converso, non è ricollegabile alla struttura della procedura concorsuale ma è frutto di una scelta legislativa.

La nuova formulazione dell'art. 146, comma 2, l.fall., non accennando più ad alcuna distinzione tra le diverse tipologie sociali, sembra ora aver superato il dissidio avvalorando la conclusione positiva¹².

A ogni modo, proprio il tenore ampio del novellato art. 146, comma 2, l.fall. induce a far pensare che il curatore, a parità di tipo sociale, non sia legittimato all'esperimento di qualunque azione di responsabilità o alla rappresentanza generalizzata di tutti i creditori.

La Suprema Corte aveva difatti circoscritto la legittimazione sostitutiva del curatore all'esercizio delle sole azioni di massa, ossia alle iniziative processuali volte a ottenere la ricostruzione del patrimonio nell'interesse del ceto creditorio e dunque caratterizzate dal carattere indistinto dei beneficiari del suo esito positivo¹³.

Non sono invece di massa quelle azioni che, richiedendo l'accertamento di uno specifico rapporto obbligatorio, sono dirette ad avvantaggiare in via diretta ed esclusiva il creditore *uti singulus*, come quelle regolate dagli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c.

In passato, la Giurisprudenza di legittimità¹⁴ ha escluso che il danno connesso alla condotta di bancarotta preferenziale possa essere risarcito su domanda del curatore, trattandosi di un pregiudizio riconducibile nell'alveo dell'art. 2395 c.c.

Sul punto, da ultimo, sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza n. 1641 del 2017, riconoscendo la legittimazione attiva del curatore

¹² Cfr. Cass. Civ., 21 luglio 2010, n. 17121.

¹³ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2006, p. 643, e più recentemente Cass. Civ., 3 giugno 2010, n. 13465, in *Foro it.*, 2011, 2, I, p. 518.

¹⁴ Trib. Milano, 22 dicembre 2010, in *La Società*, 2011, 7, p.757.

fallimentare ad esperire in danno dell'amministratore della società fallita l'azione di responsabilità ex art. 146 Legge Fallimentare in relazione agli artt. 2393 e 2394 c.c. a causa dei pagamenti preferenziali effettuati dallo stesso in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Il tutto trae origine dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano che, confermando la decisione della sentenza del giudizio di primo grado, aveva ritenuto – invece - l'insussistenza di tale legittimazione.

Il diniego alla legittimazione attiva del curatore espresso dalla Corte d'Appello di Milano si fondava sulla circostanza che, a detta della stessa, il pagamento preferenziale compiuto dall'amministratore della società fallita in favore di un creditore della stessa, seppur in un contesto di dissesto, non arreca alcun danno al patrimonio sociale e, pertanto, il curatore non sarebbe legittimato ad esperire, in danno di chi ha eseguito il pagamento preferenziale, l'azione di responsabilità ex art. 146 Legge Fallimentare in relazione agli artt. 2393 e 2394 c.c.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha rovesciato l'assunto della Corte d'Appello sostenendo, al contrario, che il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

Gli Ermellini in seduta plenaria hanno fondato il suddetto assunto sulla circostanza che il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale, comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale; pertanto, il pagamento preferenziale non è neutro e irrilevante dal punto di vista patrimoniale, anzi, lo stesso arreca un danno al patrimonio sociale

direttamente proporzionale alla falcidia che il credito pagato in violazione della *par condicio creditorum* avrebbe subito in seno alla procedura concorsuale.

Precisato quanto sopra, è opportuno infine ricordare che le azioni di responsabilità, prospettate dal curatore (già all'interno del programma di liquidazione redatto ex art. 104 ter L. Fall.) ed autorizzate dal Tribunale fallimentare, sentito il parere del comitato dei creditori, saranno poi promosse, come si vedrà in seguito, dallo stesso curatore innanzi al Tribunale ordinario, in quanto azioni che non derivano dal fallimento, né hanno alcuna attinenza con i fini della procedura concorsuale, ex art. 24 L. Fall.. la *causa petendi*, infatti, trova origine non già nella procedura concorsuale, ma in adempimenti o fatti illeciti ad essa estranei¹⁵.

2. La natura dell'azione: azione diretta ed autonoma; il carattere unitario ed inscindibile.

Come visto, ferma la natura contrattuale dell'azione di responsabilità verso la società, talune voci in dottrina¹⁶ propendono per la natura extracontrattuale dell'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c., quale applicazione specifica della clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c.; altre, invece, tendono a considerare anche tale ultima azione quale forma di responsabilità contrattuale¹⁷.

¹⁵ In tal senso, Trib. Napoli, 28 gennaio 2009, in *Società*, 2009, p. 1413; CASELLI, Commentario SB, sub. Art. 24 L. Fall., p. 48. Doveroso precisare, poi, che a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 24 gennaio 2012, n.1, convertito in L. 24 marzo 2012, n.27, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori rientra nella competenza per materia della Sezione Specializzata in materia d'impresa, anche laddove sia proposta dal curatore fallimentare ex art. 146 L. Fall..

¹⁶ B. QUATRARO – L. G. PICONE, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano, 1998, I, p. 713 ss.; *contra* F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Trattato Colombo – Portale*, Torino, 1991, p. 436.

¹⁷Cfr. Tribunale di Milano, Sez. Impresa, 15 luglio 2015, n. 8714.

La Giurisprudenza, di legittimità e di merito, pare ferma nel riconoscere natura extracontrattuale all'azione esercitata dai creditori sociali¹⁸.

Ciò posto, in ambito fallimentare, si discute se le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c., quando sono esercitate dal curatore, si cumulino in un'azione dal contenuto unitario ed inscindibile o restino azioni distinte.

Dall'altro lato e correlativamente, controverso è se queste azioni siano le stesse che spettavano prima del fallimento, rispettivamente alla società e ai creditori sociali, o siano diverse, nel senso che sorgono per effetto dell'apertura del fallimento.

Tanto la dottrina¹⁹ quanto la giurisprudenza²⁰, già prima della riforma del 2003, erano sostanzialmente concordi nel ritenere che le azioni di responsabilità, pur se distinte, avessero natura autonoma e derivata anche se esercitate congiuntamente dal curatore fallimentare (o dal commissario liquidatore o straordinario).

In sostanza, l'azione esercitata in sede fallimentare non sorgerebbe *ex novo* con il fallimento ed a titolo originario in capo al curatore.

Durante detta fase non muterebbe la natura delle azioni, ma solo il soggetto legittimato ad esercitarle: legittimazione attiva, prima spettante rispettivamente alla società e dai creditori della stessa, si trasferisce cumulativamente in capo al curatore, il quale, previa autorizzazione del G.D.,

¹⁸Da ultimo, Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 24715; Cass. Civ., 10 aprile 2014, n. 8458; Trib. Milano, Sez. Spec. In materia d'Impresa, 19 dicembre 2015.

¹⁹ E. Cicconi, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giust. Civ.*, 1998, 11, p. 525, il quale afferma che: «non trattandosi di un'azione originaria, deve ritenersi che il fenomeno giuridico che si determina per effetto del fallimento è quello di un trasferimento della legittimazione ad agire dalla società o dai creditori sociali al curatore del fallimento, il quale è così investito di una legittimazione sostitutiva a proporre le suddette azioni».

²⁰Cass. SS.UU., 6 ottobre 1981, n.5241, in *Giur. Comm.*, I, 1982, II, p. 780; Cass. 25 luglio 1979, n.4415, in *Giur. Comm.*, 1980, II, p. 327.

potrà far valere nei confronti degli amministratori sia gli addebiti di cui all'art. 2393 c.c., sia quelli caratteristici della responsabilità ex art. 2394 c. c..

Ne consegue che le due azioni, seppur esercitate in forma unitaria, mantengono i propri tratti caratteristici in termini di natura ed oggetto della responsabilità.

Nel sistema anteriforma, tale caratterizzazione veniva fatta discendere dal dato letterale dell'art. 146 L.Fall., che richiamava espressamente, al secondo comma, gli artt. 2393 e 2394 c.c.²¹.

Dal dettato normativo poteva cioè trarsi la conclusione che la legge fallimentare non prevedesse un'azione autonoma, ma un'azione derivante dal fallimento come azione di massa ai sensi dell'art. 24 L. Fall., in quanto le azioni di responsabilità esercitabili in via esclusiva dal curatore dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, preesistendo al fallimento medesimo, non avrebbero potuto portare alla massa vantaggi ulteriori, in termini di danno risarcibile, rispetto alle azioni esperibili anteriormente alla dichiarazione di fallimento dai singoli soggetti legittimati²².

Successivamente alla riforma del 2003, venuto meno il richiamo suddetto, non pare tuttavia essere mai stata messa in discussione l'opinione maggioritaria circa la natura derivata dell'azione. Non è rinvenibile, nella disciplina riformata, alcuna indicazione in ordine ai presupposti ed alle caratteristiche dell'azione, indicazione che sarebbe stata necessaria nel caso in cui si fosse voluto attribuire una nuova azione in capo ad un soggetto diverso da quanti sono espressamente titolari del diritto di agire in virtù della disciplina ordinaria²³.

²¹M. VITELLO, *La responsabilità degli organi sociali nel fallimento*, in S. Ambrosini (a cura di), *La responsabilità degli amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007, p. 287 ss.; Cass. SS. UU., 6 ottobre 1981, n. 5241, cit., Cass. Civ., 7 novembre 1997, n. 10937.

²²A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006.

²³Come avviene invece per l'azione revocatoria fallimentare, derivante espressamente dal fallimento, cfr. M. Perrino, *La cessione dei "diritti controversi" nella liquidazione fallimentare*. Le

Né, del resto, dal mutamento della legittimazione soggettiva possono scaturire differenze sostanziali in merito all'applicazione dei principi di diritto fallimentare: il curatore non può, difatti, ottenere un risarcimento maggiore o diverso rispetto a quello che, prima del fallimento, potevano ottenere la società od i creditori²⁴.

Invero, com'è noto, uno dei più rilevanti effetti che discendono dal fallimento è lo spossessamento del fallito, ossia la privazione dell'amministrazione della disponibilità dei suoi beni alla data di dichiarazione del fallimento, con conseguente traslazione del possesso di tali beni in capo al curatore, nella qualità di gestore della procedura.

