

GINA GIOIA

LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA NELLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ DI CAPITALI*

SOMMARIO: 1. L'irrelevanza della natura della azione risarcitoria ai fini del discorso sulla legittimazione ad agire. – 2. La legittimazione attiva nell'azione sociale di responsabilità. – 3. La legittimazione straordinaria nell'azione di responsabilità promossa dalla minoranza. – 4. La legittimazione dei creditori sociali. – 5. La legittimazione all'azione di responsabilità in pendenza di procedure concorsuali. – 6. La legittimazione nelle azioni dirette dei soci e dei terzi. – 7. L'azione diretta del socio e del creditore della controllata contro la società controllante e i suoi amministratori. – 8. La legittimazione passiva dell'azione di responsabilità. – 9. Considerazioni conclusive.

1. *L'irrelevanza della natura della azione risarcitoria ai fini del discorso sulla legittimazione ad agire.* – Le azioni di responsabilità sono concepite dall'ordinamento come azioni generali cui chiunque può ricorrere per ottenere ristoro a fronte di un danno subito, indipendentemente dalla fonte della responsabilità che si vorrebbe ascritta al soggetto danneggiante e dalla validità stessa della pretesa azionata.

Nello schema recepito sia dall'art. 1218 c.c. che, in materia extracontrattuale, dall'art. 2043 c.c., chiunque affermi di aver subito un danno derivante dall'esecuzione di un contratto che lo lega al soggetto danneggiante, oppure da un fatto illecito, è legittimato a proporre una domanda giudiziale di risarcimento, salvo poi dover dimostrare gli elementi costitutivi della responsabilità ai fini dell'accoglimento della pretesa risarcitoria. Quest'ultima condizione, tuttavia, attiene al merito della controversia e non investe le condizioni di decidibilità della domanda – che in quanto

* Il presente saggio è dedicato agli Studi in onore di Bruno Sassani.

tali sono da decidersi in *limine litis* – e ancor meno può dirsi integrare una questione di legittimazione ad agire. Questa, infatti, risulta legata unicamente alla prospettazione attorea in quanto dipendente dalla sola corrispondenza tra chi agisce in giudizio e colui che, nella domanda giudiziale, è affermato titolare della situazione giuridica dedotta¹. Un eventuale

¹ Il ricorso al concetto di legittimazione attiva, benché abbastanza frequente, è spesso inappropriato. Si veda in proposito SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 115 s., 184 in nota, 187 in nota, che scrive: «Assieme ad un primo elemento (c.d. situazione legittimante), con il termine legittimazione se ne suole indicare un altro (c.d. situazione legittimata. È noto che con il primo si designa il criterio – di natura prevalentemente sostanziale – di individuazione del secondo; con quest'ultimo si intende invece la conseguente attribuzione del potere d'agire». «Intendere come "norme di legittimazione" quelle norme che individuano il presupposto sostanziale in base al quale taluno può agire senza che, nel motivo specifico della "qualità" dedotta debba potersi fondare la negazione della tutela. Ciò significa che il problema della legittimazione non è il più ampio problema della risposta alla domanda "chi può, agendo, ottenere in concreto la pronuncia di merito?", per rispondere alla quale è necessario esibire tutti gli eterogenei requisiti che debbono sussistere affinché il giudice emetta ritualmente la sentenza di merito». «Regola della legittimazione» è espressione che significa (e significa solo): la disciplina sostanziale del rapporto non è applicabile quando tale rapporto sia stato introdotto in giudizio come dichiaratamente altrui.

La definizione della legittimazione ad agire, si sa, presuppone tradizionalmente una certa lettura del rapporto tra azione e diritto sostanziale. Anche nella ricostruzione dell'«azione in senso concreto» offerta da CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, rist. 1965, 43 ss., 151 ss., si concepiva «l'azione come un bene e un diritto a sé stante, staccata dal diritto soggettivo» (46). Il requisito della *legitimatio ad causam* era, perciò, «la identità della persona dell'attore colla persona a cui la legge concede l'azione (legittimazione attiva), e la identità della persona del convenuto colla persona contro cui l'azione è concessa (legittimazione passiva)» e, però, si determinava solo a seguito di un accertamento istruttorio pieno, perciò, benché preliminare, di merito. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, Milano, rist. 1960, 296 ss. già scriveva che la legittimazione «determina quali soggetti devono partecipare od essere chiamati a partecipare al processo, affinché il giudice possa pronunciare in merito sulla domanda», come tale un *tertium genus* tra i presupposti processuali e le condizioni dell'azione di Chiovenda. Si veda anche SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1919, 151. Ancor prima della formulazione dell'art. 24 Cost., la teoria dell'azione ha subito un'astrazione, non più intesa quale diritto a ottenere una sentenza a sé favorevole, bensì a una decisione di merito sulla situazione azionata. Per tale via, si è gradualmente affermata una concezione di legittimazione ad agire slegata dall'effettiva fondatezza della domanda (vale a dire dalla titolarità della situazione giuridica dedotta). CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*², Roma, 1946, 174 ss., 184, scriveva «se da un lato non occorre che sia creditore chi domanda il riconoscimento di un credito ma dall'altro occorre che affermi d'esser tale». BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, ripr. an. Napoli, 2018, 71 ss., 77: «non all'obiettiva esistenza

della situazione di diritto affermata è legato il diritto di azione, ma semplicemente alla sua affermazione in giudizio quale ragione dell'azione: ragione, della cui fondatezza si deve appunto discutere nel processo». GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 131 ss. definiva la legittimazione come «la titolarità di un potere giuridico: il potere di azione» (158) e riconosceva anche al convenuto «la titolarità del potere di azione, relativamente al medesimo rapporto giuridico, di cui l'attore pretende che egli sia soggetto passivo» (148), e capovolge definitivamente l'idea chiovendiana. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile* (prolusione del 1949), in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 22 ss., 46 definisce attentamente la legittimazione ad agire come «l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte», in mancanza della quale si ha «carenza di azione». Dopo l'entrata in vigore della Costituzione l'interpretazione era ormai consolidata. «La nozione di legittimazione ad agire e a contraddire come presupposto perché il giudice possa scendere alla considerazione del merito della domanda può acquistare un significato solo se l'esercizio dell'azione è posto in relazione alla prospettazione nel processo di una domanda con la quale la parte avanza una pretesa ed il convenuto si difende da essa», scriveva MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 566 ss., 569. In contrapposizione all'azione in senso concreto si afferma l'«azione in senso astratto», che FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano 1957, 158 ss., rilevava come sarebbe meglio parlare di autonomia, in contrapposizione alla causalità che si ravvisava rispetto al diritto sostanziale fatto valere, anche se sconsigliava di mutare la terminologia acquisita. Precisava che il coordinamento tra il diritto e l'azione «sussiste e non si può non tenerne conto, ma a suo avviso, va contemplato in termini di *asserzione* e non in termini di *esistenza* del diritto presupposto». È ben noto lo studio di ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 961 ss., da cui emerge che la legittimazione è apprezzabile ove l'attore si affermi titolare del diritto dedotto e affermi che il convenuto è titolare del lato passivo del rapporto. In ID., *Diatribe breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. trim.*, 1955, 219, visto in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 209 ss. mette in evidenza che i casi di difetto di legittimazione si apprezzano particolarmente ove l'attore abbia convenuto in giudizio un soggetto senza proporre una domanda specifica nei suoi confronti. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 212 ss., 216 s.; ID., *Legittimazione ad agire*, voce del *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 524 ss. «definita l'azione come il potere di provocare, mediante la domanda stessa, l'emanazione di un provvedimento dichiarativo in merito al rapporto giuridico, oggetto dell'affermazione, riteniamo che la legittimazione ad agire stia ad indicare la titolarità di tale potere». ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, Napoli, 1954, I, 230, 285 definisce la legittimazione come «il complesso di criterii che permettono di identificare i soggetti nel contraddittorio dei quali la sentenza deve essere pronunciata affinché produca i suoi effetti». Secondo Andrioli l'art. 102 c.p.c. «non tanto regola il litisconsorzio necessario, quanto fissa il principio della legittimazione ad agire», come già, del resto, avevano sostenuto Redenti, Segni, Betti e successivamente altri, quali Proto Pisani, Costantino, Luiso. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 638, sottolinea che «la legittimazione da un lato è un presupposto per la decisione di merito (e come tale si distingue sia dai c.d. presupposti processuali, sia dalle condizioni dell'azione), dall'altro deve essere valutata alla stregua del rapporto giuridico dedotto in giudizio così come viene affermato nella domanda giudiziale pro-

difetto di legittimazione ad agire, pertanto, potrebbe essere integrato solo laddove una tale affermazione mancasse² e salvo che, nel caso di specie, non ricorresse una delle ipotesi di legittimazione a far valere, in nome proprio, un diritto altrui, accordate in via straordinaria da apposita disposizione di legge e legittimate, in via generale, dall'art. 81 del codice di rito³.

posta dall'attore, non già come sussiste obiettivamente (ciò che può essere diverso)». COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, voce dell'*Enc. giu.*, XVIII, Roma, 1990, 3: «la legittimazione attiva viene configurata quale criterio mediante il quale chi si afferma titolare di una situazione giuridica è anche titolare del potere giuridico di chiederne la tutela giurisdizionale e, quindi, quale requisito di validità della domanda giudiziale, nonché ai sensi dell'art. 159 c.p.c., di tutti i successivi atti di impulso processuale che necessariamente ne dipendono. La legittimazione a contraddire trova i suoi criteri negli artt. 102, 1° co., c.p.c. e 2909 c.c.». Si veda pure CONSOLO, *Domanda giudiziale*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2001, 44 ss., 58.

L'unico ad assumere che la legittimazione ad agire coincidesse con la titolarità del diritto controverso era SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 169 ss., 177; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1959, 354 ss. Secondo Satta «la legittimazione ad agire si identifica con l'interesse ad agire». La coincidenza tra legittimazione e diritto, tuttavia, esclude l'esistenza della legittimazione, mentre normalmente (ma erroneamente) si riconduce la questione di merito alla legittimazione.

La legittimazione, come presupposto processuale o condizione dell'azione o tra le condizioni di decidibilità della domanda, è trattata in tutti i manuali. Per citarne alcuni: CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 563 ss.; MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, 53 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*⁸, I, Milano, 2015, 218; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁵, I, Bari, 2019, 57 ss.

² Si ricorda, in proposito, la questione del risarcimento del danno per perdita della merce. Si discuteva se la "legittimazione" fosse in capo al mittente o solo al destinatario. GARBAGNATI, *Intorno all'eccezione ex art. 1689, 1° comma, codice civile*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 613 ss. ritenne che non di legittimazione si trattasse, ma di questione di merito e che il danno può essere chiesto da chi lo ha subito e, solo in via di eccezione, ove la legge lo preveda espressamente, dal sostituto processuale. La giurisprudenza sul punto, per evitare al vettore il doppio risarcimento, sembra ancora incerta nel collocare esattamente la questione.

³ Oltre alla dottrina già citata in precedenza, si veda SATTA, *Commentario*, I, 272 ss., secondo cui il sostituto ex art. 81 c.p.c., in quanto titolare di diritto connesso al rapporto giuridico dedotto in giudizio, non azionerebbe, in realtà, un diritto altrui, bensì il proprio diritto connesso che legittima la stessa sostituzione processuale. Ma altresì la critica, condivisibile, mossa da ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, cit., 530 ss., il quale riconosce che l'esercizio del diritto altrui da parte del sostituto sia finalizzato alla realizzazione di un proprio interesse, ma pure afferma che «tale interesse altro non sia che quel diritto del sostituto per la cui tutela è attribuita ad un soggetto una legittimazione straordinaria ad agire». Non si può tuttavia tralasciare che, in alcuni casi, l'accertamento della litispendenza non può avvenire *in limine litis* sulla base della sola

Inquadrare una questione come legittimazione ad agire piuttosto che escluderla non incide solo sul momento in cui il giudice deve occuparsene e se essa sia da valutare *in limine litis*, sulla base della prospettazione dell'attore (o dei soggetti nei cui confronti il provvedimento richiesto produrrà i suoi effetti) o se invece esiga l'istruttoria, ma incide sull'essenza stessa della questione, in un caso di rito e nell'altro di merito, la prima delle quali risulta rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado e permette alla Cassazione di valutarne anche i fatti alla base⁴.

