

sere svolta in surroga una attività che i creditori non possono più svolgere se non singolarmente per specifici danni personali. Sembra più ragionevole ritenere che l'azione in parola debba essere sostituita dalla **generale azione per risarcimento danni extracontrattuale** di cui al 2043 c.c. (BONFATTI, CENSONI, 388). La tesi qui propugnata è stata in parte sostenuta da PANZANI, ⑩, 8, che molto correttamente rilevava che l'abolizione porterebbe, se considerata *tout court*, ad una **disparità di trattamento** tra i creditori delle s.p.a. e delle s.r.l., inaccettabile, censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost. Sul tema si è espresso anche PROTO, ⑩, 1140, sostenendo che il legislatore ha omesso scientemente il riferimento all'azione dei creditori sociali nelle s.r.l., non per dimenticanza, come sostenuto da RESCIGNO, ⑩, 17, ma per una scelta precisa di eliminazione dell'azione di categoria. La tutela dei creditori, di cui poi potrebbe approfittare il curatore, sarebbe affidata o ad una azione surrogatoria della società debitrice, o all'azione generale di risarcimento extracontrattuale che avrebbe il vantaggio di sottrarsi alla eventuale transazione che la società facesse con gli amministratori. Per la soppressione dell'azione si vedano CIAMPI, ⑩, 289; ABETE, ⑩, 14. È probabile che sul punto persisteranno ancora contrasti, significativo a questo riguardo il caso del T Napoli che ha fatto registrare nell'arco di pochi mesi decisi mutamenti di indirizzo (riconosce l'esistenza dell'azione dei creditori sociali della s.r.l. T Napoli 12 mag. 2004, SOC, 2005, 1013 e T Napoli 16 apr. 2004, SOC, 2005, 1013, mentre in senso contrario T Napoli 6 ott. 2004, FALL, 2006, 194 e T Napoli 11 nov. 2004, SOC, 2005, 1007; a favore anche T Mantova 14 set. 2005, FALL, 2006, 98; T Udine 11 feb. 2005, D FALL, 2005, II, 808). In dottrina, sul tema dell'azione di responsabilità degli amministratori di s.r.l., si consultino: FAUCEGLIA, in JORIO, FABIANI, 2157; CONTE, ⑩, 205; ROCCO DI TORREPADULA, ⑩, 145; BIANCA, ⑩, 808; PROTO, ⑩, 692. Nessuno ostacolo inoltre al subentro del curatore nell'azione di responsabilità spettante alla società contro gli amministratori per il risarcimento dei danni connessi al ritardo o all'omissione dell'accertamento o della pubblicità di una causa di scioglimento (art. 2485 c.c.), nonché nell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori che, sempre dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, abbiano violato i propri doveri di conservazione del patrimonio sociale (art. 2486 c.c.). Come in precedenza, non saranno proponibili dal curatore tutte quelle azioni tese alla reintegrazione (non del patrimonio sociale), ma direttamente del patrimonio del socio, del terzo o del creditore sociale. Per i rapporti con l'azione penale e la costituzione di parte civile, che se eseguita dopo la proposizione dell'azione civile ne determina l'estinzione, si veda CC 7 giu. 2000/7695, FALL, 2001, 561. Se l'azione è proposta dopo la costituzione di parte civile si deve sospendere *ex art.* 295 c.p.c. sino alla definizione del processo penale.

10.2. Presupposti. La riforma delle società ha modificato il criterio in base al quale gli amministratori rispondevano nella precedente normativa, mutando il criterio della diligenza del « mandatario » *tout court*, in quello della **diligenza richiesta dalla natura dell'incarico**, rapportata alle specifiche competenze, acquisite in virtù dell'esperienza professionale maturata e delle conoscenze personalmente conseguite, con particolare riferimento all'obbligo di mantenere intatta la garanzia dei creditori. Questo però solo nelle società per azioni. Trattasi di una diligenza da definirsi « soggettiva », ovvero commisurata all'obiettiva natura dell'in-