Orbene, tra i beni vanno ricomprese le azioni, le facoltà di potere che costituiscono mezzo per l'acquisto e la conservazione di altri beni, e pertanto, non solo quelle azioni a contenuto patrimoniale, anche le azioni di responsabilità contro quegli amministratori e organi di controllo che abbiano, con il proprio operato, pregiudicato il patrimonio sociale.

Non v'è chi non scorga una qualche rilevante trasformazione delle azioni esercitabili nel fallimento, spingendosi fino a sostenere che l'azione di cui all'art. 146 L. Fall. non abbia nulla a che vedere con quelle previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., venendo detti istituti profondamente modificati per effetto della dichiarazione di fallimento²⁵.

È indubbio, in effetti, che a livello processuale la finalità dell'iniziativa del curatore differisca da quella dei soggetti legittimati prima del fallimento,

azioni revocatorie concorsuali, in S. Fortunato – G. Giannelli – F. Guerrera – M. Perrino (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo del 18-19 giugno 2010*, Milano, 2011, p. 301 ss.

²⁴L. D'ORAZIO, *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: profili sostanziali e processuali. Carattere unitario e inscindibile dell'azione ex art. 146 L. Fall.*, nota a sentenza Trib. Nola 18 giugno 2009, *Giur. Mer.*, 2010, 3, p. 707.

²⁵V.F. GENNARI, *Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali. Nuovi sviluppi in tema di prescrizione*, in *Riv. Dir. Comm.*, p. 335 ss., 2011; S. D'AMATO, *I presupposti dell'azione del curatore*, in *M. Ferro (a cura di), Le responsabilità nel fallimento societario*, Bologna 27-28 ottobre 2000, Milano, 2001, p. 12 ss..

essendo di per sé incompatibile con l'interesse egoistico dei creditori sociali, la cui soddisfazione passa, indirettamente, attraverso la reintegrazione del patrimonio sociale²⁶.

Né può però trascurarsi la posizione *tranchant* assunta dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1981, nella quale si è statuito che ciò che l'art. 146 L. Fall. attribuisce in maniera autonoma al curatore non è l'azione, ma la mera legittimazione – altresì esclusiva – all'esercizio delle medesime azioni previste dal codice civile, che verrebbero così esperite unitariamente e cumulativamente: l'azione ex art. 146 L. Fall. non sorge cioè *ex novo* ed a titolo originario in capo al curatore all'atto dell'apertura del fallimento²⁷.

Questi dovrebbe, pertanto, operare nel rispetto dei requisiti previsti dalla disciplina codicistica relativa alle diverse azioni di responsabilità, con la conseguenza che il compimento del termine di prescrizione dovrà essere valutato con riferimento specifico ai *dies a quo* di ciascuna di esse.

Ed allo stesso modo, la dottrina prevalente afferma, ancora oggi, che ciò che muta sia solo il soggetto titolare del potere di esercitarle e non anche la natura delle azioni (e, invero, la natura della responsabilità per la quale si agisce)²⁸.

Contro la tesi della natura derivata ed unitaria dell'azione del curatore, ed a favore della presunta novità della stessa, si è rilevato che tanto l'azione sociale di responsabilità, quanto l'azione dei creditori sociali

²⁶ L. D'ORAZIO, *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: profili sostanziali e processuali. Carattere unitario ed inscindibile dell'azione ex art. 146 l. fall.*, in *Giur. Mer.*, n. 3, 2010.

²⁷ Cass. SS.UU., 6 ottobre 1982, n. 5241, in *Foro it.*, 1982, I, p. 95, in senso conforme, Cass. Civ., 20 settembre 2012, n. 15955.

²⁸ Sul punto la dottrina ha sostenuto che l'art. 146 L. Fall.: «più che costitutivo di novelle legittimazioni straordinarie, appare meramente riepilogativo dello spettro delle legittimazioni prefigurate altrove», così L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p. 16 e E. CICONI, *op. cit.*, p. 523.

avrebbero quale medesimo *petitum* "sostanziale o mediato" la reintegrazione del patrimonio della società fallita, visto come garanzia sia per la società fallita, sia per i creditori sociali e che dette azioni confluirebbero, per effetto della legittimazione speciale del curatore, per l'appunto in una azione nuova, che trarrebbe il proprio fondamento nella dichiarazione di insolvenza della società²⁹.

Lo scopo dell'iniziativa del curatore sarebbe la reintegrazione del patrimonio del fallito, funzionale al perseguimento dell'interesse individuale del singolo creditore solo in base alle regole del concorso dei creditori.

In tal modo, l'azione dei creditori sociali ne uscirebbe sensibilmente stravolta, poiché l'iniziativa esclusiva farebbe del curatore un terzo, come dimostrato altresì dalla non opponibilità nei suoi riguardi delle eccezioni che gli amministratori avrebbero potuto sollevare nei confronti della società o dei terzi³⁰.

Invero, non pare così scontato sostenere la totale identità non solo della *causa pretendi* ma anche del *petitum* delle due azioni.

Ed infatti, nell'azione sociale, in quanto fondata su una responsabilità di natura contrattuale, la risarcibilità dei danni risulta limitata a quelli prevedibili che si dimostrino essere conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento.

Sul punto, tuttavia, non deve dimenticarsi, che le sezioni unite nel 2008 hanno riconosciuto la configurabilità di un danno non patrimoniale da illecito contrattuale, conseguente alla lesione di un diritto inviolabile della

²⁹M. BIANCHI, *L'azione del curatore fallimentare ex artt. 2393 e 2394 è soggetta a regimi giuridici differenti*, in *Società*, 2012, p.1178.

³⁰M. FABIANI, *Fondamento e azione di responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi d'impresa*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 272, *Id.*, *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011.

persona, “compreso nell’area del contratto sulla base della causa concreta del negozio ovvero sulla base di una espressa previsione di legge”.

Orbene, dall’inadempimento contrattuale dei gestori della società, può astrattamente derivare non solo un danno economico, ma anche un danno ad un diritto inviolabile della persona giuridica, quale il diritto all’immagine od alla reputazione. L’area del danno risarcibile nelle azioni ex art. 2393 c.c. può così dilatarsi, non potendo più essere limitata al danno quale diminuzione di utilità economica³¹.

È chiaro, allora, che ben potendo il *petitum* dell’azione di cui all’art. 2393 c.c. assumere tale ampiezza, in ipotesi esso non coinciderebbe con l’oggetto della azione dei creditori sociali, i quali vedranno limitato il ristoro concretamente liquidabile dal giudice alla sola diminuzione della garanzia generica sulla quale essi creditori fanno affidamento, ovvero sia il patrimonio sociale e la corrispondente riduzione della massa attiva disponibile per il loro soddisfacimento.

Ferma la disamina sin ora svolta sulla natura delle azioni *de quibus*, attenzione deve essere posta al carattere scindibile o inscindibile del cumulo processuale che ne deriverebbe.

Il tema si pone nei casi in cui una delle azioni non sia in sé esercitabile, mancandone i presupposti per la sua esperibilità: in particolare, qualora una delle azioni risulti prescritta dalla data di presentazione della domanda della curatela.

Secondo un primo orientamento che ritiene il cumulo delle azioni di responsabilità scindibile, il curatore sarebbe legittimato ad agire esclusivamente con l’azione di cui ricorrerebbero i presupposti, poiché l’azione del curatore sarebbe cumulativa nel senso che le due azioni sono

³¹ F. ARATARI - L. IANACCONE, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013.

contemporaneamente proposte, ma il giudice deve vagliarne distintamente i diversi profili di responsabilità³².

Di converso, secondo i sostenitori della tesi del cumulo inscindibile, il curatore potrebbe beneficiare del regime normativo (*rectius* probatorio) più vantaggioso previsto dalle due azioni, anche se ricorrano i presupposti di una soltanto di esse.

Le due differenti posizioni scaturiscono dal dibattito di cui sopra si è succintamente trattato, circa la natura dell'azione ex art. 146 L. Fall., ossia se la stessa sia azione nascente a titolo originario dalla procedura concorsuale (cumulo inscindibile), ovvero costituisca l'esercizio delle medesime azioni prima spettanti ai soci ai creditori sociali e poi trasferite al curatore fallimentare (cumulo scindibile).

Ed un tale dibattito non è certo privo di rilevanza, soprattutto in termini di regime giuridico applicabile.

Come detto, l'orientamento maggioritario ritiene che l'art. 146 L. Fall. non introduca nel sistema un'azione nuova, risolvendosi in sostanza nel mero esercizio da parte del curatore delle medesime ma distinte azioni spettanti ai soci ed ai creditori sociali prima della apertura della procedura concorsuale³³.

³²Cass. Civ., 22 ottobre 1988, n. 10488, che ha statuito che l'inscindibilità dell'azione esercitata dal curatore non esclude che possa proporsi uno soltanto dei profili di responsabilità; così anche Trib. Lecce, 9 dicembre 2011, Trib. Ivrea, 29 gennaio 2004.

³³Cass. SS.UU., 6 ottobre 1981, n. 5341, cit.; Cass. Civ., 20 settembre 2012, n.15955; Cass. Civ., 29 ottobre 2008, n. 25977; nella giurisprudenza di merito da ultimo Trib. Milano, Sez. Spec. In materia d'impresa, 15 settembre 2016 che ha efficacemente ribadito che: «*Il curatore fallimentare che esercita l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 146 L. Fall., propone al tempo stesso sia l'azione sociale ai sensi dell'art. 2393 c.c., sia quella dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. Le due azioni si cumulano inscindibilmente, e restano ciascuna assoggettata al regime che ad essa è proprio. Ne consegue che proponendo l'azione sociale di responsabilità, il fallimento non fa altro che esercitare un diritto rinvenuto nel patrimonio della società fallita: egli subentra nella medesima posizione di questa, identici restando anche l'estensione e i limiti che tale diritto aveva al tempo in cui la società era in bonis.*».

Le due azioni, pertanto, si cumulerebbero in un'unica che, sebbene da esse derivante, presenterebbe carattere unitario, sia perché avente in sé i medesimi presupposti e scopi, sia perché mirante ad acquisire in favore del fallimento ciò che è stato sottratto in conseguenza dei fatti imputabili all'amministrazione della società³⁴

In tal senso, "il curatore non deve e non può scegliere se esercitare l'una o l'altra azione, in quanto deve necessariamente esercitarle entrambe, cumulando i relativi vantaggi".

