

## L'azione di responsabilità dei creditori sociali contro gli amministratori di società per azioni

1. - La responsabilità degli amministratori di società per azioni nel cod. di comm. era regolata in modo assai laconico nell'art. 147, che li dichiarava tenuti solidariamente verso i soci e verso i terzi per fatti determinati attinenti alla gestione della società, e (n. 5) « in generale della esatta osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto che non sono propri esclusivamente di un ufficio determinato e personale ».

Nell'art. 152 trattavasi poi dell'azione giudiziale per fatti riguardanti la loro responsabilità, che si diceva competere all'assemblea generale, che l'esercita per mezzo dei sindaci.

Con la formula dei due articoli facevasi evidentemente riferimento all'azione della società e a quella individuale dei terzi per danni da fatto illecito. Dei creditori sociali non si parlava, e poichè l'interesse a proporla non sorgeva che nell'eventualità di fallimento della società, delineavasi il problema se essi fossero legittimati a proporla direttamente in questa sede. Il BONELLI e la giurisprudenza lo escludevano con argomenti perentori: « la vera e propria responsabilità speciale degli amministratori e che principalmente nelle società anonime ha importanza grandissima, ed è espressamente sanzionata dalla legge (art. 147) è quella che essi contraggono direttamente verso il patrimonio sociale danneggiando così indirettamente tutti i soci e più indirettamente i loro creditori. Questa responsabilità dà luogo ad un'azione sociale, la quale, finchè la società è *in bonis*, non compete, dice l'art. 152, che all'assemblea dei soci che l'esercita per mezzo dei sindaci. Ciò deve valere, del resto, per le altre specie di società; l'azione spetta alla società, non ai singoli soci ».

« Molto più questa unicità d'azione nell'interesse del patrimonio sociale deve rimanere ferma nel fallimento ove ogni azione si accentra nel curatore. Ed il curatore l'esercita nella rappresentanza diretta del fallimento ed indiretta del fallito. Come prima del fallimento manca infatti ai creditori, come ai soci, un'azione diretta per far valere questa responsabilità (salva l'azione individuale ai creditori come agli azionisti individualmente lesi) così non possono acquistarla pel fatto del fallimento. Né possono intervenire in giudizio » (1).

(1) BONELLI, *Del fallimento*, III Ed. (3<sup>a</sup> Ed.) Milano 1930, n. 793, p. 262 e, conformemente, Cassaz. del Regno, 23 giugno 1927 e 27 febr. 1929, *Monit. Trib.*, 1928, p. 130; 1929, p. 802.

Da queste ovvie premesse il LORDI traeva l'esatta conclusione che i creditori nulla guadagnano se l'azione di responsabilità contro gli amministratori si considera diversa da quella spettante all'assemblea. Essa è unica: derivando dal contratto di società, non da una promessa diretta, nè da un rapporto diretto fra creditori sociali ed amministratori. Non esiste alcun rapporto diretto, nè alcuna promessa diretta di soci o di amministratori ai creditori sociali. Dall'identità dell'azione della società, e di quella concessa ai creditori sociali (che è quanto dire al curatore del fallimento) risulta poi l'impossibilità che sia individuale. La sua natura di azione collettiva, di maggioranza, sottratta alla libera disposizione dei singoli azionisti o dei singoli creditori fallimentari, si spiega come uno dei tanti casi in cui la legge sacrifica interessi di singoli in favore di interessi della collettività: sacrificio imposto per la preoccupazione del cattivo uso che di tali azioni potrebbero eventualmente fare i singoli a danno degli amministratori (2).

Con tutto ciò la dottrina mostrava alternative di dubbio, tanto che il FRÈ osservava che su di un solo punto essa era concorde: su quello cioè che i creditori sociali non potessero agire contro gli amministratori fino a quando fossero soddisfatti dalla società. Ed invero il presupposto non era discutibile perchè soltanto in caso di insolvenza della società può sorgere l'interesse ad agire dei creditori (3). La concordia però subito cessava quando si trattava di fissare sia il concetto di insolvenza sia quello di azione individuale o collettiva. E su que-

Il LORDI, *L'azione di responsabilità contro amministratori di società anonima fallita*, in « Riv. dir. comm. » 1930, 10, p. 422 sg., approvando questa giurispr., osservava che « la soluzione contraria consentirebbe invece veri ricatti in serie che amministratori di società fallite dovrebbero subire da singoli creditori. A parte questo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori è un'attività del patrimonio della società fallita e ne può disporre solo chi ha la disponibilità e l'amministrazione di tutto il patrimonio dissestato, cioè il curatore. I singoli creditori non ne possono disporre, come non possono disporre di nessun'altra attività fallimentare ». Analogamente (contro l'assunto del MARCONI, *L'azione civ. di resp. contro gli amministratori di soc. anon.*, Milano 1931) CANDIAN, *L'azione civ. di resp. contro gli ammin. di soc. anon.*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1933, 10, n. 12, 13, p. 194 sg. e, prima, SRAPPA, *Il fallim. delle soc. commerciali*, Firenze 1897, p. 295 segg. ecc.

