

**UNIVERSITÀ COMMERCIALE LUIGI BOCCONI**

**SCUOLA DI GIURISPRUDENZA**

**Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza**

**L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ CONTRO GLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ DI  
CAPITALI FALLITA**

Relatore: Prof. Marcello Gaboardi

Controrelatore: Prof. Cesare Cavallini

Tesi di laurea magistrale in Giurisprudenza di: Gianluca Passaro  
N. matr. 1332014

Anno accademico 2012/2013







## INDICE – SOMMARIO

Premessa.....	p.7
---------------	-----

### CAPITOLO I

#### IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: L'ART. 146 L. FALL.

1. Il fallimento delle società di capitali: gli effetti sul contratto sociale e sull'organizzazione della società. Gli effetti personali del fallimento sul debitore fallito .....	p.13
2. (Segue). Gli effetti patrimoniali del fallimento sul debitore fallito: art. 42 l. fall. ....	p.20
3. L'amministrazione del patrimonio fallimentare: art. 31 l. fall.. La figura del curatore.....	p.27
4. Gli effetti processuali del fallimento: art. 43 l. fall. ....	p.38
5. Art. 146 l. fall.: considerazioni generali .....	p.44

### CAPITOLO II

#### ESEGESI DELL'ART. 146 COMMA 2 L. FALL.: L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ CONTRO GLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ DI CAPITALI FALLITA

#### SEZIONE I

#### LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL CURATORE

1. Art. 146 comma 2 l. fall.: le azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: considerazioni introduttive .....	p.49
2. Le fattispecie di azioni di responsabilità nelle società di capitali in bonis: la disciplina nelle s.p.a. ....	p.52
3. (Segue). Nelle s.r.l.....	p.64
4. L'esercizio delle azioni di responsabilità nel fallimento: la legittimazione del curatore di s.p.a. fallita .....	p.75
5. (Segue). La legittimazione del curatore di s.r.l. fallita .....	p.82

## SEZIONE II

### LA NATURA E IL REGIME GIURIDICO DELL'AZIONE

1. La formulazione "aperta" dell'art. 146 comma 2 l. fall. e le recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità: unitarietà e inscindibilità dell'azione. Cenni introduttivi..... p.88
2. La natura giuridica dell'azione esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146 comma 2 l. fall.: i profili sostanziali dell'azione ..... p.91
3. (Segue). I profili processuali dell'azione..... p.95
4. Art. 146 comma 2 l. fall.: il significato e la portata del dettato normativo..... p.101

## CAPITOLO III

### L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ ESERCITATA NEL FALLIMENTO: ASPETTI RELATIVI ALLA TUTELA CAUTELARE

1. L'accesso del curatore alla tutela cautelare nell'ambito dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali. Considerazioni introduttive..... p.108
  2. Le misure cautelari e le azioni di responsabilità *ex artt.* 2393 ss.: la denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. quale misura lato sensu cautelare ..... p.113
  3. Le misure cautelari e l'azione di responsabilità *ex art.* 2476 c.c.: approfondimento sul tema della revoca dell'amministratore..... p.122
  4. L'azione di responsabilità *ex art.* 146 comma 2 l. fall. e le iniziative cautelari: il ricorso del curatore in corso di causa ed *ante causam*. ..... p.130
  5. (Segue). Alcuni aspetti processuali relativi alle azioni cautelari promosse dal curatore..... p.135
  6. Alcuni dubbi interpretativi ancora aperti: la proponibilità della denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. e della revoca dell'amministratore di s.r.l. *ex art.* 2476 c.c. in corso di fallimento..... p.139
- Conclusioni..... p.145
- Bibliografia..... p.159

## PREMESSA

Il presente lavoro ha tratto origine dalla volontà di chiudere un percorso di studi quinquennale indagando un tema nel quale potessero intrecciarsi problemi giuridico-interpretativi di ampio respiro e nel quale tutti gli strumenti acquisiti potessero rivestire un qualche ruolo nell'opera di comprensione e nella seguente elaborazione di un pensiero, per quanto possibile, giuridicamente valido e costruttivo.

Terreno di elezione per “dar sfogo” a questa volontà è stato individuato nel diritto concorsuale definito «crocevia dove convergono questioni sostanziali e processuali, istituti civilistici e penalistici e [...] dove assumono rilevanza, con pari dignità, discipline tra loro diverse»<sup>1</sup>, e, aggiungerei, *ex post*, «crocevia» trafficato e convulso.

Elemento determinante nella scelta di apporfondire un certo ambito di studio è stata la sua natura, o meglio, la sua “vocazione”: il diritto fallimentare nella sua essenza è frutto di commistione tra diritto concorsuale puro, diritto sostanziale e diritto processuale, apparendo pertanto luogo ideale nel quale poter ripercorrere a ritroso un percorso fatto di sforzi e sacrifici, ma assolutamente entusiasmante.

Come si diceva, elemento determinante, ma non unico: il fascino che lo stesso riveste sta probabilmente anche nella sua storia e nella sua evoluzione. Dall'epoca delle corporazioni ad oggi il fallimento non ha forse mai smesso di apparire un tutt'uno con il suo versante penalistico, ossia la bancarotta (termine che richiama la cerimonia della rottura violenta del banco dove operava il mercante, svolta a cura dei reggenti la corporazione<sup>2</sup>, quale contrappasso alla rottura delle regole e in particolare, della regola fondamentale della fiducia), nonostante gli sforzi dei codificatori di rendere i due piani, quantomeno concettualmente, separati.

---

<sup>1</sup> L. DE ANGELIS, *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fall.*, 2004, p. 353 ss

<sup>2</sup> E. CUZZERI, *Il codice di commercio italiano commentato con i lavori preparatori, con la dottrina e con la giurisprudenza*, vol. VIII, tit. VIII, Verona, 1883, p. 681

Sarebbe certamente interessante poter indagare quanto questi sforzi abbiano inciso sull'odierna coscienza collettiva, in un certo qual modo potendosi costruire un parallelo con l'evoluzione che ha interessato il concetto e la funzione (se di funzione si può ancora parlare) della «pena» (cfr. Art. 27 comma 3 Cost.)

Un dato, però, non può non essere considerato: la disciplina vigente del fallimento, fatta di norme positive e risultati interpretativi, ha abbandonato quegli elementi sanzionatori che affondavano le proprie radici in quell'espressione spesso ricordata e attribuita a Baldo degli Ubaldi, secondo cui «*decoctor ergo fraudator*» (*Opera omnia super varias partes juris romani: Consiliorum*, V, cons. 399.3). Come sta del resto progressivamente abbandonando tutti quegli elementi che nella loro natura appaiono ancillari alla concezione del fallimento quale procedura *lato sensu* sanzionatoria.

In questa lenta ma costante opera di rinnovamento, che negli ultimi anni ha visto un'accelerazione repentina<sup>3</sup> (dovuta alle esigenze del mercato e dei suoi operatori), al progressivo abbandono della concezione della disciplina fallimentare quale procedura liquidatoria orientata più o meno decisamente anche a finalità sanzionatorie si è affiancata difatti nel tempo una condivisa (dal legislatore e dagli interpreti) concezione della stessa quale procedura «privatizzata» o meglio, «degiurisdizionalizzata»<sup>4</sup>. Di quella che molti studiosi chiamano la *privatizzazione* del diritto fallimentare non è forse possibile dare un significato nozionale e tentare di fornirne qui una spiegazione esauriente sarebbe del resto prematuro e forse di scarsa utilità.

Se ne potranno però cogliere gli aspetti rilevanti tra le linee dei ragionamenti che permeano questo lavoro, ruotante in un certo modo attorno alla figura che del fallimento è divenuta col tempo l'assoluta protagonista, ossia quella del curatore fallimentare.

Tenendosi ben ancorati a quello che dai più è riconosciuto quale fondamentale precetto, ossia quello secondo cui sono le norme positive che servono a costruire una certa tesi e non le idee a dar senso alle norme, si tenterà in sostanza di valutare se e quanto sia attualmente valido quel principio secondo cui il curatore «non dispone di alcun potere in bianco, non ha in mano alcun *paspartout*, non è armato di alcun grimaldello per scardinare

---

<sup>3</sup> Dal Regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (Legge Fallimentare), sono intervenute con più o meno incisive modifiche, in ordine: D.L. 14 marzo 2005, n. 35; D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (riforma «organica» del fallimento); D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; L. 18 giugno 2009, n. 69; D.L. 31 maggio 2010, n. 78; D.L. 22 giugno 2012, n. 83; D.L. 18 ottobre 2012, n. 179; e da ultimo D.L. 21 giugno 2013, n. 69.

<sup>4</sup> Parla di «minore giurisdizionalizzazione» il legislatore delegato nella Relazione governativa al D.lgs. 5/2006.

porte e serrande che il legislatore ha voluto ben chiuse»<sup>5</sup>, o comunque non dovrebbe disporre (come del resto, nelle maglie del fallimento quale procedura non sanzionatoria e dei principi del giusto processo, non dovrebbe disporre nessuno degli organi che della procedura fallimentare costituiscono gli “ingranggi”), riconoscendosi nelle “porte“ e “serrande“ quegli interessi che pur nel fallimento devono essere salvaguardati e tutelati. In altri termini, guardando ad una questione interpretativa che ha impegnato e tuttora impegna dottrina e giurisprudenza si tenterà per quanto possibile di fotografare lo stadio raggiunto in quest’opera continua di cesellamento della legge fallimentare<sup>6</sup> e, magari, indicarne le prospettive.

È bene però fare un passo indietro, deviando l’attenzione sullo specifico oggetto di indagine del presente lavoro, «L’azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali fallita», così da fornire le ragioni che hanno determinato la decisione di occuparsi di questo tema.

In primo luogo è opportuno rilevare come si sia scelto di indagare la c.d. “disciplina fallimentare societaria“ in relazione alle società di capitali non solo per ragioni teoriche, stante l’attualità dei problemi di coordinamento tra la disciplina fallimentare e la disciplina societaria<sup>7</sup>, ma anche e soprattutto per due ragioni eminentemente pratiche.

Circa la prima, potremmo dire che è stata imposta dallo stesso legislatore fallimentare: nel perseguimento di esplicite politiche deflazionistiche (con obiettivi di efficienza e di riduzione dei costi della macchina della giustizia), dal 2007 è stata ridotta l’area della fallibilità (nella quale del resto, è bene dirlo rientrano solo «gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici, *ex art. 1 l.fall.*») attraverso la fissazione di valori soglia che, prescindendo dalla forma organizzativa adottata, danno esclusivo riguardo alle dimensioni dell’attività.<sup>8</sup>

Non è errato dedurre che alle maggiori dimensioni dell’attività corrispondono forme di impresa gestite collettivamente: solo nel 2007 infatti (anno nel quale possono essere colti, seppur parzialmente, gli effetti del Decreto correttivo 169/2007) già si contavano, su un totale

---

<sup>5</sup> Espressione usata da F. BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e il curatore terzo nell’ottica dell’interesse perseguito*, in *Fall.*, 1983, 839.

<sup>6</sup> Parla di «cantiere aperto», M. FABIANI, *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011

<sup>7</sup> Di cui la riforma intervenuta con D.lgs. 6/2003, che ha interessato primariamente le società di capitali.

<sup>8</sup> L’art. 1 l. fall., la cui ultima modifica risale al D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, stabilisce la non assoggettabilità a fallimento dei soggetti che dimostrino di non aver avuto nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento (o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore) un attivo patrimoniale complessivamente superiore a trecentomila euro nonché ricavi lordi per più di duecentomila euro e di non avere debiti anche non scaduti per un ammontare superiore a cinquecentomila euro, tenendo presente che il soggetto sarà comunque ritenuto non fallibile pur avendo superato uno dei valori soglia, qualora i debiti scaduti e non pagati risultanti dall’istruttoria fallimentare siano complessivamente inferiori a 30.000 Euro .

di 6.062 fallimenti dichiarati, 5.326 fallimenti relativi a imprese gestite in forma societaria (circa l'87,9 % del totale) e 602 relativi ad imprenditori individuali.<sup>9</sup>

Ma come anticipato, non è stata l'unica ragione. In effetti, nonostante l'Italia continui ad apparire un paese nel quale una grossa fetta delle imprese vengono gestite individualmente, soprattutto a seguito della riforma del diritto societario del 2003 le società di capitali (e soprattutto le società per azioni e le società a responsabilità limitata), hanno rappresentato e rappresentano lo strumento che per complessità ed elasticità del regime legale meglio si adattano alla mutevolezza e dinamicità del mercato globale.<sup>10</sup>

Anche le recenti statistiche (riportate in nota 10), non possono che far presagire in prospettiva un costante incremento nell'adozione di tali forme di esercizio di attività commerciale da parte degli operatori economici. Pertanto diviene comprensibile come, per evidenti ragioni di diffusività e rilevanza pratica, si è deciso di indagare i (molti) problemi interpretativi che la trasposizione in ambito fallimentare di un importante istituto come l'azione di responsabilità contro gli amministratori solleva con riferimento alle società di capitali e, per i motivi illustrati, in particolar modo con riferimento alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata.

Forse meno intuitivo è il motivo per cui tra i numerosi problemi di coordinamento che ancora presenta la lettura della legge fallimentare alla luce della disciplina societaria, si sia deciso di approfondire quelli che potrebbero derivare (e come si vedrà, derivano) dall'esercizio nel fallimento dell'azione di responsabilità contro gli amministratori. A ben vedere non sono poche le ragioni, ancora di carattere sia teorico che pratico.

*In primis* l'istituto dell'azione di responsabilità contro gli amministratori rappresenta *ex se* (anche fuori dal fallimento) un tema di assoluto interesse nonché di assoluta attualità, stanti del resto le relativamente recenti modifiche intervenute con la riforma del 2003 (e di cui si darà conto ampiamente nel capitolo 2).

---

<sup>9</sup> Dati ISTAT, relativi all'anno 2007. Per i riferimenti numerici v. [www.istat.it](http://www.istat.it), in *Fallimenti e protesti*, documento pubblicato il 19.03.2009

<sup>10</sup> Secondo dati ISTAT del 2005 riferiti all'anno 2003 il numero delle imprese individuali, seppur ancora più elevato rispetto a quello delle imprese gestite in forma societaria, risultava stabile rispetto al 2002, mentre aumentava il numero delle società di capitali, soprattutto delle società a responsabilità limitata (+5,6%); secondo dati ISTAT del 2009 riferiti all'anno 2007, si registrava ancora un trend positivo nella costituzione di imprese in forma di società di capitali (+3,8% dovuto soprattutto alla maggiore diffusione delle società a responsabilità limitata, +4,0%) rispetto al 2006; infine, per completezza del quadro delineato, sempre secondo dati ISTAT il 2010 registra rispetto al 2009 un incremento nella costituzione di società di capitali del 3% delle società di capitali (con una certa contrazione delle società per azioni ed un forte incremento delle società a responsabilità limitata) a fronte di una riduzione dell'1% e dello 0,9% rispettivamente nel numero delle imprese individuali e delle società di persone. Per i riferimenti numerici v. [www.istat.it](http://www.istat.it), in *Archivio statistico delle imprese attive*

Nelle società di capitali, l'organo gestorio (uno o più amministratori, eventualmente membri di un consiglio), quale espressione della maggioranza, concretizza quell'esercizio dell'attività comune per la quale l'autonomia privata (società-contratto) ha dato vita ad un'organizzazione di persone e di mezzi (società-organizzazione) e per la quale ogni singolo socio, parte del contratto, sacrifica la propria posizione individuale per la migliore realizzazione del risultato finale di comune interesse.

L'azione di responsabilità, in questo contesto, è dunque "luogo" di eccellenza per cogliere fino a che punto il legislatore valuti legittimo tale sacrificio in favore dell'autonomia privata nonché per cogliere le dinamiche e i rapporti che legano soci, società e amministratori e che ulteriormente legano questi ai creditori sociali.

*In secundis*, dal lato propriamente "pratico" si deve rilevare come il fallimento sia stato e con molta probabilità continuerà ad essere terreno di elezione delle azioni di responsabilità contro gli amministratori. Non solo perché, pur a seguito delle modifiche intervenute col D.lgs. 6/2003<sup>11</sup>, probabilmente i costi insiti nei tempi impeditivi del processo nonché nelle difficoltà di accertamento delle violazioni causative di danno, non cesseranno di essere considerati dai soggetti legittimati ad agire superiori ai benefici che dall'azione potrebbero derivare, quando la società sia ancora *in bonis*; ma anche e soprattutto perché i medesimi calcoli continueranno con molta probabilità a non sortire il medesimo effetto in capo al curatore fallimentare, legittimato ad agire *ex art. 146 l. fall.* nei confronti degli amministratori di società di capitali e in un certo qual modo necessitato ad utilizzare tale strumento recuperatorio dalle modifiche intervenute sulla legge fallimentare negli ultimi anni.<sup>12</sup>

In particolare si fa riferimento alla modifica intervenuta con L. 14 maggio 2005 n. 80 con la quale il legislatore, nell'esplicita finalità di apprestare una disciplina che garantisca maggiori spazi ad un'eventuale continuazione dell'impresa, ha grandemente circoscritto le situazioni nelle quali l'azione revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 legge fallimentare può essere esercitata, la revocabilità degli atti divenendo in sostanza da regola, eccezione.

---

<sup>11</sup> Col quale è stata espressamente prevista l'esercitabilità dell'azione anche da parte dei soci di minoranza *ex art. 2393 bis c.c.*, spezzando nelle s.p.a. quel legame tra maggioranza e amministratori che impediva il promovimento dell'azione ed è stata introdotta con l'art. 2476 la promovibilità della stessa in capo ad ogni singolo socio.

<sup>12</sup> Basti a tal proposito effettuare qualche ricerca per vedere quanto sia diventata ricorrente la proposizione da parte del fallimento attore dell'azione di responsabilità di fronte al giudice ordinario. Si v. *ex multis* Trib. Roma 07.10.2013, n. 22904; Trib. Milano, 03.10.2013, n. 19857; Trib. Milano, 03.10.2013, n. 12193; Trib. Milano 02.10.2013, n. 12107; Trib. Milano, 09.04.2013, n. 4911; Trib. Milano, 22.03.2013, n. 4049;

L'azione *de qua* ha sempre rivestito per il curatore (unico legittimato al suo esercizio) il ruolo di principale strumento recuperatorio (al patrimonio fallimentare, da destinare alla liquidazione) di beni usciti dal patrimonio del debitore prima della dichiarazione di fallimento, stante del resto la sua natura anti-indennitaria (o redistributiva)<sup>13</sup>.

Accanto ad esso, in posizione secondaria (non per importanza, ma sicuramente per frequenza di utilizzo) si contavano i normali strumenti processuali, a natura indennitaria, ai quali egli può normalmente accedere, tra cui l'azione revocatoria ordinaria (art. 66 l. fall.) e le stesse azioni di responsabilità (art. 146 l.fall.)

Per comprendere quanto detto, è forse necessaria una considerazione preventiva, strumentale alle affermazioni che si sono fatte e che si faranno, solo accennata ma che di certo meriterebbe ben più ampio spazio e approfondimento: il diritto fallimentare da “procedura esecutiva”, cioè votata quasi esclusivamente alla soddisfazione dei creditori del debitore dichiarato fallito si è sempre più trasformata in una procedura che, oltre a garantire il soddisfacimento dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum* (artt. 2740 – 2741 c.c.), ha voluto anche soddisfare un'esigenza di conservazione e valorizzazione del patrimonio residuo dell'impresa.

È in questo contesto che si può comprendere appieno l'oscillazione dicotomica nella quale si è venuto a trovare un istituto come l'azione revocatoria fallimentare: tra strumento di primaria importanza nella sua strumentalità all'attività del curatore di monetizzazione e liquidazione delle attività residue del debitore insolvente a favore dei creditori ammessi alla procedura e strumento sostanzialmente svuotato in favore di una maggior salvaguardia del bene impresa.

A ben vedere, dunque, le conseguenze della modifica si sono immesse in margini ben più ampi di quelli limitati dell'istituto in commento che hanno interessato la disciplina fallimentare *in toto* nonché dunque la sua lettura in chiave sistematica.

Si può dunque ben capire perché, a seguito della intervenuta modifica, lo studio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata nel fallimento abbia acquisito un'importanza e una centralità da non sottovalutare, anche nella disamina dei rapporti, ancor più complessi qualora si tratti di società di capitali, che coinvolgono nel fallimento plurimi soggetti e interessi.

---

<sup>13</sup> Nel senso che nell'ambito dell'art. 67 l. fall. il danno o pregiudizio nei confronti del ceto creditorio sul piano essenzialmente patrimoniale non è requisito costitutivo dell'azione, tanto che il curatore fallimentare sperando la revocatoria fallimentare ha l'onere di provare l'esistenza dell'atto che assume pregiudizievole nei confronti dei creditori ma non la sua natura pregiudizievole. Sussistenti i presupposti richiesti dalla legge fallimentare, vi è presunzione di lesività dell'atto alla *par condicio creditorum*, e pertanto revocabile.

## CAPITOLO I

### IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: L'ART 146 L. FALL.

SOMMARIO: 1. Il fallimento delle società di capitali: gli effetti sul contratto sociale e sull'organizzazione della società. Gli effetti personali del fallimento sul debitore fallito – 2. (Segue). Gli effetti patrimoniali del fallimento sul debitore fallito: art. 42 l. fall. – 3. L'amministrazione del patrimonio fallimentare: art. 31 l. fall.. La figura del curatore. – 4. Gli effetti processuali del fallimento: art. 43 l. fall. – 5. Il fallimento delle società di capitali: art. 146 l. fall. Considerazioni generali.

*1. Il fallimento delle società di capitali: gli effetti sul contratto sociale e sull'organizzazione della società. Gli effetti personali del fallimento sul debitore fallito*

Il presente lavoro, come abbiamo detto, è finalizzato all'analisi della disciplina dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore nei confronti degli amministratori<sup>14</sup> di società di capitali dichiarate fallite, la quale trova esplicita localizzazione nell'art 146 l. fall., prima disposizione tra quelle che regolano il fallimento delle società, del capo X del titolo II del R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (d'ora in avanti legge fallimentare, o abbreviato l. fall.) intitolato appunto Del fallimento delle società.

A dispetto della colorazione della rubrica, il capo X risulta in realtà lontano dal dettare una disciplina organica degli effetti della dichiarazione di fallimento su una impresa esercitata in forma societaria. Basti pensare che la “disciplina fallimentare societaria” (mi si passi l'utilizzo di questa espressione) consta di sole 9 disposizioni (artt. 146-154), alle quali vanno aggiunti gli artt. 155-156 raggruppati in un distinto Capo sotto l'intestazione «Dei patrimoni destinati», a fronte della restante intera normativa dedicata alla regolazione del fallimento dell'imprenditore (con sporadiche interpolazioni di diritto societario intervenute nella “stagione delle riforme” del diritto fallimentare, come viene talvolta identificato il periodo tra

---

<sup>14</sup> Ci si riferisce impropriamente, per funzionalità espositiva, con il termine «amministratori» a tutti quei soggetti che individualmente o in quanto componenti di un organo collegiale, siano essi inseriti in una struttura societaria a modello tradizionale, dualistico o monistico (di cui si darà brevemente conto nel prosieguo), svolgano attività gestoria – rappresentativa della società.

il 2005 e il 2007), inteso quale persona fisica, alla quale sarà dunque necessario riferirsi per ricostruire, con i necessari adattamenti, il trattamento fallimentare delle imprese gestite collettivamente.

Come è facile intuire, il capo X del titolo II della legge fallimentare, si ribadisce, presenta poche disposizioni, di dettaglio, per lo più disposte in un ordine casuale, il quale finisce per caratterizzare per una certa disorganicità e asistematicità l'intera disciplina. Troviamo così disposizioni che riguardano tutte le società (art 146 co. 1 e art 152), altre che riguardano le sole società con soci a responsabilità illimitata (artt. 147-149 e 153-154), altre ancora che riguardano le sole società con soci limitatamente responsabili (art. 150), disposizioni che riguardano le sole società di capitali e le società cooperative (art 146 co. 2) e infine disposizioni che riguardano esclusivamente le società a responsabilità limitata (art 151)

D'altronde si deve notare per inciso che mai è stata raggiunta dal legislatore quell'organicità che la più vasta dottrina aveva auspicato fin dagli albori della legge fallimentare, e la cui necessarietà era stata con ancor più forza ribadita e a seguito della riforma del diritto societario (di cui al d.lgs. 6/2003) e ai primordi delle tanto attese riforme del diritto fallimentare intervenute tra il 2005 ed il 2007, risultate *ex post* quali occasioni mancate per ristabilire quel coordinamento in più punti assente tra legislazione fallimentare e diritto societario<sup>15</sup>.

D'altronde le osservazioni fatte risultano ancor più pregnanti e attuali se guardate all'interno di un contesto economico, quello italiano, che dal 1942 ad oggi ha visto un costante incremento percentuale delle attività d'impresa esercitate in forma societaria, soprattutto di capitali e ancora di più se guardate all'interno di un contesto giuridico nel quale, a causa di politiche deflazionistiche la procedura concorsuale diviene "beneficio" per pochi soggetti che finiscono per identificarsi, come naturale, con le imprese di medio grandi dimensioni gestite in forma societaria, capitalistica ovvero personalistica.

Dico "naturale" in quanto conseguenza ineluttabile, non necessariamente deprecabile, della riduzione dell'area della fallibilità perseguita attraverso la fissazione di valori soglia che, prescindendo dalla forma organizzativa adottata, danno esclusivo riguardo alle dimensioni dell'attività. L'art. 1 l. fall., la cui ultima modifica risale al D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, stabilisce la non assoggettabilità a fallimento dei soggetti che dimostrino di non aver avuto nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento (o dall'inizio

---

<sup>15</sup>P. G. DEMARCHI, *Il fallimento delle società in La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, S. AMBROSINI (a cura di), Bologna, 2006, 241 ss.; V. CARIDI, *Del fallimento delle società in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1885 ss.

dell'attività se di durata inferiore) un attivo patrimoniale complessivamente superiore a trecentomila euro nonché ricavi lordi per più di duecentomila euro e di non avere debiti anche non scaduti per un ammontare superiore a cinquecentomila euro, tenendo presente che il soggetto sarà comunque ritenuto non fallibile pur avendo superato uno dei valori soglia, qualora i debiti scaduti e non pagati risultanti dall'istruttoria fallimentare siano complessivamente inferiori a 30.000 Euro .

Ora, a prescindere da valutazioni circa il merito dei fallimenti e delle cause degli stessi, un dato si deve necessariamente cogliere. A fronte della centralità degli enti collettivi nella vita economica del Paese, attuale e futura, sia essa considerata nella sua fase fisiologica ovvero patologica (se di momento patologico si voglia parlare a proposito dello stato d'insolvenza e della successiva dichiarazione di fallimento), corrisponde, come visto, una disciplina marginale del loro trattamento fallimentare, il che rende particolarmente ardua l'indagine su quali siano gli effetti della dichiarazione del fallimento sulla complessa struttura societaria (tenendo conto delle forme giuridiche adottabili, con le loro peculiarità) nonché e soprattutto su come reagiscano all'apertura della procedura concorsuale istituti pensati per la fase "fisiologica" delle società di capitali (e richiamati nella disciplina fallimentare). Data questa necessaria premessa, una prima notazione risulta d'obbligo: con la riforma del diritto societario, di cui al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, il fallimento non è stato ricompreso tra le cause di scioglimento delle società di capitali *ex. Art 2484 c.c.*. Quella che prima era considerata una fase di liquidazione, seppur peculiare, delle società deve ora essere vista quale qualcosa di altro e diverso rispetto alla stessa, sempre che contemporaneamente al fallimento della società non ricorra una delle altre ipotesi di cui al suddetto art. 2484 c.c. (*e.g.* la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale), la cui operatività in pendenza di procedura fallimentare rimane comunque una questione aperta.

Questa circostanza non solo stabilisce una compatibilità di principio tra la dichiarazione di fallimento e la permanenza in vita della società ma rende necessaria l'affermazione che l'organizzazione della società , e dunque gli amministratori della stessa oltre all'assemblea dei soci, e agli organi di controllo, resti operativa e invariata, nonostante il verificarsi dell'evento traumatico. Si perviene a tale conclusione sia deduttivamente dalla lettura dell'art. 2484 c.c. sia induttivamente dalla lettura di disposizioni sparse nella legge fallimentare, che in positivo (almeno per quanto riguarda gli amministratori) fissano la permanente funzionalità degli organi societari.

Circa gli amministratori, nonostante la perdita del loro potere di amministrazione e rappresentanza esterna della società a seguito dell'intervenuto fallimento, si fa riferimento

all'art. 49 l. fall.<sup>16</sup>, come modificato dal d.lgs. 5/2006 (con la mera duplicazione del precetto di cui all'art 146.1 l. fall. primo periodo<sup>17</sup>, il quale, vedendo, a seguito della riforma, ridursi l'utilità della propria forza precettiva per la valenza autonoma dell'art 49, rimane di primaria importanza per fondare l'estensione dello stesso precetto a tutte le società nonché per fondare il principio per il quale a seguito della dichiarazione di fallimento gli amministratori come anche i liquidatori continuano a rimanere in carica<sup>18</sup>), nel quale è fatto obbligo agli amministratori di società fallita, al pari di quanto previsto per l'imprenditore individuale fallito, di comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o domicilio (comma 1) nonché di presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori se necessario ai fini della gestione della procedura (comma 2) ; all'art.152 l. fall.<sup>19</sup>, nel quale viene esplicitata al comma 2 lettera b) la possibilità per gli amministratori di deliberare la proposta e le condizioni di concordato; all'art. 87 comma 3 l. fall.<sup>20</sup> in base al quale il curatore prima di chiudere l'inventario invita gli amministratori a dichiarare se hanno notizia che esistano altre attività da ricomprendere nell'inventario; agli artt. 41 comma 5<sup>21</sup> e

---

<sup>16</sup> «Art. 49. Obblighi del fallito. 1. L'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o enti soggetti alla procedura di fallimento sono tenuti a comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio. 2. Se occorrono informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura, i soggetti di cui al primo comma devono presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori. 3. In caso di legittimo impedimento o di altro giustificato motivo, il giudice può autorizzare l'imprenditore o il legale rappresentante della società o enti soggetti alla procedura di fallimento a comparire per mezzo di mandatario»

<sup>17</sup> V. CARIDI, *Commento all'art. 146, in La riforma della legge fallimentare*, A. NIGRO - M. SANDULLI (a cura di), Torino, 2006, II, 874

<sup>18</sup> V. CARIDI, *Commento all'art. 146, in La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO - M. SANDULLI (a cura di), Torino, 2010, II, 1903; M. FERRO, *Commento all'art. 146, in La legge fallimentare, Commentario teorico- pratico*, Padova, 2011, 1623; 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

<sup>19</sup> «Art. 152. Proposta di concordato. 1. La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale. 2. La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto: a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori. 3. In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile».

<sup>20</sup> «Art. 87. Inventario. 1. Il curatore, rimossi i sigilli, redige l'inventario nel più breve termine possibile secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, presenti o avvisati il fallito e il comitato dei creditori, se nominato, formando, con l'assistenza del cancelliere, processo verbale delle attività compiute. Possono intervenire i creditori. 2. Il curatore, quando occorre, nomina uno stimatore. 3. Prima di chiudere l'inventario il curatore invita il fallito o, se si tratta di società, gli amministratori a dichiarare se hanno notizia che esistano altre attività da comprendere nell'inventario, avvertendoli delle pene stabilite dall'articolo 220 in caso di falsa o omessa dichiarazione. 4. L'inventario è redatto in doppio originale e sottoscritto da tutti gli intervenuti. Uno degli originali deve essere depositato nella cancelleria del tribunale».

<sup>21</sup> «Art. 41. Funzioni del comitato. 1. Il comitato dei creditori vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni. 2. Il presidente convoca il comitato per le deliberazioni di competenza o quando sia richiesto da un terzo dei suoi componenti. 3. Le deliberazioni del comitato sono prese a maggioranza dei votanti, nel termine massimo di quindici giorni successivi a quello in cui

23 comma 1<sup>22</sup> il cui riferimento impersonale al “fallito” viene chiarito dall’art 146 comma 1 secondo periodo l. fall., il cui ruolo di specificazione dell’ambito di operatività di previsioni dettate altrove viene qui in rilievo, e all’art. 2380 bis c.c.<sup>23</sup> che, attributivo della gestione della società esclusivamente agli amministratori, i quali devono compiere le operazioni necessarie al raggiungimento dell’oggetto sociale, dovrà essere coordinato, una volta intervenuto il fallimento, con la finalità della procedura concorsuale, con le attribuzioni del curatore e con le esigenze proprie della situazione oggettiva in cui si trova la società per effetto dello spossessamento (art 42 l. fall.) con il risultato che gli stessi amministratori non potranno interferire nelle loro determinazioni con lo sviluppo della stessa procedura, conservando integri i loro poteri negli ambiti non toccati dalle esigenze di questa<sup>24</sup> .

Circa l’assemblea dei soci e gli organi di controllo, a differenza che per gli amministratori, non si rinvengono nella legge fallimentare e nel codice civile disposizioni che confermino direttamente la loro sopravvivenza e la loro invarianza al fallimento. Indizi derivano dalla circostanza che alcune deliberazioni degli amministratori presuppongono l’approvazione dell’assemblea e dunque la partecipazione degli organi di controllo. Per una conferma indiretta si può fare riferimento all’art. 2499 c.c. il quale in tema di trasformazione di società di capitali, atto di competenza dell’assemblea, dichiara esercitabile tale potere decisorio anche in pendenza di procedura concorsuale.

---

la richiesta è pervenuta al presidente. Il voto può essere espresso in riunioni collegiali ovvero per mezzo telefax o con altro mezzo elettronico o telematico, purché sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto. 4. In caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato. 5. Il comitato ed ogni componente possono ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura ed hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito. I componenti del comitato hanno diritto al rimborso delle spese, oltre all’eventuale compenso riconosciuto ai sensi e nelle forme di cui all’art. 37-bis, terzo comma. Ai componenti del comitato dei creditori si applica, in quanto compatibile, l’art. 2407, primo e terzo comma, del codice civile. 6. L’azione di responsabilità può essere proposta dal curatore durante lo svolgimento della procedura. Con il decreto di autorizzazione il giudice delegato sostituisce i componenti del comitato dei creditori nei confronti dei quali ha autorizzato l’azione».

<sup>22</sup> «Art. 23. Poteri del tribunale fallimentare. 1. Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è investito dell’intera procedura fallimentare; provvede alla nomina ed alla revoca o sostituzione, per giustificati motivi, degli organi della procedura, quando non è prevista la competenza del giudice delegato; può in ogni tempo sentire in camera di consiglio il curatore, il fallito e il comitato dei creditori; decide le controversie relative alla procedura stessa che non sono di competenza del giudice delegato, nonché i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato. 2. I provvedimenti del tribunale nelle materie previste da questo articolo sono pronunciate con decreto, salvo che non sia diversamente disposto».

<sup>23</sup> «Art. 2380-bis. Amministrazione della società. 1. La gestione dell’impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale. 2. L’amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. 3. Quando l’amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. 4. Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all’assemblea. 5. Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall’assemblea».

<sup>24</sup> A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, 313 ss.

Possiamo dunque con un certo livello di certezza affermare che intervenuta la dichiarazione di fallimento gli organi societari vedono esclusivamente modificate le loro funzioni in relazione ad esigenze e scopi del fallimento e dei loro organi.

Per di più, si ricorda che i soci, presi singolarmente e non all'interno dell'organo collegiale nel quale siedono, per la piena soggettività giuridica della società di capitali alla quale partecipano, potranno andare incontro come riflesso del fallimento della società stessa alla mera perdita della quota di patrimonio ideale ed eventualmente della quota di capitale rappresentata dall'azione o dalla quota, residuando comunque un loro diritto, nel caso in cui il patrimonio sociale presenti un esubero dopo la liquidazione fallimentare, ad una ripartizione.

25

È a tal proposito necessario notare come pure la chiusura del fallimento potrebbe non incidere sul contratto sociale. Se è vero che *ex art 118 l. fall.*<sup>26</sup>, come modificato dall'art 9 del D. lgs. 169/2007, la chiusura del fallimento determina la cancellazione della società dal registro delle imprese e automaticamente l'estinzione solo nelle ipotesi di cui al comma 1 n. 3) e n. 4) (art. 118 comma 2), essendo del tutto esclusa nei casi in cui manchino domande di ammissione al passivo ovvero i creditori siano stati interamente soddisfatti senza che il patrimonio del debitore sia stato interamente liquidato (art. 118 comma 1 n. 1) e n. 2)), è anche vero che la relazione di accompagnamento al suddetto decreto afferma che il riferimento ai casi di chiusura *ex nn. 3) e 4) co.1 dell'art 118* è funzionale ad introdurre un limite alla cancellazione della società fallita. Questa vi deve essere solo nei casi in cui, una volta cessato il fallimento, non vi siano più beni nel patrimonio sociale. È di facile intuizione la considerazione che nel caso di cui al n.3) e nel caso di cui al n.4) l'assoluta mancanza di beni sociali non è indefettibile. Si pensi alla situazione in cui all'esito della ripartizione vi siano ancora risorse liquide o alla situazione nella quale l'insufficienza dell'attivo sia determinata dalla presenza di beni che il curatore ha ritenuto di non appendere *ex art 42 l. fall.* ovvero di beni che dopo essere stati inventariati egli ha ritenuto opportuno non liquidare

---

<sup>25</sup> P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 796

<sup>26</sup> «Art. 118. Casi di chiusura. 1. Salvo quanto disposto nella sezione seguente per il caso di concordato, la procedura di fallimento si chiude: 1) se nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa di fallimento non sono state proposte domande di ammissione al passivo; 2) quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione; 3) quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo; 4) quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura. Tale circostanza può essere accertata con la relazione o con i successivi rapporti riepilogativi di cui all'art. 33. 2. Nei casi di chiusura di cui ai numeri 3 e 4), ove si tratti di fallimento di società il curatore ne chiede la cancellazione dal registro delle imprese. La chiusura della procedura di fallimento della società nei casi di cui ai numeri 1) e 2) determina anche la chiusura della procedura estesa ai soci ai sensi dell'art. 147, salvo che nei confronti del socio non sia stata aperta una procedura di fallimento come imprenditore individuale».

ex art 104 ter l. fall.. In entrambi i casi, per la presenza di un residuo “patrimonio personale” della società, si dovrebbe comunque procedere ad un’ulteriore fase di liquidazione, sempre che i soci, nella prima ipotesi, non decidano per la continuazione dell’attività.<sup>27</sup>

La previsione in discorso va letta dunque come una vera e propria semplificazione procedimentale. Il curatore, in base all’interpretazione della norma sopra sostenuta e corroborata dalla relazione illustrativa al decreto legislativo 169/2007<sup>28</sup>, avrà l’onere di procedere alla cancellazione solo quando, al momento della chiusura del fallimento, tutto l’attivo residuo risulti liquidato e tutti i rapporti risultino definiti e, d’altronde, qualora i soci non manifestino la volontà di proseguire l’attività ovvero di nominare dei liquidatori, affinché procedano alla mera cancellazione (attività che in una visione efficientistica può benissimo essere devoluta in una fase anteriore al curatore)<sup>29</sup>.

Mi si conceda a questo punto di fare un passo indietro. Si è detto che la dichiarazione di fallimento di una società non ne “deforma” l’organizzazione, così come non incide sulla vita del contratto sociale sì da provocarne automaticamente la risoluzione (con conseguente scioglimento della società e sua estinzione) l’apertura della procedura concorsuale ovvero la chiusura di questa. È pur certo però che la sentenza del Tribunale fallimentare con la quale viene dato atto della decozione di un’impresa societaria importa conseguenze di una certa rilevanza nella sfera giuridica della stessa. Quale evento giuridicamente rilevante, dunque idoneo a produrre effetti giuridici (nella sfera giuridica del fallito nonché dei soggetti che verso di esso vantano una qualche forma di interesse<sup>30</sup>), il fallimento comporta non solo effetti personali sul debitore-società fallito, al quale vengono imposti obblighi di comportamento nei confronti degli organi della procedura così da agevolare il rapido e corretto svolgimento della procedura stessa e di cui ne costituiscono espressione, oltre alle disposizioni di cui agli artt. 49, 41 comma 5, 23 comma 1, 87 comma 3<sup>31</sup>, l’art. 16 comma 1, con il quale viene fissato l’obbligo del fallito di depositare i bilanci, le scritture contabili e

---

<sup>27</sup> M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, p. 505 ss.

<sup>28</sup> Queste le parole del legislatore, di cui all’art. 9 del decreto: “l’inciso «nei casi di chiusura previsti dai numeri 3) e 4)»: esso serve limitare la cancellazione della società fallita dal registro delle imprese su richiesta del curatore ai soli casi in cui alla cessazione del fallimento non vi siano più beni nel patrimonio sociale, evitandola nei casi di chiusura di cui ai numeri 1) e 2), nei quali non avrebbe alcuna giustificazione.”

<sup>29</sup> A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi*, p. 313 ss

<sup>30</sup> Basti pensare che il capo III del titolo II della l. fall, intitolato «degli effetti del fallimento» consta di quattro sezioni, di cui solo una dedicata al fallito; la sezione II si occupa di disciplinarne gli effetti sui creditori (artt. 51-63), la sezione III sugli atti pregiudizievoli ai creditori (artt. 64-71) e infine la sezione IV sui rapporti giuridici ad esso preesistenti (artt. 72-83 bis).

<sup>31</sup> Il contenuto degli articoli citati è stato preso in considerazione sopra, in relazione agli effetti del fallimento sull’organizzazione sociale.

fiscali obbligatorie nonché l'elenco dei creditori (se non ancora eseguito) e l'art. 48<sup>32</sup>, con il quale è fatto obbligo al fallito di consegnare al curatore la corrispondenza al fine di facilitare la collaborazione del fallito stesso con gli organi fallimentari, ma anche effetti patrimoniali, volti ad assicurare agli organi della procedura la piena amministrazione dell'intero patrimonio del debitore, e di cui ora si dovrà dar conto, essendo la conoscenza del sistema di norme ad essi dedicato presupposto necessario alla comprensione del ben più ampio sistema che è la legge fallimentare, volta ad assicurare la conservazione (eventualmente l'incremento) della massa attiva e la formazione della massa passiva con la finalità di ottenere il massimo soddisfacimento delle ragioni creditorie, nel rispetto tendenzialmente assoluto della *par condicio creditorum* (art. 2471 c.c.)<sup>33</sup>.

Nella consapevolezza che la bipartizione tra effetti di cui sopra non ha un fondamento giuridico ma assolve ad una mera funzione descrittiva.

## 2. (Segue). *Gli effetti patrimoniali del fallimento sul debitore fallito: art. 42 l. fall.*

In prima battuta appare necessario notare come il riferimento agli "effetti patrimoniali" del fallimento sul debitore fallito risulta tanto funzionale alla immediata comprensione del tema in discorso quanto fuorviante e limitata sotto certi aspetti.

In quanto argomento circoscritto rispetto alla più estesa questione di quali siano gli effetti del fallimento sul fallito (tra i quali rientra anche l'indagine su quali siano gli effetti "di natura personale", anch'essi comunque funzionali ad assicurare l'integrità del patrimonio del debitore e il pieno soddisfacimento dei creditori), con tale espressione si è soliti indicare in dottrina sì gli effetti del fallimento che si riverberano sul patrimonio del debitore fallito, ma anche e soprattutto quegli effetti che si riverberano sull'esercizio dei diritti di natura sostanziale e processuale ad esso relativi. Effetto patrimoniale per eccellenza è il c.d. spopolamento, il quale, sintomo più evidente dell'adattamento dei principi dettati dal codice civile in tema di responsabilità patrimoniale del debitore alla specialità del trattamento fallimentare dell'insolvenza, risulta "strumento" indefettibile e sufficiente alla piena attuazione della responsabilità illimitata dell'imprenditore ovvero della società (naturalmente non dei soci di società di capitali, i quali godono *ex lege* della responsabilità limitata, con l'eccezione dei soci accomandatari di s.a.p.a.) insolventi, tenuti come qualsiasi debitore all'adempimento delle obbligazioni con tutti i beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) nonché al

---

<sup>32</sup> Attraverso un'interpretazione sistematica si può ritenere che il legislatore nel riferirsi genericamente al «fallito» nelle disposizioni di cui all'art. 16 comma 1 e all'art. 48 abbia individuato gli amministratori come i soggetti sottoposti ai relativi obblighi in caso di fallimento di società.

<sup>33</sup> A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi*, p. 125 ss.

rispetto del concorso dei creditori (*par condicio creditorum*, art. 2741 c.c.), la cui tutela, si vedrà, si presenta comunque rafforzata nella disciplina fallimentare. L'art. 42 (salutata da alcuni autori come una norma svelativa dell'impianto della legge del 1942 e della sua impronta liquidativa<sup>34</sup>, espressione dell'immutata sfiducia dell'ordinamento concorsuale verso il fallito<sup>35</sup>), che nel contenuto dei primi due commi affonda le proprie radici nel Codice del commercio (art. 699), statuisce al comma 1 che «la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento», ponendo dunque in capo al fallito, quale effetto automatico della dichiarazione di fallimento, un vincolo di indisponibilità dei beni inerenti il proprio patrimonio (con esclusione di quelli indicati all'art. 46) in favore della procedura concorsuale nonché un vincolo di destinazione al soddisfacimento dei soli creditori "concorrenti" i quali, titolari di un credito sorto in epoca precedente la dichiarazione di fallimento nei confronti del fallito ed essendo stati ammessi al passivo fallimentare previa domanda di insinuazione al passivo, possono vantare un diritto a partecipare alla ripartizione del ricavato della liquidazione del patrimonio ad essi destinato, secondo le regole del concorso.

Diritto che al contrario non potrà essere vantato dai creditori del fallito che abbiano acquisito tale posizione a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento, anche qualora esso derivi dalla liquidazione di beni sopravvenuti alla sentenza stessa (che vengono assorbiti ai sensi dell'art. 42 comma 2 nel patrimonio fallimentare), dal momento che, d'altronde, eventuali atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sono sì validi ma inefficaci rispetto ai creditori (art. 44 comma 1), e dunque rispetto alla curatela alla quale è affidata la tutela della massa.

Non può non essere rilevato come tale discrasia di tutela tra creditori concorrenti e coloro che invece risultino titolari di un diritto di credito sorto in epoca successiva alla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese<sup>36</sup>, renda improprio il raffronto, concettuale, della liquidazione fallimentare col pignoramento nell'esecuzione forzata (pur avanzato in dottrina da alcuni autori), nonostante le marginali affinità che si esplicano nel fine perseguito da entrambe (ma è evidente che ciò che le caratterizza sono i mezzi e non il fine)<sup>37</sup>. Ancora

---

<sup>34</sup> V. tra gli altri S. PACCHI, *Commento all'art. 42 l. fall.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), Torino, 2010, II, p. 575

<sup>35</sup> M. FERRO, *Commento all' art. 42, La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, p. 503

<sup>36</sup> Ai sensi dell'art. 16 comma 2 secondo periodo «gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 17 comma 2».

<sup>37</sup> S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 127

più improprio se si pensa che il pignoramento importa singoli beni mentre il fallimento assoggetta al vincolo dell'indisponibilità tutto il patrimonio, esistente e sopravvenuto al momento del dichiarato fallimento,<sup>38</sup> del debitore fallito, contro i cui beni «dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita» (art. 51 l. fall.).

La condizione di spossessamento è stata, infatti, ampiamente scandagliata in dottrina, risultando le posizioni assunte dalla stessa piuttosto variegata e distinte: vi è chi ritiene che dal fallimento derivi una limitazione della capacità di agire del fallito (quale una sorta di interdizione)<sup>39</sup>; chi qualifica la procedura concorsuale quale processo esecutivo collettivo (quale una sorta di pignoramento universale)<sup>40</sup>; chi si esprime in termini di separazione del patrimonio<sup>41</sup>; chi sostiene che il fallimento comporti un vincolo di destinazione sul patrimonio, finalizzato al soddisfacimento dei creditori<sup>42</sup> e chi infine (e l'idea sembra oggi generalmente condivisa) coniuga i due elementi della separazione del patrimonio e del vincolo di destinazione<sup>43</sup>.

Un dato, comunque, è comunemente accettato: lo spossessamento, temporalmente limitato alla durata della procedura, integrato dall'inefficacia degli atti del fallito successivi alla dichiarazione del fallimento (art. 44), fa sì che il patrimonio del debitore risulti circoscritto con esattezza e vincolato, rendendo dunque possibile quella "cristallizzazione" della massa passiva (che *ex latere creditorum* si sostanzia nel divieto di azioni esecutive o cautelari individuali *ex art. 51*), perno di tutto il sistema normativo fallimentare ed imprescindibile nella realizzazione del soddisfacimento dei creditori, sul quale, anche a seguito della riforma del 2006 (nella rinnovata visione del fallimento che esalta la conservazione del "salvabile") è disegnata e orientata tutta la procedura concorsuale. Dunque non può sfuggire come quella che viene apprestata dal legislatore a favore dei creditori (concorsuali concorrenti) sia una tutela forte, raggiunta e attraverso la cristallizzazione del

---

<sup>38</sup> G. DE FERRA, *Art. 42-50*, in *Commentario Scialoja – Branca: Legge Fallimentare*, F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), *Effetti del fallimento per il fallito*, G. DE FERRA – L. GUGLIEMUCCI, Bologna - Roma, 1986, p. 1

<sup>39</sup> V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (diritto privato e processuale)*, *Enc. D.*, XVI, Milano, 1967

<sup>40</sup> P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008; D. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968; C. PROTO, *Il curatore*, in *Il diritto fallimentare riformato*, G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), Padova, 2007, p. 114

<sup>41</sup> N.R. DI TORREPADULA, *Commento all'art. 42*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO – M. FABIANI (a cura di), Bologna, 2006, I, p. 692; F. FERRARA JR. – A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1998

<sup>42</sup> S. PACCHI, *Commento agli artt. 42 e 43*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p. 571- 593; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995

<sup>43</sup> R. CAIAZZO, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Fallimento e concordati*, P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), Torino, 2009, p. 405- 454; *contra* P.G. JAEGER- R. SACCHI, voce *Fallimento*, IV) *Effetti per il fallito*, in *Enc. Giur.*, Vol. XIII, Roma, 1989, p. 1, che ritengono che «quando un istituto ha una compiuta disciplina legislativa, le indagini dirette ad accertarne la natura giuridica sono inutili».

patrimonio e, nello specifico, attraverso quel duplice effetto derivante dallo spossessamento *ex art. 42*, privativo a carico del fallito e attributivo a favore del curatore<sup>44</sup>

Prima di procedere oltre, è bene soffermarsi sul primo dei due effetti: si è detto che la sentenza dichiarativa di fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, non essendo ipotizzabile, secondo opinione consolidata, nel sistema vigente (come non lo era al tempo dell'A.) la vicenda traslativa dal fallito al fallimento, quale ente personalizzato,<sup>45</sup> e non costituendo il fallimento causa interruttiva del possesso<sup>46</sup>

«Del patrimonio separato fallimentare il fallito conserva la titolarità perdendone la disponibilità, e con essa la possibilità di scaricare su di esso la responsabilità delle obbligazioni che egli contrae come titolare del patrimonio»<sup>47</sup>. Con queste parole l'A. chiarisce, con incisiva sintesi, il senso della cristallizzazione: come abbiamo detto e si ribadisce, per la valenza sistematica, il fallito perde la legittimazione a disporre del patrimonio ma non perde la titolarità (né la capacità d'agire, con tale intendendosi l'idoneità a porre in essere in proprio atti negoziali destinati a produrre effetti nella sua sfera giuridica<sup>48</sup>) tanto dei diritti reali che dei rapporti obbligatori che ne formano la consistenza<sup>49</sup> (anche perché basti ricordare che in ogni caso spetterà al debitore fallito l'eventuale eccedenza del ricavato rispetto ai debiti), con conseguente inefficacia, non nullità, verso i creditori degli atti da lui compiuti, dei pagamenti da lui eseguiti e dei pagamenti ricevuti a seguito della dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 44 l.fall.. Inefficacia, si noti, relativa, nel senso che gli atti del fallito sono inefficaci verso i creditori e il curatore (lui solo) avrà la libertà di avvalersene o meno, a seconda che risponda all'interesse dell'amministrazione fallimentare.

E' d'obbligo a questo punto una puntualizzazione: nonostante l'interpretazione

---

<sup>44</sup> Dell'effetto attributivo a favore del curatore non vi è traccia nell'art. 42 e va ricavato da una sua lettura in combinato disposto con l'art. 31, di cui si parlerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo, dovendo per inciso notare come esso sia espressione dell'impronta pubblicistica del procedimento la quale impone una certa unitarietà di indirizzo nella gestione del patrimonio fallimentare, delegato dal legislatore ad un organo, il curatore, nominato dall'autorità giudiziaria.

<sup>45</sup> G. BONELLI, *Del fallimento: commento al codice del commercio*, Milano, 1938-1939, p. 459 ss.

<sup>46</sup> Cass. 11.08.2005, n. 16853, in *Mass. Giust. Civ.*, 2005, 9.; C. DE MARTINI, *Gli effetti del fallimento nei riguardi del debitore – effetti patrimoniali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, L. PANZANI (diretto da), Torino, 2000, p. 98, il quale parla di detenzione *nomine alieno* dell'ufficio fallimentare sui beni del debitore.

<sup>47</sup> A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, in *Corso di diritto commerciale*, I, Milano, 1983, p. 66

<sup>48</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, p. 98. Gli atti posti in essere sarebbero validi ma inefficaci.

<sup>49</sup> C. MOTTI, in *Diritto fallimentare: manuale breve*, Milano, 2008, p. 212; M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa: il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 74; in giur. Cass., 16.07.1992, n. 8616, in *Fallimento*, 1992, 1136; P.G. JAEGER- R. SACCHI, voce *Fallimento*, p. 1

letterale delimiti l'ambito oggettivo dello spossessamento ai "beni del fallito", è opinione (fino a questo momento, nella trattazione, data per presupposta) largamente condivisa, si direbbe unitaria, quella secondo cui rientrerebbero in tale nozione non solo i beni suscettibili di utilizzazione o trasformazione economica immediata ma anche «i beni strumentali, poteri, azioni, facoltà, rapporti giuridici che costituiscono il mezzo per l'acquisto e la conservazione di altri beni»<sup>50</sup> e i beni non commerciabili<sup>51</sup>; tutti quei "beni" dunque sui quali il fallito vantava una posizione giuridica (attiva o passiva) prima del fallimento nonché, è bene ricordarlo, quei beni sopravvenuti, che potranno venire ricompresi nel patrimonio fallimentare dedottene le passività di acquisto e di conservazione (art. 42 comma 2); sempre che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non rinunci ad acquisirne il possesso qualora da lui ritenuto diseconomico (art. 42 comma 3).

Vediamo ora l'altra faccia della medaglia (se medaglia viene intesa quale "effetti patrimoniali del fallimento sul fallito"). Come abbiamo già espresso, sarebbe sbagliato riferirsi agli "effetti patrimoniali del fallimento sul fallito" indagando gli effetti che dal fallimento si riverberano sul patrimonio del debitore e sull'esercizio dei diritti sostanziali ad esso relativi (di cui all'art. 42), tralasciandone i profili processuali.

L'art. 43 l. fall. afferma al comma 1 che «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore».

Ad una prima lettura della disposizione due sono le cose che balzano all'occhio: l'attribuzione di una generalizzata legittimazione processuale in capo al curatore, ed una corrispondente limitazione di questa ai confini dettati da quello che, commentando l'art. 42, è stato chiamato l'effetto c.d. di spossessamento. Ora, nonostante qualcuno in dottrina si sia espresso riferendosi all'art. 43 quale corollario dell'art. 42<sup>52</sup>, in quanto fisserebbe, specularmente alla norma che disciplina gli effetti sostanziali, gli effetti processuali derivanti dal fallimento per il fallito, ritengo di doverne indagare la posizione processuale in primo luogo facendo riferimento a principi generali processual-civilistici. Lo «stare in giudizio» viene generalmente ad identificarsi col potere di stare in giudizio; dunque con il concetto di *legitimatio ad processum*. Ma facciamo un passo indietro.

---

<sup>50</sup> *ex multis*, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 147; di situazioni giuridiche in genere parla DE MARTINI, *Attività negoziale e attività processuale del fallito durante il fallimento*, in *Diritto fall.*, 1971, I, p.208; la giurisprudenza a proposito parla di *omnicomprensività*, Cass. 24.04.1993, n. 4840, *CED*, 1993

<sup>51</sup> A. PARISI, *Commento all' art. 42*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010, p. 888

<sup>52</sup> G. FEDERICO, *Effetti per il fallito*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, G. LO CASCIO, Milano, 2007, p. 372 – 413; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974

L'art. 75 c.p.c.<sup>53</sup>, rubricato *capacità processuale*, al comma 1 statuisce che «sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere» e al comma 2 chiude il concetto espresso dicendo che «le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità».

Questa disposizione, che a una prima lettura appare piuttosto chiara e concisa, non ha mancato in realtà di sollevare ampie discussioni e dibattiti in dottrina, essendo il confine tra i concetti di capacità processuale, e legittimazione processuale (concetti che secondo la dottrina maggioritaria sono, entrambi, ricompresi nella norma in commento o che comunque devono essere astrattamente entrambi configurabili) non propriamente distinguibile.

Dottrina autorevole ha sottolineato come il legislatore nel dettare l'art. 75 sia scaduto in un eccesso di sintesi terminologica, nella finalità di ridurre al minimo gli strumenti concettuali. Avrebbe dunque espresso con una sola nozione (la capacità processuale) sia la capacità, come modo di essere fisiopsichico del soggetto, sia la titolarità dei poteri di proporre una domanda e quelli che dalla sua proposizione ne derivano, ossia i veri e propri poteri processuali.

Parlando del legislatore tale dottrina afferma come egli non si sia «limitato a compiere un semplice richiamo alla nozione della capacità di agire, ma ha, più genericamente, attribuito la capacità di stare in giudizio alle persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere, ossia si è riferito ad una situazione che non riguarda più soltanto e direttamente il modo di essere fisiopsichico della persona, ma che in realtà si sostanzia in un'autentica titolarità di poteri»<sup>54</sup>

Dunque i due concetti finirebbero per essere sovrapposti e confusi. Capacità processuale e legittimazione processuale sono indefettibilmente dipendenti l'uno dall'altro, ma l'una deve essere intesa quale riferimento al processo della capacità d'agire (col margine determinato dai casi di difetto di libero esercizio dei diritti sostanziali nonostante la capacità d'agire) e l'altra quale vero e proprio potere di stare in giudizio.

Ritornando per un attimo alle considerazioni più sopra svolte circa la definizione dello

---

<sup>53</sup> «Art. 75. Capacità processuale. 1. Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere. 2. Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità. 3. Le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto. 4. Le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli artt. 36 e seguenti del codice civile».

<sup>54</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, ed. XXII, Torino, 2012, p. 376.

spossestamento, si deve ricordare come da questo ne derivi in capo al fallito non la perdita della titolarità dei “beni”, come estensivamente intesi, compresi nel fallimento né la perdita della capacità d’agire, ma la perdita della legittimazione sostanziale, sia intesa nel senso privatistico<sup>55</sup> (di derivazione processualistica) sia intesa come *legitimatío ad causam* (condizione dell’azione generalmente intesa quale titolarità dell’azione stessa), sempre, beninteso, ricordando che non vi è privazione della legittimazione (rimanendo questa intatta in capo al fallito) circa i rapporti di carattere personale e circa i rapporti patrimoniali non compresi, per le più varie ragioni, nel fallimento (per es. quei rapporti per i quali gli organi fallimentari non abbiano espresso interesse; cfr. art. 42 comma 3 l.fall. o *ex* art. 104-ter comma 7 l. fall.). Da tale privazione in senso sostanziale dunque non può non derivarne, specularmente per la stessa estensione ed intensione, una mancanza di capacità processuale e di *legitimatío ad processum* in capo al debitore dichiarato fallito (per le rilevazioni fatte in tema di privazione di legittimazione in senso sostanziale, anche qui vale la stessa considerazione: l’incapacità processuale non è assoluta<sup>56</sup> e peraltro risulta limitata al tempo della procedura).<sup>57</sup>

Il principio fissato dall’art. 43 per queste ragioni non potrebbe essere visto quale semplice corollario di quello fissato dall’art. 42, ma svolgerebbe una funzione autonoma attributiva in capo al curatore di una legittimazione processuale (attiva e passiva) esclusiva, intesa quale potere di stare in giudizio, in tutte le controversie, anche già in corso al momento dell’apertura della procedura del fallimento, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento stesso.<sup>58</sup>

Gli strumenti messi in campo dalla legge fallimentare al fine di garantire una piena

---

<sup>55</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale*, p. 115; G. PALERMO, voce *Legittimazione*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1996, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1993, p. 518 ss., il quale, citando CARNELUTTI in nota 15, parla di «qualità giuridica» del soggetto rispetto all’oggetto del negozio, in contrapposizione alla «qualità naturale» insita nel concetto di capacità d’agire.