La dottrina ha criticato una tale interpretazione, ravvisando nel cumulo delle due azioni un privilegio ingiusto per il fallimento che, può avvalersi, utilizzando un *tertium genus* di azione, della migliore opzione di diritto sostanziale e processuale per giungere al risultato voluto³⁵.

Condividere una tale impostazione, infatti, potrebbe condurre alla creazione pretoria di un'azione nuova, in base alla quale verrebbero riconosciuti al curatore fallimentare poteri più ampi di quelli effettivamente nascenti *ex lege* in virtù del cumulo degli artt. 2393 e 2394 c.c., sì da porlo in una posizione di supremazia nei confronti dei soggetti del fallimento, generando all'interno del sistema societario una più grave e diversa forma di responsabilità in capo agli amministratori all'atto di avvio di una procedura concorsuale.

Tuttavia, se si tiene conto del fatto che l'azione di responsabilità a cui è legittimato il curatore fallimentare è diretta ad acquisire all'attivo fallimentare tutto ciò che al patrimonio della società è stato sottratto a seguito di fatti dolosi o colposi degli amministratori o degli organi di controllo, e dunque alla reintegrazione del patrimonio della società fallita

³⁴P. G. DEMARCHI, *Il fallimento delle società*, in *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, S. Ambrosini (a cura di), Bologna, 2006.

³⁵G. LEONE, *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare: profili generali*, in *Società*, 2007, p.86; P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. Comm.*, 1988, p.548 ss..

visto contemporaneamente come garanzia dei soci e dei creditori sociali, non può che essere condivisa la tesi che argomenta in favore del carattere unitario ed inscindibile dell'azione di responsabilità ex art. 146 L. Fall³⁶.

Conclusivamente può ritenersi che l'azione nominata presenta natura inscindibile ed unitaria, in quanto cumula le due possibili forme di tutela previste per la società e per i creditori le quali si trasferiscono, con l'apertura del fallimento, in capo al curatore.

Essa non rappresenta quindi un *tertium genus*, potendo fondarsi su presupposti sia dell'una che dell'altra azione, fermo il rispetto delle regole e degli oneri probatori inerenti a ciascuna³⁷.

Più precisamente l'azione di responsabilità esercitata dal curatore ex art. 146 L. Fall., cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, onde il curatore può formulare istanze risarcitorie tanto con riferimento ai presupposti della loro responsabilità contrattuale verso la società, quanto a quelli della responsabilità extracontrattuale nei confronti dei creditori; ma, una volta effettuata la scelta nell'ambito di ogni singola questione, egli soggiace anche agli aspetti eventualmente sfavorevoli dell'azione individuata, riguardando le divergenze non solo la decorrenza del termine prescrizione, ma anche l'onere della prova e l'ammontare dei danni risarcibili³⁸.

³⁶ M. FABIANI, *L'art. 146 l. fall., fra note questioni di competenza funzionale e nuovo processo societario*, in *Fall.*, 2005.

³⁷ Cfr. Cass. Civ., 22 ottobre 1998, n. 10488, Trib. Padova, 23 novembre 2000, Trib. Napoli, Sez. Spec. in materia d'impresa, 7 febbraio 2014, n. 1962.

³⁸ Cfr. Cass. Civ., 20 settembre 2012, n. 15955, ma anche Cass. Civ., 21 giugno 2012, n. 10378.

3. La legittimazione passiva.

L'azione può essere esercitata contro gli amministratori e sindaci della società, sia quelli in carica al momento della dichiarazione di fallimento, sia quelli già decaduti e/o dimessisi, fermo restando che l'amministratore, che succedendo ad altro e ricevendo una gestione affetta da gravi irregolarità ometta del tutto di informare l'assemblea dei soci, è responsabile non già dell'attività dei precedenti amministratori, ma di una propria colpevole omissione³⁹.

Inoltre il curatore può agire nei confronti dei direttori generali, ex art. 2396 c.c., dei liquidatori, ex art. 2489, secondo comma, c.c., e dei dirigenti contabili: ovvero di tutti quei soggetti verso cui il Legislatore indirizza azioni che, direttamente o indirettamente, alle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 rinviano⁴⁰.

Per ciò che riguarda i revisori legali, l'introduzione dell'art. 15, D.lgs. n. 39/2010, in tema di responsabilità del revisore, è compatibile con i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità che ha riconosciuto la

³⁹ Tribunale di Palmi, 5 settembre 2006; Cass. Civ., 12 agosto 2009, n. 18231.

⁴⁰ L'art. 2396 c.c., operando un completo richiamo alle disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori, tra le quali va compresa anche l'art. 2394 bis, consente di ritenere esercitabili le medesime azioni di responsabilità anche nei confronti dei direttori generali, cfr. Cass. Civ., 5 dicembre 2008, n. 28819. La definizione di direttore generale non è data dal legislatore, comunque la dottrina la individua costantemente, come lavoratore subordinato (allora con qualifica dirigenziale) ovvero autonomo (quale mandatario) si trovi al vertice della struttura gerarchica dell'impresa e abbia la funzione di dare esecuzione alle deliberazioni dell'organo di amministrazione mediante la loro interpretazione, determinazione, trasmissione lungo la catena gerarchica e, ancora, mediante il controllo sull'operato dei soggetti incaricati della realizzazione (L. SAMBUCCI, in Niccolini G. – Stagno D'Alcontres A. (a cura di), *Società di Capitali, Commentario*, Napoli, 2004, sub. art.2396, p.721ss.).

Per ciò che attiene ai liquidatori, l'art. 2489, secondo comma, c.c., prevede l'estensione della disciplina della responsabilità degli amministratori. Il generale richiamo in questione non lascia dubbi circa l'estensione della legittimazione processuale al curatore anche all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti di questi soggetti.

legittimazione del curatore ad esperire l'azione *ex contractu* nei confronti del revisore nonché l'azione ex art. 2394 c.c.⁴¹.

È assoggettabile all'azione di responsabilità anche l'amministratore di fatto, invero soggetto alle stesse regole ed agli stessi obblighi propri dell'amministratore di diritto⁴².

Al riguardo la giurisprudenza, a più riprese, ha precisato che le norme che disciplinano l'attività degli amministratori sono applicabili anche a coloro i quali si siano ingeriti nella gestione sociale senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita⁴³.

La figura menzionata ricorre per la sola circostanza dello stabile esercizio di funzioni gestorie, non soltanto quando la nomina alla carica amministrativa risulti irregolare, ma anche in assenza di una qualsivoglia investitura da parte della società.

Al fine di attribuire la qualità di amministratore di fatto di una società per azioni (e più in generale di società di capitali) ad un soggetto che non abbia ricevuto alcuna formale investitura ad amministrare non sono sufficienti atti di intromissione nella gestione sociale, ma occorre che l'ingerenza sia stabile e che si protragga per un rilevante arco di tempo e che si manifesti attraverso il ripetuto compimento di atti tipici di amministrazione.

In altre parole, la corretta individuazione dell'amministratore di fatto di una società richiede l'accertamento del suo inserimento nella gestione

⁴¹Cass. Civ., 18 luglio 2002, n. 10403; inoltre Cass. SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7029, sancisce la legittimazione del curatore ad esperire l'azione nei confronti del revisore qualora quest'ultimo abbia determinato una diminuzione del patrimonio sociale, nonché un aggravamento del passivo, il che si verifica, tipicamente, per effetto della certificazione di un bilancio che, in realtà, avrebbe dovuto evidenziare la diminuzione del capitale al di sotto del minimo legale.

⁴² Cfr. Cass. Civ., 23 aprile 2003, n. 6478, da ultimo Trib. Napoli, Sez. Spec. in materia d'impresa, 7 febbraio 2014.

⁴³ Da ultimo Cass. Civ., 3 agosto 2016, n. 16184; Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 2 agosto 2016, *ex multis* cfr. Cass. Civ., 23 aprile 2003., n. 6478.

dell'impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative della società.

Per essere rilevanti, al fine di giungere a qualificare un soggetto quale amministratore di fatto, le attività gestorie (svolte concretamente) devono presentare il carattere sistematico e non devono esaurirsi soltanto nel compimento di singoli atti di natura eterogenea ed occasionale; sempre che detto esercizio non sia giustificabile in base ad un rapporto lavorativo subordinato e/o autonomo con la società, per cui l'interessato verta in una posizione di subordinazione o soggiaccia a poteri di direttiva dell'amministratore di diritto⁴⁴.

I responsabili della violazione delle norme poste a presidio della corretta gestione della società non vanno infatti individuati sulla base della loro qualificazione formale, quanto, piuttosto, per il contenuto delle funzioni dai medesimi concretamente esercitate.

Pertanto, pur in mancanza di una investitura da parte della società, è possibile individuare in un determinato soggetto, la figura dell'amministratore di fatto tutte le volte in cui vi sia la prova che le funzioni gestorie, svolte in via di fatto, si concretino in atti che, per la loro natura e non occasionalità, siano sintomatici dell'assunzione di quelle funzioni⁴⁵.

Ancora di recente è stato precisato che tra le responsabilità per gli atti di gestione in senso lato si aggiunge la responsabilità delle società o degli enti che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., esercitano attività di direzione e coordinamento di società, per la lesione cagionata al patrimonio di queste dall'abuso dei propri poteri, nonché ai sensi del secondo comma della stessa norma, la responsabilità in solido di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo o ne abbia consapevolmente tratto beneficio, *in primis* gli

⁴⁴ Cfr. Cass. Civ., 12 marzo 2008, n. 6719; Cass. Civ., 14 settembre 1999, n.9795; Cass. Civ., 6 marzo 1999, n.1925.

⁴⁵Trib. Napoli, 1° luglio 2014.

amministratori (anche di fatto), in riferimento ai quali l'ultimo comma dell'art. 2497 c.c. prevede espressamente la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione spettante ai creditori della società diretta e coordinata ove questa venga sottoposta a fallimento⁴⁶.

Nonostante il silenzio serbato nei riguardi della società "diretta e coordinata", la relativa legittimazione ad agire deve riconoscersi, in linea generale, anche a quest'ultima e, quindi, ai sensi dell'art. 146 L. Fall., per il danno all'integrità del patrimonio sociale, anche al curatore peraltro già espressamente legittimato ad agire per il danno patito dai creditori ai sensi dell'art. 2497, quarto comma, c.c., per il fatto che detta società "controllata" è il soggetto che per definizione risulta essere pregiudicato da un'attività di direzione e coordinamento censurabile a norma dell'art. 2497 c.c.⁴⁷.