Dall'impostazione codicistica prescelta discende che chiunque invochi a suo favore una responsabilità extracontrattuale o contrattuale contro degli organi apicali della società⁵, è legittimato a proporre la domanda giudiziale di responsabilità nei confronti dell'amministratore.

domanda (come si conviene a un presupposto processuale, o condizione dell'azione, o condizione di decidibilità della domanda) ma necessita una vera e propria istruzione, si pensi all'azione *ex art.* 2900 c.c. Risulta, perciò, difficile, a volte, ritenere che si tratti esclusivamente di un accertamento su un fatto processuale e non già sostanziale. Si veda la posizione di RUFFINI, *Sulla legge regolatrice della legitimatio ad causam*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1171, che esamina ipotesi di liti transnazionali e di legge applicabile, per concludere che la legge sulla legittimazione straordinaria è di tipo sostanziale, quindi, riguarda il rapporto giuridico sostanziale e non il foro e così conclude che la legittimazione ad agire sarebbe una questione preliminare di merito.

⁴ Si veda GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, *Riv. dir. proc.*, 2017, 234 ss., che interloquisce con alcune posizioni della Cassazione. RUFFINI, *Sulla legge regolatrice della legitimatio ad causam*, cit., 1171 ss. esamina un altro aspetto molto rilevante e, cioè, la consistenza sostanziale o processuale delle norme che attribuiscono la legittimazione e finisce per ritenere che la legittimazione ad agire formi una questione preliminare di merito, come già sosteneva Micheli.

⁵ Ai sensi dell'art. 2396 c.c., per quanto in questa sede d'interesse, sono equiparati agli amministratori i direttori generali, in quanto funzionari, in posizione prevalente rispetto agli altri prestatori di lavoro, con attribuzioni direttive generali su tutti gli uffici dell'ente. In tema ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991, 461 e nt. 1.; FRANZONI, *Delle società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2008, 610. Gli amministratori rispondono dell'attività illecita del direttore generale, solidalmente con quest'ultimo. La loro responsabilità può essere esclusa ove provino di aver predisposto un idoneo assetto organizzativo. Per qualche spunto, cfr. Cass. 7 settembre 2016, n. 17689. A tal riguardo, peraltro, si veda la recente Cass. 13 gennaio 2020, n. 345, secondo cui la disciplina prevista per la responsabilità degli amministratori si applica, ai sensi dell'art. 2396 c.c., esclusivamente se la posizione apicale di tale soggetto all'interno della società sia desumibile da una nomina formale da parte dell'assemblea o anche del consiglio di amministrazione in base ad apposita previsione statutaria, salva la ricorrenza dei diversi presupposti dell'amministratore di fatto.

Sono altresì legittimati passivi dell'azione di responsabilità i sindaci (art. 2407, 2°

La qualifica del soggetto che esercita l'azione di responsabilità non è tuttavia indifferente per il processo, in quanto diversa è la natura dell'azione di responsabilità a seconda che venga esercitata dalla società cui appartengono gli amministratori o dagli altri soggetti cui il legislatore riconosce legittimazione attiva⁶; diversi sono inoltre i presupposti per la risarcibilità del danno (ma, sul piano processuale, la rilevanza della persona dell'attore potrebbe essere circoscritta a questo unico profilo⁷), tanto che

comma, c.c.), i revisori dei conti (la solidarietà è prevista dall'art. 2407 c.c., con la precisazione che i sindaci sono responsabili in solido con gli amministratori riguardo a quei fatti degli amministratori i cui eventi dannosi avrebbero potuto essere evitati con l'ordinaria vigilanza dei revisori. In giurisprudenza, cfr. Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362; 27 maggio 2013, n. 13081; e 8 febbraio 2005, n. 2538. Sul punto altresì PRESTI, *La responsabilità civile del revisore legale dei conti*, in *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di De Poli e Romagnoli, Pisa, 2020, 239 ss.), nonché, nell'ipotesi del 7° comma dell'art. 2476 c.c. i soci, ed ex art. 2497 c.c., la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, quella che vi è soggetta e chiunque abbia concorso al fatto dannoso o ne abbia tratto vantaggio.

⁶ L'azione sociale di responsabilità viene tradizionalmente ricondotta al tipo contrattuale dell'art. 1218 c.c., indipendentemente dalla qualificazione del rapporto dell'amministratore come contratto autonomo o parasubordinato, che, invece, rileva ai fini dell'individuazione del giudice competente e del rito da applicare alle controversie sorte tra società ed amministratori (su cui v. GIOIA, *Questioni di giurisdizione e di competenza nelle domande giudiziali di responsabilità contro gli amministratori societari*, in *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 239 ss.), ma altresì in prospettiva della volontà di affidare ad arbitri la risoluzione delle controversie (cfr. e Cass. s.u. 6 maggio 2015, n. 9100, con commento di BASSI, CABRAS, CIAN, FORTUNATO, GALLETTI, JORIO, MONTALENTI, RACUGNO e SACCHI, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, 651).

Diversamente, l'azione dei singoli soci o dei terzi (artt. 2395 e 2476, 6° comma, c.c.), è un'azione che la giurisprudenza maggioritaria riconduce allo schema dell'art. 2043 c.c., sebbene, in dottrina, si sia soliti discorrere di responsabilità aquiliana soprattutto rispetto all'azione del terzo, ravvisando nelle altre ipotesi una forma di responsabilità con fonte *ex lege*, legata all'inadempimento di obblighi di condotta preesistenti imposti agli amministratori. Così, ad es., BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, 208; ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, 79 ss.; nonché, ma con talune precisazioni, ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 426; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, 2006, 893 ss., 900).

⁷ Il parallelismo tra responsabilità contrattuale e aquiliana riguarda, come noto, il termine di prescrizione per la proposizione della domanda di risarcimento e le regole

di riparto del carico probatorio tra le parti. Nella materia che ci occupa, tuttavia, la prima evidenza risulta circoscritta all'individuazione del momento dal quale decorre la prescrizione, dal momento che sia a mente dell'art. 2395, 2° comma, c.c., che per l'art. 2393, 4° comma, c.c. il termine prescrizione è fissato in cinque anni (maggiori criticità emergono laddove l'azione risarcitoria sia collegata all'impugnabilità di una delibera assembleare, attesi i termini decadenziali cui soggiace l'impugnativa ex art. 2377 c.c., su cui v. SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, I, Bologna, 2010, 660; GUERRERA, *I rimedi tra effettività della tutela e stabilità del deliberato assembleare*, in *Giur. comm.*, 2018, 362; nonché STELLA RICHTER JR, *L'impugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, 283). Sulla natura prescrizione del termine e il relativo *dies a quo*, cfr. RIVARO, *La prescrizione nel diritto societario*, Milano, 2017, 90; BRIOLINI, Sub art. 2393 c.c., in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, I, 1412; CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. Abbadessa*, diretto da Campobasso et al., Torino, 2014, II, 935. La tesi della prescrizione era già in AULETTA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, I, Torino, 2003, 482; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 197. Secondo una parte della dottrina, invece, si tratterebbe di un termine di decadenza e in questo senso cfr. DALMOTTO, Artt. 2393 e 2393-bis, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, 785 ss., 799; BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.* 2004, 312.

Come la prima, anche la seconda evidenza – che nella specie riguarda la ripartizione del rischio della mancata prova (ex art. 2697 c.c.) rispetto all'inadempimento dell'amministratore – pare scemare se riletta alla luce del riparto probatorio che informa la responsabilità professionale, nel cui ambito rientra quella degli amministratori e in ragione del quale, indipendentemente dalla natura contrattuale o aquiliana della responsabilità di volta in volta invocata, sarà l'attore a sopportare il rischio della mancata prova dell'inesatto adempimento dell'amministratore rispetto al modello comportamentale imposto dalla legge, o dallo statuto. Sebbene in diversa materia, ma comunque in relazione alle obbligazioni professionali, ci permettiamo di rinviare a GIOIA, *Errore del medico: chi sopporta il rischio della mancata prova?*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Studi in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, 491 ss. Va tuttavia rilevato come la responsabilità professionale abbia subito negli anni una standardizzazione, per cui si è allontanata dal concetto di colpa (che ha connotazione soggettiva) per assumere una conformazione più propriamente oggettiva. Si veda, in particolare, VISINTINI, *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 386, 393, che identifica la responsabilità nella mancanza di perizia e delle conoscenze tecniche che quel determinato professionista deve avere. Cfr. anche, tra gli altri, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 123; LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, 395. In giurisprudenza, cfr. Cass. 12 aprile 2019, n. 9071, secondo cui l'indicazione specifica dei fatti materiali che l'attore assume essere stati lesivi del proprio diritto costituisce elemento essenziale – richiesto dalla legge a pena di nullità – della domanda introduttiva di un giudizio avente ad oggetto un diritto c.d. "eterodeterminato", quale quello al risarcimento del

l'amministratore potrebbe essere ritenuto responsabile nei confronti di un terzo senza che ciò ne presupponga una responsabilità nei confronti della società, e viceversa⁸. La struttura sociale, infatti, rende il fatto dannoso degli amministratori ontologicamente capace di avere un impatto sulla sfera patrimoniale di più soggetti, senza che possa ravvisarsi una comunanza nella tipologia di rapporti che legano questi agli amministratori (se non, al più, con riferimento alle diverse categorie di soggetti legittimati all'azione, vale a dire, in disparte dalla società, i soci, i creditori e i terzi).

2. *La legittimazione attiva nell'azione sociale di responsabilità.* – Per esaminare più nel dettaglio la legittimazione a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, è bene muovere dalla conformazione che questa assume nei riguardi della società, quale soggetto che per primo risente delle conseguenze del fatto dannoso degli amministratori.

Ai sensi dell'art. 2393 c.c., l'azione sociale di responsabilità è subordinata⁹ all'adozione di una apposita delibera assembleare¹⁰, alla quale, ove assunta con il voto favorevole dei soci che rappresentano un quinto del capitale sociale, conseguirà la revoca *ex lege* degli amministratori nei

danno. In questo senso, pertanto, si coglie come, in realtà, l'unica differenza risiede nei fatti che danno luogo all'una o all'altra responsabilità.

⁸ Cfr. per tutti, ARATARI, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013, 93.

⁹ In mancanza, i relativi atti sono nulli. Così Cass. 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. it.*, 2012, 1074 ss., con nota di DESANA.

¹⁰ La deliberazione dell'autorizzazione ad agire nei confronti degli amministratori deve risultare dall'ordine del giorno dell'assemblea in cui la delibera verrà adottata, salvo che la risoluzione sia adottata in sede di approvazione del bilancio e purché il fatto dannoso ascritto all'amministratore si sia realizzato nell'esercizio di pertinenza del bilancio da approvare. A tal riguardo, si veda, TOMASI, *Sub art. 2393 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2017, 783.

In generale, sulla delibera assembleare a base dell'azione di responsabilità, si rinvia all'ampia trattazione sviluppata in dottrina e, tra i diversi autori, a DALMOTTO, *Sub artt. 2393-2393-bis, cit.*, 785 ss.; AULETTA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci, cit.*, 479 ss.; AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IV-1, Padova 2010, 667 ss.; FRANZONI, *Delle società per azioni, cit.*, 499 ss.; RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, in *Società*, 2008, 1325 ss.; SALAFIA, *L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori*, ivi, 2001, 1191 ss. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, IV, Torino, 1991, 423 ss.

cui confronti è stato deliberato l'esercizio dell'azione sociale. In caso di inerzia dell'organo assembleare, l'azione di responsabilità può essere esercitata altresì su delibera del collegio sindacale, ferma la possibilità per l'assemblea di rinunciare alla lite pendente, ovvero di transigere, con l'adozione di una specifica deliberazione¹¹.

In altre parole, in difetto originario di delibera o in presenza di una delibera invalida, non solo non si produrrebbero effetti sul piano sostanziale, ma non potrebbe nemmeno proporsi validamente la domanda giudiziale¹², in quanto l'autorizzazione richiesta dall'art. 2393 c.c. incide direttamente sulla costituzione della parte¹³.

In questo contesto, la delibera assembleare è condizione ulteriore rispetto alla capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c.¹⁴, dovendosi ricondurre alle autorizzazioni richieste di volta in volta dalla legge sostanziale a colui che, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., può costituirsi o resistere in giudizio in nome della società¹⁵. Nella materia che qui ci occupa, in

¹¹ È discussa la possibilità che la società possa rinunciare in via preventiva e generale all'azione di responsabilità. In senso negativo, tra gli altri, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 2015, 385; DELL'ATTI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.p.A.*, Milano, 2012, 184 ss. Ma si veda altresì TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Milano, 2008, 287, che invece ritiene ammissibile una rinuncia preventiva con riferimento a operazioni specifiche. In questo senso si è altresì espressa parte della giurisprudenza (cfr. Trib. Milano 20 marzo 2014; Trib. Milano 20 dicembre 2013).

