

**TOMASO GALLETTO<sup>(\*)</sup>**

**L'AZIONE DI RESPONSABILITA' NEI CONFRONTI DI AMMINISTRATORI  
E SINDACI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI PROFILI  
PROCESSUALI<sup>(\*\*)</sup>**

\* \* \*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Cenni sul quadro normativo dopo la riforma del 2003. - 3. La natura del rapporto di amministrazione. - 4. Cenni sulla responsabilità dei sindaci. - 5. I profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci: quadro generale. - 6. La legittimazione ad agire: disciplina ordinaria e nell'ambito delle procedure concorsuali. - 7. I termini per l'esercizio dell'azione di responsabilità nelle diverse fattispecie. - 8. La competenza a giudicare. - 9. La *causa petendi* ed i profili dell'istruzione probatoria. - 10. La chiamata in causa di terzi: in particolare la chiamata dell'assicuratore della responsabilità professionale. - 11. L'arbitrabilità delle azioni di responsabilità. - 12. Le misure cautelari strumentali all'esercizio dell'azione di responsabilità. - 13. Cenni all'azione di responsabilità nell'ambito delle società pubbliche. - 14. Il dilemma delle azioni di responsabilità nelle S.r.l.- 15. Conclusioni.

\* \* \*

**1. Premessa.**

La trattazione dell'argomento che mi è stato assegnato in ordine ai profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci presuppone necessariamente un sintetico richiamo dei principî di diritto sostanziale che connotano il quadro normativo di riferimento.

Si tratta, naturalmente, di principî ben noti agli operatori del settore, circostanza che consente di procedere per rapidi cenni, funzionali a descrivere la cornice di diritto

---

<sup>(\*)</sup>Avvocato, Professore a contratto di Diritto Processuale Civile presso l'Università di Genova.

<sup>(\*\*)</sup>Relazione svolta nell'ambito del Corso "Il diritto commerciale negli anni della crisi" organizzato dal Consiglio dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Chiavari, Chiavari, 30 maggio 2014.

sostanziale nella quale sono destinati ad operare gli strumenti processuali che l'ordinamento appresta per l'esercizio delle azioni di responsabilità.

Il tema della responsabilità (in sede civile) degli amministratori delle società è da sempre all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sia per la complessità delle questioni che solleva, sia per la difficoltà di enucleare soluzioni adattabili alle diverse vicende delle imprese coinvolte.

La funzione di gestione (esclusiva, ex art. 2380 *bis* cod. civ.) dell'impresa sociale che è attribuita agli amministratori fa sì che ad essi siano direttamente imputabili gli effetti dell'agire delle società.

Il problema di fondo consiste nel distinguere con sufficiente chiarezza i confini della responsabilità degli amministratori (verso la società amministrata, verso i creditori sociali e verso i terzi) rispetto ad una attività (quella di amministratore) che implica quotidianamente l'adozione di decisioni e scelte che si possono dimostrare (ex post) sbagliate e dannose e che quindi in astratto potrebbero comportare una responsabilità in capo a chi tali scelte ha compiuto.

Come è noto a tali difficoltà si cerca di ovviare adottando taluni accorgimenti che riguardano principalmente i criteri utilizzati per verificare la sussistenza di fattispecie di responsabilità nelle ipotesi (che sono le più ricorrenti) nelle quali da un lato non vi è la violazione di una norma di legge o dello statuto della società e, dall'altro, dalle scelte degli amministratori consegue un danno per la società e i suoi soci.

I due criteri di riferimento sono da un lato la *diligenza* adoperata dagli amministratori e dall'altro la *insindacabilità delle scelte imprenditoriali* operate dagli amministratori, purchè sussistano certe condizioni (valutazione oggettiva delle circostanze e delle informazioni ed esclusioni delle operazioni di pura sorte).

La riforma del diritto societario ha inciso significativamente la materia considerata anche attraverso la presa d'atto del diverso contesto economico-sociale attuale rispetto a quello considerato dal legislatore del 1942 (che pure, per la verità, si è dimostrato molto lungimirante, come risulta dalla ricchezza dei lavori preparatori in materia di società).

Si è proceduto non solo ad una più analitica definizione degli obblighi e delle correlative responsabilità degli amministratori ma anche a una più puntuale disciplina dei controlli e della revisione dei conti delle società, allo scopo di aumentare la trasparenza delle vicende societarie e di cercare di evitare abusi nell'utilizzazione dello schermo della persona giuridica e della conseguente responsabilità limitata degli azionisti.

## **2. Cenni sul quadro normativo dopo la riforma del 2003.**

Il quadro normativo della responsabilità degli amministratori si configura – dopo la riforma del 2003 - sinteticamente nei termini che seguono.

- a) nuove disposizioni in tema di amministrazione della società;

b) nuove disposizioni in tema di responsabilità.

Per quanto riguarda l'attività di amministrazione il nuovo art. 2380 bis cod. civ. dispone che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori ed il nuovo art. 2381 descrive le attribuzioni del Consiglio di amministrazione e quelle che possono essere delegate a taluno dei componenti di tale organo.

Il primo dato normativo è rilevante purchè l'attribuzione agli amministratori della gestione esclusiva dell'impresa (sociale) determina, quale conseguenza, una piena responsabilità di questi ultimi rispetto alle scelte gestionali operate.

Di ciò è riprova la previsione contenuta all'art. 2364 n. 5, laddove si conferma la responsabilità degli amministratori anche per gli atti autorizzati dall'assemblea dei soci e pertanto si impedisce una deresponsabilizzazione degli amministratori (per effetto della delibera assembleare).

Il secondo dato normativo è a sua volta molto rilevante perché descrive l'essenza delle funzioni del C.d.A., i limiti della delegabilità di tali funzioni, i diritti ed i doveri rispettivamente degli organi delegati e dei singoli amministratori privi di deleghe, nonché del Consiglio nel suo complesso.

Rispetto al passato si assiste ad una particolare accentuazione del compito di costante verifica dell'adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e contabile dell'impresa e si sottolinea altresì l'obbligo, per tutti gli amministratori, di agire in modo informato.

Emerge dal dato normativo la volontà del legislatore di contrastare il fenomeno – ricorrente nella prassi – di amministratori che siedono nei consigli di amministrazione con una presenza soltanto formale, disinteressandosi in concreto della amministrazione della società.

L'obbligo di agire in modo informato responsabilizza infatti tutti gli amministratori, anche quelli privi di deleghe operative.

Ancora, gli amministratori privi di deleghe sono destinatari di una *posizione di garanzia* rispetto agli amministratori operativi, perché rispondono solidalmente con questi ultimi se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non fanno quanto in loro potere per impedire il compimento di attività dannose o per eliminarne o attenuarne le conseguenze (art. 2392, terzo comma).

Per quanto riguarda i profili sostanziali di responsabilità degli amministratori rilevano principalmente le disposizioni di cui agli artt. 2392, 2394 e 2395, destinate a disciplinare rispettivamente la responsabilità *verso la società*, quella *verso i creditori sociali* e quella *verso i soci o i terzi direttamente* danneggiati dagli amministratori.

Più marginalmente rilevano gli artt. 2391 e 2391bis in tema di operazioni in conflitto di interessi e con parti correlate (relativamente alle società quotate).

L'art. 2392 è stato significativamente innovato dalla riforma del 2003 in due diverse direzioni: da un lato innalzandosi il livello della diligenza e competenza richiesta agli

amministratori e, dall'altro, limitando la responsabilità degli amministratori non operativi per gli atti di quelli operativi alla violazione del dovere di sorveglianza e di agire in modo informato.

### **3. *La natura del rapporto di amministrazione.***

Per quanto concerne la natura del rapporto che lega gli amministratori alla società amministrata, indiscussa la fonte contrattuale di tale rapporto, si ritiene ormai superata la riconducibilità al contratto di mandato, in passato sostenuta da dottrina e giurisprudenza.

