

## CAPITOLO 6

# LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ E PRESCRIZIONE

## Sommario:

1. Introduzione. 2. La prescrizione delle azioni sociali di responsabilità. 3. La prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali. 4. La prescrizione delle azioni di responsabilità esercitate nel corso del fallimento. 5. Conclusioni.

## 1 Introduzione

La disciplina della prescrizione delle azioni sociali di responsabilità nei confronti dei membri degli organi di gestione e controllo richiede un coordinamento tra le norme contenute nel titolo V del Libro VI del Codice Civile e le norme speciali dell'impresa societaria.

Alla sua disamina, dedicata alle sole società di capitali <sup>(1)</sup> e al fallimento, è opportuno procedere distinguendo l'azione che può essere proposta dalla società (artt. 2393 e 2407<sup>3</sup> cod. civ.) o dai soci (artt. 2393 *bis* e 2476 cod. civ.) e l'azione riservata ai creditori sociali (artt. 2043 e 2394 cod. civ.), nonché il momento in cui le predette azioni possono essere esercitate.

Deve premettersi che per tutte le figure di responsabilità oggetto di riflessione vale quanto osservato dalla migliore dottrina sul rapporto d'identità fra prescrizione del diritto e prescrizione dell'azione: mentre il Codice Civile abrogato riferiva la prescrizione alle « azioni », reali o personali (art. 2135), il Codice Civile del 1942 dispone che per tale causa si estingue « ogni diritto » (art. 2934), quindi non solo l'azione, ma lo stesso « diritto soggettivo materiale ». Pertanto, le norme che — come l'art. 948 cod. civ. in tema di rivendicazione dei diritti reali o quelle in tema di responsabilità di amministratori e sindaci — riferiscono testualmente la prescrizione all'«azione», devono essere interpretate nell'estensivo significato della corrispondente estinzione, per decorso del tempo, del relativo diritto sostanziale <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Le riflessioni che, nel prosieguo del testo, hanno a oggetto le società per azioni si intendono estese alle società in accomandita per azioni, i cui soci accomandatari hanno gli obblighi degli amministratori stabiliti dalle norme sulle società per azioni (art. 2455<sup>2</sup> cod. civ.), che si applicano a tale tipo societario per testuale rinvio di legge (art. 2454 cod. civ.). Analogamente, le considerazioni che interessano gli amministratori e i sindaci valgono per i consiglieri di gestione e di sorveglianza nelle società che adottano il sistema dualistico (art. 2409 *octies* ss. cod. civ.).

<sup>(2)</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, rist., 1981, Napoli, 115-116.

## 2 La prescrizione delle azioni sociali di responsabilità

I componenti degli organi di amministrazione e controllo sono legati alla società da un contratto che, indipendentemente dalla sua tipicità o atipicità <sup>(3)</sup>, è fonte di specifiche obbligazioni, il cui inadempimento li espone alla responsabilità solidale per i danni che ne siano derivati. L'azione di responsabilità può essere esercitata dalla società (artt. 2393, 2407<sup>3</sup>, 2476<sup>3</sup> cod. civ.), ma anche dai soci (che rappresentino un quinto del capitale sociale ovvero ~~quella~~ diversa percentuale prevista dallo statuto: artt. 2393 *bis*, 2407<sup>3</sup> cod. civ.) quali legittimati straordinari a far valere il diritto di credito della parte danneggiata (art. 81 cod. proc. civ.) <sup>(4)</sup>.

Fino alla riforma del diritto societario del 2003 la prescrizione delle azioni contro gli amministratori e i sindaci è stata disciplinata unicamente dall'art. 2949 cod. civ., che la fissava in cinque anni tanto per la società (primo comma) quanto per i creditori (secondo comma). Il relativo *dies a quo* era individuato nel momento di manifestazione del danno (art. 2935 cod. civ.) e, se quest'ultima avesse preceduto la cessazione della carica, la prescrizione era sospesa, nei rapporti con gli amministratori, per la durata residua dell'ufficio (art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ.) <sup>(5)</sup>. La parentesi temporale dell'art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ. — che, come si vedrà, conserva ambiti di applicazione anche in seguito alla riforma — presenta la duplice *ratio* <sup>(6)</sup> di impedire, in primo luogo, che gli amministratori ostacolino la conoscenza, da parte dei soci, del loro operato per dissimulare inadempimenti o vio-

<sup>(3)</sup> Per una disamina delle tipologie contrattuali configurabili nei rapporti della società con gli amministratori e i sindaci sia consentito un rinvio, meramente esemplificativo, a BEVILACQUA-FAUCEGLIA, in BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, 2, Torino, 2012, *sub art.* 2380 *bis*, 5705, 5710; CAPRARA, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Padova, 2008, 275 ss.

