

Amministratori di s.r.l. e azione di responsabilità dei creditori

I

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Sezione I civile, sentenza 21 luglio 2010, n. 17121; *Pres.* CARNEVALE, *Rel.* NAPPI, *P.M.* BASILE; A.V. c. Fallimento B.R.C.D.F s.r.l.

Società a responsabilità limitata – Fallimento – Amministratori – Azione di responsabilità spettante ai creditori sociali – Legittimazione del curatore – Sussiste

(Cod. civ., artt. 2392, 2393, 2394; l.fall., art. 146).

Il curatore fallimentare è legittimato ad esercitare qualsiasi azione di responsabilità, compresa quella spettante ai creditori sociali, contro gli amministratori di qualsiasi società. (1)

II

TRIBUNALE DI MILANO, Sezione VIII civile, sentenza 18 gennaio 2011, n. 501; *Pres.* PEROZZIELLO, *Rel.* GALIOTO; Fallimento X s.r.l. c. E. C., R. C., D.C. e D s.r.l.

Società a responsabilità limitata – Fallimento – Amministratori – Azione di responsabilità spettante ai creditori sociali – Legittimazione del curatore – Sussiste

(Cod. civ., artt. 2394, 2394-bis, 2476, 2477, 2485, 2486, 2497, 2487 pre-vigente; l.fall., art. 146)

Il curatore fallimentare è legittimato ad esercitare contro gli amministratori di s.r.l. sia l'azione sociale di responsabilità sia l'azione di responsabilità spettante ai creditori. (2)

I

(*Omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza impugnata la Corte d'appello di Roma ha confermato

la condanna di A. V. al pagamento della somma di Euro 907.146,54 in favore del Fallimento della B.R.C.D.F. s.r.l., così ribadendo l'accoglimento

dell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare nei confronti del convenuto, già amministratore della società fallita. Hanno ritenuto i giudici del merito:

a) quale che sia la corretta interpretazione della sopravvenuta nuova disciplina delle società a responsabilità limitata, permane per i fallimenti già dichiarati la legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio per conto dei creditori sociali dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori;

b) l'azione esercitabile dal curatore fallimentare cumula quelle esercitabili dai soci, dalla società e dai creditori; e nel caso in esame il curatore aveva fatto riferimento anche alla violazione degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale;

c) il termine di prescrizione dell'azione spettante al curatore decorre dalla dichiarazione del fallimento, che aveva permesso di accertare l'insufficienza dell'attivo;

d) la consulenza espletata in un diverso giudizio estinto è valutabile come prova;

e) la consulenza tecnica dimostra l'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento dell'amministratore e il danno lamentato dal fallimento. Contro questa sentenza ricorre ora per cassazione A. V. e propone cinque motivi di impugnazione, cui resiste con controricorso il Fallimento della B.R.C.D.F. s.r.l.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il ricorrente deduce violazione della l.fall., art. 146, artt. 2476 e 2487 c.c., riproponendo l'eccezione di difetto di legittimazione passiva del curatore fallimentare *ex* d.lgs. n. 6 del 2003.

Sostiene che la l.fall., art. 146, deve ritenersi implicitamente abrogato per le società a responsabilità limitata, perché né l'art. 2476 né l'art. 2487 c.c., richiamano, nel loro nuovo testo, gli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., in materia di responsabilità degli amministratori di società per azioni. Sicché la legittimazione processuale del curatore, che deve esistere al momento della decisione, è venuta meno e la sua carenza deve essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Il motivo è infondato.

La l.fall., art. 146, disciplina obblighi e responsabilità degli amministratori di qualunque tipo di società e nel suo testo originario prevedeva che "l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori, a norma degli artt. 2393 e 2394 cod. civ., è esercitata dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori".

Precedentemente alla riforma del 2003, le azioni di responsabilità contro gli amministratori di società a responsabilità limitata erano disciplinate dall'art. 2487 c.c., con un richiamo delle norme sulle società per azioni. Sicché non si dubitava della legittimazione del curatore del fallimento di una s.r.l. all'esercizio delle azioni di responsabilità.

Il d.lgs. n. 6 del 2003, ha disciplinato autonomamente la responsabilità degli amministratori di s.r.l., eliminando ogni richiamo alla disciplina delle s.p.a. Si discute pertanto se il curatore fallimentare sia ancora legittimato all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l.; e tale questione viene ora proposta dal ricorrente. La questione deve ritenersi tuttavia superata dalla

considerazione che la l.fall., art. 146, nel suo testo originario, era destinato solo a riconoscere la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.. E questa interpretazione risulta ora confermata dallo stesso legislatore, perché il nuovo testo della l.fall., art. 146, come sostituito dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130, prevede semplicemente che il curatore è legittimato a esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, della società fallita. Sicché il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammesso contro gli amministratori di qualsiasi società.

2. Con il secondo motivo il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2393 e 2394 c.c.

Sostiene che l'amministratore giudiziario prima e il curatore fallimentare poi hanno esercitato solo l'azione di responsabilità verso la società, *ex art. 2393 c.c.*, non anche l'azione di responsabilità verso i creditori, *ex art. 2394 c.c.*. Ma non si è tenuto conto che l'assemblea della società aveva con Delib. 4 giugno 1994, rinunciato all'esercizio dell'azione *ex art. 2393 c.c.*; ed erroneamente la curatela ritiene che tale rinuncia non sia opponibile al fallimento. Mentre in violazione dell'art. 112 c.p.c., il giudice del merito si è pronunciato anche sull'azione *ex art. 2394 c.c.*, mai proposta.

Il motivo è infondato.

Secondo la giurisprudenza di questa corte, infatti, "l'azione di responsabilità esercitata dal curatore del falli-

mento ai sensi della l.fall., art. 146, ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.; ne consegue che, mentre su chi la promuove grava esclusivamente l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità tra queste ed il danno verificatosi, incombe, per converso, su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti; pertanto, l'onere della prova della novità delle operazioni intraprese dall'amministratore successivamente al verificarsi dello scioglimento della società per perdita del capitale sociale, compete all'attore e non all'amministratore convenuto" (Cass., sez. I, 29 ottobre 2008, n. 25977, m. 605521).

Ne consegue altresì che, quando il curatore "eserciti l'azione di responsabilità contro gli amministratori della società fallita (R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 146, comma 2), secondo le norme degli artt. 2392 e 2393 c.c., il contenuto delle azioni contemplate dai detti articoli diventa inscindibile, onde è irrilevante la questione relativa all'asserita conformità dell'operato (anche se illegittimo) dell'amministratore della società fallita alla volontà espressa dai soci del tempo, non essendo tale volontà opponibile al curatore" (Cass., sez. I, 23 giugno 2008, n. 17033, m. 604027), "il quale, esercitando un'azione in favore della massa concorsuale, svolge un'attività diversa da quella che avrebbe potuto svolgere la società",

in quanto è “finalizzata al risultato di acquisire all’attivo fallimentare tutto quanto sottratto per fatti imputabili agli amministratori” (Cass., sez. I, 6 dicembre 2000, n. 15487, m. 542477).

La società non poteva pertanto rinunciare all’azione esercitata dal curatore. Né rileva il riferimento all’art. 2393, piuttosto che all’art. 2394 c.c., bensì i fatti che il curatore allega come generatori di responsabilità. E correttamente i giudici del merito a tali fatti si sono riferiti per definire i limiti della domanda proposta.

3. Con il terzo motivo il ricorrente deduce violazione dell’art. 2697 c.c., quanto all’onere della prova, dell’art. 2949 c.c., quanto al termine quinquennale di prescrizione, e dell’art. 2394 c.c., quanto all’azione di responsabilità vizi della motivazione sul periodo di insufficienza del patrimonio sociale.

Premesso che l’azione *ex art.* 2394 c.c., può essere esercitata quando il patrimonio sociale risulti insufficiente, sostiene che erroneamente i giudici del merito abbiano individuato nella dichiarazione del fallimento, risalente al 1997, la decorrenza del termine di prescrizione dell’azione di responsabilità esercitata dal curatore, benché egli fosse cessato sin dal 19 giugno 1991 dalla carica di amministratore. Infatti l’amministratore giudiziale nominato in sua sostituzione aveva evidenziato già nel 1993 l’insufficienza del patrimonio sociale manifestatasi negli esercizi del 1991 e del 1992. Sicché al momento di esercizio dell’azione nel 2000 il termine di prescrizione era già decorso.

Il motivo è infondato.

Secondo la giurisprudenza di questa corte, infatti, “l’azione di respon-

sabilità proposta dai creditori sociali ovvero, in caso di fallimento della società, dal curatore del fallimento, nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una società di capitali è soggetta al termine di prescrizione quinquennale, che inizia a decorrere dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti e può anche essere anteriore alla data dell’apertura della procedura concorsuale; l’onere di provare che l’insufficienza del patrimonio sociale si è manifestata ed è divenuta conoscibile prima della dichiarazione di fallimento grava sull’amministratore o sul sindaco che eccede la prescrizione” (Cass., sez. I, 18 gennaio 2005, n. 941, m. 579312, Cass., sez. I, 22 ottobre 2004, n. 20637, m. 577802). Nel caso in esame il ricorrente deduce che con una relazione del 15 settembre 1993 l’amministratore giudiziale della società aveva già denunciato perdite di esercizio tali da imporre immediati provvedimenti *ex art.* 2447 c.c., a causa di una grave crisi finanziaria. E sostiene che da questa relazione risultasse già evidente l’insufficienza del patrimonio.

Senonché in giurisprudenza si è già chiarito che l’incapienza patrimoniale, dalla cui conoscibilità dipende la decorrenza del termine di prescrizione dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, “consiste nell’eccedenza delle passività sulle attività” e “non corrisponde alla perdita integrale del capitale sociale, che può verificarsi anche in presenza di un pareggio tra attivo e passivo, ne’ allo stato d’insolvenza di cui alla l.fall., art. 5, trattandosi di una condizione di squilibrio patrimoniale più grave e definitiva, la cui emersione non coincide

necessariamente con la dichiarazione di fallimento, potendo essere anteriore o posteriore” (Cass., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9619, m. 608227, Cass., sez. I, 25 luglio 2008, n. 20476, m. 605173).

Ne consegue che non è censurabile la motivazione esibita dai giudici del merito.

4. Con il quarto motivo il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell’art. 310 c.p.c., lamentando che i giudici del merito abbiano valutato una consulenza tecnica espletata in un procedimento estinto, benché l’estinzione del processo renda inefficaci tutti gli atti compiuti, escluse le sentenze di merito. Il motivo è infondato.

Secondo la giurisprudenza di questa corte, infatti, “nel processo civile il giudice può trarre argomenti di prova, ai sensi dell’art. 116 c.p.c., comma 2, anche dalle risultanze istruttorie di un processo estinto, le quali, se si trovano raccolte nel relativo fascicolo di ufficio, non abbisognano di particolari formalità di produzione od esibizione, per essere prese in considerazione, risultando sufficiente l’istanza della parte interessata e la conseguente acquisizione del suddetto fascicolo d’ufficio agli atti del giudizio” (Cass., sez. III, 4 agosto 2005, n. 16372, m. 584430). In particolare si è precisato che “il giudizio circa l’utilità e la pertinenza di un mezzo di prova rientra nei poteri di valutazione del giudice di merito, il quale può anche utilizzare per la formazione del proprio convincimento prove raccolte in altro giudizio tra le stesse parti” (Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9040, m. 602752). Sicché

correttamente, nel caso in esame, il giudice valutò la consulenza espletata nell’ambito di un giudizio avente il medesimo oggetto e al quale il ricorrente aveva partecipato nella medesima veste di convenuto.

5. Con il quinto motivo infine il ricorrente deduce omessa motivazione sul nesso di causalità tra il comportamento addebitatogli e il danno lamentato dal curatore fallimentare.

Censura in particolare che i giudici del merito si siano al riguardo richiamati alla consulenza acquisita nel procedimento estinto, che invece nulla diceva al riguardo, mentre in sede penale egli era stato prosciolto.