<sup>56</sup> Sul punto si ricordi il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il fallito può promuovere o proseguire le cause di cui il curatore si disinteressa con esplicita manifestazione o con atteggiamento di totale inerzia. Cfr. Cass. 22.07.2005, n. 15369, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass. 10.01.2005, n. 292, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1515; Cass. 16.12.2004, n. 23435, in *Mass. Foro it.*, 2004; Cass. 30.08.2004, n. 17418, *Foro it.*, 2005, I, 3148; Cass. 17.05.2004, n. 9710, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 2742; Cass. 23.07.1998, n. 7200, in *Fall.*, 1998, 1270.

<sup>57</sup> In senso conforme S. PACCHI, *Commento all’art. 43*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p. 587 ss.; R. CAIAZZO, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Fallimento e concordati*, P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), Torino, 2009, p. 405- 454; P. PAJARDI – L. BONACINA, *Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito*, Milano, 1995; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961

<sup>58</sup> Qualcuno già nella dottrina più risalente metteva in luce la possibilità di identificare tale legittimazione come derivante da un rapporto di rappresentanza processuale del curatore nei giudizi civili detti extrafallimentari in contrapposizione a quelli azionati in funzione delle esigenze delle procedure concorsuali e le incertezze che su tale possibilità esistevano e ne derivavano. V. a proposito F. TOMMASEO, *Rappresentanza processuale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1987, p. 4

tutela dei creditori, ma soprattutto un loro pieno (o quantomeno che ad esso si avvicini il più possibile) soddisfacimento sono dunque complessi e tendenti alla completezza, in quanto non toccano solo gli aspetti sostanziali della posizione giuridica del fallito (e dei terzi) a seguito del fallimento ma anche gli aspetti processuali, non potendo non essere apprezzata la ricerca di unitarietà nella regolazione della procedura da parte del legislatore.

Ora, anche se l'affermazione appena fatta risulta colorata da una certa venatura di adulazione poiché alla ricerca di unitarietà non sempre corrisponde una sua effettiva sussistenza, è bene addentrarci nella scoperta di quel soggetto al quale in più occasioni si è fatto riferimento e nel quale sembra identificarsi la *pars costruens* (vedendo nella disciplina degli effetti privativi in capo al fallito la *pars destruens*) della procedura: il curatore fallimentare. Quale organo fallimentare egli svolge, come si è potuto intuire e come si vedrà, il ruolo (mi si passi l'espressione cestistica) di *pivot* dell'intera procedura concorsuale, concentrandosi nella disciplina della sua figura molti degli sforzi di riforma del legislatore (finalizzati, si ripete, ad una maggiore degiurisdizionalizzazione e se si vuole "privatizzazione" della procedura) nonché molti dei dibattiti sollevati da dottrina e giurisprudenza sulla legge fallimentare.

### *3. L'amministrazione del patrimonio fallimentare: art. 31 l. fall.. La figura del curatore*

L'art. 31<sup>59</sup> comma 1 l. fall. rubricato gestione della procedura statuisce che « il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite».

La norma nella sua versione attuale, (come rimodellata dalla riforma del 2006), mantiene inalterato il riconoscimento del potere esclusivo del curatore<sup>60</sup> di amministrare il

---

<sup>59</sup> «Art. 31. Gestione della procedura. 1. Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite. 2. Egli non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni acquisiti al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore. 3. Il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano il fallimento». L'articolo è stato così modificato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 in vigore dal 16 luglio 2006. Il testo in vigore fino al 15 luglio 2006 prevede: "Art. 31. Poteri del curatore. 1. Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del giudice delegato. 2. Egli non può stare in giudizio senza l'autorizzazione scritta dal giudice delegato, salvo in materia di contestazioni e di tardive denunce di crediti e di diritti reali mobiliari. 3. Il curatore non può assumere la veste di avvocato o di procuratore nei giudizi che riguardano il fallimento."

<sup>60</sup> Organo fallimentare nominato dal Tribunale fallimentare (solo nel 1930 si è tagliato il cordone ombelicale che legava curatore a comitato dei creditori, che non solo avevano il diritto di nomina, ma talvolta

patrimonio fallimentare (quale riflesso soggettivo della situazione oggettiva dell'impresa<sup>61</sup>), del quale, come visto, a seguito del fallimento il debitore perde la disponibilità e l'amministrazione (c.d. spossessamento), ma rispetto al passato sembra ricondurre tutta l'attività sotto l'egida della procedura fallimentare, di cui egli ne ricoprirebbe il ruolo omnnicomprensivo di "gestore". L'esercizio di tale attività viene peraltro affrancato dalla «direzione del giudice delegato» al quale come si evince dalla lettura della norma è rimessa una mera vigilanza sulle operazioni compiute dal curatore (cfr. art 25 comma 1), nell'ambito delle sue funzioni; attività di vigilanza e controllo svolta in concorso con il comitato dei creditori, il cui ruolo all'interno del fallimento ha subito con la riforma un rimodellamento e un potenziamento altrettanto incisivi. Molto chiare a tal proposito le parole del legislatore di cui alla Relazione illustrativa al D.lgs. 9.1.1006 n. 5; riferendosi al giudice delegato egli afferma che «non è più l'organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione, con quella di vigilanza e controllo», divenuto al contempo il curatore «il vero organo motore della procedura, dal quale parte ogni impulso per le scelte di liquidazione e di conservazione delle imprese assoggettate alla procedura concorsuale»<sup>62</sup>. Ora, nonostante le esposte rilevazioni, dobbiamo osservare come la portata delle modifiche apportate dalla riforma del 2006, inerenti la centralità e l'autonomia del curatore nello svolgimento delle sue funzioni, sia da annotare senza esasperazione. In primo luogo non è stato poi così stravolto il ruolo che gli veniva disegnato dal legislatore fallimentare ante riforma (anche prima della riforma infatti il curatore, perno della gestione fallimentare, aveva un certo grado di discrezionalità). In secondo luogo tale "nuova" autonomia deve essere valutata all'interno del mutato quadro in cui è inserita, dove all'arretramento di un organo giurisdizionale (il giudice delegato) corrisponde l'avanzamento di un altro, (il comitato dei creditori<sup>63</sup>), con le

---

dovevano elargirgli i compensi per le funzioni svolte) con la sentenza dichiarativa di fallimento ai sensi dell'art.27 l.fall. e 16 l.fall., il quale, in possesso dei requisiti ex art. 28, assume nell'esercizio delle funzioni lui attribuite la qualità di pubblico ufficiale. Tale figura è disciplinata nella Sezione III del Capo II (rubricato degli organi del fallimento) del Titolo II agli artt. 27-39. A fronte di questi brevi cenni integrati da valutazioni circa il ruolo del giudice delegato e del comitato dei creditori si può subito notare come la paventata degiurisdizionalizzazione e la paventata privatizzazione del fallimento alle quali la riforma del 2006 e poi il decreto correttivo del 2007 dovevano essere informati siano perlopiù rimaste sulla carta.

<sup>61</sup> S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 126

<sup>62</sup> a proposito si faccia riferimento alla Relazione illustrativa al D.lgs. 5/2006

<sup>63</sup> Basti pensare al potere di ingerenza loro attribuito dalla legge fallimentare ai sensi dell'art 37 bis comma 1, con la quale viene previsto il loro potere di chiedere al tribunale la sostituzione del curatore; o alla possibilità di proporre modifiche al programma di liquidazione presentato dal curatore ex art. 104 ter comma 4. Come sottolineato da L. ABETE, *Commento all'art. 27*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al r.d. 16 marzo 1942, n. 267*, A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), Bologna, 2006, p. 522 nota 11, il legislatore compie una sorta di percorso a ritroso, apprestando una disciplina del loro ruolo collegata da un filo rosso con quella apprestata dal codice del commercio del 1865 e del 1882, seppur è stato eliminato il potere di nomina diretta del curatore (talvolta veniva dagli stessi stipendiati). L'A. esprime tale opinione riprendendo le parole chiarificatrici di F. FERRARA, voce *Il curatore del fallimento*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p.513

conseguenze che questo comporta sui rapporti di equilibrio interni alla procedura (basti a questo proposito approfondire il tema del ruolo del comitato dei creditori nella procedura per averne percezione).

Un primo superficiale riscontro delle considerazioni effettuate si ha pensando alle conseguenze derivanti dalla qualificazione di un atto di gestione del curatore quale atto di ordinaria o straordinaria amministrazione. Tale *summa divisio* sembrerebbe indicata, interpretando *a contrario* l'art. 35 l.fall., dallo stesso legislatore il quale, disponendo che per gli atti elencati (in maniera non tassativa) è necessaria la previa autorizzazione del comitato dei creditori (del giudice delegato prima del 2006), si riferisce con formula di chiusura anche agli «atti di straordinaria amministrazione»<sup>64</sup>. In questi casi, secondo alcuni<sup>65</sup>, il curatore mancherebbe del potere di compiere l'atto<sup>66</sup>; potere che al contrario non difetterebbe in altre circostanze nelle quali il curatore svolge attività funzionali all'ordinaria amministrazione del patrimonio fallimentare e per l'esercizio delle quali purtuttavia la legge gli impone di assumere la previa autorizzazione/approvazione del comitato dei creditori (che si esplica in un vero e proprio vaglio di opportunità<sup>67</sup>) ovvero del giudice delegato (il cui vaglio sull'atto si limiterebbe ad un controllo di legittimità dello stesso, secondo diffusa opinione<sup>68</sup>): si pensi all'atto di rinuncia di acquisizione all'attivo fallimentare di beni diseconomici (art 42 ult. comma, con necessaria autorizzazione del comitato), alla esecuzione delle operazioni incluse

---

<sup>64</sup> Per necessità di sintesi espositiva non si da conto dell'annosa questione di quali siano i criteri distintivi per identificare un atto di ordinario o straordinaria amministrazione, semplicemente rilevando che il criterio ampianete condiviso è che nell'ordinarietà rientrano gli atti finalizzati a conservare l'integrità del patrimonio fallimentare, nella straordinarietà gli atti dai quali possano scaturire effetti pregiudizievoli. Sul punto si veda G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, p. 119

<sup>65</sup> F. CARBONARA, *Commento all'art. 31*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010, p. 695 ss.

<sup>66</sup> in realtà, nonostante qualcuno parli di sussistenza/mancanza del potere, per individuare il *discrimen* che caratterizzerebbe gli atti di ordinaria/straordinaria amministrazione ritengo di dover accogliere la tesi di chi sostiene che la vera differenza tra le due tipologie di atti starebbe per lo più nel maggior o minor rischio insito nel loro compimento e dunque nella presenza più o meno accentuata di vincoli al loro esercizio (sul presupposto dell'indifferenziato potere in capo al soggetto legittimato *ex lege* o *ex contractu* di esperirli entrambi). Cfr. V. LOJACONO, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 152 ss

<sup>67</sup> Sul ruolo del comitato dei creditori e sulla vigilanza esercitata si veda A. PENTA, *Il comitato dei creditori*, in *Gli organi della procedura fallimentare: soluzioni giudiziali e prime prassi applicative*, Padova, 2009, p. 364 ss.; L. ABETE, *Commento all'art. 31 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al r.d. 16 marzo 1942, n. 267*, A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), Bologna, 2006, p. 552 ss.. Si parla a proposito di vigilanza sostanziale del comitato dei creditori, a fronte della vigilanza formale del giudice delegato, pur essendo tale opinione rigettata da F. CARBONARA, *Commento all'art. 31*, p. 705.

<sup>68</sup> F. PASI, *Il giudice delegato, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI, Torino, 2009, p. 287; G. MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legali del fallimento*, in *Fall.*, 2007, p. 677 ss.; M. VITIELLO, *Gli organi della procedura fallimentare: poteri e competenze*, in *La riforma della legge fallimentare*, S. AMBROSINI (a cura di), Bologna, 2006, p. 81; L. ABETE, *Commento all'art. 31*, 2006, p.553 il quale sottolinea come non potrebbe essere differente il controllo demandato al giudice delegato *ex post* (art 36 l.fall.) che inerisce all'ambito della legittimità e quello che egli deve esplicitare in via sistematica e preventiva (art 25 comma 1 e art 31 comma 1)

nel programma di liquidazione (art 104 ter, con necessaria autorizzazione del giudice delegato e approvazione del comitato), all'esercizio da parte del curatore delle azioni di responsabilità *ex art. 146* (il quale subordina in verità l'esperimento dell'azione al fatto che il comitato venga «sentito» e che il giudice delegato rilasci l'autorizzazione<sup>69</sup>) o più semplicemente si pensi alla tutela degli interessi della procedura in sede processuale di cui all'art. 31 comma 2, nel quale viene statuito in via generale che il curatore «non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato» con le eccezioni ivi menzionate, in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi su beni acquisiti al fallimento e in materia di impugnazione di atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero del difensore (sempre che non si accolga la tesi di chi ritenga che forse il legislatore abbia considerato il solo fatto di stare in giudizio quale atto di straordinaria amministrazione<sup>70</sup>).

Facciamo però un passo indietro.

La figura del curatore ed il suo ruolo rispetto al fallito, ai creditori ed agli altri organi della procedura sono da sempre oggetto di ampi dibattiti in dottrina e giurisprudenza (almeno fin dalla sua prima apparizione nei testi legislativi, datata 1882, art 716 del Codice del Commercio<sup>71</sup>).

Per facilitare la comprensione della questione, complessa e resa complicata dalle numerose secolari divergenti opinioni rinvenibili in dottrina, è forse utile fare riferimento dapprima a quelle più risalenti, le quali identificavano nel curatore una sorta di “mostro a due teste” (mi si passi l'espressione), nel senso che egli agisse sostanzialmente e processualmente in via generale quale organo di un ufficio pubblico, ed in via eccezionale quale avente causa del fallito (dunque agendo quale parte) «nello svolgimento di rapporti giuridici precedentemente costituiti o per far valere diritti spettanti allo stesso fallito o per contrastare pretese avanzate dalla controparte di quest'ultimo»<sup>72</sup>, in sostanza riprendendo l'opinione di

---

<sup>69</sup> sul punto si tornerà in seguito

<sup>70</sup> D. SPAGNUOLO, *Commento all'art. 31*, in *La riforma della legge fallimentare*, A. NIGRO – M. SANDULLI, Torino, 2006, p. 187; G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario Scialoja-Branca: Legge fallimentare*, F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), Bologna, 1977, p. 165

<sup>71</sup> Per una interessante e concisa ricostruzione storica della figura del curatore, che affonderebbe le proprie radici nel diritto romano, si veda M. LIACI, *Commento all'art. 31*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p. 405 ss.

<sup>72</sup> U. AZZOLINA, *Gli organi del processo di fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, p. 439;

chi in dottrina riteneva che il curatore fosse terzo quando procedeva all'apprensione dei beni ed avente causa quando agiva per l'amministrazione e liquidazione degli stessi<sup>73</sup>.

Altra autorevole dottrina più tardi ha sostenuto diversamente che il curatore agisca sempre quale sostituto del fallito dal momento che, anche qualora eserciti l'azione revocatoria (ordinaria ovvero fallimentare) ai sensi degli artt. 66 e 67, il rapporto in oggetto sarebbe pur sempre un rapporto di diritto patrimoniale compreso nel fallimento<sup>74</sup>. Altra ancora<sup>75</sup> ha parlato in proposito di sostituzione fallimentare (identificando nella procedura fallimentare un peculiare procedimento esecutivo), ovverosia una sostituzione, rispetto a quella surrogatoria, esclusiva ed omnicomprensiva, del fallito, nell'esercizio di diritti e azioni ad esso spettanti, ovvero dei creditori, nell'esercizio delle azioni di massa.

Ora, nonostante la valenza dell'obiettivo perseguito in dottrina di qualificare giuridicamente la natura del curatore nella gestione del patrimonio fallimentare, e più ampiamente nella gestione della procedura, e nonostante si possa con una certa sicurezza affermare che i contrasti sul punto non siano del tutto sopiti, si deve rilevare come l'orientamento prevalente sembri porsi sul filo rosso originato dalla valutazione che FERRARA nel 1962 molto chiaramente esprimeva parlando della figura del curatore<sup>76</sup> e che del resto appare chiarificatrice nel sistema attuale quanto lo era nel sistema di allora.

Il curatore non rappresenterebbe nè sostituirebbe tanto il fallito quanto i creditori, ma egli opererebbe nell'interesse esclusivo della giustizia quale incaricato giudiziario con posizione autonoma<sup>77</sup>, pur egli sostenendo che la formula "sostituzione dei creditori" sarebbe forse quella più adatta ad indicare comprensivamente i poteri effettivi attribuiti al curatore; per mera utilità descrittiva, lui dice, ben si potrebbero identificare nei poteri del curatore tutti i poteri spettanti ai creditori ( il curatore sarebbe un sostituto di secondo grado: sostituto dei

---

<sup>73</sup> G. BONELLI, *Del fallimento: commento al codice del commercio*, Milano, 1938, I, p. 521; opinione in apparenza supportata anche da A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 276

<sup>74</sup> S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 126 ss, il quale afferma come la legittimazione del curatore ad esercitare anche l'azione revocatoria o a respingere le pretese creditorie contrastanti con gli artt. 51 ss. sia rinvenibile nel patrimonio di cui egli è in via esclusiva amministratore, «che il debitore non fosse titolare dell'azione di revoca non ha importanza veruna: quel che importa è che nel suo patrimonio esistesse la possibilità della revoca», dal momento che peraltro i poteri del curatore sono originari, derivando dalla legge e non dal debitore. Più recentemente, posizione simile parlando del curatore in qualità di controparte assunta in sede di accertamento dello stato passivo è stata assunta da G. TARZIA, *La terzietà del curatore*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, L. PANZANI (diretto da), Torino, 2012, p. 375

<sup>75</sup> L. GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, ed. V, Torino, 2012, p. 111, il quale parla di sostituzione fallimentare, affermando che il curatore si sostituisce o al fallito o, nelle azioni della massa, cioè nelle azioni atte a tutelare la massa dei creditori, ai creditori stessi.

<sup>76</sup> F. FERRARA, voce *Il curatore del fallimento*, p.513

<sup>77</sup> Recentemente Cass. 15.1.2003, n. 508, in *Fall.*, 2003, p.1075

creditori nonché sostituto dei soggetti da loro stessi sostituiti nell'esercizio dei diritti, cioè i falliti).<sup>78</sup>

Nonostante non si rinvenga in dottrina convergenza circa tale ultima considerazione<sup>79</sup> ritengo vi sia una certa condivisione sul fatto che «la legge non ha inteso sostituire il curatore ai creditori quanto sottrarre ai creditori certi poteri ed attribuirli ad un soggetto incaricato dal tribunale» (il che trova conferma nel divieto di azioni esecutive e cautelari individuali ai sensi dell'art. 51), come anche, mi verrebbe da dire, non ha inteso sostituire il creditore al fallito quanto sottrarre a quest'ultimo poteri attribuiti al curatore originariamente ed in via esclusiva dalla legge all'intervenuto fallimento.<sup>80</sup>

Il curatore avrebbe la libertà di esercitare tutti i diritti attribuitigli *ex lege* (fallimentare): e quelli rinvenibili nel patrimonio fallimentare, di cui egli ha in via esclusiva, l'«amministrazione» e quelli di cui è investito nell'«ambito delle funzioni ad esso attribuite»<sup>81</sup> (art. 31 comma 1). In questo senso egli agirebbe “in luogo” o se si preferisce quale “sostituto” (usato in senso atecnico) del fallito, dei creditori o della procedura<sup>82</sup>, agendo di volta in volta facendo valere le ragioni degli uni o degli altri così acquisendo la posizione di terzo o di parte<sup>83</sup> (risulta chiaro a questo punto il motivo per cui si parla non solo di «effetti del fallimento per il fallito» ma anche di «effetti del fallimento per i creditori» e in termini più generali per i terzi), ma sempre nell'esclusivo interesse della giustizia<sup>84</sup> (egli ricoprendo peraltro un ruolo di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 30 l. fall.).

Ma la domanda principale a questo punto è: quale è la fonte attributiva della legittimazione al compimento delle varie attività del curatore?

Ora, è necessaria una notazione: anche il percorso esegetico da noi seguito al fine di valutare quali effetti comportasse il fallimento nelle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti, si è scontrata con la volontà di condurre ad unità l'azione (nell'esercizio dei poteri) del curatore,

---

<sup>78</sup> F. FERRARA, voce *Il curatore del fallimento*, p.513

<sup>79</sup> Si confronti in nota 56 l'opinione di SATTA, il quale sembra partire dagli stessi rilievi, giungendo a risultati diversi, affermando che in tutti i casi quelli esercitati dal curatore sarebbero identificabili con i diritti e poteri del fallito, *rectius* del patrimonio fallimentare.

<sup>80</sup> Sempre sul punto S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 126 ss, il quale afferma l'originarietà dei poteri del curatore, non derivati dal fallito.

<sup>81</sup> In questo senso si potrebbe pensare all'espressione «compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite» quale una sorta di formula di chiusura nell'identificazione delle attribuzioni *ex lege* di poteri al curatore

<sup>82</sup> In senso simile ma non coincidente A. PATTI, *Il curatore della nuova procedura di liquidazione concorsuale*, in *Il Fall.*, 2005, p.713 ss.

<sup>83</sup> Per una rassegna dei casi in cui il curatore assume la veste di terzo o di parte, si veda L. ABETE, *Commento all'art. 27*, p.525 ss.

<sup>84</sup> Tra gli altri B. QUATRARO – S. D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, 2 ed., Milano, 1999, I, p. 540 ss.; A. PATTI, *Il curatore*, p. 713 ss.

unità di cui il legislatore non sembra percepire la necessità, né darne indizio in alcuna delle disposizioni della legge fallimentare.

Parlando degli effetti del fallimento sul fallito abbiamo rilevato come dallo spossessamento (art 42) derivi una scissione tra titolarità e legittimazione sui “beni” costituenti il patrimonio dello stesso (ricordando che sul punto la dottrina converge), residuando solo la prima delle due in capo al debitore fallito ed essendo la seconda, nella sua configurazione quale legittimazione sostanziale<sup>85</sup>, di dubbia attribuzione al curatore (di certo tale attribuzione non trova sede nell’art. 42). Come allora fondare l’affermazione che gli atti posti in essere dal curatore nello svolgimento delle sue funzioni sia efficace e all’interno della procedura (ripercuotendosi sul patrimonio fallimentare) e rispetto ai terzi (con terzi identificando sia il fallito che i creditori che verso questo vantino pretese)?

Delle due l’una: o si afferma che la titolarità dei “beni” del patrimonio resta in capo al fallito (il che non pare discutibile) e quella del curatore sarebbe rispetto al fallito o ai creditori una sostituzione, seppur *sui generis*, con la conseguenza che il curatore potrà agire in nome proprio per conto degli stessi (sostanzialmente e processualmente) o quantomeno una loro rappresentanza, e dunque il curatore agirebbe in questo caso in nome e per conto o degli uni o degli altri, andando in entrambi i casi verso quella privatizzazione della procedura che nelle parole del legislatore ha ispirato la riforma del 2006; o, al contrario, si dovrà sostenere che al momento del fallimento venga in essere un passaggio della titolarità dei beni compresi nel fallimento dal fallito ad altri soggetti, titolari *in pectore* del patrimonio fino all’apertura della fase di liquidazione concorsuale. Ipoteticamente tali soggetti potrebbero identificarsi nel curatore stesso o più correttamente nella procedura fallimentare quale ente personalizzato, della quale il curatore sarebbe rappresentante nella veste di organo di un ufficio fallimentare.

Ma entrambe non possono trovare accoglimento: la prima interpretazione sarebbe contraria al dato assolutamente condiviso della imparzialità del curatore nello svolgimento delle sue funzioni<sup>86</sup>, da svolgere nell’esclusivo interesse della giustizia, e la seconda non è mai stata realmente presa in considerazione fin dai tempi del Codice del Commercio<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Intesa quale idoneità ad esercitare e disporre dei propri diritti. V. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale*, p. 99

<sup>86</sup> Nonchè dal dato più sopra analizzato dell’attribuzione generica ai sensi dell’art. 43 al curatore della legittimazione processuale nelle controversie, in corso al momento del fallimento o instaurate *ex novo*, sui rapporti del fallito compresi nel fallimento. Ritengo che per le considerazioni lì svolte (alle quali rimando) non sarebbe stata necessaria una disciplina così come fissata nell’art. 43 qualora l’art. 31 avesse attribuito allo stesso curatore un libero (ed assoluto) esercizio dei diritti inerenti i beni compresi nel fallimento in quanto sostituto o rappresentante del fallito ovvero dei creditori.

<sup>87</sup> G. BONELLI, *Del fallimento*, p. 459 ss.

È qui che si pone l'utilità di disegnare quello che potremmo definire un *tertium genus*<sup>88</sup>. A ben vedere l'art. 31, come abbiamo detto, seppur letto in combinato disposto con l'art. 42, non dá adito a tale riconduzione ad unità, o meglio, sembra farlo solo parzialmente. La rubrica, in primo luogo, parla di «gestione della procedura»<sup>89</sup> e il testo della norma esplicita in cosa essa consista: «l'amministrazione del patrimonio fallimentare» e il compimento di «tutte le operazioni della procedura». Rinviene qui nuovamente quell'immagine, a cui più sopra si era fatto riferimento, seppur in una diversa sfumatura, del curatore quale “mostro a due teste” o se si preferisce “Giano bifronte”. Sotto l'egida della procedura (qui forse si potrebbe parlare di unità) egli ricopre sia una funzione per così dire “privatistica” di amministratore (anche se di amministrazione vera e propria del patrimonio e custodia dei relativi beni qualcuno nota come si possa parlare solo con riferimento alle attività svolte ai sensi degli artt. 84 - 91<sup>90</sup>) del patrimonio fallimentare sia una funzione prettamente “pubblicistica” (si pensi alla fase della liquidazione, che lui presiede, nonché, se si vuole, a mio parere, alla fase dell'accertamento del passivo); come è stato efficacemente affermato da FERRARA e poi ribadito in più occasioni dalla giurisprudenza, sempre nell'esclusivo interesse della giustizia (unità e univocità di intenti dunque, che si sostanziano nella liquidazione fallimentare).

Se da un lato però la dottrina maggioritaria sembra ora convergere sulla non necessarietà della riconduzione ad unità di tutta l'attività svolta dal curatore, individuando caso per caso se egli agisca quale parte o quale terzo, non sembra altrettanto convergere circa la qualificazione di tali attività.

Due sarebbero le strade perseguibili: o si ammette che l'art. 31 quale norma assolutamente descrittiva imponga all'interprete la ricerca nell'intera normativa fallimentare delle disposizioni attributive della legittimazione caso per caso, che diano un contenuto e all'«amministrazione del patrimonio fallimentare» e alle «operazioni della procedura» (sempre che si accolga tale bipartizione) la cui gestione è riservata al curatore o si deve

---

<sup>88</sup> A tal proposito illuminanti possono essere le parole usate in tema di spossessamento, ma a mio parere valide per chiarire la posizione assunta nel testo, da P. G. JAEGER - R. SACCHI, voce *Fallimento*, p. 1, che ritengono che «quando un istituto ha una compiuta disciplina legislativa, le indagini dirette ad accertarne la natura giuridica sono inutili» Anche G. DE FERRA, *Art. 42 - 50*, p. 2, parlando di effetti del fallimento per il fallito afferma che «non può essere letta la legge fallimentare come mera trasposizione in sede speciale di meccanismi previsti in via generale».

<sup>89</sup> La rubrica prima parlava più restrittivamente di «poteri del curatore». Richiamando le parole di D. SPAGNUOLO, *Commento all'art. 31*, p. 186 il curatore sarebbe destinatario di «una norma generale che gli consente di compiere tutte le operazioni della procedura e tutte le attività che non siano riservate all'organo giurisdizionale o al comitato dei creditori».

<sup>90</sup> V. ANDRIOLI, *Effetti del fallimento sul debitore*, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, p. 380

ritenere che tale ricerca caso per caso sia limitata a quei poteri che non rientrino in quella che viene indicata quale «amministrazione del patrimonio fallimentare», la quale rivelerebbe di per sè una certa valenza contenutistica.

La prima strada sembra essere percorsa da quella parte della dottrina che tende a seguire un criterio di classificazione fondato sul carattere amministrativo o processuale delle funzioni del curatore<sup>91</sup>. Rappresenterebbe «amministrazione del patrimonio fallimentare» l'attività di apprensione e conservazione del patrimonio finalizzata alla liquidazione mentre riguarderebbe le operazioni della procedura l'esercizio delle attività richieste dal fallimento<sup>92</sup>. Così facendo, mi pare, essi semplicemente riporterebbero sotto le etichette dei “contenenti” («amministrazione del patrimonio fallimentare» e «tutte le operazioni della procedura») i contenuti (ossia le norme specifiche attributive).

Sembra ugualmente (con sfumature e risultati diversi) essere percorsa da altra parte della dottrina<sup>93</sup> la quale però rinviene il *discrimen* dei “contenenti” (in questo caso del “contenente”) non tanto nel carattere delle funzioni del curatore quanto nella presenza/assenza di autonomia in capo al curatore partendo da presupposti diversi e ulteriori rispetto alla dottrina sopra ricordata: in primo luogo la sostanziale unitarietà delle attività del curatore il quale potrebbe svolgere tutte le attività funzionali alla “ordinaria” gestione del patrimonio fallimentare (così, ritengo, statuendo una sostanziale invarianza dell'art. 31 rispetto a quello vigente pre-riforma e dunque una sostanziale equivalenza tra «gestione della procedura» e «amministrazione del patrimonio fallimentare»<sup>94</sup>); ed in secondo luogo ed in tutti i casi la mancanza in capo al curatore del libero esercizio dei diritti che si intendono far valere (cioè la legittimazione sostanziale). Il difetto originario di potere del curatore troverebbe conferma non solo nel dato letterale, in quanto il legislatore riconosce al curatore stesso esclusivamente il potere di amministrare il patrimonio fallimentare (art. 31 comma 1) ma non anche la disponibilità *tout court* sullo stesso (di cui ai sensi dell'art 42 il fallito viene privato), ma anche in dati sistematici: l'art 35 presupporrebbe tale difetto originario richiedendo al curatore la previa autorizzazione del comitato dei creditori per il compimento di atti di straordinaria amministrazione (*recte* “anche” di atti di straordinaria amministrazione) e l'art.

---

<sup>91</sup> D. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1986, p. 157; G. LO CASCIO, *Commento all'art. 31*, in *Codice commentato del fallimento*, G. LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008, p. 272 ss.

<sup>92</sup> M. LIACI, *Commento all'art. 31*, p. 407

<sup>93</sup> F. CARBONARA, *Commento all'art. 31*, p. 701 ss.

<sup>94</sup> interpretazione che potrebbe essere confortata dalla Relazione governativa al D.lgs. 5/2006, la quale sub art. 31 afferma: «La norma in commento, strettamente correlata con le previsioni contenute negli articoli 25, primo comma e 41, primo comma, dispone che l'amministrazione del patrimonio del fallito, sotto la sorveglianza del giudice delegato e del comitato dei creditori nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, spetta al curatore».

31 comma 2, subordinando in via generale il potere del curatore a stare in giudizio all'autorizzazione del giudice delegato, sarebbe conforme al principio processual-civilistico di cui all'art 75 comma 2 c.p.c.<sup>95</sup>, secondo cui chi manchi del libero esercizio dei diritti non può stare in giudizio se non assistita, rappresentata o autorizzata.

Ritengo, nonostante lo spessore delle opinioni citate, di dovermi discostare dalla prima strada, nonostante potrà risultare utile in un secondo momento (per stabilire se nello svolgimento di singole attività il curatore stia agendo come parte o come terzo), per seguire la seconda (dovendo rilevare peraltro come la prima delle due, di cui abbiamo dato conto, potrebbe ipoteticamente portare a sostenere una paradossale convivenza di una legittimazione processuale del curatore circa i rapporti giuridici compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 43 comma 1 con la mancanza di una sua legittimazione sostanziale nelle medesime situazioni.)

L'«amministrazione del patrimonio fallimentare», di cui il curatore viene investito *ex lege*, non riuscirebbe a rivestire una funzione descrittiva omnicomprensiva delle funzioni svolte dal curatore nella procedura concorsuale (ruolo di cui è forse incaricata dal legislatore l'espressione che si rinviene nella rubrica dell'art. 31, «gestione della procedura»), ma specularmente all'art 42 per estensione ed intensione attribuirebbe al curatore una generale legittimazione sostanziale, o se si vuole, una generale idoneità ad esercitare e disporre dei diritti inerenti “beni” del fallito compresi nel fallimento (e dunque quel libero esercizio dei diritti che, come abbiamo visto, non tutti in dottrina gli riconoscono).<sup>96</sup>

È vero, il legislatore all'art 31 comma 1 parla esclusivamente di «amministrazione», non ripetendo la formula usata nell'art 42 comma 1, dove si dice che il fallimento priva dalla sua data il fallito «dell'amministrazione e della disponibilità» dei suoi beni. Ma tale osservazione non pare insuperabile: senza ricorrere all'argomento della semplice “svista” del legislatore, si deve ricordare come le due disposizioni abbiano origine da legislatori (e dunque tecniche legislative) diversi. L'art 42 pone le sue radici nella legge fallimentare del 1942 (pur riproducendo il testo ancora più risalente dell'art 699 del Codice del Commercio), momento dal quale è rimasto immutato se non per il comma 3, aggiunto dall'art. 40 D.lgs. 5/2006, mentre l'art. 31 ha trovato in tale Decreto la sua completa riforma.

A tal proposito è utile ricordare che già nel 1958 autorevole dottrina sosteneva come risultasse inadeguata ad una esauriente identificazione degli atti di amministrazione (ordinaria) tanto l'adozione di un “criterio statico”, il quale individuava nella coincidenza tra

---

<sup>95</sup> per il testo della disposizione, v. nota 47

<sup>96</sup> La tesi esposta sembrerebbe trovare conforto nella interpretazioni della dottrina maggioritaria in tema di spossessamento v. N. R. DI TORREPADULA, *Commento all'art. 42*, p. 691; S. PACCHI, *Commento all'art. 42*, p. 578

atti amministrativi (ordinari) e attività di conservazione del patrimonio (quasi coincidenti con atti di mera vigilanza e custodia, non comportanti rischi per la sostanza del patrimonio) la propria ragione d'essere, quanto l'adozione di un "criterio dinamico" di conservazione, tanto da far rientrare nel concetto di ordinaria amministrazione anche atti tesi allo sviluppo e potenziamento del patrimonio.<sup>97</sup>

L'A. (il cui pensiero, per la chiarezza e limpidezza espositiva, sarebbe bello poter riportare integralmente) ritiene che non si debba tanto parlare di atti di ordinaria o di straordinaria amministrazione quanto genericamente di atti di amministrazione (o se si preferisce di attività di amministrazione), dai quali neanche potrebbero distinguersi gli atti di disposizione, che in tale categoria sono compresi e di cui esauriscono la portata («l'attività di disposizione e l'attività di gestione comprendono ed esauriscono ogni attività che un soggetto può svolgere nel curare, cioè nell'amministrare un bene singolo o un patrimonio»; la considerazione non inficierebbe peraltro la incontestabile e necessaria differenza tra chi amministra e chi è proprietario, essendo quest'ultimo assolutamente libero di disporre anche avventatamente di ciò che gli appartiene. Libertà vincolata allo scopo dell'amministrazione per il primo). Unica distinzione che si potrebbe avanzare sarebbe, mantenendosi all'interno degli «atti di amministrazione», quella tra atti che liberamente possono essere compiuti e atti vincolati a date formalità, prescindendo dalla loro natura e basandosi unicamente sul rischio che essi presentano (in altre parole sulla loro «rilevanza patrimoniale»).

Non vedo come la *ratio* della tesi appena esposta non possa illuminare l'interprete anche nella lettura del comma 2 dell'art. 31. Il legislatore prevedendo la necessaria previa autorizzazione al legittimo esercizio da parte del curatore del potere di stare in giudizio non avrebbe tanto identificato nell'azione giudiziaria un atto di straordinaria amministrazione del curatore, quanto lo avrebbe ritenuto un atto di una certa rilevanza patrimoniale, tale da giustificare la soggezione del suo espletamento ad un ulteriore vincolo .

Ciò parrebbe peraltro confermato da chi in tema di autorizzazione a stare in giudizio ritiene che le "autorizzazioni" sarebbero da intendere in senso «amministrativistico», ossia quali provvedimenti idonei a rimuovere un ostacolo al compimento di un atto rimesso

---

<sup>97</sup> V. LOJACONO, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 152 ss. Richiamando le sue parole, sarebbero atti di amministrazione «tutti gli atti diretti al buon governo di un bene o di un complesso patrimoniale, senza eccezioni aprioristiche; mentre la necessità di provvedimenti autorizzativi riguarda il maggiore o minore rischio che determinati atti possono presentar per l'integrità del patrimonio e non la natura degli stessi».

all'esclusivo apprezzamento del destinatario (in sostanza ponendosi quali meri presidi alla legalità)..<sup>98</sup>

Ora, giuste le considerazioni finora svolte, viene da chiedersi per quale motivo il legislatore fallimentare avrebbe dovuto specificare all'art. 43 che «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore», avendo il curatore (come tentato di dimostrare) il libero esercizio dei diritti compresi nel patrimonio fallimentare, e derivandone, secondo i generali principi processual-civilistici, automaticamente la legittimazione processuale.

Anche questa non sembra essere una contraddizione insuperabile: lungo il percorso logico svolto, è stato più volte ribadito (sulle orme dell'opinione largamente condivisa da dottrina e giurisprudenza) come al curatore non venga riconosciuta dal legislatore alcuna posizione giuridica unitaria. Il curatore non è né rappresentante né sostituto di alcun soggetto toccato dal fallimento. Per tale motivo i profili sostanziali e processuali inerenti la sua attività non potrebbero trovare una disciplina unitaria ed unica, ma dovrebbero essere considerati in modo separato e distinto, pur finendo, ragionevolmente, per convergere (perlomeno quando si consideri l'attività del curatore quale “sostituto” del debitore fallito).

#### *4. Gli effetti processuali del fallimento: art. 43 l. fall.*

Ricollegandoci a quanto espresso al termine del precedente paragrafo ritengo necessario soffermarsi sull'esegesi dell'art. 43 l. fall., incidentalmente preso in considerazione nel corso del lavoro fin qui svolto e che ora necessita di un più ampio approfondimento.

L'art. 43 l. fall. rubricato «rapporti processuali» espressamente statuisce che: «*1. Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. 2. Il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge. 3. L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo*».

A ben vedere, già ad una prima lettura della disposizione e specificamente del comma 1, tenendo a mente i ragionamenti svolti nel presente lavoro fino a questo punto, si può cogliere come la norma non si limiti a dettare gli effetti che dal fallimento derivino circa la posizione giuridica processuale del fallito a seguito dell'intervenuto fallimento.

---

<sup>98</sup> L. ABETE, *Commento all'art. 31*, 2006, p. 555 il quale sottolinea come nel nuovo sistema il potere del giudice delegato di autorizzare il curatore ad agire ed a resistere in giudizio identificherebbe una mera facoltà per lo stesso di riscontrare l'insussistenza di controindicazioni all'esplicazione di prerogative proprie del curatore.

A dispetto della “localizzazione” (*sedes materiae*) dell’art. 43 nella sezione I del capo III del Titolo I della Legge Fallimentare dedicata agli «effetti del fallimento per il fallito», che lo colloca, quasi a volerne fissare lo stretto legame, a ridosso della norma che del fallito fissa il c.d. spossessamento (posizione giuridica sostanziale), la norma difatti non sembra prendere in considerazione l’altra faccia della medaglia, complementare rispetto a quella individuata negli effetti sostanziali patrimoniali derivanti dal fallimento sul fallito e che finora abbiamo principalmente preso in considerazione, ma sembrerebbe omnicomprensivamente riferirsi a quegli effetti che nel titolo del presente paragrafo abbiamo definito (forse impropriamente, ma mi pare strumentalmente a fini descrittivi) effetti processuali, in un certo qual modo distinguendoli dagli effetti “sostanziali” derivanti dal fallimento, disciplinati in modo sparso nella normativa fallimentare e di cui l’art. 42, in riferimento al fallito, è certamente una delle massime espressioni.

Pur riconoscendo la criticabilità della scelta della *sedes materiae*, la portata precettiva della norma appare del tutto coerente con il sistema normativo fallimentare, dovendosi del resto rilevare come un’espressa previsione dell’effetto privativo in capo al fallito della legittimazione processuale sui rapporti giuridici inerenti i beni patrimoniali non sarebbe necessaria.

Richiamando alla memoria quanto detto finora e giuste le considerazioni fatte, il fallito *ex art. 42 l. fall.* dalla data del fallimento perderebbe la legittimazione sostanziale sui propri beni (salvo su quelli di cui all’art. 46 l. fall.), e, stante il generale principio processual-civiltico di cui all’art. 75 c.p.c., perderebbe con essa anche la legittimazione processuale ad agire per la loro tutela<sup>99</sup>. Al contrario, è bene ricordarlo, egli non perderebbe la generale capacità di stare in giudizio (corrispondente, nel processo, alla generale capacità d’agire)<sup>100</sup>.

Contemporaneamente, con la sentenza dichiarativa del fallimento e la nomina del curatore, questo acquisirebbe sugli stessi beni una generalizzata legittimazione sostanziale, stante l’art. 31 l. fall., e una generalizzata capacità di stare in giudizio, ma non la legittimazione processuale ad agire per la tutela degli stessi (sempre ai sensi dell’art. 75 c.p.c.).

È in questo contesto che si coglie il senso di una disposizione siffatta: il legislatore ha l’esclusiva premura di investire, in via generale ed esclusiva, il curatore della legittimazione

---

<sup>99</sup> In giurisprudenza si era parlato sia di difetto di legittimazione, (v. Cass. 1858/1975; Cass. 2734/1967; Cass. 1390/1967), sia di incapacità processuale (v. Cass. 464/1972; Cass. 956/1974; Cass. 1294/1975), anche se taluno in dottrina osservava come si trattasse di incertezze terminologiche piuttosto diffuse in giurisprudenza e dottrina. In questo senso A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 220-221 e 227-228.

<sup>100</sup> Il fallito, si ricorda, rimane titolare dei beni (intesi estensivamente) compresi nel fallimento.

processuale<sup>101</sup> attiva e passiva in tutte le controversie relative a rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, sia che i giudizi siano instaurati *ex novo* sia che essi semplicemente proseguano durante la procedura (essendo dunque stati avviati prima della dichiarazione di fallimento)

Ciò che la norma dispone è quindi l'inopponibilità al fallimento delle decisioni se (e solo se) assunte in giudizi pendenti al momento dell'apertura della procedura o iniziati nel corso di essa e relativi al patrimonio della procedura, salvo il caso in cui il giudizio prosegua dopo la costituzione nello stesso da parte del curatore. Ora, si potrebbe ulteriormente osservare – ed è il motivo per cui si è in un certo qual modo “criticato” la collocazione della disposizione – come gli effetti di tale attribuzione non si esauriscano nella sfera del debitore fallito ma finiscano per riverberarsi anche su quei soggetti che verso di esso (direttamente o indirettamente<sup>102</sup>) vantino una qualche posizione giuridica.

Per il momento, però, è meglio non affrontare specificamente la questione, nella consapevolezza che risulterà sicuramente meno oscura alla luce dei ragionamenti che si faranno nel prosieguo.

Come abbiamo detto, i confini dell'effetto processuale si collocano lungo l'area dello spossessamento e pertanto si può rilevare, richiamando considerazioni altrove svolte, come rimanga intatta la legittimazione processuale (come d'altronde la legittimazione sostanziale) del fallito nei giudizi relativi a rapporti personali o inerenti ai beni esclusi dallo spossessamento ai sensi dell'art. 46 l. fall. o dei quali ha riacquisito la disponibilità perchè il curatore non ne ha ritenuto conveniente l'acquisizione (*ex art. 42 comma 3 l. fall.*) o la liquidazione (art. 104 ter comma 7 l. fall.)<sup>103</sup> o relative all'attività concernente una diversa impresa esercitata dal fallito nel corso del fallimento<sup>104</sup>

E, sicuramente, il fallito conserva la legittimazione processuale nei giudizi penali nei quali sia imputato<sup>105</sup> e nei giudizi dai quali possa derivare una sua imputazione per bancarotta<sup>106</sup> oppure quando sia espressamente previsto dalla legge (*ex art. 43 comma 2<sup>107</sup>*).

---

<sup>101</sup> Per completezza riportiamo la definizione che di legittimazione processuale da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, p. 374: «la legittimazione processuale è la posizione soggettiva di colui che, essendo titolare del potere di proporre (o di ricevere la proposizione di) una domanda, diviene, in quanto eserciti questo potere, titolare della serie ulteriore dei poteri processuali».

<sup>102</sup> Si pensi alle ipotesi di azione surrogatoria (art. 2900c.c.) o in un certo qual modo alle ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire (art. 2393 bis e art 2476 c.c.)

<sup>103</sup> P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale*, p. 195

<sup>104</sup> A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 216

<sup>105</sup> S. PACCHI, *Commento all'art. 43*, p. 589

<sup>106</sup> Si tratterebbe di intervento adesivo dipendente che non consente al fallito di modificare o disporre dell'oggetto del giudizio, così C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Il sole 24 ore, Milano, 2007, p. 207; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 197.

Possiamo dunque ragionevolmente affermare che tali effetti sono assolutamente funzionali alla struttura della procedura ruotante attorno all'attività sostitutiva del curatore<sup>108</sup>, e potremmo dire, all'effetto "totalizzante" del fallimento, all'interno del quale lo stesso curatore assume un ruolo centrale e di "perno".

Ma soffermiamoci un istante nell'esegesi del comma 3 dell'articolo in commento, introdotto dalla riforma della legge fallimentare del 2006 e dettato da esigenze di economia processuale (nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo<sup>109</sup>), non senza rilevare come i dibattiti sul punto, assolutamente vivaci prima della riforma, non siano sopiti dopo la stessa.

La norma sembra introdurre il principio dell'automaticità dell'effetto processuale (e dunque dell'interruzione)<sup>110</sup> sui giudizi in corso al momento della dichiarazione di fallimento, in relazione ai beni oggetto dello spopolamento: «l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo» e, secondo parte della dottrina, la perdita della legittimazione processuale del fallito sarà dunque assoluta e rilevabile d'ufficio<sup>111</sup>.

Il curatore dunque, venuto a conoscenza dell'interruzione potrà, nel termine di tre mesi (art. 305 c.p.c.) e previa valutazione di convenienza, decidere di costituirsi (subentrando nella posizione del soggetto non più legittimato) proseguendo o riassumendo il processo ai

---

<sup>107</sup> È con questa norma che pare ritrovarsi la necessaria collocazione dell'art. 43 l. fall. a ridosso dell'articolo sull'effetto privativo del fallimento sul fallito (art. 42 l. fall.).

<sup>108</sup> G. DE FERRA, *Art. 43*, in *Commentario Scialoja –Branca, Legge fallimentare*, F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), *Effetti del fallimento per il fallito*, G. DE FERRA – L. GUGLIEMUCCI, Bologna – Roma, 1986, p. 30

<sup>109</sup> Evitando così che l'evento interruttivo debba essere (cosa che avveniva nel periodo pre riforma) dichiarato ai sensi dell'art. 300 c.p.c. in udienza o con notifica o peggio, che i processi giungano a decisione perchè non dichiarato l'effetto interruttivo con tutti i problemi che ne possono derivare in tema di efficacia o meno dei titoli creatisi all'esito dei giudizi, così anche P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale*, p. 293

<sup>110</sup> La formulazione della nuova norma non va intesa in senso assoluto dovendosi escludere i giudizi relativi a diritti e rapporti giuridici non ricompresi nel fallimento, i giudizi che devono essere dichiarati improcedibili poichè aventi ad oggetto l'accertamento di diritti sottoposti a verifica concorsuale e i procedimenti pendenti avanti la Corte di Cassazione. Così F. MARELLI, *Commento all'art. 43 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), p. 714 ss.; in senso conforme Cass., 14.11.2003, n. 17295 in *Mass. Foro it.*, 2003

<sup>111</sup> R. CAIAZZO, *Gli effetti*, p. 405 – 454; G. FEDERICO, *Commento all'art. 43*, in *Codice commentato del fallimento*, G. LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008, p. 390; A. GHEDINI, *Commento all'art. 43 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, M. FERRO (a cura di), Padova, 2007, p. 324; M. NICODEMO, *Gli effetti del fallimento per il debitore e l'esdebitazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto «correttivo»*; S. AMBROSINI (a cura di), Bologna, 2008 P. 79; A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 288; *contra* gran parte della giurisprudenza di legittimità, da ultime v. Cass. 09.03.2011, n. 5571; Cass. 02.07.2010, n. 15713 la quale afferma che: «la perdita della capacità processuale del fallito, conseguente alla dichiarazione di fallimento, relativamente ai rapporti di pertinenza fallimentare, essendo posta a tutela della massa dei creditori, ha carattere relativo e può essere eccepita dal solo curatore, salvo che la curatela abbia dimostrato il suo interesse per il rapporto dedotto in lite, nel qual caso il difetto di legittimazione processuale del fallito assume carattere assoluto ed è perciò opponibile da chiunque e rilevabile anche d'ufficio», anche se mi pare, facendo richiamo alle interpretazioni espresse in ordine alla disciplina previgente la riforma; e di merito, v. Trib. Napoli, 28.04.2008

sensi, rispettivamente, degli artt. 302 e 303 c.p.c. o di rinunciare (momentaneamente o definitivamente) ad avvalersi dell'inopponibilità sancita nella norma.

È bene però ricordare un orientamento dottrinale che oggi sembra piuttosto consolidato (seppur non del tutto recepito in giurisprudenza) secondo cui il fallito può promuovere o proseguire i giudizi (senza tuttavia che i costi e gli eventuali esiti negativi possano ricadere sul fallimento), nei quali il curatore abbia deciso di non costituirsi così egli potendo evitare che prescrizioni o decadenze pregiudichino il suo diritto. Con un limite: affinché il fallito possa legittimamente avviare o proseguire la controversia non pare sia da ritenersi sufficiente la semplice inerzia del curatore, e ci si chiede ulteriormente se sia sufficiente un'espressa dichiarazione del curatore o sia necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori (quasi fosse un atto di straordinaria amministrazione del fallito, art. 35 l. fall., o di rinuncia all'acquisizione o liquidazione di beni, artt. 42 comma 3 e 104ter comma 7 l. fall. ) o del giudice delegato (collocando la fattispecie sullo stesso piano di quelle di cui all'art. 25 n. 6) l. fall.)<sup>112</sup>. È forse bene non prendere posizione sul punto, rilevando come la questione interpretativa permanga di attualità.

Ora, nel caso in cui il processo prosegua senza che l'interruzione venga dichiarata, non si riscontrano in dottrina interpretazioni univoche, del resto connesse alle prese di posizione circa la rilevabilità o meno d'ufficio dell'interruzione. Secondo l'orientamento che ha tratto ispirazione dalla rilevabilità d'ufficio dell'interruzione, che del resto potrebbe trarsi dall'art. 46 comma 3, qualunque atto processuale compiuto dopo che l'evento fallimento si è verificato sarebbe nullo<sup>113</sup> e il problema, secondo un certo orientamento, sarebbe da risolversi alla luce del principio processualistico di cui all'art. 161 comma 1 c.p.c. di conversione delle nullità in motivi di gravame<sup>114</sup>.

In tutti i casi, mi pare che dottrina e giurisprudenza convergano su una circostanza: gli atti processuali compiuti dal fallito (a meno che egli non abbia recuperato la propria

---

<sup>112</sup> nel senso che occorrerebbe sia un'espressa valutazione negativa degli organi del fallimento sia il riconoscimento della facoltà del fallito di riassumere la controversia Cass. 16.12.2004, n. 23435, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 1; ravvisando analogie con le fattispecie di cui agli artt. 42 comma 3 e 104ter comma 7 l. fall., F. MARELLI, *Commento all'art. 43*, p. 716 ss..

<sup>113</sup> Diversamente A. CAIAFA, *Nuovo diritto*, p. 288, secondo il quale la sentenza «non sarebbe nulla, quanto, piuttosto, inopponibile alla massa dei creditori, rispetto ai quali il giudizio, che fosse proseguito, costituirebbe *res inter alios acta* non potendo la decisione essere fatta valere neppure nei confronti del fallito medesimo, una volta tornato *in bonis*».

<sup>114</sup> A. PARISI, *Commento all'art. 43*, p. 911, secondo la quale peraltro un eventuale intervento del giudicato renderebbe la sentenza vincolante nei confronti di tutte le parti, anche del fallimento.

legittimazione) non saranno opponibili nei confronti del fallimento nei loro effetti sfavorevoli<sup>115</sup>

Ai nostri fini, è forse bene non addentrarci ulteriormente nelle questioni poste, per dedicarci ad analizzare, con gli strumenti acquisiti, gli scenari che si potrebbero presentare nel caso in cui l'azione del fallito o di altri soggetti legittimati ad agire a tutela di rapporti patrimoniali compresi nel fallimento (pensiamo ad esempio ai soci legittimati straordinari ad agire *ex art. 2393 bis c.c. e 2476 c.c.*) sia avviata quando la dichiarazione di fallimento sia già intervenuta. Guardiamo in sostanza a quali siano gli effetti del fallimento sui giudizi instaurati successivamente a detta dichiarazione.

È sufficiente notare a tal proposito come l'introduzione nell'art. 43 del comma 3 avvenuta nel 2006 abbia fatto sorgere dubbi circa la rilevabilità d'ufficio del difetto di legittimazione processuale del fallito<sup>116</sup> e per analogia, ritengo circa la rilevabilità d'ufficio del difetto di legittimazione di quei soggetti per legge legittimati ad agire a tutela di diritti patrimoniali del fallito stesso.

Dunque cerchiamo di fare chiarezza: nel caso di controversie in corso al momento della dichiarazione di fallimento, il processo è automaticamente interrotto. Il curatore potrà decidere di subentrare o meno, valutandone la convenienza, nella posizione dell'attore o convenuto fallito (e, come cercato di spiegare, nella posizione di quei soggetti che possano agire a tutela di diritti patrimoniali compresi nel fallimento in luogo dello stesso fallito).

Nel caso di controversie avviate, pendente il fallimento, dal fallito (o dai soggetti legittimati a far valere posizioni patrimoniali comprese nel fallimento) mancherà non solo (peraltro non sempre) la legittimazione sostanziale ma anche, dunque, la legittimazione processuale, col dubbio che quest'ultima possa essere rilevata d'ufficio.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> In dottrina si è parlato di inefficacia degli atti processuali compiuti dal fallito alla pari degli atti sostanziali, *ex art. 44 l. fall.*, v. G. U. TEDESCHI, *Manuale*, p. 195; R. PROVINCIALI, *Trattato*, p. 861-862; in giurisprudenza il problema è stato a volte impostato in termini di nullità Cass. 3979/1974 (così anche in dottrina v. P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale*, p. 291, talvolta si è affermato che il fallito potrebbe continuare a gestire sul piano processuale anche i diritti patrimoniali avvocati al fallimento, il quale dell'attività processuale del fallito acquisirebbe i risultati utili e non risentirebbe degli effetti dannosi, C. Cass. 956/1974.

<sup>116</sup> Nel senso della irrilevabilità d'ufficio, giurisprudenza costante, anche risalente, v. Cass. 23.09.1977, n. 4055, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 24 ss.; Trib. Napoli, 03.04.1981, in *Dir. fall.*, 1981, II, 306 ss.; *contra* in dottrina V. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 387.

<sup>117</sup> Peraltro con la peculiare ipotesi della coesistenza in capo ad un soggetto della legittimazione sostanziale e del difetto di legittimazione processuale. Si pensi al caso del diritto di agire dei soci di s.r.l. *ex art. 2476 c.c.*, di cui si parlerà ampiamente più avanti.

### *5. Art. 146 l. fall.: considerazioni generali*

Per completare il quadro che abbiamo fin qui cercato di delineare circa gli effetti del fallimento sulle società di capitali, dobbiamo necessariamente riferirci alla disposizione che apre il capo della legge fallimentare dedicato al fallimento delle società. In realtà si presenta come necessario sia in chiave sistematica, sia più specificamente ai fini che col presente lavoro ci siamo posti.

È bene ulteriormente rilevare che, come era stato anticipato al paragrafo 1, per comprendere quali fossero gli effetti che dal fallimento derivano sugli enti giuridici società di capitali abbiamo dovuto far riferimento alle norme pensate dal legislatore fallimentare per regolare il fallimento dell'imprenditore individuale. Del resto abbiamo già sottolineato come queste vadano pensate in un certo qual modo quali disposizioni recanti principi generali, di cui quelle specificamente dettate in tema di fallimento societario possono essere considerate norme integrative, a completamento. In sostanza ciò che si vuole dire è che, interrogandosi su come il fallimento reagisca sulle s.p.a. e sulle s.r.l. (e comunque sugli altri enti collettivi), l'interprete cercando una risposta nel capo della legge fallimentare ad esso dedicato (Capo X), si vedrà sconfitto e sarà "costretto" a guardare a tutta la disciplina altra rispetto a quella del «fallimento delle società». Questo necessitato percorso logico (ben) si coglie in questo primo capitolo, nel quale esso è stato sostanzialmente ripercorso a ritroso. Ora, mettendo da parte valutazioni critiche circa l'attualità e l'adeguatezza di questo schema normativo (da molti considerato del resto poco adatto a modellarsi sulle specifiche esigenze delle complesse forme societarie) procediamo ad analizzare la disposizione che in senso stretto e in senso lato occuperà totalmente i ragionamenti che verranno.

L'art 146 l. fall. del capo X, intitolato del fallimento delle società, è rubricato «Amministratori, direttori generali, componenti degli organi di controllo, liquidatori e soci di società a responsabilità limitata». Così recita: «Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.

Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

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

b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile».<sup>118</sup>

Come indicato in nota 118, l'articolo è stato così sostituito dall'art. 130 del d.lgs. n. 5 del 2006 e di esso viene riportato nella stessa il testo pre-riforma così da poter cogliere differenze e evoluzione nella tecnica legislativa.

La riforma venne resa necessaria a seguito della riforma del diritto delle società del 2003, alla luce del quale la disposizione in commento risultava non più attuale e sollevava problemi di interpretazione e coordinamento con la stessa.

In primo luogo, usando come riferimento la relazione illustrativa al decreto, si deve notare come sia stata modificata la rubrica della disposizione, al fine di coordinarla con l'introduzione, operata dal d.lgs. 6/2003, dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo di cui agli artt. 2409 octies - 2409 noviesdecies c.c. e della responsabilità dei soci di s.r.l. ai sensi dell'art. 2476 comma 7 c.c.

Così a «sindaci» viene sostituita la dicitura «componenti degli organi di controllo» nonché viene aggiunto all'elenco «soci di società a responsabilità limitata» (tali modifiche come naturale si ritrovano oltre che nella rubrica nel testo della norma, al comma 2).

Certo è che mentre risulta opportuna la scelta del legislatore di riferirsi ai «componenti degli organi di controllo» al fine di individuare non solo i sindaci (organo di controllo nel sistema monistico *ex* artt. 2397 ss. e 2477 c.c.), e i controllori contabili (*ex* art 2409-bis) ma anche, a seconda del sistema di amministrazione e controllo adottato, i componenti del comitato di controllo sulla gestione e i consiglieri di sorveglianza, lo stesso non può dirsi in ordine alla scelta del legislatore di mantenere inalterata la dicitura circa gli amministratori. Un'interpretazione sistematica fa propendere per la considerazione che il legislatore non consideri sovrapponibili i termini «amministratori», «consiglio di amministrazione» e «consiglio di gestione».<sup>119</sup>

Ciò, nonostante una certa incoerenza del legislatore nel coordinare le varie discipline a seguito della riforma organica delle società del 2003, non solleva equivoci di particolar sorta.