<sup>(4)</sup> L'identità dell'azione è suggerita dal tenore letterale dell'art. 2393 *bis*<sup>1</sup> cod. civ. (« può **Eliminare** essere esercitata *anche* dai soci ») e dalle norme **(vi)** enunciate, quali il litisconsorzio necessario **il corsivo** della società (terzo comma), l'obbligo della società di rimborso agli attori **(e)** spese processuali **delle** (quarto comma) e il suo diritto nei loro confronti al corrispettivo della rinuncia o della transazione (quinto comma).

Per la natura straordinaria della legittimazione dei soci a promuovere l'azione si vedano, in dottrina, LIACE-FAUCEGLIA, in BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., *sub art.* 2393 *bis*, 5747; in giurisprudenza Trib. Verona, 6 settembre 2011, in *Il caso.it*.

<sup>(5)</sup> Trib. Milano, 18 marzo 2006, in *Fallimento*, 2006, 974.

<sup>(6)</sup> Così Corte cost., 24 luglio 1998, n. 322, in *Giur. it.*, 1998, 1863, con nota di WEIGMANN. In dottrina v. A. ALBANESE, *Sospensione della prescrizione per cause unilaterali e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2006, 653.

lazioni di obblighi <sup>(7)</sup> e, in secondo luogo, di ovviare alla carenza di potere rappresentativo nell'esercizio dell'azione a causa del loro radicale conflitto di interessi con la società. La corrispondente eccezione è rilevabile d'ufficio, essendo l'interesse a valersene compreso nell'interesse sotteso al diritto di cui è chiesta tutela, onde « l'eccezione non amplia i termini della controversia », ma contribuisce « a realizzare l'ordinamento giuridico nell'orbita della domanda, su cui il giudice deve pronunciarsi *tota re perspecta* » <sup>(8)</sup>.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha inserito nel quarto comma dell'art. 2393 cod. civ. la previsione secondo cui « l'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica ». La norma è riprodotta con formula identica nell'art. 2409 *decies*<sup>3</sup> cod. civ. per i consiglieri di gestione delle società che adottano il sistema dualistico e si applica, per testuale rinvio dell'art. 2409 *noviesdecies* cod. civ., anche agli amministratori delle società che adottano il sistema monistico. Non ha subito modifiche, invece, la disciplina dell'azione delle società a responsabilità limitata e dei suoi soci nei confronti dei loro amministratori, che continua, quindi, a prescrivere in cinque anni (art. 2949 cod. civ.) dalla cessazione della carica (art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ.) o dal successivo momento in cui si manifesta il danno <sup>(9)</sup> (art. 2935 cod. civ.). A sua volta, l'art. 2409 *sexies*<sup>3</sup> cod. civ. dispone che l'azione di responsabilità contro i revisori contabili « si prescrive nel termine di cinque anni dalla cessazione dell'incarico ».

La riforma ha presto sollevato dubbi sul suo reale contenuto. Invero,

#### Sostituire con: «la ratio della sospensione della prescrizione»

<sup>(7)</sup> Osserva contrariamente WEIGMANN, *I tormenti dell'uguaglianza*, in *Giur. it.*, 1998, 10, che, rinvenendo il fondamento della sospensione nell'opacità della gestione, si trascurano il ruolo del collegio sindacale e i poteri di ispezione dei singoli soci. Cfr. Cass., sez. I, 19 maggio 1972, n. 1530, in *Giur. it.*, 1973, I, 59, secondo cui a fondamento dell'art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ. vi è unicamente il conflitto di interessi tra la società e gli amministratori, che, per tale ragione, « sono ritenuti incapaci di tutelare gli interessi della società » nei confronti dei loro comportamenti dannosi. Si determina, quindi, una « carenza di poteri rappresentativi che si risolve in impossibilità o grave difficoltà per l'ente di far valere le proprie ragioni ».

<sup>(8)</sup> Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2659, con nota di ORIANI. Il principio, affermato dalle Sezioni Unite per l'eccezione di interruzione della prescrizione è stato esteso all'eccezione di sospensione da Cass., sez. II, 15 ottobre 2009, n. 21929, in *De jure*. Conf., in motivazione, Cass., sez. lav., 28 febbraio 2012, 3042, *ivi*, 2012, 2, 233, e Cass., sez. III, 26 febbraio 2014, n. 4548, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 99.

<sup>(9)</sup> Cfr. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286, 297-298.

parte della dottrina <sup>(10)</sup> ritiene che l'art. 2393<sup>4</sup> cod. civ. ponga il termine quinquennale a pena di decadenza dall'azione, quindi l'art. 2949 cod. civ. continuerebbe a disciplinare il termine di prescrizione dell'azione della società e dei suoi creditori, individuando nel quinquennio dall'illecito (contrattuale o extracontrattuale) il limite oltre cui l'inerzia del danneggiato recide l'interesse dell'ordinamento alla tutela del suo diritto, mentre l'art. 2393<sup>4</sup> cod. civ. porrebbe al suo esercizio un termine di uguale durata al fine di fornire certezza alla corrispondente situazione giuridica. Conseguentemente, ove i danni si manifestino oltre cinque anni dall'estinzione del rapporto fiduciario con la società, l'azione dovrebbe ritenersi preclusa <sup>(11)</sup>. Per i danni che si manifestino *manente officio*, invece, la società non può decadere dall'azione fino alla cessazione della carica e il relativo termine di prescrizione è sospeso (art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ.) nei soli rapporti con gli amministratori <sup>(12)</sup> (arg. ex art. 1310<sup>2</sup> cod. civ.) <sup>(13)</sup>.