E tanto sulla scorta della natura unitaria ed inscindibile dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 146 L. Fall., frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c..

Infine, la Suprema Corte, ha ricompreso tra i soggetti esposti all'azione di responsabilità in commento anche la banca, ai sensi del combinato disposto degli artt. 146 L. Fall., 2393 c.c. e 2055 c.c., quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele, in quanto ai sensi dell'art. 2055 c.c., se un unico evento dannoso e imputabile a più persone, sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte, sorge a carico delle stesse un'obbligazione

⁴⁶S. AMBROSINI, *op.cit.*, p. 368 ss.; Cass. Civ., 12 giugno 2015, n. 12254; Trib. Napoli, 1° agosto 2014; Trib. Bologna, Sez. Spec. in materia d'impresa, 23 giugno 2014.

⁴⁷ L. ABETE, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri di controllo, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), Torino, 2009.

solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile⁴⁸.

4. Il regime della prescrizione dell'azione.

L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori (così come quella dei sindaci) si prescrive in cinque anni, ex art. 2949, primo comma, c.c., con decorrenza dalla cessazione dell'amministratore, per l'azione ex art. 2393 c.c., ovvero dal successivo momento in cui il danno diventa oggettivamente percepibile all'esterno, manifestandosi nella sfera patrimoniale della società, per l'azione di cui all'art. 2394 c.c., che presuntivamente coincide con la dichiarazione di fallimento⁴⁹.

Orbene, posto che il danno cagionato dagli amministratori è da considerarsi elemento costitutivo della fattispecie ed il solo suo prodursi legittima l'azione risarcitoria, la regola di cui all'art. 2393, quarto comma, c.c., dovrà essere integrata prevedendo che l'azione di responsabilità possa essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dalla carica, ovvero dal successivo momento in cui il danno si sia effettivamente prodotto.

In tale ultimo caso il termine non può che decorrere dalla oggettiva percepibilità da parte dei creditori del fatto costitutivo dell'azione: momento della effettiva consapevolezza, da parte dei creditori o dei terzi, dell'insufficienza dell'attivo patrimoniale della società a soddisfare i debiti⁵⁰.

⁴⁸ Cass. 1° giugno 2010, n. 13413; Trib. Novara 8 novembre 2011.

⁴⁹ Da ultimo Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 24715, Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa 15 settembre 2016, Cass. Civ., 21 giugno 2012, n. 10378, in *Mass. Giust. Civ.*, 2012.

⁵⁰ Cfr. ad esempio Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n.24715; Cass. Civ., 21 luglio 2010, n. 17121, in *Società*, 2011, p. 701, con nota di Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*; Cass. Civ. 5 agosto 2008, n. 21131, in *Giur. It.*, 2009, p. 1188. Nettamente minoritaria, invece, la tesi secondo la quale, laddove il curatore abbia fatto valere entrambi i profili di responsabilità, il cumulo delle due azioni non influisce sul regime della prescrizione, con conseguente applicabilità delle rispettive discipline: se esercitata in luogo dei creditori, dal momento dell'insufficienza del patrimonio sociale; quando esercitata in luogo della società, alla luce di quanto previsto dall'art. 2941, n.7., c.c., dal momento di cessazione del

Dottrina e giurisprudenza hanno a più riprese precisato e ricordato che il concetto di insufficienza patrimoniale non debba essere confuso né con quello di insolvenza che evidentemente ben potrebbe verificarsi anche qualora la situazione patrimoniale, di per sé attiva, non sia accompagnata dall'immediata disponibilità di liquidità –, né con quello di perdita integrale del capitale sociale – che può verificarsi anche in presenza di un pareggio di bilancio⁵¹.

Il *dies a quo* di riferimento per il calcolo del termine di prescrizione, quindi, si può ricavare da una serie di elementi considerati nel loro complesso, e cioè: la cessazione del deposito dei bilanci, la notorietà delle difficoltà dei pagamenti, la natura di operatore qualificato in capo al creditore; ovvero da fatti sintomatici di assoluta evidenza, quali: chiusura della sede, bilanci fortemente passivi, assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata⁵².

In mancanza di individuazione di siffatti momenti, il termine per la prescrizione decorre dalla data di dichiarazione del fallimento: tale affermazione si fonda sull'esistenza di presunzione *iuris tantum* di ordine giurisprudenziale, informata ad un *favor creditoris* che tiene conto della difficoltà di fornire la prova che incomberebbe, in questo caso, sul curatore fallimentare⁵³.

L'onere della prova della preesistenza al fallimento dello stato di insufficienza patrimoniale della società spetta, dunque, all'amministratore o

rapporto di amministrazione (cfr. R. PROVINCIALI – G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, p.767)

⁵¹V. BUONOCORE, A. BASSI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010; in giurisprudenza, Cass. Civ., 19 settembre 2011, n. 19051, in *Società*, 2010, p. 137, con nota di De Campo; Cass. Civ., 22 aprile 2009, n.9619, in *Riv. Dir. Soc.*, 2011, p. 94, con nota di Cefaro; Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 15 dicembre 2015.

⁵²L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, ed. V., Torino, 2012.

⁵³Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 24715; Cass. Civ., 12 giugno 2014, n.13378; Cass. Civ., 19 settembre 2011, n. 19051, in *Dir. e Giust. Civ.*, 2011; Trib. Milano Sez. Spec. in materia d'impresa 15 settembre 2016.

al sindaco che, convenuto in giudizio a seguito della detta azione di responsabilità, ne eccepisca l'avvenuta prescrizione, dimostrando che l'effettiva conoscenza dell'insufficienza dell'attivo risale ad una data anteriore alla dichiarazione di fallimento⁵⁴.

5. Il nesso causale ed il danno risarcibile alla luce delle Sezioni Unite del 2015: il criterio di liquidazione del danno costituito dal c.d. *deficit* fallimentare.

Se si accoglie, come si accoglie, l'orientamento maggioritario che afferma la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci, è da tale assunto che deve partirsi per analizzare le regole che presiedono l'accertamento del nesso causale e del danno cagionato da tali soggetti.

In altri termini, l'onere della prova va valutato con riferimento a ciascuno degli elementi della fattispecie, ossia condotta illegittima, nesso causale tra detta condotta ed il danno che si pretende ne sia derivato.

In via generale, è sul creditore danneggiato che incombe l'onere di provare il titolo del proprio credito e di allegare (non anche di provare) l'inadempimento dell'obbligazione. Sulla controparte incombe, invece, l'onere di provare che in realtà il debito è stato adempiuto oppure che l'inadempimento del debitore non è ad essa imputabile.

Sul creditore danneggiato, infine, incombe l'onere di provare il danno ed il nesso di causalità tra l'inadempimento del debitore e detto danno.

Il quadro è stato oggetto di un articolato dibattito che ha trovato un punto conclusivo nella nota sentenza resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nel 2001⁵⁵.

In tale decisiva pronuncia la Suprema Corte ha poi affermato che il medesimo principio, *rectius* le medesime regole in punto di prova, trova applicazione anche qualora l'adempimento sia inesatto.

L'applicazione di questi principi generali alla responsabilità degli amministratori richiede una precisazione: gli amministratori sono obbligati a gestire la società rispettando alcuni obblighi specifici (tenuta scritture contabili, non agire in conflitto di interessi, etc.), nonché l'obbligo generale di agire con diligenza⁵⁶.

Ove l'inadempimento contestato riguardi la categoria degli obblighi specifici, si applicherà il quadro degli oneri di allegazione e prova così come delineato dalle Sezioni Unite nel 2001; qualora, invece, si dibatta della violazione del generale obbligo di agire, *rectius* gestire, con diligenza, ci si troverà al cospetto di un adempimento inesatto.

Stando alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2001, anche in questo caso l'attore danneggiato avrà l'onere di allegare l'inesattezza dell'inadempimento ma non di fornire prova dello stesso.

Ebbene in tale ambito si iscrive la prima novità segnata dalla sentenza resa a Sezioni Unite dalla Suprema Corte del 6 maggio 2015, n. 9100⁵⁷: dando seguito ad un precedente del 2008 nel quale si chiariva che l'onere di allegazione ove si riferisca a "*obbligazioni cosiddette di comportamento (...) non può attendere ad un inadempimento, qualunque esso*

⁵⁵Cass. SS. UU., 30 ottobre 2001, n.13533, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pg. 707.

⁵⁶ E. CICONI, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giust. Civ.*, n. 11, 1998, p. 132.

⁵⁷Cass. Civ., SS.UU., 6 maggio 2015, n.9100, in *Foro It.*, 2016, p.272; AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori (nota a Cass, Sez. Un. 6 maggio 2015, n.9100)*, in *Giur. Comm.*, 2015, p.651.

sia, ma ad un inadempimento per così dire qualificato, cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno"⁵⁸, la Corte di legittimità riconosce la peculiarità del caso della responsabilità degli amministratori gravati da una obbligazione c.d. di comportamento, così imponendo al danneggiato un onere, seppur di sola allegazione e non anche di prova, più analitico e perciò stesso più gravoso⁵⁹.

Per quanto concerne l'area del danno risarcibile, quella riferibile all'azione sociale si estende fino alla mancata realizzazione di un lucro (art. 1223 c.c.), nei limiti della prevedibilità (art. 1225 c.c.), quella riferibile all'azione ex art. 2394 c.c. è rappresentata esclusivamente dal pregiudizio del patrimonio sociale.

In tale ultimo caso, il giudice deve accertare e valutare non solo il comportamento degli amministratori in base ai principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali ed il risarcimento del danno, ma anche la prova che il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei creditori⁶⁰.

L'insufficienza del patrimonio sociale consiste in uno squilibrio patrimoniale grave e definitivo, inteso come eccedenza delle passività sulle attività, senza che, a tal fine, abbiano rilievo né la perdita di capitale sociale, né lo stato d'insolvenza ex art. 5 L. Fall..

Per ciò che attiene la quantificazione del danno, le Sezioni Unite, nel 2015, innovando l'orientamento prevalente, hanno affermato che in difetto di specifiche ragioni che lo giustificano, il *deficit* patrimoniale fatto registrare da una società non può essere posto a carico degli amministratori, come

⁵⁸Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. It.*, 2008, p. 1653, con nota di Cassani; Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 10697, in *Società*, 2012, p.493.