---

<sup>118</sup> Articolo così modificato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed in vigore dal 16 luglio 2006. Il testo in vigore fino al 15 luglio 2006 prevedeva: «Art. 146. Amministratori, direttori generali, sindaci liquidatori. 1. Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'art. 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito. 2. L'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori, a norma degli artt. 2393 e 2394 del codice civile, è esercitata dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori. 3. Il giudice delegato, nell'autorizzare il curatore a proporre l'azione di responsabilità, può disporre le opportune misure cautelari».

<sup>119</sup> Vedasi a proposito art. 2380 comma 3 c.c.; nonché art. 223-septies comma 1 disp. att. e art. 6-ter d.lgs. 24 febbraio 1958 n. 58

Le norme del codice civile che regolano i sistemi di amministrazione monistico e dualistico esplicitamente fanno riferimento alla disciplina degli amministratori di s.p.a.

Per queste ragioni, come già indicato più sopra, si parlerà di amministratori per indicare anche i membri del consiglio di amministrazione (sistema tradizionale o monistico) o del consiglio di gestione (sistema dualistico).

Dunque in primo luogo il legislatore della riforma fallimentare è intervenuto adeguando il piano semantico della disposizione con la realtà normativa del diritto delle società.

Piano semantico che ha visto un suo adeguamento non solo nella rubrica ma anche, come logica e naturale conseguenza, nel testo dell'articolo in commento.

Dalla lettura dello stesso si può notare una giustapposizione di due previsioni distinte: l'una contenuta al primo comma, avente ad oggetto gli effetti personali della dichiarazione di fallimento sulla società fallita; l'altra, di cui al comma 2, relativa alle azioni di responsabilità esercitate nei confronti degli organi sociali una volta intervenuto il fallimento.

Nonostante tale distinzione possa essere rilevata a fini descrittivi e per comodità espositiva, ritengo di dover accogliere la tesi di chi vede, nell'art 146, a dispetto della succitata bipartizione, una ratio unitaria: la finalità di disciplinare come l'apertura della procedura concorsuale reagisca su quella particolare forma di esercizio di attività d'impresa, che è la forma societaria (e sui poteri, di rappresentanza e deliberativi/decisori che in essa sono attribuiti agli organi sociali), andando a completare ed integrare la normativa dettata per gli imprenditori individuali in tema di spossessamento e passaggio in capo al curatore della titolarità della rappresentanza sostanziale e processuale del fallito.<sup>120</sup>

Unitarietà della ratio che secondo l'Autore citato trova piena corrispondenza nel fatto che l'art 146 sia applicabile tanto alle società di capitali che alle società di persone, per le quali il secondo comma vede certamente ridursi l'utilità, per la tendenziale coincidenza in capo agli stessi soggetti della qualità di soci e amministratori, e la consequenziale coincidenza di responsabilità risarcitoria e responsabilità patrimoniale dei soci illimitatamente responsabili.

Rimandando all'esegesi che del comma 1 è stata avanzata nel primo capitolo in tema di effetti della dichiarazione di fallimento sul contratto sociale, ricordando d'altronde che esso non ha subito alcuna modifica con la riforma che ha interessato l'art 146 nel 2006, è d'obbligo notare come l'intervento di natura terminologica si imponesse al legislatore come

---

<sup>120</sup> V. CARIDI, *Commento all'art 146*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1900 ss.

necessario ma, probabilmente, non sufficiente, per due ordini di motivi: *in primis* la sopravvenuta assenza di biunivocità tra la disciplina della s.p.a. e quella della s.r.l. per l'acquisita autonomia e autoreferenzialità di quest'ultima<sup>121</sup>; *in secundis* per l'introduzione di nuove fattispecie di responsabilità per atti di gestione.<sup>122</sup> Motivi, entrambi, che rendevano il riferimento agli artt. 2393-2394 di cui alla l. a) del comma 2 dell'articolo nel testo pre riforma limitativo ed inadeguato rispetto alla complessità e all'estensione delle fattispecie di responsabilità disciplinate dal diritto comune soprattutto sotto il profilo dei legittimati passivi alle azioni di responsabilità stesse.<sup>123</sup> Inadeguatezza che non ha trovato definitiva soluzione neanche a seguito della riforma del 2006; ma sul punto mi si conceda di rimandare alla più ampia trattazione che si farà nel prosieguo.

Per il momento, per completezza, si deve ulteriormente rilevare come il legislatore fallimentare del 2006 abbia ulteriormente modificato l'art. 146, abrogando il comma 3 il quale espressamente statuiva che: «*Il giudice delegato, nell'autorizzare il curatore a proporre l'azione di responsabilità, può disporre le opportune misure cautelari*».

Accogliendo i rilievi della dottrina minoritaria, ha così di fatto precluso al giudice delegato l'esercizio del potere di disporre, in occasione dell'autorizzazione all'azione di responsabilità, misure cautelari nei confronti dei soggetti responsabili.

Pertanto al curatore è ora riconosciuto esclusivamente il potere di accedere a quelle forme di tutela cautelare che potremmo definire "ordinarie", nella misura in cui sia a ciò legittimato. Per i profili della tutela cautelare in relazione alle azioni di responsabilità verso

---

<sup>121</sup> Con la riforma 6/2003 è venuto meno il richiamo dell'art. 2487 comma 2 (ora artt. 2475 ss.) agli artt. 2393- 2394.

<sup>122</sup> Vedasi artt. 2485-2486 c.c.; art. 2476 comma 7 c.c., attributivo della legittimazione ad agire in responsabilità anche contro i soci „gestori“ di società a responsabilità limitata; art 2497 ss. c.c.

<sup>123</sup> Numerose questioni con diverso grado di problematicità erano state affrontate da dottrina e giurisprudenza nel periodo transitorio 2003-2006 circa la legittimazione del curatore in ordine all'esercizio nel fallimento di società a responsabilità limitata dell'azione sociale di responsabilità (con diversi risultati esegetici V. ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in V. SANTORO, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003; V. SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 8 e in giurisprudenza Trib. Napoli 16 aprile 2004 e 28 aprile 2004 in *Fallimento*, 2005, 681 ss.) e dell'azione dei creditori sociali (espressamente prevista in tema di s.p.a. ex. Art 2394 e devoluta al curatore nel fallimento ex. Art 2394-bis. tra i molti con diversi risultati S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, in *Società di capitali. Commentario*, A. NICCOLINI - G. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Napoli, 2004; O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario*, G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004; F. PARRELLA, *Commento all'art 2476*, in M. SANDULLI - V. SANTORO, *La riforma delle società*, vol. 3, Torino, 2003 nonché in giurisprudenza Trib. Napoli 16 aprile 2004 e 28 Aprile in *Fallimento*, 2005, 681 ss.; Trib. Udine 11 febbraio 2005, in *Dir. Fall.*, 2005, 808 ss.) contro i componenti gli organi di gestione, nonché circa la trasferibilità allo stesso delle azioni di responsabilità previste dagli artt. 2485 comma 1 e 2486 comma 2 (G. LO CASCIO, *La riforma della società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2005, 237; L. PANZANI, *Interpretazioni dinamiche e nuove letture del diritto fallimentare: gli amministratori e i soci*, in *Fallimento*, 2004, 971) ed in tema di attività di direzione e coordinamento dagli artt. 2497 ss. circa la responsabilità della controllante per abuso dei poteri di direzione e coordinamento. Questioni tuttora attuali e che approfondirò nel prosieguo.

gli amministratori di s.p.a. e s.r.l. mi si conceda di rimandare all'approfondimento che di questi verrà svolto al terzo capitolo, per addentrarci ora nell'analisi di quello che è il tema centrale del presente lavoro, tenendo bene a mente i ragionamenti svolti fino a questo momento.

## CAPITOLO II

### ESEGESI DELL'ART. 146 COMMA 2 L. FALL.: L' AZIONE DI RESPONSABILITÀ CONTRO GLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ DI CAPITALI FALLITA

#### SEZIONE I

#### LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL CURATORE

SOMMARIO: 1. Art. 146 comma 2 l. fall: considerazioni introduttive – 2. Le fattispecie di azioni di responsabilità nelle società di capitali *in bonis*: la disciplina nelle s.p.a. – 3. Segue: la disciplina nelle s.r.l. – 4. L'esercizio delle azioni di responsabilità nel fallimento: la legittimazione del curatore di s.p.a. fallita – 5. Segue: la legittimazione del curatore di s.r.l. fallita

*1. Art. 146 comma 2 l. fall.: le azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: considerazioni introduttive*

Questo secondo capitolo sarà completamente dedicato all'esegesi del comma 2 dell'art. 146 l. fall., che come vedremo renderà necessario per un'adeguata comprensione riferirsi alla disciplina ordinaria civilistica nonché processual civilistica.

In realtà l'obiettivo che ci si pone, è stato più volte ripetuto, non è quello di affrontare una mera esegesi della norma, ma porci la specifica questione di come reagisca il fallimento su uno specifico istituto pensato dal legislatore ordinario quale strumento di controllo sull'operato degli amministratori di società ma soprattutto quale strumento recuperatorio per i danni dovuti alla loro attività che siano eventualmente derivati al patrimonio sociale (o al patrimonio individuale).

Stiamo evidentemente parlando delle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2393 ss. c.c. in tema di società per azioni e di cui all'art. 2476 c.c. in tema di società a responsabilità limitata.

Come abbiamo più sopra indicato, ci limiteremo ad affrontare i problemi che il tentare di rispondere a tale questione solleva dal punto di vista delle società per azioni, chiuse ed aperte, e delle società a responsabilità limitata, del resto ciò non esentandoci dall'aver una visione globale e sistematicamente orientata al quadro normativo generale delle società di capitali.

Come abbiamo anticipato non ci si limiterà all'esegesi dell'art. 146 comma 2, in quanto, nonostante le apparenze, non pare poter fornire tutte le risposte necessarie a rispondere in maniera esaustiva alla questione che ci siamo posti. Per fare ciò sarà

imprescindibile tenere a mente tutte le considerazioni avanzate nel primo capitolo nonché tutte quelle ulteriori che si faranno nel prosieguo.

Fatte le necessarie premesse, per chiarezza espositiva richiamiamo il testo della norma in commento: il comma 2 dell'art 146 l. fall. statuisce che: «Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

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

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

Si deve notare *prima facie* come il legislatore abbia cercato, lasciando immutata la disciplina e la funzione della norma, che subordina l'esercizio dell'azione alla previa autorizzazione del giudice delegato e al parere non vincolante del comitato dei creditori, di ridefinirne l'ambito di applicazione, nell'espresso obiettivo di dare risposta ai problemi interpretativi sorti dalla lettura in combinato disposto dell'art 146 ante riforma con le disposizioni di diritto comune post riforma del 2003. Nel fare ciò non opera un'elencazione puntuale ed esaustiva delle azioni di responsabilità esperibili in via esclusiva dal curatore una volta intervenuto il fallimento, o meglio lo fa solo in parte attribuendo specificamente al curatore l'azione di responsabilità *ex art 2476 comma 7* contro i soci di società a responsabilità limitata. (art. 146 comma 2 lettera b)).

Alla lettera a) per altro verso, quasi adottando una formula residuale, sicuramente adottando una formula aperta e generica, attribuisce al curatore la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, senza alcuna altra specificazione relativamente all'identificazione della tipologia di azioni assoggettabili alla procedura *ex art. 146 l. fall.*

Certo è che se l'intento del legislatore è stato quello di distinguere, nello strutturare la disposizione, tra azioni esercitate nei confronti dei componenti organi di gestione (nonché dei componenti organi di controllo, dei direttori generali e dei liquidatori) e azioni esercitate nei confronti di soggetti diversi, il risultato è stato lacunoso e mancante per l'omesso richiamo all'azione di responsabilità esperibile *ex art 2497 c.c.*, nei confronti della società o ente che abbiano arrecato pregiudizio nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di altra società (rispondendo in solido anche chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo.)

Fatte queste annotazioni di natura logico-sistematica, mi sia concesso rimandare provvisoriamente l'analisi della questione relativa alla fonte normativa attributiva della *legitimatio ad causam* del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità (partendo dal

postulato che egli sia l'unico soggetto a poter esercitare le relative azioni una volta aperta la procedura concorsuale, ad eccezione dell'azione *ex. Art 2395 c.c.*<sup>124</sup>), per rilevare che è opinione maggioritaria della giurisprudenza, accolta anche da parte della dottrina, quella che considera l'azione esercitata *ex. art 146 comma 2* di natura derivata, oltre che di natura unitaria ed inscindibile<sup>125</sup> (anche su quest'ultimo punto, sul quale la convergenza di opinioni risulta meno consolidata rispetto a quello circa la natura derivata o meno dell'azione esercitata dal curatore, si tornerà nel prosieguo mettendo in rilievo come risultati esegetici contrastanti possano incidere sulla cumulabilità o meno in sede fallimentare dei presupposti all'esercizio delle azioni di responsabilità di diritto comune, indagando quale sia il regime applicabile, soprattutto in ordine al tema dell'onere probatorio dell'attore-curatore, dei termini di prescrizione e loro *dies a quo*, di opponibilità al curatore delle eccezioni).

Come detto, è opinione generalmente condivisa quella secondo la quale l'azione di responsabilità esercitata in sede fallimentare non avrebbe natura autonoma ma derivata; non costituirebbe, cioè, un'azione che sorge *ex novo*, con il fallimento, ed a titolo originario in capo al curatore, questi avendo il potere di esercitare quelle stesse azioni che avrebbero potuto essere esercitate prima del fallimento da società, soci (se rappresentanti la prescritta, dalla legge o dallo statuto, misura qualificata o *uti singoli*, se soci di s.r.l.) e creditori sociali (la cui legittimazione è ancora oggetto di dibattito in tema di s.r.l.).<sup>126</sup>

Non muterebbe dunque la natura delle azioni, ma solo il soggetto legittimato ad esercitarle.

Nel periodo pre-riforma tale caratterizzazione veniva fondata da alcuni<sup>127</sup> primariamente sulla base del dato letterale dell'art. 146, che, come messo in luce sopra, richiamava espressamente al comma 2 gli artt. 2393 – 2394 c.c. («L'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori, a norma degli artt. 2393 e 2394 del codice civile, è esercitata dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori»).

A seguito della riforma, che espungeva dal testo il suddetto richiamo, sembra comunque non essere mai stata seriamente messa in discussione l'opinione maggioritaria

---

<sup>124</sup> Le ragioni di tale esclusione verranno spiegate più avanti.

<sup>125</sup> Cass., Sez. un., 6 ottobre 1981 n. 5241, *Giur. comm.*, I, 1982, II, 780; analogamente Cass. 25 luglio 1979 n. 4415, *Giur. Comm.*, 1979, I, 2027; di recente, Cass. 7 novembre 1997 n. 10937.; Trib. Nola, sez I, 18 giugno 2009, *Giur. Merito*, 2010, 3, 707 con nota di L. D'ORAZIO.

<sup>126</sup> Temi di cui si discuterà appresso.

<sup>127</sup> E. CICONI, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giustizia Civile*, fasc.11, 1998, pag. 523; M. VITIELLO, *La responsabilità degli organi sociali nel fallimento*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, S. AMBROSINI (a cura di), Milano, 2007

(almeno in giurisprudenza) circa la natura derivata dell'azione. E del resto argomenti letterali, sistematici ed anche meramente logici non sembrano poter scalfire questa considerazione.

È facile intuizione quella secondo cui mancherebbe nella norma alcuna indicazione circa presupposti e caratteristiche che possano fondare la “novità” di un'azione in capo ad un soggetto diverso da coloro che sono espressamente legittimati ad agire a tutela del proprio diritto al risarcimento dalla disciplina ordinaria.

Peraltro non si rinviene a supporto di un'ipotizzata autonomia dell'istituto alcun principio generale dai quali si possa derivare la possibilità per il curatore di ottenere un risarcimento maggiore o quantomeno diverso rispetto a quello ottenibile prima del fallimento dai soggetti legittimati<sup>128</sup>. Semmai dalla lettura della norma si potrebbero dedurre utili indicazioni circa gli adattamenti che la trasposizione di strumenti pensati dal legislatore per il contesto fisiologico in cui operano le società di capitali nel contesto patologico rende necessari. È bene però rimandare la trattazione degli specifici elementi posti dal comma 2 dell'art. 146 l. fall. e dei problemi interpretativi che questi sollevano.

Del resto il significato che ad essi si potrebbe, pur a questo punto, attribuire rimarrebbe vacuo se prima non si procedesse all'analisi della disciplina delle azioni di responsabilità, come articolata nel diritto comune, evidenziandone l'evoluzione nel tempo, i presupposti e la caratterizzazione a seconda del tipo societario capitalistico considerato, la cui conoscenza è del resto imprescindibile nell'affrontare adeguatamente la disamina del tema in discorso.

## *2. Le fattispecie di azioni di responsabilità nelle società di capitali in bonis: la disciplina nelle s.p.a.*

Nella sistematica del codice civile la responsabilità degli amministratori per i fatti di gestione può emergere sotto tre profili: quello dell'azione sociale, quello dell'azione dei creditori sociali e quello dell'azione individuale del socio o del terzo. Per quanto riguarda le società per azioni dobbiamo riferirci agli artt. 2393, 2393bis, 2394, 2395 c.c. come risultanti a seguito della incisiva riforma del diritto societario intervenuta con d.lgs. 6/2003 a cui più volte si è fatto riferimento. L'art. 2393 c.c.<sup>129</sup> disciplina l'azione sociale di responsabilità.

---

<sup>128</sup> 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.*, nota a sentenza Trib. Nola, sez I, 18 giugno 2009, *Giur. Merito*, 2010, 3, p. 707

<sup>129</sup> «Art 2393. L'azione sociale di responsabilità. 1. L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione. 2. La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio,

L'azione in esame mira a far valere la responsabilità degli amministratori per quelle violazioni dei loro doveri che abbiano cagionato alla società un pregiudizio patrimoniale. La finalità è dunque la reintegrazione del patrimonio sociale (mezzo per l'esercizio dell'attività sociale) danneggiato dagli amministratori nell'adempimento delle loro funzioni e qualsiasi vantaggio di tipo risarcitorio dovesse essere ottenuto in sede giudiziale o transattiva andrà per quest'ordine di motivi a beneficio della società (diretta interessata all'azione essendone i soci solo indirettamente avvantaggiati, per la salvaguardia della loro partecipazione).

È dunque strumento di conservazione della consistenza patrimoniale, ma non esaurisce in questo la sua portata. Infatti, è sicuramente e preminentemente anche strumento di controllo dell'operato dei componenti gli organi gestori, nonché *lato sensu* sanzionatorio quando l'operato si sia risolto in atti di *mala gestio* causativi di danno al patrimonio sociale, posto nelle mani dell'assemblea (con la competenza concorrente del collegio sindacale *ex art* 2393 comma 3) che, in quanto espressione della collettività dei soci, risulta titolare sostanziale del patrimonio sociale stesso<sup>130</sup> (per inciso deve notarsi come tale attribuzione della legittimazione all'esercizio dell'azione all'assemblea, si risolva spesso in una omissione della tutela del patrimonio sociale, come riflesso dell'omesso utilizzo di tale strumento di controllo, poiché all'interno dell'organo rappresentativo della collettività dei soci, vigendo il principio maggioritario, la prevalenza dell'interesse della maggioranza, dei quali gli amministratori sono inevitabilmente espressione e fiduciari, sull'interesse sociale non è affatto raro<sup>131</sup>).

---

anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio. 3. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. 4. La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione. 5. La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2393 bis».

<sup>130</sup> A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Amministratori*, F. GHEZZI (a cura di), Milano, 2005, p. 573 ss.

<sup>131</sup> il legislatore del 2003, consapevole del pericolo, ha cercato di porvi rimedio con l'introduzione dell'azione di responsabilità esercitata dai soci (art 2393 bis). Si rimanda per l'approfondimento del tema alle pagine seguenti.

Come fatto notare da parte della dottrina la disciplina *ex art 2393*, dettando le condizioni dell'azione di responsabilità della società nei confronti degli amministratori, è essenzialmente di natura processuale.<sup>132</sup>

La disposizione in commento attribuisce la legittimazione attiva al promovimento dell'azione all'assemblea ordinaria, competente ai sensi dell'art. 2364 comma 1 n. 4 c.c.), la cui delibera, presa a maggioranza assoluta *ex art. 2368* comma 1 c.c. (*ex art. 145* comma 6 d.lgs 24 febbraio 1998 n. 58 nelle società con azioni quotate), limita l'ordinario potere rappresentativo degli organi sociali (saranno gli stessi gestori-rappresentanti della società, a dover conferire mandato alle liti affinché sia proposta l'azione all'organo giurisdizionale competente), ed è identificata dai più come condizione dell'azione, potendo dunque verificarsi in qualunque momento utile del giudizio di responsabilità, purché anteriore al passaggio in giudicato della sentenza<sup>133</sup>.

La società, dunque l'assemblea, potrà promuovere azione di risarcimento contro quegli amministratori resisi responsabili nei suoi confronti per atti o fatti ad essa pregiudizievoli.

La responsabilità, che sia *ex contractu* o *ex delictu*, ha sempre quale presupposto l'inadempimento di una prescrizione (pattizia o meno).

Quella degli amministratori è responsabilità contrattuale, cioè derivante non da inadempimento di un ipotetico «contratto di amministrazione», ma per violazione delle prescrizioni dettate dalla legge o dallo statuto<sup>134</sup> (art. 2392 c.c. e art. 2381 c.c.). Prescrizioni derivanti dal contratto di società, a cui gli amministratori si sono accinti a seguito della nomina assembleare e loro seguente accettazione (fatto peraltro che a nulla rileva nell'identificazione della natura del rapporto<sup>135</sup> e della conseguente loro responsabilità, per il fatto che essa è contrattuale "...tutte le volte in cui risulti dalla violazione di obbligazioni preesistenti, qualunque ne sia la fonte"<sup>136</sup>).

La violazione delle suddette prescrizioni potrà identificarsi nella mancata o inesatta esecuzione delle stesse. Inesattezza che peraltro dovrà essere parametrata sul criterio di

---

<sup>132</sup> P. CENDON, *Commento all'art 2393*, in *Commentario al Codice Civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008 – 2010, p.707

<sup>133</sup> in dottrina F. VASSALLI, *Commento all'art 2393*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p 688; in giurisprudenza Cass. 11 novembre 1996, n. 9849, in *Sentenze della Cassazione civile, Juris Data*, Milano, 2004.

<sup>134</sup> Così Cass., 6 Ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 768; e in dottrina F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, p. 650

<sup>135</sup> nel senso della responsabilità contrattuale Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 79; Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. It.*, 2000, p. 770

<sup>136</sup> AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1993, 365

diligenza come individuato sulla base dell'incarico (amministratore unico, consigliere delegante o delegato, membro del comitato esecutivo) e delle specifiche competenze del singolo amministratore (art. 2392 comma 1).

La responsabilità è per fatto proprio e solidale, nel senso che ciascun amministratore, il quale, va ricordato, *ex art. 2381 comma 6* ha l'obbligo generale di agire informato, che sia informato o meno, che abbia o meno annotato il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio dandone anche immediata notizia scritta al presidente del collegio sindacale *ex art. 2392 comma 3 c.c.* (cosa che in via tendenziale lo dovrebbe liberare dalla personale responsabilità), risponderà comunque in misura del suo inadempimento qualora non sia «immune da colpa», *rectius* non abbia fatto quanto possibile per evitare il compimento di fatti pregiudizievoli, essendone a conoscenza, o comunque per eliminarne od attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392 comma 2), pur trattandosi di “attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”<sup>137</sup> (art. 2392 comma 1). Attribuzioni che *prima facie* recano con sé l'esenzione da responsabilità solidale per gli amministratori deleganti, sui quali, come illustrato, grava residualmente non solo l'obbligo di fare tutto quanto necessario per evitare il compimento di atti pregiudizievoli (art. 2392 comma 2), ma anche quello, tra gli altri previsti nello stesso comma, di valutare il generale andamento della gestione sulla base della relazione degli organi delegati (art. 2381 comma 3). Obblighi entrambi da leggere in combinato disposto con il già citato art. 2381 comma 6, che impartisce agli amministratori l'obbligo generale di «agire in modo informato».

Individuato l'inadempimento a lui imputabile, essendo la responsabilità, secondo l'interpretazione dominante, di natura contrattuale, sarà in capo all'attore l'onere di provare oltre all'inadempimento stesso, e non potrebbe essere altrimenti, anche il danno alla società che ne sia conseguenza immediata e diretta e il nesso eziologico che lega tale danno all'inadempimento personale del singolo amministratore. Sarà quest'ultimo ad avere l'onere

---

<sup>137</sup> Sull'espressione «funzioni in concreto attribuite» la dottrina risulta tuttora divisa: vi è chi, da un lato, lo interpreta nel senso di far riferimento anche alle deleghe interne o “atipiche” (rispetto a quelle “tipiche” *ex art. 2381 comma 2*), con le quali gli amministratori senza formale delibera consiliare si distribuiscono tra loro le funzioni (L. NAZZICONE, *commento all'art. 2392*, in *La riforma del diritto societario*, G. LO CASCIO (a cura di), Milano, 2003, p. 188; F. VASSALLI, *Commento all'art. 2392*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 676) e chi dall'altro lato interpreta l'espressione nel senso che l'amministratore formalmente delegato deve poi esercitare in concreto le sue attribuzioni per essere il solo responsabile degli atti compiuti (F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.: dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 48).

Secondo altra interpretazione infine la norma andrebbe intesa nel senso di liberare dalla solidarietà qualora ad alcuni amministratori vengano attribuiti espressamente, anche se informalmente, determinati compiti in modo non continuativo. Quelle *ex art. 2392 comma 1* sarebbero dunque funzioni attribuibili *ad hoc*, senza continuità (a differenza delle attribuzioni *ex art. 2381 comma 2*). (v. A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2392*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI, L. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Amministratori*, F. GHEZZI (a cura di), Milano, 2005, p. 560)

di provare la non imputabilità ad esso dell'inadempimento, essendo la colpa presunta in base ai principi generali in tema di adempimento delle obbligazioni (art 1218 c.c.).

Consapevole della sinteticità e laconicità della disamina della disciplina della responsabilità degli amministratori verso la società, non avendo affrontato molte delle questioni dibattute in dottrina e giurisprudenza, ritengo necessario analizzare con la stessa laconicità gli ultimi tre commi dell'art. 2393, in ordine rispettivamente al termine per l'esercizio dell'azione, alla revoca d'ufficio degli amministratori e alla rinuncia o transazione all'azione.

Riguardo al primo tema, all'art 2393 comma 4 il legislatore del 2003 stabilisce il principio secondo il quale l'azione può essere esercitata entro 5 anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica, cercando così di fare chiarezza circa il tempo a disposizione della società per proporre l'azione di responsabilità. È però da rilevare che, nonostante l'auspicata chiarezza perseguita dal legislatore, la norma risulta tutt'oggi fonte di incertezze interpretative: si oscilla in dottrina tra l'identificare il termine quale termine prescrizione o quale termine decadenziale.

In precedenza la materia veniva regolata dalle norme generali dettate agli articoli 2935, 2949 e 2941 n. 7 c.c.. La prescrizione nel termine di 5 anni (termine espressamente stabilito dall'art. 2949 c.c. in tema di diritti derivanti da rapporti sociali) comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (col dubbio se esso debba coincidere con il giorno in cui si è prodotto il danno a carico del patrimonio sociale ovvero con il giorno in cui il danno è stato scoperto o poteva essere scoperto utilizzando l'ordinaria diligenza), con l'osservazione che detto termine rimane sospeso durante il periodo nel quale gli amministratori sono in carica (art. 2941 comma 1 n. 7 c.c.).

Stando così la disciplina ed accogliendo la tesi di chi, con varie argomentazioni, vede nella disposizione in commento una “mera chiarificazione circa il momento dal quale decorre il termine di prescrizione quinquennale fissato dall'art. 2949 comma 1”<sup>138</sup>, reputando dunque il termine nella suddetta indicato un termine prescrizione, non sarà preclusa alla società la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori qualora il danno si sia verificato decorsi 5 anni dalla loro cessazione dalla carica<sup>139</sup> (ad orientare tuttora

---

<sup>138</sup> A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, p. 590 ss.

<sup>139</sup> In senso contrario v. E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2393*, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGANSSO, P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004, pp. 799 ss. Il quale, considerando il termine come termine decadenziale, solleva eventuali profili di incostituzionalità della norma.

l'interprete verso la natura prescrizione sono anche i gravi inconvenienti a cui l'adesione alla tesi contraria darebbe luogo).

Veniamo così all'art. 2393 comma 5: qualora la delibera dell'assemblea, con la quale è promossa l'azione di responsabilità, sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale (secondo i più il quorum previsto sarebbe derogabile verso l'alto), questa importerà la revoca d'ufficio degli amministratori contro cui è proposta.

La norma in commento soddisfa una certa esigenza cautelare (sulla quale si tornerà al capitolo 2), da identificarsi nell'evitare che un soggetto di cui sia affermata la responsabilità permanga in carica e continui a gestire la società.

Infine *ex art.* 2393 comma 6 è prevista la possibilità per la società di rinunciare all'azione nonché transigerla. L'esercizio del menzionato potere non solo è subordinato dalla disciplina ad una espressa deliberazione presa a maggioranza assoluta ma anche alla contemporanea assenza di voti contrari pari ad una minoranza qualificata, identificata nel 20% del capitale sociale nelle s.p.a. chiuse e nel 5% nelle s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (salvo la diversa misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità esercitata dai soci *ex art.* 2393 c.c.).

Viene dunque affidato nelle mani della minoranza (quella specifica minoranza che ha il potere di esercitare l'azione *ex art.* 2393 bis c.c.) un potere di veto, il quale possa essere di ostacolo per impedire eventuali collusioni tra la maggioranza e i "suoi" amministratori.

Proseguendo nella disamina della disciplina delle azioni di responsabilità esercitabili nei confronti degli amministratori di s.p.a., si incontra l'art. 2393bis c.c.<sup>140</sup>, rubricato azione sociale di responsabilità esercitata dai soci. Quale strumento di tutela delle minoranze, in tale disposizione è riconosciuto agli azionisti titolari di almeno un quinto del capitale sociale (o la diversa misura prevista nello statuto comunque non superiore al terzo del capitale sociale) nelle società chiuse e di un quarantesimo (o la minore misura prevista nello statuto) nelle

---

<sup>140</sup> «Art. 2393-bis. Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci. 1. L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo. 2. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto. 3. La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale. 4. I soci che intendono promuovere l'azione nominano, a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti. 5. In caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione. 6. I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società. 7. Si applica all'azione prevista dal presente articolo l'ultimo comma dell'articolo precedente».

società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità (art. 2393 bis comma 1 e comma 2 c.c.).

La valenza sistematica di questo istituto non può certo passare inosservata, e certamente non lo è passata; basti pensare che i dibattiti che ne hanno preceduto l'introduzione per le sole società quotate, con d.lgs. 24.2.1998 n. 58, nell'art. 129 TUF (progenitore della disposizione in commento), di cui costituiscono testimonianza e i lavori preparatori allo stesso e la dottrina dell'epoca, permangono attuali a quasi dieci anni dall'abrogazione dello stesso articolo, intervenuta con d.lgs. 6.2.2004 n. 37, e la seguente estensione applicativa a tutte le società per azioni, chiuse e aperte, quotate e non quotate, della disciplina di cui all'art. 2393 bis (introdotto con la riforma del diritto societario del 2003).

Certo, sono state relativamente accantonate le preoccupazioni circa la pericolosità dello strumento, quale veicolo di azioni di ostacolo e disturbo della minoranza al sereno svolgimento dell'attività sociale (sia negando il parallelismo con l'impugnativa delle delibere sia ricordando che le spese sono a carico dell'attore in caso di soccombenza<sup>141</sup>), secondo i principi maggioritari, ma non sembra essere venuta meno la necessità di indagare quale sia la natura giuridica dell'azione esercitata dai soci, sia per l'attualità dei dibattiti sul tema, che per gli importanti risvolti a cui tale caratterizzazione può portare, posto anche che il comma 3 dell'art. 2393 bis sembrerebbe del tutto escludere l'autonomia della stessa (se non nel senso della totale indipendenza dalla valutazione della maggioranza assembleare) subordinando la promovibilità dell'azione alla circostanza che la società sia stata chiamata in giudizio e che sia stato ad essa notificato l'atto di citazione anche nella persona del presidente del collegio sindacale.

Ugualmente all'azione della società *ex art. 2393* anche l'azione della minoranza mira alla reintegrazione del patrimonio sociale, pregiudicato nella sua consistenza da atti dannosi compiuti dagli amministratori, nonché può essere ad essa equiparata (e forse anche giudicata più efficace) quale strumento di controllo dell'attività gestoria di questi<sup>142</sup>. Ma, al contrario, l'interesse dei soci, di minoranza, risulta qui un interesse diretto, concorrente a quello della società<sup>143</sup>. Quello all'esercizio dell'azione è dunque un interesse proprio ma, diversamente da

---

<sup>141</sup> A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, p. 590 ss.

<sup>142</sup> Si deve notare per inciso come la ratio del legislatore di apprestare una vera tutela e garanzia delle minoranze venga sostenuta dalla decisione di svincolare il diritto di agire *ex art. 2393 bis*, quale diritto amministrativo, dal diritto di voto (rimandando agli autori che hanno approfondito la questione circa le difficoltà derivanti dal combinato disposto delle norme codicistiche con le norme del TUF relative alle azioni di risparmio).

<sup>143</sup> P. CENDON, *Commento all'art. 2393 bis*, p. 707

quello che caratterizza la legittimazione ad agire *ex art 2395 c.c.*<sup>144</sup> non è interesse particolare, di tipo creditorio.

Il legislatore giudica una minoranza di azionisti, stabilmente titolari di una certa frazione di capitale sociale, adeguata e affidabile interprete dell'interesse sociale<sup>145</sup>, tanto da assegnare alla stessa anche il potere di veto (ritornando qui necessario in capo all'azionista il diritto di voto in assemblea ordinaria) su eventuali atti di disposizione del diritto soggettivo da parte della maggioranza assembleare (art. 2393 comma 6).<sup>146</sup>

Sulla base di tali considerazioni, autorevole dottrina considera quella dei soci di minoranza una fattispecie tipica di legittimazione straordinaria all'azione, qualificandola quale ipotesi di sostituzione processuale *ex art 81 c.p.c.*<sup>147</sup>, respingendo le tesi altrettanto autorevoli di chi ritiene debba essere considerata un'azione di tipo surrogatorio<sup>148</sup> ovvero una singolare ipotesi di gestione d'affari processuale<sup>149</sup>. Si tratterebbe dunque di un'azione del tutto inedita, soggetta alla regolamentazione autosufficiente contenuta nell'art 2393 bis.<sup>150</sup>

Fondamentale riflesso è che il giudicato esito della controversia riguarderà direttamente la società, la cui presenza al giudizio, si ribadisce, è necessaria (art. 2393 bis comma 3) e a favore della quale andrà qualsiasi tipo di vantaggio, a titolo risarcitorio o come corrispettivo dell'esercizio del potere di rinuncia o transazione, al quale possono accedere gli

---

<sup>144</sup> Si rimanda per ulteriori considerazioni all'analisi della disposizione

<sup>145</sup> A. PICCIAU, *Commento all'art. 129*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 : commentario*, P. MARCHETTI e L. BIANCHI (a cura di), Milano, 2000, pp. 1012 ss.

<sup>146</sup> Con mancanza di coordinamento tra la percentuale di capitale sociale richiesta alla minoranza per imporre il proprio veto sull'esercizio dell'azione sociale (un ventesimo) e quella necessaria per esercitare l'azione *ex art. 2393 bis.* (un quarantesimo).

<sup>147</sup> A. PICCIAU, *Commento all'art. 129*, p. 1012 ss.; A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, p. 590 ss, il quale afferma come sia poco convincente richiamare la fattispecie dell'azione surrogatoria poichè risulta poco sensato richiamare la *species* in luogo del *genus* sostituzione processuale a meno che non si rinverga nella norma i requisiti ulteriori richiesti dall'art 2900 c.c., così da qualificare l'azione *ex art 2393 bis* come surrogatoria *tout court*; ciò che non risulta possibile nel caso in questione per l'assenza della qualifica di creditore in capo al sostituto nonchè per la mancanza dell'espressa prescrizione dell'inerzia della società quale presupposto per l'azione ; nonchè v. F. BONELLI, *L'art 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in *La riforma delle società quotate*, AA.VV., Milano, 1998, p. 169; F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, pp. 59 ss. F. AULETTA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *La riforma delle società*, M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), Torino, 2003; E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2393bis*, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGANSSO, P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004, pp. 799 ss

<sup>148</sup> M.M. RISCOSSA, *Commento all'art. 129*, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, G. COTTINO (diretto da), Torino, 1999, pp. 171 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Commento all'art. 129*, in *Testo unico finanza: commentario*, Torino, 2002, pp. 1072 ss.

<sup>149</sup> G. OPPO, *L'azione sociale di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 2, 406

<sup>150</sup> R. BERNABAI, sub art 2393 bis, in *Commentario dei processi societari*, G. ARIETA e F. DE SANTIS (diretto da), Torino, 2007, p. 1213

stessi soci di minoranza che abbiano esercitato l'azione (art. 2393 bis comma 6) nonché la stessa società ai sensi dell'art. 2393 bis comma 7 (nel quale vi è espresso rimando all'art. 2393 comma 6).

Inoltre, qualora l'azione sia già stata esercitata dalla società, alla minoranza sarà preclusa la proposizione dell'azione, non per difetto di inerzia della società (il che sarebbe sostenibile nel caso di accoglimento della tesi che qualifica l'azione della minoranza come surrogatoria), ma per la regola secondo la quale la stessa pretesa non può essere fatta valere due volte. Sarà consentito alla minoranza in via residuale l'intervento nel processo già avviato, adesivo dipendente (art. 105 comma 2 c.p.c.) ovvero adesivo autonomo (art. 105 comma 1 c.p.c.) qualora il *petitum* sia diverso<sup>151</sup>.

Come detto, nonostante le ampie trattazioni in dottrina, alcune questioni legate soprattutto alla qualificazione giuridica dell'istituto sembrano risultare ancora poco condivise e piuttosto attuali (non constando pronunce giurisprudenziali in termini), potendo forse soccorrere pronunce giurisprudenziali in tema di valutazione della qualificazione giuridica della fattispecie *ex art. 2476* comma 3 nella disciplina delle s.r.l. ; fattispecie che presenta elementi in comune con quella in discorso.

Prima di passare alla trattazione della disciplina delle s.r.l., residua l'affrontare l'analisi della disciplina circa due istituti di particolare rilevanza. Il primo trova sede nell'art. 2394 c.c., attraverso il quale viene in un certo qual modo estesa la gamma dei soggetti verso i quali gli amministratori si trovano obbligati. Il secondo, risultando quale una sorta di strumento residuale nelle mani di soci e terzi, sarà particolarmente importante al fine di dare organicità alla disciplina delle forme di tutela apprestate contro atti lesivi degli amministratori.

L'art. 2394<sup>152</sup> riconosce ai creditori sociali il potere di proporre azione di danni contro gli amministratori che abbiano violato gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (colpendo dunque solo in via mediata la posizione del terzo creditore), qualora il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti (art. 2394 comma 1 e comma 2).

---

<sup>151</sup> in questo senso v. ancora A. PICCIAU, sub *artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, p. 590 ss.

<sup>152</sup> «Art. 2394. Responsabilità verso i creditori sociali. 1. Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. 2. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. 3. 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».

A dispetto della rubrica della disposizione la quale, riferendosi alla responsabilità verso i creditori sociali, sembra introdurre una fonte attributiva di diritti e obblighi, in capo rispettivamente a creditori sociali e amministratori, concorrente e alternativa a quella di cui all'art 2392, risulta imprescindibile il riferimento a quest'ultima norma ai fini di una corretta comprensione dell'istituto considerato. O meglio lo è secondo coloro che, considerando ciascun atto di gestione atto di disposizione del patrimonio sociale, finiscono per equiparare l'espressione "obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" del comma 1 al generale obbligo di diligenza degli amministratori (di cui all'art. 2392).<sup>153</sup>

Certo è che ancor più controversa appare tutt'oggi la questione preliminare circa la natura contrattuale/extracontrattuale della responsabilità, nonché la questione circa la natura autonoma/surrogatoria dell'azione de creditori rispetto a quella *ex art. 2393*, con le relative importanti e distinte conseguenze che le qualificazioni in un modo o nell'altro comporterebbero e rilevando che i suddetti contrasti interpretativi si intersecano ma non identificano.

Ampia è la letteratura antecedente la riforma del 2003 con la quale è stato unicamente espunto dalla disposizione il comma 3, concernente la disciplina della legittimazione attiva all'azione nel fallimento e nella liquidazione coatta amministrativa e che trova attualmente sede nel successivo art. 2394 bis c.c..

Parte della dottrina<sup>154</sup> e la giurisprudenza maggioritaria (e più recente)<sup>155</sup> appaiono concordi nell'affermare che quella verso i creditori sociali sia una responsabilità da fatto

---

<sup>153</sup> A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2394*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Amministratori*, F. GHEZZI (a cura di), Milano, 2005, pp. 651 ss.; nonché A. AUDINO, *Commento all'art. 2394*, in *Il nuovo diritto delle società : commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, agg. al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), Padova, 2005, p. 540-541; contra, però, S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), vol. IV, *Le società per azioni*, Padova, 2010, p. 677; L. SAMBUCCI, *Commento all'art. 2394*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), II, Napoli, 2004, p. 708, il quale ritiene che possa derivare la responsabilità degli amministratori solo per violazione di quegli obblighi inerenti alla conservazione della «garanzia patrimoniale», e non del patrimonio in senso lato. Altrimenti, egli ragiona, si dovrebbe dedurre la sostanziale identità tra questa in commento e la fattispecie *ex art. 2392*.

<sup>154</sup> F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, p. 283; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 293; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le Società*, F. GALGANO (diretto da), Torino, 2002; contra, però, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1985, p.303; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Torino, 2000, p. 371; B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in P. ABBADESSA – G.B. PORTALE (diretto da), *il nuovo diritto delle società. 3. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2007., p. 628

<sup>155</sup> Cass. 12.06.2007, n. 13765 in *GCM*, 2007,10; in forma di *obiter dicta* Cass. 03.06.2010, n. 13465, in *FI*, 2011, 518; Cass., Sez I, 22.10.1998, n. 10488 in *Soc.*, 1999, 557 con nota di FUNARI; nel merito Trib. Milano 02.05.2007, in *CorM*, 2007,10,1116; Trib. Roma 20.06.2011, *Redazione Juris Data Giuffrè*; Trib. Milano 2.10.2006, in *GI*, 2007, 382; Trib. Marsala, 02.05.2005, in *GM*, 2005, 12,2629; Trib. Napoli, 12.05.2004, in

illecito, pur richiamando, la stessa giurisprudenza, i principi vigenti in tema di responsabilità contrattuale ai fini dell'individuazione del regime probatorio applicabile<sup>156</sup> (per inciso si deve notare come la giurisprudenza in tema di azione *ex art.* 2394 sia piuttosto rara per lo scarso ricorso alla stessa da parte dei creditori di società *in bonis*. L'utilizzo risulta più ricorrente in caso di fallimento, nel quale la considerata natura unitaria ed inscindibile dell'azione del curatore rende le questioni indagate di una certa superfluità). Tale qualificazione viene ricondotta, sostanzialmente, all'assenza di alcun vincolo negoziale che legherebbe creditori e amministratori, i quali, pur avendo pregiudicato con il loro comportamento negligente il pieno soddisfacimento delle pretese creditorie (ricordando che il patrimonio sociale deve risultare insufficiente al soddisfacimento dei crediti), devono essere considerati terzi rispetto al rapporto creditori-società. In sostanza si afferma che la natura contrattuale non discenda semplicemente dall'esistenza di obblighi di legge predeterminati in capo all'amministratore e che la fattispecie andrebbe pur sempre ricondotta ad un'ipotesi di lesione del credito (ipotesi di responsabilità aquiliana)<sup>157</sup>.

Per quanto attiene alla natura autonoma o surrogatoria dell'azione (d'altronde speculare alla questione circa la natura contrattuale/extracontrattuale della responsabilità, sulla quale permangono posizioni contrastanti anche tra coloro che rinvedono nell'azione in questione un'azione di natura autonoma) non si può negare che siamo lontani da una presa di posizione definitiva sul punto<sup>158</sup>. Ritengo però, per la coerenza sistematica delle argomentazioni, di dover appoggiare la tesi di chi<sup>159</sup> riconosce nell'azione dei creditori *ex art.* 2394 un'azione di tipo diretto ed autonomo rispetto a quella sociale *ex art.* 2393, sul punto

---

*Soc.*, 2005, 1013; Trib. S. Maria Capua Vetere 13.02.2004, *GM*, 2005,1,79; Trib. Lucca 27.01.2004, *GCM*, 2005, II, 49; Trib. Milano 29.05.2003, in *FP*, 2003,I, 654

<sup>156</sup> Cass. Sez I, 6.12.2000 n. 15487 in *Soc.*, 2000, 59; Trib. Milano 2.10.2006, in *GI*, 2007, 382

<sup>157</sup> su quest'ultimo punto: F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, p. 283; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999

<sup>158</sup> Circa la posizione di coloro che rinvedono una natura surrogatoria nell'azione in commento si vedano G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società e le altre associazioni economiche*, Padova, 1994; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. VASSALLI (diretto da), vol. 10, tomo 3, Torino, 1989, p. 681 ss.

<sup>159</sup> tra i molti, G.F. CAMPOBASSO, *La riforma del diritto delle società di capitali*, Torino, 2003, p. 124 ; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, II, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2003, p. 757; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 284; ; L. SAMBUCCI, *Commento all'art. 2394*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 708; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo – Portale*, IV, 1999, p. 440; *contra*, però, nel senso della natura surrogatoria v. G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 1996, p. 402; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 477; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 229.

convergeno inoltre la prevalente e più recente giurisprudenza<sup>160</sup> (nella quale tale affermazione coincide con quella sulla diversa natura della responsabilità nelle due fattispecie), con la conseguenza che ai creditori, i quali beneficerebbero in via diretta del risarcimento ma non godrebbero della sospensione *ex art. 2941 comma 1 n. 7 c.c.*, non sarebbero opponibili le eccezioni adducibile contro la società.

Militerebbero in suo favore: la scelta del legislatore di una *sedes materiae* diversa da quella dell'azione sociale (art. 2393 e art. 2394); i diversi interessi tutelati (la reintegrazione del patrimonio sociale, art. 2393; la reintegrazione del patrimonio personale nei limiti del danno arrecato dall'insufficienza del patrimonio sociale, art. 2394); i diversi presupposti per l'esercizio dell'azione: insufficienza patrimoniale oltre al danno, dunque diverso *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione (cioè termine di prescrizione quinquennale che decorre dal momento di oggettiva conoscibilità per i creditori dell'insufficienza patrimoniale<sup>161</sup>) e inerzia della società non necessaria; la promovibilità dell'azione da parte dei creditori anche in caso di rinuncia all'azione da parte della società (art. 2394 comma 3)<sup>162</sup>. Anche l'argomento letterale sembrerebbe concorrere nell'orientare l'interprete verso questa direzione, giacché al comma 1 si legge che «gli amministratori rispondono verso i creditori sociali», statuendo dunque una responsabilità dei gestori direttamente nei confronti dei creditori.

Per quanto di nostro interesse, ritengo necessario, infine, spendere alcune parole sulla disciplina, in un certo qual modo di chiusura rispetto a quella delineata dagli artt. 2393, 2393 bis, e 2394, dell'azione individuale del socio e del terzo, di cui all'art. 2395 c.c.<sup>163</sup>. L'azione spetta, appunto, individualmente in capo al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente, e non in via mediata (rappresentando l'incidenza diretta sul loro patrimonio il criterio discrezionale di tale azione rispetto a quella sociale e dei creditori) danneggiati da atti dolosi o colposi posti in essere dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni gestorie.

---

<sup>160</sup> Cass., Sez I, 22.10.1998, n. 10488 in *Soc.*, 1999, 557 con nota di FUNARI; Appello Milano, 14.01.1992; *contra*, però, da ultimo Cass. 28.2.1998 n. 2251, in *Giur. It.*, 1998, p. 1639 Cass., sez. lav., 14.12.1991 n. 13498 in *FI*, 1992, I, 1803

<sup>161</sup> Cass. Sez I, 25.06.2008 n. 20476; Cass. Sez I, 5.08.2008 n. 21131; Cass. Sez I, 18.01.2005 n. 941; Cass. Sez I, 208.05.1998, n. 5287 e in senso conforme: Cass. S.U., 6.10.1981 n. 5241

<sup>162</sup> per una completa e sintetica disamina delle ragioni *pro e contro* la qualificazione di azione autonoma v. A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2394*, p. 654-655 ss; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), vol. IV, *Le società per azioni*, Padova, 2010, p. 680

<sup>163</sup> «Art. 2395. Azione individuale del socio e del terzo. 1. Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. 2. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo».

Sorvolando sul dibattito circa la natura contrattuale/extracontrattuale della responsabilità in commento, (per le cui simili considerazioni si rimanda alle considerazioni sul tema già svolte), consapevoli che dottrina e giurisprudenza prevalenti le riconoscono natura *extracontrattuale*<sup>164</sup>, nonché sorvolando sulla considerazione circa i presupposti sostanziali della stessa, identificabili con quelli “tipici” *ex art 2043 c.c.* (tra i quali si annovera anche l’onere della prova in capo all’attore della doloosità o colposità del fatto ingiusto)<sup>165</sup>, si deve notare come obiettivo del legislatore sia stato unicamente quello di ribadire che l’aver previsto speciali azioni di responsabilità nei confronti dei gestori-amministratori, promovibili al ricorrere di particolari condizioni e di certi presupposti, non fa venir meno la possibilità di ricorrere contro gli stessi soggetti secondo la disciplina ordinaria.

Per mera completezza, per inciso, si deve ricordare che la disciplina delle azioni di responsabilità, nelle pagine di cui sopra ricostruita in tema di s.p.a. che abbiano adottato il modello tradizionale di amministrazione e controllo, è espressamente richiamata nelle disposizioni circa le s.p.a. che abbiano adottato il modello dualistico (art. 2409 *octies* ss. c.c.) nonché monistico (art. 2409 *sexiesdecies* ss. c.c.), essendo dunque ad esse esteso l’ambito di applicabilità dei suddetti istituti, incondizionatamente (art. 2409 *decies* comma 1 c.c. per le società con sistema dualistico circa gli istituti ai sensi degli artt. 2393 e 2393 bis) o “in quanto compatibili” (art. 2409 *undecies* comma 1 c.c. per le società con sistema dualistico circa gli istituti ai sensi degli artt. 2394 e 2395 e art. 2409 *noviesdecies* c.c. in ordine al sistema monistico).

### 3. (Segue). Nelle s.r.l.

Tenendo a mente la disciplina delle s.p.a. come delineata nelle pagine precedenti, si procederà ora all’analisi della disciplina apprestata dal legislatore circa i presupposti e la natura degli strumenti di reazione ad eventuali ed affermate violazioni degli amministratori nell’esercizio della loro attività gestoria in ambito di società a responsabilità limitata, da leggere all’interno di quella incisiva opera riformatrice con la quale il legislatore del 2003 ha dettato per questo stesso tipo di società di capitali un organico e completo sistema normativo, nello sforzo di

---

<sup>164</sup> F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, 1988, p. 277; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003, p.842 ; in giurisprudenza v. Cass. 1.04.1994 n. 3216 in *Foro it.*, 1995, I, 1302; *contra*, però, nel senso della natura contrattuale derivando la responsabilità dalla violazione di obblighi preesistenti previsti dalla legge o dallo statuto v. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1985, p. 303; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Torino, 2000, p. 530

<sup>165</sup> La circostanza che il danno sia stato provocato nell’esercizio delle funzioni gestorie rileverebbe quale mero fatto, e non quale presupposto giuridico dell’azione (Cass., sez I, 3.04.2007 n. 8359 in *GI*, 2007, 2761)

renderne il regime legale autonomo e distinto da quello della s.p.a., alla quale, nella disciplina precedente, veniva indissolubilmente legato in radice attraverso il ricorso incondizionato alla tecnica del rinvio.<sup>166</sup>

Per fare ciò, si dovrà necessariamente riferirci all'art. 2476 c.c.<sup>167</sup>, rubricato responsabilità degli amministratori e controllo dei soci, tramite il quale il legislatore ha voluto, in particolare, dettare una disciplina autonoma e completa della responsabilità degli amministratori e delle azioni di responsabilità. La disposizione, in un certo qual modo emblematica dell'opera riformatrice di cui sopra si è dato conto, *sembra* racchiudere in sé le norme di cui agli artt. 2392, 2393, 2393 bis, 2395 viste in tema di società per azioni (per il momento rilevando come nel testo della disposizione non sia fatta alcuna menzione di un'eventuale responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali, di cui all'art. 2394 in tema di s.p.a.<sup>168</sup>). Il termine “sembra” nella precedente proposizione è stato usato di proposito, a motivo del fatto che molti Autori, a fronte di tale apparente natura autarchica della normativa, ne hanno denunciato la lacunosità e la mancanza di organicità, in quanto tali, fonti di perplessità e di forti dubbi interpretativi.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> per un riscontro vedasi l'art. 2487 comma 2 come risultante prima della riforma. Il ricorso a tale tecnica non è stato, comunque, del tutto eliminato come si può riscontrare dalla lettura dell'art. 2477 c.c., di cui si darà conto nel prosieguo.

<sup>167</sup> «Art. 2476. Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci. 1. Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso. 2. I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione. 3. L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione. 4. In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti. 5. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale. 6. Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori. 7. Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. 8. L'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale».

<sup>168</sup> Non essendo questa una opinione, ma un fatto.

<sup>169</sup> Tra i molti N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, p. 32 nota 15; A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2007, p.344; e nello specifico, sub art. 2476, A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Società a responsabilità limitata*, L. A. BIANCHI (a cura di), Milano, 2005, p. 667; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società : liber amicorum* Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA E G. B. PORTALE (diretto da), Torino, 2006, p. 634. Ma sul punto si veda anche M. STELLA RICHTER jr., *Di alcune implicazioni*

Certamente non può sfuggire, ad una prima lettura dell'art. 2476 messo a confronto con la complessa disciplina vista per le s.p.a., come manchi al comma 1, nel quale vengono disciplinati i presupposti che fondano la responsabilità degli amministratori, alcun riferimento al canone di diligenza che debba da loro essere seguito nell'adempimento dei doveri loro imposti dalla legge nonché dall'atto costitutivo (canone espressamente previsto all'art. 2392 comma 1 per le s.p.a.); l'omissione della regolamentazione dell'azione sociale di responsabilità come esercitata previa deliberazione dell'assemblea dei soci (di cui all'art. 2393) nonché dell'azione dei creditori sociali (come regolata *ex art.* 2394), sempre che si voglia considerare (come effettivamente viene considerata da dottrina e giurisprudenza maggioritaria) quella *ex art.* 2476 comma 3 un'azione equiparabile nelle sue caratteristiche a quella *ex art.* 2393 bis c.c. Allo stesso modo non può sfuggire, continuando nell'opera di paragone tra le discipline della s.p.a. e quella della s.r.l., come siano stati intensificati i poteri di controllo in capo ai soci non amministratori, di cui al comma 2, (sulla scia di quella che è stata definita dalla dottrina una «privatizzazione dei controlli»<sup>170</sup> e sulla base della struttura contrattuale della società); sia stato mantenuto al comma 6 il diritto al risarcimento per i singoli e i terzi direttamente lesi da violazioni degli amministratori (di cui all'art. 2395 per le s.p.a.); nonché (e questa è una novità di una certa rilevanza) sia stata estesa la possibilità di ricorrere, ai sensi del comma 7, in responsabilità contro quei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

Ora, ribadendo che *ex art.* 3 della legge delega 366/2001 la riforma della disciplina della società a responsabilità limitata deve “prevedere un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali” e considerando che ai sensi della relazione al d.lgs. 6/2003 la s.r.l. “si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (che del resto, dopo la generale ammissibilità della società unipersonale a responsabilità limitata, non può più ritenersi necessariamente presupporre una rigida struttura organizzativa di tipo corporativo), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni”, ritengo debba seguirsi il consiglio di chi suggerisce di non

---

*sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, p. 14 ss.; C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 1217 in nota 1, i quali stigmatizzano la tentazione e la tendenza degli interpreti a rilevare lacune nella disciplina della s.r.l. sulla base di un confronto con la disciplina della s.p.a.

<sup>170</sup> M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società chiuse*, P. BENAZZO - S. PATRIARCA - G. PRESTI (a cura di), Milano, 2003, p. 49 ss.

rilevare lacune nella disciplina della s.r.l. in quanto paragonata alla disciplina ben più ampia e dettagliata dettata per le s.p.a. e così facendo, tentare di rispondere a tre fondamentali questioni esegetiche: quale sia la natura giuridica dell'azione *ex art. 2476* comma 3 e quale natura abbia la legittimazione attiva al suo esercizio e se siano esperibili ulteriori azioni a tutela del patrimonio sociale di s.r.l.

In primo luogo, si deve rilevare che gli amministratori rispondono ai sensi dell'art. 2476 verso la società, solidalmente per fatto proprio colpevole (soccorre in questo senso il dato letterale che univocamente stabilisce al comma 1 che “gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società” e nel secondo periodo dello stesso stabilisce un meccanismo di esenzione di coloro che “dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere abbiano fatto constare del proprio dissenso”) qualora dalla inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo sia derivato un danno al patrimonio sociale, causalmente collegato alla suddetta violazione. Non si può dunque dubitare della natura contrattuale anche della responsabilità degli amministratori di s.r.l.<sup>171</sup>.

Vero è che nella disposizione in commento non viene determinato il grado di diligenza richiesto agli amministratori nell'adempimento dei loro doveri, che nelle s.p.a. trova specificazione nel riferimento alla «natura dell'incarico» e alle loro «specifiche competenze» (art. 2392 comma 1), a sua volta specificazione del generale obbligo di diligenza di cui all'art. 1176 comma 2, in tema di adempimento delle obbligazioni (stabilito che di obbligazioni si trattino quelle degli amministratori verso la società). Ritengo però, ai fini del presente lavoro, di dover accogliere, con una certa apoditticità, la tesi di chi ritiene quelli ai sensi dell'art. 2392 *standards* aventi portata generale così da poter essere estesi ad ogni modello societario<sup>172</sup> nonchè di dover tralasciare l'approfondimento di dubbi interpretativi circa l'estensione al modello di s.r.l. del dovere di agire informato (di cui abbiamo visto nella pagine addietro la presenza per gli amministratori di s.p.a.) ed il concreto configurarsi di tali principi in relazione alle diverse configurazioni di cui l'organo amministrativo può essere espressione nelle s.r.l. (se pluripersonale: amministrazione congiuntiva all'unanimità/maggioranza, consiglio di amministrazione all'unanimità/maggioranza,

---

<sup>171</sup> ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società di capitali*, G. OLIVIERI – G. PRESTI – F. VELLA, Bologna, 2003, p. 289; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 329; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Napoli, 2004, p. 1591

<sup>172</sup> O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario*, G. COTTINO – G. BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004, p. 1880; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, p. 1591; R. TETI, *La responsabilità agli amministratori di s.r.l.*, p. 637

amministrazione disgiuntiva, art. 2475 comma 3) e nell'ipotesi di deleghe gestorie (sempre che si accetti la tesi che ne rende possibile l'attribuzione)<sup>173</sup>.

Valutando i presupposti sostanziali dell'azione in commento è parso evidente come quella esercitabile da ciascun socio, *uti singulus*, a prescindere dalla quota di partecipazione al capitale sociale, ai sensi del comma 3 dell'art. 2476 ("l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio"), sia l'azione sociale e non un'azione autonoma (del potere di esperire la quale egli rimane titolare ai sensi dell'art. 2476 comma 6, con l'aggravamento dei presupposti che tale azione comporta<sup>174</sup>), facendosi valere non un diritto soggettivo di cui il socio sia titolare, ma un diritto proprio della società, essendo il danno direttamente lesivo del patrimonio sociale nonchè essendo suo proprio l'interesse ad agire; essendo espressamente statuito che gli amministratori sono responsabili verso la società (art. 2476 comma 1); essendo previsto l'obbligo di rimborso a carico della società delle spese effettuate dagli attori per il giudizio e per l'accertamento dei fatti (art. 2476 comma 4) nonchè avendo previsto il suo esclusivo potere di rinuncia o transazione (art. 2476 comma 5).