Il motivo è inammissibile.

La corte d’appello ha rilevato la genericità della censura proposta con riferimento al tema del nesso di causalità, richiamandosi alla sentenza appellata, fondata sulla consulenza tecnica. Il ricorrente non precisa quali specifiche censure avesse mosso alla sentenza di primo grado. Ma si limita a reiterare la generica censura sul tema della causalità. Il motivo è pertanto inammissibile per difetto di specificità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al rimborso delle spese in favore del resistente, liquidandole in complessivi Euro 7.200,00 di cui Euro 7.000,00 per onorari, oltre spese generali e accessori come per legge.

Così deciso in Roma, il 24 giugno 2010.

Depositato in Cancelleria il 21 luglio 2010

II

FATTO E DIRITTO

Il fallimento X s.r.l., dopo avere ottenuto un provvedimento *ante causam* di sequestro conservativo, ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Milano E. C., R. C. (padre e figlia) e D. C., quali amministratori della X s.r.l., nonché la società D. s.r.l. chiedendo la condanna dei signori C. e C. al ristoro di tutti i danni derivati dall'illegittima prosecuzione dell'attività dopo la perdita del capitale sociale, per distrazione di somme, pagamenti preferenziali, oltre alla condanna di D. s.r.l. al risarcimento del danno per avere percepito pagamenti lesivi della *par condicio* e per avere beneficiato di investimenti per miglorie sui propri beni, realizzati con risorse economiche provenienti dalla fallita.

I convenuti si sono tutti costituiti in giudizio chiedendo il rigetto delle domande attoree. Il procedimento è stato istruito con consulenza tecnica, e dopo alcuni rinvii motivati dalla pendenza di trattative rivelatesi infruttuose, la causa è passata in decisione all'udienza in data 11.11.2010.

Prima di esaminare analiticamente le censure mosse dal fallimento all'operato degli amministratori e di D., vanno risolte due questioni pregiudiziali o potenzialmente assorbenti relative alle domande proposte nei confronti di E. e R. C., e di D. O.

Occorre subito esaminare – con riferimento alla posizione degli amministratori – la prima questione pregiudiziale sollevata dai convenuti C. e C. che hanno contestato la legittimazione del curatore ad esperire l'azione di responsabilità.

In proposito il Collegio rileva che

l'azione proposta dal curatore concerne un'articolata vicenda della vita della società che si pone a cavallo tra la disciplina previgente e quella novellata dal d.lgs. n. 3 del 2003, entrato in vigore il 1.1.2004.

Ebbene, in ragione del carattere sostanziale, e non meramente processuale, della disciplina in materia di responsabilità degli amministratori, deve considerarsi acquisito dalla società X s.r.l., e dai creditori di questa, ogni diritto maturato mentre era in vigore la precedente disciplina. A ciò consegue che il curatore fallimentare è certamente legittimato a proporre sia l'azione sociale sia quella dei creditori sociali in forza del richiamo delle norme sulla società per azioni nella disciplina della società a responsabilità limitata (combinato disposto dai previgenti artt. 2392-2394-2487 c.c.; 146 l.f.), per i fatti antecedenti al 1.1.2004, data di entrata in vigore della riforma del diritto societario.

Anche alla luce della legislazione riformata, tuttavia, deve reputarsi che il curatore sia legittimato all'esercizio dell'azione sociale e dell'azione dei creditori della s.r.l. Certamente non vi sono ostacoli a ravvisare la legittimazione all'azione solidale, posto che essa è espressamente prevista dall'art. 2476 c.c. e 146 l. f., restando irrilevante, ai fini che qui interessano, stabilire se l'azione sociale – in caso di società *in bonis* – preveda esclusivamente la legittimazione del socio, ovvero anche quella della società. Con riferimento, poi, all'azione spettante ai creditori sociali, si osservi che la nuova formulazione della norma dell'art. 146 l.f. va intesa come volta a ricostituire, attra-

verso il richiamo a tutte “le azioni di responsabilità contro gli amministratori” quella completezza che in passato attribuiva il richiamo contenuto nel vecchio testo dell’art. 2487 c.c., riportando il sistema a quella coerenza che aveva nella normativa abrogata.

Questa interpretazione scongiurerebbe l’illegittimità costituzionale dell’omessa previsione per i creditori delle s.r.l. di una previsione che – analogamente a quanto avviene in forza dell’art. 2394-bis c.c. – consenta in caso di fallimento al curatore di agire anche in nome dei creditori in via esclusiva contro gli amministratori. Se si dovesse opinare diversamente si verificherebbe un’ingiustificata disparità di trattamento tra i creditori di una s.r.l. e quelli di una s.p.a. Ciò deve viepiù indurre l’interprete a ravvisare la legittimazione in capo al curatore anche per l’azione dei creditori sociali, in ragione dell’irragionevole sfasatura tra la disciplina della s.r.l. e quella della s.p.a. La norma di cui all’art. 2394 c.c. deve dunque essere applicata in via analogica alle s.r.l., sicché, in caso di fallimento, il curatore sarebbe legittimato ad esperirla, ed in via esclusiva, *ex art.* 2394 bis c.c.

In altre parole, l’applicazione analogica dell’art. 2394 c.c. alle s.r.l. discende dalla constatazione di un vuoto normativo che pare ascrivibile più ad una svista di coordinamento della normativa in tema di s.r.l., piuttosto che ad una specifica scelta legislativa di cui – peraltro – non si trova traccia nella legge delega e nella relazione alla legge. Un’eventuale precisa scelta in questo senso - ossia l’assenza di una disciplina concernente la responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori per la violazione degli

obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio – sarebbe inconciliabile con il sistema di responsabilità degli organi gestori come delineato dalla riforma, dal momento che la disciplina della s.r.l. non sarebbe coordinata con quella di cui agli artt. 2485 e 2486 u.c., con quella dei gruppi, con la regolamentazione della responsabilità dei sindaci. Si osservi a quest’ultimo proposito, che:

- il creditore potrebbe agire contro gli amministratori della s.r.l. in stato di scioglimento *ex art.* 2486 c.c. ma non contro quelli della s.r.l. operativa;
- il creditore potrebbe agire contro la controllante della debitrice s.r.l. e contro gli amministratori di quest’ultima (art. 2497 c.c.), ma non contro gli amministratori della s.r.l. qualora essa non fosse soggetta a direzione e coordinamento;
- in caso di s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio *ex art.* 2477 c.c. dovrebbe essere applicata la norma di cui all’art. 2407 2° c.c. che richiama l’art. 2394 c.c., sicché i creditori di una s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio potrebbero agire contro i sindaci per l’omesso controllo che avrebbe concorso a determinare l’insufficienza del patrimonio sociale, ma non – paradossalmente – contro gli amministratori che l’avrebbero direttamente provocata.

Deve quindi concludersi nel senso dell’affermazione della legittimazione del curatore del fallimento di società a responsabilità limitata ad esperire l’azione sociale e l’azione dei creditori sociali.

Gli amministratori convenuti hanno inoltre eccepito la prescrizione dell’azione (per l’esame dell’analoga eccezione di D. si rimanda al prosieguo).

Il fallimento ha dedotto che detta eccezione sarebbe tardiva, perché non è stata formulata nella comparso di risposta, ed è stata sollevata per la prima volta nella prima memoria di replica. Ebbene, il Tribunale reputa che la questione sia stata tempestivamente prospettata, avuto riguardo al differente testo dell'art. 167 c.p.c. rispetto alla norma speciale dettata dall'art. 4 del d.lgs. n. 5 del 2003, posto che quest'ultima disposizione, applicabile *ratione temporis* al procedimento per cui è causa, non include le eccezioni in senso stretto tra le facoltà da esercitare a pena di decadenza con la comparso di risposta. Da ciò deriva che l'eccezione di prescrizione sollevata per la prima volta con la memoria *ex* art. 7, d.lgs. n. 5 del 2003 non può dirsi tardiva.

Sulla questione della prescrizione, è noto che – secondo giurisprudenza costante – l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci di una società, esercitata dai creditori, ovvero dal curatore fallimentare, è soggetta a prescrizione quinquennale *ex* art. 2949, 2° comma, c.c., che decorre dal momento della manifestazione dell'insufficienza patrimoniale (si vedano, per tutte, Cass. n. 9815 del 2002 e Cass. Sez. Unite n. 5241 del 1981). Nel caso in esame non è contestato che il dissesto poteva desumersi solo dal bilancio al 31.12.2003, mai pubblicato, sicché l'insolvenza si è manifestata in concomitanza con la dichiarazione di fallimento della società X s.r.l del novembre 2004. Si osservi, anzi, che la stessa difesa C. non ha contestato che l'insolvenza sia stata percepibile all'esterno solo con la dichiarazione di fallimento (si veda, in particolare, il

contenuto della pag. 5 della comparso conclusionale, in cui si sottolinea solo la data di cessazione dell'incarico formale di E. O.). In ogni caso, i convenuti non hanno adempiuto l'onere posto a loro carico in ordine all'indicazione, ed alla relativa prova, del diverso momento in cui il dissesto sarebbe divenuto riconoscibile ai terzi. Non rileva, infatti, riguardo ai creditori sociali, ai fini della prescrizione, il momento di cessazione della carica degli amministratori, tenuto conto che esso può venire ad emergenza solo nei rapporti interni tra la società ed i suoi organi (art. 2941 n. 7, c.c.)

Considerato dunque che il tracollo è divenuto palese nel novembre del 2004 e che la citazione è stata notificata nel luglio 2008, risulta evidente che per l'azione di responsabilità dei creditori sociali non è maturata la prescrizione. I predetti rilievi rendono superfluo esaminare la questione della prescrizione con riferimento all'azione sociale di responsabilità esercitata dal curatore.

Le contestazioni mosse dal fallimento agli amministratori. Il fallimento chiede il ristoro dei danni cagionati al patrimonio sociale destinato alla soddisfazione dei creditori dall'aggravamento del dissesto derivato dalla prosecuzione dell'attività dopo la perdita del capitale sociale, che era stata occultata tramite la falsificazione dei dati di bilancio per gli esercizi dal 1999 al 2002 (mediante sopravvalutazioni delle voci di "immobilizzazioni immateriali" ed "immobilizzazioni materiali", oltre che, nel 2002, della voce "fondo per rischi ed oneri"), perdita verificatasi alla fine dell'esercizio 1999. L'illegittima prosecuzione dell'attività si risolveva nella gestione della sala da ballo a C. nel

corso della quale sarebbero stati compiuti i denunciati investimenti sui beni appartenenti a D. s.r.l che formavano oggetto dell'affitto d'azienda per € 276.085,20.

L'attore ha denunciato inoltre la distrazione della cassa per € 91.301,29 e i pagamenti preferenziali rappresentati dai corrispettivi per l'affitto d'azienda versati a D. s.r.l dal 2000 alla data della dichiarazione di fallimento per € 254.220,73. La distrazione della cassa (€ 91.301,29).

La circostanza, desunta dalla relazione del curatore, non è contestata dai convenuti. Non si dimentichi che la ricordata relazione, in quanto formata da pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni (art. 33 l.f.) fa piena prova fino a querela di falso degli atti e dei fatti che egli attesta essere stati da lui compiuti o essere avvenuti in sua presenza (Cass. n. 8704 del 1998), sicché il fatto materiale del mancato reperimento della somma in discorso tra i beni aziendali risulta dunque incontrovertibile. I convenuti, sui quali grava l'onere probatorio dell'impiego di tale somma per fini coerenti con l'attività sociale, hanno taciuto sul punto.

Si aggiunga, riguardo ai sigg. C., che in relazione a tale atto distruttivo è intervenuta la sentenza di patteggiamento, con le descritte conseguenze probatorie nell'ambito di questo giudizio (v. capo 1). Sul punto, il Collegio condivide i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità secondo i quali "la sentenza penale di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p. (cosiddetto "patteggiamento") costituisce indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria,

ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. Detto riconoscimento, pertanto, pur non essendo oggetto di statuizione assistita dall'efficacia del giudicato, ben può essere utilizzato come prova nel corrispondente giudizio di responsabilità in sede civile", (tra le tante, si consultino Cass. n. 132 del 2008; n. 9358 del 2005; n. 4193 del 2003).