La costituzione di parte civile nel procedimento penale <sup>(14)</sup> o la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio civile (art. 2343<sup>1</sup> cod. civ.) interrompe il corso della prescrizione nei confronti del danneggiante e di eventuali coobbligati (art. 1310<sup>1</sup> cod. civ.) <sup>(15)</sup>; la prescrizione resta so-

<sup>(10)</sup> DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, cit., 297; PICCIAU, in MARCHETTI-GHEZZI-NOTARI (a cura di), *Commentario alla Riforma delle società*, Milano, 2005, sub art. 2393, 590.

<sup>(11)</sup> Cfr. AMBROSINI, *Il termine per l'esercizio delle azioni di responsabilità: prescrizione o decadenza?*, in *Società*, 2004, 1480; DI AMATO, op. loc. ultt. citt., secondo cui, potendo estinguersi l'azione prima che si manifestano i danni e che la società acquisti il diritto al loro risarcimento, non è configurabile una inerzia del titolare nel farlo valere, quindi il termine quinquennale è necessariamente decadenziale.

<sup>(12)</sup> Per un'ampia motivazione dell'impossibilità di estendere la sospensione della prescrizione all'azione nei confronti dei sindaci e dei direttori generali si veda Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13765, in *Giur. comm.*, 2008, II, 849, con nota di MILANESI, che ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ.; conf. Cass., sez. I, 19 settembre 2011, n. 19051, in *Società*, 2012, 137, con nota di DE CAMPO; in motivazione, Trib. Pescara 15 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 2262. Diff. Trib. Milano, 19 settembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1015, con nota di IOZZO, che presuppone efficace la causa di sospensione nei confronti tanto degli amministratori quanto dei sindaci nel momento in cui afferma l'irrelevanza dell'iscrizione delle loro dimissioni nel registro delle imprese ai fini dell'opponibilità della sospensione alla curatela.

<sup>(13)</sup> Il pertinente richiamo alla disciplina delle obbligazioni solidali, qual è l'obbligazione risarcitoria degli amministratori e dei sindaci (art. 2407<sup>2</sup> cod. civ.), è compiuto da Trib. Lodi 23 giugno 2006, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, 81.

<sup>(14)</sup> Cfr. Trib. Milano, 14 novembre 1993, in *Fallimento*, 1994, 1051, con osservazioni di VACCHIANO.

<sup>(15)</sup> Secondo Trib. Genova, 29 gennaio 1985, in *Società*, 1986, 47, con nota di RORDORF, la prescrizione sarebbe già interrotta dalla delibera con cui l'assemblea dei soci si è determinata a

spesa sino alla data del passaggio in giudicato della sentenza (art. 2945<sup>1</sup> cod. civ.).

Cessata la carica, la decadenza e la prescrizione iniziano a decorrere, e l'impedimento dell'una interrompe l'altra, in quanto le cause che impediscono la decadenza (artt. 2393<sup>4</sup> e 2966 cod. civ.) coincidono con taluni atti interruttivi della prescrizione, ossia l'esercizio dell'azione (art. 2943<sup>1</sup> cod. civ.) e il riconoscimento del diritto (disponibile) al risarcimento del danno da parte dell'amministratore o del sindaco contro cui lo si deve far valere (art. 2944 cod. civ.).

Nel caso d'instaurazione del giudizio — come già osservato — la prescrizione è sospesa sino alla formazione del giudicato (art. 2945<sup>1</sup> cod. civ.), mentre, se il processo si estingue, la sospensione diventa inefficace dalla data della notificazione della domanda e da quel momento comincia il nuovo periodo di prescrizione (art. 2945<sup>3</sup> cod. civ.).

La coincidenza tra atti impeditivi della decadenza e atti interruttivi della prescrizione pone la domanda se, a fronte dell'estinzione del processo, l'esercizio dell'azione conservi effetti impeditivi della decadenza. Parte della dottrina<sup>(16)</sup>, seguita dalla giurisprudenza<sup>(17)</sup>, risponde negativamente e afferma che tali effetti sono subordinati non a una dichiarazione di volontà, bensì alla costituzione di un rapporto processuale diretto a una pronuncia del giudice, la cui assenza rende inefficaci tutti gli atti compiuti nel giudizio estinto, ivi compreso l'atto introduttivo, secondo quanto dispone l'art. 310<sup>2</sup> cod. proc. civ. Dall'ambito applicativo della norma, d'altronde, non possono essere esclusi, se non arbitrariamente, gli effetti sostanziali degli atti del processo<sup>(18)</sup>. Alla decadenza, inoltre, l'art. 2964 cod. civ. vieta di estendere la disciplina della sospensione e dell'interru-

promuovere l'azione (art. 2393<sup>1-3</sup> cod. civ.). Di contro, nessun effetto interruttivo potrebbe riconoscersi alle decisioni dell'organo amministrativo, non essendo questi legittimato né a rinunciare all'azione né a transigerla.