carico e alla specifica professionalità dell'amministratore a cui viene imputata la condotta negligente. In dottrina, si è in proposito fatto riferimento a una sorta di misura della diligenza « adeguata al curriculum » dell'amministratore (SICA, ¹⁰, 98; si veda anche BUONOCORE, ¹¹, 5). Vi è dunque un obbligo per l'amministratore di s.p.a. di creare un assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa adeguato e da adeguarsi all'evolversi della scienza aziendalistica, del mercato di riferimento e dell'impresa in concreto. Ciò che dovrà essere analizzato in una eventuale sede giudiziale, ovviamente *ex ante*, sarà dunque il processo di formazione della decisione amministrativa assunta dall'organo gestorio, foriero di responsabilità ove carente, errato e negligente (IRRERA, ¹², 371). L'art. 2392, co. 2, c.c. configura poi una responsabilità degli amministratori per condotta omissiva, nell'ipotesi in cui gli stessi, informati dei fatti pregiudizievoli compiuti dagli organi delegati, nulla abbiano fatto per impedirne il compimento o eliminarne gli effetti. Detta responsabilità è tuttavia esclusa quando gli stessi amministratori non abbiano ricevuto da parte di quegli organi delegati le informazioni relative alle scelte dannose compiute. Nelle società a responsabilità limitata non è stata riprodotta la formula di cui all'art. 2392 c.c. che, in ordine alla diligenza richiesta, come si è detto, fa riferimento alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze degli amministratori. Si ritiene pertanto debba richiamarsi il criterio generale dell'art. 1176, co. 1 c.c. che fissa il parametro del buon padre di famiglia (così in dottrina ABETE, ¹³, 11; LO CASCIO, ¹⁴, 597 e PROTO, ¹⁵, 1137), cui devono naturalmente aggiungersi due caratteristiche generali dell'adempimento corretto di qualunque obbligazione, la correttezza e la buona fede dei comportamenti. Per l'esame di particolari fattispecie, modificate dalla riforma, come la responsabilità per le informazioni veritiere rese nel progetto di fusione in ordine al rapporto di cambio, o quelle attinenti le nuove possibilità negoziali di regolamentare il divieto di concorrenza a seconda del tipo di « governance » scelto, si rimanda al citato scritto di PROTO, ¹⁶, 1137 e 1138. Per l'esame delle fattispecie che la giurisprudenza in passato ha ritenuto possano integrare gli estremi dell'azione di responsabilità *ex art.* 2393 e 2394 c.c., si rinvia a PAJARDI, *Codice*, 2004, sub 146, 11.2. È stato peraltro affermato che non è consentito al giudice sindacare *ex post* l'opportunità delle scelte imprenditoriali compiute dai gestori del patrimonio sociale (T Palermo 8 feb. 2001, GM, 2001, 1267; T Milano 14 gen. 1991, FALL, 1992, 1146); si è ritenuto tuttavia possibile censurare le scelte gestionali e di merito assunte dall'organo amministrativo e considerarle pertanto fonte di responsabilità quando le stesse appaiono dissenate per aver oltrepassato il limite della discrezionalità apparendo quindi contrarie alla diligenza del buon padre di famiglia ai sensi dell'art. 1176 c.c. (T Milano 7 set. 1998, FALL, 1998, 111). Per quanto riguarda la posizione degli amministratori di società inserite in un gruppo la Corte Suprema ha precisato che il gruppo d'impresa non costituisce un soggetto giuridico autonomo rispetto alle società collegate e pertanto ai fini della responsabilità degli amministratori « va valutato il comportamento che la legge e l'atto costitutivo impongono loro rispetto alla società di appartenenza senza che sia possibile compensare, in una valutazione globale del loro comportamento, il pregiudizio cagionato a quest'ultima per effetto di *mala gestio* con il corrispondente vantaggio propiziato ad altra società

del medesimo gruppo » (così, CC 8 mag. 1991/5123, GC, 1991, I, 2509; sul punto si veda BONELLI, ④, 384). *Contra* T Milano 22 gen. 2001, FALL, 2001, 598 che ha ritenuto che l'agire nell'ambito della logica di appartenenza al gruppo non può definirsi in conflitto di interessi quando l'azione non è stata posta in essere per avvantaggiare una società o danneggiarne un'altra, ma raccordandosi al gruppo di appartenenza e nell'interesse anche della società agente che della stessa fa parte e col suo buon andamento prospera. Naturalmente occorre che *ex ante* l'atto appaia in bilanciamento tra vantaggi futuri e pregiudizi eventuali. Il medesimo tribunale con la stessa pronuncia ha ritenuto che il curatore sia legittimato ad agire nei confronti degli amministratori della capogruppo controllante che, abusando della direzione unitaria, abbiano indotto i loro omologhi della controllata a compiere operazioni dannose.

10.3. Giurisdizione e competenza. Quanto alla **giurisdizione** a conoscere delle azioni di responsabilità proposte dal curatore del fallimento di una società con sede in Italia contro gli amministratori della stessa, la Corte di Cassazione a sez. un. ha statuito trattarsi di obbligazioni sorte nel territorio dello Stato e quindi rientranti nella giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell'art. 4 del c.p.c., ancorché i convenuti siano stranieri (CC sez. un. 6 ott. 1981/5241, SOC, 1982, 22). In relazione alla **competenza**, si ritiene che spetti al tribunale ordinario (TEDESCHI, 514; *contra*, PROVINCIALI, II, 2041), perché trattasi di azione che non deriva dal fallimento, né ha alcuna attinenza con i fini propri della procedura concorsuale (CC 14 lug. 1987/6121, GC, 1987, I, 2800; CC 29 apr. 1954/1327, D FALL, 1954, II, 344; T Milano 22 gen. 2001, FALL, 2001, 597; T Milano 1 giu. 2000, FALL, 2000, 1179; T Torino 12 gen. 1999, FALL, 1999, 573; T Torino 15 gen. 1994, FALL, 1994, 326; A Bologna 16 ott. 1962, D FALL, 1962, II, 884). In questo senso con argomentazioni convincenti, GALGANO, BONSIGNORI, ⑦, 258. Si deve rilevare che, ai sensi dell'art. 50-*bis* c.p.c., il tribunale giudica col numero di tre votanti « nelle cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi ». Sulla questione si veda lo studio di FABIANI, PANZANI, ⑩, 16.