¹² Cass. 6 giugno 2003, n. 9090, in *Giust. civ.*, 2004, 2341, con nota di CAMELI. D'altro canto, per orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, la transazione non preceduta da apposita deliberazione è affetta da nullità e quindi inidonea a produrre effetti sul giudizio di responsabilità già incardinato (Cass. 24 aprile 2007, n. 9901; 1° ottobre 1999, n. 10869; 22 marzo 1983, n. 2012).

¹³ Ne deriva che, come già ricordato *supra*, l'accertamento demandato al giudice dovrebbe avvenire in *limine litis* ed esplicitarsi d'ufficio (v. nota 25).

¹⁴ L'art. 75, 3° comma, c.p.c., che trova il suo corrispondente nell'art. 2384 c.c., attribuisce agli organi che rappresentano la società il potere di stare in giudizio. Sulle peculiarità del potere di stare in giudizio rispetto alla rappresentanza organica si veda GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, in *Riv. soc.*, 2014, 785.

¹⁵ La dottrina, secondo cui la delibera sarebbe una condizione dell'azione, non può essere accolta. Secondo questa ricostruzione la sua mancanza, così come la ricorrenza di eventuali vizi, potrebbe essere sanata sino alla sentenza o a diverso provvedimento che definisce il giudizio. In merito cfr. MONTALENTI e RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2017, 775 e ivi altri riferimenti. In tal senso anche Trib. Bologna 16 agosto 2016, n. 2121, secondo cui «la delibera assembleare è qualificata quale condizione dell'azione».

Ad ogni modo, le autorizzazioni cui si è fatto riferimento nel testo riguardano i casi

particolare, si ritiene che questa vada a rimuovere un ostacolo all'esercizio di un potere che già sussiste e assolva, dunque, a una funzione integrativa della capacità a scopi esterni¹⁶.

Ad ogni modo, la capacità processuale e, a maggior ragione, l'autorizzazione a promuovere un giudizio (o a resistervi) si comportano non già come delle condizioni di decidibilità della domanda, che tendenzialmente devono sussistere fin dalla proposizione della domanda stessa, ma come delle semplici invalidità processuali, che possono essere emendate con la rinnovazione o con l'integrazione e alle quali si applica l'art. 156, 3° comma, c.p.c.

Sul piano processuale, non v'è differenza di trattamento tra autorizzazione e valida costituzione. L'art. 182, 2° comma, c.p.c.¹⁷, infatti, prevede che il giudice che ne rilevi la carenza (assieme al difetto di assistenza o delega all'avvocato) assegna un termine per il rilascio delle necessarie autorizzazioni¹⁸. Rispettato il termine, l'atto viziato viene sanato con effetti *ex tunc*, per cui gli effetti sostanziali e processuali si avranno per prodotti al momento della proposizione della domanda, benché in quel momento invalida¹⁹.

di disposizione del diritto, come lo stesso art. 2393 c.c. prevede per la transazione della lite. Ma si pensi altresì alla confessione - che può essere validamente resa dal rappresentante legale solo ove munito di apposita autorizzazione a disporre del diritto da parte dell'organo amministrativo della società - o al giuramento. In tal senso CAPPELLETTI, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, I, 1178 ss.; MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 371 ss.; TOMMASEO, *Rappresentanza processuale*, voce dell'*Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 10. Si veda però SATTA, *Commentario*, I, cit., 262.

¹⁶ Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., 219; MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit.; TOMMASEO, *Rappresentanza processuale*, cit., 4.

¹⁷ Su cui cfr. MURONI, Sub art. 182 c.p.c., in *Commentario Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, III, I, Torino, 2012, 276 ss. e, per riflessioni ulteriori, cfr. anche TURRONI, *Il nuovo art. 182 c.p.c. Sempre rimediabili i difetti di capacità processuale e di procura al difensore*, in *Giur. it.*, 2009, 1575.

¹⁸ Al contrario, nel caso in cui la delibera sia stata adottata ma non risulti prodotta in giudizio, potrà essere esibita in qualsiasi grado di giudizio, spontaneamente o per ordine del giudice. Così Cass. 13 ottobre 2004, n. 20201.

¹⁹ L'articolo 182, 2° comma, c.p.c. viene ormai interpretato nel senso della obbligatorietà della sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del difetto. Il giudice è pertanto chiamato ad assegnare un termine alla parte che non abbia già provveduto a sanare il vizio di sua iniziativa, con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali. Ove la nullità venga rilevata in appello il giudice d'appello, dichiarata la nullità della sentenza e del giudizio

Di conseguenza, qualora la delibera non sia stata adottata o sia invalida, il giudice alla prima udienza, verificato il difetto, deve assegnare un termine perentorio per consentire alla società di adottarla validamente²⁰ e solo ove tale termine non sia rispettato, rilevata la nullità, dovrà dichiarare la domanda inammissibile.

Ai fini della costituzione in giudizio, la delibera è validamente presa ove siano state rispettate le maggioranze richieste dalla legge o dallo statuto, mentre non è affatto necessario, né interessa nel processo, che siano state specificate le motivazioni per cui si intende promuovere l'azione di responsabilità²¹. Sul piano del contenuto, la delibera, infatti, funge esclusivamente da atto formale per attivare il giudice. Così, ove i motivi siano stati già indicati non è preclusa la deduzione di altri e diversi fatti dannosi, che vadano a cumularsi con le condotte indicate in delibera²².

Diversa è l'ipotesi in cui, pur in presenza di una specificazione delle condotte da censurare, la società agisca su fatti e con pretese ulteriori rispetto a quanto stabilito in sede assembleare, eventualmente nei confronti di altro amministratore di cui non è stata fatta menzione in delibera. In tal caso, ferma la responsabilità per inesatta esecuzione delle

di primo grado, è tenuto a trattare la causa nel merito, rinnovando gli atti dichiarati nulli, quando sia possibile e necessario. In tal senso Cass. s.u. 19 aprile 2010, n. 9217; s.u. 22 dicembre 2011, n. 28337 e tutta la giurisprudenza successiva.

²⁰ Così Cass. 2 maggio 2019, n.11552, la quale ha stabilito che la delibera assembleare costituisce condizione di ammissibilità dell'azione per il promovimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori deve essere verificata d'ufficio dal giudice. A tale scopo ha fatto riferimento a una sostanziosa giurisprudenza precedente.

²¹ Purché si possa desumere con certezza l'intenzione dell'ente societario di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore e la delibera, quindi, sia idonea ad esprimere la volontà compiutamente informata dei soci, dovendosi al contrario intendere la delibera invalida in quanto generica. Così Cass. 23 luglio 2021, n. 21245.

²² Sul punto AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 668 ss.; RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, cit., 1326; FRANZONI, *Delle società per azioni*, cit., 502. Di contrario avviso AULETTA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, cit., 480; SALAFIA, *L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori*, cit., 1192, che ritengono più coerente definire fin da subito con chiarezza e precisione le responsabilità degli organi sociali.

Secondo Trib. Milano 20 febbraio 2017, la delibera richiede la motivazione ove implichi anche la revoca degli amministratori (e in tal senso anche Cass. 26 gennaio 2018, n. 2037, in *Foro it.*, 2018, 864). Tuttavia, questa previsione non ha nessun effetto sul piano della validità della delibera ai fini della proponibilità della domanda di risarcimento, ma è richiesta al solo scopo di rendere legittima la revoca dell'amministratore.

obbligazioni assunte di colui che, in nome della società, abbia agito in giudizio, ci si chiede se la condotta di costui possa avere dei riflessi in termini di ammissibilità della domanda proposta.

La risposta pare essere negativa. L'art. 2393, 1° comma, c.c., infatti, prescrive una deliberazione che autorizzi l'azione nei confronti dell'amministratore, senza nulla specificare in ordine al contenuto della stessa e in tal modo sembra ricollegare l'onere di allegazione alla sola successiva introduzione del giudizio di responsabilità, in ossequio agli ordinari principi in materia di individuazione della domanda giudiziale.

D'altronde, la responsabilità degli amministratori, laddove questi siano più d'uno, è di tipo solidale²³, per cui pare difficile sostenere che il giudice, in *limine litis*, possa sindacare la mancanza di autorizzazione a procedere nei confronti di un amministratore diverso da quello indicato in delibera; al più, ma solo a trattazione già avanzata (se non solo in sede decisionale), il giudice potrebbe ritenere che per quell'amministratore manchi l'imputabilità dei fatti per indiretta ammissione della parte attrice, purché non confutata dalle risultanze istruttorie.

Allo stesso modo, qualora la società agisca nei confronti di più amministratori, sebbene l'autorizzazione sia stata deliberata solo per alcuni di questi, la citazione degli altri consentirà di introdurre in giudizio fatti che potrebbero essere utili per la determinazione della responsabilità degli amministratori menzionati in delibera²⁴.

Soprattutto, se non è necessaria l'autorizzazione per citare in giudizio un dato amministratore – con ciò ammettendo che l'autorizzazione sia generica – non si può nemmeno ritenere che ove la delibera sia più specifica essa autorizzi qualcosa e non il resto.

Dal momento che la rappresentanza in giudizio delle società commerciali è normalmente affidata a un amministratore, potrebbe, poi,

²³ Le norme che regolano l'attività e la responsabilità degli amministratori di capitali sono applicabili anche all'amministratore di fatto, cioè la persona che, benché priva della corrispondente investitura formale, si accerti essersi inserita nella gestione della società stessa, impartendo direttive e condizionandone le scelte operative, ove tale ingerenza, lungi dall'esaurirsi nel compimento di atti eterogenei ed occasionali, riveli avere caratteri di sistematicità e completezza. Così Trib. Napoli 18 gennaio 2019, n. 795.

²⁴ V. la discussione in SACCHI, *Doveri di controllo degli amministratori di s.p.a. privi di deleghe e delibera assembleare in ordine all'azione sociale di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2019, 185, il quale ritiene, condivisibilmente, che la delibera possa limitare i poteri degli amministratori, e, meno condivisibilmente, che questa limitazione si riverberi sul piano dell'autorizzazione processuale a promuovere la domanda.

profilarsi un conflitto tra questi e la società, che richiede il ricorso a strumenti aggiuntivi a garanzia della proposizione dell'azione.

Quando, come nella maggior parte dei casi, alla delibera dell'azione di responsabilità si accompagna anche la rimozione degli amministratori, l'azione viene promossa con la rappresentanza del nuovo amministratore (rappresentante legale). Ove invece l'amministratore contro cui si intende proporre l'azione risulti ancora in carica e sia anche munito in via esclusiva dei poteri di rappresentanza della società, è necessaria la nomina di un curatore speciale (*ex art. 78, 2° comma, c.p.c.*)²⁵.

Peraltro, si ritiene in giurisprudenza che l'omessa nomina, in presenza dei presupposti di legge, costituisca vizio insanabile della costituzione del rapporto processuale, tale da comportare la nullità dell'intero procedimento per violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, rilevabile in qualsiasi stato e grado del giudizio e anche in sede di legittimità²⁶. Tuttavia, il rilievo del vizio in appello non è motivo di rimessione al primo giudice²⁷. In ogni caso, il novero dei soggetti che possono attivare

²⁵ Sul curatore speciale in ambito processuale societario cfr. DALLA BONTÀ, *Contenzioso societario e curatore speciale: note minime in tema di applicabilità (ed opportunità) della nomina ex art. 78, c. 2 c.p.c. in pendenza di azioni di responsabilità sociale e impugnativa delle delibere consiliari*, in *Corr. giur.*, 2013, 985; DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 825 ss.; FRANZONI, *Delle società per azioni*, cit., 546; GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 785.

La posizione appena sostenuta nel testo è avallata da Trib. Roma 5 novembre 2015; Trib. Roma 4 aprile 2005 ha peraltro ravvisato un conflitto d'interessi nei casi in cui la società si costituisca in giudizio a mezzo dell'amministratore convenuto e chiedi il rigetto della domanda attorea.

²⁶ In tal senso Cass. 26 maggio 2016, n.10936, che ha deciso un caso in cui era stata proposta azione di responsabilità sociale da un socio di una S.r.l. contro l'amministratore e il liquidatore. Quest'ultimo si era costituito come legale rappresentante della società e i giudici di legittimità hanno ritenuto che fosse necessaria la costituzione tramite curatore speciale, con conseguente nullità della sentenza di primo grado a cagione anche del litisconsorzio necessario nei confronti della società e rimessione al primo giudice *ex art. 354 c.p.c.* Si veda tuttavia la più recente Cass. 17 aprile 2019, n. 10754, in un caso di mancata nomina del curatore speciale a fronte di cessazione dei poteri dell'amministratore rappresentante al momento della notificazione della citazione e successiva costituzione del successivo amministratore con richiesta di rimessione in termini per la regolare costituzione non accolta. I giudici hanno ritenuto che questa ipotesi non fosse un caso di rimessione *ex art. 354 c.p.c.*, ma una normale cassazione con rinvio.