⁵⁹ F. CASSESE, *Fallimento e azione di responsabilità nei confronti degli ex amministratori della società fallita: la prova del danno risarcibile (nota a Trib. Brescia 12 dicembre 2015)*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2016, p. 144.

⁶⁰ U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961.

conseguenza della violazione del generale obbligo di diligenza nella gestione; al contrario, l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile devono essere operate avendo riguardo a specifici inadempimenti che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra le dette inottemperanze ed il danno di cui si pretende il risarcimento: il criterio del deficit può essere utilizzato, in sintesi, solo in via equitativa laddove siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta del gestore.

Questo principio di diritto risolve il conflitto sulla bontà, ai fini dell'accertamento e della liquidazione del danno nelle azioni di responsabilità, del dato costituito dalla differenza tra passivo ed attivo fallimentare, e sulla individuazione di eventuali condizioni e limiti della sua utilizzabilità: le Sezioni Unite risolvono il conflitto in favore della lettura che vuole il danno riferito e liquidato sulla base dell'allegazione di specifici inadempimenti e circoscrivono gli spazi in cui il metodo del cd. differenziale può ancora essere chiamato ad operare⁶¹.

Solo violazioni del dovere di diligenza assai generalizzate e gravi possono porsi come causa di un danno che debba identificarsi nel deficit.

In mancanza di una tale gravità e ampiezza dell'inadempimento, l'identificazione del danno con il deficit fallimentare risulterebbe del tutto "*priva di base logica*", arrivando persino ad assumere una "funzione

⁶¹Le Sezioni Unite 2015 paiono attestarsi su una posizione più vicina a quella di quanti propugnavano un "correttivo" alla teoria del deficit patrimoniale: se è vero che non tutti gli inadempimenti sono fonte di danno, è altrettanto vero che si pongono come agevolativi di comportamenti conseguenti in concreto pregiudizio per il patrimonio sociale. Di talché tale criterio potrebbe essere utilizzato tanto in quelle situazioni in cui non è possibile ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa, quanto in quelle nelle quali la curatela sia in grado di dimostrare che il dissesto sia stato cagionato da una sistematica attività distrattiva da parte degli amministratori (P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 1167; Cass. Civ., 8 febbraio 2005, n.2538, Cass. Civ., 4 luglio 2012, n.12966).

palesemente sanzionatoria”, giacché si finirebbe per porre a carico dell’organo amministrativo la responsabilità per quelle perdite patrimoniali sorte anteriormente alla fase di liquidazione, così come le ulteriori passività che inevitabilmente durante la stessa vengono accumulate (si pensi ai costi sostenuti per la sua esecuzione o la svalutazione dei beni soggetti alla liquidazione fallimentare)⁶².

Per ciò che concerne, invece, il caso in cui gli amministratori si fossero resi autori di specifici atti di *mala gestio*, sarà il danno da questi effettivamente cagionato ad essere risarcito, non anche l’intero deficit.

Il principio espresso dalla Suprema Corte, seppur di applicazione non così generale ed assoluta data la possibilità che vi siano violazioni di obblighi specifici che per la loro gravità e peso abbiano conseguenze fatali per la società, ha il merito di riportare il dibattito relativo al deficit fallimentare su di un piano dove il nesso causale tra condotta e danno torna ad essere protagonista.

5.1. Ipotesi analizzate dalla recentissima giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite: la mancata tenuta delle scritture contabili ed il pagamento preferenziale dei crediti.

Proprio la tenuta delle scritture contabili è il tema centrale della pronuncia delle Sezioni Unite del 2015.

Gli amministratori sono, infatti, obbligati alla tenuta dei libri obbligatori e delle altre scritture contabili.

Il mancato rinvenimento delle scritture contabili e dunque l’impossibilità per il curatore di ricostruire con sufficiente certezza le vicende che hanno condotto al dissesto è stata reputata, per anni, circostanza idonea

⁶² C. CECCHIELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, in *Il sole 24 ore*, Milano, 2007.

a consentire al giudice di ricorrere al criterio del deficit, tanto sulla scorta della considerazione secondo cui la mancata tenuta delle scritture, o la mancata custodia di esse, non potesse risolversi in un vantaggio a favore di coloro che dovevano curarne le compilazione o l'integrità⁶³.

Le Sezioni Unite, nel 2015, affermano tuttavia che nell'azione di responsabilità promossa dal curatore, la mancanza di scritture contabili della società, sebbene sia addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare.

Tuttavia, le Sezioni Unite non dimenticano che la mancanza di tali scritture contabili, di fatto, rende difficile per il curatore una quantificazione e una prova precisa del danno che sia di volta in volta riconducibile ad un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società: in questo caso la curatela, dal canto suo, può invocare a proprio vantaggio la disposizione di cui all'art. 1226 c.c., e fare richiesta della liquidazione in via equitativa.

Il giudice, per propria parte, certo potrebbe tener conto, ai fini di siffatta liquidazione, dello sbilancio patrimoniale quale registrato dalla società, ma per evitare che ciò si traduca in un'applicazione arbitraria, è necessaria l'esposizione delle ragioni che non abbiano permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, con specifico riferimento alle circostanze del caso concreto.

⁶³ In particolare si veda Cass. Civ., 11 marzo 2011, n.5876, Cass. Civ., 4 aprile 2011, n.7606.

Altra novità in punto di danno risarcibile si registra con l'intervento recentissimo delle Sezioni Unite del gennaio 2017⁶⁴, chiamate a pronunciarsi sulla possibilità di ricondurre ad una azione di massa la domanda proposta dal curatore fallimentare per ottenere il risarcimento dei danni cagionati dal fallito che prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti (cd. bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, terzo comma, L. Fall.)⁶⁵.

La questione si è posta in ragione del fatto che il disconoscimento della legittimazione attiva del curatore fallimentare si fonda sull'assunto che il pagamento preferenziale possa arrecare un danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, perché si tratta di operazione neutra per il patrimonio sociale, che vede diminuire l'attivo in misura esattamente pari alla diminuzione del passivo conseguente all'estinzione del debito.

Tale assunto, secondo il Supremo Consesso, è palesemente erroneo in quanto il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori.

Del resto, anche dal mero punto di vista contabile, osserva la Corte, il pagamento di un creditore in misura superiore rispetto a quanto otterrebbe in sede concorsuale comporta una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori.

⁶⁴Cass. SS.UU., 23 gennaio 2017, n.1641; V. PAPAGNI, *La Curatela può esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di una s.r.l. in caso di bancarotta preferenziale?*, in *Diritto e Giustizia*, 2017, p. 21.

⁶⁵ M. Ferro, *Commento all'art. 146*, in *La legge fallimentare: commentario teorico -pratico*, Padova, 2011, p.154 ss..

Di qui il riconoscimento anche in sede civile della legittimazione attiva del curatore all'esercizio dell'azione di responsabilità anche per fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del principio della *par condicio creditorum*⁶⁶.

⁶⁶ A. MAFFEI ALIBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 387 ss.

CONCLUSIONI

La responsabilità civile può essere fatta valere nei confronti di amministratori, sindaci e società di revisione, sia allorquando la società sia *in bonis*, sia nell'ambito delle procedure concorsuali.

Tuttavia, soprattutto in seguito alle modifiche apportate con il D.lgs. n.39/2010, volte ad escludere, più che condivisibilmente, la possibilità che le società di revisione effettuino prestazione di consulenza alle imprese soggette alla loro revisione, appare opportuno chiedersi se e che tipo di responsabilità sia ascrivibile in capo alle società, ovvero ai professionisti, che predispongono piani strategici nei confronti delle imprese.

In altre parole occorre chiedersi se soggetti terzi rispetto alla *governance*, con il compito precipuo di tracciare linee di investimento, di sviluppo e gestione siano passibili di una qualche responsabilità risarcitoria qualora le attività poste in essere in ragione della loro consulenza siano state fonte di danno per il patrimonio sociale e dunque per i creditori sociali.

Non pare potersi ascrivere all'*advisor* responsabilità contrattuale, seppur da "contatto sociale".

Ed invero, l'applicazione del disposto di cui all'art. 1218 c.c. oltre i confini propri del contratto ad ogni altra ipotesi in cui un soggetto sia gravato da un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte, si giustifica considerando che quando l'ordinamento impone a determinati soggetti, in ragione della attività (o funzione) esercitata e della specifica professionalità richiesta a tal fine dall'ordinamento stesso, di tenere in determinate situazioni specifici comportamenti, sorgono a carico di quei soggetti, in quelle situazioni previste dalla legge, obblighi (essenzialmente di protezione) nei confronti di tutti coloro che siano titolari di interessi la cui tutela costituisce la ragione della prescrizione di quelle specifiche condotte.

Dire che, in tali situazioni, la responsabilità deriva dal mero “contatto” serve ad evidenziare la peculiarità della fattispecie distinguendola dai casi nei quali la responsabilità contrattuale deriva propriamente da contratto (cioè dall’assunzione volontaria di obblighi di prestazione nei confronti di determinati soggetti), ma non deve far dimenticare che essenziale per la configurabilità della responsabilità in esame è la violazione di obblighi preesistenti di comportamento posti a carico di un soggetto dalla legge per la tutela di specifici interessi di coloro che entrano in contatto con l’attività di quel soggetto, che la legge stessa regola , tanto più ove il fondamento normativo della responsabilità in esame si individui nel riferimento, contenuto nell’art. 1173 c.c., agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell’ordinamento giuridico.

In tal senso appare orientata, da decenni, la giurisprudenza di legittimità che ha ravvisato la sussistenza della responsabilità in esame in una varietà di casi accomunati dalla violazione di obblighi di comportamento, preesistenti alla condotta lesiva, posti dall’ordinamento a carico di determinati soggetti.

Simili situazioni sono state ravvisate, in genere, nell’ambito dell’esercizio di attività professionali cd. protette – cioè riservate dalla legge a determinati soggetti, previa verifica della loro specifica idoneità, e sottoposte a controllo nel loro svolgimento – quali quelle non solo del medico ospedaliero o di mediatore o di avvocato ma anche banchiere.