L'immedesimazione organica che contraddistingue il rapporto tra amministratore e società (quest'ultima non può che agire nel mondo del diritto per mezzo di persone fisiche) e l'esclusivo potere di gestione dell'impresa che la legge attribuisce agli amministratori (e non ai soci, arg. ex art. 2364 n. 5 e 2380 *bis*) mal si attagliano alla figura del mandato.

Tuttavia la società è autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici e la società di capitali, godendo di autonomia patrimoniale perfetta, è persona giuridica.

E' quindi ragionevole dedurre che la società, manifestando la sua volontà per mezzo dell'assemblea dei soci che nomina gli amministratori (ovvero tramite i soci stessi che provvedono alla nomina nell'atto costitutivo) pone in essere una relazione giuridica, di natura contrattuale, con i suoi amministratori.

Si tratta di un contratto del quale scaturisce per l'amministratore il dovere di gestire la società come prescritto dalla legge e dallo statuto e per la società l'obbligo di remunerare l'amministratore per l'opera svolta (salva la rinuncia del compenso, che le parti nella loro autonomia possono stipulare).

Così descritto tale contratto assume, almeno parzialmente, i caratteri dell'atipicità, fermo restando che larga parte dei suoi contenuti è disciplinata dalle norme dettate dalla legge.

### **4. *Cenni sulla responsabilità dei sindaci.***

Le vicende che attengono alla responsabilità dei sindaci sono - come si sa- ancora più dibattute e complesse di quelle riguardanti gli amministratori.

La ragione di tale complessità deriva anche dalla eccessiva ampiezza dei doveri di controllo che la legge assegna al collegio sindacale, circostanza che fin dall'introduzione dell'organo di controllo (avvenuta con il codice di commercio del 1882) aveva indotto la dottrina ad individuare in essa una delle cause dell'insufficienza del controllo medesimo.

Con la riforma del 2003 si è stabilita la tendenziale separazione tra “*controllo gestionale*”, inderogabilmente assegnato ai sindaci e “*revisione legale dei conti*” che può essere attribuita a soggetti qualificati, diversi dai sindaci.

I doveri che connotano la funzione sindacale di controllo gestionale sono declinati all’art. 2403, primo comma, cod. civ imponendosi ai sindaci di vigilare sull’osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principî di corretta amministrazione ed in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Si tratta di compiti (meglio, doveri) assai gravosi, anche perché l’interpretazione giurisprudenziale di essi si è da tempo indirizzata nel senso di pretendere dai sindaci un controllo di legittimità non solo formale, ma anche sostanziale, dell’operato degli amministratori ed in questa prospettiva risulta molto difficile tracciare una nitida linea di confine tra il controllo di legittimità (sostanziale, come vuole la giurisprudenza) e controllo di merito sulle operazioni societarie, la responsabilità delle quali appartiene pur sempre agli amministratori.

Anche l’affidamento a terzi (revisore legale o società di revisione) del controllo contabile non esime il collegio sindacale dal dovere di verificare l’adeguatezza delle modalità di espletamento di tali attività, anche attraverso una interlocuzione tra collegio sindacale e revisore.

La funzione di sentinella della legalità (formale e sostanziale) dell’amministrazione della società che è attribuita ai sindaci rende di immediata percezione l’ampiezza della responsabilità che è loro attribuita dalla legge.

A questo proposito, come è noto, l’art. 2407 cod.civ. distingue due diversi profili di responsabilità del collegio sindacale: una diretta e riferita alla verità delle loro attestazioni e alla conservazione del segreto di ufficio; l’altra, indiretta e solidale, riferita ai fatti ed alle omissioni degli amministratori quando il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato secondo professionalità e diligenza.

E’ questo secondo profilo che nella quasi totalità dei casi viene in rilievo in tema di azione di responsabilità nei confronti dei sindaci.

Più precisamente è l’aspetto che sistematicamente ricorre nell’ipotesi di fallimento della società (molto raramente, invece, nell’ipotesi di procedure concorsuali minori).

Al di là di quanto possa apparire da una lettura superficiale della norma, si tratta di una ipotesi di responsabilità propria dei sindaci (per omesso controllo) e non già di una responsabilità per fatto altrui (degli amministratori).

Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente i profili sostanziali delle responsabilità dell’organo sindacale: qui era importante soltanto sottolineare, per rapidi cenni, l’importanza e l’ampiezza dei doveri che incombono sul sindaco di società di capitali per inquadrare in una corretta prospettiva l’indagine sui profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci alla quale sono dedicate le considerazioni che seguono.

## **5. *I profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci: quadro generale.***

La tradizionale ripartizione delle azioni di responsabilità in ambito societario, che si declina nell'azione sociale di responsabilità, nell'azione dei creditori sociali ed in quella dei singoli soci o terzi direttamente danneggiati dagli amministratori, è stata incisa solo marginalmente dalla riforma del 2003 dal punto di vista sostanziale, mentre diverse novità sono state introdotte dal punto di vista processuale.

Sotto questo profilo, infatti, sono stati colti alcuni spunti di derivazione giurisprudenziale, si è prevista la possibilità dell'iniziativa dei soci titolari di una soglia qualificata del capitale sociale nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, i sindaci sono stati legittimati all'esercizio dell'azione nei confronti degli amministratori e sono stati meglio precisati i profili dell'esercizio delle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali.

Gli interventi normativi ai quali si è fatto cenno presentano taluni profili di difficile decifrazione nonostante l'apparente linearità del testo legislativo.

Le nuove ipotesi di legittimazione ad agire, la diversa formulazione in taluni casi delle regole relative ai termini per l'esercizio dell'azione, l'istituzione del cosiddetto Tribunale delle imprese impongono una nuova lettura, sotto il profilo del diritto processuale, delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci.

E' opportuno allora affrontare singolarmente i profili sopra indicati per cercare di cogliere gli elementi di discontinuità rispetto alla tradizionale visione accreditata sulla base del dato legislativo rimasto, nella materia considerata, sostanzialmente immutato sino alla riforma del 2003.

## **6. *La legittimazione ad agire: disciplina ordinaria e nell'ambito delle procedure concorsuali.***

Accanto alla tradizionale legittimazione ad esercitare l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori spettante alla società previa deliberazione dell'assemblea, l'ordinamento oggi attribuisce ad una minoranza qualificata di soci la possibilità di esercitare tale azione nell'interesse della società.

Dispone in proposito il nuovo art. 2393 *bis* cod. civ. che nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e cioè quelle che si sogliono definire "società chiuse" i soci che rappresentino almeno il 20% del capitale sociale o quella diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore ad un terzo dell'intero capitale, possono promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Nelle società che invece fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (e ferma restando naturalmente la speciale disciplina prevista per le società quotate) il quorum per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei soci di minoranza è ridotto al 2,5% del capitale sociale o la minore misura prevista nello Statuto.

L'azione esercitata dai soci di minoranza costituisce una tipica ipotesi di sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c., in quanto i soci fanno valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui e cioè il diritto della società ad essere risarcita per i danni derivanti dalla violazione delle regole legali o statutarie che definiscono i doveri degli amministratori.

Una sicura conferma della sussistenza in questa ipotesi di una legittimazione straordinaria che si configura quale sostituzione processuale la si ritrae dall'obbligo di citare in giudizio anche la società individuandosi nel presidente del collegio sindacale un ulteriore destinatario della notifica dell'atto di citazione.

Ai fini dell'esercizio dell'azione i soci di minoranza possono nominare uno o più rappresentanti comuni, che sono altresì legittimati a compiere tutti gli atti conseguenti all'esercizio dell'azione medesima.

Il risultato utile dell'azione, comunque, confluisce in favore della società la quale è obbligata a rimborsare agli attori le spese del giudizio che non siano state poste a carico dei soccombenti.

E' ammessa anche la rinuncia o la transazione dell'azione di responsabilità per iniziativa dei soci che hanno agito, ma ogni corrispettivo dovrà andare a beneficio della società.