²⁷ Tra le altre, Cass. 9 marzo 2017, n. 6020 (resa in tutt'altra materia, ma conferente) definisce l'art. 78 c.p.c. norma residuale che soccorre in casi di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato non altrimenti disciplinati da norme sostanziali. I giudici giustamente affermano che la mancata nomina attiene all'esercizio dei poteri

il potere d'ufficio del giudice per la nomina del curatore, per come delineato all'art. 79 c.p.c., risulta assai ampio, potendovi ricorrere chiunque ne abbia interesse²⁸, così da scongiurare ipotesi di invalidità. Il giudice non può attivarsi d'ufficio in tal senso, ma può (*rectius*: deve) rilevare il difetto ex art. 182 c.p.c. e assegnare un termine alla parte per regolarizzare la sua costituzione²⁹. Avvenuta la regolarizzazione, andranno ripetuti esclusivamente gli atti invalidi.

Quanto sinora esaminato è quanto previsto della disciplina delineata per gli amministratori di S.p.A. Per le S.r.l., infatti, difetta una disposizione normativa dal tenore analogo all'art. 2393 c.c.³⁰.

Tuttavia, la dottrina, nonostante le incertezze sulla natura della S.r.l.³¹, è costante nel riconoscere la legittimazione ad agire della società, in termini analoghi a quanto già visto per l'azione sociale delle S.p.A.³². Opinione, questa, che pare certamente condivisibile, già solo in quanto inverosimile sarebbe la soluzione contraria, vale a dire la previsione di una responsabilità degli amministratori verso la società non accompagnata da un'azione di quest'ultima, specialmente se si considera che, a mente dell'art. 2476, 3° comma, c.c., qualora l'azione di responsabilità sia esercitata dal socio con esito positivo, la società è tenuta a rimborsare le spese di giudizio e quelle per l'accertamento dei fatti (e, prima ancora, può transigere la controversia in presenza delle condizioni dell'art. 2476, 5° comma, c.c.).

processuali e non al contraddittorio, con conseguente impossibilità di rimessione al primo giudice, vista la tassatività dei casi previsti nell'art. 354 c.p.c.

²⁸ ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., 228, infatti, individua proprio l'attore come soggetto maggiormente interessato.

²⁹ Cfr., per tutti, CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., II, 227; BALENA, *Commento all'art. 182 c.p.c.*, in ID., CAPONI, CHIZZINI e MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 69; DALFINO, *Difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione, nullità della procura del difensore*, in *Foro it.*, 2009, V, 287; NEGRI, *Sulla sanatoria del difetto di rappresentanza (e di procura ad litem)*, in *Corr. giur.*, 2009, 1690; GRIPPO, *Riflessioni sull'art. 182 secondo comma c.p.c.*, in *Judicium.it*, 16; FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, voce dell'*Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721, 725.

³⁰ L'art. 2476, c.c., infatti, contiene riferimenti unicamente alla responsabilità solidale degli amministratori della società e, di seguito, si limita ad attribuire ai singoli soci la legittimazione (straordinaria) a promuovere l'azione sociale, su cui si rinvia al paragrafo successivo.

³¹ Cfr. DOLMETTA, *Sul "tipo" S.r.l.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G.B. Portale*, Milano, 2011, 21 ss.

³² In tal senso SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 8; GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 873; LO CASCIO, *La riforma delle società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 241.

Si ritiene, in particolare, che l'azione debba essere deliberata dall'assemblea dei soci³³, a meno che lo statuto non preveda un diverso mezzo di consultazione³⁴ e, sempre in analogia con quanto stabilito per le S.p.A., che il termine di prescrizione sia di cinque anni³⁵.

3. *La legittimazione straordinaria nell'azione di responsabilità promossa dalla minoranza.* – Nell'intento di offrire una maggior tutela ai soci di minoranza a fronte della *mala gestio* degli amministratori e dei deficit fisiologici del meccanismo assembleare (espressione, appunto, della volontà dei soci di maggioranza), il legislatore, con gli artt. 2393-bis e 2476, 3° comma, c.c. (quasi *in toto* corrispondente al primo)³⁶, ha attribuito alla minoranza dei soci legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c.³⁷. In quanto azione diretta a reintegrare il patrimonio sociale, questi esercitano l'azione che sarebbe propria della società a favore (non di sé stessi, almeno direttamente, ma) della società³⁸.

³³ Trib. Roma, sez. spec. imp., 19 ottobre 2015, n. 20844 si è pronunciato invece per la non necessità di deliberazione assembleare.

³⁴ SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, cit., 3 ss. Tuttavia, l'assenza di una maggioranza prestabilita per la delibera deve far ritenere che per la revoca degli amministratori sia necessaria espressa o apposita delibera.

³⁵ BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 351 ss.

³⁶ Come meglio si vedrà nel prosieguo, l'azione di minoranza dei soci di S.r.l. può essere proposta da qualsiasi socio, a prescindere dal valore della partecipazione, invece richiesto dall'art. 2393-bis c.p.c. per i soci di S.p.A. e, si ritiene in giurisprudenza, anche ove il socio sia amministratore della S.r.l. (così Trib. Milano 30 giugno 2009, n. 8646).

³⁷ Sulla necessità di bilanciamento della tutela delle minoranze, da una parte e il rischio di azioni di queste ultime a scopo ricattatorio, è stata a più riprese posta l'attenzione della dottrina. Tra tutti, cfr. MARCHETTI, *Osservazioni sui profili societari della bozza di T.U. dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1998, 148; MONTALENTI, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, 329 ss.; OPPO, *L'azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 405 ss.; ANGELICI, *La tutela delle minoranze*, in *Società*, 1999, 786 ss.; CAMPOBASSO, *La tutela delle minoranze nelle società quotate: dall'eterotutela alla società per azioni «orizzontale»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 139; SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 231 ss.

³⁸ All'atto pratico, l'interesse di soci di minoranza a sentire accertare la responsabilità degli amministratori, in assenza di determinazione della maggioranza, coincide con l'interesse a tutelare l'integrità della propria quota di partecipazione sociale. Va comunque rilevato che in dottrina risulta ormai prevalente la ricostruzione che tende a circoscrivere la rilevanza dell'interesse ad agire alle sole azioni cautelari e di mero

La questione che si pone sul piano della legittimazione ad agire ruota intorno alla possibilità di configurare, laddove l'azione sia esercitata dai soci³⁹, ex art. 2393-*bis* c.c. o art. 2476, 3° comma, c.c., una legittimazione ordinaria, oppure straordinaria ex art. 81 c.p.c.⁴⁰, atteso che i soci non chiedono il risarcimento per sé, ma per la società.

Valorizzando il possesso di quote azionarie di misura almeno pari alle aliquote partecipative indicate all'art. 2393-*bis* c.c., si potrebbe forse affermare che, al pari di quanto visto in merito alla legittimazione ex art. 2393 c.c., il legislatore abbia voluto delineare una legittimazione ordinaria attribuita ai soci che formano una maggioranza qualificata, atta a rappresentare la società nella richiesta di risarcimento. In questa direzione, quella dei soci sarebbe solo una rappresentanza.

Senonché, il rappresentante, si sa, si costituisce in giudizio in nome e per conto del rappresentato, con la conseguenza che tutti gli effetti dell'attività processuale svolta si producono in capo al rappresentato, così come, ovviamente, gli effetti della sentenza. I soci che agiscono ex art. 2393-*bis* c.c., invece, lo fanno sì per conto della società, ma in nome proprio, e rimangono destinatari della decisione sulle spese di lite. Così, in caso di azione vittoriosa, il giudice dovrà condannare i convenuti soccombenti alle spese legali a favore del gruppo sociale, il quale poi potrà pretendere dalla società la restante somma spesa per il giudizio, che il giudice non abbia posto a carico degli amministratori⁴¹. Del pari, i soci

accertamento (e alle vicende sostanziali successive all'introduzione del giudizio, idonee ad incidere sull'utilità dello stesso), a vantaggio della legittimazione ad agire, rimanendo requisito implicito nelle altre tipologie di tutela conosciute dall'ordinamento (cfr., tra gli altri, ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., 278; ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Jus*, 1954, 547 ss.; SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione ad agire*, cit., 169 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 73 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 591 ss.), ovvero rilevante limitatamente ai casi in cui l'azione esercitata si rilevi inadeguata a conseguire il fine che ne ha determinato la tipizzazione; così SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 82; ID., *Interesse ad agire*, voce dell'*Enc. giur.*, Roma, XVII, 1989, 5.

³⁹ La qualità di socio deve essere attuale, per cui non può agire il socio che abbia esercitato il diritto di recesso. Così Trib. Roma 6 settembre 2016.

Ovviamente questa azione spetta a tutti i soci anche nei confronti di società pubbliche. Cfr., per es., T.A.R. Napoli, 2 dicembre 2014, n. 6303.

⁴⁰ La dottrina che si è occupata della legittimazione ad agire è citata in nota 1. Sulla natura dell'azione in discorso, cfr. DALLA BONTÀ, *L'impugnazione delle delibere del consiglio d'amministrazione nelle società per azioni. Studio sui rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria*, Milano, 2012, 294 ss.

⁴¹ Ovviamente questa ulteriore domanda potrà senza dubbio essere proposta insie-

assumono il rischio della causa, perché in caso di soccombenza non potranno onerare la società delle spese sostenute per il giudizio⁴².

A ben vedere, dunque, ciò che si realizza è una legittimazione straordinaria con una normale sostituzione processuale⁴³, rispetto alla quale la società è litisconsorte necessario, ai sensi dell'art. 102 c.c.⁴⁴. Vale a dire che, anche ove l'art. 2393-*bis* c.c. non lo avesse stabilito espressamente, il litisconsorzio sarebbe stato ugualmente richiesto. Del resto, la sentenza può produrre effetti nella sfera giuridica della società solo se essa è parte del processo, ai sensi dell'art. 2909 c.c.⁴⁵.

In definitiva, il quadro è il seguente: il rappresentante del gruppo di soci, *ex art.* 2393-*bis* c.c., svolge attività processuale per i soci che lo hanno designato; i soci sono la parte processuale e la società è la parte sostanziale (e diventa anche parte processuale nel momento in cui si costituisce)⁴⁶.

È appena il caso di rilevare come l'art. 2393-*bis* c.c. non realizzi una surrogatoria espressione dell'art. 2900 c.c., ma sia riconducibile, a pari livello di quest'ultimo e in via autonoma, alle ipotesi applicative di cui all'art. 81 c.p.c. L'azione surrogatoria, infatti, è la trasposizione degli artt. 1201 e ss. c.c. sul piano processuale, al fine di realizzare, attraverso il processo, quello che le parti non vogliono (o non possono) attuare sul piano sostanziale. L'art. 2393-*bis* c.c., invece, rappresenta un modo

me alla domanda principale di risarcimento a favore della società. In questa, il gruppo di soci non è sostituito, ma agisce per sé stesso.

⁴² Previsione, questa, che si atteggia a deterrente per azioni della minoranza meramente pretestuose. Così SALAFIA, *Gli organi direttivi nelle società quotate in mercati regolamentati*, in *Società*, 1998, 257 ss.

⁴³ Su cui, per tutti, GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo c.p.c.*, cit., 163 ss.

⁴⁴ Ravvisano nell'art. 2900 c.c. un'applicazione dell'art. 102 c.p.c.: MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 190; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 197 s.

⁴⁵ Sulla legittimazione straordinaria, cfr. DALLA BONTÀ, *L'impugnazione delle delibere del consiglio d'amministrazione nelle società per azioni*, cit., 295; AULETTA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, cit., 488 ss.; PAGNI, *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Società*, 2012, 449, 454.

⁴⁶ Tre sono infatti le modalità che il codice di rito e il codice civile accordano allo stare in giudizio delle parti, in base alle quali si può distinguere tra le parti che stanno in giudizio con l'attività (artt. 120, 157, 278, 282 e 309 c.p.c.), quelle che stanno in giudizio col nome (artt. 91, 226 e 299 c.p.c.) e le parti sostanziali (artt. 2908 e 2909 c.c.). Così GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 243 ss. e successivamente CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 92 ss., nonché MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., 130 ss.

alternativo di azione risarcitoria, a esclusivo favore della società⁴⁷, che si concretizza, al pari della surrogazione, in una sostituzione processuale⁴⁸.