(2) Così, in riassunto, le conclusioni del LORDI, op. cit., in « Riv. dir. comm. » 1930, 10, p. 461.

(3) FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma 1933, n. 12, p. 339 segg.

sto terreno l'indagine convergeva nella determinazione di chi fosse legittimato ad esercitare l'azione in sede di fallimento della società.

Nei progetti di riforma del cod. di comm. si era ottenuta una certa chiarificazione, ma solo nel senso di escludere l'azione dei creditori finchè la società fosse *in bonis* (4). Nella relazione di A. SCIALOJA al prog. prelim. del 1922 si legge che « è logica conseguenza dell'autonomia giuridica del patrimonio sociale e della personalità giuridica dell'ente collettivo che non spetti ai creditori sociali alcuna azione contro gli amministratori responsabili, fino a che esiste un patrimonio sociale quale sufficiente garanzia dei loro crediti. Ecco perchè il progetto disponeva, all'u. al. dell'art. 197, che la azione di responsabilità contro gli amministratori, i direttori ed i sindaci, compete anche ai creditori sociali ma può esser esercitata solo dal curatore dopo la dichiarazione di fallimento della società » (5).

Nel progetto minist. di cod. di comm. del 1940 (art. 250) vi è un notevole accostamento al sistema vigente, ma l'azione è concepita di schietta natura sociale e rimane tale durante il fallimento dove « anche i terzi hanno diritto a che il patrimonio sociale sia reintegrato con l'indennizzo dovuto alla società dagli amministratori come riparazione del danno che essi abbiano a quest'ultima procurato con le loro colpe » (6).

2. - Il cod. vigente, accanto all'azione sociale di responsabilità del vecchio tipo (art. 2393) ha creato il nuovo tipo dell'azione dei creditori in confronto degli amministratori (e dei sindaci) « per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale » (art. 2394) ponendo tre regole:

1°) l'azione può esser proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti;

2°) in caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa della società l'azione spetta al curatore del fallimento o al commissario liquidatore;

3°) la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, ma la transazione può essere impugnata dai creditori soltanto con l'azione revocatoria, quando ne ricorrono gli estremi.

(4) Nell'u. c. dell'art. 197 del Progetto prelim. di cod. di comm. del 1922, compilato, *in parte qua*, da A. SCIALOJA, dicevasi che: « L'azione di responsabilità contro gli amministratori, i direttori e i sindaci compete anche ai creditori sociali, ma può essere esercitata solo dal curatore dopo la dichiarazione di fallimento della società ».

Analogamente, nel penult. comma dell'art. 129 del Progetto (D'AMRILIO) di cod. di comm. del 1925: « Per gli stessi motivi gli amministratori sono responsabili anche verso i creditori sociali, ma questi non possono esercitare l'azione se non a mezzo del curatore dopo la dichiarazione di fallimento della società ».

(5) A. SCIALOJA, *Per la riforma del regime delle soc. comm.* Relaz. al Prog. prelim., Roma 1922, p. 75.

(6) Cfr. *Cod. di commercio. Relaz. del Guardasigilli al progetto ministeriale*, Roma, Ist. pol. d. St., 1917, § 54, p. 80.

Ho parlato di nuovo tipo di azione basata su un asserito diverso tipo di responsabilità. Così almeno si esprime la Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 982) la quale, senza rendersi alcun conto degli accennati precedenti e delle grosse dispute agitate sotto il cod. di comm., giustifica la profonda innovazione, con queste semplici considerazioni: « La responsabilità che incontrano gli amministratori verso i creditori si connette logicamente all'inosservanza degli obblighi che ai medesimi spettano in ordine alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Responsabilità dunque diversa da quella che gli amministratori hanno verso la società in quanto sussiste soltanto se il loro comportamento riduce il patrimonio sociale in tale misura che questo risulti insufficiente al soddisfacimento dei creditori. Fuori di questa ipotesi non si vede quale interesse avrebbero quest'ultimi all'esercizio dell'azione di responsabilità, e perciò è parso che soltanto quando l'ipotesi stessa si verifici debba riconoscersi ai creditori il diritto di esercitare la detta azione, diritto che spetta loro nonostante che la società abbia, dal canto suo, rinunciato all'azione ma che invece viene meno quando la società abbia transatto su questa perchè, escluso il caso di frode, è da ritenersi che la transazione abbia già reintegrato nel modo più conveniente quel patrimonio su cui i creditori hanno diritto di soddisfarsi ».