Dottrina e giurisprudenza predominanti (quasi unanimemente)<sup>175</sup>, costruendo un parallelo con la disposizione *ex art. 2393 bis* sulla base di una affermata similitudine nella struttura delle due azioni nonchè nell'interesse dai due istituti perseguito (*de minimis* è indubbio che le azioni sociali sono connaturate da una finalità di reintegrazione del patrimonio sociale nonchè in senso lato di controllo dell'attività gestoria), finiscono per identificare l'azione di cui in commento quale un'ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire, ed in particolare di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, argomentando che il socio attore (o i soci attori) eserciterebbe in entrambi i casi in nome proprio un diritto altrui, quello sociale. In sostanza «il potere di iniziativa processuale del singolo rappresenta soltanto una

---

<sup>173</sup> si rimanda per questi temi a A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 667

<sup>174</sup> valendo le osservazioni effettuate sopra *sub art. 2395*.

<sup>175</sup> A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 719 ss.; O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, 1884 ss.; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, p. 1593 ss.; CENDON P., *Commento all'art. 2476*, in *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2008 – 2010, p.457; G. ZANARONE, *Commento all'art. 2476, Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile: commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2010; F. MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella s.r.l.*, in *Le società*, 2003, p. 936; e in giurisprudenza Trib Roma 22.05.2007 in *Il Foro it.*; Trib. Milano 17.12.2005, in *Il Foro it.*; Trib Marsala 01.04.2005, in *Il Foro it.*; Trib Piacenza 23.08.2004 in *Il Foro it.*; v. però l'opinione in dissenso di F. CIAMPI, *Novita` della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in *Le Società*, 2006, 286 il quale parla di «legittimazione attiva diffusa» a favore di tutti I soci che siano interessati a far valere il diritto risarcitorio sociale.

semplificazione procedimentale rispetto alla necessità della nomina di un rappresentante comune prevista per le società per azioni». <sup>176</sup>

Attraverso argomentazioni deduttive, partendo dal postulato dell'equivalenza dell'azione *ex art. 2476 comma 3* con l'azione *ex art. 2393 bis*, i vari Autori giungono a colmare (facendo riferimento ai principi generali) o considerare irrilevanti (rilevando come non siano suscettibili di mettere seriamente in discussione la solidità della tesi proposta) le lacune che la norma in commento sembra presentare rispetto alla disciplina, "completa", prevista per le s.p.a. (il mancato obbligo di citazione della società in giudizio; la mancata previsione del potere di rinuncia e transazione in capo al socio) e quindi a sostenere induttivamente l'esperibilità, oltre a quella in commento, di un'azione sociale che ricalchi nei suoi aspetti sostanziali (dovendo superare alcuni dubbi esegetici: *id est* con quali modalità concrete la società possa promuovere l'azione e come raccordare sostanzialmente e processualmente questa azione con quella della "minoranza", *rectius* di ciascun socio) quella *ex art. 2393*

In realtà ritengo che così facendo essi ricadano nella tentazione, dalla quale come detto ho cercato di mettermi in guardia, di cercare di apprestare anche per le s.r.l. quel "parco" di strumenti di reintegrazione del patrimonio e allo stesso tempo di controllo dell'attività gestoria che si rinvergono nella disciplina delle s.p.a.

Il dato sistematico va nella direzione della completezza ed autonomia dell'art. 2476 e così anche dell'intera disciplina della s.r.l., seppur la stessa constando di poche disposizioni a fronte del ruolo centrale che essa assurge nella realtà economica italiana nonché nella volontà legislativa. O almeno, come abbiamo osservato, questa era l'intenzione del legislatore al tempo della riforma del 2003 e di questa ritengo si debba tener conto. Dunque in ragione del criterio ermeneutico teleologico nonché sistematico reputo unica strada interpretativa percorribile quella che identifica nell'azione ai sensi dell'art. 2476 comma 3 la sola azione di responsabilità esperibile in ambito di s.r.l. a tutela del patrimonio sociale; un'azione sociale promovibile in via esclusiva da parte di ciascun socio, *uti singulus*, in quanto eccezionalmente investito della rappresentanza sostanziale e processuale della società, in nome e per conto della quale egli è legittimato ad agire in giudizio e nei confronti della quale si formerà il giudicato.

---

<sup>176</sup> Così S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 292; S. DI AMATO, *Commento all'art. 2476*, in *La riforma del diritto societario*, G. LO CASCIO (a cura di), Milano, 2003, p. 206

La tesi è stata sostenuta in giurisprudenza dal collegio del Tribunale di Napoli con sentenza del 20.10.2005, del quale riporto alcuni estratti in via eccezionale per la chiarezza e linearità delle argomentazioni, esso affermando che «il conferimento a ciascun socio della legittimazione all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2476, 3° comma, c.c [...] abbia valenza di attribuzione *ex lege* ad ognuno dei componenti della compagine collettiva, benvero ai soli fini dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, del potere di diretta gestione e di diretta rappresentanza, sostanziale e processuale, dell'impresa sociale» e che «In siffatta prospettiva, che appare confortata dalla possibilità esplicitamente prevista (in verità in via sussidiaria) dall'art. 2475, 3° comma, c.c. di strutturazione e di funzionamento dell'organo di gestione ai sensi dell'art. 2257 c.c. ossia secondo il modello dell'amministrazione plurima disgiuntiva, è a reputarsi che il socio o i soci attori, ancorché non spendano formalmente il nome della società nell'attivarsi e costituirsi in giudizio (è il caso di specie), onde reintegrare non già il proprio (come sarebbe, se ad esser esercitata fosse l'azione di cui al 6° comma dell'art. 2476 c.c.) sibbene il patrimonio della società depauperato dalle negligenti condotte degli amministratori, agiscano nondimeno in nome e per conto della società medesima».

Tale caratterizzazione della legittimazione dei soci all'esercizio dell'azione sarebbe in tutto coerente con l'accentuazione del carattere contrattuale dei rapporti sociali nonché con la privatizzazione dei controlli (con la scomparsa del potere di denuncia al tribunale *ex art.* 2409 e l'incisività dei diritti di controllo attribuiti a ciascun socio non amministratore *ex art.* 2476 comma 2) e non contraria ai principi processual-civilistici: l'art. 75 comma 3 c.p.c. statuisce: «*le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto*». I diritti e poteri della società (intesa quale espressione della maggioranza dei soci riuniti in assemblea), la quale rimane unica titolare della legittimazione processuale<sup>177</sup> il cui esercizio viene eccezionalmente attribuito *ex lege* ai soci *uti singuli*, ritornano solo *ex post* ed in via eventuale (a differenza che nell'azione *ex art.* 2393 nella quale essi si esplicano *ex ante*, risultando la deliberazione dell'assemblea condizione dell'azione). Da un lato infatti il potere di disporre del diritto è rimesso esclusivamente in capo alla società che ai sensi dell'art. 2476 comma 5 può rinunciare all'azione (oltre al potere di transigere) qualora vi sia il consenso di una maggioranza di soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e sempre che non si oppongano tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale, nonché può transigere la lite (il che mi farebbe pensare alla mera investitura della

---

<sup>177</sup> Riprendendo per analogia un'interpretazione avanzata da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, p. 381, a proposito della rappresentanza legale della persona giuridica, la quale può avvenire attraverso il c.d. *strumento organico*.

rappresentanza processuale in capo ai soci e non invece di quella sostanziale, sul punto discostandomi dal Tribunale di Napoli). Dall'altro lato tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale potranno sempre rimettere la decisione all'approvazione della società stessa (art. 2479 comma 1).

Volendo dunque creare un qualche parallelismo con la disciplina apprestata per le s.p.a. si potrebbe vedere una qualche somiglianza dell'azione in commento non con quella ai sensi dell'art. 2393 bis, ma con quella *ex art. 2393*, di cui sicuramente condivide i presupposti sostanziali e *lato sensu* anche quelli processuali. Entrambe vengono "promosse", quale atto gestorio, dai legali rappresentanti della società (art. 2476 comma 1 e art. 2393 comma 1), i quali la esercitano in ottemperanza dei principi generali in tema di competenza gestoria e rappresentativa delle società di capitali. Ed in entrambe, ma in maniera diversa, il legislatore appresta dei limiti all'ordinario potere rappresentativo degli amministratori. Ai sensi dell'art. 2393 l'azione è "promossa" in seguito a delibera assembleare (dai più considerata, come visto sopra, condizione dell'azione), mentre ai sensi dell'art. 2476 comma 3 l'azione è "promossa" da ogni singolo socio, che esautorà limitatamente all'oggetto e al tempo necessario allo svolgimento del giudizio i poteri propri degli amministratori (coerentemente ai diversi rapporti tra proprietà e potere esistenti nei due diversi modelli di società capitalistica).

Per inciso si fa notare che da tale parallelismo potrebbe forse anche essere dedotto per gli amministratori di s.p.a. e per i soci di s.r.l. un eguale diritto-dovere di esercitare l'azione qualora ne ricorrano i presupposti. Violazione, almeno per i soci di s.r.l., che non potrà fondare una loro responsabilità solidale con gli amministratori, dal momento che essa viene espressamente ancorata al fatto che essi abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dolosi o colposi degli stessi amministratori (art. 2476 comma 7), ma potrà forse costituirne un indizio.

Se l'argomento così costruito risulta corretto, dovrà allora escludersi l'esercitabilità di ulteriori azioni di responsabilità che non siano quella sociale di cui all'art. 2476 comma 3 (di cui ampiamente si è dato conto) e quella individuale di ogni singolo socio o terzo il cui patrimonio personale sia stato direttamente leso da un atto doloso o colposo degli amministratori e il cui diritto al risarcimento è fatto salvo dall'art. 2476 comma 6.<sup>178</sup>

Eventualmente, è bene dirlo, sia che si acceda alla teoria della legittimazione straordinaria dei soci, sia che si acceda alla diversa idea (da noi sostenuta) secondo cui essi agiscano *ex art. 2476* quali rappresentanti sostanziali e processuali della società, non si

---

<sup>178</sup> Per ulteriori notazioni circa i presupposti si rimanda alla trattazione dell'azione svolta in tema di s.p.a. (sub art. 2395).

potrebbe non rilevare come l'art. 2476 non chiarisca quale organo sociale sia competente a decidere sull'espletamento dell'azione di responsabilità nel caso in cui sia la società stessa a far valere direttamente il proprio credito risarcitorio (circostanza rara ma non del tutto escludibile<sup>179</sup>).

La dottrina maggioritaria, accogliendo la tesi dell'azione dei soci *ex art. 2476 c.c.* quale ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire, ritiene che nel caso in cui ad agire sia la stessa società non sarà necessaria una decisione dei soci (come nel caso in cui una s.p.a. agisca *ex art. 2393 c.c.*), ma sarà sufficiente un atto degli amministratori: sostanzialmente, mi pare tale dottrina finisca per affermare una coesistenza tra diritto di agire dei singoli soci e diritto di agire dei singoli amministratori (che agiscono in nome e per conto della società)<sup>180</sup>.

Ora, giusta la considerazione secondo cui si dovrebbe accogliere la diversa tesi della mera rappresentanza sostanziale e processuale dei singoli soci i quali agiscono *ex art. 2476*, ritengo, per coerenza sistematica, non si potrebbe non affermare la necessità, quale condizione all'azione, della decisione dei soci nel caso in cui ad agire sia la società stessa. Come abbiamo cercato di mettere in luce sopra, il legislatore con la norma in commento avrebbe espressamente privato gli amministratori dello specifico atto di gestione (azione di responsabilità) in favore dei soci. Potere di porre in essere l'atto *de quo* che, ritengo, potrebbe essere recuperato dagli amministratori solo dietro espressa decisione dei soci.

Per mero tuziorismo ritengo però necessario affrontare la questione dell'esistenza nel sistema normativo apprestato per le società a responsabilità limitata di un'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali contro gli amministratori, sulle orme di quella che per le s.p.a. si rinviene nell'art. 2394 c.c.

Si deve ricordare in prima battuta come, in epoca precedente la riforma, l'art. 2487 comma 2 rinviava integralmente all'art. 2394: «si applicano all'amministrazione della società gli art. 2381, 2382, 2383, primo, terzo, quarto, sesto e settimo comma, 2384, 2384 bis, 2385, 2386, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396 e 2434». La responsabilità degli

---

<sup>179</sup> Soprattutto se si accogla la tesi da noi sostenuta, l'ipotesi appare del tutto scolastica.

<sup>180</sup> Così A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l.*, F. FARINA – C. IBBA – G. RACUGNO – A. SERRA (a cura di), Milano, 2004, p. 264; P. SPADA, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma del 2003, Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 19; F. PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), III, Padova, 2005, p. 1986 ss., sostanzialmente sull'argomentazione che l'azione di responsabilità non compare tra le competenze inderogabilmente riservate alla competenza dei soci (v. art. 2479 c.c.); *contra* pare S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e dei soci «cogestori»*, in *Il nuovo diritto societario*, S. AMBROSINI (a cura di), Torino, 2005, p. 460; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle s.r.l.*, in *Giur. Comm.* 2003, I, p. 290 ss, I quali propendono per la sussistenza della necessaria decisione dei soci.

amministratori di s.r.l. verso I creditori sociali non era dunque oggetto di dibattito, se non esclusivamente tra gli studiosi del tipo di società per azioni.

L'art. 2476, diversamente, non fa alcun cenno a tale responsabilità né tantomeno si rinviene nella disciplina, come apprestata a seguito della riforma per le s.r.l., alcun richiamo all'art. 2394, della cui applicazione in via analogica anche alle s.r.l. si è molto dibattuto in dottrina sul presupposto che la differenziazione di disciplina per i due tipi di società sarebbe non giustificata nonché irragionevole.<sup>181</sup>

Nonostante questa generalizzata presa di posizione, non tutti gli studiosi in dottrina propendono per l'ammissibilità nelle s.r.l. di un'azione siffatta.

Come molto chiaramente affermato dall'A. non si potrebbe non dare il giusto peso e all'autonomia conquistata dal sistema normativo delle s.r.l. (la quale rende eventuali trasposizioni di tipo analogico di norme dettate per le s.p.a di una certa pericolosità) e alla precisa posizione assunta dal legislatore con la mancata previsione di una disposizione modellata sull'art. 2394 (non potendosi prospettare l'ipotesi della mera dimenticanza dello stesso legislatore, quasi la lacuna fosse casuale), la quale d'altronde «non può essere superata sulla sola base di argomenti interpretativi non pienamente convincenti».<sup>182</sup>

I creditori non disporrebbero dunque di una autonoma e specifica azione nei confronti degli amministratori, “residuando” comunque a loro favore gli strumenti di tutela previsti dal diritto comune<sup>183</sup>: l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) nonché l'azione di risarcimento del

---

<sup>181</sup> S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e dei soci «cogestori»*, in *Il nuovo diritto societario*, S. AMBROSINI (a cura di), Torino, 2005, p. 463; O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario*, G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci*, p. 331; F. IOZZO, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, nota a Trib. Ivrea, 27.01.2004, in *Giur. Comm.*, 2005, II, p. 53 ss.; B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa. Società*, Milano, 2005, p. 476; F. PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476*, p. 1994 e mi pare anche A. ANGELILLIS - G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 771 ss.

<sup>182</sup> Sulla posizione brevemente riportata e per una interessante rassegna degli argomenti interpretativi a sostegno dell'ammissibilità e loro confutazione, si rimanda a A. ANGELILLIS - G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 771 ss.; *contra ex multis* C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, p.927 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile*, - *Commentario*, P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2010, p.1098-1099

<sup>183</sup> La tesi è sostenuta dall'A. citato nonché da una parte consistente della dottrina. A tal proposito si veda C. ANGELICI, *Note*, p. 1236; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, G. OLIVIERI - G. PRESTI - F. VELLA (a cura di), Bologna, 2003, p. 261; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità* p. 290 ss.; F. PARRELLA, *Commento all'art. 2476*, in *La riforma delle società*, M. SANDULLI - V. SANTORO (a cura di), Tomo 3, Torino, 2003, p. 126; G.M. ZAMPERETTI, *Commento agli artt. 2394 - 2394bis*, in *Il nuovo diritto societario*, G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI (a cura di), Bologna, 2004, p. 828; C. PROTO, *L'azione dei creditori sociali nella società a responsabilità limitata e la determinazione del danno*, nota a Trib. Padova 24.06.2009, in *Fall.*, 2010, 729; F. PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476*, p. 1994; per la tesi restrittiva anche Trib. Milano, 27.02.2008, n. 2589, in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, 13; Trib. Milano 25.01.2006; Trib. Napoli 11.11.2004, in *Le Soc.*, 2005, 1007

danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>184</sup>. Mentre la seconda è espressamente fatta salva dall'art. 2476 comma 6 (dunque non solleva particolari dubbi esegetici) circa la prima è necessaria una notazione.

Sembrerebbe che essa residui solo in capo ai creditori di s.r.l., mentre non si rinviene in dottrina e in giurisprudenza alcuna presa di posizione circa la sua configurabilità in ambito di s.p.a. (certamente anche per la rarità con cui si verifica l'ipotesi, stante la difficoltà per gli attori di provare in sede giudiziale l'effettiva inerzia della società surrogata nell'azione di cui all'art. 2393).

In realtà ritengo non vi sarebbe alcuna incongruenza nell'affermare che l'azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c. sia esperibile da parte dei creditori di s.r.l., ma non da parte dei creditori di s.p.a., per una serie di elementi: in primo luogo abbiamo più volte ribadito come il legislatore del 2003 abbia voluto spezzare quella sorta di "gemellanza" che legava s.p.a. e s.r.l., fissandone discipline autonome legate alle distinte caratteristiche dell'uno e dell'altro tipo di società di capitali; in secondo luogo, la completezza con la quale il legislatore sembra aver pensato alla disciplina apprestata ai sensi degli artt. 2393 ss., la quale contempla un apposito strumento di tutela anche per i creditori sociali (art. 2394), non risultando dunque necessaria alcuna integrazione tramite principi generali; e da ultimo si potrebbe osservare come l'art. 2900 statuisca al comma 1 che «il creditore...può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purchè i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare».

Ora, sorvolando sul fatto che le azioni di responsabilità del debitore (che debitore sia s.p.a. o che sia s.r.l. è irrilevante) hanno anche ma non solo contenuto patrimoniale<sup>185</sup>, ritengo che esclusivamente l'azione *ex art. 2393* non possa essere esercitata se non dal titolare (ossia

---

<sup>184</sup> su tutte v. Trib. Milano 02.10.2013, n. 12107; Trib. Milano 18.02.2013; Cass. 28.07.2000, n. 9904, 28.02.1998, n. 2251; *contra*, anche recentemente, in tema di fallimento, Cass., sez. I, 21.7.2010, n. 17121; Trib. Udine, 17.10.2008, n. 5848, in *Il foro it.*, 2009, 469 il quale espressamente sostiene che «l'opposta opinione ravvede nell'art. 2394 c.c. l'espressione di un principio di portata generale insito nell'ordinamento e ricavabile dal complesso delle norme in esame, il cui richiamo nella disciplina delle srl era superfluo, essendo tale norma connaturata alla funzione gestoria esercitata nell'ambito di qualunque impresa ad autonomia patrimoniale perfetta, tanto più che il principio fissato dall'art. 2394 c.c. sarebbe anche espressione della legittimazione surrogatoria dei creditori ad esperire l'azione sociale ed avrebbe quindi anche in tale ambito portata generale per tutte le società di capitali essendo teso a garantire il principio della *par condicio creditorum*»; nel senso che anche nelle s.r.l. gli amministratori hanno un obbligo generale di conservazione del patrimonio sociale e sono responsabili verso i creditori sociali per il pregiudizio loro arrecato dalla violazione di tale obbligo (nell'alveo dell'art. 2043 c.c.), Trib. Novara, 12.01.2010, in *Le Soc.*, 2010, p. 645; Trib. Roma, 17.12.2008, in *Giur. mer.*, 2009, 6, 1585; Trib. Pescara 15.11.2006, in *Il foro it.*, 2007, I, 2262; Trib. Udine 11.02.2005; Trib. Napoli 12.05.2004, in *Le Soc.*, 2005, 1013

<sup>185</sup> Su questo punto si tornerà nel prosieguo.

la società stessa). Richiamando quanto affermato in tema di s.p.a. quello apprestato dal legislatore ai sensi dell'art. 2393 sarebbe uno strumento non solo di compensazione del danno subito ma anche di controllo dell'operato degli amministratori, e sarebbe difficile sostenere che tale controllo in via eventuale spetterebbe anche ai creditori sociali. Ritengo che lo stesso non possa dirsi dello strumento apprestato dal legislatore ai sensi dell'art. 2476, il quale assolverebbe ad una mera funzione recuperatoria (confortata anche dalla lettura del comma 4 dell'art. 2476).

La possibilità di controllare gli amministratori e i soci «gestori» sarebbe garantita e dagli incisivi poteri attribuiti ai «soci che non partecipano all'amministrazione» ex art. 2476 comma 2 e dal potere esclusivo in capo a ciascun socio di chiedere in caso di gravi irregolarità che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori (art. 2476 comma 3), nonché sarebbe assicurata dal collegio sindacale (la cui nomina è ai sensi dell'art. 2477 facoltativa o obbligatoria nei casi dettati) contro i cui componenti i soci e i creditori potrebbero recuperare la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 2394 (e dell'art. 2393 bis?), stante il richiamo alle disposizioni in tema di s.p.a. dell'art. 2477 comma 5. (mi si conceda l'apoditticità dell'affermazione, nonostante la sua rilevanza, dovuta ai limiti contenutistici del presente lavoro)<sup>186</sup>

#### *4. L'esercizio delle azioni di responsabilità nel fallimento: la legittimazione del curatore di s.p.a. fallita*

Gunti a questo punto del lavoro, una domanda sorge spontanea: quali sono, dunque, le azioni di responsabilità esercitabili dal curatore?

Come abbiamo cercato di mettere in luce fino a questo punto, problemi circa la figura del curatore e circa la trasferibilità allo stesso delle azioni di responsabilità esercitabili nei confronti di amministratori, componenti organi di controllo, direttori generali ovvero liquidatori di società di capitali in caso di fallimento sono sempre risultati attuali e di particolar interesse fin dalla vigenza del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) e, ritengo, risultano di non minor attualità oggi, data la moltitudine di posizioni assunte sul punto in dottrina e giurisprudenza.

Come abbiamo, inoltre, più volte ribadito nel corso del lavoro, momento di grande rilevanza é stata la riforma del diritto societario del 2003 con la quale il legislatore

---

<sup>186</sup> Recentemente Trib. Lecce, Sez. Comm., 09.12.2011 in *Le società*, II, 2012, p. 1173 ss.

contrapponeva all'uniformità del regime delle azioni che caratterizzava il Codice Civile, modellato sulla responsabilità degli amministratori di s.p.a. (dunque sugli artt. 2393-2394 c.c.), un assetto normativo delle responsabilità caratterizzato da una moltiplicazione dei potenziali legittimati passivi (da ricondursi principalmente all'introduzione di nuovi sistemi di organizzazione e controllo), da una "separazione forzata" tra i regimi delle s.p.a. e delle s.r.l. e dall'introduzione di nuove fattispecie di responsabilità per atti di gestione (basti ricordare le responsabilità previste in tema di liquidazione di s.p.a. e s.r.l., artt. 2485 e 2486 c.c.; la responsabilità dei soci «cogestori» di s.r.l., art. 2476 comma 7 c.c.; la responsabilità della controllante che eserciti attività di direzione e coordinamento, art. 2497 ss. c.c.)

Non può non essere intuito come tali importanti novità non avessero sollevato pochi dubbi di coordinamento con la disciplina fallimentare; per quanto di nostro interesse, soprattutto sui riflessi che gli aspetti critici connessi al riformato diritto delle società avevano sul versante della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità in sede fallimentare.

Dubbi che dopotutto non trovarono risposta neanche a seguito della riforma della legge fallimentare intervenuta nel 2006, con la quale, forse a causa del poco spazio lasciato al legislatore delegato dalla delega per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui all'art. 1 commi 5 e 6 legge n. 80 del 2005, non si mise mano in maniera decisa sulla disciplina del fallimento delle società, sia in generale sia con specifico riferimento all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e controllo.

Chiaro esempio delle considerazioni appena svolte è l'art 146 l. fall..

In primo luogo ritengo necessario richiamare, ancora una volta (mi si conceda il rischio di risultare ripetitivo) il testo legislativo dell'art. 146 l. fall., limitatamente al suo comma 2 e funzionalmente alla più facile comprensione delle parole usate dal legislatore nella relazione al D.lgs n. 5 del 2006, col quale viene statuito che: « Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori: a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori; b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile» ; in secondo luogo, come anticipato, ritengo utile riportare le parole usate dal legislatore per il supporto che potrebbero dare al ragionamento logico-giuridico *in fieri*: «Il secondo comma, lett. a), adotta una formulazione aperta in virtù della quale è possibile sostenere che le azioni di responsabilità riguardano anche i componenti degli organi sociali della società a responsabilità limitata e che le stesse sono promuovibili, oltre che nei confronti dei

liquidatori, il che era pacifico, anche nei confronti dei componenti degli organi di controllo, sia nei casi di obbligatorietà della loro nomina, sia nelle ipotesi di facoltatività. Quanto agli amministratori della società a responsabilità limitata e al dibattito in ordine alla sussistenza di una loro specifica responsabilità verso i creditori sociali, si è preferito, considerato che la delega legislativa è muta al riguardo, adottare una formula “aperta” che lasci cioè agli interpreti il compito di stabilire se il curatore possa esercitare nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata solo l’azione di responsabilità sociale o anche quella verso i creditori sociali».

Ora, senza sbilanciarci in affrettate argomentazioni che per induzione potrebbero trovare sostegno nelle parole del legislatore sopra riportate, è tempo di addentrarci nella spinosa questione di quale sia l’estensione della legittimazione del curatore all’esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali e sopra tutto quale ne sia la fonte attributiva, per il momento rimandando la presa di posizione circa la natura dell’art. 146 con la sua apparente omnicomprensività e cercando il più possibile di non contraddire il sistema normativo societario e fallimentare visto nella sua complessità e globalità.

Abbiamo già osservato al capitolo I come dal fallimento derivino una serie di effetti e per il fallito e per i terzi che con esso prima del fallimento vantavano rapporti giuridici di varia natura. A quello che viene definito generalmente “spossessamento”, ossia la privazione per il fallito dell’amministrazione e della disponibilità sui beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento (art. 42 l.fall.) abbiamo cercato di sostenere come faccia da contrappeso (quale strumento peraltro funzionale al corretto svolgimento della procedura concorsuale con la finalità del maggior soddisfacimento possibile per i creditori concorrenti concorsuali) un effetto attributivo degli stessi beni al curatore fallimentare (art. 31 l. fall.) il quale, in quanto “gestore della procedura”, ha sui beni compresi nel fallimento la piena “amministrazione” (intesa nel suo significato più esteso, quale gestione e disponibilità), sostanziale nonchè processuale (art. 43 l.fall.).

Abbiamo d’altronde sottolineato come la dottrina è ormai uniforme nell’affermare che con “beni” si vogliono identificare non solo i beni suscettibili di utilizzazione o trasformazione economica immediata ma anche «i beni strumentali, poteri, azioni, facoltà, rapporti giuridici che costituiscono il mezzo per l’acquisto e la conservazione di altri beni». Difficilmente si potrebbe negare come tra i beni “rinvenibili” dal curatore nel patrimonio fallimentare di cui egli diviene a seguito del fallimento amministratore a pieno titolo non

siano comprese anche quelle azioni a contenuto patrimoniale<sup>187</sup> al cui esercizio fosse sorta prima della dichiarazione di fallimento la legittimazione in capo al fallito (che egli le avesse a quel momento già esercitate o meno) e tra le quali altrettanto difficilmente non si potrebbero non annoverare le azioni di responsabilità contro quegli amministratori che abbiano pregiudicato, nello svolgimento del loro incarico, il patrimonio sociale, violando i doveri loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo<sup>188</sup>.

Giuste le premesse poste fino a questo momento, possiamo lanciarcì con una certa serenità in una prima considerazione, sicuramente parziale: il curatore, secondo i generali principi di diritto fallimentare, sarebbe legittimato a subentrare in tutti i diritti e le azioni esercitabili a vantaggio immediato e diretto del patrimonio oggetto dell' "esecuzione concorsuale" (ribadendo la non totale correttezza dell'espressione utilizzata) nonchè in tutti i diritti al cui esercizio venga espressamente legittimato.

Ora, leggendo i principi generali di diritto fallimentare in "combinato disposto" con quelli di diritto comune, non si potrebbe non sostenere con una certa ragionevolezza che il curatore, in quanto amministratore *pro tempore* del patrimonio fallimentare, abbia la legittimazione (sostanziale e processuale) generale ed esclusiva ad agire "in luogo" della società in tutti quei casi nei quali la legge preveda per la stessa (che sia s.p.a., s.a.p.a. o s.r.l.) la possibilità di reagire per la compensazione del pregiudizio sofferto dal proprio patrimonio a causa della violazione degli amministratori ai propri obblighi, generali o specifici che siano.

Il curatore fallimentare, nello svolgimento delle funzioni che la legge gli attribuisce quale "perno" della procedura concorsuale, sarebbe dunque legittimato, sussistendone le condizioni, ad esperire le azioni previste e dall'art. 2393 in tema di s.p.a. e dall'art. 2476 in tema di s.r.l. (giusta la considerazione che in ambito di s.r.l. quella sociale, seppur esperibile da ciascun socio, sia l'unico strumento recuperatorio apprestato dal legislatore<sup>189</sup>).

A ben vedere, per le stesse ragioni, non potrebbe trovare fondamento nei principi generali una legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni disciplinate agli artt. 2394,

---

<sup>187</sup> Cass. 08.02.2008, n. 3020, in *Soc.*, 2008, 698, con riferimento all'azione per l'annullamento dei contratti stipulati dall'imprenditore *in bonis* e già eseguiti

<sup>188</sup> sul punto si tornerà in seguito. Per il momento si tenga presente come venga generalmente affermato che l'azione (sociale) di responsabilità sia uno strumento di conservazione e mantenimento della consistenza patrimoniale (oltre ad essere strumento di controllo dell'operato degli organi gestori), a tutela dell'interesse della società stessa in quanto il patrimonio è mezzo per l'esercizio dell'attività sociale. *Ex multis* A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, p. 573 ss, giusta comunque in via generale la funzione compensativa della responsabilità per danno patrimoniale cfr. C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), Milano, 2005, p. 35 ss.

<sup>189</sup> Sul punto si veda quanto detto al paragrafo 6.

2395, e 2476 comma 6 c.c.<sup>190</sup> predisposte dal legislatore a tutela di interessi (e beni) altri e diversi rispetto a quello sociale e, in quanto azioni del tutto autonome rispetto a quella di cui all'art. 2393 c.c. (secondo l'opinione di dottrina e giurisprudenza dominanti), non "rinvenibili" dal curatore nel patrimonio fallimentare.

Quest'ultima considerazione sembrerebbe peraltro trovare conforto nel fatto che il legislatore del 1942 (e fino alla riforma delle società del 2003) avesse ritenuto necessario introdurre nel Codice Civile (art. 2394 comma 3<sup>191</sup>) una norma specifica attribuita al curatore (o al commissario liquidatore) della legittimazione solo ed esclusivamente rispetto all'azione dei creditori sociali in caso di fallimento (o di liquidazione coatta amministrativa)<sup>192</sup>. Specificazione di cui non si rinveniva traccia rispetto all'azione esperibile dalla società ai sensi dell'art. 2393. Ciò, come è intuibile, costringeva l'interprete dell'epoca a ricercare il fondamento di tale legittimazione del curatore altrove, essendo d'altra parte gli artt. 2393 e 2394 espressamente richiamati dall'art. 146 l. fall.<sup>193</sup> (come non era richiamato, e pare coerente con la ricostruzione che si è fatta del ventaglio di strumenti apprestati dal legislatore in tema di società *in bonis*, l'art. 2395), ricordando peraltro che all'epoca il sistema normativo apprestato per le s.r.l. fosse fundamentalmente basato sul richiamo alla disciplina delle s.p.a. (cfr. art. 2487 c.c. pre-riforma).

Abbiamo dunque disegnato una sorta di *summa divisio* tra le azioni esperibili dal curatore in quanto amministratore del patrimonio fallimentare *pro tempore* e quelle al cui esercizio egli venga espressamente legittimato *ex lege*.

Ma cerchiamo di procedere con ordine, mantenendo per chiarezza espositiva separate le valutazioni circa l'attività del curatore di società per azioni fallita e di società a responsabilità limitata fallita. Il che d'altronde è stato reso ancor più necessario a seguito della riforma del 2003.

---

<sup>190</sup> Non si dubita che il curatore di qualsiasi fallimento sia privo della legittimazione all'esercizio dell'azione ex art. 2395, cfr. al riguardo Cass. Sez. Un. 28.03.2006, n. 7029, in *MGI*, 2006. In dottrina tra i molti M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma fallimentare e societaria*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commentario*, A. JORIO (diretto da), Bologna, 2007, p. 2126; L. ABETE, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri organi di controllo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), Torino, 2009, p. 1499 ss. come del resto in via analogica sia privo della legittimazione all'esercizio dell'azione ex art. 2476 comma 6.

<sup>191</sup> Disciplina precedente la riforma intervenuta con D.lgs. 17.01.2003, n. 6: «Art. 2394. Responsabilità verso i creditori sociali. [1] [...]. / [2] [...]. / [3] In caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa della società, l'azione spetta al curatore del fallimento o al commissario liquidatore. / [4] [...]».

<sup>192</sup> In epoca precedente la riforma si era posto in risalto che «la sostituzione della legittimazione del curatore a quella dei titolari dell'azione di cui all'art. 2394 codice civile, non è in se stessa ricollegabile alla struttura del processo fallimentare, e rappresenta il frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela»; così Cass. 22.10.1998, n. 10488, in *MGI*, 1998

<sup>193</sup> Per il testo dell'art. 146 l. fall. come vigente nell'epoca pre-riforma si rimanda alla nota 117.

Circa le società per azioni l'osservazione che il legislatore possa aver predisposto una sorta di *summa divisio* sembra essere attualmente poco calzante, pur mantenendo, a mio parere, una certa valenza.

L'art 2394bis<sup>194</sup>, introdotto con D.lgs. 6/2003, ha difatti attribuito, in caso di apertura di una procedura concorsuale, al curatore fallimentare (o al commissario liquidatore o al commissario straordinario a seconda della procedura aperta) la legittimazione generalizzata ad esercitare l'azione di responsabilità sociale di cui all'art. 2393 c.c., l'azione di responsabilità esercitabile dai soci ai sensi dell'art. 2393bis c.c. (istituto, come visto, introdotto con lo stesso decreto del 2003) e l'azione di responsabilità dei creditori sociali di cui all'art 2394 (il cui comma 3 venne con la stessa riforma espunto dal Codice Civile), rimanendo esclusa solo la legittimazione all'esercizio dell'azione individuale del socio o del terzo (art. 2395).

Ora, nonostante tale novella potrebbe suggerire una presa di posizione del legislatore circa la natura giuridica dell'azione esercitata dal curatore, che sarebbe secondo dottrina e consolidata giurisprudenza unitaria e inscindibile (finendo così le azioni per confluire sotto la stessa *causa petendi*), non mi pare possa ridursi a ciò la valutazione dell'opera del legislatore, trovando del resto tale qualificazione numerosi oppositori<sup>195</sup>.

Oltre ad assolvere la funzione di arginare i dubbi che l'introduzione del nuovo istituto dell'azione sociale di responsabilità esercitata dai soci (art 2393 bis) avrebbe sollevato circa la legittimazione del curatore al suo esercizio in caso di fallimento della società, ritengo che l'art. 2394 bis abbia comportato importanti conseguenze quantomeno circa il *petitum* (mediato<sup>196</sup>) dell'azione esercitata nel fallimento dal curatore, a seconda che egli agisca ai sensi degli art. 2393 - 2393 bis o ai sensi dell'art. 2394 (*petita* che secondo alcuni non convergevano neanche nell'epoca pre-riforma). Ma sul punto mi si conceda di rimandare alla più ampia trattazione di cui ai paragrafi della Sezione II.

Per il momento merita un cenno la circostanza che la norma in commento non è stata riprodotta con la riforma delle società nel nuovo sistema normativo delle società a responsabilità limitata<sup>197</sup>. E d'altronde, se le osservazioni fatte sono corrette, ciò non

---

<sup>194</sup> «2394-bis. Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali. 1. In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario».

<sup>195</sup> Sul punto si rimanda alla più ampia trattazione che se ne farà nel prosieguo.

<sup>196</sup> Ossia la domanda che si rivolge alla controparte: non si chiede un provvedimento (*petitum* immediato, rivolto al giudice), ma un bene della vita. V. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, p. 178

<sup>197</sup> Per il carattere straordinario della legittimazione ex art. 2394bis c.c. del curatore del fallimento apparirebbe inesorabilmente preclusa la possibilità di un'applicazione analogica della norma sul terreno delle s.r.l.. V. al riguardo quanto afferma L. ABETE, *Azione di responsabilità*, p. 1496

risulterebbe oltremodo contraddittorio (pur comportando una certa disarmonia del sistema normativo inteso nella sua globalità).

Prima dunque di procedere alla valutazione di quali conseguenze pratiche questo comporti nel caso in cui il fallimento colpisca una società a responsabilità limitata, è opportuno domandarsi quali siano gli effetti del fallimento su un'azione di responsabilità esercitata dai soggetti ad essa legittimati nei confronti degli amministratori di s.p.a. prima della dichiarazione di fallimento di questa.

Sappiamo, avendone dato conto al primo capitolo, che il processo in corso sarà automaticamente interrotto al momento dell'apertura del fallimento (*ex art. 43 l. fall.*), trovandosi il curatore nella possibilità di proseguire o riassumere il giudizio ai sensi degli artt. 302 e 303 c.p.c.. Certo, questa avverrà solo nel caso in cui risultino in corso o l'azione sociale di cui all'art. 2393 c.c. o quella di cui all'art. 2393 bis c.c.. L'effetto processuale di cui all'art. 43 l. fall., si ricorda, ha luogo difatti esclusivamente «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento» e, giuste le considerazioni fino ad ora avanzate, difficilmente si potrebbe ritenere l'azione di responsabilità riconosciuta ai creditori sociali all'art. 2394 c.c. come relativa a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento. Semmai, intervenuto il fallimento, questa potrà essere dichiarata improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione attiva.

Ciò che mi preme considerare, fatte queste valutazioni, è se sia configurabile in caso di automatica interruzione del processo in corso e di inerzia del curatore<sup>198</sup>, una legittimazione vicaria del fallito società (e dunque, mi pare di dover dire, dei soci). In sostanza ci si chiede se sia ipotizzabile un ritorno della società (e dunque dei soci) nella posizione giuridica processuale acquisita prima del fallimento, così evitando il sopraggiungere di prescrizioni e decadenze dal diritto.

Ora, è vero che difficilmente si potrebbe negare che il diritto ad agire di cui agli artt. 2393 e 2393 bis c.c. rientri nella nozione di diritto patrimoniale compreso nel fallimento ma è altrettanto vero che a seguito della riforma delle società del 2003, il curatore risulterà unico legittimato ad agire in responsabilità verso gli amministratori non in quanto “amministratore” del patrimonio fallimentare, ma quale “legittimato straordinario” *ex lege* (art. 2394 bis).

In questo senso mi pare di dover affermare che non sia astrattamente configurabile una reviviscenza del diritto ad agire non solo in capo ai creditori sociali, ma anche in capo al fallito società e ai soci di questa.

---

<sup>198</sup> Si rimanda al capitolo 1 paragrafo 4 per ulteriori considerazioni ricordando come sia oramai orientamento consolidato quello secondo il quale non sarebbe sufficiente la mera inerzia del curatore.

Il curatore potrà anche in ipotesi rinunciare (quasi per analogia ai poteri conferitigli dall'art. 42 comma 3 e 104ter comma 7) al diritto al risarcimento, che “rinviene” nel patrimonio fallimentare, ma di certo non potrà rinunciare (in favore di altri soggetti) al diritto di agire che espressamente gli viene attribuito dal legislatore in via esclusiva.

##### 5. (Segue). *La legittimazione del curatore di s.r.l. fallita*

Giusta la circostanza che nelle società a responsabilità limitata unico soggetto legittimato attivo all'esercizio dell'azione di responsabilità sia la società, nella persona di ciascun socio individualmente (art. 2476 comma 3), non essendo stata riprodotta una norma modulata sull'art. 2394 (venendo dunque dalla dottrina maggioritaria esclusa la possibilità per i creditori sociali di agire in responsabilità contro gli amministratori se non agendo in surrogazione ai sensi dell'art. 2900 o secondo i principi generali della responsabilità *extracontrattuale* ai sensi degli art. 2043 ss.), si deve ritenere che il curatore una volta subentrato nelle posizioni comprese nel patrimonio fallimentare di una s.r.l. decotta sia, secondo i principi generali di cui abbiamo dato ampiamente conto, unico legittimato all'esercizio dell'unica azione esperibile in ambito di s.r.l., ossia quella di cui all'art. 2476.

Per completezza e comunque funzionalmente a quanto si dirà e si è detto è bene fare due considerazioni.

In primo luogo, è bene porre l'attenzione sul fatto che la mancanza, nel sistema normativo delle s.r.l. (lo abbiamo rilevato), di una disposizione del tenore di quella di cui all'art. 2394bis c.c. (prevista in tema di s.p.a.) potrebbe non essere di poca conseguenza nel momento in cui si acceda alla tesi (peraltro maggioritaria) secondo cui il diritto di ciascun socio di promuovere l'azione sociale di responsabilità (art. 2476 c.c.) rappresenterebbe un'ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*

Abbiamo più volte ripetuto come dal fallimento derivino conseguenze per la società ma non per i soci. Ora nel momento in cui si affermasse che *ex art. 2476* i soci agiscono in giudizio facendo valere in nome proprio un diritto altrui, in quanto legittimati straordinari ad agire, mi parrebbe difficile poter sostenere la legittimazione esclusiva del curatore in caso di fallimento della s.r.l. ad agire in responsabilità nei confronti degli amministratori della stessa. Spieghiamoci meglio: secondo principi generali fallimentari il curatore «subentra» nei diritti della società (la quale peraltro rimane titolare degli stessi) ma non del singolo socio; pertanto, pendente la procedura concorsuale, si potrebbe addirittura ipotizzare una coesistenza tra legittimazione ad agire del curatore (“in luogo” della società *ex artt. 31, 42 e 43 l. fall. e 2476*

c.c.) e legittimazione ad agire dei soci (art. 2476 c.c.)<sup>199</sup>. Per il momento è meglio non addentrarci nelle maglie della considerazione avanzata, limitandoci a rilevare l'assenza nel diritto comune di un'attribuzione specifica al curatore della spettanza dell'azione *ex art. 2476* in caso di fallimento di una s.r.l..

In secondo luogo, facendo leva sugli argomenti appena esposti si potrebbe forse immaginare (e non del tutto a torto) una coesistenza tra legittimazione del curatore e legittimazione dei creditori sociali in surrogatoria (ai sensi dell'art. 2900 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 2476 c.c., qualora si acceda alla tesi secondo cui tale azione sarebbe ammissibile in ambito di s.r.l.<sup>200</sup>).

È opportuno rilevare come sia opinione oramai piuttosto consolidata (in dottrina e giurisprudenza) quella secondo cui, nell'eventualità in cui i creditori sociali di una s.r.l. si determinino ad agire ai sensi dell'art. 2476 c.c. in via surrogatoria al debitore-società fallita<sup>201</sup>, facendo valere verso gli amministratori il diritto al risarcimento di cui la società stessa è ancora titolare, l'azione sarebbe loro preclusa (come peraltro dovrebbe essere dichiarata improcedibile se promossa prima del fallimento e ancora in corso quando questo venga dichiarato) risultando il curatore fallimentare l'unico soggetto legittimato all'esperimento della stessa (*ex artt. 42, 43 e 31 l. fall.*). Ora, non mi pare sussistano ragioni tali da discostarsi dalla conclusione espressa, seppur, è bene notarlo, questa venga raggiunta in dottrina e giurisprudenza facendo ricorso ad argomenti logico-giuridici talvolta discordanti, di cui forse è bene dar conto al fine di salvaguardare la coerenza sistematica della normativa fallimentare.

Secondo l'orientamento maggioritario le azioni surrogatorie, quali "azioni di massa", ricadrebbero nel divieto di cui all'art. 51 l. fall.<sup>202</sup>, il quale espressamente statuisce che «(...) *dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare (...) può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento*», in quanto promosse dai creditori nell'intento di ricostituire il patrimonio del debitore sul quale poi (in un secondo

---

<sup>199</sup> Così, F. PARRELLA, *Commento all'art. 2476 c.c.*, p. 132; A. BUSANI, *Riforma delle società: azione di responsabilità senza delibera*, in *Il sole 24 ore*, 13.06.2003, il quale afferma: «la mancata ripetizione, nel campo della S.r.l., della norma dettata in tema di s.p.a. secondo cui l'azione di responsabilità spetta agli organi fallimentari (art. 2394 bis) non vale ovviamente a negare l'azione a questi, bensì a protrarre la legittimazione attiva del singolo socio in concorso con le procedure».

<sup>200</sup> Sul punto si rimanda al paragrafo 3, nel quale si è dato conto di tale posizione e della corrispondente opzione in ambito di s.p.a.

<sup>201</sup> Si noti bene come non si parli di surrogazione al curatore, il quale è solo in senso lato «sostituto» della società fallita.

<sup>202</sup> «Art. 51. Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali. 1. Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento».

momento e, si noti, solo eventualmente) procedere ad esecuzione forzata<sup>203</sup>. Il divieto di cui all'art. 51 l. fall., in sostanza, andrebbe interpretato estensivamente nel senso di riferirsi non solo alle azioni esecutive o cautelari individuali dirette, ma anche a quelle che vengono definite (come quella in discorso) indirette ovvero a quelle azioni (se ho ben compreso, anche di cognizione) ad esse astrattamente prodromiche.

In realtà la tesi appena esposta mi pare forzare sia la lettera della norma, chiara nel suo riferimento ad azioni cautelari o esecutive individuali, su beni compresi nel fallimento, sia la natura giuridica dell'azione surrogatoria. Difatti, anche senza lanciarsi nella valutazione circa la legittimità dell'interpretazione secondo cui nel divieto di cui all'art. 51 l.fall. sarebbero ricomprese anche azioni (cautelari/esecutive) indirette, è bene ricordare come fin da tempi piuttosto remoti all'azione surrogatoria venisse riconosciuta non solo una funzione esecutiva, ma anche una funzione conservativa<sup>204</sup>, ed anzi col tempo la prima venne argomentata come del tutto estranea alla vicenda ed al concetto di azione surrogatoria<sup>205</sup>

Dunque, il superamento della concezione della surrogazione quale finalizzata all'esecuzione rende quantomeno improprio il riferimento all'art. 51 l. fall. nel senso di norma limitativa della legittimazione ad agire in responsabilità dei creditori, dando (e avendo peraltro dato), al contrario, adito all'opinione di chi sosteneva una possibile coesistenza tra legittimazione del curatore e dei creditori nel contesto fallimentare.<sup>206</sup>

In realtà si deve osservare come, nonostante i ragionamenti avanzati, non appaiano superabili gli argomenti, diversi da quelli a cui finora ci siamo riferiti, che militano a sostegno dell'esclusione della configurabilità non tanto in astratto (proprio stante l'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 51 l. fall.) quanto in concreto di un'azione surrogatoria in sede

---

<sup>203</sup> Questa è la posizione della dottrina maggioritaria, anche risalente, recepita poi in giurisprudenza: in questo senso A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 788; U. DE CRESCIENZO – E. MATTEI – L. PANZANI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, p. 183; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità*, p. 307; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l.*, F. FARINA – C. IBBA – G. RACUGNO – A. SERRA (a cura di), Milano, 2004, p. 277; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, p. 1608; mi pare ponendosi lungo la direttrice; in giurisprudenza, per la verità risalente, Cass. 28.04.1981, n. 2564, in *Foro it.*, 1981, I, 2000, nella quale si afferma come nel fondamentale principio del «divieto di imporre o proseguire sui beni compresi nel fallimento qualsiasi azione individuale esecutiva» ricadano «... anche le azioni funzionalmente preordinate... ad assicurare l'utile risultato della stessa azione esecutiva»; Cass. 09.12.1966, n. 2884, in *Giur. civ.*, 1967, I, 955, la quale afferma che: «...è infine da osservare che anche l'azione surrogatoria, in definitiva, è diretta ad assicurare utile risultato all'azione esecutiva dei creditori e ricade quindi nel testuale divieto posto... all'esercizio di azioni esecutive individuali», in riferimento all'attuale art. 51 l.fall..

<sup>204</sup> W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padova, 1939, p. 82 ss.

<sup>205</sup> G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Encicl. dir.*, IV, Milano, 1958, 950; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 3 ed. Riveduta, Milano s.d., 654; R. NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca, Tutela dei diritti*, sub art. 2900, Bologna-Roma, 1953, 7 e 8

<sup>206</sup> R. SACCO, *Legittimazione del creditore fallimentare a procedere in via surrogatoria*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 849

fallimentare.

Cerchiamo di chiarire l'affermazione: in primo luogo (come già ricordato) il curatore non diviene società una volta nominato nella procedura fallimentare e non subentra nella sua posizione in senso tecnico. Pertanto non si potrà mai parlare di surrogazione del creditore nei diritti del curatore (in questo caso nel diritto al risarcimento del danno verso gli amministratori), essendo evidentemente tale tipo di sostituzione del tutto estraneo all'art. 2900 c.c. In secondo luogo la norma di cui all'art. 2900 c.c. richiede per la sussistenza della legittimazione ad agire l'inerzia<sup>207</sup> del debitore nell'esercizio del diritto surrogato, inerzia che, secondo i generali principi processual civilistici, dovrà essere attuale al momento in cui si agisce giudizialmente per la tutela dei propri interessi.

Come espresso al capitolo 1, in tema di effetti del fallimento, il debitore fallito risulterà spossessato dei suoi beni (art. 42 l. fall.), il curatore in via esclusiva avrà l'amministrazione del patrimonio fallimentare (art. 31 l. fall.) e in nessun caso sarà dunque configurabile un'inattività colpevole dell'obbligato, strutturalmente non chiamato a compiere nulla<sup>208</sup>. In capo ai creditori dunque non difetterà solo la legittimazione processuale (ai sensi dell'art. 43 l. fall.) ma anche la legittimazione ad agire.

Il ragionamento appena svolto non esaurisce la propria utilità nei confini del tema dell'azione surrogatoria dei creditori sociali, risultando funzionale alla comprensione della questione "congelata" poco sopra, circa la possibilità di configurare nel contesto fallimentare di s.r.l. una coesistenza tra legittimazione del curatore e legittimazione dei soci all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2476 c.c.*

Abbiamo più volte fatto riferimento alla circostanza secondo cui dottrina e giurisprudenza dominanti riconoscano nell'azione sociale di responsabilità *ex art. 2476 c.c.* un'ipotesi di sostituzione processuale (*ex art. 81 c.p.c.*). Ne abbiamo ampiamente dato conto nelle pagine addietro e non conviene soffermarsi oltre, se non per rilevare come quello riconosciuto ai soci dal legislatore all'art. 2476 c.c., è (mi si passino le espressioni, forse utili a fini descrittivi), un "diritto proprio di agire per un diritto altrui", a differenza del "diritto proprio di esercitare un diritto di agire altrui" riconosciuto ai creditori sociali *ex art. 2900 c.c.*<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> Nel senso dell'inerzia quale condizione di ammissibilità della surrogatoria, v. G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, p. 224 ss.

<sup>208</sup> in questo senso mi pare Cass., sez I, 12.04.1994, n. 3413 con nota di G. FRONTINI, *Azione surrogatoria e fallimento*, in *Giust. civ.*, 1994, fasc. 10, p. 2504 – 2507.

<sup>209</sup> In questo senso mi pare G. A. MONTELEONE, *Profili*, p. 116 ss., ove a p. 117 si legge: «il potere è quello che risulta dalle disposizioni di legge, mentre esecutiva, cautelare, di condanna e così via sarà quella

Per concludere si può notare come, nonostante la questione sia particolarmente interessante, essa finisca nel contesto fallimentare risultare di scarsa conseguenza. È vero, come si è ipotizzato, che si potrebbe immaginare una coesistenza tra la legittimazione ad agire in responsabilità del curatore e legittimazione ad agire dei soci (al contrario, come detto, tale coesistenza non potrebbe mai verificarsi tra legittimazione ad agire del curatore e legittimazione dei creditori in surrogatoria), ma inevitabilmente verrebbe a mancare la legittimazione processuale di questi ultimi ai sensi dell'art. 43 l. fall.. L'azione esercitata dai soci *ex art. 2476* una volta intervenuto il fallimento risulterebbe improponibile, come peraltro risulterebbe improponibile (*in primis* per mancanza di un presupposto processuale, prima che per mancanza della legittimazione ad agire) quella eventualmente esercitata dai soci *ex art. 2900 c.c.*

Dunque, tirando le somme e rimanendo sulle posizioni espresse nel corso del lavoro, si può affermare che il curatore sarebbe dunque legittimato ad agire: nel fallimento delle s.p.a.: a) con l'azione sociale di responsabilità, b) con l'azione sociale di responsabilità accordata alla minoranza, c) con l'azione dei creditori sociali; nel fallimento delle s.r.l.: a) con l'azione sociale di responsabilità, esercitata dunque dalla società (unica azione, peraltro, che nella mia opinione sarebbe stata prevista dal legislatore a salvaguardia del patrimonio di s.r.l. *in bonis*).<sup>210</sup>

Però, come è stato fatto in tema di s.p.a. fallita, è forse utile domandarsi quali effetti comporti il fallimento di una s.r.l. sulle azioni di responsabilità in corso alla data in cui lo stesso venga dichiarato e quali conseguenze pratiche possano derivare dall'inerzia – sempre da considerare alla stregua di una rinuncia più che di un mero disinteresse – del curatore ad agire.

Circa il primo punto si possono ripetere le osservazioni effettuate occupandoci della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità del curatore di s.p.a. fallita: aperto il fallimento, il processo (che sia stato avviato dalla società *ex art. 2476 c.c.*, dai soci, o dai creditori sociali *ex art. 2900 c.c.*) sarà automaticamente interrotto potendo il curatore decidere se subentrare o meno (art. 43 l. fall.).

Però è bene porre l'accento sul secondo punto: a differenza del fallito - s.p.a., il fallito

---

specifica azione che il creditore deciderà di esercitare in sostituzione del debitore in forza della speciale legittimazione, di cui gode».

<sup>210</sup> Accogliendo la tesi alternativa della legittimazione straordinaria dei soci ad agire *ex art. 2476*, si dovrebbe affermare che il curatore sarebbe legittimato ad agire con l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla società mentre sarebbe esclusivamente (unico) legittimato a stare in giudizio nel caso di: azione sociale di responsabilità esercitata dai soci (iniziata prima del fallimento o anche in corso di procedura) e azione sociale esercitata dai creditori in surrogatoria (solo se iniziata prima della dichiarazione del fallimento).

società a responsabilità limitata recupererà il diritto di proseguire il processo, avviato ai sensi dell'art. 2476 c.c. e interrotto *ex art.* 43 l. fall., qualora il curatore si determini per la rinuncia (*rectius*: per la derelizione del diritto ad agire in responsabilità)<sup>211</sup>. A ben vedere, difatti, stante la mancata riproduzione nell'ambito normativo delle s.r.l. di una disposizione nel contenuto e nelle finalità equivalente all'art. 2394bis, una volta uscito il bene (ossia, nel nostro caso, il diritto all'azione di responsabilità) dal patrimonio fallimentare, la società potrà proseguire il giudizio iniziato prima del fallimento e conseguentemente non mi pare vi siano argomentazioni ostative per affermare il recupero della legittimazione anche in capo ai creditori in via surrogatoria (persistendo comunque la difficoltà di provare l'inerzia della società) e allo stesso modo e a maggior ragione in capo ai soci qualora si accedesse alla tesi secondo cui quella disciplinata dal legislatore nell'art. 2476 c.c. sarebbe un'ipotesi di sostituzione processuale *ex art.* 81 c.p.c.

Ora, come abbiamo detto, se tutte le osservazioni svolte sembrano dare conferma della natura derivata dell'azione esercitata dal curatore in sede concorsuale (l'organo della procedura non sarebbe titolare di un'azione autonoma derivante dall'accertamento dell'insolvenza, ma semplicemente "subentrerebbe" nell'esercizio delle azioni che prima del fallimento competevano alla società, ai soci e ai creditori), non sembrano allo stesso modo fornire alcuna indicazione sulla validità dell'affermazione piuttosto invalsa, soprattutto in giurisprudenza, secondo cui le azioni di responsabilità previste dal diritto comune confluirebbero a seguito del fallimento in un'unica azione, con carattere unitario ed inscindibile perchè cumulerebbe i loro presupposti e scopi<sup>212</sup>. Non mi pare un'affermazione di poco conto, soprattutto per le conseguenze sistematiche a cui potrebbe dar adito.

Ma cerchiamo di coglierne il fondamento, senza scadere in un recepimento acritico, procedendo con ordine e per quel che è possibile in maniera chiara e concisa.

---

<sup>211</sup> È bene notare però come il diritto non verrebbe recuperato se la rinuncia a proseguire il giudizio è conseguenza di un intervenuto accordo transattivo tra amministratore e curatore, v. Trib. Verona 10.02.2012, in *Il Caso.it*, I, 7594

<sup>212</sup> Cass. civ., 10-06-1981, n. 3755, il cui orientamento può considerarsi ancora valido.

## SEZIONE II

### LA NATURA E IL REGIME GIURIDICO DELL'AZIONE

SOMMARIO: 1. La formulazione “aperta” dell’art. 146 comma 2 l. fall. e le recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità: unitarietà e inscindibilità dell’azione. Cenni introduttivi – 2. La natura giuridica dell’azione esercitata dal curatore ai sensi dell’art. 146 comma 2 l. fall.: i profili sostanziali dell’azione – 3. (Segue). I profili processuali dell’azione – 4. Art. 146 comma 2 l. fall.: il significato e la portata del dettato normativo.

#### *1. La formulazione “aperta” dell’art. 146 comma 2 l. fall. e le recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità: unitarietà e inscindibilità dell’azione. Cenni introduttivi*

Abbiamo finora considerato come difficilmente si potrebbe riconoscere nell’art. 146 comma 2 l. fall. il ruolo di norma attributiva in capo al curatore della legittimazione ad agire in responsabilità contro gli amministratori di società di capitali, stante del resto la sua formulazione “aperta” e generica. Come osservato nelle pagine addietro mancherebbe nella norma alcuna indicazione circa presupposti e caratteristiche che dell’azione possano fondarne l’autonomia rispetto a strumenti di tutela previsti altrove e che nel curatore possano individuare il diretto danneggiato da eventuali violazioni degli amministratori delle società di capitali fallite. Del resto argomento logico – giuridici hanno reso necessario ricercare la sua legittimazione ad agire altrove, nel duplice obiettivo di non contraddire la generale coerenza del sistema normativo fallimentare e di non riempire *ab externo* di contenuto una norma come l’art. 146 comma 2 l. fall. che pare esclusivamente prendere atto della possibilità per il curatore di esercitare le azioni di responsabilità, disciplinandone il regime giuridico fallimentare.

Sul punto si tornerà più ampiamente in seguito. Per il momento è bene però soffermare l’attenzione su un dato. È orientamento oramai costante e consolidato in giurisprudenza quello secondo cui l’azione di responsabilità esercitata dal curatore nell’ambito dell’art. 146 sarebbe un’azione unitaria e inscindibile (e potremmo dire unica<sup>213</sup>) cumulando in sé le diverse azioni riconosciute dall’ordinamento a tutela dei soggetti pregiudicati nella loro posizione dalle violazioni degli amministratori.