Analogamente a quanto accade per la rinuncia o transazione dell'azione ordinaria di responsabilità essa non può avere luogo se vi si oppone una minoranza qualificata corrispondente a quella prevista per l'esercizio dell'azione e computata, a seconda dei casi, come in precedenza si è riferito.

Dal punto di vista processuale un profilo rilevante riguarda la qualificazione del possesso della percentuale di capitale sociale necessaria ai fini dell'azione. Se il possesso di tale percentuale deve essere considerata una condizione dell'azione esso deve persistere per tutta la durata del processo ed il suo eventuale venir meno determina l'inammissibilità della domanda; per converso se tale possesso deve essere considerato un presupposto processuale, è sufficiente che esso sussista al momento della introduzione della domanda ed il suo venir meno non determinerebbe conseguenze sull'esito del processo.

Dal punto di vista sistematico sembra preferibile la prima opzione e quindi ritenersi necessaria la permanenza per tutto il corso del processo della titolarità, in capo ai soci che hanno agito, della percentuale di capitale sociale prevista per l'esercizio dell'azione,

Oltre alla legittimazione straordinaria di una minoranza qualificata dei soci ad esperire l'azione sociale di responsabilità la riforma, come si è già accennato, prevede una speciale legittimazione del collegio sindacale ad esperire tale azione, previa deliberazione assunta con la maggioranza dei due terzi dei componenti del collegio sindacale.

Un aspetto processuale che non attiene strettamente alla legittimazione ad agire, e che tuttavia conviene accennare in questo contesto riguarda la rappresentanza processuale

della società tanto nell'ipotesi in cui l'azione sia deliberata dall'assemblea, quanto nelle diverse ipotesi in cui ad agire siano i soci di minoranza (qualificata) ovvero il collegio sindacale.

Se tra gli amministratori nei confronti dei quali è esercitata l'azione di responsabilità sono ricompresi coloro che hanno la rappresentanza dell'ente, ricorre evidentemente un'ipotesi di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato.

In questa prospettiva anteriormente all'esercizio dell'azione è necessario provvedere alla nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., attraverso apposito ricorso all'autorità giudiziaria (nello specifico al presidente del cosiddetto tribunale delle imprese).

Il difetto di una valida rappresentanza processuale della società, infatti, è foriero di gravissime conseguenze sull'intero processo potendo comportare, ove non sanato, la nullità dell'intero giudizio.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire nell'ambito delle procedure concorsuali occorre rilevare che il legislatore della riforma ha provveduto ad accorpate nel nuovo art. 2394*bis* cod. civ. la disciplina delle azioni di responsabilità, precedentemente frammentata nell'ambito di diversi contesti normativi (legge fallimentare ed altre normative speciali in tema di insolvenza).

La nuova norma dispone che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità (quella sociale e quella esercitabile dai creditori sociali) spettano al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

Si tratta di una legittimazione sostitutiva di quella originariamente spettante alla società, ai soci di minoranza, ai sindaci ed ai creditori sociali e non di una autonoma azione di responsabilità derivante dalla sottoposizione dell'ente alla disciplina concorsuale.

L'organo concorsuale, quindi, esercita le medesime azioni e, nell'ipotesi in cui esse siano in corso, subentra *ex lege* quale soggetto legittimato alla loro prosecuzione.

La particolarità della fattispecie consiste nella circostanza che le due azioni di responsabilità (quella sociale e quella dei creditori sociali) nell'ipotesi di procedura concorsuale (diversa dal concordato preventivo, naturalmente) confluiscono in un'unica azione al cui esercizio è legittimato l'organo concorsuale e che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, assume carattere unitario ed inscindibile cumulando i presupposti e gli scopi di entrambe le azioni.

E' tuttavia discusso se le due azioni di responsabilità mantengano la loro autonoma disciplina, ancorchè cumulativamente esercitate in ambito concorsuale, ovvero se il loro esercizio unitario consenta che si possa alternativamente fare ricorso ai presupposti dell'una e/o dell'altra senza necessità di una specifica individuazione dei fatti costitutivi dell'una e/o dell'altra.

La ontologica diversità di *causa petendi* e di *petitum* che caratterizza le due azioni di responsabilità alle quali si fa riferimento induce a preferire la tesi che, ferma restando la

legittimazione dell'organo concorsuale all'esercizio unitario di tali azioni, ritiene necessario che siano dedotti in causa specificamente i presupposti dell'una o dell'altra, ovvero di entrambe ma che non sia possibile invece passare indifferentemente dall'una all'altra, ove i presupposti di fatto di entrambe non siano specificamente dedotti in giudizio.

Il carattere derivato e non originario della legittimazione degli organi fallimentari all'esercizio delle azioni di responsabilità si riflette anche sulla disciplina dei termini per l'esercizio di tali azioni che restano quelli ordinari.

#### **7. *I termini per l'esercizio dell'azione di responsabilità nelle diverse fattispecie.***

Per quanto concerne i termini entro i quali può essere utilmente esercitata l'azione di responsabilità sociale e quella dei creditori sociali il discorso deve essere necessariamente articolato.

Con riferimento all'azione sociale di responsabilità il nuovo testo dell'art. 2393 cod. civ. dispone testualmente che : *“l'azione può essere esercitata entro 5 anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica”*.

Si tratta di una innovazione normativa che pone delicate questioni all'interprete.

La formulazione della norma ha indotto parte della dottrina a ritenere che si tratti di un termine di decadenza e non di prescrizione, con la conseguenza che rispetto a tale termine non sarebbero ipotizzabili né l'interruzione, né la sospensione, predicabili invece con riferimento al diverso istituto della prescrizione dei diritti (in questo senso, ad esempio, G. COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Le Società*, 2007, 207 ss., spec. 213).

La questione è evidentemente molto delicata, specialmente quando l'azione di responsabilità sia proposta nell'ambito di procedure concorsuali perché è ben possibile che talune vicende dannose per la società siano ascrivibili all'operato di precedenti amministratori rispetto alla posizione dei quali eventuali atti di contestazione di responsabilità con riserva dell'esercizio della correlativa azione non potrebbero conseguire effetti interruttivi della decadenza.

Non si rinvencono, a quanto consta, specifici precedenti di legittimità che abbiano affrontato la questione alla luce della nuova normativa, essendo per converso noto che in quella precedente si è sempre ragionato in termini di prescrizione quinquennale dell'azione e non di decadenza.

Resta tuttavia il fatto che il legislatore della riforma ha utilizzato diverse espressioni con riferimento rispettivamente all'azione sociale e a quella dei creditori sociali : con riferimento a quest'ultima, infatti, è rimasta l'indicazione contenuta nell'art. 2949 secondo comma cod. civ., ai sensi del quale l'azione di responsabilità che spetta ai creditori sociali verso gli amministratori si prescrive nel termine di cinque anni, mentre non esiste una analoga previsione con riferimento all'azione sociale.

E' vero che non è stato modificato il disposto dell'art. 2941 n. 7 cod. civ. ai sensi del quale la prescrizione rimane sospesa tra le persone giuridiche e i loro amministratori per le azioni di responsabilità contro di essi finchè sono in carica, ma occorre considerare che nell'art. 2393 nel testo riformato il termine per l'esercizio dell'azione inizia a decorrere dalla cessazione dell'amministratore dalla carica superandosi così di fatto la rilevanza della causa di sospensione della prescrizione in origine prevista per tutta la durata della carica.

Un tema quindi, quello della natura del termine per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, ancora tutto da indagare alla luce del nuovo dato normativo.

Per quanto riguarda invece il termine per l'esercizio dell'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali nulla è sostanzialmente mutato a seguito della riforma: il termine è certamente di prescrizione e si discute semmai del momento iniziale del decorso di tale termine, anche con riferimento all'azione esercitata nell'ambito di procedure concorsuali.

Il *dies a quo* per il decorso del termine quinquennale di prescrizione decorre dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento delle ragioni dei creditori sociali (art. 2394, secondo comma, cod. civ.) e pertanto, nell'ipotesi di procedure concorsuali tale termine non decorre necessariamente dalla data in cui si colloca la dichiarazione di insolvenza dell'imprenditore ma può riferirsi sia ad una data anteriore alla dichiarazione di insolvenza, sia ad una data posteriore alla medesima, costituendo quest'ultima solo un indice presuntivo della insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento delle ragioni dei creditori della società.