I convenuti C. non hanno ai riguardo allegato alcun argomento che possa indurre il Tribunale a credere che essi si siano indotti ad una simile scelta per ragioni diverse dall'ammissione della propria colpevolezza. Deve per converso sottolinearsi che l'entità della pena applicata agli imputati (tre anni per E. C. e due anni e quattro mesi per la figlia R. depone a favore della consapevolezza e del riconoscimento da parte dei convenuti delle proprie responsabilità penali. L'addebito non può essere riconosciuto nei confronti del sig. C. per le ragioni che saranno illustrate in prosieguo, nella parte dedicata alla posizione del ricordato convenuto.

I pagamenti preferenziali (€ 254.220,731).

Relativamente ai pagamenti effettuati a D. in violazione della par condicio credito rum e per i quali è intervenuta applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p nei confronti dei convenuti C. per il reato di cui all'art. 216, terzo comma, l.f., si pone il problema se sia configurabile un danno da pagamento preferenziale per la massa dei creditori, a tutela dei quali il curatore agisce esercitando l'azione *ex* artt. 2486 c.c. e 146 l.f.

È certamente vero che la legge stabilisce che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni (art. 2740 c.c.), e che su tale patrimonio i singoli creditori hanno diritto di soddisfarsi in eguale misura, fatte salve le cause legittime di prelazione. Gli amministratori della società hanno certo l'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale e, come si diceva, la violazione di tale obbligo che abbia determinato l'insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i debiti sociali implica la responsabilità risarcitoria verso i creditori sociali. Se poi la società, come nel caso in esame, si trova in stato di scioglimento, gli stessi hanno altresì il dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale, e ne rispondono verso i soci, i creditori sociali, e i terzi (art. 2486 c.c.). In ogni caso, se il patrimonio è divenuto insufficiente rispetto alla massa dei debiti gli amministratori sono tenuti, stante il disposto dell'art. 216 citato, ad agire in modo da non ledere la *par condicio creditorum*.

Ne consegue che qualora siano compiuti pagamenti preferenziali si produce, per effetto di questi, un danno specifico nel patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti corrispondente all'incremento della *falcidia subita*, ossia alla minore misura in cui ciascuno può concorrere sull'attivo liquidato, salve le legittime cause di prelazione.

In altre parole, la soddisfazione di un creditore al posto di un altro, che a ciò sia legittimato secondo la corretta graduazione dei crediti, può tutt'al più generare una contesa tra le posizioni soggettive individuali dei singoli creditori, ma non anche un pregiudizio

per la massa creditoria considerata nel suo complesso, che mantiene comunque la medesima consistenza anche in caso di pagamento preferenziale, qualunque sia il creditore beneficiato dal pagamento lesivo della *par condicio* tra quelli aventi diritto di partecipare al concorso.

Si noti, poi, che tale pregiudizio individuale diretto, verrebbe a delinearsi compiutamente e definitivamente solo con l'esecuzione del riparto finale, e all'esito dell'esperimento infruttuoso o insufficiente di eventuali azioni revocatorie, sicché esso sarebbe imputabile in via immediata e diretta agli amministratori solo se alla sua determinazione non avesse dato causa lo stesso curatore che – ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c. – non avesse esercitato per tempo le revocatorie o le altre azioni recuperatorie possibili.

Così delineato il pregiudizio connesso alla condotta di bancarotta preferenziale, il pregiudizio extracontrattuale direttamente cagionato nella sfera patrimoniale del singolo creditore, e circoscritto alla differenza tra quanto percepito in sede di riparto e quanto sarebbe stato percepibile in assenza di pagamenti preferenziali, si tratta poi di stabilire chi possa agire per il suo ristoro in caso di fallimento della società: in considerazione della regola generale di cui all'art. 81 c.p.c. sembra al Collegio che solo ciascun creditore possa agire contro l'amministratore che abbia cagionato un danno alla propria ragione di credito *ex art. 2043 c.c.* o *ex art. 2395 c.c.*, poiché nessuna norma ne consentirebbe l'esercizio al curatore. Non vengono in soccorso, a tale riguardo, le norme di cui agli artt. 42 - 43 l.f., secondo le

quali spetta al curatore fallimentare, in ragione del fenomeno del c.d. sposessamento, la legittimazione sostanziale e processuale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito; non aiuta invocare l'art. 2394 bis c.c. che attribuisce al curatore una legittimazione straordinaria ad agire contro gli amministratori per far valere i diritti dei creditori derivanti dal dovere di cui all'art. 2486 c.c., e dunque per ottenere una tutela del tutto diversa e assorbente rispetto al danno al singolo creditore di cui si discute; non serve far ricorso all'art. 146 l.f. per il quale il curatore può esercitare "le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo o direttori generali e i liquidatori" e quella contro il socio *ex* art. 2476 comma 7° c.c., ovvero le c.d. azioni di massa, volte alla ricostituzione dell'integrità del patrimonio sociale, ma non le azioni individuali spettanti ai singoli creditori.

Si deve quindi concludere che il curatore non è legittimato ad agire per il ristoro del danno subito direttamente ed individualmente dal singolo creditore per effetto della condotta dell'amministratore, e che nella specie non sarebbe comunque possibile, allo stato, definire puntualmente il pregiudizio sofferto dalla massa, in mancanza di ogni specifica deduzione sul punto ad opera dell'attore.

Non può essere quindi riconosciuta la voce di danno dedotta dal fallimento per gli intervenuti pagamenti preferenziali.

Resta da esaminare il profilo di danno denunciato relativamente all'illegittima prosecuzione dell'attività di rischio dopo il verificarsi della causa di scioglimento.

Il Tribunale reputa che la perdita del capitale sociale al 31.12.1999, l'omessa convocazione dell'assemblea per le iniziative conseguenti, l'occultamento delle perdite tramite falsificazioni in bilancio, e la prosecuzione dell'attività aziendale in forma non conservativa rappresentino circostanze che in causa devono essere tenute per ferme con riguardo al C., perché da questo non puntualmente contestate, ed in quanto la difesa da questo svolta si incentra – come si dirà tra poco – sull'affermazione di non avere mai preso parte all'attività sociale, e dunque si risolve in una dichiarazione confessoria della violazione dei doveri dell'amministratore. Non si dimentichi che dagli atti si ricavano dati di segno contrario a quello indicato dalla parte, che depongono invece per la consapevolezza in capo a detto convenuto dell'andamento negativo dell'impresa, posto che D. C. risulta avere partecipato alle assemblee persino in epoca successiva alla comunicazione delle dimissioni (in tale contesto appare significativo che la rinuncia a proseguire l'incarico, secondo quanto è pacifico, non sia stata oggetto di iscrizione al Registro delle imprese).

Ed ancora, la perdita del capitale sociale, le falsificazioni dei dati di bilancio, e la prosecuzione vietata non sono contestate neppure dai convenuti C. nelle note di osservazioni alla CTU; tali fatti vanno poi considerati come riconosciuti in forza dell'intervenuta applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p. Si legga in particolare l'imputazione *sub* 3).

Il fallimento ha dunque prospettato – come si diceva – il danno da aggravamento del dissesto dal 31.12.1999 fino alla data della dichiarazione di

fallimento (novembre 2004) che nel caso in esame – va subito anticipato – ben potrebbe essere determinato con valutazione equitativa nella differenza tra lo sbilancio patrimoniale esistente alla data di perdita del capitale sociale, e quella riscontrabile alla data di fallimento.

In passato la giurisprudenza soleva imputare alla responsabilità dell'organo gestorio la differenza tra attivo e passivo fallimentare, ma tale indirizzo è stato poi abbandonato in seguito al rilievo dei profili di inadeguatezza di un simile criterio, che si poteva rivelare erroneo per eccesso – posto che il deficit fallimentare può essere derivato anche da scelte gestionali infelici, notoriamente insindacabili nel merito, e non soltanto da comportamenti colposi degli amministratori – o persino per difetto, tenuto conto che esso non si esaurisce necessariamente nelle perdite derivate dalla mala gestio, e che una parte dei creditori può avere rinunciato all'ammissione al passivo.

Da ciò deriva che il risarcimento da porre a carico degli amministratori non può prescindere dalla individuazione nel novero degli atti produttivi di danno, di quelli che concretamente hanno cagionato danno, dovendosi espungere dallo sbilancio fallimentare il deficit patrimoniale che promana da scelte gestionali compiute prima dell'insorgenza della causa di scioglimento e che avevano logorato il capitale, sia quello scaturito da scelte gestionali legittime perché strumentali alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ancorché in concreto rivelatesi pregiudizievoli per la società.

Occorre dunque – in linea generale – compiere uno scrutinio caso per

caso delle conseguenze patrimoniali imputabili alle singole operazioni poste in essere dall'organo gestorio dopo il verificarsi della causa di scioglimento, al fine di delibare se si sia trattato di operazioni vietate incidenti negativamente sul patrimonio sociale, e nei limiti in cui si sia effettivamente verificata una perdita (in questo senso l'orientamento ormai consolidato del Supremo collegio: si vedano per tutte Cass. n. 2538 del 2005; n. 16211 del 2007 e n. 17033 del 2008). Da ciò deriva che il curatore fallimentare che voglia far valere la responsabilità degli amministratori per violazione del dovere ex art. 2486 c.c. ha l'onere di specificare i singoli atti gestori concretamente adottati dagli amministratori in violazione del ricordato divieto, e di provare il danno derivato da tali comportamenti antidoverosi.

Nel passare in modo più stringente a calare i principi ora ricordati al caso che ci occupa, occorre tenere presente che il criterio di determinazione del danno può essere operato in via equitativa, secondo l'illustrato indirizzo giurisprudenziale a cui il Collegio aderisce, in caso di fallimenti di società per le quali si deduce una notevole anteriorità della perdita del capitale rispetto alla dichiarazione di insolvenza. In queste ipotesi si tratta di valutare un complesso di attività, a volte attraverso documentazione contabile non del tutto chiara o completa, con speciale difficoltà nell'individuare in modo sufficientemente circostanziato le operazioni non coerenti con il fine conservativo, sicché si può fare ricorso a criteri presuntivi e sintetici di allegazione e dimostrazione, che si basano sulla verosimiglianza nel caso concreto dell'imputazione causale di

un certo risultato negativo per il patrimonio sociale.

In tali casi, si può dunque ritenere assolto l'onere di allegazione – quando il curatore fallimentare deduce che la perdita del capitale e lo stato di scioglimento della società sono anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza, o alla formale messa in liquidazione della società, e afferma che gli amministratori hanno proseguito l'attività d'impresa provocando un'ulteriore perdita, ossia superiore rispetto a quella registrata al momento dello scioglimento di fatto, alla luce della differenza tra i netti patrimoniali individuati, da un lato, alla data di scioglimento di fatto, e, dall'altro, alla data della dichiarazione di fallimento, salvo poi valutare se l'ipotizzato incremento dello sbilancio si sia effettivamente verificato alla luce di una corretta comparazione tra i due dati contabili.

In altre parole, giungendo così più direttamente alla valutazione del dissesto di s.r.l, si osservi che le rilevanti difficoltà di valutare il complesso dell'attività vietata svolta dalla società fallita, che ha proseguito a gestire una sala da ballo situata in [Omissis] nell'arco temporale di circa quattro anni (1999-2004), e l'impossibilità di ricostruire i dati con l'analiticità necessaria per individuare le conseguenze dannose riconducibili al comportamento degli amministratori, e segnatamente alle operazioni non coerenti con il fine conservativo, costituiscono la premessa che legittima l'utilizzazione del criterio presuntivo e sintetico della differenza dei netti patrimoniali, che ben può sorreggere una valutazione equitativa del danno (v. Cass. n. 2538 del 2005).