10.4. Legittimazione attiva. La giurisprudenza assolutamente concorde ritiene che l'unico legittimato alle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. sia il **curatore**. Trattasi di legittimazione esclusiva (CC 1 giu. 1981/3755, FALL, 1981, 899; CC 28 nov. 1984/6187, FI, 1985, I, 3179 e GC, 1985, I, 1409; A Napoli 26 nov. 1990, SOC, 1991, 1050; T Napoli 3 ott. 2001, FALL, 2002, 459; T Milano 31 gen. 1983, SOC, 1984, 323; T Milano 15 nov. 1984, SOC, 1985, 290). Nell'inerzia del curatore né i creditori sociali, né la società possono sostituirsi al curatore stesso (CC 28 nov. 1984/6187, FI, 1985, I, 3179). L'azione esercitata dai creditori non può concorrere con quella del curatore (CC 28 nov. 1984/6187 citata), nemmeno se trattasi di dipendenti della società fallita (T Milano 28 gen. 1982, G COM, 1983, II, 140) che intendono agire per far valere la responsabilità degli amministratori per violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale. È deducibile e rilevabile anche nel giudizio di rinvio, il difetto di legittimazione del creditore per effetto dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento (CC 15 giu. 2005/12855,

FALL, 2006, 219). Si è ritenuto che il sopravvenuto difetto di legittimazione dei creditori soci all'azione di cui all'art. 2394 c.c. a causa del fallimento della società determina l'impossibilità per i creditori stessi di riassumere la causa davanti al giudice di rinvio al quale la stessa sia stata rimessa dalla Corte di Cassazione e quindi l'inidoneità del relativo atto di riassunzione ad evitare l'estinzione del processo di cui all'art. 193 c.p.c. (CC 28 nov. 1984/6187, FI, 1985, I, 3179). La legittimazione non sopravvive nemmeno in caso di inerzia del curatore secondo T Napoli 3 ott. 2001, FALL, 2002, 459. Legittimati ad agire nei confronti degli amministratori sono in tali casi singoli soci o i terzi che siano stati direttamente danneggiati dal comportamento doloso o colposo dell'organo amministrativo (CC 19 set. 1995/9887, FALL, 1996, 282; CC 14 mag. 1981/3176, FALL, 1981, 887; T Napoli 11 lug. 1995, FALL, 1996, 301; T Cagliari 16 feb. 1991, FALL, 1991, 1178; T Torino 20 mar. 1989, D FALL, 1989, II, 670; in dottrina si veda BONELLI, 46, 458).

10.5. Legittimazione passiva. L'azione può essere esercitata contro gli amministratori della società, sia quelli in carica al momento della dichiarazione di fallimento, sia quelli già decaduti e/o dimessisi (per T Palmi 5 set. 2006, FALL, 2006, 456, l'amministratore che succedendo ad altro e ricevendo una gestione affetta da gravi irregolarità, ometta del tutto di informare l'assemblea dei soci, è responsabile non già dell'attività dei precedenti amministratori, ma di una propria colpevole omissione). La giurisprudenza precisa che la domanda di condanna al risarcimento danni non può essere però proposta indistintamente nei confronti di tutti gli amministratori succedutisi: ciascuno di essi risponderà pertanto del danno dipendente dal proprio comportamento; ne deriva pertanto che vi sarà responsabilità solidale degli amministratori soltanto ove si dimostri un'effettiva corresponsabilità degli stessi in ordine ad uno specifico inadempimento (A Milano 9 ott. 1984, SOC, 1985, 177). Va sottolineata la natura solidale della responsabilità in esame, salvo le eccezioni assicurate dalla libertà statutaria stabilita dalla riforma societaria. È infatti consentito che i poteri gestori vengano delegati a un comitato esecutivo. Nel caso in cui i comportamenti sanzionabili siano attribuiti a detto comitato, o ad uno o più amministratori, con riferimento a attribuzioni proprie di questi ultimi in quanto a loro specificamente delegate, questi rispondono direttamente, con salvezza degli altri componenti del consiglio di amministrazione (art. 2392, co. 2, c.c.). Ed è anche previsto un esonero da responsabilità per gli amministratori che abbiano fatto annotare il loro dissenso (art. 2392, co. 3, c.c.). Non pare inoltre dubitabile l'assoggettabilità ad azione di responsabilità dell'**amministratore di fatto**, vale a dire del soggetto che abbia effettivamente gestito la società in assenza di una nomina in forma legale, ovvero in virtù di una **delibera assembleare irregolare** (CC 12 mar. 2008/6719, FALL, 2008, 643). Al riguardo, la Corte di Cassazione con le sentenze 27 feb. 2002/2906, GI, 2002, 1424 e CC 6 mar. 1999/1925, CORR GIUR, 1999, 1936, ha precisato che le norme che disciplinano l'attività degli amministratori sono applicabili anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione sociale senza aver ricevuto da parte della assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita. Si segnala T Milano 14 feb. 2000, FALL, 2000, 813 che reputa sussistere una responsabilità ex art. 2043 c.c. È stato inoltre rilevato che al fine di attribuire la qualifica di amministratore di fatto di una società di capitali ad un soggetto che non ab-