<sup>(16)</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Istituzione di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1940, 139; TEDESCHI, *Decadenza (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 770, 786; PANZA, *Decadenza nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 132, 135. *Contra* FURNO, *Estinzione del processo e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 101, 108, secondo cui l'impedimento della decadenza è un effetto autonomo della domanda, che prescinde dall'*eventum litis*, in quanto l'azione non è pregiudicata dall'estinzione del processo; conf. ROSSELLI, *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *Enc. dir., Ann. VII*, 2014, 309, 335.

<sup>(17)</sup> Cass., sez. II, 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Vita not.*, 2007, 1, 185; Cass., sez. I, 19 aprile 1982 n. 2407, in *Giur. imp.*, 1982, 1082.

<sup>(18)</sup> Diff. TRIOLA, *Estinzione del processo e decadenza*, in *Corr. giur.*, 2008, 710, che da un'interpretazione teleologica e sistematica dell'art. 310<sup>1-2</sup> cod. proc. civ. desume la norma per cui l'inefficacia degli atti compiuti nel processo estinto li rende inutilizzabili in un nuovo giudizio.

zione della prescrizione, salvo che la legge stabilisca altrimenti e, non essendo ciò consentito dall'art. 2393 cod. civ., deve ritenersi che l'estinzione del processo successiva al quinquennio dalla data di cessazione della carica precluda la riproposizione della domanda <sup>(19)</sup>. In alternativa, la decadenza potrebbe essere impedita dall'altro atto a ciò idoneo (art. 2966 cod. civ.): il riconoscimento da parte del debitore del diritto al risarcimento del danno.

Secondo altra parte della dottrina <sup>(20)</sup> la riforma ha inteso compensare la « solitudine del *potere* » <sup>(21)</sup> degli amministratori con un contenimento temporale del rischio di contenziosi sul loro operato facendo correre la prescrizione dalla data di cessazione della carica, che non necessariamente corrisponde al « giorno in cui il diritto può essere fatto valere » (art. 2935 cod. civ.). Si asseconda, in tal modo, l'esigenza « che il timore di assumere responsabilità esorbitanti dai limiti delle proprie attribuzioni non debba allontanare gli uomini migliori e più consapevoli da un ufficio in cui la loro competenza e la loro dirittura sono particolarmente preziose » <sup>(22)</sup>.

Conseguentemente, se i danni si producono e sono conoscibili quando l'amministratore o il sindaco è ancora in carica, la sospensione prosegue fin quando ne cessa l'ufficio (art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ.), il che, naturalmente, non impedisce alla società di deliberare *medio tempore* l'esercizio dell'azione. Se la delibera è assunta dall'assemblea dei soci con il voto favorevole di una percentuale non inferiore al venti per cento del capitale sociale (art. 2393<sup>4</sup> cod. civ.), la revoca consegue di diritto alla sua approvazione, determinando la fine della sospensione della prescrizione. Nel caso in cui, invece, tale percentuale non sia raggiunta, è necessaria una distinta delibera di revoca <sup>(23)</sup>.

<sup>(19)</sup> Cass., sez. II, 18 gennaio 2007, n. 1090, cit.

<sup>(20)</sup> CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, 2, Torino, 2014, 942-943, che si rifà a quanto affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 78 del 2 aprile 2012) sulla non applicabilità dell'art. 2935 cod. civ. nei casi in cui la legge « collega il *dies a quo* della prescrizione a circostanze o eventi determinati », specificando il principio *ivi* enunciato o derogandovi. Si veda, inoltre, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*<sup>6</sup>, 2, 2008, 383, nota 74.

<sup>(21)</sup> LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, 3, Torino, 2007, 630.

<sup>(22)</sup> Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi, presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del Codice Civile, n. 981.

<sup>(23)</sup> Secondo CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, cit., 380, l'assemblea dei soci può deliberare validamente la revoca, solo se questa forma oggetto dell'ordine del giorno in discussione, essendo altrimenti necessaria una nuova convocazione.

Eliminare lo spazio fra «-» e «943».

Al contrario, se i danni si manifestano dopo la decadenza dell'amministratore o del sindaco dall'ufficio, l'azione sociale può essere esercitata solo se non siano trascorsi cinque anni da quel momento. Ciò comporta una deroga all'art. 2935 cod. civ., che è consentita dalla sua natura residuale, essendone l'applicazione subordinata all'assenza della predeterminazione legale del *dies a quo* della prescrizione di una specifica situazione giuridica, e che è giustificata dalla funzione degli organi di amministrazione e controllo della società <sup>(24)</sup>.