Nel caso di specie il Tribunale ribadisce che in astratto è possibile utilizzare il criterio equitativo della perdita incrementale, ove si consideri che il lungo tempo trascorso tra il momento di integrale erosione del capitale sociale e la data della dichiarazione di fallimento impedisce una minuziosa ricostruzione *ex post* delle singole operazioni vietate – perché non conservative – depurate del valore dell'eventuale ricavo (art. 2449 c.c. vecchio testo, e art. 2486 c.c. vigente: si noti che l'illegittima prosecuzione dell'attività si è protratta dal 2000 al novembre 2004, sicché le due norme citate, di segno pressoché corrispondente, per la parte che qui rileva, sono entrambe applicabili al caso di specie *ratione temporis*). È noto che il previgente art. 2449 c.c. contemplava seccamente per gli amministratori il divieto di nuove operazioni, mentre l'attuale art. 2486 c.c. dispone che questi “conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”. Si ritiene tuttavia comunemente in dottrina che la diversa formulazione della norma abbia avuto il solo scopo di esplicitare un principio già affermatosi in giurisprudenza, che, in plurime occasioni, aveva spiegato che il divieto doveva riferirsi solo alle operazioni fonte di nuovo rischio d'impresa, e che erano per converso consentiti gli atti di impresa strumentali alla conservazione del patrimonio ed alle necessità inerenti alla liquidazione (si pensi, ad esempio, all'assunzione di costi per il completamento di una commessa in corso, volti ad evitare gli obblighi risarcitori derivanti dall'inadempimento). Da ciò deriva che ben può essere

ricercata la determinazione del quantum nel passivo accumulato dopo il momento di raggiungimento del dissesto, vale a dire nella differenza tra i patrimoni netti al 31.12.1999 e alla data del fallimento.

Riguardo all'individuazione della data in insorgenza nell'amministratore della consapevolezza del raggiungimento del dissesto (31.12.1999, oppure data di predisposizione del bilancio d'esercizio), basti considerare la linearità delle osservazioni del CTP del fallimento (dr.ssa M.), che traendo evidente spunto dal corso ordinario degli eventi, ha osservato come l'amministratore di una società sia in grado di ben apprezzare l'andamento della gestione nel corso dell'esercizio, dovendo calibrare le proprie scelte operative di acquisto e di spesa di volta in volta, secondo il risultato di gestione conseguito medio tempore, e non è pertanto credibile, in mancanza di deduzioni specifiche che permettano di opinare in senso contrario, che l'esito dell'attività annuale possa essere apprezzato solamente alla chiusura dei conti, ed al momento della redazione della bozza di bilancio.

Ciò posto, il dato riguardante lo sbilancio fallimentare, pari ad € 1.320.856, ed è di facile rilevazione, perché non più contestato, a seguito della correzione dell'errore materiale da parte del curatore nel corso del giudizio. Il CTU, a seguito della riclassificazione delle poste di bilancio, e recepite in buona parte le deduzioni del fallimento attore riguardo alle falsificazioni denunciate, ha individuato l'incremento dello sbilancio patrimoniale nell'importo di € 975.655,32 per E.C. (in carica alla data del 31.12.1999)

ed in € 809.204,19 per gli altri due amministratori, che hanno ricevuto l'incarico dal novembre 2000.

Le parti – si ribadisce – non hanno contestato la perdita del capitale sociale, come valutata dal CTU, al 31.12.1999, né la maggior parte delle riclassificazioni operate dal consulente d'ufficio che l'attore aveva ricondotto alle falsificazioni censurate in citazione. Paiono tuttavia condivisibili i rilievi svolti dalla CTP dei convenuti C. (dr.ssa G.), in relazione alla cartella esattoriale 1996, e alle voci "immobilizzazioni materiali nette".

Quanto al primo punto, è pacifico e dimostrato che lo stato passivo include un importo pari ad € 667.119 concernente l'insinuazione del concessionario per la riscossione ESATRI spa a titolo di IVA, IRPEG ed ILOR relative al periodo d'imposta 1996, portate da una cartella esattoriale notificata nel dicembre 2002. La passività, è evidente, inerisce ad un periodo antecedente alla perdita del capitale sociale, e non può pertanto essere considerata causalmente derivata dalla illegittima prosecuzione dell'attività dopo il 31.12.1999 (per E. C., o anche dopo il novembre 2000 per gli altri due amministratori), posto che essa si sarebbe comunque manifestata anche a prescindere dall'insorgere della causa di scioglimento.

Neppure può essere presa in considerazione la domanda di condono presentata (e non onorata) nel 2002, poiché tale atto gestorio è stato compiuto in epoca successiva alla liquidazione di fatto (si condividono sul punto i rilievi della CTP dr.ssa G.).

Dal dato di sbilancio indicato dal CTU va dunque sottratto l'importo sopra indicato di € 667.119.

E ancora, va totalmente espunta la voce "immobilizzazioni immateriali nette" per Lire 508.520.093, pari ad € 262.629, che riflette costi capitalizzati non corrispondenti ad attività monetizzabili ai fini della liquidazione, tenuto conto che le due grandezze in considerazione (sbilancio riferito alla data della perdita del capitale sociale – sbilancio della procedura concorsuale) devono essere rese omogenee dal punto di vista dei criteri di valutazione utilizzati. In altre parole, nel momento in cui una società viene a trovarsi in stato di liquidazione – sia pure in via di mero fatto – i suoi elementi patrimoniali devono essere considerati in un'ottica liquidatoria e non secondo la prospettiva di continuazione dell'attività imprenditoriale.

Dall'importo indicato dal CTU va dunque detratta l'ulteriore somma di € 262.629.

Lo sbilancio patrimoniale si risolve dunque astrattamente - stando ai calcoli del CTU come ora rettificati - nell'importo di € 45.907,32 per il solo E. C., per gli altri due amministratori la differenza è evidentemente in positivo.

Con riferimento al convenuto C. si noti tuttavia che dovendosi avere riguardo al risultato di gestione riferito alla data del fallimento, occorre includere nel computo dell'attivo anche la somma che figurava nella cassa sociale (€ 91.301,29), posto che tale importo era in astratto compreso nell'attivo fino a quel momento, sebbene conseguito a seguito della prosecuzione vietata dell'attività d'impresa. Da ciò discende che anche per E.C. il confronto tra i patrimoni netti genera un saldo in positivo, tanto da comportare non un incremento, bensì una diminuzione dello sbilancio rispetto alla data di raffronto del 31.12.1999.

Gli investimenti su beni di D. (€ 276.085,20).

È incontrovertibile che la società fallita ha sostenuto costi per effettuare migliorie sui beni inerenti all'azienda presa in affitto da D. s.r.l, società riconducibile alla famiglia C. per l'ammontare complessivo, dal 2000 al 2003, di € 276.085,20. Il curatore ha sostanzialmente denunciato tali investimenti come profilo della condotta di prosecuzione vietata della gestione d'impresa, posto che nella narrativa della citazione, ribadita o non smentita nei successivi scritti difensivi, tali operazioni sono sempre prospettate in collegamento e in unione con l'illegittima attività non conservativa.

Il danno lamentato dal fallimento deve però essere limitato al risultato pregiudizievole per X s.r.l degli investimenti di cui si discute. Sul punto occorre ricordare che grava sull'attore l'onere della prova del compimento, da parte degli amministratori, di iniziative di carattere non conservativo del patrimonio sociale, dell'ammontare dei danni e del nesso causale rispetto al che ne è danno asseritamente derivato. Ebbene, nel corso della consulenza tecnica i convenuti non hanno acconsentito – come pure era legittimo ai sensi della disposizione *ex art.* 198 c.p.c. – a dare ingresso in causa alla documentazione (essenzialmente le fatture relative alle migliorie apportate ai beni aziendali) che il fallimento solo in quella sede ha offerto di produrre, e dalla quale sarebbe forse stato possibile ricavare qualche dato utile per l'accertamento in parola. Il CTU ha potuto dunque solo desumere il dato globale risultante dalla contabilità disponibile, ma non ha potuto individuare le illegittime operazioni

compiute. Giova ribadire che grava sul fallimento l'onere di allegazione e di prova del fatto che dopo la perdita del capitale sociale, gli amministratori hanno intrapreso l'iniziativa imprenditoriale al di fuori di una logica meramente conservativa, e di indicare quali conseguenze negative sul piano del depauperamento del patrimonio sociale ne sarebbero derivate, al netto dei ricavi conseguiti.

Ciò è mancato nella prospettazione attorea, che si è limitata ad attribuire agli amministratori la responsabilità risarcitoria per ogni spesa relativa alle migliorie sui beni dell'azienda presa in affitto.

La voce di danno in esame non può dunque essere posta a carico degli amministratori.

In conclusione, gli amministratori C. sono tenuti a ristorare il fallimento della complessiva somma corrispondente alla distrazione della cassa per € 91.301,29, importo che - per evitare ogni possibile duplicazione di danno con riferimento a C. - va considerata assorbente, per le ragioni già dette, rispetto alla perdita incrementale dal 31.12.1999 alla data del fallimento. Da tale responsabilità dovrà invece andare esente D. C. per le ragioni che si illustreranno in prosieguo.

La posizione degli amministratori.

E. C.

È incontestato che il convenuto C. è stato amministratore di diritto dalla costituzione della società fino all'anno 2000. La deduzione dell'attore secondo la quale egli sarebbe stato amministratore di fatto fino alla data della dichiarazione di fallimento trova un determinante elemento di sostegno nella sentenza di patteggiamento emessa dal Tribunale di Milano (v.

doc. 9 del fallimento). Tra i fatti di cui all'imputazione, oggetto di pena concordata tra l'imputato e il pubblico ministero, è incluso - tra l'altro - il ruolo di amministratore di fatto del sig. C. fino alla data della dichiarazione di fallimento. Oltre al già svolto rilievo sull'entità della pena inflitta al C. deve constatarsi che in atti sono riscontrabili alcuni indici che tendono ad avvalorare il convincimento del ruolo svolto in ambito societario da E. C., quali:

- le dichiarazioni rese al curatore dal convenuto C. (pag. 55 della relazione del perito del pubblico ministero);

- la lettera inviata al curatore da un creditore della società fallita, che ha indicato in E. C. la persona che si occupava

dei rapporti con i fornitori: pag. 42 della relazione *ex art.* 33 l.f.;

- la presenza in azienda in occasione del pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario.

R. C.

La convenuta ha assunto l'incarico di amministratore di diritto dal novembre 2000 fino alla data del fallimento.

D. C.

Ha ricoperto l'incarico di amministratore di diritto dal novembre 2000, ed ha rassegnato le dimissioni in data 26,11.2003. Il fallimento chiama D. C. a rispondere di ogni voce di danno, al pari dei convenuti C., imputandogli la violazione del dovere di vigilanza. Il sig. C. nell'ammettere di essersi disinteressato dell'amministrazione, finisce per riconoscere di avere violato il dovere di vigilare sul buon andamento della gestione societaria, e dunque di non essersi adoperato affinché non fossero compiute nuove operazioni. Va tuttavia constatato che a fronte del riconoscimento di responsabilità dei

sigg. C. riguardo alla distrazione di somme dalla cassa sociale, il sig. C. ha invece contestato di avere preso parte all'illecita sottrazione. Il fallimento, tuttavia, non ha indicato alcun elemento utile alla collocazione temporale della condotta distrattiva, sicché essa non può essere univocamente riconducibile ad un'epoca antecedente alla cessazione dell'incarico del C.

La domanda proposta nei confronti di D. deve dunque essere rigettata.

La posizione di D.

Va ricordato che il fallimento ha chiesto la condanna di D. s.r.l al risarcimento del danno per avere percepito pagamenti lesivi della par condicio, e per avere beneficiato di investimenti per migliorie sui propri beni, realizzati con risorse economiche provenienti dalla fallita.