più raro poiché l'obbligo sussiste solo se la società ha un capitale minimo di € 120.000,00, o ha superato i limiti per il bilancio in forma abbreviata di cui all'art. 2435-bis per due anni consecutivi. Nei casi in cui è obbligatorio si applicano le disposizioni delle s.p.a.; ciò significa che vi sarebbe il richiamo testuale per allargare la loro responsabilità anche per le azioni dei creditori sociali, anche se paradossalmente ciò è impossibile per gli amministratori, evidenziando così una evidente discrasia nel testo legislativo, là ove ha soppresso l'azione dei creditori sociali verso gli amministratori. I sindaci inoltre esercitano il controllo contabile nel solo caso previsto dall'art. 2409-bis ult. co. c.c., cioè nel caso in cui le società non facciano ricorso al mercato dei capitali di rischio e non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato. I revisori contabili e le società di revisione che ai sensi dell'art. 2409-bis svolgono il controllo contabile possono a loro volta essere soggetti alla azione di responsabilità, al pari dei sindaci, sia nei confronti della società, che nei confronti dei creditori sociali. La Corte Suprema ha precisato che l'azione di responsabilità promossa cumulativamente nei confronti di più amministratori e sindaci introduce di regola cause scindibili, alla stregua dell'autonomia dei rapporti tra il creditore e ciascuno dei coobbligati in solido, salvo che, trattandosi di persone convenute in giudizio nella qualità di componenti dello stesso organo collegiale di gestione o controllo, si verifichi una interdipendenza tra le relative domande per l'esigenza di una valutazione globale degli atti compiuti da detto organo (CC 1 mar. 1995/2298, FALL, 1995, 1049). L'esercizio dell'esame non dà luogo ad un caso di litisconsorzio necessario tra gli amministratori essendo sancito dalla legge (art. 2392, co. 1, c.c.) il carattere solidale della responsabilità degli stessi; l'azione può pertanto essere proposta nei confronti di uno degli amministratori (A Milano 16 giu. 1995, SOC, 1995, 1562; T Milano 26 sett. 1996, FALL, 1997, 219) salvo poi il successivo regresso degli amministratori convenuti nei confronti degli altri. È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 nella parte in cui ammette l'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci, sebbene costoro, diversamente dagli amministratori, non debbano essere sentiti nel procedimento di dichiarazione di fallimento; invero, nell'azione di responsabilità promossa dagli organi della procedura fallimentare, e che si svolge secondo il rito ordinario, ai sindaci è riconosciuto dall'ordinamento il pieno esercizio del diritto di difesa, con la possibilità di contestare il valore, il significato e la rilevanza di tutte le prove addotte dalla curatela (CC 22 ott. 2004/20637, MFI, 2004, 1171). Come si è sopra accennato, in sede fallimentare è esercitabile dal curatore anche l'azione che l'art. 2476, co. 7, c.c. pone a carico dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società: trattasi di una delle principali novità della riforma societaria, per il cui esame si rinvia a RESCIGNO, in JORIO, FABIANI, 2135. Si aggiunga che l'art. 2497 c.c. consente di configurare inoltre una responsabilità della società capogruppo nei confronti dei creditori sociali delle società controllate. In forza di tale norma sussiste pertanto la responsabilità della società capogruppo, ma anche delle persone fisiche che, rivestendo una posizione di dominio all'interno della holding o sulla stessa, abbiano agito per raggiungere il proprio profitto, partecipando al fatto lesivo (AMBROSINI, 368; in argomento si vedano anche, ampiamente, BONFATTI, CENSONI, 393; MAGGILO, 176; GUGLIELMUCCI, 16).

10.6. Termine di prescrizione. L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori (così come quella contro i sindaci) si prescrive in cinque anni *ex art.* 2949, co. 1, c.c. La **riforma del diritto societario** non ha innovato sul punto; l'*art.* 2393 stabilisce il termine di prescrizione di 5 anni dalla cessazione della carica dell'amministratore di s.p.a. (T Milano 18 mar. 2006, FALL, 2006, 974; T Ivrea 29 gen. 2004, SOC, 2004, 1564), mentre per le s.r.l. non vi è autonoma normativa e si applica sempre il termine quinquennale stabilito in tema di rapporti societari dall'*art.* 2949 co. 1 c.c. decorrente dal verificarsi del danno, sospeso durante la durata del rapporto. Controverso è il momento da cui inizia a decorrere la prescrizione. Il termine di prescrizione dell'azione sociale decorre secondo la giurisprudenza prevalente non dal verificarsi dell'inadempimento, ma dal verificarsi del danno che da tale inadempimento consegue (CC sez. un. 6 ott. 1981/5241, D FALL, 1982, II, 20 e FI, 1982, I, 93, con nota di MARZIALE, G COM, 1982, II, 796, con nota di BONELLI; in dottrina: TEDESCHI, ④, 1010; *contra* T Torino 12 gen. 1999, FALL, 1999, 573). La dottrina precisa che per « momento in cui il danno si è verificato » deve intendersi quello in cui il danno sia scoperto dai vari organi sociali — o avrebbe potuto essere scoperto — usando l'ordinaria diligenza (TEDESCHI, ④, 1011). In realtà, ai sensi dell'*art.* 2941, n. 7, c.c., la prescrizione rimane sospesa sino a quando gli amministratori rimangono in carica e pertanto il momento che rileva ai fini della decorrenza della prescrizione è quello in cui è cessato l'organo amministrativo (T Napoli 18 gen. 1999, FALL, 1999, 457; T Genova 15 gen. 1992, FALL, 1992, 538; BONELLI, ④, 432). Nel caso di più amministratori ci si chiede se la sospensione operi fino a quando il singolo amministratore è in carica e contro di lui oppure se valga fino al momento in cui sia in carica uno degli amministratori solidalmente responsabili. La dottrina più autorevole è favorevole alla prima soluzione, in applicazione dei principi in tema di **sospensione della prescrizione** delle obbligazioni solidali (TEDESCHI, ④, 1011; in giurisprudenza si veda CC 25 lug. 1979/4415, G COM, 1980, II, 325). Nel senso che la causa di sospensione opera anche se i soci sono a conoscenza dei fatti imputabili agli amministratori: CC 19 mag. 1972/1530, citata da TEDESCHI, e anche se l'assemblea abbia ratificato tale operato (T Torino 28 apr. 1983, SOC, 1983, 326). Il termine di prescrizione dell'azione sociale di responsabilità è sospeso anche nell'ipotesi di cui all'*art.* 2941, n. 8, c.c. Nell'ipotesi di azione *ex art.* 2394 c.c. la prescrizione decorre dal momento in cui gli atti integranti la responsabilità abbiano determinato l'insufficienza del patrimonio sociale (così CC 6 dic. 2000/15487, FALL, 2001, 476; CC 15 mag. 1991/5445, FALL, 1991, 1141; T Bari 26 ott. 2006, FALL, 2007, 109; T Salerno 14 lug. 2006, FALL, 2006, 456; T Marsala 2 mag. 2005, D GIUR, 2005, 52; T Catania 1 set. 2000 *decr.*, D GIUR, 2001, 111; T Milano 15 lug. 1991, FALL, 1991, 1286; in dottrina BONELLI, ④, 456). In particolare si è precisato che il termine decorra dal momento in cui l'insufficienza del patrimonio sociale sia oggettivamente percepibile dai creditori sociali in epoca precedente la dichiarazione di fallimento (CC 28 mag. 1998/5287, FALL, 1999, 397; CC 7 nov. 1997/10937, FALL, 1998, 697, T. Messina 12 nov. 1999, FALL, 2000, 1279; T Napoli 22 mar. 1999, FALL, 1999, 683; T Torino 23 nov. 1990, FALL, 1991, 631; A Milano 26 feb. 1988, GI, 1988, I, 572) e non dal momento in cui tutti i creditori sociali abbiano vanamente escusso la società (in tal senso CC 25 lug. 1979/4415, GC, 1979, I, 2027); si