La ragionevolezza di tale disparità è esclusa, invece, da chi ritiene che la norma leda il diritto alla tutela giurisdizionale della società e presenti, quindi, un vizio di legittimità costituzionale per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost. se interpretata nel senso di legare all'estinzione del mandato il corso della prescrizione del diritto al risarcimento di tutti i danni causati dalla condotta degli amministratori o dei sindaci, indipendentemente dal momento in cui questi sono percepibili, anziché nel senso di limitare tale *dies a quo* all'azione per i danni manifestatisi manente officio <sup>(25)</sup>.

mettere in corsivo

Diversi sono gli elementi che inducono a ritenere la natura prescrizione del termine introdotto nell'art. 2393 cod. civ.: tra questi l'argomento storico-teleologico, desumibile dai lavori della Commissione di studio per l'attuazione della delega alla riforma organica del diritto societario, che a fondamento della novella indica esservi ragioni di certezza delle situazioni giuridiche <sup>(26)</sup>, e l'argomento sistematico, dato dal confronto con il testo inequivoco dell'art. 2409 *sexies*<sup>3</sup> cod. civ. <sup>(27)</sup>.

Va osservato, infine, che il titolo contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci impedisce, quantomeno in sede ordinaria <sup>(28)</sup>, che la prescrizione abbia una durata superiore al quinquennio ove la loro condotta abbia rilevanza penale, essendo l'applicabilità all'azione civile del maggior termine di prescrizione del reato testualmente limitata al « danno derivante da fatto illecito », ossia all'illecito aquiliano (art. 2947<sup>1</sup> cod.

<sup>(24)</sup> CALVOSA, op. loc. ultt. citt.

<sup>(25)</sup> *Inter alios* AMBROSINI, *Il termine per l'esercizio delle azioni di responsabilità*, cit., 1482; NAZZICONE, *La riforma del diritto societario*, in LO CASCIO (a cura di), *Società per azioni, amministrazione e controlli*, 5, Milano, 2003, 197.

<sup>(26)</sup> VIETTI-AULETTA-LO CASCIO-TOMBARI-ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006, 1714.

<sup>(27)</sup> AMBROSINI, op. loc. ultt. citt.

<sup>(28)</sup> Secondo Cass., sez. I, 13 aprile 1994, n. 3430, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2859, con nota di FRONTINI, l'art. 2947<sup>3</sup> cod. civ. si applica all'azione sociale di responsabilità che sia esercitata dal curatore fallimentare ex art. 146 l. fall., cumulandosi « inscindibilmente i contenuti, sia dell'azione contrattuale della soci, sia dell'azione extracontrattuale dei creditori sociali ».

civ.)<sup>(29)</sup>. Diversamente opinando, non avrebbe ragion d'essere lo specifico rinvio che l'art. 1449 cod. civ. effettua all'art. 2947<sup>3</sup> cod. civ. per disciplinare la prescrizione dell'azione di rescissione, quando il fatto della parte avvantaggiata dallo stato di pericolo o di bisogno dell'altro contraente costituisca reato.

Definita la necessaria natura extracontrattuale dell'illecito ai fini dell'ampliamento del termine prescrizionale, può osservarsi che la norma diventa compatibile con l'altra azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, quella dei creditori sociali (art. 2394 cod. civ.), per quanti ne affermano la natura aquiliana. In tal caso, il principio di autonomia delle giurisdizioni impone che il giudice civile si limiti a un accertamento incidentale dell'estratta configurabilità del reato per poter applicare l'art. 2947<sup>3</sup> cod. civ., senza che rilevino cause di improcedibilità o improseguibilità dell'azione penale<sup>(30)</sup>.

### **3 La prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali**

Se il fondamento contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci nei confronti della società è indubbio, la natura dell'illecito nei confronti dei creditori è ancora discussa, in dottrina<sup>(31)</sup> come in giurisprudenza<sup>(32)</sup>. Ciò non incide, come per altre ipotesi di legge, sulla

<sup>(29)</sup> Si vedano, con specifico riguardo all'azione sociale di responsabilità, Trib. Milano, 19 settembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1015; in genere, sull'applicabilità dell'art. 2947 cod. civ. alle sole azioni extracontrattuali Cass., sez. lav., 8 gennaio 1993, n. 108, in *Leggi d'Italia. Contra*, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 1 marzo 1994, n. 2012, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 229; in dottrina, CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, cit., 957-959.

<sup>(30)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27337, in *Foro it.*, 2009, I, 767, con nota di LANDINI; Cass., sez. II, 20 marzo 2009, n. 6891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 988, con nota di GRANDI.