## **8. *La competenza a giudicare.***

A seguito della istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui alla legge 24 marzo 2012 n.27 (più comunemente conosciute quale "tribunale delle imprese") la competenza a giudicare in materia di azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, i liquidatori, il direttore generale ed i soggetti incaricati della revisione contabile nelle società di capitali spetta al tribunale delle imprese istituito presso il capoluogo di Regione, salvi gli accorpamenti previsti con riferimento a talune regioni.

Per quanto riguarda più specificamente il nostro territorio la competenza spetta inderogabilmente al Tribunale di Genova in funzione di sezione specializzata per le imprese con riferimento a tutte le società che abbiano la sede legale nel territorio della Regione Liguria.

Vi è quindi una possibile dissociazione, in ipotesi di procedure concorsuali, tra il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento e per la gestione della relativa procedura e quello competente per l'esercizio delle azioni di responsabilità promosse dagli organi fallimentari ai sensi del nuovo art. 2394 *bis* cod.civ.

La circostanza non deve stupire in quanto, come in precedenza si è già rilevato, l'azione di responsabilità esercitata dagli organi fallimentari non è una azione derivante dal fallimento e come tale attratta alla competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare ex. art. 24 L.F. .

Gli organi fallimentari esercitano le azioni di responsabilità di cui artt. 2393 e 2394 (ma anche quella degli azionisti di minoranza ex. art. 2393 *bis*) del Codice Civile sostituendosi ai soggetti ordinariamente legittimati.

In questa prospettiva, dunque, il curatore eserciterà l'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali della società fallita davanti al tribunale delle imprese ancorchè il fallimento sia stato dichiarato da un diverso tribunale ubicato nella regione.

Analogamente anche le azioni di responsabilità promosse dalla società, dai soci di minoranza o dai creditori sociali saranno devolute alla competenza esclusiva del tribunale delle imprese indipendentemente dalla ubicazione della sede legale della società nella circoscrizione di altro tribunale.

Per quanto riguarda il rito applicabile l'avvenuta abrogazione del processo societario fa sì che il processo davanti al tribunale delle imprese sia regolato dalle norme che disciplinano il processo ordinario di cognizione.

### ***9. La causa petendi ed i profili dell'istruzione probatoria.***

Gli aspetti strettamente processuali delle azioni di responsabilità esercitabili nei confronti di amministratori e sindaci debbono essere separatamente indagati distinguendosi tra l'azione sociale di responsabilità da un lato e l'azione dei creditori sociali dall'altro (non approfondendosi in questa sede i profili dell'azione diretta del socio o del terzo di cui all'art. 2395 cod. civ., se non per segnalare l'indiscussa natura extracontrattuale).

L'azione sociale di responsabilità è certamente una azione contrattuale (meglio, una azione per inadempimento contrattuale) essendo ascrivibile al novero dei rapporti contrattuali (sia pure connotati da elementi di atipicità) le relazioni che legano gli amministratori e i sindaci alla società.

In questa prospettiva, trattandosi dell'inadempimento di obblighi contrattuali, chi agisce con l'azione di responsabilità sociale ha l'onere di individuare i comportamenti contrari alla legge o allo statuto posti in essere dai convenuti in responsabilità, il danno che ne è conseguito ed il nesso causale tra il comportamento denunciato e il danno di cui si chiede il risarcimento.

Spetta invece ai convenuti, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., dimostrare che l'inadempimento agli obblighi legali o statutari deriva da fatti ad essi non imputabili.

Si tratta di una circostanza estremamente rilevante poiché essa esime l'attore dall'onere di dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo (colpa o dolo) in capo al soggetto convenuto in giudizio. In virtù del richiamato principio codificato all'art. 1218 cod. civ.,

infatti, la colpa si presume una volta dimostrato l'inadempimento e spetta al convenuto superare tale presunzione provando la non imputabilità dell'inadempimento (la giurisprudenza sul punto è pacifica: cfr. ad esempio Cass. 27 aprile 2011 n. 9384)

L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, invece, si configura, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza, fondata su una responsabilità da fatto illecito e quindi con natura extracontrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano sotto il profilo probatorio (l'elemento soggettivo costituito dalla colpa o dal dolo deve essere dimostrato dall'attore).

Ciò detto in ordine al diverso atteggiarsi dell'onere della prova nelle due diverse azioni di responsabilità, può essere interessante notare che, indipendentemente dal tipo di azione esercitata, l'attore è onerato di individuare sin dall'inizio i comportamenti degli amministratori asseritamente contrari dai doveri imposti dalla legge o dallo statuto sociale e non è invece sufficiente – come spesso avviene – che l'atto introduttivo del giudizio contenga genericamente il compimento di atti di *mala gestio* ed enunci genericamente i danni che ne siano derivati con rinvio, nel corso ulteriore del giudizio, ad una più specifica descrizione di tali comportamenti.

In questa prospettiva la giurisprudenza ha chiarito che la compiuta enunciazione della *causa petendi* di un'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci (sia essa azione sociale o azione dei creditori sociali) richiede non la generica denuncia di un fenomeno di *mala gestio*, bensì l'indicazione di ben individuati comportamenti illegittimi, attivi o omissivi e che l'eventuale denuncia in corso di causa di comportamenti illegittimi diversi ed ulteriori, rispetto a quelli menzionati dall'atto introduttivo, implica il mutamento essenziale di uno degli elementi di identificazione della domanda inammissibile se a quel momento si sono già verificate le preclusioni processuali alla introduzione di nuove domande (cfr. in questo senso Cass. 27 ottobre 2006 n. 23180). Anche l'ipotesi, che talvolta ricorre, di enunciazione dei fatti addebitati ad amministratori e sindaci mediante il rinvio contenuto nell'atto di citazione a documenti (relazioni tecniche, relazioni del curatore) allegati agli atti del processo deve essere vista con disfavore.

In questo senso si è espressa, di recente, Cass. 12 dicembre 2008 n.29241, in relazione alla possibilità di desumere la determinazione del *petitum* e l'esatta indicazione della *causa petendi* dal contenuto della documentazione prodotta dall'attore, con finalità probatoria, all'atto della sua costituzione in giudizio; la Corte di Cassazione, nella succitata pronuncia conclude nel senso dell'inammissibilità di un criterio di valutazione che tenga conto della documentazione allegata all'atto di citazione, sulla base dell'argomento fondato sulla *ratio* della previsione normativa di cui all'art. 163, comma 3, nn.3 e 4, c.p.c. , posta nell'interesse precipuo del convenuto in ragione dell'esigenza di apprestare le proprie difese sulla base del contenuto dell'atto di citazione; l'esigenza di difesa del convenuto risulterebbe compromessa ove si ammettesse la possibilità di integrazione in base al contenuto della produzione documentale, successiva nel tempo rispetto alla citazione in giudizio in quanto presentata all'atto della costituzione dell'attore ai sensi dell'art.165 c.p.c.

Per quanto riguarda gli ulteriori profili probatori, specialmente riferibili all'entità del danno risarcibile nell'ambito delle azioni di responsabilità, esula dai limiti del presente lavoro il loro approfondimento. Qui preme soltanto sottolineare le difficoltà insite nella individuazione e quantificazione del danno risarcibile specialmente nell'ambito delle azioni di responsabilità promosse in occasione di procedure concorsuali: sono note in proposito le oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza in ordine ai criteri di quantificazione del danno risarcibile in quelle ipotesi, ma si può dire finalmente superata -salvo ipotesi eccezionali- la tesi che predicava la quantificazione del danno risarcibile nella differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare e sempre più accreditata, per converso, quella che individua tale danno nella differenza dei saldi del patrimonio netto rispettivamente nel momento in cui gli organi sociali avrebbero dovuto rilevare l'insolvenza e quella in cui è stato dichiarato il fallimento.