Che l'azione presupponga un diverso tipo di responsabilità non mi sentirei di dire. Se del colposo depauperamento del patrimonio sociale gli amministratori devono rispondere verso la società e dello stesso fatto anche verso i suoi creditori, in quanto il depauperamento ha impedito o limitato la loro azione esecutiva sul patrimonio, certamente si tratta di un doppiato anche se la legge, per lo stesso danno, configura diversi, distinti, titolari del diritto di risarcimento.

Ma il principio, accettabile in astratto, incappa in concreto in difficoltà, anche teoricamente, insormontabili. E la difficoltà maggiore sta nella definizione dell'azione in confronto degli amministratori quando la società è ancora *in bonis*. Invero neppure alla vecchia dottrina la difficoltà era ignota se essa tentava tortuosamente di richiamarsi all'azione surrogatoria dicendo che, *utendo jure* della (società) debitrice i creditori si avvalgono dell'azione secondo i principi di diritto comune, facendo uso, se del caso, anche della revocatoria per le rinunzie effettuate in loro frode (7).

Si afferma, anche da recenti interpreti dell'art. 2394, che l'azione è diretta, autonoma e individuale (8) ma soltanto nella prima qualifica si può con-

(7) Sull'azione surrogatoria ex art. 1234 c. c. (del 1865) vegg. LORDI, cit., in « Riv. dir. comm. » 1930, 10, 422, specie al n. 11, p. 444; ASCARRELLI, *Appunti di dir. comm. Le società*, 3<sup>a</sup> Ed., p. 372 ecc.

(8) Cfr.: VALERI, *Manuale di dir. comm.* 10, Firenze 1945, n. 147, p. 156; PENNARA jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano 1947, n. 201, p. 202, ecc.

sentire, essendo stato chiaramente eliminato il vecchio equivoco dell'azione surrogatoria. Riguardo all'autonomia, sono invece manifeste le interferenze con l'azione (concorrente) della società e gli effetti preclusivi della transazione da questa conclusa. Sul carattere individuale è ovvio che se la legge non parla di azione collettiva anteriormente al fallimento, su tale carattere non vi dovrebbe essere questione.

Comunque, ritenendo che l'azione è esperibile quando la società è *in bonis*, e che in ciò si concreta l'originalità della riforma, i problemi che interessano l'interprete, dalla cui soluzione si desume il contenuto dell'azione, potrebbero essere i seguenti: 1°) quando si dirà che vi è insufficienza del patrimonio?; 2°) l'azione, fuori dello stato di fallimento, è individuale o collettiva?; 3°) come si svolge l'azione quando sia contemporaneamente proposta dalla società quella di responsabilità?; 4°) è ammissibile l'azione dei creditori in caso di concordato preventivo e di amministrazione controllata? Nell'interesse di chi agisce in responsabilità il curatore del fallimento?; 6°) è trasferibile l'azione in seguito a conclusione del concordato fallimentare?

3. - Condizione oggettiva di procedibilità dell'azione dei creditori, quando la società è *in bonis*, è che il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento delle loro ragioni creditorie. Ma « insufficienza » non è il sinonimo di quella « insolvenza » che sfocia direttamente nel fallimento (art. 5 legge fallim.). Non sarà facile in pratica sceverare l'insufficienza dalla insolvenza, ma io penso che se lo stato di fallimento è previsto nel III comma dell'art. 2394, a fissare la differenza non si può giungere se non per via negativa, ammettendo cioè che vi sia insufficienza quando lo stato di fallimento, non sia ancora dichiarato (9).

In sostanza l'odierna insolvenza della legge fallimentare, considerata come impotenza irrimediabile del patrimonio a fronteggiare i propri debiti, mentre si estrania dal concetto di cessazione dei

(9) La definizione dell'insolvenza è nell'art. 5 della legge fallim.: «...inadempimenti od altri fatti esteriori i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», ma per quella di «insufficienza del patrimonio» non può soccorrere che l'empirismo. Si potrebbe dire che se insolvenza equivale a impotenza patrimoniale, l'insufficienza è qualcosa di meno, non essendo insolvente chi, pur mancando di mezzi, gode tuttavia di fiducia e di credito (Cfr. Satta, *Istituzioni di dir. fallim.*, Roma 1948, n. 15, p. 38). D'altronde «insufficienza» non è neppure la cessazione dei pagamenti cui accennava l'art. 683 cod. comm., che non determinava uno *status*, ma piuttosto riferivasi ad atti del debitore desumibili anche da un imbarazzo finanziario non incompatibile con la sufficienza (Cfr. DE MARTINI, *Esperienze pratiche e profili tecnici dell'ammin. controllata*, in «Dir. fallim.», 1947, 19, p. 12 sg. e la letteratura ivi).