<sup>(31)</sup> Da tempo parte della dottrina configura l'illecito degli amministratori come ipotesi tipica di lesione extracontrattuale del credito: cfr. OSTI, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 802, cui *adde*, per tutti, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, Padova, 1990, 254 ss.; in tema di gruppi societari CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei creditori della società eterodiretta*, in *Fallimento*, 2008, 1435, e, *ivi*, nota 2, per ampi spunti bibliografici. In favore dell'opposta tesi si vedano MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 329, che ne ritiene la natura surrogatoria; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, cit., 385, che la considera, invece, un'azione diretta, in quanto diversa nei presupposti e nella disciplina dalla tutela surrogatoria.

<sup>(32)</sup> L'avvicinarsi di entrambi gli orientamenti, a loro volta non uniformi, indica esservi tuttora disaccordo in giurisprudenza sulla natura extracontrattuale o contrattuale (diretta o indi-



durata ordinaria della prescrizione, in quanto l'art. 2949<sup>2</sup> cod. civ. è particolarmente chiaro nel disporre che sia di cinque anni, bensì — come sopra osservato — sull'applicabilità del termine di prescrizione del reato, quando l'illecito sia riconducibile a un delitto o una contravvenzione. Tale eventualità è frequente e, non a caso, la giurisprudenza è stata chiamata più volte ad affrontare la questione, pronunciandosi sempre in favore della maggior durata della prescrizione <sup>(33)</sup>.

Al contrario di quanto dispone l'art. 2393 cod. civ., l'art. 2394<sup>2</sup> cod. civ. non predetermina il *dies a quo* della prescrizione, che la giurisprudenza ha sempre ritenuto coincidere con il momento in cui si l'insufficienza del patrimonio sociale è percepibile dai creditori, non rilevando, invece, il tempo in cui gli amministratori o sindaci hanno tenuto la condotta dannosa. Questa interpretazione della norma, affermata ormai da tempo <sup>(34)</sup> ed estesa alla disciplina del diritto al risarcimento del danno dei creditori di società eterodiretta (art. 2497<sup>3</sup> cod. civ.) <sup>(35)</sup>, risente fortemente del capovolgimento ermeneutico subito dalla disciplina dell'*exordium prescriptionis* (art. 2935 cod. civ.) per opera della giurisprudenza sul danno

retta, per inadempimento o violazione di un obbligo) dell'illecito. Lo considerano una speciale declinazione dell'art. 2043 cod. civ. Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 758; Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Fallimento*, 1999, 557, con nota di FUNARI; Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13765, cit.; Trib. Roma, sez. III, 20 giugno 2011, n. 13184, in *De jure*; relativamente ai creditori della società eterodiretta, Trib. Napoli, sez. VII, decr., 26 maggio 2008, in *Fallimento*, 2008, 1435, con nota di CAGNASSO.

Le pronunce che affermano il titolo contrattuale dell'azione tendono a negarle autonomia, sostenendone la natura surrogatoria: Cass., 27 novembre 1982, n. 6431; Cass., sez. I, 28 novembre 1984, n. 6187, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1409; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Fallimento*, 1999, 254, con nota di ZAMPERETTI; per la giurisprudenza di merito, *ex multis*, Trib. Palermo, 8 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2001, 1267; Trib. Torino, 13 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 145.

<sup>(33)</sup> Cfr. Trib. Milano, 9 ottobre 2000, in *Fallimento*, 2001, 236, che distingue l'ipotesi in cui il procedimento penale sia in corso dal caso in cui sia stata già pronunciata sentenza di proscioglimento, individuando il *dies a quo* della più lunga prescrizione civile nel giorno rispettivamente dell'illecito e del passaggio in giudicato della sentenza penale; Trib. Milano, 14 novembre 1993, cit., che estende il principio di diritto enunciato per l'azione dei creditori sociali all'azione ex art. 2393 cod. civ. in un caso di procedimento penale per bancarotta a carico degli amministratori una società sottoposta a liquidazione coatta amministrativa.

<sup>(34)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, 768, con nota di BONELLI.

<sup>(35)</sup> Cfr. Trib. Napoli, sez. VII, decr., 26 maggio 2008, cit., secondo cui il *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno dei creditori della società controllata contro l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento e ha violato i principi di corretta gestione imprenditoriale coincide con il momento in cui la produzione del danno diventa oggettivamente percepibile all'esterno.

biologico <sup>(36)</sup>, in quanto il *dies a quo* si sposta dal giorno in cui il « fatto si è verificato » (art. 2947<sup>1</sup> cod. civ.) al momento il cui il danno diventa « oggettivamente percepibile e riconoscibile » <sup>(37)</sup>, ossia quando « risulta » l'incapienza del patrimonio sociale, che indica una situazione diversa dall'insolvenza <sup>(38)</sup>.