Il giudice di legittimità anche recentemente ha riaffermato il principio secondo cui «l’azione di responsabilità svolta dal curatore ai sensi della L. Fall., art. 146 cumula in sé le diverse azioni di responsabilità previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali. Il curatore può conseguentemente formulare istanze

---

<sup>213</sup> Pertanto il riferimento all’azione di responsabilità del creditore, e non «alle azioni».

risarcitorie verso gli amministratori tanto con riferimento ai presupposti della loro responsabilità contrattuale verso la società (art. 2392 c.c.), quanto a quelli della responsabilità *extracontrattuale* verso i creditori. Vero è che il curatore, una volta effettuata la scelta nell'ambito di ogni singola questione, soggiace anche agli aspetti eventualmente sfavorevoli dell'azione individuata, e che non sempre è superfluo stabilire se i fatti generatori della responsabilità siano stati dedotti sotto l'uno o l'altro profilo di danno, in quanto fra le due azioni sussistono notevoli divergenze non solo per quanto riguarda la decorrenza del termine di prescrizione, ma anche in relazione al diverso atteggiarsi dell'onere della prova e ad all'ammontare dei danni risarcibili»<sup>214</sup> e non pare siano rinvenibili, nel merito, pronunce discordanti.

In primo luogo è necessario rilevare come il giudice delle leggi sia stato finora chiamato a pronunciarsi circa questioni sollevate nell'ambito di procedure avviate sotto il vigore della normativa fallimentare ante riforma del 2006. In realtà tale fatto non deve essere considerato ostativo alla volontà di ricavare dalla pronunce intervenute elementi utili alla migliore comprensione della natura e delle caratteristiche dell'attività del curatore: come abbiamo più volte osservato l'opera di riforma del legislatore del 2006 non ha inciso profondamente sulla disciplina dettata all'art. 146 l. fall. (fatto salvo l'intervento sulla disciplina della tutela cautelare alla quale il curatore può accedere nell'ambito delle azioni di responsabilità<sup>215</sup>), rimasta sostanzialmente immutata se non per le modifiche di adeguamento alla riforma del diritto delle società e di cui abbiamo dato ampiamente conto.

Ora, è necessario effettuare due considerazioni: in primo luogo risulta di particolare interesse seguire la linea interpretativa che il giudice del diritto ha seguito nel tempo, pronunciandosi sulla questione di quale sia la natura giuridica dell'azione di cui all'art. 146 l. fall.: individuando la sua unitarietà ed inscindibilità nella "cumulazione" in sé delle diverse azioni previste dall'ordinamento, ha finito, mi pare, per recepire gradualmente gli orientamenti, anche dottrinali, che a seguito della riforma del 2006 hanno riconosciuto nella

---

<sup>214</sup> Così Cass. 20.09.2012, n. 15955; in senso parzialmente conforme *ex multis* Cass. 29.10.2008, n. 25977, in *Mass.*, 2008, 1481, la quale statuisce che «l'azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento ai sensi dell'art. 146 l.fall., ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli art. 2392 e 2394 c.c.; ne consegue che, mentre su chi la promuove grava esclusivamente l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità tra queste ed il danno verificatosi, incombe, per converso, su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti; pertanto, l'onere della prova della novità delle operazioni intraprese dall'amministratore successivamente al verificarsi dello scioglimento della società per perdita del capitale sociale, compete all'attore e non all'amministratore convenuto.»; Cass. civ., sez. I, 25.05.2005, n. 11018; Cass. civ., 10.06.1981, n. 3755

<sup>215</sup> Stante l'intervenuta espunzione del comma 3 dall'art. 146 l. fall.

«privatizzazione» (o «degiurisdizionalizzazione») una chiave interpretativa dell'opera del legislatore.

Opera che si è mossa sostanzialmente nella direzione del trasferimento al curatore delle funzioni della procedura per riservare agli organi giurisdizionali il ruolo di meri "controllori" e nella direzione di una maggiore salvaguardia del bene impresa e di quanto di esso ancora "conservabile", eliminando le corsie preferenziali riservate allo stesso quale organo pubblico votato alla reintegrazione del patrimonio e alla sua liquidazione in favore dei creditori concorsuali.

In effetti la Corte sembra riconoscere la soggezione del curatore, nell'esercitare l'azione di responsabilità, al regime giuridico previsto dal legislatore ordinario nel disciplinare gli istituti di cui, tra gli altri, agli artt. 2393 ss. e 2476 (in tema di s.r.l.) del Codice Civile, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di prescrizione, onere della prova, danno risarcibile.

È però assolutamente necessario e peraltro di assoluto interesse avanzare una considerazione: il giudice di legittimità, come il legislatore, adotta una sorta di formulazione "aperta" nella quale la legittimazione del curatore viene data per presupposta, vuoi perchè ricavabile dall'art. 146 l. fall., vuoi perchè rinvenibile altrove.

Mi pare dunque che si limiti a riaffermare l'unitarietà ed inscindibilità dell'azione del curatore, derivandola da un altrettanto unitaria ed inscindibile sua legittimazione ad agire in responsabilità: « Stabilire se le domande proposte dal curatore L. Fall., ex art. 146, possano essere apprezzate sotto entrambi i profili, od esclusivamente sotto uno di essi (per essersi, ad. es., prescritta l'azione contrattuale) costituisce, tuttavia, tipico accertamento di fatto » dovendo peraltro il giudice del merito «aver riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere», così ponendosi, nonostante le pur intervenute precisazioni del principio statuito, in linea con le pronunce intervenute in passato.<sup>216</sup> In altri termini nell'unica azione di responsabilità esercitata dal curatore confluirebbero tutte le azioni di responsabilità previste, in vario modo, dal Codice Civile a favore della società, dei soci e dei creditori sociali contro gli amministratori di società di capitali.

Tenendo a mente queste considerazioni, che risulteranno forse ancor più chiare alla luce dei ragionamenti che si faranno, è bene continuare nell'opera di ricostruzione della

---

<sup>216</sup> Per tutte si faccia riferimento a Cass., Sez. Un., 06.10.1981, n. 5341, la quale statuiva «che quando il curatore agisce in base al predetto art. 146, le due azioni ivi previste devono ritenersi contemporaneamente proposte, sicché la responsabilità degli ex amministratori può essere dedotta ed affermata, tanto con riferimento ai presupposti dell'azione dei creditori sociali, quanto con riferimento ai presupposti dell'azione sociale».

frammentata disciplina dell'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata dal curatore facendo leva sui “punti fermi” che abbiamo tentato fin qui di porre.

*2. La natura giuridica dell'azione esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146 comma 2 l. fall.: i profili sostanziali dell'azione*

Fin dalle prime pagine del presente capitolo abbiamo guardato alla disciplina del fallimento e specificamente alla disciplina dell'attività del curatore quale legittimato attivo all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società fallita, facendo affidamento sull'incontrastata opinione (che d'altronde credo difficile possa essere messa in discussione) che quella del curatore sia un'azione derivata, ossia che conservi il regime dettato per le azioni esperibili contro gli amministratori di società in bonis, e non originaria.

Basti a tal riguardo ricordare che, ancora vigente l'abrogato sistema, il giudice del diritto aveva chiarito che l'azione *ex art. 146 l. fall.* non sorgeva *ex novo* ed a titolo originario in capo al curatore, esercitando quest'ultimo quelle stesse azioni che rispettivamente la società e i creditori potevano esperire prima del fallimento<sup>217</sup>. Al giudice del diritto faceva eco la dottrina la quale affermava che ciò che mutava fosse solo il soggetto titolare del potere di esercitarle (come abbiamo detto non cambia il titolare del diritto azionato, ma solo il titolare del diritto ad agire), e non anche la natura delle azioni (e aggiungerei, la natura della responsabilità per la quale si agisce)<sup>218</sup>.

E non mi pare d'altronde che tale affermazione sia stata, da allora, mai messa in discussione.

Data questa necessaria premessa, sorge spontanea una domanda: qual'è la reale portata dell'affermazione secondo la quale l'azione sarebbe derivata, ma allo stesso tempo assumerebbe carattere unitario ed inscindibile<sup>219</sup> (ossia cumulerebbe in sé tutti i presupposti delle azioni esercitabili dal curatore in quanto legittimato, *ex lege*, specificamente o secondo principi generali)?

Facciamo un passo indietro: guardiamo agli elementi sostanziali e processuali delle azioni come esercitabili nelle società di capitali.

Quanto agli elementi sostanziali, indiscutibile è la diversa natura della responsabilità

---

<sup>217</sup> Cfr. in tal senso Cass. Sez. Un., 06.10.1981, n. 5341, in *GCo*, 1982; Cass. 25.07.1979, n. 4415, in *Giur. Comm.*, 1980, II, 327

<sup>218</sup> E. CICONI, *L'azione*, p. 523

<sup>219</sup> In questo senso Cass. 20.09.2012, n. 15955; Cass. Sez. I, 29.10.2008, n. 25977, in *Fall.*, 2009, 619 la quale statuisce che si tratta di un'unica azione, di «natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile»; Cass., sez. I, 23.06.2008, n. 17033, in *Giust. Civ., Mass.*, 2008, 6, 1010; Cass., sez. I, 6.12.2000, n. 15487, *ivi*, 2001, I, 2716; Cass., sez. I, 24.03.1999, n. 2772, in *Giur. it.*, 1999, 1869.

degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali.

Quanto la prima è pacifico si tratti di responsabilità contrattuale, tanto nei confronti di società per azioni (o s.a.p.a) quanto nei confronti di società a responsabilità limitata: l'attore dovrà dunque provare la sussistenza dell'inadempimento dell'amministratore, il danno subito conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento ma non la colpa degli amministratori, presunta ai sensi dell'art. 1218 c.c. (spetterà dunque al convenuto provare il difetto dell'inadempimento ovvero che esso è derivato da causa a lui non imputabile).

Quanto alla seconda, è oramai opinione invalsa in dottrina e giurisprudenza<sup>220</sup> che essa abbia natura *extracontrattuale*, pur andandosi affermando la presa di posizione dei giudici di legittimità e di merito<sup>221</sup> secondo la quale il regime probatorio ai sensi dell'art. 2393 ed ai sensi dell'art. 2394 finirebbe per coincidere (per affermare la responsabilità degli amministratori sarebbe in entrambi i casi sufficiente provare l'inadempimento degli amministratori ad un loro obbligo previsto dallo statuto o dalla legge e che da tale inadempimento sia derivato un danno<sup>222</sup>).

Ora, nonostante le considerazioni su esposte, difficilmente credo si potrebbe affermare la totale omogeneità di *causa petendi e petitum* delle due azioni come altrettanto difficilmente si potrebbero superare le distinzioni imposte dal legislatore per l'una e l'altra azione circa i termini di prescrizione e decadenza<sup>223</sup>.

Sofferamoci sulla prima considerazione.

Ai fini dell'insorgere della responsabilità civile dell'amministratore (sia verso la società che verso i creditori sociali) non è sufficiente che esso si sia reso inadempiente agli obblighi derivanti dalla legge e dall'atto costitutivo, ma occorre (secondo principi generali) un *quid pluris*, ossia che da detto inadempimento sia conseguito un danno, alla società ovvero (anche) ai creditori, quale lesione del loro diritto di credito.

Sorvolando sulle difficoltà che la valutazione dell'operato dell'amministratore comporta in sede giudiziale, in ordine alla dimostrazione della sua condotta negligente (o dolosa) così da superare il principio dell'insindacabilità delle sue scelte gestionali (*business judgement rule*), una osservazione pare d'obbligo: in quanto fondata su una responsabilità di natura contrattuale, la risarcibilità dei danni sopportati dalla società sarà limitata a quelli che

---

<sup>220</sup> per i riferimenti si rimanda al paragrafo 5, nota 131

<sup>221</sup> Cass. Sez I, 6.12.2000 n. 15487 in *Soc.*, 2000, 59; Trib. Milano 2.10.2006, in *GI*, 2007, 382

<sup>222</sup> F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 206; V. SALAFIA, *Le società*, Milano, 2001, 1191.

<sup>223</sup> Per un quadro sintetico della questione si rimanda a M. BIANCHI, *L'azione del curatore fallimentare ex artt. 2393 e 2394 è soggetta a regimi giuridici differenti*, in *Le Società*, 2012, fasc. 11, p. 1178

siano conseguenza immediata e diretta (danno emergente e lucro cessante) dell'inadempimento, che siano prevedibili, sempre che non debbano essere liquidati in via equitativa dal giudice stante la difficoltà di provarne il preciso ammontare (secondo i principi generali, art. 1218 ss. c.c.).

Prima di valutare quale sia, in astratto, il danno risarcibile nei confronti dei creditori sociali, dobbiamo evidenziare come la considerazione da ultimo avanzata sia, a seguito della recente presa di posizione del giudice di legittimità<sup>224</sup>, quantomeno incompleta.

Anche se il principio che viene ricavato dalla motivazione delle sentenze non ha convinto appieno (come non hanno convinto le motivazioni addotte) rilevante dottrina<sup>225</sup>, sembra comunque, con un certo grado di certezza, di poter affermarsi che Cass. Sez. un. 11.11.2008 con le sentenze n. 26972,26973,26974,26975, abbia riconosciuto la configurabilità di un danno non patrimoniale da illecito contrattuale: «in ipotesi di inadempimento contrattuale, il risarcimento del danno non patrimoniale è ammissibile laddove conseguente alla lesione di un diritto inviolabile della persona che risulti essere compreso nell'area del contratto sulla base della causa concreta del negozio ovvero sulla base di un'espressa previsione di legge»<sup>226</sup>.

Senza addentrarci nelle complesse questioni che il tema della responsabilità civile e della risarcibilità del danno sollevano, è senz'altro interessante notare ai nostri fini come all'inadempimento contrattuale degli amministratori possa corrispondere astrattamente la lesione non solo di un diritto patrimoniale ma in ipotesi anche di un diritto inviolabile della società persona giuridica<sup>227</sup> (e.g. danno da reputazione)<sup>228</sup>, comportando danni di natura patrimoniale e/o non patrimoniale, non potendosi più dunque affermare che la risarcibilità del danno patito dalla società possa arrestarsi al danno inteso quale diminuzione di utilità economica per la "vittima".

È bene avere presenti queste considerazioni nel momento in cui si avvia l'indagine sulla norma con la quale il legislatore ha garantito tutela ai creditori sociali per gli eventuali illeciti civili compiuti dagli amministratori della società (art. 2394), la stessa subordinando la risarcibilità al concorrere di due presupposti: a) il patrimonio sociale deve essere depauperato in misura tale da renderlo insufficiente al soddisfacimento dei crediti; b) l'insufficienza del

---

<sup>224</sup> Cass. Sez. un. 11.11.2008 n. 26972,26973,26974,26975, in *Foro it.*, 2009

<sup>225</sup> M. SELLA, *I danni non patrimoniali*, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2010, p. 67

<sup>226</sup> con le parole dell'A. citato nella nota precedente.

<sup>227</sup> Cass. Civ., sez. III, 04.06.2007, n. 12929, in *RCP*, 2008, 144; in dottrina A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1983, p. 77 ss.

<sup>228</sup> parla di patrimonio «personale» della società, A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 1988, p. 266

patrimonio deve essere stata causata dalla violazione da parte degli amministratori di obblighi loro imposti al fine della conservazione del patrimonio sociale.

Dunque, data oramai per condivisa in dottrina e giurisprudenza maggioritaria l'opinione secondo cui quella verso i creditori sociali sarebbe una responsabilità di tipo *extracontrattuale*, si deve notare come lo stesso legislatore non solo limita l'area di responsabilità degli amministratori alle sole violazioni di quegli obblighi loro imposti al fine della conservazione del patrimonio sociale<sup>229</sup>, ma limita anche il ristoro, invocabile dagli stessi creditori, alla diminuzione della generica garanzia patrimoniale sulla quale essi fanno affidamento ai sensi dell'art. 2740 c.c., ossia il patrimonio sociale<sup>230</sup> (viene dunque in rilievo quella distinzione di *causa petendi* e *petitum* tra l'azione esercitata ai sensi dell'art. 2393 e quella esercitata ai sensi dell'art. 2394, sulla quale parte della dottrina ha fondato la tesi della natura autonoma di quest'ultima).

Non è necessario soffermarsi oltre sull'argomento degli elementi sostanziali se non per osservare come la decisione del curatore di agire "in luogo" dei creditori o "in luogo" della società (o dei soci ai sensi dell'art. 2393 bis) sia di assoluta rilevanza, non solo per il differente regime probatorio e più genericamente giuridico propri dell'una e dell'altra azione, ma anche per il *quantum* (in senso qualitativo più che quantitativo) di risarcimento da esso domandabile.

Diviene così comprensibile quanto affermato più sopra, circa la persistente valenza di riferirsi a quella che abbiamo definito la "*summa divisio*" circa le fonti attributive della legittimazione ad agire in capo al curatore: da una parte i principi generali fallimentari; dall'altra norme specifiche attributive della stessa.

Mi pare di poter affermare che prima della riforma delle società il curatore, in qualità di amministratore del patrimonio fallimentare secondo i principi generali di cui agli artt. 42, 43 e 31 l fall., non potesse agire in responsabilità nei confronti degli amministratori di società (per azioni o a responsabilità limitata) se non per tutelare diritti patrimoniali della società pregiudicati dal loro inadempimento, dovendosi nutrire dubbi circa la sua idoneità ad esercitare e disporre di diritti individuali della persona giuridica fallita. Tale limite, invero, sarebbe caduto (esclusivamente per il curatore di s.p.a. fallita) con l'introduzione nel 2003

---

<sup>229</sup> Con le parole di F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p.194: «Se è vero che gli amministratori rispondono sia verso i creditori sociali sia verso la società per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio non va dimenticato che l'azione sociale copre una più vasta area di responsabilità, comprendendo la violazione di qualsiasi obbligo previsto dalla legge o dall'atto costitutivo».

<sup>230</sup> secondo Cass. 6.12.2000, n. 15487, l'entità del danno viene commisurata alla corrispondente riduzione della massa attiva disponibile in favore dei creditori.

della disposizione di cui all'art. 2394 bis, la quale avrebbe fissato una legittimazione straordinaria ad agire del curatore in luogo della società, dei soci di minoranza e, invariabilmente rispetto al periodo pre-riforma, dei creditori sociali, ai sensi dell'art. 81 c.p.c.<sup>231</sup>, sempre che (è bene sottolinearlo) non si voglia affermare che quello ad agire per la tutela di diritti inviolabili della persona in quanto diritto strettamente personale andrebbe ricompreso tra i beni di cui all'art. 46 l. fall.

Tutti gli elementi di cui abbiamo dato conto potrebbero (o dovrebbero?) certamente influenzare la scelta del curatore al momento della decisione circa il se e il come agire in responsabilità contro amministratori (direttori generali, componenti organi di controllo, liquidatori, o soci di s.r.l.).

Ma non arrestiamoci a tale considerazione, per procedere alla valutazione di quali siano gli elementi processuali dell'azione del curatore (per il momento senza soffermarci sulle questioni circa la giurisdizione e la competenza per l'azione dallo stesso promossa), continuando a fare “perno” sulla premessa di cui abbiamo dato conto sopra: l'azione del curatore è un'azione derivata, e in quanto tale mantiene il regime giuridico delle azioni dalle quali “deriva”.

### *3. (Segue). I profili processuali dell'azione*

Ritengo, per snellezza espositiva, di poter trascurare l'analisi di tutti gli elementi processuali comuni alle varie azioni di responsabilità, di cui agli artt. 2393, 2393bis, 2394, 2476 (in tema di s.r.l.), i quali non pongono particolari problemi di trasposizione in sede concorsuale, per soffermarci sulla delibera autorizzativa dell'assemblea<sup>232</sup> della società per azioni la cui necessarietà ai fini della pronunciabilità del giudice nel merito viene fissata dall'art. 2393 comma 1, nel quale viene statuito che: «l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione».

Già nella sezione I effettuando l'esegesi dell'articolo in commento avevamo osservato come sia opinione generalmente accolta da dottrina e giurisprudenza<sup>233</sup>, anche di

---

<sup>231</sup> Tale limite rimarrebbe nel caso in cui fallita sia una società a responsabilità limitata. Il che mi pare sia anche coerente con l'affermazione fatta sopra secondo cui nelle sole s.r.l. sarebbe configurabile un'azione surrogatoria dei creditori sociali nei diritti e azioni del debitore ai sensi dell'art. 2900, purchè questi abbiano contenuto patrimoniale.

<sup>232</sup> Tutte le considerazioni che verranno svolte valgono, prendendo i dovuti accorgimenti, anche se riferite alla decisione dei soci di s.r.l. (art. 2479 c.c.), qualora si accolga la tesi secondo cui questa dovrebbe necessariamente intervenire nel caso in cui sia la società stessa ad agire in responsabilità contro gli amministratori, il cui diritto del resto viene generalmente riconosciuto.

<sup>233</sup> Trib. Milano, 15.05.1986, in *Soc.*, 1986, 1221; Trib. Milano 27.01.1986, in *Soc.*, 1986, 609; Trib. Milano 21.03.1986, in *Soc.*, 1986, 1105; Trib. Milano 28.01.1982, in *GCo.*, 1983, II, 438

legittimità<sup>234</sup>, quella secondo cui la delibera *de qua* non sarebbe un presupposto processuale dell'azione, quanto una mera condizione della stessa, con la conseguenza che la sua mancanza al momento dell'instaurazione del processo non sarebbe causa di inammissibilità della domanda giudiziale, potendo essa sopravvenire in corso di causa, fino al momento della pronuncia giudiziale, così spiegando efficacia retroattiva e di sanatoria rispetto all'iniziale carenza.<sup>235</sup>

Dunque, sarebbe condizione dell'azione aggiuntiva alla condizione dell'azione per eccellenza, individuata nella legittimazione ad agire della parte processuale. Così, ricordando quanto già affermato al paragrafo 2, la delibera dell'assemblea avrebbe la specifica funzione di rimuovere un limite fissato all'ordinario potere rappresentativo degli organi di gestione<sup>236</sup> (rientrando come detto anche l'esercizio dell'azione di responsabilità nell'ordinario potere gestorio degli amministratori), che non per questo non sarebbero più legittimati ad agire e a stare in giudizio, in nome e per conto della società stessa, nel caso (per dir la verità, raro) in cui rimangano in carica per non avere la società (intesa quale assemblea dei soci) proceduto alla nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 comma 2 c.p.c. (in caso di conflitto di interessi).

In ipotesi, a conferma delle osservazioni fatte, potrebbe accadere che l'eventuale nomina del curatore speciale e comunque l'esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 2393 c.c. preceda la delibera dell'assemblea.

Ora, giuste tutte le premesse, non vedo ostacoli alla possibilità di sostenere che tale delibera, quale condizione dell'azione, rimarrebbe necessaria anche nel caso in cui alla società sia "subentrato" il curatore nell'esercizio della stessa. È vero che il curatore, ai sensi dell'art. 2394bis, ha la legittimazione straordinaria ad agire *ex art.* 2393, subentrando così *in toto* nella posizione della società fallita, ma è pur vero, come abbiamo detto, che la delibera si presenta quale condizione che si va ad aggiungere alla stessa legittimazione ed anche di questa il giudice dovrà dunque verificare la sussistenza per decidere il merito della domanda giudiziale.

Non si deve dimenticare peraltro che il fallimento in quanto tale non determina lo

---

<sup>234</sup> Cass. 10.09.2007, n. 18939, *GDir.*, 2007, 47

<sup>235</sup> Per una maggiore comprensione della posizione assunta, presentando profili di analogia con il tema in discorso si veda Trib. Palermo, 14.10.2012, in *Le Soc.*, 2013, p. 392, il quale in tema di art. 2361 comma 2 afferma: «È ammissibile la partecipazione di società di capitali in società di fatto, in quanto l'art. 2361, 2° comma, c.c., nel subordinare a deliberazione assembleare la assunzione di partecipazioni in altre imprese comportanti responsabilità illimitata per i soci, non attribuisce all'assemblea una competenza gestoria in materia, ma costituisce mero limite al potere di rappresentanza degli amministratori, come tale inopponibile ai terzi».

<sup>236</sup> A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, p.569 ss.

scioglimento della società, la quale mantiene a seguito della dichiarata decozione non solo la titolarità dei propri diritti ma anche la capacità d'agire (cfr. quanto detto ai paragrafo 1 e 2 del capitolo I).

Il giudice, si ripete, dovrà dunque verificare che vi sia la delibera della maggioranza o, si aggiunge, quantomeno quella di una minoranza dei soci rappresentanti il capitale sociale nella misura indicata dall'art. 2393bis (o, *per relationem*, eventualmente dallo statuto)

È però assolutamente necessario richiamare alla mente quanto detto al paragrafo 1 del primo capitolo. In tema di assemblea dei soci, a differenza che per gli amministratori, non si rinvenono nella legge fallimentare e nel codice civile disposizioni che confermino direttamente la "sopravvivenza" ed "invarianza" della stessa al fallimento, sebbene indizi deriverebbero e dalla circostanza che alcune deliberazioni degli amministratori presuppongono l'approvazione dell'assemblea e dalla lettura dell'art. 2499 c.c.<sup>237</sup> in ambito di trasformazione di società di capitali.

Non rinvenendosi indicazioni nella legge fallimentare, rimane dunque quantomeno dubbio che permanga in corso di fallimento il potere dell'assemblea di deliberare sul promovimento dell'azione di responsabilità.

Si noti che qualora si accedesse alla tesi negativa, il curatore potrà agire ai sensi dell'art. 2393 esclusivamente nel caso in cui la delibera sia stata già presa prima della dichiarazione di fallimento.

Incidentalmente, ritengo infine opportuno avanzare un'osservazione, nonostante non si rinvenono in dottrina posizioni che vadano in questa direzione.

Non vedo perché non si dovrebbe estendere l'interpretazione avanzata, circa l'azione esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 2393, anche al caso in cui egli eserciti nel fallimento (in quanto legittimato straordinario ai sensi dell'art. 2394) l'azione apprestata dal legislatore con la riforma del 2003 ai soci di minoranza (art 2393 bis).

A dispetto di chi ritiene che l'art. 2393 bis sia, come l'art. 2393, una norma essenzialmente di procedura<sup>238</sup>, ritengo, al contrario, che essa sia una norma essenzialmente a carattere sostanziale, assolvendo in primo luogo ad una funzione attributiva ai soci di minoranza della legittimazione straordinaria ad agire in responsabilità nei confronti degli amministratori inadempienti in nome proprio e per conto della società.

Per quanto riguarda gli aspetti processuali, non espressamente regolati nella

---

<sup>237</sup> «Art. 2499. Limiti alla trasformazione. 1. Può farsi altresì luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa».

<sup>238</sup> Si veda per es. P. CENDON, *Commento agli artt. 2393 e 2393 bis*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 2008-2010, p. 707 e p. 721

disposizione stessa, essa dovrebbe trovare integrazione nella norma di cui all'art. 2393 ( questa sì norma essenzialmente processuale derivando la legittimazione della società direttamente dai principi generali), essendo pur sempre non un'azione dei soci di minoranza, ma un'«azione sociale esercitata dai soci».

L'azione sarebbe promossa da un altro soggetto ( allo stesso modo, l'azione *ex art.* 2393 viene promossa dal legale rappresentante o se nominato, dal curatore speciale), votato a maggioranza, previa delibera favorevole di soci rappresentanti la percentuale di capitale sociale prevista per legge o la diversa misura prevista dallo statuto.

Il comma 4 dell'art. 2393bis statuisce che «i soci che intendono promuovere l'azione nominano a maggioranza del capitale posseduto uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti».

Lettera della norma che peraltro sembrerebbe dare conforto all'idea (e ciò sarebbe coerente con quanto detto in tema di azione *ex art.* 2393) che la nomina (e dunque l'esercizio dell'azione?) del rappresentante comune possa avvenire quando ancora la volontà dei soci di promuovere l'azione sia allo stadio dell'intenzione.

Stanti queste premesse, varrebbero le stesse considerazioni fatte in tema di azione sociale di responsabilità *ex art.* 2393. Il giudice, per pronunciarsi sul merito della domanda giudiziale, dovrà non solo verificare (prima di pronunciarsi nel merito) la legittimazione ad agire degli attori ma dovrà anche verificare la sussistenza della delibera favorevole dei soci di minoranza, tanto se l'azione venga esercitata dai soci quanto se venga esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 2394bis, una volta intervenuto il fallimento.

D'altronde, come al momento del fallimento non si verifica lo scioglimento “automatico” della società, così non verranno meno con lo stesso neanche i diritti vantati dai soci in quanto titolari della partecipazione al capitale sociale.

Per inciso e per completezza ritengo interessante notare come la tesi esposta faccia salvi tutti i presupposti processuali dell'art. 2393 bis: quelli impliciti nonché quelli espressamente previsti, tra cui l'obbligatoria chiamata in giudizio della società ai sensi dell'art. 2393 bis comma 3. Nonostante i forti dubbi che tale affermazione potrebbe sollevare, si deve ricordare che la società fallita non perde né la titolarità dei propri diritti né la capacità d'agire e ai sensi dell'art. 43 comma 2 l. fall. può intervenire nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale per le quali stia in giudizio il curatore (art. 43 comma 1) se l'intervento sia previsto dalla legge

Ora, nella consapevolezza dell'apoditticità di alcune argomentazioni e considerazioni avanzate mi si conceda di rimandare agli ulteriori approfondimenti che si faranno nel

proseguo, per il momento osservando come le conseguenze della scelta del curatore di agire “in luogo” della società (per azioni o a responsabilità limitata), dei soci, o dei creditori non siano di poco conto, sia per la misura del danno risarcibile che per gli eventuali vincoli all’esercizio dell’azione imposti dalla disciplina comune.

D’altronde l’imposizione di limiti all’esercizio di una o di un’altra azione non sarebbero privi di giustificazione se solo si pensa al corredo di effetti e poteri che il legislatore ha previsto a favore della società e dei soci disciplinando le azioni di responsabilità. Mi riferisco ai poteri di controllo e alle possibilità di addivenire, attraverso strade privilegiate, alla revoca dell’amministratore. (cfr. art 2393 comma 4; art 2476 comma 2 e comma 3).

Cerchiamo dunque, tenendo a mente i ragionamenti fatti, di dare una risposta alla questione che ci siamo posti all’inizio del presente paragrafo. Quale sarebbe la portata del principio secondo cui l’azione del curatore è unitaria e inscindibile?

Alcuni giudici di legittimità<sup>239</sup> osservano come il concetto di “cumulabilità” non abbia ancora raggiunto in giurisprudenza un significato condiviso: da un lato si afferma che l’azione del curatore cumula i presupposti e gli scopi delle azioni di responsabilità attribuite alla società ed ai creditori sociali (la quale opinione poteva sicuramente sembrare più calzante nell’epoca pre-riforma, parlando il dettato normativo di «azione di responsabilità», e non di «azioni di responsabilità», come esplicitato dal vigente art. 146 comma 2 l.a.)<sup>240</sup> e dall’altro si afferma che il fatto che il curatore sia legittimato a promuovere unitariamente ed inscindibilmente le azioni *ex artt.* 2393 e 2394 cod. civ. non significherebbe che nel processo non debbano comunque essere esaminati i diversi profili di responsabilità, poichè l’azione del curatore non è un terzo tipo di azione di responsabilità, ma una azione cumulativa, nel senso che le azioni previste dalla art. 146 l. fall. sono contemporaneamente proposte<sup>241</sup>.

Sembrerebbe soccorrere a tal proposito una recente sentenza del giudice del merito<sup>242</sup> il quale afferma che unitarietà e inscindibilità starebbe «solo a significare che l’eventuale mancata specificazione del titolo per il quale il curatore agisce fa presumere che egli abbia inteso esercitare congiuntamente entrambe le azioni»<sup>243</sup> Ma l’espressione non andrebbe intesa «nel senso della indifferenziazione delle domande proposte dall’organo della procedura», così

---

<sup>239</sup> Cass., sez. I, 02-07-2007, n. 1496

<sup>240</sup> Cass. 6 dicembre 2000, n. 15487; Cass. 7 novembre 1997, n. 10937

<sup>241</sup> Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488

<sup>242</sup> Trib. Lecce 09.12.2011 in *Le società*, 2012, 1173; v. anche Cass. 12.06.2007, n. 13765

<sup>243</sup> Del resto, stante il principio *jura novit Curia* il mutamento della semplice qualificazione giuridica o *nomen juris* può avvenire ad iniziativa del giudice senza che ciò muti l’oggetto del processo, determinato con l’individuazione dei fatti costitutivi.

permettendo alla curatela di cumulare i vantaggi relativi ad entrambe le azioni<sup>244</sup>, ma andrebbe intesa quale impossibilità di duplicazione della tutela risarcitoria.

Come abbiamo visto analizzando anche recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità, sembra che in tema di azioni di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali fallita i piani processual fallimentare e processual civilistico finiscano per sovrapporsi in un tuttuno indistinguibile, dove all'unitarietà della figura del curatore quale *pivot* della procedura corrisponde l'unitarietà della sua legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni "patiti" dal patrimonio sociale, ora divenuto fallimentare. Provando a separare i piani, ritengo che unitarietà ed inscindibilità potrebbero individuarsi in una sorta di binario unico imposto al curatore all'avvio della procedura. Binario che però finisce inesorabilmente per smembrarsi al momento dell'instaurazione del processo nel quale il curatore (attore) agisce in responsabilità contro gli amministratori.

Spieghiamoci meglio: il curatore, quale vero e proprio organo della procedura, qualora decida di esercitare l'azione di responsabilità a fini recuperatori dovrà richiedere l'autorizzazione del g.d. e il parere del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 146 l.fall.; potrà alternativamente indicare o meno il titolo in base al quale egli voglia agire, così rendendo più o meno edotti gli organi che sulla sua scelta devono operare un vaglio (di legittimità, il g.d. e di opportunità, il comitato dei creditori), e così rimanendo più o meno vincolato nei confronti della procedura circa la sua attività; gli effetti della scelta rimarrebbero per tale motivo rilevanti solo nei rapporti interni tra gli organi del fallimento (qualora la scelta venga poi tradita dal curatore nell'iniziativa processuale, si potrebbe anche ipotizzare che tale circostanza venga indicata tra le «ragioni» a sostegno della richiesta di revoca o sostituzione *ex artt. 37 e 37bis l. fall. e della sua eventuale responsabilità, art. 38 l. fall.*), non spiegando effetti all'esterno, dovendo il giudice competente a decidere sull'azione di responsabilità (secondo opinione consolidata il giudice ordinario e non fallimentare *ex art. 24 l.fall.*) esclusivamente verificare la sussistenza, prima della pronuncia nel merito, (secondo i generali principi processual-civilistici) della sua legittimazione ad agire; viene dunque qui in rilievo il punto focale della tesi proposta: il curatore sarà tenuto, solo al momento dell'instaurazione del processo, a decidere se agire *utendo iuribus socium vel creditorum*<sup>245</sup> non potendosi

---

<sup>244</sup> già in questo senso P. G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 550

<sup>245</sup> Si deve rilevare come la questione vada ad impattare contro la contrapposizione, in tema di *causa petendi*, tra la teoria detta della «sostanziazione», che rinviene nell'allegazione dell'attore dei fatti costitutivi la portata individuatrice e limita a quei fatti la portata del giudicato, e quella detta della «individuazione», che invece si riferisce alla più ampia indicazione del rapporto giuridico sostanziale. Non è questo il luogo e il tempo per affrontare approfonditamente il tema, pertanto si rimanda a quanto espresso da C. MANDRIOLI, *Diritto*

sostenere la cumulabilità dei benefici sostanziali e processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in bonis* e così egli rimanendo assoggettato al regime normativo relativo all'azione esercitata<sup>246</sup>, con i suoi limiti sostanziali e processuali, e rimanendo esposto alle eccezioni proponibili dai legittimati passivi verso i soggetti da lui "sostituiti" (si pensi ad un'eventuale transazione intervenuta tra società e amministratori prima del fallimento<sup>247</sup>).

La strada seguita, mi pare, garantirebbe il rispetto dei principi secondo cui quella del curatore sarebbe un'azione derivata ma allo stesso tempo unitaria ed inscindibile, evitando la duplicazione della tutela risarcitoria.

Ma facciamo un necessario passo indietro riprendendo la esegesi dell'art. 146 comma 2 l. fall. avviata ed interrotta nella sezione I del presente capitolo e di cui sarà ora possibile cogliere appieno l'importanza alla luce degli elementi acquisiti lungo il percorso fino a qui intrapreso.

#### 4. Art. 146 comma 2 l. fall.: il significato e la portata del dettato normativo

Come in ogni "giallo" che si rispetti, "sveliamo l'assassino" cercando di dare una risposta alla domanda con cui è nato il presente lavoro: ha l'art. 146 comma 2 una funzione specifica

---

*processuale civile*, p. 182 e ai riferimenti di dottrina da lui effettuati in nota 35. È però forse utile, ai nostri fini, avanzare un'osservazione: secondo il principio *juris novit Curia* il mutamento della qualificazione giuridica può avvenire ad iniziativa del giudice. Salvo il caso di nullità della citazione per omissione o assoluta incertezza degli elementi individuatori dell'oggetto della domanda (requisiti di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 163 comma 3, concernenti l'*editio actionis*), la qualificazione giuridica della domanda verrà determinata dal giudice sulla base dei fatti costitutivi allegati dall'attore. Il curatore, nel nostro caso, esercitando l'azione di responsabilità potrebbe in ipotesi decidere di agire *utendo iuribus socium atque creditorum* non indicando il titolo ma allegando fatti costitutivi idonei a fondare, per es. in ambito di s.p.a., e l'azione ex art. 2393 (e, dunque, ex art. 2393 bis) e l'azione ex art. 2394. Coerentemente a quanto affermato da Cass. 20.09.2012, n. 15955 la quale afferma che « Stabilire se le domande proposte dal curatore L. Fall., ex art. 146, possano essere apprezzate sotto entrambi i profili, od esclusivamente sotto uno di essi (per essersi, ad. es., prescritta l'azione contrattuale) costituisce, tuttavia, tipico accertamento di fatto » dovendo peraltro il giudice del merito « aver riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere ». A questo riguardo sembra comunque assolutamente significativa la sentenza emessa da Cass. 28.01.2004, n. 1547 in *Giur. it.*, 2004, p. 1581 la quale ha ritenuto l'azione di responsabilità contrattuale diversa dall'azione di responsabilità extracontrattuale per la medesima vicenda: le due azioni si fonderebbero su elementi di fatto diversi e nel caso di specie i fatti esposti implicavano il riferimento all'una piuttosto che all'altra azione.

<sup>246</sup> Mi pare su questa linea Cass. 12.06.2007, n. 13765, in *Le società*, 2007, 1349, che in tema di liquidazione coatta amministrativa rinvia nella richiesta del commissario liquidatore, in prima udienza di trattazione, di accertare la responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2394, un'inammissibile *mutatio libelli* (essendo stata fondata la *causa petendi* della domanda sull'art. 2393)

<sup>247</sup> ritengo questo punto interessante per notare come, se non fosse stato introdotto l'art. 2394 bis, tale circostanza non sarebbe neanche stata da prendere in considerazione. L'intervenuta transazione avrebbe definitivamente espunto dal patrimonio della società il diritto ad agire in responsabilità.

attributiva al curatore della legittimazione ad agire in responsabilità contro gli amministratori di società di capitali (e di persone)?<sup>248</sup>

Ritengo di non peccare di presunzione nel ritenere che, giunti a questo punto, disponiamo di tutti gli elementi per poter dare una risposta.

Riprendiamo in mano, per un attimo, il testo dell'art. 146 l. fall.: esso statuisce che « Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.

Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

- a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;
- b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile».

Ora se la lettura del comma 1 non ha mai sollevato difficoltà esegetiche di particolare rilevanza, non si può dire lo stesso circa il comma 2. La norma è stata sempre al centro di critiche, interpretazioni e proposte esegetiche in dottrina nonché riferimento normativo di molte sentenze della giurisprudenza, di legittimità e di merito (del resto si deve ricordare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, come le azioni di responsabilità contro gli organi sociali di società trovino il proprio terreno di elezione nelle procedure concorsuali). I dubbi non sono certamente risultati meno forti a seguito della riforma del 2006, con la quale il legislatore ha messo mano a molte disposizioni del Capo X del Titolo II della legge fallimentare, tra cui il nostro art. 146, al fine di coordinarne le previsioni con quelle dettate dalla riforma societaria del 2003<sup>249</sup>

Senza dilungarci in una sterile elencazione delle modifiche intervenute (di cui, nei

---

<sup>248</sup> *ex multis* in giurisprudenza mi pare nel senso della funzione attributiva dell'art. 146, Cass. Sez I, 21.7.2010, n. 17121, la quale oltre a ribadire la natura contrattuale, unitaria e inscindibile dell'azione esercitata dal curatore, sembra attribuire all'art. 146 una generalizzata natura attributiva della legittimazione ad agire in responsabilità: « Sicchè il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammesso contro gli amministratori di qualsiasi società».

<sup>249</sup> La vaghezza e l'apertura del comma 2 dell'art. 146 si riscontra anche nella Relazione illustrativa alla riforma, che a questo si riferisce: «Il secondo comma, lett. a), adotta una formulazione aperta in virtù della quale è possibile sostenere che le azioni di responsabilità riguardano anche i componenti degli organi sociali della società a responsabilità limitata e che le stesse sono promuovibili, oltre che nei confronti dei liquidatori, il che era pacifico, anche nei confronti dei componenti degli organi di controllo, sia nei casi di obbligazione della loro nomina, sia nelle ipotesi di facoltatività. Quanto agli amministratori della società a responsabilità limitata e al dibattito in ordine alla sussistenza di una loro specifica responsabilità verso i creditori sociali, si è preferito, considerato che la delega legislativa è muta al riguardo, adottare una formula "aperta" che lasci cioè agli interpreti il compito di stabilire se il curatore possa esercitare nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata solo l'azione di responsabilità sociale o anche quella verso i creditori sociali».

limiti dei nostri interessi, abbiamo dato conto nel corso del presente lavoro) nonché su quali siano stati i risultati del coordinamento a cui la riforma era finalizzata, è interessante riprendere l'opinione di quella parte della dottrina che rinvede la causa delle difficoltà incontrate, nella lettura dell'articolo in commento, nel condizionamento dettato non solo dall'idea che tale norma inciderebbe in maniera determinante sulla legittimazione del curatore fallimentare (e da tale idea, si è capito, non ci siamo fatti condizionare) ma anche e primariamente dall'idea che il comma 1 e il comma 2 possano essere letti separatamente (causa, in un certo qual modo, anche del sorgere della prima idea).<sup>250</sup>

Rimanendo scevri da condizionamenti di qualsiasi sorta e facendo leva sul presupposto che l'art. 146 risponderebbe alla *ratio* unitaria, mi pare in linea con l'A citato, di disciplinare quali siano gli effetti che dal fallimento derivino su quei soggetti (tra i quali sono da ricomprendere ora anche i c.d. soci "gestori" delle s.r.l.) che, quali *longa manus* della società, ne esteriorizzano la volontà (a seguito del fallimento non solo essi avranno obblighi nei confronti della procedura, ai sensi del comma 1 della disposizione in commento, ma potranno anche essere convenuti in giudizio dal curatore, ai sensi del comma 2), sembrerebbe insuperabile la tesi di chi mette in luce come nella disposizione non sia ravvisabile alcuna volontà del legislatore di disciplinare i poteri del curatore, non apparendo d'altronde quella del Capo X la *sedes materiae* di riferimento.

Sicuramente non si può negare che l'elaborazione della norma non sia del tutto felice. Ai soli fini di rendere la tesi avanzata meglio tangibile, si pensi alla norma quale faccia positiva della stessa medaglia (la posizione degli amministratori a seguito di fallimento) la cui faccia negativa potrebbe essere così costruita, senza che il dispositivo nella sostanza muti: "Contro gli amministratori non sono esercitate dal curatore le azioni di responsabilità se non previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori".

Come abbiamo cercato di illustrare, dunque, le norme attributive della legittimazione del curatore ad esercitare le azioni di responsabilità, e contro gli amministratori e contro i soci di s.r.l., andrebbero rinvenute (e come ampiamente sostenuto, si rinverrebbero) altrove, non rivestendo l'art. 146 la funzione specifica di norma attributiva, quanto una funzione in dottrina talvolta definita "procedimentale"<sup>251</sup>. Il legislatore, subordinando l'esercizio

---

<sup>250</sup> V. CARIDI, *Commento all'art. 146*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p.1899 ss.

<sup>251</sup> Così V. CARIDI, *Commento all'art. 2476*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p.1899 ss.; in senso conforme L. ABETE, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri di organi di controllo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), Torino, 2009, p. 1499 ss; in senso contrario S. AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in *Il fallimento*, S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO (a cura di), in

dell'azione del curatore all'autorizzazione del giudice delegato e al parere del comitato dei creditori, avrebbe fissato dei vincoli con rilevanza meramente endoprocedimentale, *rectius*, si potrebbe dire, endofallimentare<sup>252</sup>.

Cerchiamo di spiegarci meglio: la norma in commento non solo non avrebbe una funzione attributiva al curatore della legittimazione sostanziale, ma non rivestirebbe neanche alcuna funzione (attributiva/integrativa?) circa la sua legittimazione processuale, la quale, come abbiamo visto più sopra, deriverebbe da principi di carattere generale (art. 43 l. fall.; art. 75 c.p.c.).<sup>253</sup>

Il legislatore, dunque, mi pare primariamente nella consapevolezza della "rischiosità" delle azioni di responsabilità (intesa quale piuttosto alta probabilità di depauperamento della massa attiva fallimentare) e secondariamente, forse, nella consapevolezza della "extra-ordinarietà" della legittimazione del curatore ad agire nei confronti dei componenti gli organi sociali, non avrebbe voluto disciplinare un regime normativo sostitutivo rispetto a quello dettato per le azioni *de quibus* nella disciplina comune, ma riconoscere agli organi della procedura un "mero" potere di vigilanza sull'operato del curatore (calibrato sulla specifica attività che egli abbia il potere di svolgere).<sup>254</sup>

L'eventuale mancanza dell'autorizzazione o del parere non osterebbe dunque al valido esercizio dell'azione e alla valida instaurazione del giudizio (ordinario), ma, quale questione endofallimentare, avrebbe mera rilevanza interna, reclamabile ai sensi degli artt. 26 e 36 l. fall..

D'altronde non si può non notare come la tesi esposta sia coerente e con la natura

---

*Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), vol. XI, Padova, 2009, p. 735; S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, p. 452; A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società. Gli aspetti processuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), X, Padova, 1988, p. 251; F. GALGANO - A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), X, Padova, 1988, p.149-299; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), IV, Torino, 1993, p. 209

<sup>252</sup> così mi pare M. VITIELLO, *La responsabilità degli organi sociali nel fallimento*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, S. AMBROSINI (a cura di), Milano, 2007, p. 265 ss.

<sup>253</sup> A contrario mi pare che un indizio confermativo della posizione assunta potrebbe essere derivato dalla lettura delle parole utilizzate dal legislatore nella Relazione illustrativa, in riferimento alla l. a) dell'art. 146 comma 2.

<sup>254</sup> Mi pare in tutt'altra direzione vada Cass. sez. I, 21-07-2010, n. 17121, della quale mi si permetta di riportare uno stralcio di sentenza: «quando il curatore "eserciti l'azione di responsabilità contro gli amministratori della società fallita (R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 146, comma 2), secondo le norme degli artt. 2392 e 2393 c.c., il contenuto delle azioni contemplate dai detti articoli diventa inscindibile, onde è irrilevante la questione relativa all'asserita conformità dell'operato (anche se illegittimo) dell'amministratore della società fallita alla volontà espressa dai soci del tempo, non essendo tale volontà opponibile al curatore" (Cass., sez. I<sup>^</sup>, 23 giugno 2008, n. 17033, m. 604027), "il quale, esercitando un'azione in favore della massa concorsuale, svolge un'attività diversa da quella che avrebbe potuto svolgere la società", in quanto è "finalizzata al risultato di acquisire all'attivo fallimentare tutto quanto sottratto per fatti imputabili agli amministratori" (Cass., sez. I, 6 dicembre 2000, n. 15487)».

derivata e con la natura unitaria ed inscindibile dell'azione esercitata dal curatore, trovando peraltro conforto nella giurisprudenza di legittimità e di merito.<sup>255</sup>

Quale sarebbe dunque la portata del dettato normativo?

Due sembrerebbero le strade interpretative percorribili, entrambe basate sulla lettura dell'art. 146 alla luce dei principi dettati all'art 31 l. fall. e all'art. 104-ter l.fall.<sup>256</sup>.

Per inciso si deve rilevare come con quest'ultima disposizione, introdotta con la riforma della legge fallimentare del 2006 (poi novellata nel 2007) sotto la rubrica «programma di liquidazione», il legislatore abbia fissato in capo al curatore l'obbligo di predisporre entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario un atto di pianificazione e di indirizzo, sottoposto all'approvazione del giudice delegato e del comitato dei creditori, nel quale specificare sia i termini per la realizzazione dell'attivo che le modalità; tra queste, è bene notarlo, egli deve indicare anche eventuali «azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare e il loro possibile esito» (art. 104-ter comma 2 l. c).

Da un lato si potrebbe dunque affermare che il legislatore, nel fissare i vincoli per il curatore, non solo avrebbe voluto sottoporre la sua determinazione di costituirsi in giudizio al vaglio di legittimità del giudice delegato<sup>257</sup>, e al vaglio di opportunità dei creditori sociali, ma

---

<sup>255</sup> Cass. 03.01.1998 n. 16, in *Foro it.*, 1998, parte I, col 2956 la quale statuisce che l'omessa assunzione del parere del comitato dei creditori richiesto dall'art. 146 l. fall. con riferimento all'azione di responsabilità che il curatore del fallimento intenda promuovere contro amministratori e sindaci di una società di capitali, non è causa di improponibilità della domanda in quanto il vizio va fatto valere all'interno della procedura concorsuale con gli strumenti dei reclami di cui agli art. 26 o 36 l. fall; in senso conforme Trib. Milano 15.07.1991, *Fall.*, 1991, 1286; Trib. Milano, 02.07.1981, *Fall.*, 1982,111; nel senso della mera irregolarità procedimentale sanabile ex art. 182 c.p.c. , Cass.30.07.1980, n. 4801, in *Fall.*, 1980, 998

<sup>256</sup> «Art. 104-ter. Programma di liquidazione. 1. Entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, il curatore predisporre un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. 2. Il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'art. 104-bis; b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto; c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito; d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco; e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti. 3. Il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo. 4. Il comitato dei creditori può proporre al curatore modifiche al programma presentato. 5. Per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare, con le modalità di cui ai commi primo, secondo e terzo, un supplemento del piano di liquidazione. 6. Prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori. 7. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'art. 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. 8. Il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi».

<sup>257</sup> Nel senso che atterrebbe alla legittimità anche il vaglio della conformità della determinazione del curatore agli elementari principi di buona amministrazione v. L. ABETE, *Commento all'art. 31, in Codice commentato del fallimento*, G. LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008, 277. Il che comporta che il giudice delegato dovrà rifiutare l'autorizzazione non solo quando il curatore prospetti l'esercizio di un'azione che

avrebbe inteso, nonostante le parole utilizzate (“sentito il comitato dei creditori”), il parere dell’organo espressione della collettività dei creditori in guisa di parere obbligatorio e vincolante (in quanto le azioni di responsabilità, quali azioni risarcitorie, sarebbero da prefigurare, ai sensi dell’art. 104 ter comma 2 l.c) l. fall.), nel programma di liquidazione, assoggettato all’approvazione del comitato dei creditori)<sup>258</sup>.

Dall’altro lato si potrebbe invece sostenere che il regime dettato dall’art. 146 comma 2 sarebbe in tutto coincidente con quello dettato dall’art. 104-ter comma 6: come la legge consente al curatore di anticipare alcuni atti di liquidazione previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, per evitare un pregiudizio ai creditori, così essa consentirebbe al curatore, sulla base di un regime meno rigoroso (coincidente con quello dettato dall’art. 104-ter comma 6 e rispettoso del generale potere di vigilanza attribuito al giudice delegato, *ex art. 25 comma 1 l fall.*, e al comitato dei creditori, *ex art. 41 comma 1 l. fall.*) di esercitare azioni risarcitorie e nello specifico, *ex art. 146 comma 2*, anche azioni di responsabilità in ambito societario prima dell’approvazione del programma di liquidazione qualora nelle more dell’approvazione del programma *de qua* possano realizzarsi eventi idonei a pregiudicare l’esito positivo delle azioni.<sup>259</sup>

Entrambe le tesi mi pare siano fondate su argomenti validi ed entrambe, inoltre, mi sembra siano coerenti con il sistema della legge fallimentare, che nei limiti del nostro interesse e del nostro pensiero, abbiamo cercato di ricostruire.

Non credo però necessario spingersi nella ricerca delle debolezze e delle forze dell’una e dell’altra tesi, con il fine di prenderne l’una o l’altra parte, dovendo al contrario metterne in risalto gli elementi comuni, *rectius*, l’elemento comune.

Abbiamo, fin dai primi paragrafi, dato risalto al fatto che a seguito della riforma della legge fallimentare del 2006 siano mutati i rapporti di equilibrio tra gli organi della procedura (Tribunale fallimentare, giudice delegato, curatore e comitato dei creditori), in conseguenza di quella “privatizzazione” (e “degiurisdizionalizzazione”) della procedura espressamente perseguita dal legislatore nella novellazione del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Ora, ognuno potrà esprimere le proprie valutazioni circa la reale portata delle

---

l’ordinamento non contempla o che non si attagli alle oggettive peculiarità della fattispecie concreta cui dovrebbe inerire, ma anche quando la determinazione di costituirsi in giudizio appaia del tutto irragionevole. Per es. Qualora l’onere in prededuzione che la procedura avrebbe da sostenere (per remunerare la rappresentanza e l’assistenza tecnica del difensore) si connoti come molto più gravoso rispetto al vantaggio che dall’iniziativa processuale potrebbe derivare.

<sup>258</sup> L. ABETE, *Azione di responsabilità*, p. 1499 ss.

<sup>259</sup> V. CARIDI, *Commento all’art. 146*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p.1912-1913

modifiche introdotte e soprattutto circa la capacità del legislatore (da ultimo quello del 2012, anno della Legge di stabilità) di adattare la legge fallimentare (soprattutto nella parte relativa alla procedura concorsuale per eccellenza, il fallimento) alla rotta imposta dal mutato contesto economico globale nel quale gli imprenditori, individuali e soprattutto collettivi si trovano ad operare.

Ma un dato è certo, ed è rimasto costante nelle intenzioni del legislatore dal 1942 ad oggi (e probabilmente affonda le sue radici nell'idea che sosteneva il Codice del Commercio): il fallimento di un soggetto necessariamente comporta effetti personali e patrimoniali che comprimono non solo la sfera giuridica del soggetto decotto, ma irrimediabilmente anche di quei terzi che intorno a quella sfera hanno costruito delle relazioni.

È qui che si può cogliere la finalità primaria della procedura: quella di garantire ai soggetti terzi *in bonis*, che vantino nei confronti del fallito una qualche pretesa, il maggior soddisfacimento possibile attraverso una procedura snella, rispettosa dei principi costituzionalmente e generalmente riconosciuti, dove la necessità pubblicistica di garantire unitarietà (perseguita attraverso il curatore) e legittimità (attraverso il ruolo del giudice delegato) di intenti "liquidatori", sia temperata dalla necessità prettamente privatistica che gli interessi (e dunque i diritti) dei creditori (sacrificati per il corretto svolgimento della procedura) possano trovare una qualche manifestazione all'interno della procedura stessa e ne possano influenzare le dinamiche.

Tale finalità privatistica viene garantita, l'abbiamo visto, dal comitato dei creditori e dal ruolo che gli viene riconosciuto dalla legge.

A fronte di tali osservazioni mi chiedo, però, se non vi siano altri interessi privati, pur sacrificati dalla procedura, che sopravvivano al fallimento e che per tale motivo dovrebbero in questo trovare una qualche forma di manifestazione.

Non è certamente un argomento da affrontare in poche righe, e si rimanda per l'approfondimento della questione al prossimo capitolo.

## CAPITOLO III

### L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ ESERCITATA NEL FALLIMENTO: ASPETTI RELATIVI ALLA TUTELA CAUTELARE

SOMMARIO: 1. L'accesso del curatore alla tutela cautelare nell'ambito dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali. Considerazioni introduttive. 2. Le misure cautelari e le azioni di responsabilità *ex* 2393 ss: la denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. quale misura *lato sensu* cautelare. 3. Le misure cautelari e l'azione di responsabilità *ex* 2476 c.c.: approfondimento sul tema della revoca dell'amministratore per gravi irregolarità. 4. L'azione di responsabilità *ex* art. 146 l.fall. comma 2 e le iniziative cautelari: il ricorso del curatore in corso di causa ed *ante causam*. 5. Segue: alcuni aspetti processuali relativi alle azioni cautelari promosse dal curatore. 6. Alcuni dubbi interpretativi ancora aperti: la proponibilità della denuncia al tribunale *ex* art. 2409 c.c. e della revoca cautelare degli amministratori di s.r.l. nel fallimento..

#### *1. L'accesso del curatore alla tutela cautelare nell'ambito dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali. Considerazioni introduttive*

Nel precedente capitolo ci siamo lasciati con una questione aperta: a seguito dell'intervenuto fallimento, vi sono diritti residui, e dunque interessi, in capo a terzi (o, in ipotesi remota, in capo al fallito), che, medio tempore della procedura, trovano (o dovrebbero trovare), in sede fallimentare o in quella ordinaria concorrente, una certa manifestazione e in senso lato una certa tutela?

Da subito, è forse bene “mettere le mani avanti”: nonostante la genericità della domanda e, in un certo senso, l'ampiezza dei propositi e delle conclusioni che si vorrebbero raggiungere, la portata delle risposte che si cercheranno di avanzare non potranno che essere parziali, dovendosi necessariamente considerare come il metodo seguito (deduttivo, con un processo argomentativo “dal particolare al generale”) possa fornire un quadro sì rappresentativo ma non di certo esaustivo.

In secondo luogo è opportuno sottolineare come il presente capitolo non sia “piegato” alla domanda che ci siamo posti e alla ricerca della risposta, ma abbia l'esclusivo obiettivo di completare il quadro disegnato rispetto al tema che ha occupato i nostri ragionamenti, rimanendo sul piano di quello che “è” e non di quello che “dovrebbe essere”.

Abbiamo visto come il curatore, una volta intervenuto il fallimento, abbia una legittimazione esclusiva a domandare la tutela giurisdizionale di quel diritto al risarcimento del danno che fuori dal fallimento può essere fatto valere, con diverse forme e da diversi soggetti, nei confronti degli amministratori che abbiano causato un danno, in violazione dei loro doveri, al patrimonio fallimentare, già patrimonio sociale della società *in bonis* (che sia s.p.a. o s.r.l.).

Questa stessa legittimazione, abbiamo ulteriormente osservato, deriva in capo al curatore vuoi *ex lege* specificamente (con un'attribuzione espressa, v. art. 2394 bis c.c.) vuoi secondo i generali principi fallimentari (*ex artt.* 31, 42, 43 l. fall.).

Sappiamo anche come la portata omnicomprensiva che il legislatore attribuisce alla tutela giurisdizionale dei diritti (piena e completa ai sensi dell'art. 24 Cost. comma 1) comporti che essa sia assicurata non solo nelle forme del giudizio ordinario di cognizione ma anche in altre forme quando il titolare del diritto, a ragione, possa subire danno o dalla durata oggettiva del processo o da altri fatti che possano verificarsi nel corso del processo per i quali non siano previsti istituti di diversa natura idonei a neutralizzare la loro portata pregiudizievole<sup>260</sup>.

È presto detto dunque, il vero e primo obiettivo di questo capitolo: analizzare quelle forme di tutela apprestate dal legislatore in un certo senso “ad integrazione” delle forme di tutela ordinaria alle quali il curatore accede nell'esercizio delle sue funzioni. In altre parole, e funzionalmente allo specifico contesto del presente lavoro, ci si chiederà quali misure cautelari siano domandabili dal curatore all'organo giurisdizionale affinché l'azione di responsabilità da lui esperibile ai sensi dell'art. 146 comma 2 l. fall. a fini recuperatori e reintegrativi del patrimonio fallimentare possa risultare effettiva, efficace e soprattutto fruttuosa, nonchè si cercheranno di cogliere (qualora se ne riconosca la presenza) quegli adattamenti che la trasposizione nel fallimento di istituti pensati per la tutela giurisdizionale “fisiologica” rende necessari.