#### ***10. La chiamata in causa di terzi: in particolare la chiamata dell'assicuratore della responsabilità professionale.***

Le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci presentano profili di interesse processuale anche sotto un diverso angolo visuale.

La presenza di situazioni di responsabilità solidale (tra amministratori ex art. 2392 cod.civ. e tra amministratori e sindaci ex art. 2407 cod.civ.) determina molto spesso la necessità di chiamare in giudizio altri soggetti rispetto agli originali convenuti, dal momento che la solidarietà nella responsabilità non costituisce un'ipotesi di *litisconsorzio* necessario, essendo perfettamente ammissibile che l'azione sia proposta nei soli confronti di taluno dei componenti degli organi di amministrazione e controllo.

Verificatasi tale ipotesi deve ammettersi la possibilità che un convenuto chiami in giudizio un altro soggetto legato dal vincolo di responsabilità solidale per esercitare nello stesso processo l'azione di regresso tra condebitori solidali, ma la necessità dell'esercizio contestuale dell'azione di regresso può sorgere anche nell'ipotesi in cui tutti i soggetti solidalmente responsabili siano stati convenuti dall'attore.

In questa ipotesi, che è la più ricorrente specialmente nell'ambito delle azioni esercitate dagli organi fallimentari, si pongono delicate questioni processuali che riguardano le modalità con le quali le eventuali domande di regresso interno possono essere formulate tra i convenuti. Qui il problema di diritto processuale consiste nella necessità o meno di formulare una chiamata in giudizio nei confronti di soggetti che sono già parti del processo al fine di formulare nei loro confronti la domanda di regresso ovvero in alternativa ammettere la domanda cosiddetta trasversale tra convenuti senza una preliminare chiamata in causa a tal fine.

Si tratta, come è evidente, di un questione processuale estremamente complessa rispetto alla quale sono predicabili le due diverse soluzioni e che in questa sede non è possibile ulteriormente approfondire. Sarà sufficiente rilevare che, pur nell'ambito di un dibattito in corso, recentemente sembra prevalere l'ipotesi che ammette una domanda trasversale tra convenuti.

Al di là delle questioni sopra ricordate non può trascurarsi, tra gli eventi accidentali nell'ambito dell'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci, la vicenda della chiamata in causa dell'assicuratore della responsabilità civile (e, con riferimento specialmente agli organi di controllo, dell'assicuratore della responsabilità professionale). Dal punto di vista strettamente processuale la chiamata in causa dell'assicuratore della responsabilità civile non è agevolmente collocabile in una delle due ipotesi di chiamata in garanzia (propria o impropria) individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pur in assenza di uno specifico dato normativo che le distingua.

La distinzione fra le due ipotesi non è meramente nominalistica in quanto soltanto nell'ipotesi di chiamata in garanzia propria la relativa domanda può essere proposta davanti al giudice della domanda principale, anche in deroga alla competenza per territorio e per valore. La garanzia propria sarebbe individuata dalla circostanza che la causa principale e quella accessoria (di garanzia) abbiano in comune lo stesso titolo e conseguentemente ciò non avverrebbe con riferimento alla domanda di garanzia formulata nei confronti dell'assicuratore essendo diversi i titoli su cui si fondano rispettivamente la causa principale (il rapporto di amministrazione o l'espletamento delle funzioni di controllo) e quella accessoria (il rapporto assicurativo). Un relativamente recente orientamento della Suprema Corte peraltro, sembra ammettere l'esistenza di un'ipotesi di garanzia propria nell'ipotesi della chiamata in causa dell'assicuratore della responsabilità civile poiché il collegamento tra la posizione sostanziale vantata dall'attore e quella del terzo chiamato in garanzia sarebbe previsto dalla legge ed in particolare dall'art.1917 del codice civile, a mente del quale l'assicurato può chiamare in causa l'assicuratore della responsabilità civile.

Si tratta peraltro di un orientamento tuttora non consolidato nell'ambito della giurisprudenza di legittimità.

Il convenuto in azione di responsabilità che sia assicurato per la responsabilità civile, per altro, fermo l'obbligo di denuncia del sinistro nei termini di polizza, può anche scegliere di non chiamare in giudizio l'assicuratore ed eventualmente agire in separata sede per far valere i propri diritti ad essere tenuto indenne, nei limiti del massimale, delle conseguenze risarcitorie ed in quel caso, naturalmente, occorrerà preliminarmente attendere l'esito della azione principale. L'assicuratore, per parte sua, può gestire la lite sino a quando ne ha interesse.

Dal punto di vista sostanziale, infine, può essere interessante notare che le polizze di assicurazione della responsabilità civile professionale sono da tempo ricondotte all'ipotesi di copertura cosiddetta *claims made* nel senso che coprono la responsabilità dell'assicurato soltanto se la denuncia del sinistro interviene nella vigenza della polizza, indipendentemente dal momento anteriore in cui si è verificato il sinistro assicurato.

E' noto a questo proposito l'ampio dibattito in ordine alla validità o meno di questa formula assicurativa, nell'ambito della quale, in ipotesi, il rischio potrebbe essersi già verificato anteriormente alla stipulazione della polizza, con possibile vanificazione dell'alea insita nel rapporto assicurativo.

Una recente pronuncia della Cassazione ha peraltro ritenuto valida la clausola *claims made* a condizione che l'assicurato non fosse consapevole degli illeciti commessi o dell'intenzione del danneggiato di agire in responsabilità nei suoi confronti alla data di sottoscrizione della polizza (Cass. 17 febbraio 2014 n.3622).

### **11. L'arbitrabilità delle azioni di responsabilità.**

Anteriormente alla riforma societaria del 2003 e più precisamente all'introduzione della disciplina dell'arbitrato societario di cui agli artt. 34/36 del d.lgs. 5/2003 (che dettava norme sul processo societario oggi abrogate fatta eccezione appunto per il solo arbitrato societario), il dibattito in ordine alla arbitrabilità delle controversie in materia di responsabilità di amministratori e sindaci è stato molto vivace.

Si discuteva infatti in ordine alla presenza, nell'ambito delle vicende che attengono alla responsabilità di amministratori e sindaci, di interessi trascendenti quelli dei singoli soci e si dubitava conseguentemente della possibilità di devolvere in arbitrato tali controversie.

A partire peraltro dall'ultimo decennio del secolo scorso alcune decisioni della Suprema Corte hanno chiarito che l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci poteva formare oggetto di arbitrato (tanto rituale, quanto irrituale) individuando con chiarezza un sicuro dato normativo che militava in favore di tale scelta.

Si osservava infatti che l'ambito oggettivo dell'arbitrabilità delle controversie era individuato, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., nella transigibilità dei diritti che ne formavano oggetto. In questa prospettiva la previsione contenuta nell'art. 2393 cod. civ. a mente della quale l'azione di responsabilità sociale può essere rinunziata o transatta, purchè a ciò non si opponga una minoranza qualificata dei soci, rendeva palese la disponibilità dei diritti sottesi a tale azione e conseguentemente doveva affermarsi l'arbitrabilità della relativa controversia (per una conferma di tale consolidato orientamento cfr. ad esempio Cass. 19 febbraio 2014 n.3887, riferita a vicenda anteriore alla riforma societaria).

La disciplina dell'arbitrato societario introdotta con il d.lgs. 5/2003 ha posto fine a qualsiasi residua perplessità sul punto, disponendo espressamente all'art.34, quarto comma che *“gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro”*.

Questa scelta del legislatore, se da un lato pone fine ad ogni dubbio sull'arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità (sia pure, come si accennerà nel prosieguo, soltanto con le regole dell'arbitrato societario), da altro lato pone qualche dubbio interpretativo in merito alla vincolatività della scelta arbitrale nei confronti di soggetti estranei alla convenzione di arbitrato.

Secondo il consolidato orientamento della corte costituzionale, come è noto, la compatibilità della scelta arbitrale con il diritto di azione in sede giurisdizionale

garantito dall'art.24 cost. è subordinata alla volontarietà della scelta arbitrale, essendo per contro inammissibile ogni forma di arbitrato obbligatorio.