Valgono le osservazioni svolte in precedenza – quanto ai pagamenti preferenziali – sull'assenza di legittimazione del curatore, e comunque di danno per la massa dei creditori globalmente intesa. Riguardo agli investimenti asseritamente effettuati su cose proprietà di D. e segnatamente sui beni aziendali che questa aveva concesso in affitto alla società fallita va esaminata anzitutto l'assorbente eccezione di prescrizione.

Non sembra mettere in dubbio che la domanda proposta dal fallimento nei confronti della convenuta D. s.r.l è volta a far valere un ordinario risarcitorio da fatto illecito, e costituisce esercizio dell'azione di risarcimento da responsabilità aquiliana, azione che era già presente nel patrimonio del fallito alla data della dichiarazione di fallimento. Da ciò deriva che il termine di prescrizione quinquennale *ex* art. 2497 c.c. del

diritto al risarcimento danni da fatto illecito inizia a decorrere dal verificarsi del fatto causativo del danno. Dalla relazione del CTU risulta che alla luce dei dati contabili gli investimenti in parola sono cronologicamente collocabili negli anni dal 2000 al 2003 (per quest'ultimo esercizio nella misura di € 56.214,78).

L'atto di citazione è stato notificato nel luglio 2008, sicché l'asserito danno per investimenti eseguiti negli anni 2000-2002 è certamente prescritto. Per l'anno 2003 si deve giungere a conclusione opposta, poiché la convenuta D. s.r.l non ha dato alcuna prova dell'esecuzione delle spese in commento in epoca idonea a fare ritenere fondata la eccezione di prescrizione (v. sull'onere della prova Cass. 17832 del 2002; n. 4295 del 1990).

Per detti ultimi investimenti il fallimento ha tuttavia trascurato di offrire una puntuale dimostrazione del carattere pregiudizievole dei fatti censurati, per le ragioni già illustrate, e del quantum del danno cagionato alla massa.

La domanda nei confronti di D. S.r.L deve quindi essere respinta.

In conclusione, gli amministratori E. e R.C. devono essere condannati in solido al pagamento, in favore del fallimento s.r.l della complessiva somma di € 91.301,29. Su tale somma vanno calcolati la rivalutazione monetaria fino alla data attuale, e gli interessi, ai sensi di legge, dalla data del fallimento fino al momento del saldo effettivo.

Ed infatti, l'obbligazione risarcitoria da fatto illecito extracontrattuale, costituisce un debito di valore, non assumendo alcun rilievo, al riguardo, il fatto che l'evento dannoso coincida con la perdita della somma

di denaro, tenuto conto che nella responsabilità aquiliana – dove l'obbligazione risarcitoria mira alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato – viene in rilievo la perdita del valore oggetto della sottrazione del denaro dal patrimonio della società fallita, e ciò di cui è debitore il responsabile del danno non è una data somma di denaro, ma l'integrale risarcimento del danno, di cui la somma originaria costituisce solo una componente ai fini della relativa commisurazione. Ne consegue che l'obbligazione di risarcimento del danno costituisce un'obbligazione di valore sottratta al principio nominalistico, sicché la rivalutazione monetaria va riconosciuta, tenendo conto della svalutazione sopravvenuta fino alla data della liquidazione. E altresì risarcibile il nocumento finanziario (lucro cessante) subito a causa

del ritardato conseguimento della somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno, con la tecnica degli interessi computati non sulla somma originaria né su quella rivalutata al momento della liquidazione ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno (sul punto si vedano Cass. n. 5234 del 2006 e n. 4587 del 2009), oltre agli interessi anatocistici *ex art. 1283 c.c.* – espressamente richiesti dall'attore – a decorrere dalla domanda giudiziale.

Va dichiarata l'inefficacia del provvedimento cautelare emesso nei confronti di D. s.r.l e D. C. il sequestro conservativo è inefficace nei confronti degli altri due convenuti per la parte che supera l'importo riconosciuto a credito dell'attore per capitale, interessi e rivalutazione, e spese di lite (art. 669 novies c.p.c.).

(Omissis)

(1-2) Fondamento ed ambito della legittimazione del curatore ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita (tra lacune normative di diritto societario e principi fallimentari).

1. Chiamate entrambe a pronunciarsi sulla legittimazione del curatore fallimentare ad agire in responsabilità contro gli amministratori di una s.r.l. assoggettata a fallimento, le sentenze in rassegna prendono conseguentemente posizione su una delle questioni più controverse sollevate dalla riforma del diritto societario, ossia quella della configurabilità, in seno alle società a responsabilità limitata appunto, dell'azione di responsabilità dei creditori verso gli amministratori.

In entrambi i casi il problema è risolto facendo perno – nel caso della sentenza della Cassazione, addirittura in maniera esclusiva – sulla formulazione dell'art. 146, co. 2, l.fall. scaturita dalla riforma fallimentare del 2006, la cui ampiezza confermerebbe, sia secondo la Cassazione sia

secondo il giudice milanese, la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione in parola e, prima ancora, la stessa configurabilità, nelle s.r.l., di un'azione spettante ai creditori sociali alla stregua del diritto societario comune, nonché, secondo la Suprema Corte, anche una sorta di legittimazione generale del curatore ad «esercitare qualsiasi azione di responsabilità contro gli amministratori di qualsiasi società».

Ora, l'importanza assegnata nelle sentenze in commento all'art. 146, co. 2, l.fall., e segnatamente alla genericità ed ampiezza della sua nuova formulazione, evidenzia una lettura della citata previsione della legge fallimentare evidentemente condizionata dall'idea secondo la quale a quest'ultima possa essere riconosciuta, anche ovvero soltanto, portata di norma "attributiva", in quanto idonea ad incidere in maniera determinante sulla legittimazione del curatore fallimentare ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita ¹.

L'idea, come ho avuto modo di argomentare in altra sede ², è da respingere in maniera netta, essendo, per un verso, frutto di un equivoco di fondo relativo all'individuazione della *ratio* che deve essere riconosciuta all'art. 146 nel sistema della legge fallimentare e, per altro verso,

¹ Benché in letteratura il discorso sull'art. 146, co. 2, l.fall. non sia mai rimasto nettamente disgiunto dal riferimento (esplicito o, più spesso, implicito) alla legittimazione del curatore ad agire in responsabilità, la dottrina non si è mai interrogata *ex professo* sul problema della portata attributiva o meno, né, a maggior ragione, su quello della natura di norma "di fattispecie" o "di disciplina" dell'art. 146, co.2, l.fall. Tuttavia, la riforma societaria del 2003, prima, e la riforma fallimentare del 2006, poi, rispettivamente, in relazione al riassetto del sistema delle azioni di responsabilità verso gli amministratori e al mutamento della formulazione dello stesso art. 146, co. 2, l.fall., hanno costituito terreno fertile per suggestioni interpretative che, seppure cautamente, hanno fatto leva proprio su una supposta portata attributiva della norma fallimentare. Il riferimento è ai cenni dedicati al tema da RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e riforma fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, p. 2125 ss.; nonché alle prospettazioni di PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2008, p. 89 ss.; ma v. già CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 391. Per una radicale critica di tutte le interpretazioni che presuppongono il riconoscimento nell'art. 146, co. 2, l.fall. di una norma "di fattispecie", v. comunque NIGRO, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in SARCINA e GARCIA CRUCES (a cura di), *Il trattamento giuridico delle crisi di impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Bari, 2008; ID., *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *Riv. dir. soc.*, 4/2008, p.759 s.; ID., *Responsabilità dei gestori nei confronti delle componenti esterne all'impresa*, in *Dir. banc.*, 2009, I, p. 368 ss.

² CARIDI, sub art. 146, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, Torino, 2010, p. 1900 ss.

foriera, specie con riferimento all'ambito della legittimazione del curatore, di interpretazioni suscettibili di risolversi in obiettive forzature dei principi fallimentari.

Al riguardo è interessante notare che proprio la nuova formulazione dell'art. 146, co. 2, l.fall. è stata utilizzata, da un lato, per sostenere, indipendentemente dal tipo di società fallita, la legittimazione del curatore fallimentare a far valere la responsabilità degli organi di gestione e controllo tanto nei confronti dell'ente quanto nei confronti dei creditori e, conseguentemente, come è avvenuto nelle sentenze qui pubblicate, per colmare alcune vistose lacune normative lasciate dalla riforma societaria, specie in punto di azioni di responsabilità nella s.r.l.³, e, dall'altro, addirittura per superare il perimetro della legittimazione del curatore disegnato dall'art. 2394-bis c.c.⁴.

È dunque il caso di tornare a precisare, per un verso, l'effettiva portata precettiva dell'art. 146 l.fall., chiarendo quale ne sia la *ratio* nel sistema della legge fallimentare, e, per altro verso, il fondamento e, conseguentemente, l'ambito della legittimazione del curatore fallimentare ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita.

2. Prima di procedere in questo senso, tuttavia, occorre dar conto del fatto che l'art. 146, co. 2, l.fall., come del resto dimostra la panoramica operata dalla sentenza del tribunale milanese, non rappresenta l'unico dato normativo che può essere utilizzato per stabilire se, dopo la stagione di riforma che ha interessato tanto il diritto societario quanto il diritto fallimentare, i creditori e, in caso di fallimento, in luogo di questi, il curatore possano agire in responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. Il problema, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è stato infatti risolto seguendo una pluralità di percorsi interpretativi che prescindono dalla portata precettiva che si ritenga di riconoscere all'art. 146 l.fall.

Pur nella loro diversità, tali percorsi interpretativi sono riconducibili essenzialmente a due posizioni.

Secondo la prima posizione, caldeggiata soprattutto in dottrina⁵, ma

³ AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, *Il fallimento, Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cattino, vol. XI, tomo II, Padova, 2008, p. 740; PALMIERI, *Nuovi profili*, cit., p. 91 ss.; RESCIGNO, *Rapporti*, cit., p. 2126.

⁴ V. soprattutto PALMIERI, *Nuovi profili*, cit. p. 91 ss.; nonché, in termini problematici, RESCIGNO, *Rapporti*, cit., p. 2125; CETRA, *L'impresa*, cit., p. 391.

⁵ Per una panoramica, v. PASQUARIELLO, sub *art. 2476*, in *Commentario breve al diritto delle società*, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2011, p. 1266 s.

talvolta accolta anche in giurisprudenza ⁶, la lacuna oggi riscontrabile nella disciplina delle s.r.l. in tema di responsabilità degli amministratori sarebbe di portata tale da escludere che si possa pensare ad una svista del legislatore societario del 2003 ed anzi sarebbe il frutto della consapevole scelta di sottrarre ai creditori di s.r.l. uno strumento di tutela di cui essi disponevano in base al sistema previgente ⁷.

La tesi fa perno sul dato letterale dell'art. 2476 c.c. e trova una conferma di ordine sistematico nell'autonomia disciplinare conquistata dalla s.r.l. in esito alla riforma, che infatti costituisce l'assunto dal quale, esplicitamente o implicitamente, muovono tutti gli Autori che la sostengono. Così si è affermato che, in assenza di una norma che espressamente lo consenta, l'obbligo di buona amministrazione della società gravante sugli amministratori non è azionabile dai creditori sociali ⁸, essendo il riconoscimento in capo a questi ultimi di una azione (diretta) verso gli amministratori espressione non già di un principio generale, ma di una peculiarità delle s.p.a. ⁹, che, come tale, è insuscettibile di essere applicata per via analogica alle s.r.l., tanto più alla luce della connotazione personalistica oggi assunta da queste ultime, alla stregua della quale la responsabilità degli amministratori si configura essenzialmente come affare interno all'ente ¹⁰.

Secondo questa linea di pensiero, pertanto, nelle s.r.l., oggi, non vi sarebbe più spazio per l'esperibilità di una azione di responsabilità verso gli amministratori da parte dei creditori e, conseguentemente, una volta

⁶ E v. le rassegne di RACUGNO e LOFFREDO, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 38 e *ivi*, 2008, II, p. 241; nonché Trib. Torino, 8 giugno 2011, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 19, 2011, con nota di POLICARO (per una sintesi, v. anche DI SARLI, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1345 s.); Trib. Milano, 12 aprile 2006, in *Giur. it.*, 2006, 2097; Trib. S. Maria Capua Vetere, 18 marzo 2005, in *Fallimento*, 2006, 190, con commento di CONTE; Trib. Napoli, 11 novembre 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2218

⁷ COSÌ DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 299 ss.; nonché, implicitamente, ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, p. 166 s.; PARRELLA, sub art. 2476, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, vol. III, Torino, 2003, p. 122 ss.