annoveremo poi T Padova 5 apr. 1999, FALL, 2000, 547, annotata da TRENTINI, che ha affermato che il termine decorre dal fallimento quando i fatti che costituiscono l'illecito civile siano gli stessi che integrano i reati fallimentari, sia che la sentenza sia considerata elemento costitutivo del reato sia che la si ritenga condizione direttiva di punibilità ed anche T Milano 3 mar. 2003, FALL, 2003, 1124, in tema del più lungo termine di prescrizione applicabile quando tutti i fatti contestati costituiscono reati; in dottrina su tale problema si vedano GALGANO, BONSIGNORI, ⑦, 251; RAGUSA MAGGIORE, 589. Nell'ipotesi in cui non sia possibile individuare il momento decisivo, la prescrizione decorrerà dalla data di dichiarazione del fallimento (A Milano 18 lug. 1995, FALL, 1996, 94; T Genova 16 set. 1992, FALL, 1993, 227; T Milano 13 ott. 1988, D FALL, 1989, I, 442, con nota di FAZIO; T Roma 5 dic. 1986, FALL, 1987, 854). Nell'ipotesi di azione di responsabilità contro l'amministratore di fatto, si è stabilito che se la cessazione reale dalla carica si è data solo con la dichiarazione di fallimento, la prescrizione decorre da tale data (CC 12 mar. 2008/6719, FALL, 2008, 642). Si è precisato che l'insufficienza del patrimonio può manifestarsi anche successivamente alla dichiarazione di fallimento (ad esempio, nel caso in cui il fallimento venga dichiarato in presenza di un attivo, non liquido ma prontamente liquidabile, superiore al passivo e lo sbilancio si verifichi in seguito) e quindi il termine di prescrizione decorra da quel momento (CC 28 mag. 1998/5287, citata; CC 6 ott. 1981/5241, D FALL, 1982, II, 20; T Torino 23 nov. 1990, FALL, 1991, 631). Nel senso invece che il termine decorra sempre dalla data di fallimento T Catania 16 set. 1976, G COM, 1978, II, 296. All'azione promossa ex art. 2394 c.c. non è applicabile la sospensione del termine di cui all'art. 2941, n. 7, c.c. data la diversa natura dell'azione dei creditori rispetto all'azione sociale di responsabilità anche qualora venga esercitata nell'ambito del fallimento (così TEDESCHI, ④, 1014; CC 6 ott. 1981/5241, D FALL, 1982, II, 20; in senso contrario T Milano 21 ott. 1974, D FALL, 1975, II, 392), mentre si rende applicabile invece l'art. 2941, n. 8, c.c. Per la possibilità per il curatore di interrompere il termine di prescrizione di entrambe le azioni ex art. 1310 c.c. si veda TEDESCHI, ④, 1015. Si è precisato che quando il danno di cui si chiede il risarcimento è conseguenza di fatti per i quali l'azione civile è ormai prescritta, l'azione di responsabilità ex art. 146 non può essere accolta, nemmeno quando siano dedotti altri fatti illeciti che configurano ipotesi di reato e pertanto sono soggetti a lungo termine di prescrizione, ma rispetto ai quali il danno non costituisce conseguenza immediata e diretta (v. T Torino 12 gen. 1999, FALL, 1999, 1079, e in tema di necessaria coincidenza di tutti i fatti contestati con le fattispecie di reato per poter godere del termine più lungo della prescrizione di questi ultimi v. T Milano 3 mar. 2003, FALL, 2003, 1124). L'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci si prescrive in cinque anni. Sull'applicabilità dell'art. 2941, n. 7 all'azione sociale di responsabilità esercitata contro i sindaci la giurisprudenza di merito è divisa. Si applica invece anche ai sindaci l'art. 2941, n. 8. Non è applicabile l'art. 2941, n. 7 all'azione dei creditori sociali contro i sindaci, anche se esercitata dal curatore (TEDESCHI, ④, 1016). Va ricordato che per T Palermo 8 feb. 2001, GM, 2001, 1267, l'azione del curatore è esperibile anche se rinunciata o transatta dalla società avendo presupposti diversi.