Ad analoghe conclusioni⁴⁹ si perviene con riguardo all'azione del socio di S.r.l. che intenda agire ex art. 2476, 3° comma, c.c.⁵⁰, in quanto, sebbene non sia in tal caso prescritto alcun requisito minimo in termini di aliquote partecipative, non muta la struttura essenziale dell'azione, comunque tesa alla reintegrazione del patrimonio sociale⁵¹.

Il socio, pertanto, potrebbe intervenire nel giudizio già iniziato dalla S.r.l. e agire (come sostituto e, al contempo interventore, ex art. 105, 1° comma, seconda parte, c.p.c.) nei confronti degli altri amministratori⁵²,

⁴⁷ Sulla discussione, cfr. *amplius* M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, 272 ss.

⁴⁸ Cass. 25 luglio 2018, n. 19745, in merito alla legittimazione straordinaria di cui all'art. 2476, 3° comma, c.c., che consente al socio di S.r.l. di proporre l'azione sociale di responsabilità, riconducibile anch'essa alla sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., ha chiarito che essa non ricade nell'ambito dell'art. 2900 c.c. Sul punto, da ultimo, v. Cass. 12 maggio 2021, n. 12568, nonché *infra*.

⁴⁹ Cfr. PEDRELLI, *Osservazioni sulla legittimazione ad agire in giudizio del singolo socio e della società nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.*, in *Giur. merito*, 2005, 1566 ss.; MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 942. Per contro, è stato ritenuto che questa sia una gestione di affari processuale. In tal ultimo senso GIORDANO, *L'azione "sociale" di responsabilità proponibile dal singolo socio ai sensi del nuovo art. 2476 comma 3 c.c.*, in *Giur. merito*, 2005, 27 ss. e già, ma in diverso ambito, OPPO, *L'azione "sociale" di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, cit., 408. In giurisprudenza, invece, si vedano Cass. 25 luglio 2018, n. 19745 e 31 maggio 2016, n. 11264.

⁵⁰ Sul punto, cfr., tra gli altri, SANGIOVANNI, *La responsabilità degli amministratori di S.r.l. verso la società*, in *Contr. e impr.*, 2007, 697; CAGNASSO, *Ambito e limiti dell'autonomia concessa ai soci della nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 368; PARRELLA, *Commento all'art. 2476*, in *La riforma delle società*, cit., 127; DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286 ss.; PERRINO, *La nuova S.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 132. Cfr. anche *supra* nota 51. Per una ricostruzione più recente, nella stessa direzione, cfr. MOSCO e LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, 117, i quali peraltro sottolineano come le attribuzioni di competenze gestorie ai soci non escludano la responsabilità solidale degli amministratori.

⁵¹ Inoltre, la S.r.l. sembra essere l'unica legittimata a rinunciare e transigere la controversia, con una maggioranza qualificata, ex art. 2476, 5° comma, c.c. Così, tra le altre, Trib. S. Maria Capua V. 27 luglio 2017, n. 2423.

⁵² L'intervento è pure ammesso ove intenda far semplicemente valere fatti dannosi

ma, al pari di quanto già visto per le S.p.A., laddove decida di agire in via principale dovrà necessariamente citare in giudizio la società, quale litisconsorte necessario⁵³.

Ad ogni modo, quanto alle modalità di proposizione della domanda, l'art. 2393-bis, 4° comma, c.p.c. prevede la nomina di un rappresentante dei soci che intendano promuovere il giudizio⁵⁴, che tuttavia non pare integrare, per il tenore della disposizione, un obbligo, né un onere, particolarmente incisivo sulle vicende processuali⁵⁵. Eventuali modifiche nella persona del rappresentante, infatti, non avranno alcun peso nelle dinamiche processuali. Al contrario, qualora venga meno la rappresentanza del capitale sociale richiesta a mente dell'art. 2393-bis, primo e 2° comma, c.c., ma il rappresentante nominato non intenda abbandonare l'azione, il giudice dovrà in ogni caso dichiarare il difetto sopravvenuto

non dedotti dalla società e nulla impedisce che il socio si costituisca con un intervento adesivo dipendente, ex art. 105, 2° comma, c.p.c.

⁵³ In tal senso anche la giurisprudenza. Cfr. Cass. 27 dicembre 2019, n. 34529; 4 luglio 2018, n. 17493; 26 maggio 2016, n. 10936. Si segnala, di contrario avviso, Trib. Nola 2 novembre 2010, con nota di GAETA, *Il sequestro conservativo dei beni dell'amministratore di S.r.l.: la legittimazione individuale del socio*, in *Giur. merito*, 2011, 1834, secondo cui nell'ambito dell'azione di responsabilità promossa ai sensi dell'art. 2476 il socio può, altresì, chiedere il sequestro conservativo sui beni degli amministratori. Una volta ottenuto può porlo in esecuzione nell'interesse della società. Nonostante i giudici abbiano optato per la sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c., hanno negato che la società sia litisconsorte necessario del giudizio promosso dal sostituto. In tal ultimo senso anche Trib. Marsala 15 marzo 2005, con nota di PEDRELLI, cit., in nota 77.

Invece, correttamente, si esclude il litisconsorzio nel caso l'azione venga promossa dal curatore fallimentare, in quanto, per l'apertura della procedura concorsuale, i soci-attori perdono la legittimazione a proseguire l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, tanto nei confronti degli amministratori, quanto nei riguardi degli altri soci convenuti. Rimane, invece, nella titolarità dei soci-attori l'azione individuale di responsabilità ex art. 2476, 6° comma, c.c. (su cui v. *infra*). Così Trib. Bologna 3 luglio 2015, n. 2129; Trib. Milano 30 giugno 2009, n. 8646.

⁵⁴ Questo anche ove intendano intervenire nel giudizio già proposto dalla società, attraverso l'intervento adesivo dipendente, ex art. 105, 2° comma, c.p.c., per far valere il loro interesse giuridicamente qualificato dall'art. 2393-bis c.c. (e non evidentemente un diritto, dal momento che non possono chiedere a loro favore alcun provvedimento).

⁵⁵ A rilevare, nell'intento legislativo, è infatti la sola consistenza del gruppo di soci (e dunque del capitale) che si è determinato ad esercitare l'azione di responsabilità contro l'amministratore e l'unico onere che in capo a questi sorge, almeno in *limine litis*, è di dar prova della volontà dei soci di proporre l'azione di minoranza e del numero, oltretutto delle generalità dei soci che abbiano prestato il proprio consenso all'azione (*ictu oculi* richiesta ai fini del vaglio sulla loro qualità di soci).

di legittimazione ad agire⁵⁶, fermo che il trattamento del difetto dei requisiti richiesti dall'art. 2393-*bis* c.c. è sempre da ravvisarsi nell'art. 182 c.p.c.⁵⁷.

4. *La legittimazione dei creditori sociali*. – Con riguardo all'azione di responsabilità promossa, ai sensi dell'art. 2394, 2° comma, c.c. dai creditori sociali nei confronti degli amministratori e/o dei sindaci, la questione della legittimazione ad agire si pone in termini parzialmente difformi da quanto appena visto rispetto all'azione della minoranza⁵⁸.

In tal caso, infatti, da indagare preliminarmente è la natura diretta⁵⁹ o surrogatoria⁶⁰ dell'azione, e cioè se questa sia da considerarsi un'azione autonoma ovvero collettiva, destinata alla reintegrazione del patrimonio sociale (che, come visto, rappresenta un dato pacifico nell'azione *ex art. 2393-bis/2476*, 3° comma, c.c.)⁶¹.

⁵⁶ Dall'introduzione e per l'intero svolgimento del giudizio, infatti, dovrà essere garantita la rappresentanza di aliquote di capitale almeno nella misura minima richiesta dalla legge. Sul punto FRANZONI, *Delle società per azioni*, cit., 544 ss., avverte dei pericoli di questa soluzione e cerca di prospettare qualche alternativa.

⁵⁷ Su cui vedi il paragrafo che precede. In tal senso, cfr. Trib. Milano 29 aprile 2016, n. 5336, cit.

⁵⁸ Poiché l'azione *ex art. 2394* c.c. viene normalmente proposta quando la società si trova in stato di insolvenza, essa è proposta dal curatore o da un altro organo di gestione di una procedura concorsuale e cumulata con l'azione *ex art. 2393* c.c., la questione non ha grande rilevanza sul piano processuale, se non in termini di ammissibilità laddove la società sia sottoposta a concordato. Sul punto si rimanda al successivo paragrafo, fermo restando che la soluzione che si intende offrire alla problematica in esame – e di cui subito a seguire nel testo – permette di risolvere a favore dell'ammissibilità dell'azione in caso di procedura concordataria.

⁵⁹ Prima della riforma del diritto societario, in tal senso: BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 308 ss.; NAPOLEONI, *Azione ex art. 2394 c.c. contro gli amministratori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, 1146.

⁶⁰ Prima della riforma del diritto societario, in tal senso: MINERVINI, *Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (artt. 2394 e 2395 codice civile)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 210 ss., 214; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, X, t. III, Torino, 1985, 684; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. II, Padova, 1987, 477.

⁶¹ Dopo la riforma del diritto societario la disputa è permasa. Per la prima cfr. M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, 314 e 326 ss.; ID., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, 614 ss., 616 ss.; ID., *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, 148 ss. Per la seconda Cfr. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., 431 ss.

Ebbene, l'azione accordata ai creditori sociali muove dal pregiudizio che il fatto dannoso degli amministratori ha arrecato al patrimonio sociale (garanzia *ex art.* 2740 c.c. per i creditori), ma prescinde dal mancato pagamento del credito vantato dal creditore-attore, così come dall'escussione infruttuosa del patrimonio sociale⁶². Si ritiene, infatti, sufficiente che per l'eccedenza delle passività sulle attività, il patrimonio sociale sia divenuto insufficiente a soddisfare le ragioni del ceto creditorio, indipendentemente dalla possibilità di ravvisare uno stato di insolvenza della società, ovvero la perdita integrale del capitale sociale⁶³.

In questo contesto, una ricostruzione condivisibile della questione poc'anzi accennata porta ad individuare il *discrimen* tra l'una e l'altra soluzione nell'entità del danno risarcibile. La dottrina più accorta ha notato, infatti, che l'azione è diretta a tutelare la garanzia del credito del singolo creditore (alla stregua dell'azione revocatoria)⁶⁴, per cui il danno deve essere calcolato sulla base non delle perdite, ma della prognosi di veder soddisfatto il proprio credito ove la garanzia non fosse stata colpevolmente diminuita⁶⁵. Da ciò la natura di azione diretta, singola, ove la società sia *in bonis*, e collettiva, ove esercitata dal curatore⁶⁶.

Ad ogni modo, l'azione può essere proposta dai creditori singolarmente, o anche solo da un creditore in rappresentanza del ceto creditorio⁶⁷.

⁶² Su tale azione si rinvia ampiamente a LA MARCA, *Variazioni in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 691.

⁶³ Cass. 7 novembre 2019, n. 28613; 4 settembre 2009, n. 22077. Pertanto, qualora la società venga ricapitalizzata (dai soci o dai terzi), verranno meno i presupposti per l'azione *ex art.* 2394 c.c., ma se della ricapitalizzazione non venisse dato atto nel giudizio (ovvero questa fosse controversa, nell'*an* o nella sua idoneità a ripristinare la garanzia patrimoniale generica della società), il giudice sarebbe tenuto all'accertamento di merito. L'insufficienza del patrimonio diventa quindi (un) presupposto (non già per la proposizione dell'azione), ma per l'accoglimento della domanda nel merito. Vale a dire che, anche ove fosse dimostrato il mancato adempimento degli obblighi di amministrazione, mancherebbe la giustificazione del danno per perdita della garanzia patrimoniale.

⁶⁴ PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, II, 1037.

⁶⁵ Si dovrà aver riguardo al ceto creditorio inteso nella sua e l'entità del danno dovrà commisurarsi rispetto alla riduzione della massa attiva di patrimonio. Così Cass. 7 novembre 2019, n. 28613.

⁶⁶ In tal senso sembra anche Cass. 7 novembre 2019, n. 28613, secondo cui le «conseguenze risarcitorie, che nell'azione dei creditori sociali esperita *ex art.* 2394 c.c. non possono andare a vantaggio di un singolo creditore, bensì della società e del ceto creditorio tutto».

⁶⁷ Cfr. Cass. 7 novembre 2019, n. 28613.

L'orientamento da tempo affermatosi nella giurisprudenza, e condiviso dalla dottrina, peraltro, ritiene che il termine di prescrizione dell'azione ai sensi dell'art. 2394 c.c. debba iniziare a decorrere dal momento in cui l'insufficienza patrimoniale divenga oggettivamente conoscibile dai creditori⁶⁸.