⁸ In questo senso, in particolare, DI AMATO, *Le azioni*, cit., p. 301.

⁹ ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1217 ss.

¹⁰ LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abadessa e Portale, vol. III, Torino, 2007, p. 630.

intervenuto il fallimento, il curatore non potrebbe subentrare nella legittimazione all'esercizio di una tale azione. Ai creditori non rimarrebbe altro che ricorrere a forme alternative, di rafforzamento del proprio diritto di carattere preventivo, in particolare esigendo il rilascio di garanzie da parte dei soci o il riconoscimento di diritti particolari in relazione alla designazione degli organi gestori ¹¹ ovvero di carattere successivo, in specie utilizzando l'azione di responsabilità extracontrattuale ¹².

Alla stregua della seconda posizione – che invero trova sempre più consenso sia in dottrina sia in giurisprudenza – dovrebbe invece concludersi, nonostante il mutamento di regime della s.r.l. e nonostante il silenzio serbato sul punto dall'art. 2476 c.c., per la sopravvivenza in queste società di una azione tesa a far valere la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, la cui legittimazione, in caso di fallimento, si trasferirebbe in capo al curatore ¹³.

¹¹ PROTO, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori nelle società a responsabilità limitata*, in *Fallimento*, 2003, p. 1133.

¹² PASQUARIELLO, sub *art. 2476*, cit., p. 1267; nonché, in giurisprudenza, Trib. Novara, 12 gennaio 2010, in *www.novarajus.it*; Trib. Roma, 17 dicembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 483, con nota di MOZZARELLI, *La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori nella s.r.l. fallita*; Trib. Verona, 27 febbraio 2008, in *www.ilcaso.it*.

¹³ In giurisprudenza: Trib. Napoli, 11 gennaio 2011, in *Società*, 2011, 510 ss., con commento di CIVERRA; Trib. Milano, 22 dicembre 2010, in *Società*, 2011, 757 ss., con commento di CASSANI; Trib. Nola, 1 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 23 febbraio 2009, in *Società*, 2010, 97, con nota di BONAVERA; Trib. Biella, 21 ottobre 2008, in *www.novarajus.it*; Trib. Pescara, 15 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I 2262; Trib. Mantova, 14 settembre 2005, in *www.ilcaso.it*; Trib. Udine, 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, 809, con nota di BIANCA; Trib. Napoli, 28 aprile e 16 aprile 2005, in *Fallimento*, 2005, 681 ss., con nota di PROTO; in dottrina: AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, p. 293 ss., Id., sub *art. 2476*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, vol. III, Napoli, 2004, p. 1602; CAGNASSO, sub *art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 1875; Id., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. V, tomo I, Padova, 2007, p. 265 ss.; RESCIGNO, *Rapporti ed interferenze*, 2127 ss.; NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., p. 197; Id., *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *Riv. dir. soc.*, cit., p. 760; TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., p. 662 ss.; MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutele dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, p. 180 ss. e p. 266 ss.; ABBRIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, in *Riv. dir. impresa*, 2008, p. 382 ss.

Le argomentazioni utilizzate per sostenere tale tesi sono prevalentemente di ordine sistematico e fanno leva sulla possibilità di applicare alle s.r.l. la disciplina dettata per le s.p.a. dall'art. 2394 c.c. sulla base di una interpretazione estensiva o analogica di tale norma ¹⁴.

Secondo questa linea interpretativa, l'art. 2394 c.c. detterebbe una regola connaturale a tutte le imprese ad autonomia patrimoniale perfetta ¹⁵, essendo espressione di un principio generale, la cui applicazione può ben prescindere da una esplicita previsione normativa ¹⁶. Un principio la cui disapplicazione, anzi, determinando un irragionevole trattamento differenziato dei creditori di s.r.l. rispetto a quelli di s.p.a. ¹⁷, è autorevolmente ritenuta idonea a sollevare dubbi di costituzionalità sull'interpretazione letterale dell'art. 2476 c.c. ¹⁸.

Su questo versante, evidenziando l'incoerenza sistematica di una interpretazione che negasse ai creditori di s.r.l. la possibilità di agire in responsabilità contro gli amministratori, si è ritenuto di riconoscere il fondamento dell'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l. in una pluralità di indici normativi ¹⁹, e segnatamente:

- nel combinato disposto degli artt. 2477, co. 5 e 2407 c.c., ai sensi del quale, nei casi in cui il collegio sindacale è obbligatorio anche nelle s.r.l., i creditori di queste ultime possono far valere la responsabilità dei sindaci che non abbiano diligentemente vigilato sull'operato degli amministratori, proprio ai sensi dell'art. 2394 c.c., oggetto di esplicito richiamo nell'art. 2407 c.c.;

- nell'art. 2497 c.c., che, in caso di lesione dell'integrità del patrimonio sociale di una s.r.l. soggetta ad altrui attività di direzione e coordinamento, riconosce ai creditori di quest'ultima un diritto di azione verso la società controllante, nonché verso tutti coloro che abbiano concorso al fatto lesivo o ne abbiano tratto beneficio, compresi dunque gli amministratori della controllata;

¹⁴ In tal senso, esplicitamente, tra gli altri, CAGNASSO, sub *art. 2476*, in *Il nuovo diritto delle società*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, p. 1890.

¹⁵ AMBROSINI, sub *art. 2476*, cit., p. 1606.

¹⁶ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2009, p. 467.

¹⁷ IOZZO, *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 60.

¹⁸ NIGRO, *La responsabilità*, cit., p. 760.

¹⁹ In giurisprudenza v., recentemente, Trib. Napoli, 11 gennaio 2011, in *Società*, 2011, 510 ss.; Trib. Milano, 22 dicembre 2011, in *Società*, 2011, 757 ss

- negli artt. 2485, co. 1 e 2486, co. 2, c.c., che – dato l'ambito di applicazione della disciplina dello scioglimento e della liquidazione recata dal capo VIII, titolo II, libro V, c.c. – possono essere invocati dai creditori per far valere la responsabilità anche degli amministratori di s.r.l., quando questi violino gli obblighi su di essi gravanti al ricorrere di una causa di scioglimento.

Sul versante fallimentare, poi, coloro che ammettono un'azione di responsabilità spettante ai creditori anche nelle s.r.l. concludono, generalmente, per la trasmissibilità della relativa legittimazione al curatore. Ciò, anche se, per la verità, i percorsi argomentativi per giungere a questo risultato sono talvolta alquanto diversi, essendo fortemente condizionati dalla natura – surrogatoria o diretta – che si ritenga di riconoscere alla azione spettante ai creditori. Sul punto si tornerà più avanti. Per il momento, basterà rilevare che, mentre chi sostiene la natura surrogatoria di tale azione non trova ostacoli nel giustificare il subentro del curatore²⁰, coloro che ne riconoscono la natura diretta si trovano di fronte alla obiettiva difficoltà di procedere in tal senso, posto il vincolo di stretta interpretazione che discende dal principio di tipicità dei casi di sostituzione processuale desumibile dall'art. 81 c.p.c.²¹.

3. Ma la neutralità dell'art. 146, co. 2, l.fall. rispetto al subentro del curatore nella legittimazione ad esercitare l'azione dei creditori contro gestori e controllori di s.r.l. sottoposta a fallimento, prima ancora che in relazione alle argomentazioni appena sintetizzate, emerge allorché si abbia riguardo alla funzione che a tale norma è assegnata nel sistema della legge fallimentare.

Per impostare il discorso nei suoi esatti termini occorre prendere le mosse da una considerazione unitaria della disposizione nella quale la norma in parola è collocata. Sebbene suddiviso in due commi recanti

²⁰ E v. NIGRO, *La responsabilità*, cit. p. 760, nonché ID., *Diritto societario*, cit., p. 197.

²¹ E v. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, p. 250 s., il quale per superare i limiti imposti alla sostituzione processuale dall'art. 81 c.p.c. è costretto a postulare che l'azione dei creditori, pur se tesa in via diretta a tutelare l'interesse proprio di questi ultimi alla conservazione della garanzia patrimoniale, può ben risolversi in una condanna alla reintegra del patrimonio sociale, quale «riparazione in forma specifica assicurata all'interesse pregiudicato dall'illecito gestorio», così, però, piegando l'azione proprio a quella finalità che essa avrebbe se, in adesione alla tesi avversata dall'Autore in parola, gli si riconoscesse natura surrogatoria.

ognuno previsioni nettamente distinte, infatti, l'art. 146 l.fall. presenta una *ratio* unitaria, la quale va ricercata nella finalità di disciplinare quegli aspetti differenziali del fallimento sociale legati al peculiare assetto organizzativo che caratterizza l'impresa esercitata in forma societaria. Più in particolare, entrambi i commi di cui si compone l'art. 146 l.fall. disciplinano le ricadute della dichiarazione di fallimento su alcuni poteri tipici dell'esercizio in forma associata dell'attività di impresa, sicché può sinteticamente dirsi che l'art. 146 l.fall. integra e completa, con riferimento al fallimento delle società, gli effetti dell'apertura della procedura.

Così, mentre nel primo comma viene mantenuta in capo agli organi in carica al momento della dichiarazione di fallimento (amministratori o liquidatori), nonostante la perdita da parte di questi ultimi del potere di amministrazione e di rappresentanza esterna (sostanziale e processuale), la rappresentanza legale dell'ente fallito ai fini (interni) della procedura, il secondo comma si occupa di stabilire gli effetti della dichiarazione di fallimento sul potere di decidere la proposizione delle azioni di responsabilità nei confronti di chi ha svolto funzioni di amministrazione e controllo o comunque ha posto in essere singoli atti di gestione della società fallita.

Ciò non di meno, il problema della portata precettiva dell'art. 146, co. 2, l.fall. non può ritenersi risolto prima di aver chiarito se la funzione generale testé individuata – come detto, espressione della *ratio* unitaria della norma – coesista o meno con una funzione specifica, consistente – come diffusamente si ritiene – nell'attribuire al curatore la legittimazione ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita.

Ebbene, questo interrogativo merita una risposta negativa. La *ratio* dell'art. 146 l.fall. non solo è unitaria, ossia comune al primo e al secondo comma, ma è anche esclusiva, nel senso che ad essa non si affiancano altre finalità cui possa essere riconosciuta giuridica rilevanza. In altri termini, l'art. 146, co. 2 si configura come regola meramente procedimentale ed esaurisce il proprio contenuto precettivo nel sostituire all'*iter* decisionale cui è subordinato l'esercizio delle azioni di responsabilità in materia societaria fuori dal fallimento – *iter* direttamente o indirettamente dominato dai soci ovvero da singoli creditori, con tutte le conseguenze che tale dominio porta con sé in punto di obiettività della decisione – un meccanismo autorizzatorio tipico della procedura fallimentare, nel quale, oltre al curatore, vengono coinvolti giudice delegato e comitato dei creditori al fine di garantire la coerenza di quella decisione con l'interesse alla massima e paritaria soddisfazione dei creditori, obiettivo imprescindibile di ogni determinazione assunta nella

prospettiva della esecuzione concorsuale. La legittimazione del curatore fallimentare ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita, nell'art. 146, co. 2, l.fall., è invece semplicemente presupposta, trovando autonomo fondamento, come si dirà meglio più avanti, nei principi fallimentari.

A sostegno di questa conclusione possono portarsi almeno tre argomenti.