10.7. Onere della prova del danno e del nesso di causalità. L'orientamento maggioritario ritiene che il curatore debba dare la prova del nesso di causalità tra *mala gestio* e danno (T Milano 24 gen. 2007, FALL, 2007, 470; T Napoli 17 gen. 2007, FALL, 2007, 844; T Salerno 14 lug. 2006, FALL, 2006, 456; T Milano 18 mar. 2006, FALL, 2006, 974; per T Milano 14 nov. 2006, FALL, 2007, 220 e T Salerno 25 ott. 2006, FALL, 2007, 109, pur in presenza di accertate irregolarità contabili o di infedele rappresentazione della situazione finanziaria della società, il curatore è onerato della prova specifica della diretta conseguenza del pregiudizio al patrimonio sociale; T Napoli 22 gen. 2002, FALL, 2002, 112; T Catania 8 mag. 1998, FALL, 1998, 1090; T Milano 24 mag. 1993, SOC DIR, 1994, 606; T Cassino 3 ott. 1990, FALL, 1991, 317; T Milano 22 dic. 1983, SOC, 1984, 883, ove si precisa che il curatore non deve invece provare la colpa degli amministratori; con specifico riferimento alla necessità della prova del danno e del nesso di causalità conseguente alla mancata tenuta delle scritture contabili, v. T Milano 15 lug. 1991, FALL, 1991, 1286, il quale ha precisato che l'omessa o irregolare tenuta della contabilità è causa legittima di inversione dell'onere della prova, poiché il curatore non può controllare la gestione della società e pertanto sono gli organi sociali che devono provare di aver correttamente gestito la società; A Milano 9 ott. 1984, SOC, 1985, 177). Se il curatore qualifica come condotta pregiudizievole per la società e per i creditori sociali il fatto che siano divenute improponibili azioni revocatorie a causa del ritardo nella dichiarazione di fallimento, è onere della procedura fornire nel giudizio di responsabilità la prova della sussistenza dei presupposti che avrebbero consentito l'utile esperimento delle azioni revocatorie (A Bologna 15 apr. 2003, FALL, 2004, 289). Nel senso che il nesso di causalità è presunto nel caso in cui il curatore eserciti l'azione sociale di responsabilità (trattandosi di un'azione contrattuale), per cui l'onere della prova contraria è a carico degli amministratori: T Napoli 14 gen. 1998, FALL, 1999, 226; A Milano 27 apr. 1982, SOC, 1983, 27; per la stessa conclusione in tema di responsabilità dei sindaci per omissione di vigilanza: CC 14 mar. 1985/1981, FALL, 1985, 932; CC 20 lug. 1980/4891, G COM, 1981, II, 229. Per una critica a quest'ultimo orientamento, v. GALGANO, BONSIGNORI, [Ⓢ], 262. Per T Bari 13 giu. 2007, FALL, 2007, 1238, è responsabile l'amministratore cui sia imputabile l'omissione degli obblighi di natura fiscale connessi a omessi pagamenti e mancato versamento delle ritenute fiscali operate, con conseguente danno per sanzioni e interessi. Si è rilevato che la relazione *ex art. 33 l.fall.* del curatore non assume valore di piena prova dei fatti di responsabilità addebitati agli amministratori della società fallita, ma costituisce solo un indizio di prova contestabile dall'altra parte e liberamente valutabile dal giudice di merito (T Milano 7 sett. 1998, FALL, 1999, 110). Per lo stato della giurisprudenza sul punto, v. PANZANI, [Ⓢ], 86 ss.

10.8. Determinazione del danno risarcibile. In passato la giurisprudenza prevalente è stata orientata a quantificare il danno nella differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare in base alla presunzione che, fino a prova contraria, il disavanzo patrimoniale debba necessariamente essere conseguenza degli inadempimenti imputati agli organi sociali (CC 30 lug. 1980/4891, GC, 1980, I, 2082; T Genova 16 set. 1992, FALL, 1993, 227; T Milano 15 lug. 1991, FALL, 1991, 1286; T Torino 14 mag. 1991, FALL, 1991, 867; T Venezia 5 nov. 1987, FALL, 1988, 1202). La