Sulla base del medesimo iter logico-giuridico, la sussistenza di un contatto sociale qualificato è ravvisata anche al di fuori di tali ambiti, come nel caso dell’insegnante dipendente di istituto scolastico ritenuto contrattualmente responsabile, in solido con l’istituto, dei danni prodotti a sé stesso dall’allievo, per violazione di specifici obblighi di protezione e vigilanza posti a suo carico nell’ambito della attività di istruzione.

Nell'ipotesi presa in tale sede in considerazione, difetta per l'appunto il predetto elemento essenziale, non essendo possibile scorgere violazione di specifici obblighi preesistenti posti dalla legge a carico dell'*advisor*.

Viceversa pare senz'altro possibile ipotizzare verso tali soggetti una responsabilità di natura extracontrattuale ex art. 2043 c.c..

Ed infatti, la clausola generale e di chiusura del sistema consente di agire a coloro i quali abbiano subito un danno nei confronti di soggetti non legati da un preesistente rapporto obbligatorio.

Ferma la maggiore rigidità in tema di onere della prova, dovendo il danneggiato provare l'evento lesivo, il danno subito ed il nesso eziologico tra questi.

Danno quantificabile equitativamente, ovvero ancorandolo alla differenza patrimoniale negativa subita dalla società e, di riflesso, dai creditori sociali.

Anche tale azione non potrebbe che essere esperita anche dal Curatore fallimentare che cumula, come visto, tutte le azioni della società e dei creditori sociali.

Ipotizzando addebiti di responsabilità anche nei confronti di tali, esterni, soggetti, si può garantire quella tutela piena ed effettiva che spetta ai creditori sociali e così incentivare i rapporti tra e con le imprese.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DELLE OPERE CONSULTATE

ABBADESSA P., *Dialogo sul sistema di controllo delle società*, Torino, 2015.

ABBADESSA P. - MIRONE A., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. arbitrato*, n. 4, 2009.

ABBADESSA P., *Profili topici della nuova delega amministrativa*, in P. ABBADESSA – G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2007.

ABETE L., *Azione di responsabilità contro amministratori e membri di controllo*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009.

ABETE L., *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006.

ABRIANI N. – MONTALENTI P., *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in COTTINO G. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, 1, Padova, 2014.

ABRIANI N. – MONTALENTI P., in ABRIANI N. – AMBROSINI S. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P. (a cura di), *Le società per azioni*, Padova, 2010.

ADIUTORI. A. R., *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000.

AIELLO M., *Gli amministratori di società per azioni*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 16, VI, Torino, 2013.

ALLEGRI G., *Appunti sulla responsabilità civile dei sindaci e dei revisori dopo la pubblicazione del registro de revisori contabili*, in *Riv. Soc.*, 1995.

ALLEGRI V., *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, in *Giur. Comm.*, 1980.

ALPA G., *Deterrence e responsabilità: il caso delle società di revisione*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007.

AMATUCCI C., *La limitazione di responsabilità del revisore legale e la scadente tecnica legislativa italiana*, in *Giur. comm.*, n.1, 2012.

AMATUCCI C., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.

AMATUCCI C., *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice: un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014.

AMBROSINI S., *Il collegio sindacale*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. XVI, Torino, 2013.

AMBROSINI S., *La responsabilità degli amministratori*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. XVI, Torino, 2013.

AMBROSINI S., *La responsabilità degli amministratori, sindaci e contabili*, Milano, 2007.

AMBROSINI S., *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI S. – CAVALLI G. – JORIO A. (a cura di), *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. IX, Padova, 2009.

ANDREA T., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008.

ANDRIOLI V., *Fallimento (diritto privato e processuale)*, *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967.

ANELLI A., *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in *Società*, 2011.

ANGELICI C., *Diligentia quam in suis* e business judgement rule, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006.

ANGELICI, *Le società per azioni: Principi e problemi*, vol. I, in CICU-MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

ANGELICI C., voce *Società per azioni e in accomandita per azioni* in *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano, 1990.

ASSONIME, *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento dell'Assonime* in *Riv. soc.*, n. 4, 2005.

ARATARI F. – IANNACCONE L., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013.

AULETTA F., Art. 2393 c.c. in SANDULLI M. - SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, tomo I, vol. 2, Torino, 2003.

AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori (nota a Cass, Sez. Un. 6 maggio 2015, n.9100)*, in *Giur. Comm.*, 2015.

AZZOLINA U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961.

BARBINI G. – I. LAMPONI, *L'aggravamento del dissesto e la quantificazione del danno riconducibile alla responsabilità dei sindaci: i criteri di liquidazione di natura equitativa*, in *Resp. Civ. prev.*, n. 4, 2014.

BARCELLONA E., *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003.

BARTONE S., *Società di revisione dei conti. Problematica civile e penale. Sistema angloamericano e italiano*, Giappichelli, 2009.

BAUCO C., *Controllo contabile e responsabilità dei revisori* in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2006.

BERNARDI D., *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi dello schema del decreto legislativo approvato dal consiglio dei ministri del 28 ottobre 2009*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, n.6, 2009.

BERNINI L., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013.

BERTACCHINI E., *Oggetto sociale, atti estranei e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, n. 15, 1996.

BERTOLOTTO A., *Il collegio sindacale e la revisione legale dei conti*, in CAGNASSO O. – PANZANI L. (a cura di), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010.

BIANCA M., *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994.

BIANCHI G., *Amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Torino, 2010.

BIANCHI M., *L'azione del curatore fallimentare ex artt. 2393 e 2394 è soggetta a regimi giuridici differenti*, in *Società*, n. 2, 2012.

BLATTI C., *Le azioni di responsabilità nei nuovi fallimenti*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 6, 2006.

BONAVENTURA E., *Responsabilità dei sindaci per omesso controllo*, in *Società*, 2012.

BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 1992.

BONELLI F., *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979.

BONELLI F., *Trattato delle Società per Azioni*, (a cura di) G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino, 1991.

BONFATTI S. – CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009.

BONFANTE G. - CORAPI D. - DE ANGELIS I. - NAPOLEONI V. – RORDORF R. - SALAFIA V., *Codice commentato delle società*, III ed., Milano, 2011.

BONSIGNORI A., *Il fallimento delle società, Gli aspetti processali*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. X, Padova, 1988.

BOSTICCO P., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1991.

BRUNO F. - ROZZI A., *Dalla sollecitazione all'investimento all'offerta al pubblica di prodotti finanziari*, in *Giur. comm.*, I, 2008.

BRUNO F., - ROZZI E., *Dalla sollecitazione all'investimento all'offerta al pubblico di prodotti finanziari*, in *Giur. Comm.*, n. 1, 2008.

BRUNO S., *La (nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico in Banca borsa tit. cred.*, n. 1, 2008

BRUNO S., *La nuova responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca e borsa*, 2008.

BUCOLO F., *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e il curatore terzo neell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fallimento*, 1983.

BUONOCORE V. - Bassi A., *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010.

BUSSOLETTI M., *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2004.

BUSSOLETTI M., *Le società di revisione*, Milano, 1985.

BUTA G.M., *Art. 15. La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, in DE LUCA N. (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, 2011.

BUTA G.M., *Commento all'art. 164*, in CAMPOBASSO G. (a cura di), *Testo unico della finanza*, vol. II, Torino, 2002.

BUTA G. M., *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005.

CAGNASSO O., *Rapporto di causalità rigoroso presupposto della responsabilità in Italia Oggi*, 17 maggio 2010.

CAIAZZO R., *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in CELENTANO P. – FORGILLO E. (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2009.

CAIFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006.

CALVOSA L., *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.

CAMPOBASSO G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2015.

CAMPOBASSO G., *La riforma del diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Torino, 2003

CARIDI V., *Commento sub art. 146*, in Nigro A. - Sandulli M.- SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010.

CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, in Commentario SCIALOJA-BRANCA *Legge fallimentare*, BRICOLA F. – GALGANO F. – SANTINI G. (a cura di), Bologna, 1977.

CASSESE F., *Fallimento e azione di responsabilità nei confronti degli ex amministratori della società fallita: la prova del danno risarcibile (nota a Trib. Brescia 12 dicembre 2015)*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2016, p. 144.

CATERINO D., *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Bari, 2012

CAVALLI G., *Assemblea e amministratori*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2013.

CAVALLI G., *I sindaci*, in *Tr. Colombo Portale*, n.5, 1988.

CECCHIELLA C., *Il diritto fallimentare riformato*, in *Il sole 24 ore*, Milano, 2007.

CHIZZINI A., *Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato art. 2409 c.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 2, 2005.

CICCONI E., *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite* in *Giust. Civ.*, n.11, 1998.

CIERVO G., *La responsabilità civile del revisore legale alla luce del d. lgs. 39/2010*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010.

CIERVO G., *Perdita del capitale sociale, responsabilità degli amministratori e quantificazione del danno risarcibile*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 5, 2011.

COCITO C., *Il collegio sindacale*, Milano, 1970.

COLOMBO G. E., *La revisione contabile nelle società non quotate: alcuni problemi attuali*, in *Amministrazione e controllo del diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.

COLOMBO G.E. - PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2003.

CORDOPRATI M., *La Business Judgment Rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, II, 2010.

COTTINO G., *Diritto societario*, Padova, 2011.

COTTINO G., *Note minime, divaganti e irriverenti, su amministratori, "perizia", tangenti e responsabilità*, in *Giur. it.*, n. 12, 2004.

COVELLI M.R.-BERNAZZA F., *Art. 2393*, in G. BONFANTE et al. (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2011.

CRESCIENZO U. -MATTEI E. - PANZANI L., *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2006.

CUGNASCO R., *L'offerta al pubblico di strumenti finanziari: alcune riflessioni sul D.lgs. n. 51/2007 di recepimento della Direttiva Prospetto*, in *Società*, 2008.

D'AMATO S., *I presupposti dell'azione del curatore*, in FERRO M. (a cura di), *Le responsabilità nel fallimento societario*, Bologna 27-28 ottobre 2000, Milano, 2001.

D'AMBROSIO C., *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Le società*, 2004.

D'AMBROSIO C., *Offerta al pubblico di acquisto. Poteri e responsabilità degli amministratori*, Padova, 2014.

D'ORAZIO L., *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: profili sostanziali e processuali. Carattere unitario ed inscindibile dell'azione ex art. 146 L. Fall.*, in *Giur. Mer.*, n. 3, 2010.