Per le ipotesi di *mala gestio* imputabili ad amministratori di S.r.l., l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio è oggi espressamente delineata all'art. 2476, 6° comma, c.c., introdotto con d.lgs. 14/2019 (*i.e.* Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), ma già riconosciuta nella vigenza del precedente assetto normativo muovendo, in via analogica, dall'art. 2394 c.c.⁶⁹.

5. *La legittimazione all'azione di responsabilità in pendenza di procedure concorsuali.* – Si è detto che, laddove la società sia sottoposta a procedura concorsuale, legittimato a proporre le azioni contro gli amministratori è il curatore, cui compete, d'altronde, ai sensi dell'art. 146 l. fall., qualsiasi altra azione (attiva o passiva) che riguardi la società⁷⁰, pre-

⁶⁸ Come avviene, ad es., mediante la lettura dei dati di bilancio, in ciò evidenziandosi che si tratta di una condizione di perdita di garanzia patrimoniale generica che prescinde dal rilievo del mancato pagamento di un determinato credito. Cfr. Cass. 7 novembre 2019, n. 28613.

⁶⁹ Cfr. per tutti CAGNASSO, *Commento all'art. 2476 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., 1880, 1890; AMBROSINI, *Sub art. 2476*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1591, 1605; TETI, *La responsabilità degli amministratori di S.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., II, 637, 660; TEDESCHI, *Responsabilità e revoca degli amministratori di S.r.l.*, in *Contr. impr.*, 2008, 1276, 1282. Nonché Cass. 7 novembre 2019, n. 28613; App. Catania 8 ottobre 2019, n. 2161; Trib. Torino 14 giugno 2017, n. 3152.

⁷⁰ Come da recente giurisprudenza (si veda, in particolare, Cass. 12 ottobre 2018, n. 25610), il curatore fallimentare è legittimato, tanto in sede civile, quanto in sede penale, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità ammessa contro gli amministratori di società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della par condicio creditorum. Si veda altresì Cass. s.u. 23 gennaio 2017, n. 1641, cit., per il danno da reato in concorrenza con le altre azioni contro gli amministratori.

Al contempo, l'articolo 255 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza legittima il curatore, dietro autorizzazione del giudice delegato (v. nota successiva), a esperire sia l'azione sociale verso gli organi sociali ex art. 2393 c.c., che l'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c. e art. 2476, 6° comma, c.c., l'azione ex art. 2497, 4° comma, c.c., nonché tutte le altre azioni che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge.

via autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori⁷¹. Al curatore fallimentare, peraltro, sono equiparati, a mente dell'art. 2394-*bis* c.c., il commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa (art. 206 l. fall.) o al commissario straordinario della procedura di amministrazione straordinaria (art. 36 d.lgs. 270/99)⁷².

Per quanto qui d'interesse, riferendoci per semplicità alla sola ipotesi fallimento dell'ente societario (ma potendosi ben riferire quanto segue alle altre ipotesi di cui all'art. 2394-*bis* c.c.), è bene osservare che, con l'assoggettamento della società a procedura di rigore, la legittimazione sostitutiva del socio viene meno a favore del curatore, non solo per l'esercizio dell'azione⁷³, ma pure per la prosecuzione dell'azione sociale esercitata dal socio contro la società quando era *in bonis*⁷⁴.

I poteri del curatore, sul piano sostanziale prima ancora che su quello processuale, sono attribuiti dalla legge in forza della titolarità di un ufficio pubblico⁷⁵. Questi, infatti, non può essere considerato sostituto o rappresentante del fallito o dei creditori concorsuali, in quanto non rappresenta un centro autonomo di imputazione di interessi, ma semplicemente un organo del fallimento⁷⁶. Può pertanto continuare, o pro-

⁷¹ Si veda, per tutti, ABETE, Sub art. 31, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio e E. Fabiani, Roma, 2010, 459 ss.

⁷² Su quest'ultimo, cfr. Cass. 10 maggio 2016, n. 9453.

⁷³ Lo stesso vale nel caso il fallimento riguardi una società a partecipazione pubblica. Con la precisazione che il curatore non può esercitare l'azione volta alla riparazione del danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico partecipante. Questo è un danno erariale e la relativa legittimazione a chiederne il risarcimento permane in capo al procuratore presso la corte dei conti, ovviamente davanti al giudice contabile, nonostante il fallimento. Cfr. GUIZZI e M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016* (aggiornato al D.Lgs. n. 100/2017), a cura di Guizzi, Milano, 2017, 280 ss. Sul punto altresì GIOIA, *Questioni di giurisdizione e di competenza nelle domande giudiziali di responsabilità contro gli amministratori societari*, cit., 239 ss.

⁷⁴ Principio accolto in Cass. n. 11264/2016 con conseguente declaratoria di improcedibilità della causa, in un caso in cui la curatela, citata in riassunzione, era rimasta contumace.

⁷⁵ In tal senso SATTA, *Diritto fallimentare*³, Padova, 1996, 126 ss. Sulla legittimazione del curatore, cfr. FERRI, *La legittimazione del curatore fallimentare: poteri e limiti*, in *Fall.*, 2007, 1031; PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, *ivi*, 1037; RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, 150.

⁷⁶ Nell'ambito di cui si discorre, la posizione di parte o di terzo del curatore, seppure importante, non rileva.

muovere, esclusivamente le azioni che tendono a perseguire il comune interesse dei creditori, il quale diviene condizione per l'esercizio dell'azione da parte del curatore.

Si può allora convenire che la rappresentanza che compete a quest'ultimo è prettamente tecnica e teleologica, in quanto complemento dei poteri sostanziali attribuiti dalla legge al curatore stesso, senza che rispetto ad essa possa discorrersi di legittimazione straordinaria (o sostituzione processuale)⁷⁷.

La legittimazione processuale, infatti, si basa sui diritti sostanziali del fallito e della massa dei creditori, la cui gestione viene momentaneamente devoluta, già sul piano sostanziale, al curatore, che acquista capacità processuale in virtù delle proprie attribuzioni e dispone, dunque, di una legittimazione ad agire ordinaria⁷⁸.

La capacità processuale del curatore è integrata, come detto, dall'autorizzazione del giudice delegato a promuovere l'azione giudiziaria⁷⁹. Essa si estende, senza bisogno di specifico riferimento, a tutte le possibili pretese e istanze strumentalmente pertinenti al conseguimento dell'obiettivo del giudizio cui si riferisce. Il difetto di autorizzazione è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, mentre l'interpretazione che dell'autorizzazione è stata offerta dal giudice di merito è censurabile in cassazione soltanto per incongruenza o illogicità della motivazione⁸⁰.

⁷⁷ Il sostituto processuale, infatti, esercita un potere processuale che sul piano sostanziale è, e rimane, attribuito al titolare.

⁷⁸ Si veda anche l'art. 143, 1° comma, del nuovo codice della crisi d'impresa che stabilisce: «Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del debitore compresi nella liquidazione giudiziale sta in giudizio il curatore».

⁷⁹ Autorizzazione che rimane ferma nel nuovo codice della crisi d'impresa. Cfr. art. 123 l. fall.

⁸⁰ Cfr. Cass. 7 novembre 2019, n. 28617; 20 settembre 2019, n. 23452; 15 gennaio 2016, n. 614; 11 aprile 2014, n. 8591; 13 maggio 2011, n. 10652; 5 novembre 2010, n. 22540; 11 gennaio 2005, n. 351.

Allo stesso modo, i poteri del commissario liquidatore nella procedura di liquidazione coatta amministrativa vanno integrati dall'autorizzazione dell'autorità amministrativa di vigilanza (Cfr. Cass. 10 gennaio 2012, n. 83; 10 ottobre 2008, n. 24908.), mentre, in caso di concordato preventivo, del giudice delegato, previa deliberazione dei soci, salvo ipotesi di *cessio bonorum*, per la quale occorrerà la sola autorizzazione giudiziale per essere atti di straordinaria amministrazione. In argomento, E. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, 272, il quale precisa che ove l'azione sia stata deliberata prima che il procedimento concorsuale inizi, non vi è necessità di autorizzazione; PAGNI, *La legittimazione alle azioni di responsabilità nel concordato*

Ciò posto, è bene soffermarsi sull'esercizio, da parte del curatore fallimentare (e dei soggetti a questi equiparati), dell'azione che compete ai creditori sociali qualora la società sia *in bonis*⁸¹.

Come già ricordato, al pari dell'azione sociale disciplinata ex art. 2393 c.c., anche l'azione di cui all'art. 2394 c.c. è tesa alla reintegrazione del patrimonio sociale. Non v'è dubbio, quindi, che con l'apertura di una procedura concorsuale la legittimazione ad agire nei confronti degli amministratori (o degli altri soggetti indicati all'art. 146 l. fall.) compete al curatore (o all'organo gestore della procedura) con riguardo ad ambedue gli strumenti processuali⁸², i quali vengono così a sovrapporsi, confluendo in un'unica azione di responsabilità⁸³. Il curatore fallimen-

preventivo, in *Società*, 2015, 603 ss.; ZANARDO, *Legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità nel concordato preventivo: il ruolo del commissario giudiziale*, ivi, 2019, 1409 ss.; ID., *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, Torino, 2018, 87 ss.

Cfr. inoltre Trib. Bologna 16 agosto 2016, n. 2121, (la si veda in *Giur. comm.*, 2018, II, 153 con nota critica di BARCELLONA, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare?*), secondo cui la mancata autorizzazione da parte dei soci rende inammissibile l'azione di responsabilità proposta contro gli amministratori dal liquidatore giudiziale di una società in concordato con cessione dei beni; Trib. Firenze 22 maggio 2019, secondo cui tale legittimazione non può desumersi né dall'art. 146 l. fall. né dall'art. 240 l. fall. né dall'art. 115 del nuovo codice della crisi d'impresa, per cui gli unici legittimati rimangono i creditori. Sulla scelta operata con quest'ultima riforma, NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, in *Riv. soc.*, 2018, 1207; GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, ivi, 137.

⁸¹ Con riferimento alla legittimazione a proporre le azioni sociali di cui all'art. 2476 c.c., compresa quella promossa dai creditori sociali, cfr. Cass. 26 agosto 2016, n. 17359; Trib. Napoli 11 gennaio 2011. Trib. Milano 18 gennaio 2011, per cui l'art. 2394 c.c., in caso di fallimento, è applicabile in via analogica alle S.r.l.

L'art. 2497, 4° comma, c.c., peraltro, legittima il curatore a proporre l'azione di responsabilità che potevano proporre i creditori della società controllata contro la società controllante (sul punto, PASQUARIELLO, *Le azioni risarcitorie per lesione aquiliana del credito contro l'amministratore di società fallita: una nuova lettura, anche nella prospettiva dell'imminente riforma del diritto (societario) della crisi d'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 345.) e parimenti l'art. 291, 1° comma, del nuovo codice della crisi di impresa.

⁸² Con riguardo all'azione ex art. 2394 c.c. esercitata dal curatore, una parte della dottrina ritiene ravvisabile un'azione surrogatoria connessa a un rapporto di carattere contrattuale dei creditori con la società: RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, 242 ss. Cfr. anche Cass. 12 giugno 2007, n. 13765.

⁸³ Cass. s.u. 10 gennaio 2017, n. 1641, cit., ha stabilito che il curatore non potrebbe

tare che agisca invocando genericamente la responsabilità degli amministratori, pertanto, farà valere sia l'azione che spetterebbe alla società, sia le azioni che spetterebbero ai singoli creditori, considerate però quali azioni di massa⁸⁴. In ogni caso, sul piano degli effetti giuridici, l'azione è unica e autonoma, nuova e diversa rispetto a quelle precedentemente spettanti alla società e ai creditori⁸⁵.

L'unitarietà d'intenti dell'azione promossa dal curatore, tuttavia, non esclude che le due azioni rimangano distinte tra loro, sia sotto l'aspetto sostanziale che sotto il profilo processuale⁸⁶. Il curatore, infatti, non è tenuto a proporle entrambe, ma, nel caso, ognuna seguirà il suo corso ordinario, sia rispetto alla decorrenza del termine di prescrizione, sia del carico probatorio⁸⁷, che dei criteri di determinazione dei danni risarcibili⁸⁸.

Per l'azione sociale di responsabilità *ex art.* 2393 c.c., in particolare, la prescrizione decorre dalla cessazione dell'amministratore dalla carica, perché soggetta alla sospensione *ex art.* 2941, 7° comma, c.c.⁸⁹. Alla prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori si applica, invece, l'*art.* 2949, 2° comma, c.c., per cui il termine decorre dal momento in cui si è verificata l'insufficienza del

pretendere di esercitare separatamente tali azioni al fine di conseguire due volte il ripristino del patrimonio della società fallita, cui dette azioni concorrono.