Alla cessazione di pagamenti corrisponde ora la temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, con accentuazione del carattere transeunte, che è il presupposto patrimoniale dell'amministrazione controllata (artt. 187, 193 legge fallim.).

pagamenti del vecchio cod. di comm. e dalla « temporanea difficoltà », per l'ammissione alla procedura dell'amministrazione controllata (art. 187 legge fallim.), si accosta invece a quello del deficit, o spargio patrimoniale. Ciò che interessa, dice il SARTTA, «è che il debitore non paghi perchè non ha attualmente i mezzi per pagare. Qui sta il nodo del problema e qui è che si deve stabilire se l'insolvenza sussiste o non sussiste» (10).

Dunque il punto saliente dell'indagine sta nel determinare lo stato di *insufficienza* del patrimonio sociale.

Al riguardo la dottrina del cod. di comm. seguiva diversi orientamenti.

Il VIVANTE riteneva che, avendo l'azione per contenuto la reintegrazione del patrimonio sociale, i limiti siano determinati dallo statuto sociale completato dalla legge e dalle deliberazioni delle assemblee che ridussero il capitale della società, o ne deliberarono la fusione. I creditori devono subire quei limiti quantunque esercitino un proprio diritto dovendo star contenti di riavere le garanzie che la società loro doveva secondo il suo ordinamento e le legittime deliberazioni dei suoi organi amministrativi (11).

Il NAVARRINI, dal canto suo, riconoscendo l'azione diretta ed autonoma, e il diritto dei creditori di agire quando gli atti degli amministratori hanno reso per essi insufficiente la garanzia del patrimonio sociale, diceva che, venendo meno nel caso contrario il loro interesse, per darne la prova, occorre che prima abbiano agito contro la società. Trattandosi comunque di azione diretta essa non può essere pregiudicata dal fatto della società (cioè per rimessione, transazione ecc.) (12).

SRAFFA invece negava che ai creditori danneggiati fosse concessa azione dicendo che essa non può esercitarsi finchè non sia stata constatata legalmente l'insolvenza della società mediante il fallimento, non avendo i creditori legittimo interesse di agire finchè la società paga i suoi debiti. L'azione in responsabilità non era, a suo avviso, basata su di un diritto proprio, mentre il curatore del fallimento, esercitandola, fa valere un diritto spettante alla società. Infatti, aggiungeva, «perchè l'azione di risarcimento fosse esercitabile dal curatore, valendosi di un diritto proprio della collettività degli azionisti, e fosse perciò un'azione diversa da quella che spettava prima del fallimento, e che spetterebbe, se il fallimento non fosse intervenuto, al-

(10) SARTTA, *Istituz. cit.*, n. 15, p. 39. Cfr. anche DE SEMEO, *Diritto fallimentare*, Firenze 1948, n. 100, p. 111.

Il deficit contabile è espressamente parificato all'insolvenza, rispetto alle società persone giuridiche, dalla legge fallimentare germanica. Cfr.: BRUNETTI, *Diritto Fallimentare Ital.*, Roma 1932, n. 40, p. 107 e n. 41, p. 108.

(11) VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, II (5ª Ed.) n. 641, p. 365.

(12) NAVARRINI, *Soc. e assoc. comm.*, nel Comment. del Valardi, II, Milano s. d., n. 378 bis, p. 515.

Questa soluzione è accolta nel § 84 n. 5 dell'*Aktengesetz* germ. del 1937 e negli artt. 755, 756 del Dir. obblig. svizzero del 1936.

l'assemblea della società, bisognerebbe che il danno da risarcire non avesse lo stesso oggetto e che, risarcito ad uno dei subbietti (società, collettività dei creditori) dei pretesi due diversi diritti, fosse risarcibile ancora all'altro. Ma questo non è perchè il diritto al risarcimento proprio della collettività dei creditori non esiste. Essi hanno diritto di esser pagati sul patrimonio sociale e, a tal fine, hanno diritto che si faccia rientrare in quello tutto quanto ad esso spetta; ma il danno di cui si tratta fu dagli amministratori direttamente recato alla società epperò il diritto al risarcimento è un diritto proprio di questa. Il curatore, per far entrare nel patrimonio sociale quel valore rappresentato dal diritto al risarcimento, esercita l'azione; ma l'azione *sociale*» (13).