Innanzitutto, che l'art. 146, co. 2, l.fall. dia per presupposta la legittimazione del curatore emerge con chiarezza alla luce del fatto che l'autorizzazione del g.d., alla quale in tale norma l'azione in giudizio da parte del curatore è subordinata, è da intendersi quale autorizzazione in senso proprio²², e dunque quale atto che elimina un ostacolo all'esercizio di un potere preesistente in capo al curatore. Il che spiega, peraltro, perché il riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c. contenuto nella versione originaria è sempre stato interpretato non già come il sintomo del fatto che la norma attuasse una selezione delle azioni esperibili dal curatore, ma semplicemente come un rinvio *tout court* alle azioni sociali e alle azioni spettanti ai creditori contemplate dal diritto comune²³, reso possibile dal ruolo assolutamente centrale ricoperto, sino alla riforma societaria del 2003, dalle azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.

In secondo luogo, avendo riguardo alla genesi del riformato art. 146, co. 2, l.fall., si deve rilevare che la sua formulazione, lungi dal costituire espressione di una supposta natura attributiva della norma, come del resto emerge chiaramente dalla Relazione al d.lgs. n. 5 del 2006²⁴, è il

²² NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi*, cit., p. 102.

²³ A questo orientamento fa esplicito riferimento anche la Cassazione nella sentenza in commento, là dove afferma: «la l.fall., art. 146, nel suo testo originario, era destinato solo a riconoscere la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394». In questi termini, v. anche Trib. Napoli, 28 aprile 2004, in *Fallimento*, 2005, 681 ss., con nota di PROTO.

²⁴ Nella parte relativa all'art. 146, la Relazione al d.lgs. n. 5/2006 recita «Il secondo comma, lett. a), adotta una formulazione aperta in virtù della quale è possibile sostenere che le azioni di responsabilità riguardano anche i componenti degli organi sociali della società a responsabilità limitata (...). Quanto agli amministratori della società a responsabilità limitata e al dibattito in ordine alla sussistenza di una loro specifica responsabilità verso i creditori sociali si è preferito, considerato che la delega è muta al riguardo, adottare una formula "aperta" che lasci cioè agli interpreti il compito di stabilire se il curatore possa esercitare nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata solo l'azione di responsabilità sociale o anche quella verso i creditori».

frutto di una sorta di compromesso tra le esigenze scaturenti dalla riforma societaria 2003 e i limiti imposti dalla delega legislativa in base alla quale il legislatore della riforma fallimentare del 2006 ha operato.

Come è noto, l'art. 146, co. 2., l.fall., nella sua attuale formulazione, costituisce l'esito delle modifiche apportate all'originario testo dal d.lgs. n. 5 del 2006 nella precipua prospettiva di adeguare la legge fallimentare al riformato diritto delle società²⁵. Se, infatti, all'esito della riforma del 2003, il testo dell'art. 146, co. 2, l.fall., per certi versi, richiedeva niente più che un mero adeguamento formale, che desse evidenza sul piano concorsuale ad una sostanza normativa già desumibile dal diritto societario comune, per altri versi, l'articolato (anche se non sempre esauriente) quadro delle responsabilità per atti di gestione e controllo contemplato dal codice civile ne denunciava una vera e propria insufficienza²⁶. Muovendosi nell'ottica di colmare il *gap* venutosi a creare, sul punto, tra codice civile e legge fallimentare, il legislatore del 2006 è intervenuto sull'art. 146, co. 2 innanzi tutto al fine di coordinarlo con la realtà normativa del nuovo diritto delle società sul piano semantico. E ciò ha fatto attraverso modifiche di ordine terminologico tese ad adeguare la norma all'ampliata platea dei potenziali destinatari delle azioni di responsabilità connesse allo svolgimento di funzioni, nonché al compimento di singoli atti, di gestione e di controllo. Tuttavia, la frammentazione dei regimi di responsabilità emergenti dal diritto comune richiedeva che l'intervento riformatore si spingesse anche sul piano della identificazione della tipologia di azioni esperibili.

Tra le due alternative che gli si prospettavano, ossia quella di operare una elencazione puntuale delle azioni di responsabilità esperibili in esito all'*iter* autorizzatorio di cui all'art. 146 e quelle di adottare una formula generica, priva di richiami a fattispecie codicistiche, il legislatore della riforma ha optato per una via di mezzo. Ne è derivata una struttura alla stregua della quale l'art. 146, co. 2, l.fall. è oggi suddiviso in due distinte parti, dedicate, la prima, alle tradizionali azioni esperibili, in tutte le società, nei confronti di coloro cui sono demandati la gestione e il controllo, la seconda, all'azione di responsabilità per atti di (etero)gestione esperibili nelle s.r.l., ai sensi dell'art. 2476, co. 7, c.c., nei confronti dei

²⁵ In argomento, CARIDI, *Introduzione (Capo X - Del fallimento delle società)*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, cit., p. 1889 s.

²⁶ Per una sintesi del dibattito in argomento, v. CARIDI, sub *art. 146*, in NIGRO e SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 875 ss.

soci che abbiano «*intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società*».

La scelta è da ricondurre, per un verso, all'orizzonte operativo entro il quale il legislatore, dato il silenzio della legge delega, è stato costretto a muoversi, e, per altro verso, alla coscienza delle problematiche che si erano poste con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 146, co. 2, l.fall. all'indomani della riforma societaria del 2003. Tramite essa, facendo coesistere una formula aperta, alla quale sono potenzialmente riconducibili tutte le azioni contro i componenti degli organi cui è istituzionalmente attribuita la gestione e il controllo delle società con un riferimento calibrato su una specifica azione diretta a far valere le responsabilità di una peculiare figura di gestori, il legislatore della riforma fallimentare, senza derogare alla neutralità che ha sempre caratterizzato la norma rispetto alle azioni esperibili dal curatore, ha mantenuto l'intervento entro i confini della delega e ha evitato di introdurre ulteriori ostacoli positivi alla configurabilità di alcune azioni non espressamente previste dal diritto societario comune ²⁷.

Infine, ad escludere che all'art. 146, co. 2, l.fall. possa oggi essere riconosciuta portata attributiva, in quanto norma rilevante ai fini della legittimazione del curatore ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita, concorre il carattere residuale che il procedimento autorizzatorio *ex art.* 146, co. 2, l.fall. ha assunto per effetto del radicale mutamento del ruolo del comitato dei creditori nell'ambito degli organi fallimentari e segnatamente in relazione alle ricadute di tale mutamento in punto di decisione delle azioni tese alla reintegrazione del patrimonio del fallito ed in specie delle azioni risarcitorie.

²⁷ Optando per una enumerazione delle azioni di responsabilità esperibili da parte del curatore vi era il rischio concreto di incorrere o in un eccesso di delega, qualora l'elencazione si fosse spinta a colmare le lacune della legislazione di diritto comune (*in primis* quella relativa all'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. da parte dei creditori), o nell'accentuazione di talune di quelle lacune, qualora ci si fosse limitati ad elencare le sole azioni positivamente previste (e si pensi ancora una volta alle difficoltà che una tale soluzione avrebbe determinato in ordine alla possibilità di sostenere l'esperibilità dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. spettante ai creditori). D'altra parte, l'adozione di una formula unitaria avrebbe potuto pregiudicare l'esigenza di estendere l'ambito di applicazione della norma anche a fattispecie di responsabilità connesse al compimento di atti di gestione da parte di soggetti formalmente non facenti parte dell'organo cui è demandata l'amministrazione della società.

Oggi, infatti, ai sensi dell'art. 104-ter l.fall., le azioni risarcitorie, tra le quali non v'è dubbio che rientrino anche le azioni di responsabilità in materia societaria, prima di essere autorizzate dal g.d., debbono essere inserite nel programma di liquidazione, sottoposto non già al parere, ma all'approvazione del comitato dei creditori. Ora, posto che, come la dottrina più attenta non ha mancato di rilevare, l'approvazione da parte del comitato dei creditori del programma di liquidazione assorbe l'eventuale parere richiesto dalla legge per il compimento dello specifico atto incluso nel programma²⁸, deve ritenersi che il procedimento autorizzatorio previsto dall'art. 146, co. 2, l.fall. costituisca oggi una applicazione particolare dell'art. 104-ter, co. 6, l.fall., mantenendo dunque rilevanza solo in relazione a quelle azioni di responsabilità che, sussistendo il pericolo che intervengano eventi pregiudizievoli rispetto al loro accoglimento o comunque al loro esito favorevole, sono esercitate dal curatore prima dell'approvazione del programma di liquidazione²⁹.

Ciò detto, evidentemente, perdono di peso tutte quelle letture dell'art. 146, co. 2, l.fall. che, come quella accolta dalle sentenze in commento, fanno leva sulla formulazione della norma per assegnarle la funzione di selezionare le azione di responsabilità esperibili da parte del curatore.

Ma se così stanno le cose, se cioè l'art. 146 non rientra tra i referenti normativi che giustificano la legittimazione del curatore ad esercitare le azioni in discorso, configurandosi anzi come una norma meramente procedimentale, perdono di consistenza tutte le questione in qualche modo influenzate dall'idea che la norma in parola abbia solo, o anche, una funzione attributiva. Ed in particolare vengono meno le premesse logiche e giuridiche sulle quali, specie dopo le riforme societaria e fallimentare, sono state costruite quelle ipotesi interpretative alla stregua delle quali, proprio facendo leva sull'art. 146 l.fall., l'ambito della legittimazione del curatore è stato ampliato sino a ricomprendere, per un verso, l'esercizio dell'azione *ex art. 2394 c.c.* nei confronti degli amministratori di imprese collettive non societarie³⁰ e, per altro verso, l'esercizio dell'azione *ex art. 2395 c.c.*³¹. Ma vengono meno anche le basi per

²⁸ NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi*, cit., p. 116 e p. 223.

²⁹ Sul rapporto tra l'art.146, co. 2 e l'art. 104-ter l.fall. nell'ottica di cui al testo v. CARIDI, sub art. 146, cit., p. 1910 ss.

³⁰ CETRA, *L'impresa collettiva*, cit., p. 391.

³¹ RESCIGNO, *Rapporti*, cit., p. 2125 s. e, soprattutto, PALMIERI, *Nuovi profili*, cit., p. 91 ss.

riconoscere all'art. 146, co. 2 una funzione integrativa delle lacune del diritto societario comune, in particolare in tema di responsabilità degli amministratori di s.r.l.³², non potendo trarsi argomento per risolvere la questione della configurabilità, in queste società, di una azione di responsabilità dei creditori e, a maggior ragione, di una azione sociale di responsabilità da una norma di natura procedimentale ispirata solo da esigenze endogene alla legge fallimentare.

4. Una volta chiarito che nell'art. 146, co. 2, l.fall. la legittimazione del curatore fallimentare ad agire in responsabilità contro gestori e controllori della società fallita è semplicemente presupposta, occorre ora individuare i dati normativi sui quali tale legittimazione riposa.

Orbene, al riguardo l'interprete deve farsi guidare esclusivamente dai principi fallimentari. La legittimazione del curatore ad agire nei confronti di gestori e controllori della società fallita trova infatti autonomo fondamento, per un verso, nel principio alla stregua del quale il curatore subentra in tutti i diritti e le azioni esercitabili a vantaggio immediato e diretto del patrimonio assoggettato ad esecuzione concorsuale e, per altro verso, nella disciplina di diritto societario comune, che tale principio recepisce negli artt. 2394-*bis* e 2497, ult. co. c.c.

Il criterio di selezione delle azioni esperibili dal curatore è costituito cioè dalla finalità di reintegra del patrimonio sociale, rimanendo invece escluso che egli possa subentrare in quelle azioni esercitabili individualmente ed a proprio diretto vantaggio dal socio, dal terzo o dal creditore che abbiano subito un danno *direttamente* sul proprio patrimonio.