Corte Suprema in epoca più recente ha tenuto a precisare che il danno può essere identificato nella differenza tra attivo e passivo, in mancanza di prova di maggior pregiudizio, soltanto se per fatto imputabile agli organi sociali si sia venuto a determinare il dissesto economico della società e il conseguente assoggettamento a fallimento (così CC 17 sett. 1997/9252, FALL, 1998, 666; in tal senso v. anche T Napoli 24 apr. 2003, FALL, 2004, 223; T Napoli 22 gen. 2002, FALL RG, 2002, 112; T Catania 29 set. 2000, FI, 2001, I, 1729, annotata da FABIANI, 109; T Napoli 10 gen. 1999, FALL, 1999, 457; T Messina 12 nov. 1999, FALL, 2000, 1279). Tale criterio è generalmente criticato in dottrina, poiché finirebbe per accollare agli amministratori danni che potrebbero non essere provocati da fatti a loro direttamente imputabili (PANZAN, ⁸⁶, 86). La liquidazione in via equitativa del danno ad opera del giudice presuppone l'inesistenza di elementi di giudizio sufficienti ad individuare gli effetti lesivi delle violazioni contestate dovuta ad impossibilità o estrema difficoltà di fornire adeguata prova (CC 15 feb. 2005/3032, FI, 2006, I, 1898). Al riguardo, si è affermato che per gli amministratori subentrati a crisi già determinatasi, la misura del danno deve essere ridotta in ragione delle passività sussistenti al momento della loro nomina (A Bologna 12 gen. 2004, FALL, 2005, 37). Parte della giurisprudenza ha in tempi ancor più recenti individuato invece criteri di determinazione del danno meno rigorosi, valutando, di volta in volta, il risultato delle operazioni contestate, considerando le passività accumulate prima della perdita del capitale sociale, gli eventuali risultati positivi determinati dall'illegittima prosecuzione della gestione e della concreta situazione venutasi a creare all'apertura del fallimento, anche in ragione delle modalità di attuazione della liquidazione dell'attivo. Si è detto che il danno va commisurato in relazione alle conseguenze immediate e dirette delle violazioni contestate (A Milano 6 giu. 2007, FALL, 2007, 1486 e A Milano 13 gen. 2006, GI, 2006, 977). Si veda anche T Genova 6 apr. 1993, FALL, 1993, 1263, che ha ritenuto opportuno ricorrere a criteri equitativi, nonché le decisioni volte a quantificare il danno avendo riguardo nel caso concreto alla lesione effettivamente prodotta nel patrimonio sociale da ciascuna violazione accertata; T Milano 30 ott. 2003, FALL, 2005, 45 e T Milano 22 gen. 2001, FALL, 2001, 598, che richiamano la necessità di provare l'efficacia causale della lesione dell'integrità del patrimonio sociale solo per le singole violazioni dimostrate, ammettendo il ricorso alla via equitativa ove ciò non sia possibile (conformi T Palermo 19 mar. 2000, FALL, 2000, 920; T Milano 14 gen. 1999, FALL, 1999, 573; T Napoli 18 mag. 1995, FALL, 1995, 975; T Torino 10 feb. 1995, FALL, 1995, 1151; T Milano 14 nov. 1993, FALL, 1994, 1051). Si è affermato che il danno va quantificato in misura pari alla differenza tra il valore delle immobilizzazioni materiali iscritte in bilancio e quello delle immobilizzazioni materiali inventariate dal curatore (T Napoli 24 gen. 2007, FALL, 2007, 946), ovvero riferendosi all'ammontare del passivo accertato, depurato dei debiti sussistenti anteriormente alla perdita del capitale sociale e delle attività acquisite dal fallimento (T Torino 9 apr. 1991, FALL, 1991, 867); altre pronunce hanno affermato che il danno consiste nella differenza esistente tra le passività di bilancio alla data del fallimento e quelle emergenti al momento della rilevazione delle perdite di cui all'art. 2447, o alla data di approvazione del bilancio (T Roma 13 mar. 2000, FALL, 2000, 1179) e, ancora, che il risarcimento dovuto ai cre-

ditori deve calcolarsi sulla base della comparazione dei netti patrimoniali individuati nei diversi momenti dell'evoluzione dell'attività sociale vietata (T Genova 24 nov. 1997, FALL, 1998, 843) o dell'incremento delle perdite di esercizio determinatosi successivamente al momento in cui si è verificato l'inadempimento (T Torino 15 apr. 2005, GI, 2005, 1859; T Roma 7 mag. 2002, FALL, 2002, 112; T Torino 10 feb. 1995, FALL, 1995, 1150) o, infine, in base al depauperamento subito dal patrimonio nel periodo, a causa delle nuove iniziative poste in essere, che non coincide né con i nuovi debiti, né con il risultato negativo delle operazioni intraprese e deve quindi essere valutato equitativamente sulla base dello squilibrio economico determinatosi dopo l'evento (T Milano 7 giu. 2001, FALL, 1185). Sulla determinazione del danno si veda l'apporto di GUGLIELMUCCI, [®], 1067. Con riferimento al particolare caso in cui il danno non sia quantificabile per la **mancanza delle scritture contabili della società**, che non risultano acquisite al fallimento, si è affermato che dovrà necessariamente farsi ricorso al criterio della differenza fra passivo fallimentare ed attivo (CC 4 apr. 1998/3483, MGC, 2008, 727; T Milano 7 ott. 2005, GI, 2006, 978; T Marsala 2 mag. 2005, FALL, 2006, 461; T Napoli 24 apr. 2003, FALL, 2004, 1215). Per T Milano 5 lug. 2005, FALL, 2006, 98 e T Torino 6 mag. 2005, GI, 2005, 1858, in tal caso potrà addirittura imputarsi a danno l'intero *deficit* fallimentare.

10.9. Rivalutabilità del danno. Sulla non applicabilità dell'art. 1224, co. 2, c.c., ai fini della rivalutazione del credito verso gli amministratori per violazione del divieto di nuove operazioni, v. CC 27 nov. 1982/6431, FALL, 1983, 810. Secondo la Corte di Cassazione, la responsabilità dei sindaci per fatti od omissioni degli amministratori integra una fattispecie di responsabilità per fatto illecito (art. 2043 c.c.). La responsabilità per il danno cagionato costituisce dunque un debito di valore, come tale soggetto a rivalutazione secondo gli indici ISTAT (così anche CC 14 mar. 1985/1981, FI, 1986, I, 188). Per la soluzione favorevole alla rivalutazione secondo gli indici ISTAT (da calcolarsi con decorrenza dalla data di chiusura di ciascun esercizio sociale e proporzionalmente alla perdita prodotta sino alla data della pronuncia, oltre agli interessi legali sulla somma rivalutata) nel caso di violazione dell'art. 2449 c.c., si vedano T Genova 6 apr. 1993, FALL, 1993, 1263; T Milano 24 gen. 1983, FALL, 1983, 810.