4. - Delle tre opinioni accennate, quella del VIVANTE pecca per difetto, quella di SRAFFA, evidentemente, per eccesso, quella di NAVARRINI per indeterminazione, sebbene sia all'unisono con la disciplina del codice. Il VIVANTE fa consistere la menomazione del patrimonio nella riduzione deliberata per perdita del capitale sociale, mentre la situazione del capitale è indipendente da quella del patrimonio e riduzione di quello non significa necessariamente insufficienza di questo a pagare i suoi debiti. SRAFFA nega recisamente ai creditori l'esercizio di qualunque azione, perchè prima del fallimento, quando la società è *in bonis*, essa può pagare i suoi debiti e, dopo il fallimento, tutte le azioni di contenuto patrimoniale sono esercitate dal curatore. Sarebbe quindi oggi in contrasto col testo dell'art. 2394, mentre il NAVARRINI non dice, se, quando sia stato dichiarato il fallimento della società, il curatore continui l'esercizio di quell'azione nell'interesse particolare dei creditori, o piuttosto nell'interesse della società fallita, essendo il danno dei creditori il medesimo subito da quest'ultima e l'incremento patrimoniale derivante dalla azione profittando a tutti i creditori, soggetti alla legge della *par condicio*.

Non si comprende così come il FRÈ possa sostenere che l'azione di responsabilità, avendo, a suo avviso, natura collettiva e non individuale, la procedura concorsuale, con l'unificare i creditori in un consorzio, sia pure occasionale di interessati, apprestati nel curatore l'organo per l'esercizio del comune diritto alla reintegrazione del patrimonio sociale (14). Il curatore non è un organo di tutela di un gruppo particolare di creditori, egli non rappresenta nè il fallito nè quest'ultimi; è investito di un pubblico ufficio per l'amministrazione e la liquidazione del patrimonio del fallito nell'interesse

(13) SRAFFA, *Il fallimento delle soc. commerc.*, Firenze 1897, p. 296 seg. Nello stesso senso: LORL, *L'azione di responsabilità cit.*, in «Riv. dir. comm.», 1930, 10, p. 424 sg. e BONELLI, *Del fallimento*, III (3ª Ed.): Milano 1939, n. 793, p. 263, ecc.

(14) FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma 1938, p. 347. Così anche LORL, cit., in «Riv. dir. comm.», 1930, 10, nn. 11, 12, p. 423.

di tutti. L'azione dei creditori nel fallimento si fonde pertanto e si confonde con l'azione sociale di responsabilità per la quale la legittimazione attiva spetta al curatore. E' azione di difesa del patrimonio sociale per la rivalsa del danno arrecato alla società, e quindi, implicitamente, di tutela dei creditori tutti, ai quali la riparazione economica viene in definitiva a ridondare. Quell'azione adunque che, prima del fallimento doveva esser esercitata separatamente, nel fallimento è unificata ed esercitata dal curatore nell'interesse della massa creditoria (15).

Conclusione: 1°) i creditori possono agire individualmente o collettivamente in responsabilità prima della dichiarazione di fallimento, fornendo la prova che il patrimonio sociale è divenuto insufficiente a soddisfare le loro ragioni per colpa degli amministratori; 2°) dichiarato il fallimento (o la liquidazione coatta amministrativa) l'azione si estingue e la legittimazione attiva spetta al curatore o al commissario liquidatore il quale l'esercita nell'interesse della massa (16); 3°) la rinuncia all'azione e la transazione da parte della società, cui allude l'u. c. dell'art. 2394, si riferiscono ad atti della società anteriori al fallimento, perchè, dopo la dichiarazione di questo, la società non è legittimata nè a rinunciare all'azione intrapresa nè a transigere sulla stessa.

5. - L'azione dei creditori fuori del fallimento della società può essere concomitante a quella promossa da quest'ultima. Entrambe hanno per presupposto la violazione degli obblighi di diligenza dell'amministratore contemplati nell'art. 2392, onde all'attore incombe l'onere della prova relativa. Ma per i creditori quest'onere è più gravoso; non basta che essi dimostrino la sussistenza dell'attività illecita, ma anche che questa ha pregiudicato l'integrità del patrimonio sociale, divenuto, in conseguenza, insufficiente al soddisfacimento della ragioni creditorie. E' ovvio che tale maggior onere non inerisca invece all'azione della società.

Naturalmente se dal giudizio promosso dai creditori emergesse la prova della insolvenza della società ne verrebbe che, ai sensi dell'art. 8 legge fallim., il tribunale debba pronunciare il fallimento d'ufficio. Ma, per la prova della insufficienza patrimoniale, basterà che il creditore dimostri di non esser riuscito ad ottenere copertura sui beni della

(15) In tal senso CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità*, cit., in «Riv. dir. proc. civ.», 1933, 10, n. 13, p. 194 sg. e BONELLI, *Del fallim.*, cit., III, p. 263, ecc.