Secondo la più recente giurisprudenza, tra i motivi di responsabilità che possono essere fatti valere dal curatore figura il mancato rispetto degli obblighi di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c. Così Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, in *Fall.*, 2017, 908. Sul nuovo assetto dell'*art.* 2486 c.c., cfr. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019 929 ss. al par. 7.

⁸⁴ Cass. 20 settembre 2019, n. 23452; s.u. 10 gennaio 2017, n. 1641, cit.; 3 giugno 2010, n. 13465. V. altresì *supra*.

⁸⁵ Cass. 10 ottobre 2019, n. 25476, che ha escluso l'efficacia della clausola compromissoria perché i creditori sono terzi rispetto alla società.

⁸⁶ Cfr. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2019, 406 ss. ed ivi ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, si vedano Cass. 21 giugno 2012, n. 10378; Trib. Roma 9 dicembre 2019, n. 1290. Trib. Milano 13 ottobre 2020.

⁸⁷ Cfr., ad es., Trib. Bologna 12 luglio 2019, n. 1611. Sui termini della distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale nella responsabilità degli amministratori, v. *supra* par. 1.

⁸⁸ Così Cass. 4 dicembre 2015, n. 24715, cit.; 29 settembre 2016, n. 19340.

⁸⁹ La sospensione del decorso della prescrizione si ha sino a quando rimanga in carica anche uno solo degli amministratori solidalmente responsabili: Cass. 11 dicembre 2013, n. 27737 e già Cass. 23 giugno 1998, n. 6244.

patrimonio sociale, che deve essere oggettivamente conoscibile dai creditori⁹⁰.

Ad ogni modo, le azioni proposte o continuate dal curatore rimangono incardinate davanti al tribunale delle imprese⁹¹. La competenza per territorio si determina quindi sulla base dell'art. 20 c.p.c., per cui il foro competente può essere anche quello del luogo in cui è stato realizzato l'illecito su cui si fonda la domanda⁹².

6. *La legittimazione nelle azioni dirette dei soci e dei terzi.* – Dalla legittimazione del curatore si è portati ad escludere – in ragione della collocazione sistematica dell'art. 2394-bis c.c. e del fine cui tende la disposizione – l'esercizio dell'azione ex art. 2395 c.c.⁹³, predisposta a reintegrazione dei danni diretti sofferti dal socio o dal terzo (e non dalla società o dal ceto creditorio), che a questi rimane pertanto affidata in via esclusiva⁹⁴.

Il socio, o il terzo, che abbia subito un danno per effetto della *mala gestio* degli amministratori, in particolare, può rivalersi direttamente nei confronti della società, invocandone la responsabilità contrattuale⁹⁵ e, al tempo stesso, potrà pretendere il risarcimento del danno immediato e diretto dovuto ai comportamenti, dolosi o colposi, degli amministratori direttamente da quest'ultimi, agendo nelle forme di cui all'art. 2395 c.c.⁹⁶.

Due le conseguenze della riferibilità diretta del danno risarcibile alla

⁹⁰ Così da ultima Cass. 4 settembre 2019, n. 22077. Secondo Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204, in *Foro it.*, 2018, I, 1292, con nota di LA MARCA, la prescrizione dell'azione ex art. 2394 c.c. decorre dalla dichiarazione di fallimento. Chi voglia dimostrare che l'insufficienza patrimoniale si è manifestata in un momento anteriore è tenuto a dimostrarlo. A tal fine il deposito di bilancio che registri l'azzeramento del capitale sociale, secondo la Cassazione, non sarebbe sufficiente. Cfr. anche Cass. 14 dicembre 2015, n. 25178.

⁹¹ In tal senso Cass. 29 settembre 2016, n. 19340.

⁹² Cass. 19 agosto 2016, n. 17197; Cass. 29 settembre 2016, n. 19340.

⁹³ In merito all'art. 2395 c.c., cfr. per tutti: GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, cit., 490 ss.; BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. A dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino 2013, 214; FRANZONI, *Delle società per azioni*, cit., 575 ss.

⁹⁴ Cfr., *amplius*, CAVALLINI, *Amministratori e società insolvente: responsabilità e nuove frontiere della tutela (cautelare) prefallimentare*, in *Riv. soc.*, 2016, 178. In giurisprudenza, si vedano, tra le altre, Cass. 28 aprile 2021, n. 11223; 22 marzo 2010, n. 6870, e Trib. Torino 27 marzo 2015.

⁹⁵ La responsabilità consiste nell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

⁹⁶ La società potrebbe essere tenuta solidalmente ove l'atto doloso o colposo com-

persona del socio (o del terzo): la prima, si risolve nella limitazione degli strumenti da questi attivabili all'azione di cui all'art. 2395 c.c.⁹⁷; la seconda, di più immediata rilevanza per le tematiche qua affrontate, risiede nella conformazione ordinaria della legittimazione ad agire tramite tale azione⁹⁸.

Ad ogni modo, l'azione, secondo l'impostazione corrente, assume natura extracontrattuale⁹⁹, tuttavia, come osservato in apertura, i fatti imputabili all'amministratore – soprattutto quando ad agire sia il socio¹⁰⁰ – sono i medesimi che derivano dal mancato adempimento alle sue specifiche obbligazioni di diligenza.

piuto dal suo amministratore sia stato realizzato nell'esplicazione dell'attività sociale. In tal senso Cass. 5 dicembre 2011, n. 25946.

Per Corte conti, sez. I giur. centrale app., 2 agosto 1999 n. 244/A., nell'ipotesi di atto illecito compiuto dal legale rappresentante di una società privata legata da rapporto di servizio con la p.a., risponde del danno erariale sia la persona fisica, sia la società, al quale l'atto illecito è riconducibile in virtù dell'art. 2395 c.c.

⁹⁷ La reintegrazione del patrimonio societario può essere chiesta solo dalla società, o dai suoi sostituti. Il danno per la diminuzione patrimoniale sociale, per i terzi, così come per i soci *uti singuli*, è infatti un danno riflesso e come tale da questi invocabile solo nei limiti dell'azione di minoranza di cui sopra. In dottrina, tra gli altri, CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Padova, 2012, 1037 ss.; BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A.*, cit., 213. In giurisprudenza, cfr. Cass. 3 dicembre 2002, n. 17110, in *Foro it.*, 2003, 2438; s.u. 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 131; s.u. 15 gennaio 2010, n. 520; 22 marzo 2012, n. 4548; 25 ottobre 2016, n. 21517; 30 maggio 2019, n. 14778 e la più recente Cass. 21 ottobre 2021, n. 29325.

Viceversa, l'azione individuale ex art. 2395 c.c. è ricollegata alla lesione di un diritto patrimoniale del socio, o del terzo, che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio della società. In tal senso cfr. Cass. 5 agosto 2008, n. 21130; 22 marzo 2012, n. 4548; 10 aprile 2014, n. 8458; 28 aprile 2021, n. 11223.

Sulla distinzione tra danno diretto e indiretto, cfr. MOZZARELLI, *Sub art. 2395*, in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, cit., 1460 ss.; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, cit., 893 ss.

⁹⁸ V. *supra*.

⁹⁹ V., per tutti, FRANZONI, *Della società per azioni*, cit., 575 ss.; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, cit., 900. Peraltro, Cass. n. 521/2020, in punto di onere della prova, ha stabilito che la natura extracontrattuale richiede la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente; cfr. anche Cass. 12 giugno 2019, n. 15822 e Trib. Napoli 1° ottobre 2019, n. 8607.

¹⁰⁰ Si veda in tal senso: BONELLI, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1982, 779; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 208; ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, 79 ss.; si veda, inoltre, BORGIOI, *La*

Con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l., l'art. 2476, 6° comma, c.c. esclude che la disciplina dell'azione sociale di responsabilità possa pregiudicare il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo, che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori. I presupposti sono i medesimi di quelli già visti per l'azione contro la S.p.A.¹⁰¹, perciò, il singolo socio di S.r.l. potrà promuovere non solo l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno subito dal patrimonio della società¹⁰², ma anche, ai sensi dell'art. 2476, 6° comma c.c., l'azione volta a ottenere il risarcimento del danno patito direttamente dal suo patrimonio¹⁰³.

Secondo l'interpretazione corrente, questi sopporta il rischio della mancata prova degli elementi costitutivi dell'illecito lamentato e cioè: falsità delle informazioni; dolo degli amministratori ed incidenza causale del lamentato falso sulle proprie decisioni di investimento¹⁰⁴. È appena il caso di notare che, in ogni caso, l'attore avrebbe l'onere di provare questi elementi. Ciò che diverge rispetto all'azione sociale è il fatto che, in quest'ultimo caso, il danno consiste nell'ammanto subito dal patrimonio della società, perciò più semplice da dimostrare¹⁰⁵.

7. L'azione diretta del socio e del creditore della controllata contro la società controllante e i suoi amministratori. – Maggiori problemi interpretativi sorgono con riferimento all'azione che l'art. 2497, 3° comma,

responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c., in *Giur. comm.*, 1981, 699.

¹⁰¹ GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 890.

In giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, Trib. Catania 6 luglio 2019, n. 2921; Trib. Milano 20 marzo 2017, n. 3225; Trib. Bologna 27 agosto 2015, n. 2600, che la inquadra nella responsabilità extracontrattuale.

¹⁰² V. *supra*.

¹⁰³ Trib. Roma 5 novembre 2015.

¹⁰⁴ In tal senso si veda, ad es., Trib. Milano 8 novembre 2016, n. 12266, in un caso di false informazioni sulle condizioni della società, che avrebbero tratto in inganno i soci inducendoli alla sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato dalla assemblea.

¹⁰⁵ Fermo quanto *supra*, la mancata o l'insufficiente indicazione degli elementi della responsabilità dà luogo sicuramente a invalidità della domanda. Nel caso in cui venga richiesto un danno non risarcibile ex art. 2476, 6° comma c.c., come la perdita del valore economico della partecipazione societaria, e il socio lo richieda a proprio favore (e non come sostituto), la domanda va rigettata, seppure in *limine litis*, nel merito. In senso contrario Trib. Salerno 11 gennaio 2016 ha stabilito che in questo caso ricorrerebbe un difetto di legittimazione ad agire.

c.c. accorda al socio e al creditore della controllata nei confronti della società controllante e dei suoi amministratori¹⁰⁶.

Il socio della controllata – che non abbia ricevuto il ripristino della perdita – qualunque sia la sua partecipazione al capitale, infatti, viene legittimato a proporre azione per abuso di direzione (o di controllo) della società controllante (contro quest'ultima o contro i suoi amministratori, nonché contro un soggetto singolo controllante)¹⁰⁷, per far valere la lesione alla propria partecipazione sociale¹⁰⁸.

In tal caso, il danno vantato dal socio è un danno che insiste solo in via riflessa sul patrimonio suo personale (e integrato dal danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale¹⁰⁹), ma, anche in ragione del portato letterale dell'art. 2479 c.c.¹¹⁰, l'azione a questi accordata è

¹⁰⁶ In merito, si veda GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 449; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2005, 119; GIOVANNINI, *La responsabilità da direzione e coordinamento nei gruppi sociali*, Milano, 2007; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 885; CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da Cottino *et al.*, Bologna, 2009, 1066 s.; BUSSOLETTI e LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 76; BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012, 113; GUIZZI e PAGNI, *Noterelle in tema di legittimazione ad agire e interessi protetti nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*, in *Società*, 2014, 589; CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*, in *Società*, 2021, 823 ss.

¹⁰⁷ Secondo GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, 141 ss. sarebbe stato inverosimile che, ove il controllante fosse una persona singola, questa non fosse almeno responsabile ex art. 2043 c.c. Per SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, 661 questi sarebbe stato responsabile ex art. 2497, 2° comma, c.c. per aver preso parte al fatto lesivo o averne tratto consapevolmente beneficio. Dello stesso tenore la giurisprudenza di merito, che argomenta in termini di disparità di trattamento (cfr. Trib. Venezia 11 ottobre 2012; Trib. Nola 28 settembre 2011, n. 92).

¹⁰⁸ Sui confini dell'attività di direzione e coordinamento v. App. Venezia 19 dicembre 2017.

¹⁰⁹ Per tutti, GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, cit., 439.

¹¹⁰ Sulla natura contrattuale o extracontrattuale dell'azione, la dottrina è divisa. A favore della prima: PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 770; SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 189 ss., 195; SACCHI,

un'azione diretta¹¹¹, della quale, pertanto, il socio non viene spogliato neppure laddove intervenga il fallimento o altra procedura concorsuale a carico della controllata.