In questa prospettiva si pone il problema della opponibilità della scelta arbitrale nei confronti di soggetti (amministratori, sindaci e liquidatori) che sono estranei alla convenzione di arbitrato stipulata dai soci in sede di atto costitutivo ovvero successivamente introdotta nello statuto della società.

La dottrina ha superato tali dubbi osservando che la norma introduce una sorta di “*consenso implicito*” degli organi sociali alla devoluzione in arbitrato delle controversie che li riguardano e che consegue alla accettazione della carica.

Ciò è sicuramente vero qualora la convenzione di arbitrato preesista alla accettazione della carica, mentre la questione è più delicata nell'ipotesi in cui la convenzione di arbitrato venga introdotta nello statuto sociale durante l'esercizio della carica sociale.

In questo caso si ritiene, condivisibilmente, che gli amministratori, i sindaci e i liquidatori, ove siano in disaccordo sulla sottoposizione ad arbitrato delle controversie che li riguardano, abbiano la facoltà di rinunciare all'incarico per giusta causa.

Un profilo molto delicato riguarda l'efficacia soggettiva della clausola arbitrale statutaria nei confronti di soggetti che, pur non essendo menzionati nell'art.34, quarto comma del d.lgs. 5/2003, ricoprono ruoli gestionali o di controllo nella società.

Per quanto concerne i componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza è ragionevolmente predicabile una interpretazione estensiva che comporta la riferibilità anche ad essi della convenzione statutaria di arbitrato.

Più delicata è la vicenda relativa all'amministratore di fatto, sembrando preferibile tra le varie opinioni della dottrina quella che esclude la soggezione dell'amministrazione di fatto alla convenzione di arbitrato in difetto di una espressa accettazione dell'incarico dalla quale conseguirebbe una accettazione implicita della convenzione di arbitrato, assicurandosi così il rispetto dell'art. 24 cost.

Sul punto deve tuttavia rilevarsi che la giurisprudenza milanese sembra consolidarsi nel senso di ritenere ricomprese nella clausola arbitrale statutaria anche le controversie che attengono alla responsabilità dell'amministratore di fatto (cfr. Trib. Milano, 22 agosto 2012 n. 9494 e ID., 1 luglio 2010 in *Le Società*, 2010, 1396).

Secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, invece, la convenzione statutaria di arbitrato non potrebbe estendersi alle controversie promosse da (o nei confronti di) società di revisione o revisore dei conti.

Non vi sono quindi ostacoli, nei limiti in precedenza indicati, alla arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità.

Merita peraltro di essere ricordata, in questo contesto, la questione relativa alla esclusività o meno dell'arbitrato societario disciplinato dal d.lgs. 5/2003 e più precisamente della ammissibilità del ricorso all'arbitrato di diritto comune in ambito societario.

In dottrina e nella giurisprudenza di merito prevale l'opinione, suffragata anche dai lavori preparatori della riforma del 2003, che ammette la compatibilità dell'arbitrato di diritto comune in ambito societario, consentendo ai soci di optare per l'una o l'altra soluzione (si tratta della teoria cd del "doppio binario"). La Corte di Cassazione, peraltro, con una serie di pronunce a partire dal 2010 ha bruscamente posto fine al dibattito affermando perentoriamente (e per la verità con motivazioni assai sbrigative) l'esclusività del solo arbitrato societario come disciplinato dal d.lgs. 5/2003.

La Corte ritiene nulle le convenzioni di arbitrato di diritto comune inserite negli atti costitutivi o negli statuti di società commerciali e ravvisa ipotesi di responsabilità disciplinare a carico del notaio che rediga un atto costitutivo di società contenente una clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune. Non è possibile in questa sede affrontare ex professo la questione, che pure è più complessa e di soluzione più incerta di quanto non traspaia dalle motivazioni dei giudici di legittimità.

Qui conviene soltanto sottolineare, dal punto di vista della pratica applicativa, la necessità che le convenzioni di arbitrato inserite negli atti costitutivi o negli statuti di società commerciali siano rispettose della specifica disciplina dell'arbitrato societario ed in particolare prevedano che la nomina degli arbitri sia effettuata in ogni caso da un soggetto diverso dalle parti in conflitto, poiché la violazione di tale regola determina la nullità insanabile della convenzione di arbitrato.

## **12. Le misure cautelari strumentali all'esercizio dell'azione di responsabilità.**

Nell'ambito dell'esercizio delle azioni di responsabilità non è infrequente la richiesta di misure cautelari strumentali a garantire il credito risarcitorio, attraverso il sequestro conservativo di beni e crediti dei convenuti; spesso, la richiesta di cautela è, per intuibili ragioni, formulata *ante causam*.

Statisticamente molto frequente è la richiesta di misure cautelari (sequestro conservativo) in occasione dell'esercizio di azioni di responsabilità in sede concorsuale.

In questo particolare settore significative novità – sotto il profilo processuale- sono state introdotte non dal legislatore della riforma societaria ma da quello della riforma della disciplina fallimentare (decreto legislativo n. 5 del 2006 e successive modifiche ed integrazioni)

Il dato normativo più rilevante, nella prospettiva indagata, è certamente costituito dal nuovo testo dell'art. 146 L.F., nell'ambito del quale è scomparsa la facoltà per il giudice delegato di disporre misure cautelari contestualmente alla autorizzazione al curatore ad esercitare azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali della società fallita.

Si tratta di una scelta da salutare con favore e che segna un innegabile progresso della disciplina fallimentare (che è, in sostanza, un processo esecutivo *sui generis*) verso un processo più equo e rispettoso della regola del contraddittorio, oggi di rilevanza costituzionale essendo menzionata nel nuovo testo dell'art. 111 Cost.

E' il caso di ricordare, con riferimento alla disciplina previgente, che la misura cautelare adottata dal giudice delegato ex. art. 146 L.F. non solo era assunta senza alcun contraddittorio con i soggetti destinati ad essere incisi da essa, ma era anche ritenuta, dalla maggioranza degli interpreti, non suscettibile di reclamo nemmeno dopo introduzione del processo cautelare uniforme nel 1990, che prevede espressamente un doppio grado di giudizio cautelare.

Oggi, dunque, il giudice delegato non ha alcun potere di disporre misure cautelari quando autorizza il curatore ad esercitare azioni di responsabilità. Si applicano alla fattispecie le regole ordinarie in materia di misure cautelari e sono conseguentemente garantiti un effettivo contraddittorio e la fase di reclamo.

La competenza ad autorizzare la misura cautelare appartiene al giudice competente per il merito e conseguentemente al tribunale delle imprese individuato secondo le regole già in precedenza ricordate (supra § 8).

Un ultimo profilo che merita di essere segnalato riguarda l'individuazione del requisito del pericolo nel ritardo, elemento indispensabile ai fini dell'accogliibilità di una istanza di sequestro.

Un orientamento molto diffuso nella prassi dei tribunali, specialmente con riferimento alle azioni di responsabilità promosse nell'ambito di procedure concorsuali, ravvisa il pericolo nel ritardo nella mera sproporzione tra l'entità del danno di cui viene chiesto il risarcimento (normalmente molto ingente) e la consistenza dei patrimoni dei soggetti ritenuti responsabili.

In questa prospettiva, allora, il provvedimento cautelare di sequestro conservativo di beni e crediti dei soggetti destinatari dell'azione di responsabilità viene sistematicamente concesso.

Un recente provvedimento del Tribunale di Torino (Trib. Torino ord. 14 settembre 2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) si segnala per aver riesaminato, con spirito critico, l'orientamento maggioritario giungendo a conclusioni diverse e condivisibili, in quanto particolarmente attente al dato normativo.

Si osserva infatti nel citato provvedimento che una corretta interpretazione dell'art. 671 c.p.c. con specifico riferimento al concetto di "perdita delle garanzie" implica necessariamente una diminuzione delle stesse che non può consistere nella mera oggettiva sproporzione tra il credito e il patrimonio *ab origine* esistente e di cui non sussistano ragioni specifiche per temere la sottrazione o la dispersione.