(16) Esattamente il BRUNELLI, *Il libro del lavoro*, Milano 1943, n. 467, p. 510 osserva che «l'azione individuale dei creditori sociali non è consentita quando, nell'interesse di tutti i creditori, al loro interessi provveda, nel caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa della società, il curatore o il commissario liquidatore. L'eguaglianza di trattamento fra creditori esige l'azione collettiva. La reintegrazione del capitale sociale non può aver luogo che con azione di massa, nell'interesse di tutti». Così anche la decis. della Cassaz. 5 agosto 1940, *Foro Ital.* 1941, 1, 90.

società: in altri termini, che una o più esecuzioni forzate sono riuscite infruttuose. Il danno sofferto deve consistere in ciò: che l'attivo patrimoniale della società non basta a garantire il soddisfacimento del credito.

Il sostanziale divario dell'azione individuale del socio o del terzo, contemplata invece dall'art. 2395, sta in ciò che con quella ex art. 2394 il creditore tende soltanto ad ottenere dall'amministratore la riparazione del danno subito per non esser riuscito a farsi pagare dalla società. Il che non implica certo esercizio di un'azione surrogatoria (art. 2900) perchè il diritto che esso fa valere è *proprio*, e non quello spettante alla società in confronto dei suoi amministratori. Infatti l'art. 2394 non dice che il creditore sia tenuto a chiamare in causa la società (debitrice) alla quale dovrebbe surrogarsi.

Ma se le due azioni, della società e del creditore, sono autonome tuttavia un rapporto di interdipendenza è innegabile per la comunanza della *causa petendi*. E' chiaro che se gli amministratori, chiamati in giudizio, dovessero riparare sia alla società che ai creditori il danno per il depauperamento del patrimonio sarebbero esposti al pericolo di risarcirlo due volte.

Di qua una prima ovvia limitazione dell'azione creditoria, cui dev'essere negato l'ingresso, o che dev'essere ridotta nel *quantum*, quando la società sia in grado di pagare, in tutto, o in parte, il suo debito. Viceversa l'azione sociale (art. 2393) non sarà procedibile quando, per lo stesso fatto illecito (minorazione del patrimonio) e nei limiti del danno non risarcito dalla società, abbia agito, od agisca, il creditore. Che se la società l'abbia poi risarcito, improcedibile diverrà invece l'azione del creditore.

La situazione renderà pertanto opportuna la riunione dei processi sulle due distinte azioni. La legge non prevede qui un litisconsorzio necessario ma la manifesta connessione consentirà il litisconsorzio facoltativo (art. 102 cod. pr. civ.). Pertanto quando si dice (17) che l'azione dell'art. 2394 è *diretta*, onde gli amministratori non possono opporre le eccezioni che avrebbero potuto opporre alla società, che è *individuale* perchè, all'infuori del fallimento, compete a ciascun creditore, si dice cosa esatta (18) ma non altrettanto quando si qualifica l'azione come *autonoma*, date le interferenze accennate.

Che poi, sopravvenuto il fallimento della società, l'azione individuale si estingua perchè la tutela dell'interesse del singolo rimane assorbita dalla tutela dell'interesse della massa rappresentata dal curato-

(17) Cfr. VALERI, *Manuale* cit. Io n. 147, p. 156.

(18) Il FRÀ, *L'organo amm. cit.* p. 345, riferendosi all'art. 152 cod. comm. ritiene che l'azione non possa esser individuale specialmente di fronte al silenzio della legge (p. 348). Ma è proprio per il silenzio che è d'uopo escludere che, fuori del fallimento, l'azione sia collettiva. I casi di processo cumulativo con unica sentenza (es. art. 2453 IV c.) sono, di regola, espressamente indicati.

re, è concetto che non abbisogna di dimostrazione (19).

6. - Il III° comma dell'art. 2394 dice che in sede di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa, l'azione spetta, rispettivamente, al curatore e al commissario liquidatore. Viene quindi spontaneo di chiederci perchè la legge non l'attribuisca al commissario giudiziale nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata. La ragione del diverso trattamento va cercata nella fattispecie processuale, perchè, anche se entrambe sono procedure concorsuali, non si ha tuttavia in esse quella indisponibilità dei beni del debitore (la società) che è caratteristica nell'Istituto fallimentare, o parafallimentare, qual'è la liquidazione coatta (art. 42 e 200 legge fall.). Infatti sia nel concordato preventivo (art. 167 legge fall.) che nell'amministrazione controllata (art. 191) il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sebbene sotto la vigilanza del commissario e la direzione del giudice delegato (20). In questa situazione, nonostante siano vietate ai creditori le azioni esecutive (artt. 168 e 188 II° comma legge fall.) non è vietato ai creditori di agire, o di continuare ad agire, per l'accertamento dei loro rapporti: perciò il concordato preventivo e l'amministrazione controllata non producono l'interruzione dei processi in corso (21).