Ne discende, in tale ambito, che la prescrizione corre dalla data in cui il creditore può valutare, con l'ordinaria diligenza, lo squilibrio tra attività e passività. Tale data coincide frequentemente con la dichiarazione di fallimento <sup>(39)</sup>, ma non è escluso che possa essere anteriore o posteriore <sup>(40)</sup> al deposito della sentenza e, nel primo caso, è onere dell'amministratore o del sindaco che eccepisca la prescrizione dell'azione provare la conoscibilità del dissesto da parte dei creditori in epoca antecedente alla procedura concorsuale (art. 2697<sup>2</sup> cod. civ.) <sup>(41)</sup>. È riservato al giudice, invece, l'accertamento della natura e della durata della prescrizione, essendo una questione inerente all'identificazione del diritto oggetto del processo <sup>(42)</sup>.

La giurisprudenza ha escluso in merito che il convenuto possa superare tale presunzione <sup>(43)</sup> limitandosi a dedurre genericamente:

— l'ammissione della società controllante alla procedura di amministrazione controllata, in quanto la società satellite conserva una autonoma

<sup>(36)</sup> Cass., sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Riv. it. medicina legale*, 1981, 880.

<sup>(37)</sup> Cass., sez. III, 10 giugno 1999, n. 5701, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1313; Cass., sez. lav., 29 agosto 2003, n. 12666, *ivi*, 2003, 7-8; Cass., sez. III, 28 luglio 2000, n. 9927, in *Il civilista*, 2009, 81, con nota di VALERINI.

<sup>(38)</sup> Sulla diversità di tali concetti, pacifica in giurisprudenza, si vedano, *inter alios*, TERRANOVA, *Stato di crisi, stati di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, 547; BONELLI, *Art. 1462 l. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 780, 790 ss.

<sup>(39)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 6 ottobre 1981, n. 5241, cit., cui *adde*, *ex multis*, Cass., sez. I, 12 giugno 2014, n. 13378, in *De jure*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Torino, 23 aprile 2001, in *Fallimento*, 2001, 1063.

<sup>(40)</sup> Cfr. Trib. Udine, 16 aprile 2011, in *Il caso.it*, secondo cui il corso della prescrizione può iniziare al momento della liquidazione fallimentare, se solo in tale sede diventa rilevabile una diminuzione dell'attivo che aggravi il dissesto e pregiudichi le aspettative di soddisfacimento dei creditori.

<sup>(41)</sup> *Ex multis* Cass., sez. I, 17 maggio 2013, n. 12065, in *De jure*; Trib. Padova, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 408, in *Guida al dir.*, 2014, 28, 74; Trib. Nola, 1 marzo 2010, in *Il caso.it.*; Trib. Catania, 1 settembre 2000, in *Fallimento*, 2001, 1127, con nota di LAMBICCHI.

<sup>(42)</sup> Cass., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9768, in *De jure*; Cass., sez. lav., 13 luglio 2009, n. 16326, *ivi*.

<sup>(43)</sup> « L'onerosità della prova a carico del curatore ha indotto la giurisprudenza ad introdurre una presunzione *iusuris tantum* di coincidenza del *dies a quo* con la dichiarazione di fallimento »: Cass., sez. I, 12 giugno 2014, n. 13378, cit.

soggettività giuridica che impedisce di ritenerle automaticamente estese le difficoltà economiche della società madre <sup>(44)</sup>;

— la messa in liquidazione della società, potendo il suo scioglimento essere dovuto a una causa diversa dalla eccedenza del passivo sull'attivo e non implicando l'azzeramento del capitale sociale il necessario depauperamento del patrimonio della società <sup>(45)</sup>;

— l'esistenza di pignoramenti, ipoteche o protesti <sup>(46)</sup>;

— l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, che può comportare lo scioglimento della società, ma non presuppone necessariamente la lesione della garanzia generica del credito (art. 2740 cod. civ.) <sup>(47)</sup>.

È discusso, in proposito, se la formazione del bilancio di esercizio sia evento idoneo a esteriorizzare l'incapienza del patrimonio sociale.

Parte della giurisprudenza <sup>(48)</sup> nega che il danno possa ritenersi « conoscibile » dai creditori, quando la rilevazione del *deficit* patrimoniale dai bilanci sociali richieda specifiche competenze tecniche o il possesso di informazioni contenute in altri documenti.

La giurisprudenza <sup>(49)</sup> affermativa, invece, annovera i « bilanci fortemente passivi » tra i « fatti sintomatici » del *deficit* patrimoniale, al pari della « chiusura della sede (c.d. fuga dell'imprenditore) » o dell'« assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata » <sup>(50)</sup>. Il bilancio, d'altronde, è il documento contabile che illustra in modo chiaro, veritiero e corretto, la condizione patrimoniale e finanziaria della società, nonché la sua redditività. Questi dati consentono o impongono all'ente il compimento degli atti necessari alla salvaguardia dell'integrità del capitale e assicurano ai soci e ai creditori uno « strumento legale di informazione contabile sull'anda-

<sup>(44)</sup> Cass., sez. I, 12 giugno 2014, n. 13378, cit.