Prima di addentrarci nel cuore del tema in discorso, è forse opportuno *in primis* avanzare alcune preliminari considerazioni: è affermazione assolutamente pacifica quella secondo cui l'attività (giurisdizionale) cautelare, nonostante assolva anch'essa ad una funzione generale della giurisdizione, sia strumentale<sup>261</sup> rispetto a quella propria della cognizione o dell'esecuzione, e difetti di caratteri strutturali specifici.

Difatti, la funzione propria del tipo “attività cautelare” consiste «nell'ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale possono comprometterne il risultato o, come si suol dire, la fruttuosità»<sup>262</sup>, presentando in un primo momento caratteri della cognizione (sommara) ed in un ulteriore momento caratteri paragonabili a quelli dell'esecuzione.

---

<sup>260</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2 ed., Napoli, 1996, 653

<sup>261</sup> Di strumentalità e provvisorietà del provvedimento cautelare parlano Cass. Civ. 24.5.00, n. 6785, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. Civ. 17.3.03, n. 3898, in *Arch. civ.*, 2003, 890; di idoneità al giudicato dello stesso parla Cass. civ., 15.10.04, n. 20327, in *Guida al dir.*, 2004, 45,46; di non definitività della disciplina relativa al rapporto controverso parla Cons. Stato, 14.1.02, n. 149, in *Foro amm. CDS*, 2002, 145

<sup>262</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, p. 25

Nella “fase di cognizione” (fase di autorizzazione della misura cautelare) l’azione cautelare è condizionata dalla accertanda sussistenza di due presupposti-requisiti: il *periculum in mora*, ossia il pericolo al quale il ritardo di intervento può esporre il diritto, e il *fumus boni iuris*, ossia quello che in termini generali potremmo definire la verosimiglianza del diritto che si vuol tutelare in via cautelare (fondato su una valutazione di tipo probabilistico circa la fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio)<sup>263</sup>.

Ora, senza voler addentrarci oltre nei problemi della nozione teorica della tutela cautelare (il che esulerebbe dalle finalità del presente lavoro) e rimandando ad un secondo momento l’analisi delle specifiche caratteristiche delle diverse misure cautelari, è doveroso ricordare come la disciplina organica del processo cautelare viene offerta dalla Sezione I del Capo III del Titolo I del libro quarto del Codice di procedura civile, intitolata ai «procedimenti cautelari in generale» ed inserita nel medesimo codice dall’art. 74 comma 2 L. 353/1990.

L’analisi delle disposizioni della sezione in commento appare di primaria importanza ai nostri fini: si deve osservare come la disciplina unitaria introdotta con la riforma del 1990 sia ad un tempo generale e non esaustiva. Non esaustiva in quanto deve trovare integrazione con la disciplina dettata nelle sezioni che ad essa seguono con riguardo ai singoli procedimenti cautelari; generale, in via pregiudiziale rispetto alla “non esaustività”, poiché ai sensi dell’art. 669 quaterdecies c.p.c.<sup>264</sup> si applica: a) a tutti i procedimenti cautelari previsti nelle Sezioni II, III, V del medesimo capo (tranne che ai procedimenti di istruzione preventiva ai quali è applicabile solo l’art. 669 septies, 669 quinquies e 669 terdecies, con riferimento al provvedimento di rigetto); b) «*in quanto compatibili*, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali»

Una prima notazione è certamente di nostro assoluto interesse: è chiaro che il terreno dei provvedimenti interessati all’applicazione della disciplina resa in tema di provvedimento cautelare uniforme risulta, in sintesi, costituito dai provvedimenti accordati nell’ambito dei sequestri, delle denunce di nuova opera e danno temuto e dei provvedimenti d’urgenza (art. 700 c.p.c.), rimanendo dunque solamente esclusi quelli relativi all’istruzione preventiva (con eccezione della previsione di cui all’art. 669-septies c.p.c. e sorvolando sui problemi che ha posto in dottrina il difetto di riferimento della disposizione in commento alle altre misure

---

<sup>263</sup> ancora si rimanda a C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, p. 254

<sup>264</sup> «Art. 669-quaterdecies. Ambito di applicazione. 1. Le disposizioni della presente sezione si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo, nonche', in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali. L'articolo 669-septies si applica altresì ai provvedimenti di istruzione preventiva previsti dalla sezione IV di questo capo».

cautelari contemplate dal codice di rito civile<sup>265</sup>), che siano anche espressamente contemplati dal codice civile o da leggi speciali, si ribadisce, in quanto compatibili.

Dunque è altrettanto chiaro come l'art. 669quaterdecies ponga a fondamento dell'applicabilità dell'impianto di disposizioni apprestate in materia di disciplina del procedimento cautelare uniforme l'insistenza di due presupposti: la cautelarietà e la compatibilità.

Se il primo dei due non ha mai sollevato in dottrina particolari difficoltà interpretative, individuandosi nella cautelarietà la condizione del provvedimento di essere provvisorio e strumentale al giudizio di merito, sulla questione della riserva di compatibilità si sono da sempre concentrati momenti di criticità tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Per coerenza e completezza espositiva, ritengo opportuno fare riferimento a quel "momento di criticità" affrontato dall'organo giudicante di merito, trovatosi a dover risolvere la questione circa la conservazione della competenza all'emanazione del provvedimento cautelare *ante causam*, in funzione strumentale all'azione di responsabilità oggetto di richiesta del curatore nel fallimento, in capo al giudice delegato o meno, in favore del magistrato designato dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 669 ter.<sup>266</sup>

Ora, sorvolando sulla specifica questione considerata dal giudicante, è opportuno rilevare come il vero problema era sorto a seguito dell'introduzione delle disposizioni del processo cautelare uniforme. La questione principale atteneva all'interpretazione dell'art. 669 quaterdecies c.p.c. relativo all'ambito di applicazione della disciplina generale, e quindi, in particolar modo, al significato della riserva di compatibilità prevista da tale norma in riferimento ai provvedimenti cautelari del codice civile e delle leggi speciali e nello specifico (e limitatamente a quanto di nostro interesse) in riferimento all'art 146 della legge speciale fallimentare, che prima della riforma del 2006 espressamente statuiva al comma 3 che: « *Il giudice delegato, nell'autorizzare il curatore a proporre l'azione di responsabilità, può disporre le opportune misure cautelari*».

Il curatore, dunque, fino al 2006, poteva accedere non solo ai provvedimenti cautelari "ordinari" in corso di causa, ma avrebbe potuto anche richiederne la disposizione *ante causam*

---

<sup>265</sup> Per una disamina dei problemi de quibus si faccia riferimento a A. G. DIANA, *Procedimenti cautelari e possessori*, Torino, 2010, p. 466 ss.

<sup>266</sup> Trib. Milano 19.03.1993, in *Foro it.*, 1993, I, 1682; Trib. Brescia 13.10.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 604 e *contra* Trib. Milano, 11.11.1993; in dottrina sul punto Trib. Milano, ord. 19 marzo 1993, cit., cui adde M. FABIANI, *Le misure cautelari di cui all'art. 146 l. fall. alla luce della nuova disciplina*, in *Fallimento*, 1993, 767; L. PANZANI, *Il sequestro dei beni di amministratori, sindaci, direttori e liquidatori di società fallite dopo la riforma dei provvedimenti cautelari*, id., 1991, 1109; G. D'AIETTI - R. FRASCA - E. MANZI - C. MIELE, *I provvedimenti cautelari*, in *La riforma del processo civile*, 1991, 128 ss. e I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, 65, spec. 81-82.

al giudice delegato, al momento della richiesta autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 146 comma 2, con tutti i problemi che evidentemente tale potere del giudice delegato sollevava anche (e non solo) in relazione alla riserva di compatibilità fissata dall'art. 669quaterdecies.

Ora, ritengo non necessario dilungarsi nel ricordare le opzioni interpretative accolte dai giudicanti, se non per osservare come il legislatore della riforma all'art.130 del d.lgs 9.01.2006 n. 5, nel sostituire l'art. 146, non ha riproposto il comma 3, così sembrando porsi nella linea interpretativa di chi si era espresso per l'abrogazione implicita del comma 3<sup>267</sup> e probabilmente ritenendo insuperabile l'incompatibilità di tale potere con il nuovo ruolo assegnato al giudice delegato, stante d'altronde anche l'espresso divieto posto a carico di quest'ultimo ai sensi dell'art. 25 comma 2 di «*trattare i giudizi che abbia autorizzato*». <sup>268</sup>

È dunque evidente che il curatore a seguito della riforma agendo in responsabilità contro gli amministratori di società fallita ai sensi dell'art. 146 l. fall. non potrà accedere a nessuna forma di tutela cautelare per così dire “privilegiata”, ma potrà “esclusivamente” proporre le istanze cautelari, sia *ante causam* che in corso di causa, previste in via generale dal codice di rito o specificamente previste dal codice civile proponendo ricorso al giudice competente a decidere nel merito. (art. 669 ter c.p.c.).

Prima di valutare quale sia la portata di questa affermazione, mi sia concesso, ancora una volta, fare un passo indietro, procedendo alla disamina dei provvedimenti cautelari richiedibili strumentalmente all'efficace esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in bonis* dai soggetti ad esso legittimati e previsti dal diritto commune, così seguendo per grandi linee la metodologia “compilativa” adottata nel capitolo 2.

---

<sup>267</sup> Ora sostenendone l'abrogazione in relazione al mancato coordinamento con la disciplina dei procedimenti cautelari prevista dalla l. 353/1990, v. Trib. Napoli, 07.04.1994, in *Fall.*, 1995, 186 e in questa direzione Trib Milano 11.11.1993, in *Foro it.*, 1994, parte 1, col. 603, il quale sostiene che a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina sui procedimenti cautelari in generale, è venuta meno la competenza del giudice delegato in ordine alle misure cautelari richieste a garanzia dell'azione di responsabilità esercitata dalla curatela fallimentare; ora sostenendone l'abrogazione con le norme procedurali dettate dal d.lgs. 17.01.2003, n.5 in materia di definizione delle controversie societarie, v. Trib. Tolmezzo 25.07.05 (in dottrina sul punto v. M. FABIANI, *Riforma dei riti societari e nuovi dubbi sui sequestri speciali fallimentari nella prospettiva delle riforme concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 69; M. FABIANI, *L'art. 146 l. fall., fra note questioni di competenza funzionale e nuovo processo societario*, in *Fall.*, 2005, 173), anche se non più attuale a seguito dell'abrogazione del rito societario con la legge n. 69 del 18.06.2009 ; ora affermandone l'incostituzionalità per contrasto con il principio del giusto processo in relazione alla concentrazione di poteri autorizzatori e cautelari in capo al giudice delegato (sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità v. C. Cost., 07.05.2002, n. 168 in *Giur. cost.*, 2002, 1392 e C. Cost. 08.05.1996 n. 148 in *Fall.*, 1996, 1076).

<sup>268</sup> Permanendo ora problemi di coordinamento tra l'art. 669 quaterdecies e la legge fallimentare (quale legge speciale), solo con riguardo ai poteri riconosciuti in tema di misure cautelari al Tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 15 comma 8 l. fall. L'affrontare il tema esulerebbe però dai nostri fini e richiederebbe una trattazione specifica e non incidentale.

2. *Le misure cautelari e le azioni di responsabilità ex artt. 2393 ss. c.c.: la denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. quale misura lato sensu cautelare*

Come annunciato ritengo di dover procedere alla scoperta del ventaglio di strumenti di tutela cautelare apprestati dal legislatore avverso l'attività gestoria degli amministratori di società di capitali, così da garantire nella massima misura la fruttuosità della (eventualmente) esercitanda azione di responsabilità nei loro confronti.

In sostanza il percorso di scoperta avrà ad oggetto quegli strumenti che consentono di ridurre lo scarto tra utilità assicurate dal diritto sostanziale e utilità conseguibili tramite il processo a cognizione piena (di cui agli art. 2393 ss. e all'art. 2476 c.c.), ad esito del quale soltanto verrà accertato se la lamentata responsabilità degli amministratori (dunque la lamentata inadempienza) sussista o meno, essendo per il momento soltanto ipotizzata (rimanendo sul piano della mera verosimiglianza).

Procediamo a piccoli passi nella maggior sinteticità e chiarezza possibile, interrogandoci in primo luogo su quali siano gli strumenti *de quibus* apprestati in via generale dal legislatore o specificamente in tema di società per azioni (*rectius* in tema di azione di responsabilità verso gli amministratori di questa), ponendoci preliminarmente l'obiettivo di non suddividere schematicamente l'analisi adottando quale *discrimen* i diversi processi a cognizione piena di responsabilità ai quali diversi soggetti siano legittimati (azione sociale di responsabilità, art. 2393; azione sociale di responsabilità esercitata dai soci, art. 2393 bis; azione dei creditori sociali, art. 2394), ma risaltando *in primis* la tipicità o atipicità dei mezzi di cautela, accomunati dall'identica funzione di neutralizzazione del pregiudizio derivante all'attore dalla durata del processo a cognizione piena e d'altronde comunemente strumentali a tutte le azioni di responsabilità.

Il secondo obiettivo del presente paragrafo è presto svelato se si consideri come esso sia stato rubricato: nel nome della menzionata funzionalità degli strumenti considerare anche quelle misure che potremmo definire *lato sensu* cautelari (non cautelari in senso tecnico-processuale): si sta parlando evidentemente della denuncia al tribunale *ex art. 2409 c.c.*<sup>269</sup>

Iniziamo col considerare il contenuto di quella tutela che si può chiedere prima o nel corso del giudizio di responsabilità ed a questo strumentale, ricavabile dal complesso di forme

---

<sup>269</sup> Anche nel caso in cui si respinga l'idea che essa dia l'avvio ad un procedimento contenzioso con finalità cautelare, v. A. CANDIAN, *La pretesa reclamabilità dell'ordine di ispezione ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. Nella giurisprudenza della Corte di Milano*, in *Temi Emiliana*, 1943, II, p. 27 e A. CANDIAN, *In margine all'art. 2409 c.c.*, in *Temi Emiliana*, 1952, p. 97; ma sul punto si tornerà più approfonditamente più avanti.

di tutela predisposte dall'ordinamento processuale in modo indifferenziato per tutti i diritti (a prescindere dal singolo diritto che in concreto si faccia valere nel processo).

Tenendo a mente le accennate (al paragrafo precedente) caratteristiche generali dei provvedimenti cautelari, tra le misure cautelari tipiche si deve richiamare quello che rappresenta il mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale per eccellenza, ossia il sequestro conservativo, espressamente disciplinato dagli artt. 2905 c.c.<sup>270</sup> e 671 c.p.c.<sup>271</sup> e previsto a cautela dei diritti di credito.

Nella sua veste di misura cautelare strumentale all'azione di responsabilità esso presuppone che la società, i soci o i creditori sociali (a seconda che chi agisca in responsabilità lo faccia ai sensi dell'art. 2393 c.c., 2393 bis c.c., o 2394 c.c., o anche I singoli soci o I terzi legittimati *ex art. 2395 c.c.*) lamentino un danno al patrimonio sociale dovuto (con nesso causale dunque) ad inadempienze degli amministratori nello svolgimento della loro attività gestoria (*fumus boni iuris*) e che il timore di perdere la garanzia del credito, rappresentato dal patrimonio degli amministratori, risulti fondato (*periculum in mora*).<sup>272</sup>

È evidente come il sequestro conservativo non possa essere ricompreso tra i provvedimenti anticipatori nè tantomeno, essendone la disciplina prevista espressamente nella sezione II del capo III (del titolo I del libro IV) del codice di procedura civile, può essere ricompreso tra i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* che hanno carattere di sussidiarietà<sup>273</sup>, ossia l'attitudine ad operare al di fuori delle situazioni tipiche in relazione alle quali sono disciplinati I singoli procedimenti cautelari (tra cui il sequestro conservativo stesso).

Ora, senza richiamare tutti gli aspetti sostanziali e processuali di questo istituto (il che escluderebbe dalle nostre finalità), per inciso si deve notare che il sequestro conservativo, funzionale alla fruttuosità dell'eventuale esecuzione per espropriazione e all'evitare un pregiudizio ad un diritto (riconosciuto dalla legge), potrà essere richiesto in corso di causa o

---

<sup>270</sup> «Art. 2905. Sequestro nei confronti del debitore o del terzo. 1. Il creditore può richiedere il sequestro conservativo dei beni del debitore secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile. 2. Il sequestro può essere chiesto anche nei confronti del terzo acquirente dei beni del debitore qualora sia stata proposta l'azione per far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione».

<sup>271</sup> «Art. 671. Sequestro conservativo. 1. Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento».

<sup>272</sup> Nel caso in cui il ricorso per sequestro sia effettuato dai creditori sociali legittimati all'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2394 è evidente come il giudice competente dovrà anche vagliare, sotto il *fumus boni iuris*, l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei loro crediti; nel caso in cui il ricorso sia presentato da singoli soci o terzi legittimati all'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2395 c.c. essi avranno sotto il presupposto del *fumus boni iuris* anche quello di provare che il danno si sia prodotto direttamente al loro patrimonio, e non in via indiretta o riflessa quale pregiudizio al patrimonio sociale.

<sup>273</sup> Sul concetto si tornerà a breve

*ante causam*; in quest'ultimo caso l'eventuale ordinanza di accoglimento deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito (art. 669octies c.p.c.).

Per il momento è sufficiente rilevare come le misure cautelari tipiche non possono prevedere in via generale ed astratta tutte le situazioni giuridiche soggettive che possono verificarsi nella realtà di riferimento. Per tale motivo il legislatore, nell'obiettivo di rendere effettivo il principio di cui all'art. 24 Cost., ha previsto misure, potremmo dire con funzione di chiusura nel sistema apprestato di tutela cautelare, con carattere di residualità e atipicità (oltre ai caratteri comuni a tutte le misure, ossia di strumentalità, sommarietà e provvisorietà).

Stiamo parlando delle misure cautelari atipiche e in particolare dei provvedimenti d'urgenza (sopra menzionati) *ex art. 700 c.p.c.*<sup>274</sup>

Ai nostri fini cercheremo di individuare quale spazio (se ve ne è) possa essere loro riservato nell'ambito delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a. (art. 2393 ss.).

Prima di addentrarci nel tema anticipato è opportuno ricordare che la sostanziale atipicità del *periculum in mora* produce effetti diretti sul contenuto del provvedimento d'urgenza. E ciò, d'altronde, ben si può cogliere dalla lettura dello stesso art. 700 c.p.c.<sup>275</sup>: il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 700 potrà avere contenuto conservativo o anticipatorio degli effetti della sentenza di merito, ma non necessariamente; potrà avere anche un contenuto differente, essendo consentito al giudice adottare il provvedimento che più gli appaia congruo rispetto al fine di assicurare al soggetto attore una tutela effettiva<sup>276</sup>.

Come già accennato in termini generali, l'atipicità non esaurisce le caratteristiche di tale misura. In effetti, a ben vedere, è sempre il testo della norma in commento a venire in aiuto. L'attore ricorrente potrà difatti chiedere al giudice di adottare i provvedimenti più opportuni<sup>277</sup>, «*fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo*».

---

<sup>274</sup> Nel quale viene fissata la disciplina delle «condizioni per la concessione». Per gli aspetti procedurali, a seguito della riforma intervenuta con L.335/1990, ci si dovrà riferire alla disciplina generale contenuta negli artt. 669 bis e seguenti.

<sup>275</sup> «Art. 700. Condizioni per la concessione 1. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

<sup>276</sup> F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009, 10

<sup>277</sup> Per necessità di sintesi non si affronta qui la questione, dibattuta in dottrina e giurisprudenza, circa l'interpretazione del principio della stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato come declinato in ambito di provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* Per avere un'idea dei termini della questione si faccia riferimento a L. P. COMOGLIO, *il procedimento cautelare in generale. Le singole misure cautelari*, in *Lezioni sul processo civile*, II,

Ora è bene sottolineare come il rilevato rapporto di sussidiarietà del procedimento (col conseguente provvedimento) d'urgenza rispetto alle altre misure cautelari tipiche è secondo opinione maggioritaria non limitato a quelle previste nel codice di rito, ma si estende anche a quelle previste in altri luoghi, come nel codice civile o nelle leggi speciali.<sup>278</sup>

Questa ultima affermazione non è di poco conto ai nostri fini, nel momento in cui si cerchi di rispondere alla domanda che ci siamo posti poco sopra.

In primo luogo si deve affermare che la possibilità per i soggetti legittimati all'esperienza delle azioni di responsabilità *ex art. 2393 ss.* di ricorrere ai sensi dell'art. 671 c.p.c. per richiedere il sequestro conservativo (misura cautelare per eccellenza per assicurare l'efficacia dell'eventuale giudizio di responsabilità a cognizione piena, essendo idonea a cristallizzare la situazione di fatto su cui inciderà la decisione a venire) dei beni degli amministratori verosimilmente inadempienti, non sia ostativa al ricorso *ex art. 700 c.p.c.* Come bene illustrato in dottrina non si può negare che uno stesso diritto (nel *fumus* della sua esistenza) possa essere soggetto a diversi *pericula in mora* per i quali potrà essere necessario fare ricorso (alternativamente o simultaneamente) a diverse forme di tutela (dal contenuto diverso)<sup>279</sup>. Spiegandoci meglio, una volta presentato il ricorso *ex art. 700* il giudice competente dovrà affermarne l'inammissibilità, se il mezzo tipico di cautela (qualora esistente) sia in concreto idoneo ad eliminare del tutto il pericolo di «pregiudizio imminente e irreparabile» al diritto fatto valere<sup>280</sup>.

Ora senza dover insistere sul contenuto dei requisiti (condizioni della domanda cautelare) necessari affinché sia concesso il provvedimento d'urgenza, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* in quanto connaturati alla tutela cautelare in generale<sup>281</sup>, ritengo opportuno per completezza spendere alcune parole sull'ulteriore caratteristica del provvedimento *de quo*, anch'essa comune (*de minimis*) a tutti i provvedimenti cautelari, ma che si declina in termini parzialmente diversi in relazione al tema in discorso: la strumentalità

---

L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO (a cura di), Bologna, 2006, p. 40; C. CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato*, III – IV, Milano, 2000, 3046; M. DI PIRRO, *I provvedimenti cautelari d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Napoli, 2008, 62; con soluzioni diverse E. A DINI – G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, ed 7, Milano, 1997, p. 437

<sup>278</sup> E. A DINI – G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, ed 7, Milano, 1997, p. 214; in senso conforme sembra anche Cass. 15.6.1999, n. 5925, *MGI*, 1999 e Trib Milano, 29.1.2003, *GI*, 2004, 77, nel senso che occorre verificare se l'ordinamento appresti in astratto una forma di tutela tipica tale da consentire il conseguimento della tutela *ex art. 700* in via d'urgenza.

<sup>279</sup> Così A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 6

<sup>280</sup> Trib Bari, 7.5.1992, *FI*, 1992, I, 3115

<sup>281</sup> con l'unica osservazione che nel caso della domanda *ex art. 700* il *periculum* deve presentare caratteristiche particolarmente qualificate, ossia l'imminenza e l'irreparabilità.

(necessariamente da leggere assieme al carattere della provvisorieta ed anticipatorietà<sup>282</sup> degli effetti del provvedimento)<sup>283</sup>.

È ormai affermazione generalmente accettata quella secondo la quale si dovrebbe parlare di strumentalità attenuata (o di semiautonomia del provvedimento cautelare anticipatorio), stante l'esclusione per tali provvedimenti (come per gli altri espressamente previsti, e diversamente dal sequestro conservativo) della necessità della successiva instaurazione del giudizio di merito (art. 669 octies comma 6 c.p.c.). Si deve comunque rilevare come l'attenuazione del nesso di strumentalità tra processo a cognizione sommaria (quale è il processo cautelare) e processo a cognizione piena non elimina la possibilità che quest'ultimo venga instaurato, permanendo dunque in capo all'attore la necessità di indicare specificamente l'azione di merito cui il ricorso è strumentale (essendo del resto ancora indispensabile l'indicazione del *fumus boni iuris*).

Ora, alla luce dei necessari ragionamenti fin qui svolti, ritengo possibile rispondere alla domanda iniziale cercando così di identificare il contenuto dei provvedimenti d'urgenza che il giudice potrebbe disporre nel sistema degli art. 2393 ss., avendo d'altronde affermato come la loro richiesta da parte dei soggetti legittimati non risulterebbe inammissibile secondo principi generali.

Mi pare non sussistano argomentazioni tali da negare validità all'affermazione, pur sostenuta in dottrina<sup>284</sup>, secondo cui sarebbe legittimo di fronte ad un'azione dichiarativa di responsabilità degli amministratori con conseguente condanna al risarcimento, ipotizzare un ricorso cautelare volto alla pronuncia di un provvedimento inibitorio al compimento di uno o più atti, ovvero di quelle misure a contenuto *lato sensu* anticipatorio<sup>285</sup> idonee a neutralizzare il rischio da tardività del processo a cognizione piena<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Nel senso della idoneità del provvedimento non tanto a fronteggiare il pericolo da infruttuosità all'esito del giudizio del merito quanto a fronteggiare il pericolo da tardività, ossia il rischio che la fisiologica durata del processo sia essa stessa causa di pregiudizio. V. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009, p.23

<sup>283</sup> Ex art 700: « [...] chi ha fondato motivo di temere [...] può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

<sup>284</sup> I. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, in *Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2003, fasc. 5-8, p. 457 – 476.

<sup>285</sup> «la tradizionale contrapposizione tra contenuti conservativi dello status quo e contenuti innovativi, sia nell'ambito delle diverse misure cautelari, sia in relazione al possibile diverso contenuto dei provvedimenti d'urgenza non tiene conto che tutte le misure cautelari sono anticipatorie del provvedimento cui sono strumentali e che, in specie per i provvedimenti d'urgenza, il diverso contenuto, conservativo o innovativo, si ricollega sempre ad un maggiore o minore grado di anticipazione dell'accoglimento della domanda di merito», così in L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, vol. III, Torino, p. 351

<sup>286</sup> A tal proposito si potrebbe ipotizzare l'intimazione all'amministratore a tenere un certo comportamento o a non tenerlo, un generale divieto di non compiere ulteriori atti di gestione o addirittura una

Per concludere, ritengo di dover fare due precisazioni. In primo luogo si deve osservare come non sia casuale il mancato riferimento, tra i provvedimenti (a mio parere) concedibili ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in relazione al sistema di cui agli artt. 2393 ss., alla revoca degli amministratori, sia nel caso in cui ad agire sia la società (legittimata *ex art.* 2393 c.c.; o i soci, legittimati *ex art.* 2393bis) sia, soprattutto, nel caso in cui agiscano i creditori sociali: da una parte l'ordinamento ha subordinato la revoca ad un procedimento che richiede una certa maggioranza (art. 2383 c.c. e art. 2393 comma 4 c.c.)<sup>287</sup>; dall'altra verrebbe a mancare la necessaria strumentalità del provvedimento rispetto al giudizio di cognizione ordinaria<sup>288</sup>.

In secondo luogo, è opportuno sottolineare come la concedibilità di misure cautelari atipiche (che non si identifichino con la revoca) non sia giustificata sulla base della natura della denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. quale rimedio (*lato sensu*) cautelare o meno, non essendo la sussistenza di tale rimedio nell'ordinamento di ostacolo all'affermazione della sussidiarietà di alcuni provvedimenti d'urgenza nel sistema degli art. 2393 ss.

Questa affermazione, per il momento colorata di una certa laconicità, apparirà più chiara dopo aver analizzato l'istituto previsto all'art. 2409 c.c.

L'art. 2409 c.c.<sup>289</sup>, sotto la rubrica «denuncia al tribunale», riconosce ai soci di società per azioni (o di società in accomandita per azioni o di società cooperative) che non fanno

---

sospensione, meramente cautelativa, dell'amministratore, v. per esempio Trib. Napoli 09.12.1996, in *Gur. comm.*, 1998, II, p. 554 ss., il quale emette provvedimento d'urgenza volto ad impedire all'amministratore la dismissione del ramo principale dell'azienda, seppur quale rimedio anticipatorio atipico degli effetti del controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c. e non quale rimedio strumentale all'azione di responsabilità.

<sup>287</sup> Se fosse ritenuto concedibile si ammetterebbe un aggiramento delle condizioni fissate dal legislatore.

<sup>288</sup> Il provvedimento d'urgenza non può «attribuire alle parti beni che esse non potrebbero conseguire per effetto della sentenza», così F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, p. 113; «non si può dare di più, ma si può dare qualcosa di diverso se funzionale a garantire gli effetti della sentenza di merito», così F. SANTANGELI, *I provvedimenti d'urgenza e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006, p. 53

<sup>289</sup> «Art. 2409. Denuncia al tribunale. 1. Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione. 2. Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile. 3. Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. 4. Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata. 5. L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 2393. 6. Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la

ricorso al mercato del capitale di rischio rappresentanti il decimo del capitale sociale e ai soci ( e al pubblico ministero) di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio rappresentanti il ventesimo del capitale (facendo salva in entrambi i casi la diversa previsione statutaria di percentuali inferiori a quelle legali, art. 2409 comma 1)<sup>290</sup>, oltre al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza (art. 2409 comma 7) denunciare al tribunale gravi irregolarità nella gestione causate dagli amministratori in violazione dei loro doveri, qualora ve ne sia il fondato sospetto e quando queste possano arrecare danno alla società (o ad una o più società controllate).

Senza dilungarci sui rilievi storici dell'istituto e su quali siano gli interessi specificamente tutelati (il che verrà toccata indirettamente parlando della natura giuridica del procedimento *ex art. 2409*), è per il momento sufficiente rilevare come in caso di presentazione del ricorso il Tribunale sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci può ordinare l'ispezione della società<sup>291</sup>, e qualora le gravi irregolarità siano accertate o non siano ancora state eliminate può disporre I provvedimenti provvisori ritenuti più opportuni, convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni e nei casi di maggior gravità può revocare gli amministratori (ed anche I sindaci) nominando un amministratore giudiziario di cui stabilisce poteri e durata dell'incarico (art. 2409 comma 4).

Ai nostri fini è bene concentrare l'attenzione su un aspetto: l'amministratore giudiziario, eventualmente nominato, può ai sensi del comma 5 dell'articolo in commento proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci.

Ma sul punto si ritornerà in seguito.

È difatti opportuno chiarire che scopo del presente approfondimento non è quello di affrontare una completa esegesi della disposizione in commento, ma quello di valutare quali siano le interazioni tra le azioni di responsabilità degli art. 2393 ss. e il controllo giudiziario sulla gestione dell'art. 2409 c.c.

---

messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale. 7. I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società».

<sup>290</sup> Per inciso si rileva come parte della dottrina e della giurisprudenza accolga con favore la tesi che legittimato attivo sia anche il socio di maggioranza. In dottrina v. E. PROTETTI, *L'ispezione dell'amministrazione della società*, in *Società*, 1984, p. 1310; in giurisprudenza cfr. Trib. Genova, 24.03.1989; App. Bologna, 18.07.1957, in *Banca e borsa*, 1958, II, p. 585; App. Catania, 7.02.1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 113

<sup>291</sup> Salvo che non sospenda il procedimento a seguito della decisione dell'assemblea di sostituire gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità i quali accertino la sussistenza delle segnalate irregolarità e le eliminino riferendo al Tribunale sulle attività compiute (art. 2409 comma 3).

Per farlo è necessario, senza alcuna pretesa di incontrovertibilità delle conclusioni che si raggiungeranno, cercare di cogliere quale natura abbia il procedimento di cui all'art. 2409 c.c..

Puó effettivamente dirsi un rimedio *lato sensu* cautelare? Se sì, qual'è il senso di tale affermazione?

Abbiamo visto come la denuncia operi attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria nella gestione della società, al fine di rimuovere le irregolarità riscontrate e di promuoverne, attraverso quei provvedimenti che avrebbe dovuto prendere l'assemblea dei soci (anche attraverso l'opera degli altri organi a ciò preposti) il risanamento contabile e amministrativo.

Ora, è necessario notare come struttura e finalità del procedimento mal si conciliano con i caratteri dei procedimenti di natura contenziosa: è pur vero che non è difficilmente ravvisabile un certo conflitto tra gli interessi dei soci denunzianti, i quali fanno valere lesioni attuali o potenziali ai propri diritti (interenti il rapporto sociale), e gli interessi dei soggetti (amministratori e/o sindaci) destinatari dei provvedimenti del tribunale, ma è innegabile come questi stessi provvedimenti non siano presi nell'esclusivo interesse del denunciante, essendo l'istituto chiaramente orientato esclusivamente al ripristino di condizioni di normalità nella gestione dell'impresa.<sup>292</sup> Insomma, difficilmente sarebbero identificabili nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. «parti» contrapposte in senso tecnico.<sup>293</sup>

Si tratterebbe in sostanza, secondo dottrina e giurisprudenza assolutamente maggioritaria, di un procedimento di volontaria giurisdizione, non acquistando carattere contenzioso neppure quando sfoci, nei casi più gravi, in un provvedimento di revoca di amministratori e sindaci<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> Per indicazioni di dottrina e giurisprudenza si rinvia a C. SILVETTI- M. MARULLI, *Le società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, t. II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1996, p. 1003 ss.

<sup>293</sup> A. MARCINKIEWICZ - A. PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989, p. 25

<sup>294</sup> Così in dottrina A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, ed. 10, Milano, 2004, p. 704 ss.; V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI (diretto da), Milano, 2005, p. 328 ; F. DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, p.637; in giurisprudenza cfr. Cass. 26.2.2002, n. 2776, in *Foro it.*, 2002, I, 1718; Cass. 15.3.2001, n. 3750; Cass. 12.7.2000, n. 9257, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 857; Cass. 16.6.2000, n. 8226; Cass., 27.3.1992, n. 3799, in *Dir. Fall.*, 1993, II, 1091; Cass. 19.2.1990, n. 1226; Cass. 15.1.1985, n. 60 in *Foro it.*, 1985, I, 2693; Cass. 16.12.1983, n. 7424; Cass., 10.4.1968, n. 1087, in *Foro it.*, 1968, I, 2588; Trib. Trani, 30.10.2001, in *Soc.*, 2002, 354; nel senso di una giurisdizione puramente oggettiva (nell'area delle funzioni giurisdizionali non necessitate), rilevando che nel procedimento vi sono elementi che lo avvicinano alla giurisdizione contenziosa e altri che lo avvicinano alla giurisdizione volontaria, G. U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova, 1965; contra configurando il procedimento come contenzioso V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 763

Ora senza addentrarci nell'indagine circa la sostanza di questo peculiare procedimento<sup>295</sup>, ai nostri fini e già alla luce dei pochi ragionamenti svolti, è possibile avanzare una considerazione: il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. non è diretto ad assicurare o anticipare gli effetti di una pronuncia di merito, e tanto più non sarebbe diretto ad anticipare od assicurare gli effetti di una pronuncia *ex art. 2393 ss.*, l'azione di responsabilità non seguendo necessariamente al controllo giudiziario della gestione<sup>296</sup>.

Per questi motivi, non sarebbe corretto parlare dell'istituto in commento nei termini di uno strumento cautelare in senso stretto (tipico), ma, evitando di isolarlo concettualmente, ritengo ben si possa parlare, almeno a fini descrittivi, di rimedio *lato sensu* cautelare strumentale alle azioni di responsabilità di cui agli art. 2393 ss. in quanto: a) condivide con le altre misure cautelari, di cui abbiamo dato conto, la funzione di neutralizzare il pregiudizio derivante all'attore dalla durata del processo a cognizione piena<sup>297</sup> (seppur, è bene ricordarlo, sia accessibile anche ad una minoranza di soci più bassa rispetto a quella prevista dall'art. 2393bis); b) le circostanze che possono darvi origine si intrecciano inestricabilmente con le fattispecie suscettibili astrattamente di causare alla società, ai creditori, ai singoli soci o ai terzi danni dei quali gli amministratori sono responsabili (non è raro il caso in cui «gravi irregolarità» nella gestione siano idonee a fondare sia un'azione di responsabilità che la denuncia al tribunale).

---

<sup>295</sup> Indagine definita da V. ANDRIOLI «una ginnastica intellettualmente utile, ma non proficua di risultati neppure sul piano meramente teorico», in V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 55

<sup>296</sup> Nel senso che il procedimento *ex art. 2409* avrebbe natura cautelare cfr. nella giurisprudenza più recente Trib. Roma 12.03.2001; App. Messina, 10.04, 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 567; in dottrina, per la verità piuttosto risalente, A. CANDIAN, *La pretesa reclamabilità*, p. 27 e A. CANDIAN, *In margine all'art. 2409 c.c.*, p. 97.

<sup>297</sup> Nelle sentenze della Cassazione è consolidato l'orientamento secondo cui, con le parole della Corte: «L'iniziativa del socio, ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., per denunciare irregolarità nella gestione societaria, apre un procedimento camerale, che resta nell'ambito della volontaria giurisdizione, ancorché comporti la nomina di un amministratore giudiziario con la revoca di quello prescelto dall'assemblea; la relativa istanza, infatti, non implica domanda in senso stretto, cioè richiesta d'attribuzione di un bene della vita a definizione di un conflitto effettivo o potenziale con il soggetto od i soggetti che a tale attribuzione si oppongono o possano opporsi, ma si esaurisce nella sollecitazione di un intervento del tribunale, di tipo cautelativo e provvisorio, rivolto esclusivamente alla difesa delle posizioni della società e da adottarsi in esito a sommarie informazioni, senza l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio», cfr. Cass. 01.12.1997, n. 12180 in *Foro it.*, 1998, I, p. 3633; in senso conforme Cass. 02.10.1997, n. 9636, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3633; Cass. 29.09.1999, n. 10804, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2000, II, p. 141; Cass. 15.03.2001, n. 3750, in *Foro it.*, 2002, I, p. 831 ss.; nella giurisprudenza di merito App. Roma 03.01.2000, in *Glur. it.*, 2000, p. 331; App. Bologna, 29.06.2001, in *Soc.*, 2001, p. 1474.

*3. Le misure cautelari e l'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.: approfondimento sul tema della revoca dell'amministratore.*

Dopo aver preso in considerazione il ventaglio delle misure (tipiche e atipiche, anche in senso lato) strumentali alle azioni di responsabilità esperibili ai sensi degli artt. 2393ss conviene ora chiedersi a quali forme di tutela cautelare si possa accedere in relazione al sistema normativo delle società a responsabilità limitata, e specificamente in relazione all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inadempienti di queste, espressamente disciplinata all'art. 2476 c.c.

Ora, alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, non mi pare eccessivamente semplificativo ridurre l'indagine del presente paragrafo a due questioni, del resto assolutamente centrali nei dibattiti (anche recenti) di dottrina e giurisprudenza e strettamente connesse l'una con l'altra: da un lato ci si chiederà se vi sia spazio per riconoscere in capo ai soci di s.r.l. il diritto di accedere al rimedio di cui all'art. 2409 c.c. e dall'altro si analizzerà approfonditamente la misura prevista dall'art. 2476 comma 3, il quale oltre a sancire il potere individuale di agire in responsabilità contro gli amministratori inadempienti, espressamente attribuisce ai soci la possibilità di richiedere in caso di gravi irregolarità un provvedimento cautelare di revoca, cercando di salvaguardare la coerenza giuridica dell'insieme.

Difatti, riprendendo per un attimo le considerazioni svolte nei paragrafi e nei capitoli precedenti, non vi sarebbero ostacoli a riconoscere, secondo principi generali, anche ai soggetti legittimati a far valere nel giudizio ordinario la responsabilità degli amministratori di s.r.l. la possibilità di accedere alle misure tipiche (come il sequestro conservativo) e atipiche (provvedimenti d'urgenza, con le dovute distinzioni rispetto a quelli accessibili nel sistema di s.p.a.<sup>298</sup>) idonee a neutralizzare il pericolo legato alla fisiologica durata del processo di cognizione, anche già avviato.

Cerchiamo dunque, prima di addentrarci nelle questioni di cui ci siamo proposti l'indagine, di fare chiarezza circa quei soggetti che, in quanto legittimati all'esperimento delle azioni di responsabilità, siano di conseguenza astrattamente legittimati ad avvalersi di tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per l'efficace tutela dei diritti (in ipotesi, di tutte le misure cautelari tipiche, tra le quali abbiamo al paragrafo precedente approfondito il sequestro conservativo, e di tutte le misure cautelari atipiche o espressamente previste dal codice civile o da leggi speciali): rimandando alle specifiche considerazioni che si faranno nel seguito per

---

<sup>298</sup> Distinzioni dovute al principio di sussidiarietà. Si pensi esemplificamente alla espressa previsione dell'inibitoria della delibera assembleare nelle s.p.a. ex art. 2378 comma 3, assente nel sistema normativo delle s.r.l.

quanto riguarda la legittimazione ad accedere alla misura cautelare prevista dall'art. 2476 comma 3, si può notare come possano valere le osservazioni effettuate in tema di s.p.a..

L'esperimento dei rimedi apprestati dal legislatore non sarà precluso ai soci (dato incontrovertibile), così come alla società, ai creditori e ai singoli soci o terzi direttamente danneggiati dalla violazione dell'amministratore (il cui diritto al risarcimento è fatto espressamente salvo dall'art. 2476 comma 6).

Sulla legittimazione dei soci non mi pare vi possano essere dubbi, sovvenendo il dato letterale di cui all'art. 2476 c.c.. Sulla legittimazione della società i dubbi che pur si incontrano nell'affrontare la questione non paiono insuperabili: riprendendo i ragionamenti svolti nel capitolo precedente appare piuttosto condiviso che, sia che si accolga la tesi della legittimazione straordinaria ad agire dei soci *ex art. 2476*<sup>299</sup> sia che si accolga la differente tesi (da noi illustrata e sostenuta) della loro legittimazione all'azione in quanto rappresentanti sostanziali e processuali della società<sup>300</sup>, quest'ultima rimarrà legittimata all'esperimento dell'azione di responsabilità (e conseguentemente dei rimedi cautelari ad essa strumentali).

Anche sulla legittimazione dei creditori sociali pare si debba assumere una posizione favorevole: I creditori potranno accedere alle misure cautelari non in quanto legittimati all'esercizio dell'azione di responsabilità *ex art. 2394* (applicando analogicamente la disciplina delle s.p.a. alle s.r.l., pur sostenuto in dottrina sulla base di diverse ragioni<sup>301</sup>), ma in quanto agenti in via surrogatoria ai soci *ex art. 2900 c.c.*<sup>302</sup>

Il quadro fin qui delineato appare certamente più chiaro rispetto all'inizio della trattazione, ma ancora incompleto.

Vi è spazio nel sistema normativo delle s.r.l., come risultato a seguito della riforma del 2003, per configurare la sussistenza del rimedio che abbiamo definito *lato sensu* cautelare di cui all'art. 2409 c.c.?

La questione, che ha interessato considerevolmente dottrina e giurisprudenza nei primi due anni successivi all'entrata in vigore del d.lgs. 6/2003, ha trovato una battuta di arresto a

---

<sup>299</sup> Si richiamano alcune pronunce circa l'ammissibilità dell'azione sociale proposta dalla società, in senso favorevole v. Trib. Roma, 22.5.2007, in *FI*, 2008, I, 307; Trib. S.M. Capua Vetere, 20.01.2007, in *FI*, 2008, I, 331; in senso contrario Trib. Milano, 12.4.2006, in *GI*; 2006, 2096; per i riferimenti sulla valutazione della questione in dottrina v. G. BONFANTE – D. CORAPI – G. MARZIALE – R. RORDORF – V. SALAFIA, *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, 1067; in senso favorevole A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), Milano, 2005, p. 720.

<sup>300</sup> Per rivedere i termini della questione, si rimanda al paragrafo 6 del capitolo 2 del presente lavoro.

<sup>301</sup> G. M. ZANNELLA, *Codice delle misure cautelari societarie*, L. NAZZICONE (a cura di), Torino, 2012,

<sup>302</sup> Sul punto però si è pronunciato il tribunale di merito affermando l'inammissibilità dell'azione *ex art. 2476 c.c.* in via surrogatoria, v. Trib. Macerata, sez. Distaccata di Civitanova Marche, 22.3.2010, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)

seguito delle sentenza del giudice delle leggi<sup>303</sup>, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. nelle s.r.l., rigettando per infondatezza le questioni di legittimità costituzionale relative agli art. 2409 c.c., 2476 comma 3 c.c. e 2477 comma 4 c.c. sollevate da due giudici di merito<sup>304</sup> con riferimento agli art. 3 e 76 Cost.

Ma, facciamo un passo indietro. Prima della riforma del 2003 l'art. 2488 prev. ult. comma prevedeva espressamente l'applicazione alle s.r.l. dell'art. 2409 c.c. Nel decreto di riforma è stato eliminato qualsiasi riferimento al controllo giudiziario<sup>305</sup>, parlando chiaro il legislatore (seppur sappiamo bene come ciò non sia vincolante, ma possa venire in aiuto nell'interpretazione esegetica del sistema normativo) che nella Relazione al decreto afferma (è bene tenerlo a mente quando si affronterà il tema della revoca cautelare *ex art. 2476 comma 3*) che «il potere di ciascun socio di promuovere l'azione sociale di responsabilità e di chiedere con essa la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità [...] rende superflua e in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice».

Nonostante questi e altri indici normativi<sup>306</sup>, non è mancato chi in dottrina<sup>307</sup> e giurisprudenza<sup>308</sup>, facendo riferimento all'art. 2477 ultimo comma c.c., abbia sostenuto l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. dotate di collegio sindacale. E sul punto non sembra sia stata ancora raggiunta una presa di posizione condivisa<sup>309</sup>.

---

<sup>303</sup> Corte Cost., 29.12.2005, n. 481

<sup>304</sup> App. Trieste 13.10.2004 (ord.); Trib. Cagliari, 4.02.2005 (ord.)

<sup>305</sup> Sull'assenza dell'espresso richiamo normativo ha fondato la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. la dottrina pressochè unanime. Per alcuni riferimenti v. E. SENINI, *Inammissibile il controllo ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.*, in *Le società*, 2006, fasc. 4, p. 454 nota (2); in giurisprudenza v. Trib. Palermo 16.04.2004, in *www.judicium.it*; Trib. Lecce, 16.07.2004 in *Le società*, 2005, 358; Trib. Bari, 27.09.2004, in *www.judicium.it*; Trib. Bologna, 21.10.2004, in *Le società*, 2005, 357.

<sup>306</sup> tra questi: l'art. 92 disp. Att. C.c. fa riferimento al decreto del tribunale «*che nomina l'amministratore giudiziario nelle società di cui ai capi V e VI del titolo V del libro V del codice*» escludendo dunque le s.r.l.; l'art. 13 l. 91/1981 in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti sancisce espressamente l'applicazione dell'art. 2409 anche alle società sportive professionistiche in forma di s.r.l., considerando dunque precluso il ricorso alle s.r.l. di diritto comune.

<sup>307</sup> L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, p. 36 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della nuova società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa e titoli di credito*, p. 691; F. MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Le società*, 2003, fasc. 7, p. 943 ss.; E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2409*, in *Il nuovo processo societario*, S. CHIARLONI (a cura di), Bologna, 2004, p. 1213 ss.; C. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Società*, 2004, p. 443

<sup>308</sup> Trib. Milano 08.07.2005, in *Foro it.*, 2006, I, col. 1239; Trib. Roma, 06.07.2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 435; Trib. Udine, 01.07.2004, in *Società*, 2005, p. 367; Trib. Roma, 01.12.2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 81; assume come incontrovertibile tale interpretazione Trib. Cagliari 4.2.2005 (ord.); in senso contrario App. Trieste, 13.10.2004 (ord.).

<sup>309</sup> Nel senso dell'applicabilità, da ultimi, v. Trib. Milano, 26.03.2010 con nota di O. CAGNASSO, *Denuncia al tribunale e s.r.l.: la convivenza è ancora possibile, anzi auspicabile*, in *Giur. it.*, 2010, fasc. 7, p. 1627- 1628; Trib. Napoli, 08.10.2008, in *Le società*, 2010, 207; *contra* Cass. civ., sez. I, 13-01-2010, n. 403, in *Foro it.*, 2010, parte I, col. 3113; nel merito Trib. Firenze, 27.10.2011, in *Le società*, 2012, 5

Un dato è comunque ravvisabile: riprendendo la citata sentenza del giudice delle leggi, stante il sistema normativo come risultato dalla riforma del 2003, non vi sarebbe alcuna disparità di trattamento irragionevole tra s.p.a. e s.r.l. e d'altronde la pretesa inderogabile presenza (avanzata dai giudici di merito rimettenti) del controllo esterno (sulla scia di quello di cui all'art. 2409 c.c.) in tutte le società di capitali costituirebbe un assunto aprioristico.

Soffermandoci sul primo dei due aspetti, è utile ricordare quel principio sul quale è stato posto l'accento già al capitolo 2, in tema di disciplina delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a. e s.r.l.: la società a responsabilità limitata è governata da un «autonomo e organico complesso di norme» (art. 3 comma 1 l. a) legge di delega n. 366 del 2001), tale per cui va considerata un modello societario distinto rispetto agli altri pur previsti dall'ordinamento.

A tal proposito, appare dunque non necessario ricercare una totale equivalenza, seppur in termini assoluti, tra tutela apprestata a favore dei soci (e dei creditori<sup>310</sup>) di s.r.l. e di s.p.a., cercando al contrario di metterne in risalto le differenze in termini relativi senza cadere nell'errore di interpretarne gli istituti per quello che “dovrebbero” essere (il che presume la tendenza ad individuare in un modello di società il *tertium comparationis*; talvolta e più spesso ruolo riconosciuto al modello s.p.a., più raramente al modello società di persone).

Ora, abbiamo notato all'inizio del paragrafo (senza espressamente porvi l'accento) come quello che viene talvolta definito l'assetto «privato» dei controlli nella s.r.l. non si arresti alla possibilità riconosciuta ai soci di avere dagli amministratori «notizie sullo svolgimento degli affari sociali» e di «consultare i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione» (art 2476 comma 2 c.c.) ma anche quello di poter chiedere al giudice che sia adottato provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore, nel solco del «principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci» (art. 3 comma 1 l. a) legge di delega n. 366 del 2001)., ai sensi dell'art. 2476 comma 3.

Quest'ultima norma non ha sollevato poche difficoltà interpretative e sistematiche. Grosso modo, i tentativi teorici di individuarne la natura si sono mossi lungo due direttrici di fondo, all'interno delle quali peraltro si riscontrano posizioni parzialmente diverse.

Una prima direttrice, peraltro sinora maggioritaria, è quella secondo cui il giudizio cautelare (viene così identificato dalla stessa disposizione e non si potrebbe non dare assoluta rilevanza alla lettera della norma) e la relativa misura richiesta (revoca dell'amministratore)

---

<sup>310</sup> Si pensi ai ragionamenti svolti in tema di applicazione in via analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l.

starebbe in rapporto di strumentalità rispetto all'azione di responsabilità<sup>311</sup>: il singolo socio potrebbe ottenere il rimedio della revoca dell'amministratore soltanto nel caso in cui abbia «altresì» promosso contro il medesimo (contestualmente<sup>312</sup> o anche successivamente<sup>313</sup>) azione sociale di responsabilità. Ora, analizzando le varie posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza, non si può non rinvenire una certa mancanza di unitarietà e nelle opinioni relative alla natura conservativa o anticipatoria del rimedio<sup>314</sup> (con le rilevanti conseguenze pratiche in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 669 octies<sup>315</sup>) e nelle opinioni relative ai presupposti alla sua concessione (soprattutto circa il *fumus boni iuris*<sup>316</sup>). Mi pare che i dibattiti sulle questioni *de quibus* rimangano a tutt'oggi piuttosto aperti<sup>317</sup>, come appaiono del resto alquanto aperti i dibattiti di cui abbiamo dato conto al paragrafo precedente circa l'esperibilità del rimedio (e soprattutto circa il suo contenuto) ex art. 700 c.p.c. nell'ambito delle azioni di responsabilità verso gli amministratori di s.p.a. (art. 2393 ss. c.c.).

---

<sup>311</sup> *ex multis* F. PARRELLA, *Commento all'art. 2476*, p. 132; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità*, p. 293; A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 757 ss..

<sup>312</sup> Si discute se la richiesta di revoca sia ammissibile solo *lite pendente* o possa essere esperita anche *ante causam*. La prima posizione è sostenuta in dottrina da F. PARRELLA, *Commento all'art. 2476*, p. 132; A. SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma*, in *Società*, 2004, p. 695; L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 475; in giurisprudenza *ex multis* Trib. Treviso, 07.02.2005, in *Giur. it.*, 2005, 2107; Trib. Agrigento 01.08.2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 299; Trib. S. M. Capua Vetere, 20.07.2004, in *Soc.*, 2004, 1545; Trib. Parma 25.10.2004, in *Soc.*, 2005, 758;. La tesi peraltro sembrerebbe confortata dalle parole della Relazione al decreto di riforma dove con riferimento all'azione di responsabilità il legislatore dice che «con essa», «in quella sede» il socio che la propone può chiedere la revoca.

<sup>313</sup> Sulla possibilità di esperire il rimedio anche *ante causam*: A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 757 ss., sulla base dell'assenza di una disposizione simile a quella dell'art. 2378 comma 3 (richiamata per le s.r.l. dall'art. 2479 ter) e sulla base dei principi generali di cui agli artt. 669ter e 669 quaterdecies, «cui può derogarsi solo dove la legge espressamente lo preveda»; v. inoltre O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, p. 1888; G. OLIVIERI, *I procedimenti cautelari plurilaterali (le principali fattispecie; il nuovo art. 2409 c.c.)*, in *www.judicium.it*; in giurisprudenza Trib. Roma 31.03.2004, in *Riv. not.*, 2004, II, 768; Trib. Roma, 05.08.2004, in *Soc.*, 2004, 1542; Trib. Milano, 12.01.2006, in *Soc.*, 2007, 1010

<sup>314</sup> Parla di carattere conservativo atipico della misura O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), Padova, 2007, p. 261.

<sup>315</sup> Secondo opinione dominante sarebbe non applicabile, in quanto incompatibile con la natura non anticipatoria del provvedimento.

<sup>316</sup> Oggetto di valutazione sommaria costituiscono certamente le «gravi irregolarità» (come espressamente stabilito dalla norma). Ma, data la strumentalità dell'azione rispetto a quella di responsabilità, deve necessariamente sussistere un danno attuale? Rispondono affermativamente P. BENAZZO, *Competenze soci e amministrazione nelle S.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, 2004, n. 7, p. 814; in giurisprudenza, Trib. Catania, 14.10.2004 (ord.) e Trib. Roma, 05.08.2004 (ord.). Nel senso della sufficienza, sotto il *fumus boni iuris*, di un danno meramente potenziale, F. MAINETTI, *Il controllo*, p. 943 ss; O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, p.1888. Tra danno attuale e danno potenziale A. ANGELILLIS – G.SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 757 ss..

<sup>317</sup> In proposito potrebbe essere utile richiamare anche l'articolata motivazione di G. OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*, il quale afferma, seppur riferendosi all'art. 23 d.lgs. 5/2003 come «l'espressione «provvedimenti d'urgenza e altri provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito» debba essere interpretata non tanto come identificativa di un insieme comprendente tutte (e solo) le misure inquadrabili nei due *genera*, ma piuttosto quale criterio per identificare tutte le misure cautelari che sono idonee a realizzare la tutela giurisdizionale anche se non seguite dal giudizio di merito (...)»

Per completezza è però di particolare interesse rilevare come parte consistente della dottrina (nelle pieghe della prima direttrice) afferma la strumentalità del provvedimento prescindendo dalla considerazione circa la sua natura anticipatoria/conservativa rispetto al promuovendo giudizio di merito: superando la (pur rilevante) osservazione che i *petita* dei due giudizi sono differenti tra loro, si afferma che il nesso di strumentalità tra istanza di revoca e azione di responsabilità, affatto particolare ma certo concepibile, sarebbe stabilito *ope legis* dallo stesso art. 2476 c.c.,<sup>318</sup>. Il legislatore, in altre parole, garantirebbe l'esperibilità di uno strumento cautelare atipico (tipicizzato) con caratteri propri<sup>319</sup> rispetto a quelli previsti dalle norme generali, sul piano oggettivo (necessarie «gravi irregolarità») e soggettivo (esperibile da parte dei soli soci<sup>320</sup>), fissandone la stessa natura strumentale rispetto all'azione di responsabilità<sup>321</sup>. Per inciso, la cautelarietà del provvedimento (espressamente prevista dal legislatore) andrebbe probabilmente intesa, seguendo questa opinione, non tanto come cautelarietà strutturale quanto quale mera sommarietà del giudizio cautelare e provvisorietà della misura decisa dal giudicante<sup>322</sup> (ma forse questa opinione continua ad essere inesatta, stante l'attuale processo *in fieri* di evoluzione del concetto di cautelarietà).

Vi è d'altra parte chi, proprio facendo leva sulla diversità ontologica delle due azioni (e dunque sulla diversità dei *petita*, nonché del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*) si pone nella scia di quella che schematicamente possiamo definire una seconda direttrice interpretativa, secondo cui il legislatore all'art. 2476 c.c. avrebbe non tanto tipizzato un rimedio cautelare quanto un'autonoma azione di revoca (o quantomeno ne avrebbe considerato la configurabilità). Il rimedio cautelare di cui all'art. 2476 c.c. sarebbe pertanto non strumentale all'azione di responsabilità, ma ad un'autonoma azione di revoca a

---

<sup>318</sup> Così C. CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo: è vera misura cautelare? Quale disciplina? Ante causam la revoca dell'amministratore ma non la inhibitoria delle delibere*, in *Corr. giur.*, 2005, fasc 2, p. 272-275, il quale parla di «sciarada davvero deliziosamente stuzzicante»; F. MAINETTI, *Il controllo*, p. 943 ss, il quale parla di «tutela cautelare decisamente atipica»; G. OLIVIERI, *La tutela cautelare*, in *www.judicium.it*; G. ARIETA – M. P. GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l. - Note sul potere di revoca fra diritto e processo: è vera misura cautelare? quale disciplina? ante causam la revoca dell' amministratore ma non la inhibitoria delle delibere?*, in *Corr. giur.* 2005, 271; in giurisprudenza v. Trib. Pinerolo 02.11.2004 (ord.)

<sup>319</sup> Non identificabili con quelli propri dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.. Sarebbe dunque porsi nel sistema quale *tertium genus*, sicuramente atipico.

<sup>320</sup> Sul punto si tornerà in seguito

<sup>321</sup> Peraltro, è evidente, il problema di dare un contenuto alla strumentalità per comprendere se il provvedimento cautelare conservi la propria efficacia anche nel caso in cui il giudizio di merito non sia iniziato (art. 669 octies). Questione evidentemente legata alla qualificazione della misura quale conservativa o anticipatoria, dalla quale derivano importanti conseguenze pratiche.

<sup>322</sup> Una cosa è certa, il provvedimento è espressamente riconosciuto quale cautelare. Tale qualificazione non può essere disattesa. Pertanto, «in quanto compatibili», a tale provvedimento si applicheranno le disposizioni generali del procedimento cautelare uniforme (art. 669 quaterdecies c.p.c.). Mi pare che sia proprio l'interpretazione del requisito di compatibilità a fondare le diverse prese di posizione di quella dottrina che si pone nella prima direttrice.

cognizione piena<sup>323</sup>. A ben vedere gli argomenti portati dagli studiosi a conforto della tesi sostenuta non sono di poco conto, seppur, si deve dire, non appaiano insuperabili.<sup>324</sup>

Ora, senza dilugarci oltremodo sull'argomento, è necessario rilevare come sulla scia di questa seconda corrente di pensiero si siano sviluppate posizioni piuttosto variegata, nel non deprecabile intento (alla base delle elaborazioni, secondo autorevole dottrina) di ovviare agli ostacoli che una interpretazione della misura cautelare *ex art* 2476 comma 3 nel senso della sua necessaria strumentalità all'azione di responsabilità (con la opinabile necessità per il ricorrente di dimostrare il danno attuale alla società, causalmente dovuto alle gravi irregolarità dell'amministratore) frapporrebbe tra il diritto del socio e l'effettiva tutela.