Ne consegue che la sola sproporzione tra il patrimonio del preteso debitore ed il credito vantato dalla parte che richiede la misura cautelare del sequestro conservativo non consente di ritenere sussistente pericolo di dispersione o depauperamento della garanzia patrimoniale, a condizione ovviamente che non emergano elementi dai quali desumere il possibile compimento da parte del debitore di atti distrattivi o dispersivi del suo patrimonio.

In questa prospettiva, allora, spetterà a chi richieda il sequestro conservativo dimostrare che il patrimonio del debitore ha formato oggetto, successivamente al sorgere della responsabilità risarcitoria, di modificazioni quantitative o qualitative dalle quali possa desumersi una maggiore difficoltà nell'attuazione della responsabilità patrimoniale e di cui all'art. 2740 cod.civ., non essendo per converso sufficiente- come spesso si ritiene- la mera sproporzione tra il patrimonio del debitore e l'entità del danno risarcibile.

### **13. Cenni all'azione di responsabilità nell'ambito delle società pubbliche.**

Nell'affrontare i profili della responsabilità di amministratori e sindaci, sia pure dall'angolo visuale del diritto processuale, non può non farsi cenno alle delicate questioni che si pongono in ordine all'applicabilità o meno delle regole di diritto comune nell'ambito delle società pubbliche.

Il tema delle società pubbliche, come è risaputo, è di estrema attualità sotto diversi profili che spaziano dalla politica economica (nell'ambito della quale si contesta l'utilizzazione spregiudicata da parte degli enti locali degli strumenti societari che determina un intollerabile aumento dei costi di gestione) alla regolazione delle crisi delle imprese pubbliche con particolare riferimento alla applicabilità o meno della disciplina fallimentare.

Esula dai limiti del presente lavoro un'approfondita indagine sul fenomeno delle società pubbliche: in questa sede si farà cenno soltanto a quei profili che coinvolgono gli aspetti processuali della responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo di esse.

In questi limiti circoscritti occorre preliminarmente distinguere, all'interno della categoria delle società pubbliche, quelle che, pur partecipate dallo Stato o da enti pubblici operino nel mercato in regime di concorrenza e quelle, invece, che – interamente partecipate, da uno o più enti pubblici - svolgano attività non commerciale o industriale e che siano strumentali all'erogazione di servizi pubblici, configurandosi così quali articolazioni dell'ente pubblico rispetto alle quali quest'ultimo esercita un controllo analogo a quello normalmente esercitato sui propri uffici.

La distinzione rileva non soltanto ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di contratti di lavori, forniture o servizi pubblici, ma anche dal punto di vista processuale.

Le società in mano pubblica, infatti, non perdono per il solo fatto di tale partecipazione le loro caratteristiche tipiche di società lucrative, come tali assoggettate alle regole del diritto privato; quando tuttavia la società in mano pubblica si configuri quale mero strumento organizzativo per la gestione, da parte dell'ente pubblico titolare di un pubblico servizio (cosiddette società *in house*), allora la funzione prevale sulla forma societaria, nel senso che non ci si troverebbe di fronte ad una persona giuridica autonoma, ma ad una mera articolazione dell'ente pubblico (per una recente affermazione di questi principi cfr. Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26233).

Dal punto di vista processuale dalla distinzione sopra indicata tra società con partecipazione pubblica e società *in house* discendono rilevanti conseguenze.

Occorre infatti domandarsi se in ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori ricorra o meno la giurisdizione della Corte dei Conti anche ai fini del risarcimento del danno erariale.

Sotto questo profilo la giurisprudenza, dopo qualche oscillazione, sembra ormai consolidata nel senso che occorre distinguere tra le due fattispecie.

Con riferimento alle società meramente partecipate da enti pubblici si tende ad escludere la giurisdizione della Corte dei Conti per gli atti di *mala gestio* che abbiano depauperato il patrimonio sociale: l'azione del procuratore contabile resterebbe quindi confinata al solo danno diretto subito dal socio pubblico in applicazione di quanto dispone l'art. 2395 cod. civ.; nell'ambito del danno diretto sarebbe altresì da ricomprendere il danno all'immagine e, secondo taluni, anche il danno alla funzione pubblica.

A diversa soluzione invece si perviene con riferimento alle società *in house* perché il danno da esse subito a seguito di atti di *mala gestio* degli amministratori si risolverebbe in un danno diretto al patrimonio di una pubblica amministrazione in ragione del fatto che la distinzione tra socio pubblico e società avrebbe una valenza puramente formale. In questa ipotesi, allora, sussisterebbe pienamente la giurisdizione contabile, sostituendosi l'azione erariale a quella ordinaria di responsabilità.

Nelle società a partecipazione pubblica (non in quelle *in house*) il regime della responsabilità per atti di *mala gestio* è dunque riconducibile alle ordinarie regole codicistiche e, quale corollario della natura privatistica e lucrativa di tali società esse risulteranno assoggettabili a fallimento, come recentemente chiarito dalla Corte di legittimità, e conseguentemente saranno esperibili nei confronti dei loro amministratori e sindaci le azioni di responsabilità di cui agli artt. 146 comma 2 L.F. e 2394**bis** cod.civ.

#### **14. Il dilemma delle azioni di responsabilità nelle S. r. L.**

Il legislatore della riforma, come è noto, ha riscritto la normativa codicistica in materia di società a responsabilità limitata, emancipando quest'ultima dal ruolo di "sorella minore" della S.p.A. che le era stato attribuito nell'impianto originario del codice.

Anche le regole sostanziali in tema di responsabilità degli amministratori non coincidono più con quelle previste nell'ambito della Società per Azioni. Di queste nuove regole, specifiche per la S.r.L., occorre fare un breve cenno, funzionale alla disamina dei profili processuali specifici delle azioni di responsabilità nell'ambito della tipologia societaria in esame.

L'art. 2476 cod. civ. dispone la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società onerando chi si voglia sottrarre

alla solidarietà della dimostrazione di essere esente da colpa e, ove a conoscenza dell'atto dannoso, di aver fatto constare il proprio dissenso.

Nonostante l'apparente somiglianza di queste regole con quelle previste nella Società per Azioni, la responsabilità degli amministratori delle S.r.L. presenta connotazioni peculiari: basti al riguardo ricordare che le norme non fanno cenno alla diligenza professionale ed all'obbligo di agire in modo informato, imposti invece agli amministratori di S.p.A.

Altra significativa differenza che occorre ricordare concerne la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. (art. 2476 comma 7, cod.civ.).

La norma composita che disciplina la responsabilità degli amministratori nella S.r.L. fa salvo il risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, riprendendo il contenuto dispositivo dell'art. 2395, riferito alle S.p.A.

La disciplina sostanziale dettata in tema di responsabilità degli amministratori di S.r.L. della quale si è fatto cenno in precedenza presenta lacune ed oscurità che si riverberano sia sotto il profilo del diritto sostanziale sia sotto quello strettamente processuale.

Dal punto di vista sostanziale la norma pone un dilemma di non agevole soluzione.

L'art. 2476 cod. civ., infatti, non menziona, accanto all'azione di responsabilità per danni alla società, l'azione dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, prevista dall'art. 2394 cod. civ. in materia di società per azioni.

La lacuna normativa che ne consegue, e che non trova giustificazione nei lavori preparatori e nella relazione di accompagnamento alla riforma, pone l'interprete di fronte all'alternativa se ritenere esclusa l'azione dei creditori sociali ovvero ritenerla consentita ricorrendo all'interpretazione analogica delle norme ai sensi dell'art. 12 comma 2 delle disposizioni sulla legge in generale.