10.10. Parere del comitato dei creditori. Il curatore, prima di promuovere l'azione di responsabilità *ex art.* 146, deve sentire il **parere del comitato dei creditori**. Nessuna specifica innovazione legislativa al riguardo, anche se va sottolineata la valorizzazione del ruolo del comitato dei creditori introdotta dal novellato art. 41. Deve ritenersi che il parere, così come l'autorizzazione del giudice delegato, possano essere espresse non più con riferimento ad ogni singola azione, bensì con riferimento a tutte le azioni contemplate nel programma di liquidazione (art. 104-bis), così CARIDI, in NIGRO, SANDULLI, 889. È evidente che la nuova funzione attribuita al comitato dei creditori dovrebbe portare a rivedere l'opinione della prevalente giurisprudenza secondo la quale il **mancato parere** del comitato dei creditori ai fini dell'autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità non determina la nullità dell'autorizzazione del giudice delegato, ma solo una irregolarità del procedimento **sanabile** con efficacia *ex tunc* ai sensi dell'art. 182, co. 2, c.p.c. (CC 30 lug. 1980/4801, GC, 1980, I, 2082). E ciò a favore del più rigoroso orientamento in base

al quale il mancato parere del comitato determina la **nullità dell'autorizzazione del giudice delegato** e l'improponibilità dell'azione stessa da parte del curatore (A Bologna 12 lug. 1985, D FALL, 1986, II, 31; T Catania 20 nov. 1980, D FALL, 1981, II, 116; in dottrina, FAUCEGLIA, in JORIO, FABIANI, 2164; PROVINCIALI, III, 2041). L'unica reazione ammessa dalla giurisprudenza avverso l'autorizzazione all'azione di responsabilità priva del parere del comitato dei creditori è il **reclamo ex art. 26 l.f.** avverso il provvedimento del giudice (CC 22 ott. 2004/20637, FI REP, 2004, voce *Fallimento*, 620; A Perugia 3 apr. 2000, RG Umbra, 2000, 629 e T S.M. Capua Vetere 17 set. 1999, D FALL, 2000, II, 1322, annotata da CAROLA). La **legittimazione**, secondo la corte umbra spetta anche ad un terzo estraneo alla società, purché interessato, e il termine decorre dalla conoscenza effettiva del provvedimento. Favorevole, invece, alla proponibilità del ricorso per cassazione contro il decreto del giudice delegato che autorizza il curatore a proporre l'azione di responsabilità è CC 20 ott. 1982/5457, FALL, 1983, 582.

10.11. Misure cautelari. Il legislatore della riforma ha **soppresso** il co. 3 dell'art. 146, che prevedeva la possibilità per il giudice delegato di disporre opportune misure cautelari in uno con il decreto di autorizzazione dell'azione di responsabilità. Con la **nuova normativa dei procedimenti cautelari** introdotta dalla l. 26 nov. 1990/353 (in vigore dal 1° gen. 1992) si era molto discusso infatti sulla individuazione del giudice legittimato a disporre le misure cautelari *ante causam* in sede fallimentare o, meglio, sul problema dei rapporti fra l'art. 146 (vecchio testo) e l'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. in base al quale la disciplina generale dei procedimenti cautelari introdotta dalla sopra citata legge si applica « in quanto compatibile » anche ai provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali. L'opinione assolutamente maggioritaria in giurisprudenza aveva per la verità ha sempre ritenuto che, anche dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina cautelare, la competenza ad emettere le misure di cui all'art. 146 fosse rimasta del giudice delegato, in quanto la normativa speciale anteriore non è stata abrogata da quella generale posteriore (T Milano 19 gen. 2006, inedita, citata da AMBROSINI, ⑩, 227; T Bologna 31 mar. 2005, FI, 2005, I, 1567; T L'aquila 11 ago. 2004, D FALL, 2005, II, 547; T Napoli 9 apr. 2003, GM, 2004, 231; A Perugia 3 apr. 2000, RG Umbra, 2000, 629; T Padova 16 lug. 1999, FALL, 2000, 111; T Napoli 22 mar. 1999, FALL, 1999, 682; T Roma 11 gen. 1997, FALL, 1997, 639; T Napoli 11 lug. 1995, FALL, 1996, 301; T Ascoli Piceno 10 gen. 1995, FALL, 1995, 781; T Brescia 13 ott. 1993, FALL, 1994, 315; T Monza 23 set. 1993, FALL, 1994, 315; in dottrina: CONSOLO, LUISO, SASSANI, ⑩, 546. Hanno invece sostenuto la tesi contraria T Tolmezzo 25 lug. 2005, FALL, 2006, 65, con nota di FABIANI; T S.M. Capua Vetere 18 mar. 2005, FALL, 2006, 190; T Vicenza 27 apr. 2004, FALL, 2005, 169; T Napoli 21 ott. 1993, FALL, 1994, 315 e, in dottrina PANZANI, ⑩, 1109 e FABIANI, PANZANI, ⑩, 192). Il legislatore della riforma sembra aver dunque seguito l'opinione minoritaria, già espressa per l'abrogazione implicita del co. 3 dell'articolo. Ma ancor più del dibattito passato, si è detto che sulla scelta di non rinnovare i poteri cautelari allo stesso giudice che autorizza l'azione di responsabilità del curatore, ha influito l'incompatibilità di tali poteri con il nuovo ruolo assegnato al giudice delegato e con l'espresso divieto fissato dall'art. 25, co. 2 per quest'ultimo di trattare i giudizi che abbia autorizzato (così CARIDI, in