Vi è chi (ed è la posizione sostanzialmente finora illustrata) inferisce l'esistenza nell'ordinamento delle s.r.l. di un'azione di merito autonoma a partire dall'azione cautelare disciplinata dall'art. 2476 c.c.; chi afferma un potere del socio di agire in via autonoma per la revoca e dunque in via cautelare anche adducendo una giusta causa, diversa dalle «gravi irregolarità» menzionate dalla norma, avanzando l'ipotesi dell'applicabilità alle s.r.l. in via analogica dell'art. 2259 comma 3<sup>325</sup> (che attribuisce ai soci di società di persone il potere di

---

<sup>323</sup> In dottrina v. G. ZANARONE, *Commento all'art. 2476, Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile, - Commentario*, P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2010, p.1080-1088, il quale fa notare come il legislatore parli di «gravi irregolarità nella gestione» senza fare alcun riferimento all'attualità del danno. Ciò secondo lui sarebbe sintomo del fatto che l'azione cautelare venga concepita dal legislatore come del tutto svincolata dall'azione sociale di responsabilità; N. ABRIANI, *Commento all'art. 2476 c.c.*, in *Codice Commentato delle s.r.l.*, P. BENAZZO - S. PATRIARCA (diretto da), Torino, 2006, p. 360-381; R. WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA – G.B. PORTALE (diretto da), 3, Torino, 2006, 544; S. COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476 c.c.*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. SANTORO (a cura di), Milano, 2003, p. 173 ; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1213; M. SANDULLI, *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2005, p. 485 ss.; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori*, p. 655; così in giurisprudenza (a quanto consta per la prima volta) Trib. S.M. Capua Vetere, 15.11.2004 il quale riferendosi alla norma in commento afferma che avrebbe «sostanzialmente tipizzato», «pur senza enunciarlo espressamente», un'azione di revoca a legittimazione individuale;

<sup>324</sup> Per una disamina degli argomenti portati a sostegno della tesi esposta ed una analisi critica degli stessi si faccia riferimento a A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 761 ss.; soffermandoci su uno degli argomenti portati a sostegno, ossia l'apparente avallo, alla tesi esposta, della Corte Costituzionale, che incidentalmente nella sentenza del 29.12.2005, n. 481 osserva che «la qualificazione di «cautelare» data dalla legge alla misura di revoca ben può essere intesa [...] nel senso strumentale (e anticipatoria rispetto) ad un'azione volta ad ottenere una sentenza di revoca degli amministratori, perciò solo che nella gestione della società sono presenti gravi irregolarità e v'è mero pericolo di danno per la medesima», mi pare in realtà come esso non sia insuperabile: la Corte sembra esclusivamente mettere in guardia i giudici di merito dall'inferire lacune sulla base di interpretazioni ancora non del tutto pacifiche delle norme. Sembra infatti esclusivamente affermare che pur considerandosi veritiero che il sistema normativo dell s.r.l. sia (appaia) lacunoso rispetto a quello delle s.p.a., non per questo è incostituzionale e comunque la lacunosità inferita non trova saldo sostegno negli argomenti avanzati dai giudici di merito.

<sup>325</sup> Così N. ABRIANI, *Commento all'art. 2476 c.c.*, p. 376; F. PARRELLA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario*, S. AMBROSINI (a cura di), vol I, Torino, 2005, p. 442 ss.; R. WEIGMANN, *La revoca degli amministratori*, p. 544; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), Padova, 2007, p. 260 ss., finendo, mi pare, per identificare nella misura *ex art* 2476 comma 3 un'ipotesi di misura cautelare atipica *ex art*.700 c.p.c. Al riguardo ritengo sia condivisibile l'opinione

chiedere giudizialmente la revoca degli amministratori in ogni caso per giusta causa), probabilmente sotto l'egida di quella opinione che vedeva nella s.r.l., a seguito della riforma delle società del 2003, una "società di persone a responsabilità limitata", più che una "piccola società per azioni"; chi infine si pone su posizioni intermedie, sostenendo la coesistenza tra l'ammissibilità di un provvedimento cautelare inserito nell'azione risarcitoria (art. 2476 comma 3 c.c.) e l'ammissibilità di un'azione di revoca degli amministratori per giusta causa i cui effetti sarebbero anticipabili *ex art. 700 c.p.c.*<sup>326</sup>

Prescindendo da valutazioni di merito (pur velatamente avanzate nel corso delle considerazioni svolte) circa le tesi ricordate e ribadendo che la prima direttrice risulta quella sulla quale si attestano ad oggi la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, si deve porre l'attenzione su due aspetti. In primo luogo, come evidenziato da alcuni studiosi, è bene riflettere sulla circostanza che, anche qualora si ritenesse non accoglibile la tesi secondo cui la concedibilità della misura richiesta con ricorso ai sensi dell'art. 2476 comma 3 sarebbe subordinata ad una valutazione del giudice circa la sussistenza, sotto il *fumus boni iuris*, di un danno meramente potenziale (e non, come è invece generalmente ritenuto, di un danno attuale) connesso causalmente alle «gravi irregolarità»<sup>327</sup>, il tentativo di colmare in via interpretativa quella che può apparire (e forse è) una «lacunosità» del sistema normativo delle s.r.l. non risulterebbe comunque giustificato<sup>328</sup>. È sul secondo aspetto però, che più mi preme porre l'accento: il legislatore, attraverso l'art. 2476 comma 3, sembra aver inteso conferire al socio, individualmente considerato, un diritto proprio di agire in via cautelare (strumentalmente all'azione di responsabilità o ad un'autonoma azione di revoca). Spieghiamoci meglio: il socio, allorquando agisse chiedendo la revoca al giudice, non lo farebbe *utendo iuribus* della società, ma facendo valere in nome proprio un diritto proprio<sup>329</sup>

---

di chi considera tale argomento del tutto ultroneo rispetto alla specifica questione in commento (v. G. ZANARONE, *Commento all'art. 2476*, p.1080-1088)

<sup>326</sup> O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, p. 264

<sup>327</sup> Sarebbe sufficiente, per l'accoglibilità della domanda cautelare, che le gravi irregolarità siano idonee a cagionare danno al patrimonio sociale, per due motivi: la strumentalità del provvedimento viene fissata dal *deus ex machina* legislatore; la misura appare del tutto atipica rispetto al ventaglio degli strumenti generalmente riconosciuti: il *fumus boni iuris* si identifica nelle sole acclamate «gravi irregolarità» (caratterizzando di conseguenza anche il *periculum in mora*). Così mi pare, F. MAINETTI, *Il controllo dei soci*, p. 943 ss, il quale dunque farebbe leva sulla incompatibilità (ai sensi dell'art. 669quaterdecies) del provvedimento cautelare previsto dal codice civile per affermarne la non anticipatorietà ed il ristretto presupposto del *fumus* per la sua concedibilità (danno meramente potenziale). In senso discordante A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, p. 753.

<sup>328</sup> Stante, si ribadisce, la celebrata autonomia del sistema normativo delle s.r.l. a seguito della riforma delle società del 2003.

<sup>329</sup> Mi pare di trovare conferma in G. ZANARONE, *Commento all'art. 2476*, p.1080-1088 e in un certo qual modo nella stessa lettera della norma, facendo salva l'art. 2476 comma 5 l'eventuale rinuncia o transazione della società circa la sola azione di responsabilità. Certo è che il potere cautelare risulterebbe comunque

(a prescindere dal fatto che egli sia legittimato a promuovere l'azione di responsabilità in quanto sostituto processuale *ex art. 81 c.p.c.*, o in quanto rappresentante sostanziale e processuale della società<sup>330</sup>).

Le conseguenze dell'affermazione appena avanzata risulteranno più evidenti nel momento in cui si ipotizzerà la trasposizione degli istituti nel sistema normativo fallimentare.

Per il momento basti osservare che, giusta l'opinione espressa, anche qualora si ritenesse esperibile da parte dei creditori della s.r.l. l'azione sociale di responsabilità *ex art. 2900 c.c.* (azione surrogatoria), si dovrebbe necessariamente sostenerne l'inaccessibilità al rimedio cautelare di cui all'*art. 2476 comma 3*.

*4. L'azione di responsabilità ex art. 146 comma 2 l. fall. e le iniziative cautelari: il ricorso del curatore in corso di causa ed ante causam.*

Come abbiamo anticipato al paragrafo 1, a seguito della riforma del diritto fallimentare intervenuta con d.lgs. 5/2006, è stato espunto dall'*art. 146 l. fall.* il comma 3, il quale espressamente prevedeva in capo al giudice delegato il potere di disporre «le opportune misure cautelari» nel momento in cui autorizzava il curatore alla proposizione dell'azione di responsabilità.

È evidente come al curatore, quale legittimato straordinario ad agire *ex art. 2393ss. c.c.* o *ex art. 2476 c.c.* verso gli amministratori di s.r.l. fallita (per inciso è bene ricordare come sia improprio, nel secondo caso, parlare di legittimazione straordinaria del curatore ad agire in responsabilità<sup>331</sup>), saranno accessibili tutte le misure cautelari previste ordinariamente a favore dei soggetti aventi il diritto di agire a tutela (piena) dei loro diritti, nelle cui posizioni egli “subentra”.

Nel presente paragrafo tenteremo dunque di comprendere quali provvedimenti cautelari il curatore potrà richiedere al fine di rendere effettiva ed efficace in via provvisoria e *lato sensu* anticipatoria la tutela richiesta al giudice ordinario qualora decida di agire in responsabilità contro gli amministratori ai sensi dell'*art. 146 l.fall.* (naturalmente, a fini descrittivi, concentrandoci dapprima sulla situazione in cui egli sia curatore di s.p.a. fallita, e,

---

svuotato, data la sua strumentalità, anche, in ipotesi, attenuata (venendo meno il diritto ad esperire l'azione, verrebbe meno del resto il presupposto del *fumus boni iuris*, imprescindibile per la concedibilità del rimedio)

<sup>330</sup> Ipotesi peraltro da noi sostenuta.

<sup>331</sup> Il perché di questa affermazione lo abbiamo ampiamente illustrato nei capitoli che precedono. Brevemente si può qui ricordare come la legittimazione del curatore ad agire in responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. sia fondata sui principi generali fallimentari (*artt. 42, 43 e 31 l. fall.*) e non su una specifica norma attributiva.

solo successivamente, sulla situazione in cui egli sia curatore di s.r.l. fallita), cercando così di sistematizzare il quadro a primo impatto piuttosto frammentato, per poi dedicarci nel prossimo alcuni aspetti il cui approfondimento deriverà necessariamente dalle prime considerazioni: ci si chiederà *in primis* chi sia l'organo competente a decidere sull'eventuale ricorso cautelare del curatore, se siano necessari a rendere legittima la sua attività (in una prospettiva endofallimentare) sia l'autorizzazione del giudice delegato che il parere del comitato dei creditori (*ex art. 146 comma 2*), se gli elementi processuali (e nello specifico la delibera assembleare) visti in tema di azioni ordinarie si ripercuotano sulle azioni cautelari ed infine si esamineranno le problematiche che la trasposizione nel fallimento di istituti disciplinati nel diritto comune solleva.

Si deve primariamente notare come già alla luce delle poche considerazioni svolte, riprendendo tutto quello che è stato finora detto, mi pare si abbiano tutti gli strumenti per dare una risposta soddisfacente alla prima questione. A seguito del fallimento di una società per azioni, il curatore nominato dal tribunale qualora decida di agire in responsabilità contro gli amministratori ai sensi dell'art. 146 l. fall. avrà il potere di accedere a tutti i rimedi cautelari predisposti dall'ordinamento in via ordinaria, così da neutralizzare il rischio che la durata (lunga) del processo ordinario di cognizione possa azzerare l'effettività della tutela. Che agisca ai sensi dell'art. 2393 c.c. ("in luogo" della società), che agisca ai sensi dell'art. 2393bis ("in luogo" dei soci) o, ancora, dell'art. 2394 ("in luogo" dei creditori sociali)<sup>332</sup>, il curatore, secondo i principi generali processual civilistici potrà in ipotesi ricorrere cautelatamente *lite pendente* o *ante causam* proponendo la domanda al giudice competente a conoscere del merito (art. 669ter c.p.c.). Riprendendo quanto detto al paragrafo 2, potrà dunque accedere non solo alle misure cautelari tipiche (in ipotesi al sequestro giudiziario o soprattutto al sequestro conservativo) ma anche alle misure cautelari atipiche *ex art. 700 c.p.c.*, naturalmente ricorrendone i presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e negli stretti spazi che in dottrina vengono riconosciuti all'applicabilità di quest'ultima forma di rimedio in ambito societario (stante la sussistenza di una pluralità di misure cautelari tipiche). Una considerazione è d'obbligo e peraltro la sua portata non è da sottovalutare: il curatore, come del resto la società, i soci o i creditori sociali (o comunque i singoli soci o terzi direttamente lesi) di società ancora *in bonis*, non potrà in nessun caso fare oggetto del *petitum* della domanda cautelare *ex art. 700 c.p.c.* un provvedimento cautelare di revoca (non

---

<sup>332</sup> Abbiamo più volte messo in luce come non potrà mai agire in responsabilità nei confronti degli amministratori subentrando nei diritti del singolo socio o terzo direttamente danneggiati dagli stessi (art. 2395 c.c.), secondo opinione oramai consolidata.

rivenendosi nel sistema normativo delle s.p.a. alcuna disposizione del tenore dell'art. 2476 comma 3 c.c.), difettando, *de iure condito* (allo stadio interpretativo cui sono giunte dottrina e giurisprudenza<sup>333</sup>) sia la strumentalità del rimedio rispetto al giudizio di merito che la sussidiarietà dello stesso<sup>334</sup>.

Il curatore del resto, si noti bene, non potrà neanche accedere a quello che più sopra è stato definito un rimedio *lato sensu* cautelare, ossia il controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c., mi pare non tanto perchè, come affermato da qualcuno, il rimedio sarebbe incompatibile col fallimento<sup>335</sup>, quanto perchè il legislatore avrebbe attribuito in via esclusiva il diritto di farne richiesta ai soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o la diversa misura del ventesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409 comma 1 c.c.)<sup>336</sup> oltre al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza, al comitato per il controllo sulla gestione o al pubblico ministero, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409 comma 7 c.c.).

Basti richiamare a tal proposito quanto affermato al primo capitolo e più volte ripetuto nel corso del lavoro: il curatore al momento del fallimento delle società di capitali subentra genericamente nelle posizioni giuridiche (patrimoniali) della società fallita, ma non dei soci della stessa (con l'eccezione dei casi in cui tale "subentro" sia espressamente previsto, art. 2394bis in relazione all'art. 2393bis).

Tra l'altro, è bene evidenziarlo (anche a rischio di risultare ripetitivi), il rimedio di cui in commento è solo astrattamente prodromico all'azione di responsabilità; azione che potrà essere esercitata dai soci eventualmente e comunque sulla base di diversi presupposti sostanziali (qualsiasi inadempimento doloso o colposo dannoso, e non gravi irregolarità).

---

<sup>333</sup> Ho più volte messo l'accento su questo pensiero perchè mi pare che sulla scia del *referè* sviluppatosi e operante nel sistema francese e preso a modello dal legislatore processual civilistico, si stia andando verso una strumentalità attenuata delle misure atipiche non solo nel senso della non necessarietà del giudizio di merito *ex art.* 669octies (nonostante il provvedimento non potrà mai colorarsi di definitività) ma anche nel senso di una anticipatorietà (quale idoneità ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito) contenutistica attenuata del rimedio. Si è osservato in dottrina che l'ampio disegno legislativo di sdoppiamento tra provvedimenti cautelari in senso proprio e provvedimenti anticipatori svincolati dalla strumentalità è rimasto in parte inattuato perchè il legislatore ha preferito inserire quest'autonoma figura nell'ambito della previgente disciplina dei provvedimenti cautelari, come se ne costituisse una variante, così compromettendo le potenzialità proprie dell'autentico *referè*, così G. MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari verso l'introduzione del referè*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 1182 ss.

<sup>334</sup> La sussidiarietà mancherebbe, è bene dirlo, non tanto rispetto ad altri strumenti cautelari, quanto rispetto all'espressa disciplina che lega la revoca dell'amministratore alla delibera di una certa maggioranza, secondo le regole ordinarie (art. 2383 c.c.) e secondo le regole dettate in tema di azione di responsabilità: *ex lege* ai sensi dell'art. 2393 comma 4 c.c. la deliberazione dell'azione di responsabilità presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale «importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta».

<sup>335</sup> Così P. CENDON, *Commento all'art. 2409 c.c.*, p. 121

<sup>336</sup> Ed anche, estensivamente, al socio di maggioranza.

A ben vedere, le stesse considerazioni con qualche necessaria distinzione valgono anche nel caso in cui ad essere fallita sia non una società per azioni, ma una società a responsabilità limitata.

Il curatore del fallimento anche in questo caso risulterà l'unico soggetto legittimato ad agire in responsabilità<sup>337</sup> nei confronti degli amministratori che abbiano, con la loro violazione, causato un danno al patrimonio sociale. Anche a voler riconoscere in capo ai creditori (soluzione peraltro quantomeno non pacifica) la possibilità di agire in via surrogatoria *ex art. 2900 c.c.* per far valere giudizialmente il diritto al risarcimento della società, qualora questa rimanga inerte, è condivisa considerazione in dottrina e giurisprudenza quella secondo cui il venir meno, col fallimento, della sua legittimazione sostanziale e processuale circa le posizioni giuridiche patrimoniali (a favore del curatore) irrimediabilmente si ripercuote anche sui diritti (riconosciuti dal diritto comune) dei creditori. Qualora si voglia accogliere la tesi maggioritaria dunque, la legittimazione del curatore all'azione surrogatoria confluirà e si confonderà (vista l'identità dei presupposti) con l'azione sociale di responsabilità alla quale è legittimato *ex art. 42 l. fall. e 146 l. fall.*<sup>338</sup>

Pertanto, decidendo di agire *ex art. 146 comma 2 l. fall.*, il curatore potrà anche accedere a tutte quelle misure cautelari, tipiche e atipiche, strumentali all'azione sociale di responsabilità di cui all'*art. 2476 c.c.*. Soffermiamoci però su quest'ultimo punto, all'apparenza piuttosto lineare, ma in realtà foriero di non banali insidie.

Abbiamo dato conto al paragrafo precedente di come il legislatore della riforma delle società del 2003 abbia introdotto all'*art. 2476 comma 3 c.c.* la possibilità per ciascun socio di chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione da parte dell'amministratore, che sia preso provvedimento cautelare di revoca nei suoi confronti e di come la dottrina e la giurisprudenza dominanti si siano attestati su quella che abbiamo definito, descrittivamente, la prima direttrice. Il rimedio in discorso, seguendo l'opinione maggioritaria, sarebbe dunque strumentale all'azione di merito (di accertamento della responsabilità e condanna al risarcimento del danno), seppur, è bene notarlo, tale strumentalità venga fissata *ope legis*.

Pur senza accedere alla differente opinione secondo cui il rimedio di cui all'*art. 2476 comma 3* in realtà sarebbe strumentale non tanto all'azione di responsabilità quanto ad un autonoma azione di merito, implicitamente riconosciuta dal legislatore, con la quale può essere chiesta in via principale la revoca dell'amministratore ("seconda direttrice"), ritengo si

---

<sup>337</sup> Fatto sempre salvo il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o terzo direttamente danneggiato dalla violazione dell'amministratore (*art. 2476 comma 6*).

<sup>338</sup> Sul punto si rimanda a quanto osservato al capitolo 2 paragrafo 7 e a quanto si osserverà nel seguito del presente lavoro.

debba comunque negare la possibilità per il curatore di ricorrere al giudice per la revoca cautelare degli amministratori, avendo il legislatore attribuito tale diritto in via esclusiva ai soci (*rectius*, ad ogni singolo socio)<sup>339</sup>.

Conclusivamente per completezza è bene fare due ulteriori considerazioni, entrambe strettamente legate a quanto affermato al capitolo 2, del quale è bene richiamare alla mente i ragionamenti svolti: in primo luogo, stante la necessaria strumentalità (seppur al limite attenuata) delle misure in senso stretto<sup>340</sup> cautelari rispetto alle azioni ordinarie di cognizione, mi pare che difficilmente si potrebbe affermare la configurabilità, in concreto, di una concorrenza tra legittimazione del curatore e legittimazione di altri soggetti al promovimento di domande cautelari strumentali alle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2393 ss. e 2476 c.c.<sup>341</sup> Una volta intervenuto il fallimento mancherà sempre, in capo al fallito società, ai soci o ai creditori, il *fumus* condizione per la concedibilità di un provvedimento cautelare.

In secondo luogo è opportuno chiedersi quale sia il destino delle iniziative cautelari avviate dai soggetti legittimati prima della dichiarazione di fallimento, che siano strumentalmente legate ad una promuovenda azione di responsabilità. Non sembra vi siano ostacoli nel trasporre anche qui le osservazioni avanzate al capitolo 2 in tema di effetti del fallimento sulle azioni ordinarie di responsabilità in corso al momento della dichiarazione dello stesso.

Facendo ancora leva sul concetto di necessaria strumentalità (seppur, al limite, attenuata) della tutela cautelare rispetto alla tutela ordinaria, mi pare che, in relazione allo specifico istituto preso da noi in considerazione (ossia del procedimento cautelare funzionalizzato ad una futura azione di responsabilità, *ex* artt. 2393 ss. e 2476 c.c.), non si possa negare l'inerenza della domanda cautelare a «rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento» nei quali, ai sensi dell'art. 43 comma 1 l. fall., «sta in giudizio il curatore». Lo *ius* caratterizzante il *fumus boni iuris* della domanda cautelare non potrà, in tali circostanze, non cadere entro le maglie di tali rapporti<sup>342</sup>. Ancor di più risulta difficile poter

---

<sup>339</sup> Tale opinione era stata già anticipata alla fine del precedente paragrafo, al quale si rimanda. Ulteriormente si può rilevare come tale potere si inserirebbe dunque a pieno titolo all'interno della cornice legislativa della s.r.l. ritagliata dal legislatore riformante del 2003 sulla rilevanza centrale del socio e dunque, specificamente, all'interno di quel ventaglio di strumenti di controllo apprestati a favore dei soci («privatizzazione del controllo» all'interno della s.r.l.)

<sup>340</sup> Precisazione necessaria in quanto non si sta considerando quello strumento che abbiamo definito *lato sensu* cautelare, ossia la denuncia al tribunale *ex* art. 2409 c.c.

<sup>341</sup> Si ricordi a tal proposito come la configurabilità in concreto, una volta intervenuto il fallimento, di una concorrenza tra legittimazione del curatore e legittimazione della società, dei soci o dei creditori era stata esclusa anche con riguardo alla tutela giurisdizionale di cognizione *ex* artt. 2393 ss. e 2476 c.c.

<sup>342</sup> Con l'eccezione della domanda cautelare proposta dai creditori sociali di s.p.a. legittimati ad agire in responsabilità nei confronti degli amministratori di questa ai sensi dell'art. 2394 c.c. con un'azione autonoma.

confutare il fatto che quello cautelare sia un «processo»<sup>343</sup> (con esclusione del caso in cui il provvedimento venga messo dal giudice *inaudita altera parte ex art. 669 sexies comma 2*), e in quanto tale soggetto alla disciplina di cui agli artt. 295 ss. c.p.c. e, in ambito fallimentare (nei limiti di quanto qui di nostro interesse) alla disciplina di cui all'art. 43 comma 3 l. fall.

Pertanto il curatore, pendente un'azione cautelare strumentale ad un'azione di responsabilità e intervenuta l'automatica interruzione del processo (*ex art. 43 comma 3 l. fall.*), potrà decidere di subentrare o meno nella stessa. Con la conseguenza che, dovesse il curatore rimanere inerte<sup>344</sup>, i soggetti “espropriati” col fallimento dei propri diritti riacquisterebbero il potere di agire anche cautelatamente.<sup>345</sup>

##### 5. (Segue). Alcuni aspetti processuali relativi alle azioni cautelari promosse dal curatore

Fatti questi necessari ragionamenti, è bene interrogarsi su alcuni aspetti in un certo qual modo già affrontati nel corso del lavoro e dei quali avevamo anticipato la trattazione al paragrafo precedente.

Per inciso si deve rilevare come oggetto di analisi saranno esclusivamente alcuni aspetti processuali (e potremmo dire anche “procedimentali”) delle azioni cautelari eventualmente avviate dal curatore in corso di fallimento e strumentalmente all'azione di responsabilità esercitata ai sensi dell'art. 146 comma 2.

Circa gli aspetti sostanziali delle stesse, certamente non meno interessanti, potrà difatti farsi riferimento a quelli di cui abbiamo dato conto ai paragrafi 2 e 3 del presente capitolo in tema di tutela cautelare strumentale alle azioni di responsabilità verso gli amministratori di società (s.p.a. o s.r.l.) *in bonis*. Del resto, come abbiamo detto, non viene dettata (*rectius*: non più) una disciplina speciale nel caso in cui ad agire sia il curatore, il quale potrà accedere agli strumenti cautelari apprestati dal legislatore a favore di quei soggetti nella cui posizione giuridica egli “subentri” a seguito della dichiarazione di fallimento. La fase di cognizione sommaria dell'organo giudicante si arresterà dunque alla verifica della sussistenza di quelle

---

<sup>343</sup> « In sostanza c'è un <processo> quando in una o più fasi dell'*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio », così E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 827

<sup>344</sup> Sempre tenendo presente come sia ormai consolidato l'orientamento secondo il quale la mera inerzia non sarebbe sufficiente per affermare una reviviscenza dei diritti in capo ai soggetti legittimati *ante* fallimento. Mi pare che qualcuno in dottrina avanzi peraltro l'ipotesi che in caso di atti urgenti e misure cautelari il fallito manterrebbe il proprio potere di intervento *ex art. 43 comma 2 l. fall.*, così S. PACCHI, *Commento all'art. 43*, p. 590

<sup>345</sup> Con i limiti visti in tema di effetti dell'interruzione *ex art. 43 l. fall.* dei processi ordinari di cognizione *ex art. 2393 ss.*, (cfr. Capitolo 2 paragrafo 4).

condizioni richieste agli stessi per la concedibilità delle misure cautelari tipiche e atipiche, ossia il necessario *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, in nulla discostandosi la disciplina da quella ordinaria.

Si possono fare le stesse considerazioni relativamente agli aspetti processuali delle azioni cautelari come esercitate dal curatore?

In primo luogo ci si deve chiedere chi sia l'organo giudicante competente a decidere sull'eventuale domanda cautelare proposta con ricorso dal curatore. Secondo i generali principi processual civilistici la domanda *de qua* deve essere proposta al giudice competente a conoscere del merito, che coinciderà con il giudice della causa pendente (di merito), qualora il ricorso venga proposto nel corso della stessa (art. 669ter e 669quater c.p.c.).

Per le azioni di responsabilità promosse dal curatore nei confronti degli organi della società fallita ai sensi dell'art. 146 l. fall. è stata recentemente ribadita dalla giurisprudenza l'esclusione della competenza del tribunale fallimentare (art. 24 l. fall.), a favore del tribunale ordinario<sup>346</sup>, confermando l'opinione secondo cui le azioni *de quibus* non sarebbero "azioni che derivano dal fallimento" (che ricadrebbero sotto la competenza del tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 24 l. fall.), potendosi con queste identificare solo e soltanto quelle azioni i cui presupposti sorgano dalla sentenza che dichiara il fallimento<sup>347</sup>, indipendentemente dalla legittimazione ad agire del curatore<sup>348</sup> nonché dalla preesistenza alla dichiarazione di fallimento del rapporto controverso<sup>349</sup>.

Così, secondo le regole ordinarie, dovrà riconoscersi nel tribunale ordinario il giudice competente a decidere anche sull'eventuale domanda del curatore con la quale egli presenti

---

<sup>346</sup> Trib. Arezzo 3.2.2011, in *www.dejure.it*; Trib. Napoli, 28.1.2009, in *Le società*, 2009, p. 1413 con nota di S. AMBROSINI; sul tema v. da ultimo Cass.23.07.2012, n. 12785

<sup>347</sup> S. RECCHIONI, *Commento all'art. 24 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), p. 469 ss.; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007 n. 169*, Torino, 2008, p. 62; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, p. 96 ss.; G. LANDOLFI, *Gli organi del fallimento: il tribunale fallimentare*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA (diretto da), Torino, 1997, p. 371 ss.

<sup>348</sup> Qualora il curatore si limiti a "sostituirsi" al fallito esercitando un diritto che quest'ultimo avrebbe potuto esercitare personalmente prima del fallimento l'azione per quanto causalmente ricollegabile al fallimento non può dirsi da questo derivante, così G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 139

<sup>349</sup> Nel senso che la competenza esclusiva del tribunale fallimentare dovrebbe essere affermata quando sia possibile accertare indipendentemente dalla preesistenza del rapporto che questo è stato concretamente modificato nel suo sviluppo dal fallimento stesso, risultando la competenza del tribunale fallimentare quale elemento integrativo della situazione particolare nella quale il diritto si viene a trovare, v. G. N. NARDO, *Commento all'art. 24*, in *Il nuovo fallimento*, F. SANTANGELI (a cura di), Milano, 2006, p. 131 ss.; F. ABATE, *La tutela de diritti nella riforma fallimentare: scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, M. FABIANI – A. PATTI (a cura di), Milano, 2006, p. 78 nota 16; C. FERRI, *Gli organi giurisdizionali del fallimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, A. JORIO – M. FABIANI (a cura di), Bologna, 2010, p. 128 ss.; G. CASELLI, *Degli organi*, p. 40 ss.

ricorso cautelare *lite pendente* o *ante causam* strumentale all'azione di responsabilità (art. 146 l. fall.).

Altro aspetto di cui potrebbe risultare interessante la valutazione è solo *lato sensu* processuale, essendo in realtà un aspetto prettamente endofallimentare e, dunque, riutilizzando un'espressione adottata nel capitolo 2, meramente "procedimentale".

Il curatore, determinatosi ad agire in responsabilità contro gli amministratori di società fallita *ex art.* 146 l. fall. ed ancor prima, determinatosi ad agire per la tutela cautelare di tale diritto al risarcimento del danno (al quale come abbiamo visto è generalmente legittimato), dovrà richiedere preventivamente sia l'autorizzazione del giudice delegato sia il parere del comitato dei creditori, affinché la sua attività possa dirsi non in violazione della legge<sup>350</sup>?

Ora, senza prendere posizione sulla questione lasciata aperta al termine del precedente capitolo<sup>351</sup> (in sostanza circa il rapporto tra la determinazione del curatore ad agire in responsabilità, subordinata dall'art. 146 comma 2 l. fall. alla necessaria preventiva autorizzazione del giudice delegato e al necessario preventivo parere del comitato dei creditori, e l'obbligo lui imposto di predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario il programma di liquidazione *ex art.* 104ter l. fall.), mi pare che la risposta alla questione in senso negativo (*rectius* in senso parzialmente negativo) sia nel quadro sistematico la più coerente. Non solo la norma nulla dice sul punto, espressamente richiedendo al contrario la necessaria sussistenza di entrambi i presupposti solo nel caso in cui il curatore si determini ad agire nel merito contro gli amministratori per la tutela del diritto al risarcimento del danno intervenuto sul patrimonio fallimentare (*ubi lex voluit, dixit; ubi lex non voluit, non dixit.*), ma, oltretutto, ritenere diversamente potrebbe del tutto svuotare di forza i mezzi di tutela cautelare apprestati dal legislatore proprio per salvaguardare esigenze di celerità e urgenza (sempre con la condizione che il *fumus boni iuris* sia accertato).

Il curatore dunque, determinatosi ad agire in via cautelare nelle maglie dell'art. 146 comma 2 l. fall. per la tutela (effettiva) del patrimonio fallimentare pregiudicato dall'inadempimento degli amministratori, dovrà richiedere esclusivamente (e preventivamente all'esercizio dell'azione) l'autorizzazione al giudice delegato, stante l'art. 31 l. fall. che al comma 1 espressamente statuisce che salvo nei casi stabiliti (tra i quali quello preso in

---

<sup>350</sup> Ricordando che, in ogni caso, l'eventuale mancanza dei presupposti procedurali (dell'autorizzazione o del parere del comitato) non osterebbe al valido esercizio dell'azione e alla valida instaurazione del giudizio (ordinario o cautelare), ma, quale questione endofallimentare, avrebbe mera rilevanza interna, reclamabile ai sensi degli artt. 26 e 36 l. fall.

<sup>351</sup> Al quale si rimanda per una maggior comprensione dei termini della questione.

considerazione non rientra) il curatore «non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato».

Ora, giusta la tentata ricostruzione del regime giuridico fallimentare dell'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli amministratori di società di capitali fallita alla luce del regime giuridico ordinario, viene ulteriormente da chiedersi quali (se vi siano) presupposti processuali dovranno essere soddisfatti affinché la domanda cautelare possa essere legittimamente decisa “nel merito” dal giudice competente.

Formulando meglio la questione, ci si chiede se la delibera assembleare (o la decisione dei soci nelle s.r.l.), quale condizione dell'azione *ex art. 2393 c.c.*<sup>352</sup>. (o *ex art. 2476 c.c.* nelle s.r.l.<sup>353</sup>), sia presupposto processuale anche di un'eventuale azione cautelare strumentalmente legata all'azione di merito di cui all' *art. 2393 c.c.* (*art. 2476* in ambito di s.r.l.).

Anche qui mi pare si debba rispondere negativamente, facendo ancora leva e sull'argomento letterale (*ubi lex voluit, dixit; ubi lex non voluit non dixit*)<sup>354</sup> e sul'argomento teleologico. È bene però notare come probabilmente, *de iure condendo*, potrebbe non essere del tutto ingiustificato prevedere una qualche forma di controllo preventivo da parte dell'organo rappresentativo sull'instauranda azione, anche cautelare, stante l'incisività e la possibile permanenza degli effetti dei provvedimenti (secondo il principio della strumentalità attenuata *ex art. 669 octies comma 6 c.p.c.*).

Ma questa è evidentemente una considerazione valutativa che esula nel contenuto dalle finalità del presente lavoro.

Conclusivamente si può prendere atto non solo del fatto che il tentativo di trasporre nel fallimento istituti pensati per la “società” (intesa in modo generico e ampio, quale insieme di individui uniti da rapporti di varia natura) *in bonis* mette a dura prova la capacità di inferire (dal) e conferire coerenza al quadro normativo sistematicamente considerato, ma anche del fatto che la “disciplina fallimentare societaria” lasci aperti alcuni dubbi circa la loro “sopravvivenza” al fallimento.

---

<sup>352</sup> E, secondo la ricostruzione effettuata nelle pagine precedenti, anche *ex art. 2393bis c.c.*

<sup>353</sup> Nel caso in cui si accolga la tesi secondo cui ogni singolo socio potrebbe agire in responsabilità *ex art. 2476 c.c.* quale rappresentante sostanziale e processuale della società, e che questa d'altronde non perderebbe il proprio diritto di agire attraverso i propri amministratori, ai quali, una specifica decisione dei soci in materia *ex art. 2479 c.c.*, farebbe recuperare il potere di compiere l'atto gestorio – azione di responsabilità.

<sup>354</sup> Difatti, non si rinviene alcuna indicazione in tal senso nè nella disciplina civilistica nè tantomeno in quella processual-civilistica.

6. *Alcuni dubbi interpretativi ancora aperti: la proponibilità della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. e della revoca dell'amministratore di s.r.l. ex art. 2476 c.c. in corso di fallimento*

In questo paragrafo conclusivo, a chiusura dei ragionamenti svolti nell'intero capitolo, ci si pone una domanda ben precisa: sono, da una parte – in tema di s.p.a. – la denuncia al tribunale *ex art. 2409 c.c.*, dall'altra – in tema di s.r.l. – la domanda di revoca dell'amministratore *ex art. 2476 comma 3*, incompatibili con la procedura fallimentare? Quali sono i margini (se ve ne sono) entro i quali poterne sostenere la proponibilità anche una volta che sia intervenuto il fallimento?

In primo luogo ritengo di dover giustificare la scelta di avere accostato, funzionalmente alla comprensione della rilevanza della questione, i due istituti, seppur per molti profili assolutamente distanti, tentando ancora di far correre su due corsie parallele la valutazione dei profili inerenti le s.p.a. e le s.r.l..

Mi pare, giusti tutti i rilievi fatti nei paragrafi che precedono, che sia la denuncia al tribunale che la domanda cautelare di revoca possano dirsi, entrambi, strumenti *lato sensu* cautelari rispetto ad una eventuale promuovenda azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Spieghiamoci meglio: entrambi gli istituti potrebbero essere astrattamente prodromici ad una azione di responsabilità da esercitare o già esercitata, ma certamente, come abbiamo visto, non si potrebbe dire che essi nascano *ab origine* come strumentali ad essa.

La denuncia al tribunale appare una forma di tutela del tutto altra e diversa rispetto a quella cautelare garantita in via generale dal legislatore, caratterizzandosi peraltro, secondo dottrina e giurisprudenza consolidata per l'essere un procedimento di volontaria giurisdizione, non acquistando carattere contenzioso neppure quando sfoci, nei casi più gravi, in un provvedimento di revoca di amministratori e sindaci.

La revoca cautelare di cui all'art. 2476 comma 3 c.c., la cui richiedibilità è stata espressamente prevista dal legislatore con la riforma delle società del 2003, quale misura cautelare «extravagante»<sup>355</sup>, deriva la propria strumentalità all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. di cui all'art. 2476 c.c. direttamente dalla legge. Pertanto potrebbe dirsi in un certo qual modo, a fini descrittivi, anch'essa *lato sensu* cautelare, non nel senso che non presenti *in toto* i caratteri della cautelarietà (anticipatorietà,

---

<sup>355</sup> v. *ex multis* G. ARIETA, *Le cautele: il processo cautelare*, Padova, 2011

provvisorieta', sommariet ), quanto nel senso che essa si presenti come estrinsecamente cautelare, e non intrinsecamente.

Peraltro, anche se non se ne possono (e, ritengo, non se ne debbano) ricavare indicazioni per sostenere una disparit  di tutela apprestata dal legislatore in ambito di s.p.a. e di s.r.l.<sup>356</sup>, mi pare che esse vengano dallo stesso ritenute in un certo qual modo accomunate dalla condivisa appartenenza al ventaglio di rimedi messi a disposizione dall'ordinamento per la tutela degli interessi protetti. Basti richiamare quanto espresso nella Relazione al D.lgs. 6/2003: « D'altra parte,   sembrato logico che sulla base di questa soluzione divenisse sostanzialmente superflua ed in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409. Esse infatti sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilit  da parte di ogni socio e dalla possibilit  di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori. La prospettiva   in sostanza quella di fornire ai soci uno strumento in grado di consentire ad essi di risolvere i conflitti interni alla societ ».

Abbiamo visto nei capitoli precedenti come, una volta intervenuto il fallimento, non solo il fallito ma anche i soci e i creditori di s.p.a. e di s.r.l. siano "espropriati" del loro diritto ad agire in responsabilit  nei confronti degli amministratori a favore del curatore, vuoi per previsione espressa (art. 2394 bis) vuoi per principi generali fallimentari (art. 31, 42 e 43 l. fall.). Abbiamo anche visto come tale effetto privativo del fallimento non esaurisca la sua portata con riferimento al diritto di accedere alla tutela giurisdizionale (ordinaria) ma necessariamente e naturalmente finisca per riverberarsi sul diritto di accedere alla tutela giurisdizionale mediante cautela, alla prima del tutto strumentale.

Il curatore, a seguito della dichiarazione di fallimento, risulter  in sostanza l'unico soggetto legittimato ad esperire non solo le azioni di responsabilit  nei confronti degli amministratori resisi inadempienti e colpevoli del danno provocato alla societ  (che sia s.p.a. o s.r.l.) ma anche le eventuali azioni cautelari ad esse strumentali riconosciute genericamente dall'ordinamento; il fallito societ  a responsabilit  limitata nonch  i soci ed in via ipotetica i creditori di questa (che vogliano agire in via surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*) recuperando i loro diritti solo in caso di "inerzia" (*rectius*: rinuncia) del curatore.

Nel quadro cos  ricostruito, dunque, come si inseriscono gli istituti della denuncia al tribunale (art. 2409 c.c.) e della revoca cautelare degli amministratori (art. 2476 comma 3)?

---

<sup>356</sup> Disparit  oggetto delle questioni di legittimit  costituzionale sollevate da App. Trieste 13.10.2004 (ord.); Trib. Cagliari, 4.02.2005 (ord.), in relazione agli artt. 2409 c.c., 2476 comma 3 c.c. e 2477 comma 4 c.c., ritenute infondate da Corte Cost., 29.12.2005, n. 481

Prima di tentare di dare una risposta, è bene porre una premessa: ai soci, che siano di s.p.a. o di s.r.l fallita, non deriva alcun effetto privativo a seguito del fallimento, se non espressamente previsto dalla legge circa specifici diritti o indiretto, ossia quale riflesso del generale effetto attributivo al curatore circa i “beni” patrimoniali compresi nel fallimento. Pertanto i soci, dichiarata la società decotta, avranno ancora una legittimazione sostanziale e processuale generale circa le proprie posizioni giuriche.

Per quanto riguarda il potere di denuncia al tribunale *ex art. 2409 c.c.* dunque, quale strumento solo *lato sensu* cautelare, espressamente riconosciuto ai soci, e soprattutto non relativo a rapporti di diritto patrimoniale (anche in quanto procedimento di volontaria giurisdizione), non pare vi siano ostacoli per riconoscerne la configurabilità in astratto anche in corso di procedura fallimentare. Ma non arrestiamoci a queste prime considerazioni, per valutare se vi siano altre ragioni per considerarlo un rimedio incompatibile col fallimento.

Per farlo analizziamo i presupposti sostanziali richiesti per la concedibilità di un qualche provvedimento da parte del tribunale: la norma statuisce che vi deve essere «il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate». In sostanza viene richiesto dal legislatore che il tribunale accerti la sussistenza di un fondato sospetto, di gravi irregolarità e della potenzialità del danno alla società.

Ora, già sotto il vecchio testo della norma mi pare si fosse affermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui ciò che il tribunale dovrebbe verificare è non tanto (e non solo) l'attualità del comportamento illegittimo (ossia delle «gravi irregolarità»)<sup>357</sup>, quanto (e anche) l'attualità degli effetti pregiudizievoli che ne sono derivati<sup>358</sup>.

Ciò che ci si deve chiedere è se tale attualità possa configurarsi una volta intervenuto il fallimento. Mi pare, non vi siano ostacoli insormontabili ad avanzare una risposta in senso positivo.

In primo luogo si osservi come i soci, rappresentanti la misura di capitale sociale richiesta dall'art. 2409 c.c., potrebbero sempre denunciare al tribunale violazioni del tipo «gravi irregolarità» compiute dagli amministratori prima della dichiarazione di fallimento, e

---

<sup>357</sup> «il controllo giudiziario sulla gestione delle società di capitali presuppone l'attualità delle irregolarità commesse ed è pertanto azionabile fino a quando queste non siano state rimosse», così Trib. Napoli, 16.04.1999, in *FN*, 1999, 257; Trib. Palermo, 24.12.1999, in *Soc.*, 2000, 866

<sup>358</sup> App. Milano, 27.02.1992, in *GI*, 1992, 2, 592; Trib. Como, 10.06.1998, in *Soc.*, 1999, 89; Trib. Napoli 31.01.1991, in *Soc.*, 1991, 1094 il quale afferma che «la constatazione dell'essere il procedimento finalizzato alla rimozione di dette irregolarità in funzione di prevenzione dei possibili danni futuri, induce a ritenere non solo la necessità della loro attualità, ma anche la possibilità di tener conto delle irregolarità che, se ancora non hanno determinato un danno, appaiono, però, suscettibili di cagionare pregiudizi futuri».

ancora suscettibili di cagionare danni futuri una volta che questa sia intervenuta. È vero, sarebbe difficilmente ipotizzabile un “danno futuro” patrimoniale, dal momento che il curatore ha del patrimonio l'esclusiva amministrazione e disponibilità *ex art. 31 l. fall.*; patrimonio che a seguito del fallimento risulta, peraltro, come abbiamo visto, cristallizzato (e, in un certo qual modo inattaccabile).

Ma è pur vero che il significato da attribuire alla nozione di «danno» è più estesa di quello meramente patrimoniale. Basti pensare, e ne abbiamo già dato conto più sopra, come dall'inadempimento contrattuale degli amministratori possa derivare anche un danno non patrimoniale (danno alla reputazione e all'immagine) riconosciuto anche in capo alle persone giuridiche<sup>359</sup>.

In secondo luogo, ed ancor più di assoluto interesse, è chiedersi se sia configurabile l'ipotesi di gravi irregolarità, potenzialmente dannose per la società, compiute non prima della dichiarazione di fallimento e ancora “attuali” al momento del suo intervento, ma nel corso della procedura, contro le quali ricorrere *ex art. 2409 c.c.*

In sostanza e in altre parole, può essere l'interesse dei soci ad agire *ex art. 2409 c.c.* ancora attuale una volta dichiarata la società decotta? E, soprattutto, è possibile che gli amministratori abbiano, in corso di procedura, compiuto violazioni tali da rendere ammissibile una denuncia al tribunale?

A ben vedere, (lo abbiamo ribadito lungo tutto il percorso argomentativo svolto fin qui), il curatore ha l'amministrazione e la disponibilità del patrimonio sociale, ma non ha la gestione della società. I compiti di gestione degli amministratori di s.p.a. sono ben più ampi delle attività che si sostanziano in atti di amministrazione e disposizione del patrimonio (art. 2380bis c.c.), e, lo abbiamo detto al primo capitolo, essi permangono nella loro posizione anche a seguito del fallimento, svolgendo funzioni compatibilmente allo stesso (e dunque al curatore). Ritengo per tali motivi esservi dei margini per ipotizzare una loro attività, in corso di fallimento, gravemente irregolare e potenzialmente dannosa.

L'affermazione appena avanzata certamente potrebbe apparire alquanto vacua. Per tale motivo ritengo opportuno procedere casisticamente, senza pretese di esaustività ma rimanendo strettamente legati ai temi trattati nel presente lavoro, ai quali la questione in discorso, come vedremo, ben si può intrecciare.

---

<sup>359</sup> Cass. civ., 04.06.2007, n. 12929, in *RCP*, 2008, 144.

La giurisprudenza ha individuato ricorrere un caso di gravi irregolarità nell'omessa convocazione da parte dell'amministratore dell'assemblea su richiesta dei soci *ex art. 2367 c.c.*<sup>360</sup> per deliberare l'azione di responsabilità contro gli stessi amministratori e sindaci<sup>361</sup>.

Ora, giusta la considerazione effettuata al capitolo 2 secondo cui il curatore, determinatosi ad agire in responsabilità *ex art. 146 l. fall.*, dovrebbe comunque soddisfare la condizione della necessaria sussistenza della delibera assembleare qualora volesse agire ai sensi dell'art. 2393 c.c. (e secondo l'opinione sostenuta, anche qualora volesse agire ai sensi dell'art. 2393 bis c.c.) ed accedendo alla tesi secondo cui non sarebbe incompatibile col fallimento la sopravvivenza di tale prerogativa dell'assemblea (ossia deliberare sulla esercitanda azione di responsabilità)<sup>362</sup>, non vedo perchè non potrebbe sostenersi la configurabilità in concreto della denuncia al tribunale. Difatti l'interesse dei soci, quantomeno nel caso ipotizzato, non verrebbe meno: non dovrebbe ritenersi privata di tutela la loro volontà di evitare un possibile danno per la società, dovuto ad un mancato<sup>363</sup> o ad un tardivo<sup>364</sup> esercizio dell'azione di responsabilità (art. 2393 c.c. e art. 2393 bis) nei confronti degli amministratori, come del resto potrebbe non venir meno il loro interesse a che non derivi un danno dall'assenza di massima collaborazione dell'amministratore col fallimento (*a contrario*, il loro interesse a che derivi un beneficio, anche in ipotesi indiretto<sup>365</sup>, dalla massima collaborazione dell'amministratore col fallimento).

A tal proposito si ricordi che nei casi più gravi il tribunale potrebbe anche nominare un amministratore giudiziario al quale spetterebbero non solo tutti i poteri inerenti la gestione dell'impresa e i poteri dell'assemblea per determinati atti, qualora espressamente conferitigli dal tribunale ai sensi dell'art. 92 disp. att c.c. (con eccezione di quei poteri inerenti scelte fondamentali e strutturali della società<sup>366</sup>), ma anche il «potere di proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci» (art. 2409 comma 5 c.c.), indipendentemente dall'espresso incarico (in questo caso convergendo nell'amministratore giudiziario il ruolo dell'organo amministrativo e dell'organo assembleare).

---

<sup>360</sup> Ossia, secondo la lettera della norma, «quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il decimo del capitale sociale nelle altre o la minore percentuale prevista nello statuto e nella domanda sono indicate gli argomenti da trattare» (art. 2367 comma 1 c.c.).

<sup>361</sup> Trib. Padova, 24.12.1986, in *FI*, 1987, I, 1283

<sup>362</sup> Sul punto si tornerà più approfonditamente nelle conclusioni al presente lavoro.

<sup>363</sup> Qualora il curatore non dovesse determinarsi ad agire in responsabilità a causa della mancanza della delibera assembleare (condizione dell'azione) o qualora, chiusosi il fallimento, dovesse intervenire la decadenza/prescrizione del diritto.

<sup>364</sup> Nel caso di azione sociale di responsabilità esercitata una volta chiusasi la procedura fallimentare.

<sup>365</sup> Continuazione della attività d'impresa.

<sup>366</sup> Per una casistica v. P. CENDON, *Commento all'art. 2409*, p. 177-178; V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409 c.c.*, p. 328

Non è sicuramente il caso di addentrarci oltre nei problemi che la trasposizione di tale istituto nel fallimento potrebbe comportare. Ritengo, ai nostri fini, sufficiente aver rilevato come secondo i principi generali fallimentari e “ordinari” non risulti poi del tutto pacifica l’incompatibilità di questo rimedio *lato sensu* cautelare con la procedura fallimentare.

Conclusivamente, è opportuno spendere alcune (poche) parole sulla questione della configurabilità della revoca cautelare dell’amministratore (art. 2476 comma 3) in caso di s.r.l. fallita. Ritengo non vi siano dubbi sulla circostanza che, qualora sia intervenuto il fallimento della società, con il venir meno del diritto dei soci di agire in responsabilità in via ordinaria *ex* art. 2476 comma 3, venga anche meno, per il principio di strumentalità (*rectius*: cautelarietà), il potere (si ricorda, esclusivo dei soci) di domandare al giudice un provvedimento di tal specie.

Al contrario, ritengo non vi sarebbero validi argomenti per negare la circostanza che, pur pendente la procedura fallimentare, non potrebbe non riconoscersi l’accessibilità a tale rimedio cautelare qualora la giurisprudenza maggioritaria dovesse accedere all’opinione invero minoritaria (seppur autorevole) della dottrina secondo cui con l’art. 2476 comma 3 il legislatore avrebbe implicitamente disciplinato<sup>367</sup> in ambito di s.r.l. un’azione ordinaria di revoca esercitabile da parte di ciascun socio (di cui la revoca all’art. 2476 comma 3 sarebbe vero e proprio rimedio cautelare)<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Ovvero riconosciuto l’applicazione analogica dell’art. 2259 comma 3 c.c.

<sup>368</sup> Mi pare non vi sia necessità di argomentare oltre tale affermazione, giuste tutte le considerazioni avanzate nel corso del presente lavoro.

## CONCLUSIONI

Col presente capitolo conclusivo cercheremo di esprimere delle valutazioni circa i difficili rapporti di coordinamento che ancora sussistono tra disciplina societaria “fallimentare” e disciplina societaria “ordinaria” nonché tenteremo di organizzare il nostro pensiero attorno al concetto di “privatizzazione” o “degiurisdizionalizzazione” della procedura fallimentare, così evidenziando i risultati raggiunti e dal legislatore e dall’opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza nell’alveo di quella che ben può essere definita una «stagione delle riforme» del diritto delle società (o quantomeno del diritto dell’impresa), avviata nel 2003 e, mi pare, non ancora esauritasi.

Certamente sarà un tentativo di esprimere opinioni senza pretesa di esaustività, dal momento che l’ambito di ricerca del presente lavoro è stato *ab origine* limitato e circoscritto, ma quantomeno con la pretesa di non contraddittorietà e coerenza con quanto finora detto.

Pertanto, facendo leva sulle considerazioni avanzate circa i problemi che l’istituto dell’azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali solleva una volta trasposto in sede fallimentare, si procederà nel seguente ordine, che per chiarezza e sistematicità espositiva è bene anticipare: in primo luogo ripercorreremo il percorso logico-giuridico seguito nell’interpretazione dell’art. 146 l. fall., per riconsiderare gli interventi del legislatore del 2006 così da valutarne l’incisività sia sul piano dell’enunciato normativo che sul (e alla luce del) piano sistematico della legge fallimentare; in secondo luogo riguarderemo sinteticamente alle posizioni assunte e in sede dottrinale e in sede giudiziale circa specifiche questioni inerenti l’art. 146 e gli istituti da questo disciplinati, così, se possibile, da dedurne indicazioni su quale sia l’attuale stadio di questo c.d. processo (*in fieri*) di “privatizzazione”; infine ci dedicheremo a quella che è forse la parte meno compilativa e più propositiva (pertanto la più rischiosa e scivolosa), nella quale, sulla base delle conclusioni raggiunte *in itinere*, premesse (maggiori) dei ragionamenti che si faranno nel prosieguo, si vorrebbe offrire una chiave di lettura dell’orientamento interpretativo che, assente in partenza, ha finito per modellare questo elaborato.

Procedendo con ordine e sinteticità, è opportuno ricordare *in primis* come, con la riforma del diritto fallimentare intervenuta con D.lgs. 5/2006, l’art. 146 l. fall. abbia subito profonde modifiche, che hanno interessato oltre alla rubrica della disposizione, il comma 2 e il comma 3 della stessa. Ne abbiamo dato ampiamente conto e non è necessario analizzarne il contenuto in dettaglio. È sufficiente, relativamente ai fini di questo ultimo capitolo, porre

l'attenzione su due circostanze: nel comma 2 sono stati eliminati i riferimenti agli artt. 2393 e 2394 c.c., nella necessità per il legislatore di modellare la disciplina fallimentare (e nel caso specificamente considerato, l'art. 146) sulla disciplina delle società riformata nel 2003<sup>369</sup>, così frenando le preoccupazioni sollevate in dottrina e giurisprudenza circa l'estensione della legittimazione ad agire in responsabilità del curatore anche di s.r.l. fallita<sup>370</sup>; è stato del tutto espunto il comma 3, così recependo il legislatore l'orientamento di quella dottrina minoritaria che ne riconosceva l'implicita abrogazione della L. 353/1990, nonché coordinando la norma con i principi fallimentari altrove statuiti (si pensi al principio fissato dall'art. 25 comma 2 l. fall.).

È importante fissare lo sguardo sulle modifiche a cui abbiamo fatto riferimento per notare come il legislatore, dal 2006, mi pare, abbia seguito due strade, parallele e a tratti sovrapposte, nell'operare la riforma e quantomeno le modifiche all'art. 146 l. fall: e assicurare alla legge fallimentare quegli adattamenti resisi necessari a seguito delle importanti opere di riforma del codice civile (nella ricerca di competitività del sistema Paese), e assicurare che la stessa rispondesse ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Certamente, abbiamo fatto opera di isolamento di obiettivi che si pongono all'interno di un progetto ben più ampio ed esteso, i lavori al quale presero avvio nel 2002 con l'istituzione della Commissione Trevisanato presso il Ministero della giustizia<sup>371</sup>. Dunque, allargando lo sguardo, non si potrebbe non notare come le modifiche anche solo intervenute sull'art. 146 sembrano rispondere al generale intento di predisporre un sistema più garantista ma allo stesso tempo meno "giurisdizionalizzato", delinendosi così «una procedura...meno procedura e più gestione manageriale di un'impresa insolvente»<sup>372</sup>, volta a coniugare la gestione dei diritti dei creditori e la gestione di ciò che resta dell'impresa.

Si è parlato, a proposito del contesto in cui si pongono queste nuove regole, di «privatizzazione» del diritto fallimentare (o quantomeno di una parte di esso), inteso quale affidamento ai protagonisti della procedura fallimentare (curatore, creditori) di poteri da sottoporre solo *ex post* a un sindacato «debole» dell'organo giurisdizionale<sup>373</sup>. In sostanza mi pare di poter osservare, alla luce anche delle valutazioni fatte fino a questo momento, come

---

<sup>369</sup> Nel 2003, si ricorda, il legislatore prevede anche per le s.r.l. un complesso di norme del tutto autonomo rispetto a quello delle s.p.a., eliminando la disciplina per rinvii (fatto salvo l'art. 2477 c.c.)

<sup>370</sup> Ma lasciando espressamente aperta la questione della configurabilità di un'azione dei creditori sociali sulle orme di quella *ex art.* 2394 c.c. nelle s.r.l. esercitabile dal curatore

<sup>371</sup> Non furono i progetti di legge della prima e della seconda Commissione Trevisanato a costituire l'opera di riforma auspicata, ma si può comunque dire che costituirono lo scheletro della riforma del 2006.

<sup>372</sup> A. JORIO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO (diretto da), Bologna, 2007, p. 29

<sup>373</sup> A. JORIO – M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010

tale processo di privatizzazione si palesi nella figura del curatore quale perno della procedura fallimentare e quale espressione dell'intreccio tra crisi d'impresa e autonomia privata; intreccio salutato in dottrina quale valore additivo della riforma.

Il fallimento attua in pratica una vera e propria opera di mediazione tra più interessi, non solo coincidenti con quelli dei creditori ma da leggere in combinazione con altri e diversi, pur meritevoli di tutela: la conservazione del valore-impresa, le posizioni giuridiche di soggetti coinvolti non creditori, la presenza immanente di interessi superindividuali (regolare funzionamento del mercato)<sup>374</sup>. E lo fa attraverso l'opera del curatore, il quale mi pare, all'interno di questo complesso di norme sostanziali e processuali prediposte dal legislatore per gestire una fase patologica del debitore e che formano il diritto fallimentare<sup>375</sup>, rimane ultimo baluardo dell'intervento statale a salvaguardia di quell'interesse superindividuale che è il regolare funzionamento del mercato e che egli rincorre garantendo la massima soddisfazione *in primis* dei creditori, e *in secundis* (e al contempo) la massima conservazione di valori esistenti (si pensi all'impresa e ai suoi *assets*, anche umani, ossia nelle imprese gestite in forma collettiva gli organi di gestione e gli altri organi sociali intesi quale "agglomerato" di capacità individuali). Questo in un sistema nel quale l'organo giurisdizionale, nel suo ruolo di organo fallimentare, ridiviene, per larga parte, garante della "mera" legittimità delle attività compiute in pendenza di procedura, svestendo i panni del "gestore" o "direttore" (in stretto dialogo col curatore) della stessa, per vestire quelli terzi e imparziali, a lui propri, di "controllore".

Tutte queste valutazioni, valide con qualche accorgimento al tempo della riforma del 2006, mi paiono ancor più valide (sempre con accorgimenti) a seguito delle modifiche apportate alla legge fallimentare dal Decreto correttivo 169/2007, dal Decreto Sviluppo (convertito con L. 134/2012), dal Decreto Crescita (convertito con L. 221/2012) e da ultimo dal c.d. Decreto fare (convertito con L. 98/2013).

Non è forse il caso di addentrarci oltre in alcuni dei temi appena accennati, se non per tentare di farci strada tra gli innumerevoli problemi che una lettura sistematica della legge fallimentare comporta. In effetti, a ben vedere, nell'approcciarci al tema oggetto del presente lavoro abbiamo dovuto fare i conti con tutta le difficoltà che la valutazione della reale portata delle disposizioni (fallimentari) previste comporta: talvolta sono norme attributive di competenze e diritti (si pensi all'art. 67 l. fall., sull'azione revocatoria fallimentare), talvolta

---

<sup>374</sup> M. FABIANI, *Il diritto fallimentare*, p. 1 ss.

<sup>375</sup> Il quale presenta, e ciò mi pare imprescindibile, nonostante la sua specialità, strettissime relazioni col diritto civile, col diritto commerciale e col diritto processuale civile.

dunque sono norme sostanziali; talvolta appaiono come norme meramente processuali o meglio, più spesso, come norme meramente procedurali; a volte sembrerebbero porsi quali principi generali a volte quali norme particolari.