Il dibattito sul punto è aperto, ma deve segnalarsi la tendenza della giurisprudenza di merito a privilegiare l'applicabilità in via analogica della regola prevista per le società per azioni, non risultando logicamente giustificabile la privazione nei confronti dei creditori sociali dell'azione a tutela della integrità del patrimonio sociale (in questo senso, fra le molte, cfr. Trib. Milano, 22 dicembre 2010 n. 14632 in *Le Società*, 2011, 757 ss.).

Per quanto riguarda, invece, le azioni di responsabilità esercitate in ambito concorsuale la soluzione che predica la possibilità di esercitare, anche con riferimento alle S.r.L., cumulativamente l'azione di responsabilità sociale e quella di spettanza dei creditori sociali trova base normativa nell'art. 146 comma 2 l.f. che ammette il curatore all'esercizio delle "azioni di responsabilità" senza alcuna distinzione. Questa opzione interpretativa raccoglie generale consenso sia in dottrina che in giurisprudenza.

Venendo ora ad esaminare i profili processuali delle azioni di responsabilità nell'ambito delle S.r.l. si deve subito osservare che la legittimazione ad agire è attribuita a ciascun socio, indipendentemente dalla quota di partecipazione al capitale sociale posseduta.

A differenza peraltro di quanto accade nell'ambito delle S.p.A., in questa ipotesi non è per nulla chiaro se la legittimazione ad agire in capo al socio costituisca un caso di sostituzione processuale nell'ambito del quale il socio faccia valere in nome proprio un diritto della società.

Da un lato, infatti, la norma non prevede – a differenza di quanto disposto dall'art. 2393*bis* con riferimento alle S.p.A. – che la società sia evocata in giudizio ma, da altro lato, si dispone che in caso di accoglimento della domanda la società provvede a rimborsare agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti. Sul punto dottrina e giurisprudenza sembrano divisi propendendo la prima tendenzialmente per l'ipotesi della sostituzione processuale, esclusa invece, sempre tendenzialmente, dalla seconda.

Certamente la formulazione della norma è infelice poiché, analogamente a quanto previsto per le S.p.A., la società può transigere l'azione di responsabilità proposta dai soci o rinunziarvi (sia pure con maggioranze qualificate dei due terzi del capitale sociale e purchè non vi si opponga almeno il decimo del capitale sociale).

La società, dunque, a certe condizioni può disporre della lite introdotta dal singolo socio e ciò sembra deporre implicitamente nel senso che l'azione di responsabilità promossa dal singolo socio non è un'azione autonoma, perché se così fosse essa sarebbe insensibile alle diverse iniziative della società.

Corollario di questa constatazione dovrebbe essere anche la possibilità per la società di introdurre autonomamente l'azione di responsabilità verso i propri amministratori, ma anche su questo punto non vi è unanimità di opinioni in assenza, a quanto consta, di un indirizzo giurisprudenziale in sede di legittimità.

Merita a questo proposito di essere segnalata una recente pronuncia di merito che ha affrontato sia il problema della (autonoma) legittimazione della s.r.l. ad esperire azioni di responsabilità nei confronti di propri amministratori sia quello, in caso affermativo, della necessità o meno di una apposita deliberazione assembleare autorizzativa all'esperimento dell'azione (si tratta di Trib. Padova, 19 luglio 2012 in [www.ILcaso.it](http://www.ILcaso.it)).

La citata pronuncia, con argomentazione sintetica ma persuasiva, ha ritenuto di dover dare risposta affermativa ad entrambe le questioni : quanto alla prima perché la legittimazione (sostitutiva) attribuita al singolo socio non esclude una legittimazione autonoma dell'ente; quanto alla seconda perché – pur in assenza di un esplicito richiamo alle previsioni dettate in materia di S.p.A. – appare più coerente dal punto di vista sistematico ritenere che il potere di disporre dell'azione di responsabilità spetti all'assemblea di soci, alla quale la legge attribuisce specificamente la facoltà di transigere o rinunciare all'azione esperita dal singolo socio, sia pure con le speciali maggioranze delle quali si è detto. In questa prospettiva, allora, si deve ritenere

necessaria una previa deliberazione assembleare, assunta peraltro con le ordinarie maggioranze (almeno metà del capitale sociale).

Un aspetto peculiare dell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.L. riguarda, come si è già accennato, il possibile coinvolgimento, quali responsabili solidali degli atti di *mala gestio* compiuti dagli amministratori, dei soci che abbiano intenzionalmente deciso od autorizzato il compimento di atti dannosi sia nei confronti della società sia nei confronti dei creditori o di terzi.

Qui i problemi sono molteplici non essendo chiaro se la norma intenda colpire i soci che si siano ingeriti sistematicamente nella gestione della società (coinvolgendo quindi l'ipotesi dell'amministratore di fatto, che peraltro per i più dovrebbe rimanere autonomamente sanzionata) ovvero se possano essere sanzionate con questa forma di responsabilità solidale con gli amministratori ipotesi specifiche, anche occasionali, di ingerenza dei soci nella gestione. La lettera della norma sembra deporre in questa seconda direzione.

Quanto al requisito della intenzionalità dell'agire del socio ai fini della ricorrenza della sua responsabilità solidale con gli amministratori, fra le diverse possibili interpretazioni dell'infelice formulazione legislativa sembra preferibile la tesi che riconduce tale responsabilità non tanto all'intenzionalità dell'agire, quanto alla consapevolezza e volontarietà dell'evento dannoso per l'interesse della società, dei creditori o dei terzi.

Per quanto concerne la responsabilità del collegio sindacale, ove presente, l'art. 2477 dispone l'applicazione delle disposizioni in tema di società per azioni tra le quali, secondo l'interpretazione prevalente, rientra l'esercizio delle azioni di responsabilità previste per la S.p.A. : dal punto di vista processuale ne consegue che le regole applicabili saranno quelle di cui agli artt. 2393, 2393**bis** e 2394 e non quelle contenute nell'art. 2476 che non disciplina la responsabilità del collegio sindacale.

Un cenno merita inoltre la possibilità dell'azione cosiddetta diretta del socio o del terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori : qui sembra ragionevole ritenere sostanzialmente applicabili i principi enunciati dall'art. 2395 con riferimento alle S.p.A., con responsabilità estesa al collegio sindacale, ove presente, in virtù del richiamo contenuto all'art. 2407 cod. civ.

Un ultimo profilo, quanto mai controverso, riguarda la possibilità per ciascun socio, prevista dall'art. 2476, di chiedere in caso di gravi irregolarità nella gestione della società che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori.

Qui non è chiaro se la revoca sia un procedimento autonomo, in qualche misura assimilabile all'ipotesi di cui all'art. 2409 non applicabile nell'ambito delle S.r.L. (anche a seguito del noto intervento di Corte Cost. 29 dicembre 2005 n. 481), ovvero si tratti di una misura strumentale nell'ambito dell'esercizio dell'azione di responsabilità; in questa seconda ipotesi se la revoca possa essere conseguita *ante causam* o soltanto a seguito della introduzione dell'azione di merito.

## **15. Conclusioni.**

Volendo trarre le fila del discorso che è stato sviluppato in ordine all'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci, con particolare riferimento ai profili processuali, si debbono evidenziare alcuni aspetti degni di nota.

Intanto l'ampliamento della legittimazione ad agire nelle azioni di responsabilità che, all'esito della riforma, spetta ora anche ad una maggioranza qualificata di soci (nelle S.p.A.) ovvero al singolo socio (nelle S.r.L.).

Ancora, una più puntuale disciplina della responsabilità solidale nell'ambito della S.p.A. ed una più coerente individuazione della legittimazione ad agire nell'ambito delle procedure concorsuali.

Il dato più significativo, tuttavia, consiste nella peculiarità della disciplina delle azioni di responsabilità nell'ambito delle S.r.L. che pone all'interprete delicate questioni, la cui soluzione è ancora dibattuta, e delle quali si è cercato di dare conto nei limiti imposti dall'economia del presente contributo.

Anche sotto il limitato angolo visuale del processo, quindi, la riforma del diritto societario è connotata da luci ed ombre che impongono uno sforzo interpretativo notevole che una migliore formulazione delle norme avrebbe certamente evitato.