La medesima azione individuale è accordata altresì al creditore della controllata, che lamenti di aver subito l'inadempimento e il mancato risarcimento del danno da parte di quest'ultima. Tuttavia, in tal caso, come già visto in precedenza, il creditore perde la legittimazione ove la controllata sia sottoposta a procedura concorsuale.

Poiché la legittimazione del socio ad agire ex art. 2497 c.c. è cumulativa rispetto alle azioni sociali della maggioranza, o della minoranza dei soci (ex artt. 2393 e 2393-bis c.c.), elevato è il rischio di una indebita locupletazione del socio che, ottenuto il risarcimento del danno per il pregiudizio alla propria partecipazione sociale, potrebbe in seguito beneficiare anche dell'esito positivo dell'azione sociale promossa dalla società partecipata (vale a dire della conseguente rivalutazione della propria quota partecipativa per effetto del risarcimento ottenuto dalla società).

Le diverse ricostruzioni offerte per superare l'*impasse* appena menzionato si trovano a dover, prima di tutto, qualificare il danno, che, per certi versi, sembrerebbe assumere valenza punitiva. In disparte da questa ulteriore problematica, le soluzioni offerte in dottrina possono essere ricondotte a due linee principali di tendenza. Dalla discrepanza nei presupposti applicativi tra l'art. 2497 c.c. e le azioni sociali di cui agli artt. 2393 e 2393-bis c.c. (la prima esperibile ove si assuma che il danno sia dovuto alle direttive della controllante, le seconde, invece, in relazione al danno dovuto alla gestione interna della controllata), alcuni convergono sull'impossibilità di attivare le azioni sociali laddove sia stata esperita l'azione ex art. 2497 c.c.¹¹². Altri sottolineano la natura residuale della tutela accordata da quest'ultima disposizione, che potrebbe essere

Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali, cit., 668 ss. Qualificano l'azione in parola come extracontrattuale, invece, GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 2002, 1037; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, ivi, 2003, 605; FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, 1202.

¹¹¹ GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., 136.

¹¹² COSÌ VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 845 ss.

attivata solo ove la pretesa risarcitoria avanzata dalla controllata non abbia sortito effetto¹¹³.

In ogni caso, ci pare di poter sostenere che l'azione *ex art.* 2497 c.c., in quanto ricollegata ad atti di direzione della controllante, recepiti dalla controllata, di quest'ultima imponga la partecipazione al giudizio, quale litisconsorte necessario *ex art.* 102 c.p.c., ove la dinamica litisconsortile viene giustificata per motivi di opportunità¹¹⁴ in relazione all'accertamento del fatto dannoso messo in atto dagli organi della capogruppo con l'ausilio degli organi dell'eterodiretta, che non potrebbe essere oggetto di due accertamenti in contrasto tra di loro, considerati gli effetti che l'accertamento produce persino rispetto a soggetti che non sono stati parte del giudizio. Di conseguenza, tutte le eventuali cause proposte aventi ad oggetto il fatto dannoso della controllante andranno riunite¹¹⁵.

Qualora la società controllata, chiamata nel giudizio instaurato *ex art.* 2497 c.c. si costituisca, ma decida di non avanzare pretese risarcitorie nei confronti della società controllante, potrà comunque agire in un successivo giudizio (quando gli organi della controllata saranno cambiati o essa sia sottoposta a procedura concorsuale), che verrà condizionato dal giudicato formatosi sull'accertamento del primo giudice, salvo che i nuovi soggetti agenti non alleghino fatti precedentemente sconosciuti.

Qualora, invece, le due cause non si siano intersecate e raccordate e sia il socio (o il terzo) sia, in un secondo momento, la società, abbiano ottenuto il risarcimento dalla controllata, il socio (o il terzo) beneficerà di una indebita locupletazione, nei confronti della società controllante, laddove questa abbia integralmente risarcito la controllata, oppure nei confronti di quest'ultima, qualora questa abbia ricevuto l'intero dovuto,

¹¹³ In tal senso la ricostruzione di VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Giur. comm.*, 2016, 297. Ad avviso di LA MARCA, *Il diritto dei gruppi: unicorno o rinoceronte? Linee di desistenza del diritto comune*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 249 ss. il raccordo tra le due responsabilità si avrebbe attraverso il giudicato. Solo una volta che il socio o il creditore abbiano ottenuto il risarcimento con passaggio in giudicato, non subirebbero nessun effetto dalla successiva sentenza di condanna a favore della controllata.

Secondo Cass. n. 29139/2017, il socio della controllata non è tenuto previamente a escutere la controllata, ma non ha azione contro la controllata per il fatto altrui.

¹¹⁴ Si veda Cass. 8 aprile 2020, n. 7755; 13 aprile 2018, n. 9188; 20 settembre 2017, n. 21896; 10 giugno 2015, n. 12089; 29 maggio 2015, n. 11154.

¹¹⁵ Sul litisconsorzio si rinvia ampiamente a FABBRINI, *Litisconsorzio*, voce dell'*Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 810; COSTANTINO, *Litisconsorzio*, voce dell'*Enc. giur.*, Roma, 1990.

detratto di quanto la controllante ha già corrisposto al socio o al terzo (purché il credito di quest'ultimo non fosse ancora scaduto).

Al verificarsi di tali ipotesi, pertanto, l'indebito potrà essere ripetuto, avuto riguardo ai valori dell'arricchimento e dell'impovertimento e procedendo alla liquidazione della minore somma tra queste due entità.

8. *La legittimazione passiva dell'azione di responsabilità.* – La responsabilità per *mala gestio* degli amministratori di società è una responsabilità che, per come concepita nelle trame del codice civile, viene in essere in forma solidale. Assieme al singolo amministratore cui è imputabile il fatto dannoso, infatti, sono chiamati a rispondere a diverso titolo dell'imprudente gestione sociale non solo, ove presenti, gli altri amministratori, ma altresì i direttori generali, il collegio sindacale e il revisore dei conti, nonché i soci che abbiano intenzionalmente autorizzato il compimento dell'atto dannoso e, più in generale, chiunque abbia concorso al fatto dannoso o ne abbia tratto vantaggio¹¹⁶.

Anche un terzo, pertanto, potrebbe essere condebitore solidale insieme agli amministratori¹¹⁷.

Alcuni problemi interpretativi sorgono, tuttavia, circa l'individuazione dei soggetti corresponsabili con riguardo all'art. 2377, 4° comma, c.c.¹¹⁸. Dal portato letterale della disposizione, infatti, non è dato evincere se l'azione ivi configurata sia un'azione di responsabilità esercitata del socio di minoranza nei confronti della società¹¹⁹, o se, invece, riguardi tutti coloro che sono stati causa del fatto lesivo, ivi compresi, quindi, anche gli amministratori e così configurando tra i vari soggetti coinvolti un'ipotesi di responsabilità solidale¹²⁰.

¹¹⁶ V. *supra*, spec. nota 3.

¹¹⁷ È quanto si verifica, ad es., qualora una banca abbia concesso un finanziamento in maniera negligente o scorretta, con la complicità degli amministratori della società finanziata (cfr. Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, cit. e 1° giugno 2010, n. 13413). L'azione in tal senso viene normalmente proposta dal curatore della società finanziata fallita. Sulla questione, cfr. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 805 e PAGNI, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Società*, 2007, 442.

¹¹⁸ NUZZO, *Il diritto della minoranza alla stima "non semplificata" nell'aumento di capitale*, in *Riv. soc.*, 2018, 1257.

¹¹⁹ Per la dottrina in tal senso, si rinvia a VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 629.

¹²⁰ In tal senso ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 108.

In realtà, la soluzione dipende, come sempre, dalla natura del danno che si intende risarcire.

Qualora al danno “da delibera invalida” si dia una collocazione autonoma rispetto alle azioni *ex* artt. 2393-2395 c.c. – sul presupposto che il danno derivi dalla sola delibera invalida, per cui non vada dimostrato – se ne potrà trarre una legittimazione attiva circoscritta al solo socio cui è preclusa l’impugnazione della delibera assembleare, mentre la legittimazione passiva competerà alla società.

Ove, invece, si valorizzi l’obbligo degli amministratori di sovrintendere all’adozione di delibere valide, il danno conseguente da deliberazione invalida, diretto o riflesso che sia, potrà essere azionato a fini risarcitori dal socio nelle forme degli artt. 2393-2395 c.c. e dell’art. 2043 c.c., quale norma generale, contro chiunque abbia contribuito alla sua realizzazione¹²¹, indipendentemente dal fatto che al socio venga riconosciuto il potere di impugnare la delibera assembleare (ma con la precisazione che, ove tale potere sussista, il socio ha l’onere di provvedervi, altrimenti valendo l’art. 1227, 2° comma, c.c.).

Ad ogni modo, l’azione proposta nei confronti di una pluralità di soggetti, in ragione della comune partecipazione, anche in via di mero fatto, alla gestione amministrativa e contabile dà luogo a un litisconsorzio facoltativo, attesa la natura solidale delle obbligazioni. La scelta di agire nei confronti di uno o di alcuni dei responsabili è pertanto rimessa a colui che vanti il danno preteso e, qualora il giudizio dovesse configurarsi (*ab origine* o lite pendente) come litisconsortile, le cause saranno scindibili ai fini dell’impugnazione (art. 332 c.p.c.)¹²².

¹²¹ Cfr. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, 300 ss.; ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., 71 ss.; VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, cit., 634. L’altra tesi è invece sostenuta, tra gli altri, da NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881, 884.

¹²² Cass. 12 marzo 2020, n. 7031; 16 gennaio 2020, n. 804; 16 gennaio 2017, n. 832; 18 settembre 2017, n. 21567; 14 dicembre 2015, n. 25178. Si veda altresì la posizione di MOSCO e LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 117, secondo cui, almeno sul piano dell’azione di regresso, si può determinare la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate in relazione a ognuno degli amministratori considerati (co)responsabili, per determinare l’entità del danno che questi sono tenuti a risarcire.

9. *Considerazioni conclusive.* – Per trarre le fila della riflessione, si possono svolgere alcune considerazioni conclusive.

Si è visto che le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali vengono ricostruite come azioni a legittimazione attiva estesa, in cui il discorso sulla legittimazione ad agire si interseca con diverse altre questioni e varia, per portata e articolazione, a seconda di colui che intenda far valere la pretesa responsabilità dell'organo gestorio.

Nel quadro generale delineato dai principi del codice di rito in materia di legittimazione ad agire, in cui è l'attore che, in base alla propria domanda, determina la propria legittimazione ad agire, il meccanismo di cui all'art. 2393 c.c., pur imperniato su requisiti non strettamente dipendenti dalla prospettazione attorea, viene ad integrarsi senza incongruenze.

La delibera autorizzativa richiesta dall'art. 2393 c.c., infatti, trova fondamento, sul piano sostanziale, nel processo di formazione della volontà dell'ente societario, ancorato all'organo assembleare e, di conseguenza, sul piano processuale, altro non assolve che a una funzione integrativa della capacità processuale del rappresentante della società stessa, così risolvendosi in una condizione necessaria ai fini della valida costituzione della società, piuttosto che operare sul piano della legittimazione ad agire.

Propriamente in termini di legittimazione ad agire, invece, devono essere ricostruite le questioni relative all'azione dei soci di minoranza, dei creditori sociali, del curatore fallimentare e dei soci/terzi *uti singuli* ma, soprattutto, all'azione *ex art.* 2497, 3° comma, c.c., rispetto alle quali si apprezza appieno la dicotomia tra legittimazione ordinaria e sostitutiva fatta propria dall'art. 81 c.p.c.

A *latere*, rimangono le diverse questioni sollevate dalla natura della responsabilità di volta in volta azionata (ma che, come visto, possono essere riferite principalmente al termine prescrizione dell'azione), così come, con riferimento all'azione del socio e del creditore della controllata nei confronti della società controllante e dei suoi amministratori, il rischio di locupletazione legato alla legittimazione, cumulativa, riconosciuta sia alla società controllata che al socio di quest'ultima.

Abstract

L'articolo prende in esame i vari soggetti (singoli o gruppi qualificati) che possono essere danneggiati dall'attività illecita degli amministratori di società di capitali. Rispetto a ognuno esamina la legittimazione ad agire secondo le norme generali o secondo le norme speciali del diritto societario a proporre un'azione di responsabilità diretta a ottenere il risarcimento del danno per sé o per la società.

The article deals with the various stakeholders that can be damaged by the unlawful activities of the company directors. For each case it examines the locus standi issue to take an action for liability to obtain compensation from directors of joint-stock companies, according to the general tort law rules or the special company law rules.