Una cosa però mi sento di affermare: la «privatizzazione» non sembra andare solo nella direzione di una maggiore attenzione per la salvaguardia dell'autonomia privata ma anche e soprattutto verso una “depubblicizzazione” della procedura, eliminando del tutto quello spirito in un certo qual modo sanzionatorio che la caratterizzava fin dagli albori. Al curatore, per quanto ancora pubblico ufficiale *ex art. 30 l. fall.*, viene negato l'accesso a forme di tutela “privilegiate” strumentali alla ricomposizione del patrimonio fallimentare da destinare alla liquidazione.

Il nostro oggetto di studio ha fornito argomenti che sembrano sostenere tale affermazione. Li fornisce lo stesso legislatore il quale espungendo il comma 3 dall'art. 146 rende per il curatore accessibili le sole forme di tutela cautelare riconosciute “ordinariamente”; le fornisce (almeno queste sono le conclusioni alle quali sono giunto dopo una attenta disamina della questione) la dottrina, mi pare maggioritaria, e la giurisprudenza (seppur sembra con più fatica)<sup>376</sup>, le quali stanno abbandonando l'interpretazione dell'art. 146 comma 2 quale norma attributiva in via esclusiva al curatore della legittimazione ad agire in responsabilità, lentamente equiparando la sua posizione a quella dei soggetti nelle cui posizioni giuridiche “subentra” a seguito del fallimento, vuoi per principi general-fallimentari vuoi per norme specifiche.

Alla luce di tutto ciò possiamo forse riformulare più chiaramente il pensiero, che comunque verrà riespresso da altre angolazioni anche successivamente: il curatore, a meno che una disciplina speciale non sia assolutamente necessitata dalle peculiarità del fallimento e dalle sue funzioni (di accertamento della massa passiva, di vera e propria gestione dello svolgimento della procedura, di revoca di atti presuntivamente considerati ad essa, e ai creditori, pregiudizievoli) semplicemente “subentra” con effetto totalizzante<sup>377</sup> (così da garantire unidirezionalità e unitarietà, per quanto possibile, in dialogo con i rappresentanti dei creditori, della procedura concorsuale) in quel fascio di diritti e di posizioni giuridiche attive e passive di cui rimane comunque titolare il fallito. A ben vedere però egli vi subentra non in

---

<sup>376</sup> La quale parla ancora di unitarietà e inscindibilità dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore, ma sembrerebbe aver messo da parte il concetto di cumulabilità dei presupposti delle azioni. V. Trib. Lecce, 09.12.2011, in *Fall.*, 2012, 705

<sup>377</sup> Di fatto i terzi creditori potranno ottenere tutela pendente la procedura fallimentare solo con le forme previste dalla legge fallimentare, risultando il patrimonio del debitore, una volta che questo venga dichiarato decotto, cristallizzato (ossia, lo abbiamo visto, «insensibile» ad eventuali azioni recuperatorie)

quanto “sostituto” del fallito, ma quale amministratore del patrimonio fallimentare, nel quale “ritrova” quei beni di cui il fallito è stato spossessato (art. 42 l. fall.).

Non è notazione da sottovalutare: alla bipartizione (alla quale abbiamo fatto riferimento anche al capitolo 2) tra poteri attribuitigli specificamente dalla legge fallimentare e poteri derivatigli dal suo ruolo di amministratore del patrimonio fallimentare ( *ex art. 31 l. fall.*, che più che norma specifica pare un vero e proprio principio generale<sup>378</sup>), pare si possa aggiungere una terza via, nella quale ci siamo imbattuti occupandoci del tema delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni esercitate nel fallimento.

Probabilmente sulla scia di quella che in seno alla Commissione Trevisanato istituita con d.m. 28.11.2001 era la posizione di minoranza<sup>379</sup>, la legge fallimentare non introduce infatti una norma *ad hoc* volta ad attribuire al curatore <in via esclusiva, anche in deroga al codice civile><sup>380</sup> il potere di esercitare tutte le azioni di responsabilità<sup>381</sup>

Il D.lgs 5/2006, lo abbiamo visto, assume una posizione intermedia, mantenendo una norma (art. 146 comma 2) destinata ad individuare la sorte delle azioni di responsabilità nel fallimento, che finisce però per non aggiungere alcunchè alla disciplina desumibile dal d.lgs 6/2003 letto in combinato disposto con la legge fallimentare pre riforma.

Per questo, aderendo alla posizione di chi in 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»<sup>382</sup>, abbiamo ricercato altrove le fonti attributive della legittimazione in capo al curatore ad agire in responsabilità contro gli amministratori.

Ponendo queste premesse dunque diviene comprensibile il motivo per il quale si è parlato sopra di “terza via”. A ben vedere mentre la legittimazione del curatore ad agire contro gli amministratori di s.r.l fallita deriverebbe dai principi generali fallimentari (*rectius*: dall’attribuzione generalizzata allo stesso del potere di amministrare il patrimonio

---

<sup>378</sup> Seguendo così il pensiero di chi ritiene si possa parlare di principi generali fallimentari, v. M. FABIANI, *Il diritto fallimentare*, p. 1 ss

<sup>379</sup> «non si rinvergono nell’ambito delle nuove norme del Libro V del codice civile lacune da colmare, per cui un ulteriore intervento sulla materia comporterebbe solo una inutile e pericolosa sovrapposizione di discipline, foriera di dubbi interpretativi e suscettibile di riprodurre un utilizzo in chiave sanzionatoria dello strumento concorsuale, che la riforma vorrebbe invece neutralizzare», v. E. GRANATA, *La riforma della legge fallimentare italiana*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa: esperienze a confronto*, Milano, 2004, p. 33

<sup>380</sup> Posizione assunta dalla maggioranza. Il testo approvato il 20.06.2003 dall’assemblea plenaria della Commissione è pubblicato in A. JORIO – S. FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, nel quale è pubblicato

<sup>381</sup> Orientamento venne poi seguito anche dalla Commissione istituita con d.m. 27.02.2004. Vedasi a tal proposito art. 197 dello schema del d.d.l di riforma delle procedure concorsuali.

<sup>382</sup> L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p. 16.

fallimentare ai sensi dell'art. 31 l. fall.), e, per esempio, quella ad agire in revocatoria *ex art. 67 l. fall.* è direttamente fissata dalla legge fallimentare, quella ad agire in responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. viene espressamente prevista dall'art. 2394 bis (introdotto con D.lgs 6/2003), risultando una vera e propria ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*<sup>383</sup>, della società (art. 2393), dei soci (art. 2393 bis) e dei creditori sociali (art. 2394).

Mi pare, e abbiamo cercato di chiarirlo nel corso del lavoro, che questa distinzione non sia di poco conto. Ma, mettiamo per un momento da parte questo ragionamento, per richiamare alla mente quegli elementi che comunemente appartengono sia all'azione esercitata dal curatore *ex art. 146 l. fall. e 2476 c.c.* sia all'azione esercitata *ex art. 146 l. fall. e 2393 ss. c.c.*

Che si prenda in considerazione l'uno o l'altro caso, non cambia la natura giuridica dell'azione: il curatore "subentrando" nel diritto di agire a tutela di quel diritto sostanziale così come venuto in essere prima o (per ipotesi) durante il fallimento (indipendentemente dal fatto che tale diritto venga rinvenuto nel patrimonio fallimentare o nella sfera giuridica del soggetto "sostituito"), ne deriverà l'intero regime giuridico<sup>384</sup>, sostanziale o processuale che sia (l'azione del curatore è e non può non essere, vigente questa disciplina, di natura derivata), con le evidenti conseguenze che ne seguono: in tema di opponibilità delle eccezioni, di maturazione dei termini di decadenza o prescrizione, in tema di onere della prova.

Proseguendo nel ragionamento abbiamo dunque sostenuto come si possa parlare di azione inscindibile e unitaria del curatore, ma solo "endofallimentarmente" (unitarietà soggettiva<sup>385</sup>), il curatore dovendo necessariamente indicare, in sede ordinaria, se stia agendo *ex art. 2393, 2393 bis o 2394 c.c.* (o 2476 c.c. in caso sia curatore di s.r.l. fallita<sup>386</sup>).

La scelta non solo avrebbe importanti conseguenze sul piano della misura di danno risarcibile (solo danno patrimoniale *ex art. 2394*, anche danno non patrimoniale negli altri casi) ma anche e soprattutto sul piano delle condizioni da soddisfare: il curatore difatti, agendo ai sensi dell'art. 2393 (e ritengo anche ai sensi dell'art. 2393 bis), "al posto" della

---

<sup>383</sup> Certo è bene ricordare come per la sua posizione del tutto peculiare egli non farà l'interesse di uno o l'altro soggetto sostituito, ma semplicemente agirà in nome proprio a tutela di un diritto altrui.

<sup>384</sup> Che, in tema di s.p.a., sarà naturalmente differente a seconda che lui si determini ad agire *ex art. 2393 c.c.* o *ex art. 2394 c.c.*

<sup>385</sup> E non oggettiva, che permetterebbe al curatore di cumulare i vantaggi di entrambe le azioni. Di qui la posizione talvolta sostenuta in dottrina e in giurisprudenza della natura «cumulativa» dell'azione del curatore

<sup>386</sup> In questo caso, abbiamo sostenuto come non paiano esserci altre forme di tutela accessibili al curatore di s.r.l., oltre a quella di cui all'art. 2476 c.c.

società (o dei soci *ex art 2393 bis*), potrà promuovere l'azione solo «in seguito a deliberazione assembleare»<sup>387</sup>.

Le ragioni che ci hanno portato a sostenere questa tesi sono state ampiamente illustrate al capitolo 2.

Vi è però una questione che rimane aperta, e la legge fallimentare d'altronde non pare poter risolvere i dubbi a cui l'interprete va incontro nell'affrontare la stessa: quali effetti derivano dal fallimento per l'assemblea sociale? Quali poteri dell'assemblea sopravvivono alla dichiarazione di fallimento? Può l'assemblea, pendente la procedura, deliberare circa la responsabilità dei propri amministratori ai sensi dell'art. 2364 comma 1 n. 4 c.c.?

Per rispondere è forse opportuno prendere le mosse dalle “certezze” di cui disponiamo: le disposizioni relative al fallimento delle società (artt. 146 l. fall. e ss.) non parlano di effetti sugli organi sociali, come non parlano espressamente di effetti sugli organi gestori (anche se, circa quest'ultimo punto, norme disseminate qua e là nell'intera disciplina consentono di avanzare qualche considerazione); la società intesa quale compagine sociale rimane “in vita” a seguito del fallimento, e perché *ubi lex voluit, dixit; ubi lex non voluit, non dixit*, ma anche e soprattutto perché il fallimento non è più causa di scioglimento (art. 2484 c.c.) né la sua chiusura determina necessariamente la cancellazione dal registro delle imprese della società (art. 118 l. fall.), essendo dunque ipotizzabile un ritorno *in bonis* della stessa e una ripresa delle attività; il curatore si “sostituisce” alla società in via eccezionale con riguardo al suo diritto di agire in responsabilità (art. 2394 bis c.c.) ma, sia chiaro, non ne “prende il posto” in via generale; è principio condiviso quello secondo il quale l'organo gestorio e dunque, mi pare, l'organo sociale per eccellenza (l'assemblea) possano esperire tutte le attività che non siano incompatibili con le funzioni della procedura fallimentare.

Ora, stanti queste considerazioni, e ricordando che ai sensi dell'art. 2499 c.c. «può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa», non vedo perché *a fortiori* non si potrebbe anche affermare la possibilità per l'assemblea di deliberare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori anche in corso di procedura. Attività che, secondo la ricostruzione logico-normativa effettuata, non appare incompatibile con il fallimento.

È vero, giusta l'opinione da noi espressa il curatore potrà vedersi precluso l'accesso ad alcune forme di tutela, qualora la società (o in sua vece i soci di minoranza) decida di non deliberare per il promovimento dell'azione. Ma non mi pare che tale attività, anche in ipotesi

---

<sup>387</sup> Deliberazione che, si ricorda, potrà sopraggiungere anche in corso di causa, affinché il giudice possa decidere nel merito.

“ostativa”, dell’assemblea possa definirsi «incompatibile» con le funzioni del curatore e dunque della procedura. Lo sarebbe forse se qualsiasi strumento recuperatorio gli potesse essere precluso, ma così evidentemente non è: egli potrà sempre agire ai sensi dell’art. 2394 c.c., “in luogo” dei creditori sociali.

Peraltro neanche mi pare si potrebbe leggere la legge fallimentare *a contrario* sostenendo che l’assemblea conserva i propri poteri esclusivamente laddove l’amministratore conserva i propri (*id est* per esempio nel caso di cui all’art. 152 l. fall. comma 2). Il ragionamento giuridico da farsi è secondo la mia opinione esattamente l’inverso. A tal proposito, è forse utile richiamare le parole di MANDRIOLI, il quale, parlando dell’art. 75 comma 3 c.p.c., afferma come la rappresentanza della persona giuridica può avvenire oltre che con lo strumento rappresentativo anche con quello, affine alla rappresentanza, detto «strumento organico». L’amministratore, titolare dell’organo, «non si limita a produrre effetti in capo all’ente, ma realizza senz’altro e direttamente l’attività dell’ente, ossia appartiene all’ente già nel momento dell’attività e non solo in quello degli effetti. È allora chiaro che, quando ci si serve di questo strumento, la legittimazione processuale non fa capo al rappresentante, ma senz’altro e direttamente alla persona giuridica, che la esercita per mezzo dell’organo».<sup>388</sup> Stesso discorso mi pare si dovrebbe fare circa la legittimazione ad agire dell’amministratore.

A ben vedere però la legge fallimentare, neanche nel capo dedicato al fallimento delle società, espressamente disciplina quali siano gli effetti sull’organo sociale per eccellenza, ossia l’assemblea, né risulta agevole ricavarne qualche indicazione in via interpretativa. Il che mi pare porti necessariamente ad effettuare (salvo i rari casi, come l’art. 2499 c.c., in cui il dubbio viene sciolto) una valutazione caso per caso.

Questo è certamente uno dei più evidenti limiti della normativa, del resto non essendo privo di conseguenze giuridiche lo stabilire se ed entro quali margini l’attività sociale possa continuare, ma non l’unico. Pretestuosamente, mi si conceda di ricordare come fosse considerazione costante della dottrina che si era espressa a seguito della riforma del 2006 quella secondo cui la stessa perpetuasse una lacuna della legislazione concorsuale: «ciò appare scarsamente giustificabile, a fronte dello sviluppo delle formule organizzative societarie che si registra nella prassi e nella disciplina riformata (dalla nuova s.r.l., a società unipersonali e gruppi) e, a maggior ragione, nella prospettiva della ristrutturazione finanziaria

---

<sup>388</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, p. 381

dell'impresa in crisi. Oltretutto, le difficoltà che ne derivano risultano acuite dall'insufficiente e talora difettoso coordinamento con il nuovo diritto delle società»<sup>389</sup>.

Considerazioni che ritengo del tutto valide anche a seguito dei più recenti decreti di riforma: si pensi alla questione con cui abbiamo chiuso il capitolo 3, ossia se si possa o meno immaginare la configurabilità di una denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. in corso di fallimento; si pensi alla questione a quest'ultima strettamente collegata e più sopra considerata di quale spazio operativo debba essere riconosciuto agli organi sociali, pendente la procedura concorsuale; si pensi, allargando la prospettiva, alla necessità sempre più avvertita di adeguare la c.d. "disciplina fallimentare societaria" all'autonomia che, a seguito del D.lgs 6/2003, caratterizza i regimi giuridici delle s.p.a. e delle s.r.l.

In effetti, a ben guardare, proprio a causa della generalità e "neutralità" della disciplina regolante il fallimento delle società (con eccezioni: si pensi agli artt. 147, 150, 151 l. fall. espressamente dedicati alle società di persone o alle s.r.l.), di cui l'art. 146 l. fall. è uno degli esempi più evidenti, il «nuovo diritto delle società» finisce per divenire uno strumento cognitivo indefettibile nella corretta interpretazione della legge fallimentare, nell'ambito della quale dunque finiscono per assommarsi ai dubbi esegetici propri della disciplina societaria le difficoltà di coordinamento con la stessa.

Le scelte legislative, in sostanza, hanno reso necessario un lavoro di "cesellamento" interpretativo di dottrina e giurisprudenza, che, mi pare, procede a tentoni e quantomeno stenta a trovare una qualche unitarietà di visioni a lungo periodo.

Non ritengo opportuno esprimere valutazioni di merito circa l'attuale stadio di "bontà" della legge fallimentare, anche guardata nel contesto economico sociale intra e oltre confine. E molto probabilmente non avrei gli strumenti per farlo, stante il limitato oggetto di studio che ci siamo preposti.

Sento però di poter avanzare una valutazione: è vero che la disciplina poco dettagliata e le formule aperte usate dal legislatore sono foriere di difficoltà interpretative di non scarso rilievo, ma è altrettanto vero che ciò rende la normativa fallimentare piuttosto malleabile, dinamica e flessibile di fronte ai sempre più assidui mutamenti riformatori legislativi.

È di assoluto interesse guardare queste affermazioni alla luce di tutto quanto detto nel corso del lavoro.

Difatti, anche solo prendendo in considerazione l'istituto dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali ben si colgono le profonde distinzioni

---

<sup>389</sup> F. GUERRERA, *Il fallimento delle società nella riforma. Prime osservazioni*, in [www.fallimento.ipsoa.it](http://www.fallimento.ipsoa.it), p.1

strutturali che caratterizzano s.p.a. e s.r.l., soprattutto sotto il profilo dei rapporti tra soci e amministratori delle società stesse.

Nelle s.p.a. esso appare uno strumento recuperatorio e di controllo insieme; possono accedervi in concorrenza con la società anche i soci rappresentanti una certa misura di capitale sociale, nonché (si noti bene) i creditori sociali (art. 2394 c.c.); l'esperibilità dell'azione viene subordinata alla delibera assembleare o comunque all'insufficienza della garanzia patrimoniale generica (ossia lo stesso patrimonio sociale).

Nelle s.r.l. esso appare preminentemente uno strumento recuperatorio, essendo apprestati dal legislatore, a favore dei soci, altri forti strumenti di controllo sulla gestione societaria (art. 2476 comma 2); ai creditori viene garantita l'esperibilità dell'azione solo in via surrogatoria o generalmente *ex art. 2043 c.c.*<sup>390</sup>; l'esperibilità dell'azione è riconosciuta incondizionatamente a ciascun socio.

A ben vedere peraltro una distinzione mi pare ancora piuttosto netta, e le notazioni appena fatte, seppur sintetiche, ne aiutano la comprensione: nelle s.p.a. il controllo che i soci possono esercitare verso gli amministratori risulta ancora (e ritengo, a ragione) legato profondamente ai poteri degli organi pubblici giurisdizionali, ai quali possono ricorrere *ex art. 2393 bis* (agendo per la tutela di un diritto altrui, la società) o, in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità, *ex art. 2409 c.c.*<sup>391</sup>; nelle s.r.l. il controllo, per espressa volontà del legislatore del 2003, è al contrario «privatizzato», ossia primariamente affidato a quei soggetti che in sostanza sono la società (ossia i soci).

È qui che si inserisce il ragionamento più sopra interrotto. Ritengo che tutti questi elementi sopravvivano al fallimento, e in questo finiscano per rivivere non solo “passivamente”, per il fatto che l'azione esercitata dal curatore continua ad essere un'azione derivata (*id est*, che deriva i suoi elementi dalle azioni di responsabilità esercitabili dai soggetti legittimati nelle società *in bonis*), ma anche “attivamente”. In altre parole, mi pare si debba cercare di dare il giusto peso alla decisione del legislatore di prevedere una norma come quella di cui all'art. 2394 bis c.c. solo in ambito di s.p.a., e non anche in ambito di s.r.l..

Per farlo, è forse opportuno notare come aspetti *lato sensu* sanzionatori del fallimento non siano del tutto scomparsi: nel preciso istante in cui la società viene dichiarata decotta (che sia una s.p.a. o una s.r.l.) i soci perdono il proprio diritto di agire in responsabilità nei confronti degli amministratori.

---

<sup>390</sup> Naturalmente garantita anche nelle s.p.a. (art. 2395 c.c.), ed anche generalmente verso terzi non creditori.

<sup>391</sup> Essendo del resto il controllo delegato primariamente agli organi sociali ad esso preposti: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione (a seconda del sistema adottato).

Però le similitudini finiscono qui: difatti in ambito di s.p.a. essi vengono espressamente “espropriati” del loro diritto (art. 2393bis c.c.) a favore del curatore (art. 2394bis c.c.), mentre in ambito di s.r.l. si potrebbe più semplicemente considerare la loro attività come incompatibile col fallimento. Incompatibilità che peraltro verrebbe meno, lo abbiamo visto, nel momento in cui il curatore decidesse di rimanere “inerte”.

Dunque, giuste tutte le considerazioni fatte, non vedo come non si potrebbe effettuare una sorta di valutazione in parallelo tra la posizione dei soci di s.p.a. e quella dei creditori della stessa, almeno quando si parla di azioni di responsabilità contro gli amministratori nel fallimento: in entrambi i casi l’attribuzione esclusiva della legittimazione ad agire al curatore appare del tutto giustificata dalle finalità della procedura e così appare la corrispondente privazione in capo ai soci<sup>392</sup> e ai creditori sociali<sup>393</sup>, ma non mi pare altrettanto giustificata l’assoluta preminenza data, in quella composizione di interessi che è il fallimento, alla massima soddisfazione dei creditori.

Proviamo a chiarire il punto, immaginando il fallimento di una s.p.a.: i soci, la società o i creditori sociali, che abbiano o meno deciso di agire in responsabilità contro gli amministratori prima della dichiarata decozione, in tutti i casi (anche se in ipotesi il curatore dovesse rinunciare ad agire), “perderanno” il diritto all’azione (e non, si ripete, il diritto sostanziale di cui la società – e i creditori – rimane titolare) per tutto il corso della procedura, riacquisendolo solo una volta che essa sia cessata e la società sia tornata *in bonis*<sup>394</sup> (sempre che non sia stato esercitato dal curatore). Non è però da escludere che nel frattempo sia intervenuto il termine di prescrizione o di decadenza del diritto, essendogli così definitivamente precluso

Dunque, ciò che mi chiedo, giunti a questo punto del ragionamento, è se questo effetto derivante dal fallimento sia in qualche modo giustificato o giustificabile.

---

<sup>392</sup> «Il trasferimento al curatore dell’azione *ex art.* 2393bis c.c. è coerente con il fatto che i soci non agiscono nel loro esclusivo interesse, ma a vantaggio della società», v. M. SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Bologna, 2006, p. 72

<sup>393</sup> In effetti, a ben vedere, quella dei creditori è un’azione autonoma, slegata dall’azione sociale; gli amministratori sono direttamente responsabili nei loro confronti e l’eventuale risarcimento andrebbe a loro diretto vantaggio. A tal proposito si faccia riferimento a Cass 22.10.1998, n. 10488 in foro it., 1999, I, 1967, la quale parla di scelta legislativa «volta ad assicurare un maggior livello di tutela». L’art. 2394 bis c.c., in sostanza, assicurerebbe una singolare applicazione del principio della *par condicio* anche ad un patrimonio diverso da quello della società insolvente.

<sup>394</sup> Circa i creditori sociali v. Cass., sez. I, 02-07-2007, n. 14961, in *Fall.*, 2007, 2880. «I creditori sociali perdono, per effetto della dichiarazione di fallimento della società di capitali debitrice, la legittimazione - spettante in via esclusiva al curatore durante il corso della procedura concorsuale - ad esercitare l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società, ai sensi dell’art. 2394 c.c., e la riacquistano a seguito della chiusura del fallimento; tuttavia essi sono soggetti agli effetti della prescrizione maturata medio tempore, atteso che la perdita della legittimazione attiva non è causa di sospensione della prescrizione».

A ben vedere la questione non suscita particolari difficoltà se la si consideri in relazione alla posizione dei creditori: gli stessi, una volta ammessi al passivo, potranno comunque manifestare e far valere i loro interessi attraverso il loro organo fallimentare, ossia il comitato dei creditori, eventualmente anche proponendo al curatore modifiche al programma di liquidazione (in ipotesi, potrebbero proporre la stessa azione risarcitoria, *ex art.* 104ter comma 4 l. fall.). Certo, sempre nel rispetto dei principi decisori a maggioranza: il che evidentemente renderà l'accesso, indiretto (attraverso il curatore), alla tutela di cui all'art. 2394 c.c. meno agevole.

Discorso del tutto diverso vale invece per i soci (di società di capitali): non è forse necessario ricordare come nella legge fallimentare non si faccia mai riferimento agli effetti che dal fallimento derivino sugli stessi (pur derivandone, lo abbiamo visto) – non essendo del resto immaginabile una lettura estensiva del termine «creditori» di modo che anche ad essi possano essere ricondotte le disposizioni che ai creditori fanno riferimento – e, inutile dirlo, non sia prevista alcuna forma di manifestazione dei loro interessi

Pertanto, stante l'attuale disciplina, non si può che rilevare la (almeno a mio avviso) incongruenza di fondo, per immaginare, *de iure condendo*, una coesistenza tra poteri dei soci e poteri del curatore o chissà, un futuro ruolo dei soci all'interno della procedura in collaborazione con il curatore *in primis* e in stretto contatto con il comitato dei creditori, così da rendere effettiva quella giusta composizione di interessi alla quale tende il fallimento; quantomeno, in ipotesi, relativamente a specifici istituti come l'azione di responsabilità contro gli amministratori, nella sua essenza espressione del rapporto di fiducia tra partecipanti alla società e gestori della stessa, che non mi pare venga (e debba venire) meno col fallimento.

Ciò che mi preme sottolineare è che, nella prospettiva delineata, non verrebbe “svuotato” ma anzi verrebbe considerato meritevole di tutela l'interesse dei soci (di tutti o anche di una parte soltanto) ad avviare un'azione di responsabilità contro gli amministratori anche in corso di procedura, per due ragioni principali: non perdere, per il decorso del tempo, definitivamente il diritto di farlo; collaborare con la procedura per il miglior esito della stessa; ed eventualmente anche opporsi alla proposizione della stessa da parte del curatore.

Ora, è bene non addentrarci oltre nell'immaginare in prospettiva quali potrebbero essere pregi e difatti di una tale soluzione. Certamente esulerebbe dalle finalità del presente lavoro e richiederebbe ben più ampi approfondimenti e studi.

Prima di concludere, ritengo però necessario porre l'accento su una circostanza: non è casuale l'aver avanzato le su esposte considerazioni limitatamente alle s.p.a.

La immaginata “implementazione” della disciplina fallimentare con riguardo alle s.p.a. non ritengo sarebbe allo stesso modo giustificata in relazione alle s.r.l.: *in primis* si deve ricordare come ai soci della stessa sia fatta salva la possibilità di recuperare il proprio diritto ad agire in responsabilità contro gli amministratori pur pendente la procedura qualora il curatore rinunci all’esercizio dell’azione (e non, si rammenta, qualora egli rimanga meramente inerte); in secondo luogo questo effetto *lato sensu* sanzionatorio potrebbe derivare la propria ragion d’essere dai caratteri strutturali della s.r.l., la cui disciplina è imperniata sulla «prospettiva secondo cui viene accentuato il significato contrattuale dei rapporti sociali»<sup>395</sup>

I soci hanno a disposizione non solo incisivi strumenti di controllo sull’amministrazione (art. 2476 comma 2 c.c.) ma anche un certo peso decisivo in ordine all’amministrazione della società (si comprende bene anche dalla lettura dell’art. 2476 comma 7 c.c.).

Pertanto, intervenuto il fallimento della stessa, si potrebbe benissimo sostenere la giustizia di un più incisivo ventaglio di effetti preclusivi nei loro confronti.

D’altronde la società a responsabilità limitata «si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (che del resto, dopo la generale ammissibilità della società unipersonale a responsabilità limitata, non può più ritenersi necessariamente presupporre una rigida struttura organizzativa di tipo corporativo), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni».<sup>396</sup>

Si badi bene, non si vuole guardare al passato come modello per il futuro. Lungi da me rivalorizzare gli elementi sanzionatori che caratterizzavano la procedura fallimentare fin dai suoi albori.

Al contrario: si cerca di mettere l’accento sulle differenze strutturali di cui non si può non tener conto parlando di società di capitali e delle quali, anche in relazione alla disciplina della fase “patologica”, si dovrebbe tener conto nella scelta del modello societario da adottare per lo svolgimento dell’attività economica.

In altri termini, nel tentativo di valorizzare gli importanti risultati già raggiunti in via legislativa e in via interpretativa nel processo *in fieri* di «privatizzazione», o, se si preferisce di «degiurisdizionalizzazione», si cerca, nella speranza di aver saputo cogliere il filo di coerenza e di innovazione che lega legislatore e operatori del diritto nel tempo, di mettere in luce come la strada verso un effettivo coordinamento della disciplina fallimentare con la

---

<sup>395</sup> V. Relazione illustrativa al D.lgs 6/2003.

<sup>396</sup> V. Relazione illustrativa al D.lgs. 6/2003

disciplina societaria sia ancora lunga e tortuosa ma percorribile (e del resto percorsa) grazie alla struttura “aperta” della legge fallimentare nel suo capo dedicato alle società.

Allo stesso tempo però si vuole evidenziare come la stessa attuale e risalente struttura della legge fallimentare condanni il fallimento delle società ad un’inefficiente eccessiva dipendenza non solo dal diritto delle società (e questo pare ineluttabile) ma soprattutto dalle disposizioni fallimentari pensate per l’insolvenza di un’impresa gestita individualmente.

Ponendomi nella scia di molti studiosi della materia, non aggiungo niente di nuovo nel dire che forse sarebbe auspicabile una disciplina del fallimento delle società, fatta di una politica legislativa più coraggiosa che rifletta sì le esigenze del mercato ma sia anche molto attenta alle complesse e differenziate dinamiche societarie.

## BIBLIOGRAFIA

### Elenco delle opere citate:

F. ABATE, *La tutela de diritti nella riforma fallimentare: scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, M. FABIANI – A. PATTI (a cura di), Milano, 2006

L. ABETE, *Commento all'art. 27*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), Bologna, 2006-2007

L. ABETE, *Commento all'art. 31*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), Bologna, 2006-2007

L. ABETE, *Commento all'art. 31*, in *Codice commentato del fallimento*, G. LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008

L. ABETE, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri organi di controllo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), Torino, 2009

N. ABRIANI, *Commento all'art. 2476 c.c.*, in *Codice Commentato delle s.r.l.*, P. BENAZZO- S. PATRIARCA (diretto da), Torino, 2006

N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, AA. VV., Milano, 2012

V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 763

V. ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in V. SANTORO, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003

S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476*, in *Società di capitail: commentario*, A. NICCOLINI – G. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Napoli, 2004

S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e dei soci «cogestori»*, in *Il nuovo diritto societario*, S. AMBROSINI (a cura di), Torino, 2005

S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), vol. IV, *Le società per azioni*, Padova, 2010

S. AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in *Il fallimento*, S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO (a cura di), in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), vol. XI, Padova, 2009

I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, 65

V. ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, *ad vocem*

V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979

C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, Milano, 2007, p. 1217

A. ANGELILLIS – G. SANDRELLI, *Commento all'art. 2476*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Società a responsabilità limitata*, L. A. BIANCHI (a cura di), Milano, 2005

G. ARIETA, *Le cautele: il processo cautelare*, Padova, 2011

G. ARIETA – M. P. GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l. - Note sul potere di revoca fra diritto e processo: è vera misura cautelare? quale disciplina? ante causam la revoca dell' amministratore ma non la inibitoria delle delibere?*, in *Corr. giur.* 2005, p. 271

A. AUDINO, *Commento all'art. 2394*, in *Il nuovo diritto delle società : commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, agg. al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), Padova, 2005

F. AULETTA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *La riforma delle società*, M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2003

U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961

P. BENAZZO, *Competenze soci e amministrazione nelle S.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Soc.*, 2004, n. 7, p. 814

R. BERNABAI, *Commento all'art 2393 bis*, in *Commentario dei processi societari*, G. ARIETA - F. DE SANTIS (diretto da), Torino, 2007

M. BIANCHI, *L'azione del curatore fallimentare ex artt. 2393 e 2394 è soggetta a regimi giuridici differenti*, in *Soc.*, 2012, fasc. 11, p. 1178

F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1985

F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992

F. BONELLI, *L'art 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, *La riforma delle società quotate*, F. BONELLI (a cura di), Milano, 1998

F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE (diretto da), IV, 1999

F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.: dopo la riforma delle società*, Milano, 2004

G. BONELLI, *Del fallimento: commento al codice del commercio*, Milano, 1938-1939

S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009

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

F. BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e il curatore terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fall.*, 1983, 839

A. BUSANI, *Riforma delle società: azione di responsabilità senza delibera*, in *Il sole 24 ore*, 13.06.2003

M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1213

O. CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, G. COTTINO – G. BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004

O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. COTTINO (diretto da), Padova, 2007

O. CAGNASSO, *Denuncia al tribunale e s.r.l.: la convivenza è ancora possibile, anzi auspicabile*, in *Giur. it.*, 2010, fasc. 7, p. 1627 – 1628

A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006

R. CAIAZZO, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2009

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Le società*, Torino, 2000

G.F. CAMPOBASSO, *Commento all'art 129*, in *Testo unico finanza: commentario*, Torino, 2002

G.F. CAMPOBASSO, *La riforma del diritto delle società di capitali*, Torino, 2003

A. CANDIAN, *La pretesa reclamabilità dell'ordine di ispezione ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. Nella giurisprudenza della Corte di Milano*, in *Temi Emiliana*, 1943, II, p. 27

A. CANDIAN, *In margine all'art. 2409 c.c.*, in *Temi Emiliana*, 1952, p. 97

F. CARBONARA, *Commento all'art. 31*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010

V. CARIDI, *Commento all'art. 146*, in A. NIGRO A. – M. SANDULLI (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, Torino, 2010

V. CARIDI, *Commento all'art. 146*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II

V. CARIDI, *Del fallimento delle società*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010

G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario Scialoja-Branca: Legge fallimentare* F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), Bologna, 1977

C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Il sole 24 ore, Milano, 2007, p. 207

P. CENDON, *Commento all'art 2393*, in *Commentario al Codice Civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008 – 2010

P. CENDON, *Commento all'art. 2393bis*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008-2010

P. CENDON, *Commento all'art. 2409*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008-2010

P. CENDON, *Commento all'art 2476*, in *Commentario al Codice Civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008 – 2010, p.457

F. CIAMPI, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in *Soc.*, 2006, 286

E. CICONI, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giust. civ.*, 1998, 11, 523

S. COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476 c.c.*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. SANTORO (a cura di), Milano, 2003, p. 173

L. P. COMOGLIO, *il procedimento cautelare in generale. Le singole misure cautelari*, in *Lezioni sul processo civile*, II, L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO (a cura di), Bologna, 2006, p. 40

C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, in *Trattati*, vol. II, P. CENDON (a cura di), Milano, 2003

C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2012

C. CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato*, III – IV, Milano, 2000

C. CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo: è vera misura cautelare? Quale disciplina? Ante causam la revoca dell'amministratore ma non la inibitoria delle debilbere*, in *Corr. giur.*, 2005, fasc 2, p. 272-275

G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 477

G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società e le altre associazioni economiche*, Padova, 1994

E. CUZZERI, *Il codice di commercio italiano commentato con i lavori preparatori, con la dottrina e con la giurisprudenza*, vol. VIII, tit. VIII, Verona, 1883

G. D'AIETTI – R. FRASCA – E. MANZI – C. MIELE, *I provvedimenti cautelari. La riforma del processo civile*, 1991

C. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 443

W. D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padova, 1939

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.*, 2010, 3, 707

E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2393*, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, art. 1*, G. COTTINO – G. BONFANTE – O. CAGANSSO – P. MONTALENTI (diretto da), Bologna, 2004, pp. 799 ss

E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2409*, in *Il nuovo processo societario*, S. CHIARLONI (a cura di), Bologna, 2004, p. 1213 ss

- L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 475
- L. DE ANGELIS, *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fall.*, 2004, p. 353 ss
- U. DE CRESCIENZO – E. MATTEI – L. PANZANI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2006
- G. DE FERRA, *Art. 42-50*, in *Commentario Scialoja – Branca: Legge Fallimentare*, F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), *Effetti del fallimento per il fallito*, G. DE FERRA – L. GUGLIELMUCCI, Bologna - Roma, 1986
- G. DE FERRA, *Art. 43*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare*, F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), *Effetti del fallimento per il fallito*, G. DE FERRA – L. GUGLIELMUCCI, Bologna – Roma, 1986
- A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956
- C. DE MARTINI, *Attività negoziale e attività processuale del fallito durante il fallimento*, in *Diritto fall.*, 1971, I, p.208
- C. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, in *Corso di diritto commerciale*, I, Milano, 1983
- C. DE MARTINI, *Gli effetti del fallimento nei riguardi del debitore – effetti patrimoniali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, L. PANZANI (diretto da), Torino, 2000
- A. DE NICOLA, *Commento all'art 2392*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Amministratori*, F. GHEZZI (a cura di), Milano, 2005
- A. DE NICOLA, *Commento all'art. 2394*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Amministratori*, F. GHEZZI (a cura di), Milano, 2005
- G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968
- F. DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002
- P. G. DEMARCHI, *Il fallimento delle società* in *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, S. AMBROSINI (a cura di), Bologna, 2006
- S. DI AMATO, *Commento all'art. 2476*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003
- S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 292
- M. DI PIRRO, *I provvedimenti cautelari d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Napoli, 2008
- F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999
- F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003

- N.R. DI TORREPADULA, *Commento all'art. 42*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO – M. FABIANI (a cura di), I, Bologna, 2006
- G. DIANA, *Procedimenti cautelari e possessori*, Torino, 2010
- E. A. DINI – G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, ed 7, Milano, 1997
- M. FABIANI, *Le misure cautelari di cui all'art. 146 l. fall. alla luce della nuova disciplina*, nota a sent. Trib. Milano, 19.03.1993 (ord.), in *Fall.*, 1993, 767
- M. FABIANI, *L'art. 146 l. fall., fra note questioni di competenza funzionale e nuovo processo societario*, in *Fall.*, 2005, 173
- M. FABIANI, *Riforma dei riti societari e nuovi dubbi sui sequestri speciali fallimentari nella prospettiva delle riforme concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 69
- M. FABIANI, *Diritto Fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011
- E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, *ad vocem*
- G. FEDERICO, *Effetti per il fallito*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, G. LO CASCIO, Milano, 2007
- G. FEDERICO, *Commento all'art. 43*, in *Codice commentato del fallimento*, G. LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008
- F. FERRARA, *Il curatore del fallimento*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, *ad vocem*
- F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995
- F. FERRARA JR. – A. BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1998
- C. FERRI, *Gli organi giurisdizionali del fallimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, A. JORIO – M. FABIANI (a cura di), Bologna, 2010
- G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. VASSALLI (diretto da), vol. 10, tomo 3, Torino, 1989
- G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 1996
- M. FERRO, *Commento all'art. 42*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, Padova, 2011
- M. FERRO, *Commento all'art. 146*, in *La legge fallimentare, Commentario teorico- pratico*, Padova, 2011
- F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009
- M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le Società*, F. GALGANO (diretto da), Torino, 2002
- G. FRONTINI, *Azione surrogatoria e fallimento*, in *Giust. civ.*, 1994, fasc. 10, p. 2504 – 2507

- F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1988
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009
- F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), X, Padova, 1988
- F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006
- A. GHEDINI, *Commento all'art. 43 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, M. FERRO (a cura di), Padova, 2007
- G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, *ad vocem*
- E. GRANATA, *La riforma della legge fallimentare italiana*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa: esperienze a confronto*, Milano, 2004
- A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2007
- L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, ed. V, Torino, 2012
- F. GUERRERA, *Il fallimento delle società nella riforma. Prime osservazioni*, in [www.fallimento.ipsoa.it](http://www.fallimento.ipsoa.it), p.1 ss.
- F. IOZZO, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 53 ss.
- A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, ed. 10, Milano, 2004
- P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 550
- P.G. JAEGER – R. SACCHI, *Fallimento*, IV) *Effetti per il fallito*, in *Enc. Giur.*, Vol. XIII, Roma, 1989, *ad vocem*
- A. JORIO, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. JORIO (diretto da), Bologna, 2007
- A. JORIO – M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010
- A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004
- G. LANDOLFI, *Gli organi del fallimento: il tribunale fallimentare*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA (diretto da), Torino, 1997
- M. LIACI, *Commento all'art. 31*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010
- B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa. Società*, Milano, 2005

B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. 3. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA – G. B. PORTALE (diretto da), Torino, 2006

G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998

G. LO CASCIO, *La riforma della società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, p.237

G. LO CASCIO, *Commento all'art. 31, Codice commentato del fallimento*, G. LO CASCIO (diretto da), Milano, 2008

V. LOJACONO, *Amministrazione (atti di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, *ad vocem*

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009

F. MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella s.r.l.*, in *Soc.*, fasc. 7, 2003, p. 936

C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXII ed., Torino, 2012

A. MARCINKIEWICZ – A. PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989

F. MARELLI, *Commento all'art. 43 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al r.d. 16 Marzo 1942 n. 267*, A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), Bologna, 2006

D. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996

G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956

G. MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legali del fallimento*, in *Fall.*, 2007, p. 677 ss

G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975

G. MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari verso l'introduzione del referè*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 1182 ss

L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 1999

L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 3 ed. Riveduta, Milano, s.d.

C. MOTTI, in *Diritto fallimentare: manuale breve*, Milano, 2008

F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 59 ss

G. N. NARDO, *Commento all'art. 24*, in *Il nuovo fallimento*, F. SANTANGELI (a cura di), Milano, 2006

- L. NAZZICONE, *Commento all'art 2392*, in *La riforma del diritto societario*, G. LO CASCIO (a cura di), Milano, 2003
- L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005
- M. NICODEMO, *Gli effetti del fallimento per il debitore e l'esdebitazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto «correttivo»*, S. AMBROSINI (a cura di), Bologna, 2008
- R. NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca, Tutela dei diritti*, sub art. 2900, Bologna-Roma, 1953
- A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), IV, Torino, 1993
- A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012
- G. OLIVIERI, *I procedimenti cautelari plurilaterali (le principali fattispecie; il nuovo art. 2409 c.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)
- G. OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)
- G. OPPO, *L'azione sociale di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 2, 406
- S. PACCHI, *Commento all'art. 42 l. fall.*, *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010
- S. PACCHI, *Commento all'art. 43*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), Torino, 2010
- I. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, in *Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2003, fasc. 5-8, p. 457 – 476
- P. PAJARDI – L. BONACINA, *Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito*, Milano, 1995
- P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008
- G. PALERMO, *Legittimazione*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1996, *ad vocem*
- L. PANZANI, *Il sequestro dei beni di amministratori, sindaci, direttori e liquidatori di società fallite dopo la riforma dei provvedimenti cautelari*, in *Fall.*, 1991, p. 1109
- L. PANZANI, *Interpretazioni dinamiche e nuove letture del diritto fallimentare: gli amministratori e i soci*, in *Fall.*, 2004, p. 971
- A. PARISI, *Commento all'art. 42*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010
- A. PARISI, *Commento all'art. 43*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010

- F. PARRELLA, *Commento all'art. 2476*, in *La riforma delle società*, M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), vol. 3, Torino, 2003
- F. PARRELLA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario: profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, S. AMBROSINI (a cura di), vol I, Torino, 2005
- F. PASI, *Il giudice delegato*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI, Torino, 2009
- F. PASQUARIELLO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), III, Padova, 2005
- A. PATTI, *Il curatore della nuova procedura di liquidazione concorsuale*, in *Fall.*, 2005, p.713 ss
- A. PENTA, *Il comitato dei creditori*, in *Gli organi della procedura fallimentare: soluzioni giudiziali e prime prassi applicative*, Padova, 2009
- A. PICCIAU, *Commento all'art 129*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 : commentario*, P. MARCHETTI - L. A. BIANCHI (a cura di), Milano, 2000
- A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l.*, F. FARINA – C- IBBA – G. RACUGNO – A. SERRA (a cura di), Milano, 2004
- A. PICCIAU, *Commento agli artt. 2393 – 2393bis – 2394bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Amministratori*, F. GHEZZI (a cura di), Milano, 2005
- A. PREITE, *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, G. OLIVIERI – G. PRESTI – F. VELLA (a cura di), Bologna, 2003
- E. PROTETTI, *L'ispezione dell'amministrazione della società*, in *Società*, 1984
- C. PROTO, *Il curatore*, in *Il diritto fallimentare riformato*, G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), Padova, 2007
- C. PROTO, *L'azione dei creditori sociali nella società a responsabilità limitata e la determinazione del danno*, nota a Trib Padova 24.06.2009, in *Fall.*, 2010, 729
- A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, *ad vocem*
- A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2 ed., Napoli, 1996
- R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974
- B. QUATRARO – S. D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, ed. II, vol. I, Milano, 1999
- S. RECCHIONI, *Commento all'art. 24 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI (diretto da), p. 469 ss
- M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società chiuse*, P. BENAZZO - S. PATRIARCA – G. PRESTI (a cura di), Milano, 2003

- M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma fallimentare e societaria*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commentario*, A. JORIO (diretto da), Bologna, 2007
- P. RESCIGNO, *Legittimazione*, in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1993, *ad vocem*
- M.M RISCOSSA, *Commento all'art 129*, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, G. COTTINO (diretto da), Torino, 1999
- G.C.M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 691
- R. SACCO, *Legittimazione del creditore fallimentare a procedere in via surrogatoria*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 849
- V. SALAFIA, *Le società*, Milano, 2001
- V. SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, p.8
- V. SALAFIA, *Commento all'art. 2476*, in *Codice commentato delle nuove società*, G. BONFANTE – D. CORAPI – G. MARZIALE – R. RORDORF – V. SALAFIA, Milano, 2004
- V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), Milano, 2005
- N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), Milano, 2005
- L. SAMBUCCI, *Commento all'art. 2394*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), II, Napoli, 2004
- M. SANDULLI, *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, in *Soc.*, 2005, p. 485 ss
- M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa: il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009
- F. SANTANGELI, *I provvedimenti d'urgenza e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p.53
- S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996
- M. SELLA, *I danni non patrimoniali*, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2010
- E. SENINI, *Inammissibile il controllo ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.*, in *Soc.*, 2006, fasc. 4, p. 454
- A. SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 695
- C. SILVETTI – M. MARULLI, *Le società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, t. II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1996, p. 1003 ss

- P. SPADA, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma del 2003, Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003
- D. SPAGNUOLO, *Commento all'art. 31*, in *La riforma della legge fallimentare*, A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), Torino, 2006
- M. SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Bologna, 2006
- M. STELLA RICHTER jr., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 14 ss
- G. TARZIA, *La terzietà del curatore*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, L. PANZANI (diretto da), Torino, 2012
- G. U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova, 1965
- G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006
- R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. III, P. ABBADESSA – G. B. PORTALE (diretto da), Torino, 2006
- F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983
- F. TOMMASEO, *Rappresentanza processuale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1987, *ad vocem*
- A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011
- F. VASSALLI, *Commento all'art. 2392*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004
- F. VASSALLI, *Commento all'art. 2393*, in *Società di capitali: commentario*, G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004
- M. VITIELLO, *Gli organi della procedura fallimentare: poteri e competenze*, in *La riforma della legge fallimentare*, S. AMBROSINI (a cura di), Bologna, 2006
- M. VITIELLO, *La responsabilità degli organi sociali nel fallimento*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, S. AMBROSINI (a cura di), Milano, 2007
- R. WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA – G.B. PORTALE (diretto da), 3, Torino, 2006
- G.M. ZAMPERETTI, *Commento agli artt. 2394 – 2394 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI (a cura di), Bologna, 2004
- G. ZANARONE, *Commento all'art. 2476*, in *Il codice civile: commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da) - F. D. BUSNELLI (continuato da), *Della società a responsabilità limitata*, Milano, 2010
- V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007 n. 169*, Torino, 2008

G. M. ZANNELLA, *Codice delle misure cautelari societarie*, L. NAZZICONE (a cura di), Torino, 2012

Elenco delle sentenze citate:

Corte Cost., 29.12.2005, n. 481, in *Foro it.*, 2006, parte 1, col. 1293; Corte Cost., 07.05.2002, n. 168 in *Giur. cost.*, 2002, 1392; C. Cost. 08.05.1996 n. 148 in *Fall.*, 1996, 1076

Cass., Sez. Un., 11.11.2008 n. 26972,26973,26974,26975, in *Foro it.*, 2009; Cass. Sez. Un. 28.03.2006, n. 7029, in *Mass. giur. it.*, 2006; Cass., Sez. Un., 06.10.1981 n. 5241, *Giur. comm.*, I, 1982, II, 780; Cass. 20.09.2012, n. 15955; Cass. 23.07.2012, n. 12785; Cass. 9.3.2011, n. 5571; Cass., sez. I, 21.07.2010, n. 17121; Cass. 02.07.2010, n. 15713; Cass. 03.06.2010, n. 13465, in *Foro it.*, 2011, 518; Cass., sez. I, 13.01.2010, n. 403, in *Foro it.*, 2010, parte I, col. 3113; Cass., sez. I, 29.10.2008, n. 25977, in *Fall.*, 2009, 619; Cass., sez. I, 05.08.2008 n. 21131; Cass., sez. I, 25.06.2008 n. 20476; Cass., sez. I, 23.06.2008, n. 17033, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 1010; Cass. 08.02.2008, n. 3020, in *Soc.*, 2008, 698; Cass. 10.09.2007, n. 18939, *Giust. civ. mass.*, 2007, 9; Cass., sez. I, 02.07.2007, n. 14961, in *Fall.*, 2007, 2880; Cass. 12.06.2007, n. 13765 in *Giust. civ. mass.*, 2007,10; Cass., 04.06.2007, n. 12929, in *Resp. civ. prev.*, 2008; Cass., sez. I, 03.04.2007 n. 8359 in *Giur. it.*, 2007, 2761; Cass. 11.08.2005, n. 16853, in *Mass. Giust. Civ.*, 2005, 9; Cass. 22.07.2005, n. 15369, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., sez. I, 18.01.2005 n. 941; Cass. 10.01.2005, n. 292, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1515; Cass. 16.12.2004, n. 23435, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 1; Cass., 15.10.2004, n. 20327, in *Guida al dir.*, 2004, 45,46; Cass. 30.08.2004, n. 17418, *Foro it.*, 2005, I, 3148; Cass. 17.05.2004, n. 9710, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2742; Cass. 28.01.2004, n. 1547 in *Giur. it.*, 2004, p. 1581; Cass., 14.11.2003, n. 17295 in *Mass. foro it.*, 2003; Cass. Civ. 17.03.2003, n. 3898, in *Arch. civ.*, 2003, 890; Cass. 15.01.2003, n. 508, in *Fall.*, 2003, p.1075; Cass. 26.02.2002, n. 2776, in *Foro it.*, 2002, I, 1718; Cass. 15.03.2001, n. 3750, in *Foro it.*, 2002, I, p. 831 ss.; Cass., sez. I, 06.12.2000, n. 15487, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2716; Cass. 12.07.2000, n. 9257, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 857; Cass. 16.06.2000, n. 8226; Cass. 24.05.2000, n. 6785, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. 29.09.1999, n. 10804, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2000, II, p. 141,144; Cass., 14.09.1999, n. 9795, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 79; Cass. 15.06.1999, n. 5925, *Mass. giur. it.*, 1999; Cass., sez. I, 24.03.1999, n. 2772, in *Giur. it.*, 1999, 1869; Cass., 6.03.1999, n. 1925, in *Giur. It.*, 2000, p. 770; Cass. 22.10.1998, n. 10488 in *Foro it.*, 1999, I, 1967; Cass. 23.07.1998, n. 7200, in *Fall.*, 1998, 1270; Cass., sez. I, 08.05.1998, n. 5287; Cass. 28.02.1998 n. 2251, in *Giur. It.*, 1998, p. 1639; Cass. 03.01.1998 n. 16, in *Foro it.*, 1998, parte I, col. 2956; Cass. 01.12.1997, n. 12180 in *Foro it.*, 1998, I, p. 3633; Cass. 02.10.1997, n. 9636, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3633; Cass. 07.09.1997 n. 10937; Cass. 11.09.1996, n. 9849, in *Sentenze della Cassazione civile, Juris Data*, Milano, 2004; Cass., sez. I, 12.04.1994, n. 3413, in *Giust. civ.*, 1994, fasc. 10, p. 2504 – 2507; Cass. 01.04.1994 n. 3216 in *Foro it.*, 1995, I, 1302; Cass. 24.04.1993, n. 4840, in *CED*, 1993; Cass., 16.07.1992, n. 8616, in *Fall.*, 1992, 1136; Cass., 27.03.1992, n. 3799, in *Dir. Fall.*, 1993, II, 1091; Cass., sez. lav., 14.12.1991 n. 13498 in *FI*, 1992, I, 1803; Cass. 19.02.1990, n. 1226; Cass. 15.01.1985, n. 60 in *Foro it.*, 1985, I, 2693; Cass. 16.12.1983, n. 7424; Cass., 06.10.1981, n. 5241, in *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 768; Cass. 28.04.1981, n. 2564, in *Foro it.*, 1981, I, 2000; Cass., 30.07.1980, n. 4801, in *Fall*, 1980, 998; Cass. 25.07.1979 n. 4415, *Giur. comm.*, 1979, I, 2027; Cass. 23.09.1977, n. 4055, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 24 ss.; Cass., 10.04.1968, n. 1087, in *Foro it.*, 1968, I, 2588; Cass. 09.12.1966, n. 2884, in *Giust. civ.*, 1967, I, 955; Cons. Stato, 14.1.02, n. 149, in *Foro amm. CDS*, 2002, 145

App. Trieste 13.10.2004 (ord.); App. Bologna, 29.06.2001, in *Soc.*, 2001, p. 1474; App. Roma 03.01.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 331; App. Messina, 10.04.1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 56; App. Milano, 27.02.1992, in *GI*, 1992, 2, 592; App. Milano, 14.01.1992; App. Bologna, 18.07.1957, in *Banca e borsa*, 1958, II, p. 585; App. Catania, 7.02.1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 113

Trib. Roma 07.10.2013, n. 22904 in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 03.10.2013, n. 19857 in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 03.10.2013, n. 12193 in *www.dejure.it*; Trib. Milano 02.10.2013, n. 12107 in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 09.04.2013, n. 4911 in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 22.03.2013, n. 4049 in *www.dejure.it*; Trib. Milano 18.02.2013 in *www.dejure.it*; Trib. Verona 10.02.2012, in *Il Caso.it*, I, 7594; Trib. Lecce 09.12.2011 in *Soc.*, 2012, 1173; Trib. Firenze, 27.10.2011, in *Le società*, 2012, 5; Trib. Roma 20.06.2011, *Redazione Juris Data Giuffrè*; Trib. Arezzo 3.2.2011, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 26.03.2010 in *Giur. it.*, 2010, fasc. 7, p. 1627- 1628; Trib. Novara, 12.01.2010, in *Soc.*, 2010, p. 645; Trib. Nola, sez I, 18.06.2009, *Giur. Merito*, 2010, 3, 707; Trib. Napoli, 28.1.2009, in *Soc.*, 2009, p. 1413; Trib. Napoli, 08.10.2008, in *Le società*, 2010, 207; Trib. Roma, 17.12.2008, in *Giur. mer.*, 2009, 6, 1585;; Trib. Udine, 17.10.2008, n. 5848, in *Foro it.*, 2009; Trib. Napoli, 28.04.2008 n. 2599; Trib. Milano, 27.02.2008, n. 2589, in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, 13; Trib. Roma 22.05.2007 in *Il Foro it.*, parte I, col. 307; Trib. S.M. Capua Vetere, 20.01.2007, in *FI*, 2008, I, 331; Trib. Pescara 15.11.2006, in *Foro it.*, 2007, I, 2262; Trib. Milano 02.10.2006, in *GI*, 2007, 382; Trib. Agrigento 01.08.2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 299; Trib. Milano, 12.04.2006, in *GI*, 2006, 2096; Trib. Milano 25.01.2006, in *Soc.*, 2007, 320; Trib. Milano, 12.01.2006, in *Soc.*, 2007, 1010; Trib. Tolmezzo 25.07.2005, in *Fall.*, 2006, 6; Trib. Milano 17.12.2005, in *Dir. e pratica società*, 2006, fasc. 19, 6; Trib. Milano 08.07.2005, in *Foro it.*, 2006, I, col. 1239; Trib. Marsala, 02.05.2005, in *GM*, 2005, 12,2629; Trib. Marsala 01.04.2005, in *Soc.*, 2006, 733; Trib. Udine 11.02.2005, in *Dir. Fall.*, 2005, 808 ss; Trib. Treviso, 07.02.2005, in *Giur. it.*, 2005, 2107; Trib. Cagliari 04.02.2005 (ord.), in *GI*, 2006, 75; Trib. Roma, 01.12.2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 81; Trib. S.M. Capua Vetere, 15.11.2004, in *Soc.*, 2005, 477; Trib. Napoli 11.11.2004, in *Le Soc.*, 2005, 1007; Trib. Pinerolo 02.11.2004 (ord.), in *Giur. it.*, 2005, 1660; Trib. Parma 25.10.2004, in *Soc.*, 2005, 758; Trib. Bologna, 21.10.2004, in *Soc.*, 2005, 357; Trib. Catania, 14.10.2004 (ord.), in *Dir. fallim.*, 2005, II, 277; Trib. Bari, 27.09.2004, in *www.judicium.it*; Trib. Piacenza 23.08.2004 in *Corr. mer.*, 2005, 25; Trib. Roma, 05.08.2004 (ord.), in *Soc.*, 2004, 1542; Trib. S. M. Capua Vetere, 20.07.2004, in *Soc.*, 2004, 1545; Trib. Lecce, 16.07.2004 in *Soc.*, 2005, 358; Trib. Roma, 06.07.2004, in *GC*, 2005, II, p. 435; Trib. Udine, 01.07.2004, in *Società*, 2005, p. 367; Trib. Napoli, 12.05.2004, in *Soc.*, 2005, 1013; Trib. Napoli 28.04.2004, in *Fall.*, 2005, 681 ss.; Trib. Napoli 16.04.2004 in *Fall.*, 2005, 681 ss; Trib. Palermo 16.04.2004, in *www.judicium.it*; Trib. Roma 31.03.2004, in *Riv. not.*, 2004, II, 768; Trib. S. Maria Capua Vetere 13.02.2004, in *GM*, 2005,1,79; Trib. Lucca 27.01.2004, in *GCM*, 2005, II, 49; Trib. Milano 29.05.2003, in *FP*, 2003,I, 654; Trib. Milano, 29.01.2003, in *GI*, 2004, 77; Trib. Trani, 30.10.2001, in *Soc.*, 2002, 354; Trib. Roma 12.03.2001(ord.), in *Foro it.*, 2001, parte I, col. 137; Trib. Palermo, 24.12.1999, in *Soc.*, 2000, 866; Trib. Napoli, 16.04.1999, in *FN*, 1999, 257; Trib. Como, 10.06.1998, in *Soc.*, 1999, 89; Trib. Napoli 09.12.1996, in *GCo.*, 1998, II, p. 554 ss; Trib. Napoli, 07.04.1994, in *Fall.*, 1995, 186; Trib. Milano 11.11.1993, in *Foro it.*, 1994, parte I, col. 603; Trib. Brescia 13.10.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 604; Trib. Milano 19.03.1993, in *Foro it.*, 1993, I, 1682; Trib. Bari, 07.05.1992, *FI*, 1992, I, 3115; Trib. Milano 15.07.1991, in *Fall.*, 1991, 1286; Trib. Napoli 31.01.1991, in *Soc.*, 1991, 1094; Trib. Genova, 24.03.1989, in *Soc.*, 1989, 96; Trib. Padova, 24.12.1986, in *FI*, 1987, I, 1283; Trib. Milano, 15.05.1986, in *Soc.*, 1986, 1221; Trib. Milano 21.03.1986, in *Soc.*, 1986, 1105; Trib. Milano

27.01.1986, in *Soc.*, 1986, 609; Trib. Milano 28.01.1982, in *GCo.*, 1983, II, 438; Trib. Milano, 02.07.1981, in *Fall.*, 1982,111; Trib. Napoli, 03.04.1981, in *Dir. fall.*, 1981, II, 306 ss.