L'azione potrà esercitarsi anche durante il corso di questi procedimenti ma i creditori, una volta ottenuta una sentenza di condanna, non saranno autorizzati ad agire in esecuzione. Dovranno attendere che sia omologato il concordato preventivo (art. 184, 185 legge fall.) e, nell'amministrazione controllata, che sia cessata la relativa procedura (art. 193 legge fall.). Che se le procedure dovessero sciogliersi nel fallimento, allora, come sappiamo, subentrerà l'iniziativa del curatore, o del commissario liquidatore, e l'azione si estinguerà.

(19) Cfr. anche Cassaz. 27 febr. 1929, *Foro Ital.* 1929, I, 611. Data la *conditio juris* posta dall'art. 2394 non sarebbe ora accettabile l'opinione del NAVARRINI, *Lezioni sulle società*, Roma 1934, p. 150, che, anche fallita la società, i creditori conserverebbero, sempre individualmente la loro azione, che non passerebbe al curatore, non trattandosi di far valere un'azione del fallito ma di terzi (creditori) contro altri terzi (amministratori) non falliti.

(20) Per il PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 1948, n. 209, p. 272, l'ammissione al concordato preventivo determina a carico del debitore una specie di *spossessione attenuata* della cui differenza da quello fallimentare dà ragione la diversità di presupposti e di finalità dei due istituti. Anche SATTA, *Istituz. di dir. fallim.* cit. n. 186, p. 333 crede che non si attui un vero e proprio spopolamento perchè il procedimento tende specialmente alla continuazione dell'impresa. L'amministrazione controllata si propone egualmente di mantenere in vita l'impresa, non di liquidarla, ma di restituirla a vita regolare, superata la crisi (PROVINCIALI, op. cit. n. 230, p. 296).

(21) Cfr. SATTA, *Istituz.* cit. n. 187, p. 335; DE SERMO, *Diritto fallimentare*, Firenze 1948, n. 496, p. 459; n. 518, p. 474, ecc.

7. - L'ult. comma dell'art. 2394 non è di facile comprensione: «la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrano gli estremi». La norma va collegata a quella dell'u. comma del 2393, per cui la società può rinunziare all'esercizio dell'azione e transigere sulla stessa purchè tanto la rinuncia che la transazione siano approvate dall'assemblea senza il voto contrario di una minoranza formata con almeno il quinto del capitale sociale. Anche da questo riferimento si deduce che la fattispecie riguarda l'azione dei creditori esercitata prima della dichiarazione di fallimento. Dopo che sia dichiarato, la norma dell'u. comma non avrebbe più senso (22). Perciò non è da credere che l'azione spettante al curatore o al commissario liquidatore, dopo il fallimento, o l'apertura della liquidazione coatta, sia la medesima esercitata in precedenza dai creditori (23). Il rappresentante della massa esercita l'azione di responsabilità spettante alla società fallita in quanto tende in tal modo a reintegrare, nell'interesse di tutti i creditori, il patrimonio minorato. Sappiamo infatti che l'azione di costoro ha il medesimo scopo di quella della società, essendo il danno da essa risentito che si riverbera sui creditori col diminuire la loro garanzia (24). Perciò lo sdoppiamento che, almeno teoricamente, era concepibile prima, non vi può essere dopo la chiusura del fallimento.

L'azione, sebbene diretta ed individuale, non è pertanto autonoma, anche per questa ragione: che il fallimento della società l'estingue e, fuori del fallimento, diventa improcedibile quando la società sia riuscita in qualsiasi modo a reintegrare il patrimonio. Solo in questo senso la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali: si intende la rinuncia che sia stata fatta senza un adeguato corrispettivo, lasciando cioè il patrimonio della società nello stato di insufficienza di cui al II°

(22) Ma la collocazione dell'u. comma è sbagliata perchè viene dopo la disciplina dell'azione del curatore mentre doveva porsi prima o, quanto meno, riguardo al curatore, doveva formare una norma a sè. Così com'è formata, parrebbe che la norma si riferisse alla continuazione dell'azione durante il fallimento, laddove questo l'estingue. Più logico era il Progetto di cod. di comm. del 1940 che, dopo aver riconosciuto la spettanza al curatore dell'azione in responsabilità, aggiungeva (nel capov. dell'art. 250) che «la rinuncia o la transazione della società relativamente all'azione di responsabilità non impedisce l'esercizio dell'azione da parte del curatore o del liquidatore».