DARDES F., *La responsabilità dei sindaci: profili applicativi*, in *Società*, 2013.

DE ACUTIS M. - SANTINI R., *S.p.a. - Amministrazione e controllo*, Milano, 2003.

DE ANGELIS P., *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*, Milano, 2011.

DE NICOLA A., *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008.

DELL'ATTI G., *La rinunzia all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2012.

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

DEMARCHI P. G., *La responsabilità dell'organo di controllo interno*, in AMBROSINI S. (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007.

DEMARCHI P. G., *Il fallimento delle società*, in AMBROSINI S. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006.

DI MAIO F., *Quali responsabilità per i revisori contabili?*, in *Le Società*, 1994.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, Milano, 1988.

DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2011.

DOMENICHINI G., *Art. 2403. Società di capitali. Commentario* (a cura di) NICCOLINI G. - STAGNO D'ALCONTRES A., Napoli, 2004.

DOMENICHINI G., *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Tr. Dir. Privato*, (a cura di) RESCIGNO P., vol. XVI, Torino, 1985.

M. FABIANI, *Fondamento e azione di responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi d'impresa*, in *Riv. Soc.*, 2015.

FABIANI M., *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011.

FABIANI M., *L'art. 146 l. fall., fra note questioni di competenza funzionale e nuovo processo societario*, in *Fallimento*, 2005.

FACCI G., *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007.

FACCINCANI L. – RUTIGLIANO M., *La stima del danno nelle azioni di responsabilità per illegittima prosecuzione dell'attività sociale in seguito alla perdita del capitale: una diversa proposta metodologica*, in *Riv. dott. comm.*, n. 3, 2013.

FAREGA L., *La riforma delle società. La responsabilità degli amministratori* in *Giur. merito*, n. 1, 2004.

FERRARA F. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006.

FERRARI M.P., *Responsabilità di amministratori e sindaci per mancato svolgimento dell'attività di controllo*, in *Società*, n. 12, 2014.

FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, Torino, 2007.

FERRARO P., *Responsabilità degli amministratori di società e quantificazioni dei danni in sede fallimentare*, in *Dir. fall.*, n. 2, 2013.

FERRI C., *Gli organi giurisdizionali del fallimento*, in JORIO A. – FABIANI M. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010.

FERRI G., *Dimissioni dei sindaci e iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. Dir. Comm.*, n. 2, 1984.

FERRI G. jr, *Le deleghe interne*, in LIBONATI B. (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995.

FERRI G. jr, *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di spa*, in SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003.

FERRO M., *Commento all'art. 146*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, Padova, 2011.

FIORIO P., *La responsabilità della società di revisione nei confronti degli azionisti e degli obbligazionisti, note a margine del caso "Parmalat"*, in *Società*, 2009.

FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004.

FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero da responsabilità*, Milano, 2014.

FRANZA E., *I rischi di investimento in titoli obbligazionari nei prospetti informativi di offerta al pubblico*, in *Contratti*, 2009.

FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002.

FRANZONI M., *La responsabilità civile degli amministratori di società di capitali*, in *Tratt. di dir. comm.e dir. pubbl dell'ec.*, (a cura di) GALGANO F., XIX, Padova, 1994.

GALGANO F., *Diritto commerciali – Le società*, Milano, 1987.

GALGANO F. – GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario - Tomo I: Le nuove società di capitali e cooperative*, Padova, 2006.

GENNARI V.F., *Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali. Nuovi sviluppi in tema di prescrizione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011.

GIAMPAOLINO C.F., *Imputazione dell'atto dell'amministratore e responsabilità della società*, in *Giur. Comm.*, 2015,

GIANNELLI G., *La liquidazione del patrimonio*, in Abriani N. et al. (a cura di), *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008.

GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Milano, 1975.

GIUDICI P., *Il dibattito sulla limitazione di responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in BALZARINI- CARCANO – VENTUROZZA (a

cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007.

GIUDICI P., *La nuova disciplina della revisione legale*, in *Società*, 2010.

GIUDICI P., *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, ed. V., Torino, 2012

GUGLIELMUCCI L., *La responsabilità di amministratori, liquidatori e sindaci nelle società per azioni*, in *Società*, 1982.

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

JORIO A., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000.

JORIO A., Introduzione, in A. JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007.

ITZI D., *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. Civ. prev.*, n.9, 2011.

LEONE G., *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare: profili generali*, in *Società*, 2007.

MACCHIAVELLO E., *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro*, in *Contr. Impr.*, 2009.

MACRI' U., *La responsabilità dei sindaci nelle società di capitali*, in *Itinerari della giurisprudenza*, n. 11, 2013.

MAFFEI ALIBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009.

MAGNANI P., *Sub art. 2407*, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, (a cura di) GHEZZI F. *Commentario alla riforma della società*, diretto da BIANCHI L.-GHEZZI F. NOTARI M., Milano, 2005.

MANCINELLI F. – DI GIOVACCHINO G., *Doveri del collegio sindacale e principi di corretta amministrazione*, in *Società*, 2011.

MARCHETTI C., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.

MARTIELLO G., *La nuova disciplina sanzionatoria della “nuova” revisione dei conti*, in *Diritto e pratica delle società*, 2010.

MENGONI L., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954.

MICHIELI N., *La responsabilità dei sindaci per mancato versamento del conferimento del socio (nota a Cass. 29 ottobre 2013, n.24362)*, in *Giur. Comm.*, 2016.

MILLI M., *L'amministratore indipendente nel sistema di corporate governance delle s.p.a.*, Torino, 2013.

MINERVINI G., *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973.

MINERVINI G., *Le funzioni del collegio sindacale: questioni vecchie e questioni nuove*, in *Società*, 2000.

MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956

MOLLO G., *Il sistema di gestione informata delle s.p.a. e la responsabilità degli amministratori delegati*, Torino, 2013.

MONTALENTI P., *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*, nota a Trib. Milano, 18 giugno 1992, in *Giur. It.*, 1993.

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: profili generali*, Padova, 2003.

MONTALENTI P., *La società quotata*, in COTTINO G. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, Padova, 2004.

MONTALENTI P., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Dir. Civ.*, Milano, 1984.

NAZZICONE N., *Responsabilità "da omesso controllo" degli amministratori non esecutivi di società azionaria*, in *Società*, 2011.

NAZZICONE N. - PROVIDENTI L., *Amministrazione e controllo nella s.p.a.*, Milano, 2010.

NICCOLINI G. - STAGNO D'ALCONTRES A., *Società di capitali, artt. 2380- 2448*, vol II, Napoli, 2004.

NICOLUSSI A., *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Europa e dir. priv.*, 2006.

NIGRO A., *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, in *Giur. Comm.*, 2013.

NIGRO A. – SANDULLI M., *La riforma del diritto fallimentare*, Torino, 2010.

NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012.

NIVARRA L., *La responsabilità civile dei professionisti: il punto della giurisprudenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2000.

NOBILI R. – VITALE M., *La riforma delle società per azioni*, Milano, 1975.

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, in *Dir. fall.*, n. 1, 2012.

PALUMBO A., *Chi controlla il controllore? Note minime in tema di (co) responsabilità degli amministratori e delle società di revisione nella redazione del bilancio (nota a Cass. Civ., 7 maggio 2015, n.9193)*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016.

PAJARDI P.- PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.

PAPAGNI, V. *La curatela può esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di una s.r.l. in caso di bancarotta preferenziale?*, in *Diritto e Giustizia*, 2017.

PERRINO M., *La cessione dei "diritti controversi" nella liquidazione fallimentare. Le azioni revocatorie concorsuali*, in FORTUNATO S - G. GIANNELLI G. - GUERRERA F. - PERRINO M (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo del 18-19 giugno 2010*, Milano, 2011.

PERUZZO G., *Business judgement rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Roma, 2016.

P. PIRUCCIO, *Violato l'obbligo di diligenza nella gestione (nota a Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783)*, in *Giuda al diritto*, 2015.

PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. Soc.*, 2012.

PORRECA P., *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*, nota a Cass. 21 luglio 2010 n. 17121, in *Società*, 2011.

PRESTI G., *La responsabilità del revisore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1, 2007.

PRINCIPE A., *Il controllo societario nel governo societario*, Milano, 2008.

Provinciali R. - Ragusa Maggiore G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988.

QUATRARO B., *La responsabilità dei sindaci*, in *Dir. Fall.*, n.1, 1987.

QUATRARO B. – PICONE L.G., *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano, 1998.

RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004.

ROSSI A., *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003.

SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. Comm.*, 2014, n. 2, parte I.

SALAFIA V., *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006.

SALAFIA V., *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori Sociali*, in *Resp. Civ. e prev.*, n. 6, 1999.

SALAFIA V., *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Società*, n. 2, 2014.

SALAFIA V., *L'esercizio dell'azione sociale contro gli amministratori*, in *Società*, 2001.

SALAFIA V., *Le funzioni di controllo del collegio sindacale*, in *Società*, 1994.

SALAFIA V., *La responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002.

SALERNO F., *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Rivista delle società*, 2013.

SALVATO L., *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Società*, 2001.

SAMBUCCI L., *Sub art. 2396*, in NICCOLINI G. - STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di Capitali, Commentario*, Napoli, 2004.

SANDULLI M., *La crisi dell'impresa: il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009.

SANDULLI M., *Sui poteri del collegio sindacale*, in *Riv. Not.*, n.1, 1977.

SANGIOVANNI V., *Il D. lgs. n. 39/2010 e la nuova responsabilità civile da revisione*, in *Società*, 2011.

SANTARONI M., *In tema di negligenza del revisore*, in *Giur. it.*, 1994.

SANTARONI M., *La responsabilità del revisore*, Milano, 1984.

SERAFINI S., *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, Milano, 2013.

SPADAFORA N. – SCARPA D., *La responsabilità degli amministratori nella curatela fallimentare*, Rimini, 2013.

SQUAROTTI V., *Revoca dei sindaci e azione di responsabilità (nota a Cass. 12 dicembre 2005, n. 27389)*, in *Giur. Comm.*, 2007.

STELLA RICHTER M. jr, *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, in U. TOMBARI (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nelle s.p.a.*, Torino, 2013.

TARZIA G., *La terzietà del curatore*, in PANAZANI L. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2012.