Ora, se non v'è dubbio che lo scopo di reintegrazione del patrimonio della società, qualunque sia il tipo in considerazione, sia connaturale all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e controllo, rispetto alla quale, infatti, la legittimazione del curatore, anche alla luce del disposto dell'art. 43 l.fall., non è seriamente discutibile, non pochi problemi solleva, invece, il riconoscimento di una tale finalità all'azione spettante ai creditori sociali nei confronti dei medesimi organi, non essendo chiaro, sul piano generale, se quest'ultima sia attribuita ai creditori al fine di consentire loro di ottenere la riparazione del danno *direttamente* subito per effetto della violazione

³² AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, cit., p. 740.

degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale ³³, ovvero se essa, benché esercitabile individualmente dai singoli creditori, abbia la diversa finalità di neutralizzare la diminuzione patrimoniale patita dalla società a cagione delle inadempienze dell'organo gestorio o di controllo, generando allora un vantaggio solo *indiretto* per coloro che la esercitano ³⁴.

Ciò detto, tuttavia, va subito precisato che la rilevata incertezza in ordine alla qualificazione dell'azione spettante ai creditori sociali, per un verso, sul piano applicativo, ha un impatto circoscritto in ordine alla legittimazione del curatore fallimentare, e, per altro verso, a ben vedere, non riguarda che quelle azioni che sono espressamente tese a reagire contro la «*lesione dell'integrità del patrimonio sociale*», ossia l'azione prevista dall'artt. 2394 e quella prevista dall'art. 2497 c.c. ³⁵.

Per rendersi conto della fondatezza di entrambe tali affermazioni occorre muovere dalla considerazione che le azioni di responsabilità in materia societaria positivamente attribuite ai creditori o sono di natura evidentemente diretta, essendo finalizzate a risarcire il danno patito dai creditori, come

³³ In dottrina: GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, p. 297 ss.; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 505; FERRARA JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, p. 617; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*⁵, Torino, 2002, p. 352 ss.; CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 1997, p. 799; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 439 ss.; in giurisprudenza: Cass., 22 ottobre 1998, 10488, con nota di FUNARI, in *Società*, 1999, 557; nonché, seppure implicitamente, negando che la sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941, n. 7. c.c. si applichi all'azione di responsabilità dei creditori sociali, Cass., SS.UU., 6 ottobre 1981, n. 5241, con nota di BONELLI, in *Giur. comm.*, 1982, II, 768.

³⁴ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 329 ss.; G. FERRI, *Le società*², in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1987, p. 718 ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*³, vol. I, tomo II, Padova, 1991, p. 552; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1993, p. 375. In giurisprudenza, da Cass., 28 luglio 2000, n. 9904, in *Giur. comm.*, 2001, II, 221; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Foro it.*, 1998, I, 3249; Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, 1803; Trib. Milano, 15 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 991.

³⁵ Il fatto che le due norme siano ispirate ad un unico modello è sottolineato da NIGRO, *Responsabilità*, cit., p. 367; RESCIGNO, *Rapporti*, cit., p. 2129, il quale riconduce l'unità del modello proprio al fatto che entrambe le norme, nel riconoscere ai creditori la titolarità dell'azione di responsabilità, la ricollegano alla «*lesione dell'integrità del patrimonio sociale*».

nel caso delle azioni tese a far valere la responsabilità degli amministratori per la violazione degli obblighi su di essi gravanti a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento (artt. 2485, co. 1, e 2486, co. 2, c.c.)³⁶, o, in caso di fallimento (nonché di l.c.a. e di amministrazione straordinaria), la relativa legittimazione è espressamente trasferita al curatore (o al diverso organo “gestorio” del procedura”). Così è per l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a., prevista dall’art. 2394 c.c., la quale è attribuita al curatore dall’art. 2394-bis c.c. ed è richiamata, unitamente a quest’ultima disposizione, in relazione alla responsabilità dei sindaci (art. 2407 c.c.), degli organi di amministrazione e controllo nei sistemi di organizzazione alternativi (cfr. artt. 2409-decies, 2409-undecies e 2409-novesdecies c.c.)³⁷, del controllore contabile (cfr. art. 2409-sexies c.c.) e del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili (cfr. art. 154-bis t.u.f.). E così è pure per l’azione di responsabilità spettante ai creditori in relazione all’abusiva attività di direzione e coordinamento della società propria debitrice, prevista dall’art. 2497, co. 1 e 2, la quale è attribuita al curatore dall’art. 2497, ult. co., c.c.

Alla luce di siffatto quadro normativo, da un lato, un problema di legittimazione del curatore ad esercitare l’azione spettante ai creditori si pone sostanzialmente solo nella s.r.l. e solo nella misura in cui, come pare preferibile, l’azione spettante ai creditori, pur non essendo positivamente prevista, sia ritenuta comunque configurabile. Dall’altro, dato il carattere fondamentale e dunque inderogabile del sopra individuato criterio concorsuale di selezione delle azioni esperibili da parte del curatore, il fatto stesso che, dopo la dichiarazione di fallimento, le azioni di responsabilità assegnate ai creditori dagli artt. 2394 e 2497 c.c. siano attribuite al curatore esclude che esse possano

³⁶ NIGRO, sub art. 2485, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da D’Alessandro, III, Padova, in corso di pubb.; Id., sub art. 2486, *ivi*.

³⁷ In verità, per quanto riguarda il consiglio di sorveglianza non è rintracciabile alcun richiamo agli artt. da 2393 a 2394-bis: in particolare, l’art. 2409-terdecies, pur individuando i doveri di diligenza che incombono sui consiglieri di sorveglianza non fa menzione dei legittimati all’azione di responsabilità. La questione, tuttavia, ha trovato facile soluzione mediante il richiamo del disposto dell’art. 223-septies, co. 1, disp. att. che estende, in quanto compatibili, ai consiglieri di sorveglianza le norme dettate per i sindaci. E v., sul punto, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 262 s. Risolve il problema proponendo una interpretazione sistematica, che permetterebbe di colmare la lacuna grazie all’interpretazione estensiva dell’art. 2394-bis, MEOLI, *Crisi ed insolvenza delle società e dei gruppi nel Progetto di riforma fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, p. 44, nota 39.

essere qualificate come azioni dirette al risarcimento dei creditori, confermandone, al contrario, la natura surrogatoria, in quanto azioni tese *ab origine* alla reintegra del patrimonio sociale³⁸. Certo, seppure per ragioni diverse, si tratta di surrogatorie *sui generis*, nel senso che in tali norme il legislatore ha piegato l'ordinaria azione surrogatoria spettante a tutti i creditori, ed in specie a tutti i creditori di imprese collettive, alle specificità strutturali e ai peculiari interessi che vengono in rilievo nel momento in cui quell'azione è esercitata nelle società o nei gruppi di società. In questo senso, si è autorevolmente osservato che con l'art. 2394 si è inteso disciplinare proprio il diritto dei creditori di agire in surrogatoria nei confronti degli amministratori, conformando la relativa azione «nel modo più idoneo per il conseguimento dell'obiettivo avuto di mira, vale a dire, da un lato, con una precisa delimitazione del presupposto (per ridurre il rischio di azioni di disturbo suscettibili di intralciare l'efficiente esercizio della funzione amministrativa); e, dall'altro, con la neutralizzazione delle rinunce da parte della società, per evitare il rischio di facile depotenziamento dell'azione dei creditori attraverso la connivenza fra amministratori e maggioranza»³⁹. E lo stesso può ripetersi a proposito dell'art. 2497 c.c., che, per un verso, delimita in termini molto simili all'art. 2394 il presupposto dell'azione (legandone l'esercizio alla lesione del patrimonio sociale nonché al fatto che il creditore non sia stato soddisfatto dalla società eterodiretta) e, per altro verso, esclude l'esperibilità dell'azione nei casi in cui questa contrasterebbe con la logica stessa del gruppo di società, espressa nella c.d. *teoria dei vantaggi compensativi*, la quale riceve positivo riconoscimento nell'ultima parte del dell'art. 2497, co. 1, c.c.

Ora, proprio il carattere *sui generis* delle citate azioni spettanti ai creditori costituisce la giustificazione del perché, nonostante la natura surrogatoria delle stesse, il legislatore ne abbia comunque previsto prima l'attribuzione ai creditori nei citati articoli 2394 e 2497 c.c. e poi la trasmissione all'organo gestorio della procedura concorsuale alla quale eventualmente sia assoggettata la società, nei citati artt. 2394-*bis* e 2497, ult. comma, c.c.⁴⁰.

³⁸ NIGRO, *Le società*, cit., p. 373 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., p. 370 ss.

³⁹ NIGRO, *Responsabilità*, cit., p. 371.

⁴⁰ Il che, da un lato, rende non necessaria la giustificazione, riconosciuta all'art. 2394-*bis* da NIGRO, *Le società*, cit., p. 375, nonché ID., *Responsabilità*, cit., p. 374, secondo il quale l'attribuzione al curatore dell'azione spettante ai creditori nella citata norma si giustificerebbe anche e proprio con la necessità di sottrarre a questi ultimi

In conclusione, dunque, si deve ritenere che il curatore possa esercitare tutte le azioni di responsabilità, sociali e dei creditori previste dal diritto societario comune, purché conformi ai principi e alle finalità della procedura, dovendosi invece escludere la sua legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità spettanti ai singoli soci e ai terzi (ai sensi degli artt. 2395, 2476, co. 6 e 7, 2497, co. 1, 2485, co. 1 e 2486, co. 2 c.c.), in quanto tese non già a reintegrare il patrimonio della società, ma solo quello personale dei soggetti che le esercitano.

5. Un'ultima considerazione, in fine, deve essere riservata alle ricadute di quanto sin qui sostenuto sulle questioni affrontate dalle sentenze in commento. Le conclusioni raggiunte non sono infatti prive di rilievo sia in ordine alla configurabilità di un'azione di responsabilità spettante ai creditori anche nelle s.r.l. sia in ordine alla trasmissibilità della relativa legittimazione al curatore.

L'aver giustificato, in termini generali, il subentro del curatore nell'esercizio dell'azione di responsabilità spettante ai creditori (ogni qual volta questa trovi il proprio presupposto nella lesione dell'integrità del patrimonio sociale) facendo leva sulla natura surrogatoria dell'azione, non solo consente, come si è già rilevato ⁴¹, di affermare senza particolari intoppi la trasferibilità in capo al curatore anche dell'azione di responsabilità dei creditori nei confronti degli amministratori di s.r.l. una volta che di quest'ultima si ammetta la configurabilità ai sensi del diritto societario comune, ma, dati i referenti positivi utilizzati per giun-

«una possibilità di azione che, per essere volta agli stessi obiettivi perseguibili dal curatore con l'azione *ex art.* 2393, determinerebbe interferenze e sovrapposizioni potenzialmente pregiudizievoli per il proficuo ed ordinato svolgimento della procedura concorsuale»; dall'altro e conseguentemente, sterilizza in radice la critica alla tesi della natura surrogatoria dell'azione spettante ai creditori fondata sulla superfluità dell'art. 2394-*bis* c.c. (tesi ribadita recentemente da GUIZZI, *Responsabilità*, cit. p. 250). E ciò, sia in generale, non potendosi sostenere l'irrelevanza di quest'ultima norma, data la peculiarità della azione surrogatoria sul cui destino prende posizione, sia con specifico riferimento all'argomento secondo il quale tale superfluità sarebbe dimostrata dal fatto che il risultato di evitare i rischi di una azione concorrente dei creditori (che secondo NIGRO, *Le società*, cit., p. 375; ID., *Responsabilità*, cit., p. 374 concorre a giustificare l'art. 2394-*bis* c.c.) potrebbe essere conseguito già in forza dell'art. 51 l.fall., «che precludendo ai creditori di esercitare azioni anche cautelari sul patrimonio del fallito – come oggi testualmente precisato – implica, almeno nell'interpretazione corrente, anche il divieto di esercitare in via surrogatoria i diritti del fallito verso i terzi» (così ancora GUIZZI, *Responsabilità*, cit. p. 250).

⁴¹ V. *supra*, § 1, in fine.

gere a quella conclusione, rende enormemente più semplice, anche e proprio sul piano del diritto societario comune e nonostante il silenzio serbato sul punto dall'art. 2476 c.c., ammettere l'esperibilità di un tale azione da parte dei creditori quando la società è ancora *in bonis*.

VINCENZO CARIDI