Però il Progetto non contemplava l'azione dei creditori che, come sappiamo, è creazione del codice del 1942.

(23) Cfr. SALANDRA, *Manuale di dir. comm.*, I, Bologna 1946, § 50, p. 282.

(24) Cfr. FERRARA jr. *Gli imprenditori e le società*, cit. n. 201, p. 202; VALERI, *Manuale* cit. I, n. 147, p. 156.

comma dell'art. 2394. Non senza riserva conviene quindi accettare la conclusione del VALERI che, trattandosi di azione diretta, gli amministratori non possano opporre, nel relativo giudizio, quelle eccezioni che sarebbero state opponibili da parte loro alla società (25). Prescindiamo dall'eccezione *de soluto*: se gli amministratori hanno risarcito il danno alla società, l'eccezione sarà evidentemente opponibile; ma lo sarebbe egualmente se la società, ad es., avesse, nel frattempo, vinto il premio di una lotteria o se, con una fortunata operazione di borsa, fosse riuscita ad aumentare l'attivo ed a colmare il suo *deficit*.

L'AULETTA avverte che, di fronte al criterio dell'insufficienza di cui parla il II° c. dell'art. 2394, quelle cause di estinzione del diritto della società che importano un effettivo risarcimento, quali il pagamento e la transazione, estinguono anche il diritto dei creditori (salvo l'impugnazione con la revocatoria) mentre il diritto dei creditori non si estingue per quelle cause di estinzione del diritto della società che non importano un effettivo risarcimento, come la rinuncia (26). Infatti la transazione fra la società e gli amministratori estingue il diritto, e così l'azione dei creditori. La Relaz. (n. 982) spiega il perchè della disposizione osservando che, «escluso il caso di frode deve ritenersi che la transazione abbia già reintegrato nel modo più conveniente quel patrimonio su cui i creditori hanno diritto di soddisfarsi». Ma costoro possono sempre chiederne la revoca quando riescano a dimostrare che è stata fatta in frode delle loro ragioni. L'azione, in tal caso, sarà regolata dagli artt. 2901 sgg.

8. - *Quid juris* se il curatore del fallimento o il commissario liquidatore non abbia esercitato l'azione in luogo dei creditori, o non abbia ottenuto una sentenza di condanna, o, avendola ottenuta, non abbia proceduto in via esecutiva? Potranno i creditori, quando il fallimento si sia chiuso per concordato, riassumere l'azione e proseguirla fino a che abbiano recuperato la parte del credito non coperto dalla percentuale concordata? Si è detto che, in tal caso, il diritto di proporre l'azione risorge a favore dei creditori che non vi abbiano rinunciato (27). D'accordo; anzi, noi pensiamo che qui i creditori che non l'hanno proposta prima, possano farlo dopo il fallimento chiedendo il pagamento

(25) VALERI, op. loc. ult. cit.

(26) AULETTA, *Appunti di diritto comm. Imprenditori e società*, Napoli 1946, n. 72, p. 155. Oltre a ciò il diritto dei creditori si estingue per prescrizione quinquennale (art. 2940 n. 2). Se poi la sentenza di assoluzione degli amministratori, nel giudizio con la società è frutto di dolo o collusione a danno dei creditori, questi potranno fare opposizione alla sentenza (art. 104 cod. pr. civ.). Cfr. anche qui FERRARA jr. *Imprend.* cit. n. 201, p. 203.

(27) Così CALEFFI, *L'azione di responsabilità contro gli ammin.*, in «Dir. fallim.», 1946, 20, p. 277.

della parte del credito rimasta scoperta (28). Se la rispondenza degli amministratori è commisurata alla insufficienza del patrimonio sociale determinata dalle loro colpe (art. 2394 ), quando sia sopravvenuto il fallimento, viene a crearsi una solidarietà passiva con la società fallita fondata sulla circostanza che società ed amministratori sono obbli-

(28) In tal senso Cassaz. 7 agosto 1935, *Temi lomb.* 1936, p. 17 e DE GREGORIO, *Commenti Società*, Torino 1938, n. 269, p. 348 considerando l'ipotesi che dell'azione di responsabilità non si sia tenuto conto nel concordato ed essa non sia stata oggetto di transazione o di rinuncia da parte del curatore.

gati per la medesima prestazione (art. 1292). L'art. 2394 (I° II° c.) ravvisa certamente negli amministratori i garanti della integrità del patrimonio sociale per cui, in seguito all'omologazione del concordato, « i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso » (art. 135 II° comma legge fallim.). Se l'attribuzione dell'azione consegue per ciò al concordato essa non deriva da questo ma dall'accennato obbligo di garanzia.

ANTONIO BRUNETTI