TRAVAGLINI G., *Brevi note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci in caso di mancato esercizio dei loro poteri reattivi. Il requisito necessario del nesso causale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p.1618.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007.

VENTORUZZO M., *Articolo 2391. Interessi degli amministratori*, in MARCHETTI P. - BIANCHI L.A.- CHEZZI F. - NOTARI M.(a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005.

VENTRELLA T., *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. Comm.*, 2016, p. 297.

VIETTI M., *Le società commerciali. Organizzazione, responsabilità e controlli*, Milano, 2014.

VITELLO M., *La responsabilità degli organi sociali nel fallimento*, in AMBROSINI S.(a cura di), *La responsabilità degli amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007.

WEIGMANN M., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.

ZAMPARETTI G., *Il "nuovo" conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e disciplina*, in *Società*, 2005.

ZAMPERETTI G.M., *L'azione di responsabilità nel fallimento tra sede civile e sede penale* in *Giur. comm.*, n.1, 1999.

ZANARDO A., *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ RICHIAMATA

Cass., 17 ottobre 1955, n. 3241.

Cass., 25 luglio 1979, n. 4415.

Cass. 30 luglio 1980, n. 4891.

Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241.

Cass., 6 gennaio 1982, n. 14.

Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1992, n. 5241.

Cass., 28 novembre 1984, n.6187.

Cass. 9 marzo 1988, n. 2355.

Cass., 3 agosto 1988, n. 4817.

Cass., 2 settembre 1988, n.8699.

Cass., 22 ottobre 1988, n. 10488.

Cass., 22 giugno 1990, n. 6278.

Cass., 21 maggio 1991, n. 5723.

Cass., 02 giugno 1992, n. 6676, in *Giur.it.*, 1993, I, 1, pag. 1308

Cass., 7 settembre 1993, n. 9385.

Cass., 15 settembre 1995, n. 9764, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995.

Cass. 28 aprile 1997, n. 3652.

Cass., 7 novembre 1997, n. 10937.

Cass., 28 febbraio 1998, n. 21130.

Cass., 28 maggio 1998, n. 5287.

Cass., 2 settembre 1998, n. 8699.

Cass.,22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. Civ., n. 1, 1999.*

Cass. 24 marzo 1999, n. 2772, in *Mass. Foro it.*, 1999.

Cass., 6 marzo 1999, n. 1925.

Cass., 14 settembre 1999, n. 9795.

Cass., 1 ottobre 1999 n. 10896

Cass., 8 marzo 2000, n. 2624

Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2000.

Cass., 10 maggio 2000, n. 5962, in *Arch. Circolaz.*, 2000.

Cass., 3 marzo 2001, n.3131, in *Foro It.*, 2011, I.

Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002.

Cass., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro. It.*, con nota di A. PALMIERI;

Cass., 18 luglio 2002, n.10403.

Cass., 6 aprile 2004, n.6721

Cass., 6 giugno 2003, n.9090.

Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004.

Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538.

Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032.

Cass., 18 giugno 2005, n. 13169.

Cass., 11 novembre 2005, n. 21858.

Cass., 12 dicembre 2005, n. 27839.

Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781.

Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006.

Cass., 3 aprile 2007, n. 8359.

Cass., 13 aprile 2007, n. 8826.

Cass., 24 aprile 2007 n. 9901.

Cass., 12 giugno 2007 n. 13766.

Cass., 10 settembre 2007, n. 18939.

Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

Cass., 12 marzo 2008, n. 6719.

Cass., 11 luglio 2008, n. 19235.

Cass., 25 luglio 2008, n. 20476.

Cass., 5 agosto 2008, n. 21131, in *Giur. It.*, 2009.

Cass., 29 ottobre 2008, n. 25977.

Cass., 5 dicembre 2008, n. 28819.

Cass. 22 aprile 2009, n.9619 in *Riv.*

Cass., 12 agosto 2009, n. 18231.

Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20934.

Cass., Sez. Un., 24 dicembre 2009, n. 27346

Cass., Sez. I, 28 aprile 2010, n. 10215.

Cass., 1 giugno 2010, n. 13413.

Cass., 3 giugno 2010, n. 13465, in *Foro.it*, 2011.

Cass., 23 giugno 2010, n. 15220.

Cass., 21 luglio 2010, n. 17121.

Cass., 7 ottobre 2010 n.20826.

Cass.,11 novembre 2010, n. 22911.

Cass., 11 marzo 2011, n.5876.

Cass., 4 aprile 2011, n.7606.

Cass.,7 luglio 2011 n. 14963 .

Cass.,19 settembre 2011, n. 19051 in *Società*, 2010 con nota di DE CAMPO.

Cass., 12 marzo 2012, n. 3902.

Cass., 18 maggio 2012, n. 7880.

Cass., 21 giugno 2012 n. 10378.

Cass., 4 luglio 2012, n.12966.

Cass.,20 settembre 2012, n. 15955.

Cass., 9 gennaio 2013, n.319.

Cass., 28 gennaio 2013, n. 1877.

Cass., 10 febbraio 2013, n. 3409.
Cass., 27 maggio 2013, n. 1308.
Cass., 14 ottobre 2013, n. 23233.
Cass., 29 ottobre 2013, n. 24362.
Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876.
Cass., 10 aprile 2014, n. 8458.
Cass., 12 giugno 2014, n. 13378.
Cass., 23 ottobre 2014 n. 22573.
Cass. 2 febbraio 2015, n. 1783.
Cass., 17 aprile 2015, n. 7919.
Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Foro It.*, 2016.
Cass. 12 giugno 2015, n. 12254.
Cass. 4 dicembre 2015, n. 24715.
Cass. 3 agosto 2016, n. 16184.
Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2017, n.1641.

GIURISPRUDENZA DI MERITO RICHIAMATA

Trib. Catania, 9 settembre 1975.
Trib. Milano, 4 ottobre 1984.
Trib. Milano, 22 settembre 1986.
Trib. Roma, 5 dicembre 1986.
Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II.
App. Milano, 14 gennaio 1992.

Trib. Milano, 13 giugno 1991.

Trib. Milano, 11 maggio 1992, in *Giur. it.*, n. 2, 1992, I, p. 641

Trib. Milano, 18 giugno 1992, in *Giur. It.*, 1993, I.

Trib. di Bologna , 15 settembre 1992.

Trib. Torino, 18 settembre 1993.

Trib. Milano, 16 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995.

Trib. Roma, 3 giugno 1996, in *Società*, 1996, con nota di BONAVERA.

App. Milano, 29 luglio 1997, in *Società*, 1998, con nota di AMBROSINI.

Trib. Milano, 8 settembre 1997.

App. Milano, 7 luglio 1998 in *Società*, 1998.

Trib. Roma, 26 aprile 1999, in *Le società*, 1999.

Trib. Milano, 21 ottobre 1999.

Trib. Messina, 12 novembre 1999.

Trib. Milano, 30 aprile 2001, in *Banca e borsa tit. cred.*, 2003, II.

Trib. di Roma, 17 settembre 2001 in *Società*, 2002.

Trib. Ivrea, 29 gennaio 2004.

App. Milano, 11 luglio 2003.

Trib. Padova, 6 aprile 2004 in *Giur. merito*, 2004.

Trib. Monza, 13 dicembre 2004.

Trib. Udine, 11 febbraio 2005.

Trib. S. M. Capua Vetere, 18 marzo 2005, in *Le Società*, 2005.

Trib. Marsala, 1 aprile 2005 in *Società*, 2006.

Trib. Marsala, 21 giugno 2005, n. 417.

Trib. Palmi, 5 settembre 2006.

Trib. Milano, 2 ottobre 2006, in *Giur. it.*, n. 2, 2007.

Trib. Milano, 13 novembre 2006.

Trib. Pescara, 15 novembre 2006.

Trib. Milano, 19 dicembre 2006, n. 13745.

Trib. Milano, 17 gennaio 2007, n. 494.

Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Società*, 2009.

Trib. Milano, 27 febbraio 2008.

App. Milano, sez. I, 28 maggio 2008.

Trib. Milano, 3 giugno 2008, n. 7223.

Trib. Napoli, 20 giugno 2008.

App. Napoli, 28 giugno 2008.

App. Napoli, 7 luglio 2008.

Trib. Milano 9 ottobre 2008.

Trib. Milano, 4 novembre 2008, in *Corr. Giur.*, 2009.

Trib. Napoli, 28 gennaio 2009, in *Società*, 2009.

Trib. Milano, 20 aprile 2009, n. 5221.

Trib. Padova, 24 giugno 2009, in *Fall.*, 2010.

Trib. Milano, 24 novembre 2009.

App. Catanzaro, 22 marzo 2010.

Trib. Napoli, 3 ottobre 2010.

Trib. Milano, 22 dicembre 2010, in *Le Società*, 2011.

Trib. Napoli, 11 gennaio 2011, in *Le Società*, 2011.

Trib. Milano, 18 gennaio 2011.

Trib. Udine, 16 aprile 2011.

Trib. Roma, 20 giugno 2011.

Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 10697, in *Società*, 2012, pag. 493.

Trib. Milano, 1 ottobre 2011 n. 11586 .

Trib. Novara, 8 novembre 2011.

Trib. Milano, 24 novembre 2011.

Trib. Lecce, 9 dicembre 2011.

Trib. Roma, 20 febbraio 2012, n. 2730.

App. Milano 6 giugno 2012.

App. Milano 21 giugno 2012 n. 2209

Trib. Roma, 7 agosto 2012 in *Guida dir.*, 2012.

Trib. Milano, 3 ottobre 2013.

Trib. Verona, 31 ottobre 2013.

Trib. Napoli, Sez. Spec. in materia d'impresa 4 dicembre 2013.

Trib. Bologna, Sez. Spec. in materia d'impresa 23 giugno 2014.

Trib. Napoli, 1 luglio 2014.

Trib. Napoli, 1 agosto 2014.

Trib. Roma, 7 gennaio 2015.

Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 15 luglio 2015, n. 8714.

Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 23 settembre 2015.

Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 15 dicembre 2015.

Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'Impresa, 19 dicembre 2015

Trib. Ivrea, 12 gennaio 2016.

Trib. Napoli, Sez. Spec. in materia d'impresa, 13 aprile 2016.

Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 15 settembre 2016.

Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa, 2 agosto 2016.

Trib. Milano, Sez, Spec. In materia d'impresa, 15 settembre 2016.