<sup>(45)</sup> Cass., sez. I, 18 gennaio 2005, n. 941, in *Giust. civ.*, 2006, I, 445, con osservazioni di CAMELI.

<sup>(46)</sup> Trib. Catania, 23 giugno 2011, in *Il caso.it*.

<sup>(47)</sup> Cass., sez. I, 8 aprile 2009, n. 8516, in *Giur. comm.*, 2011, II, 471, con nota di GHETTI, che ha confermato la sentenza impugnata nella parte in cui aveva negato valenza fenomenica del dissesto patrimoniale all'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale (nella specie: attività di trasporto pubblico), dovuta alla revoca di una convenzione per la vendita dei titoli di viaggio di un'azienda municipalizzata.

<sup>(48)</sup> Trib. Milano, 19 settembre 2003, cit.

<sup>(49)</sup> Secondo Cass., sez. I, 25 luglio 2008, n. 20476, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 22, 74, con nota di PRENNA, invece, il *dies a quo* coincide con la pubblicazione del bilancio, ove delle perdite annuali che hanno causato il *deficit* patrimoniale della società (nel caso di specie, pari al doppio dell'intero capitale), i creditori possano avere conoscenza con il solo esame del bilancio; conf. Cass., sez. I, 17 maggio 2013, n. 12065, in *De iure*.

<sup>(50)</sup> Cass., sez. I, 8 aprile 2009, n. 8516, cit.

mento degli affari sociali » e sulla « consistenza del patrimonio della società », che è la « sola garanzia » in cui possono riporre il loro affidamento <sup>(51)</sup>. A tal fine — ha osservato la Suprema Corte <sup>(52)</sup> — è irrilevante che l'assemblea dei soci deliberi l'approvazione del bilancio, se la lesione dell'integrità del patrimonio è percepibile senza un diretto esame del documento contabile, mentre l'esordio della prescrizione coincide con il fallimento quando i creditori possano conoscere il dissesto solo consultando un bilancio approvato, ma non depositato nel registro delle imprese <sup>(53)</sup>.

Oltre alla dichiarazione di fallimento e alla formazione del bilancio, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che siano eventi determinanti l'*exordium praescriptionis* la cancellazione della società dal registro delle imprese <sup>(54)</sup>, l'infruttuosa esecuzione individuale su beni sociali <sup>(55)</sup> o la vendita coattiva dell'unico bene sociale pignorabile, oggetto di ipoteca <sup>(56)</sup>, la domanda di concordato preventivo <sup>(57)</sup> e l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria <sup>(58)</sup>.

In merito alla sospensione della prescrizione, il tenore testuale dell'art. 2941<sup>1</sup> n. 7 cod. civ. ne esclude l'applicabilità all'azione dei creditori sociali <sup>(59)</sup>, in quanto la causa opera solo « tra le persone giuridiche e i loro amministratori, finché sono in carica » e la tassatività delle ipotesi di

<sup>(51)</sup> CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, cit., 447-448.

<sup>(52)</sup> Cass., sez. I, 22 ottobre 2004, n. 20637, in *De jure*. Il Supremo Collegio ha cassato la sentenza impugnata nella parte in cui aveva stabilito che la prescrizione dell'azione nei confronti dei sindaci fosse iniziata con l'approvazione (tardiva) di un bilancio negativo, mentre l'assemblea aveva già deliberato di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, a fronte della sua ammissione di aver distratto il denaro della società per il compimento di atti estranei all'oggetto sociale. Conf. Cass., sez. I, 14 dicembre 2015, n. 25178, in *Dir. e giust.*, 2015, 15 dicembre, con nota di PAGANINI.

<sup>(53)</sup> Trib. Milano sez. VIII 18 gennaio 2011, n. 501, in *Fall.*, 2011, 588, con nota di SPIOTTA.

<sup>(54)</sup> Trib. Milano, 21 aprile 1986, in *Società*, 1986, 740.

<sup>(55)</sup> App. Milano, 21 gennaio 1994, cit.; Trib. Padova, 16 luglio 1999, in *Fallimento*, 2000, 895, con nota di A. PATTI; Trib. Milano, 14 novembre, cit.; Trib. Milano, 15 luglio 1991, in *Fallimento*, 1991, 1286.

<sup>(56)</sup> Trib. Milano, 11 dicembre 2006, in *Società*, 2008, 333.

<sup>(57)</sup> Trib. Milano, 25 settembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, 348. Secondo Trib. Padova, ord. 2 gennaio 2003, in *Società*, 2004, 219 il *dies a quo* retrocede a una data antecedente all'ammissione della società alla procedura concordataria, se la stampa locale e nazionale ha dato particolare risonanza all'evento del deposito della domanda.

<sup>(58)</sup> Trib. Milano, 22 dicembre 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 930, con nota di ROVIDA.

<sup>(59)</sup> Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, cit., 386; in giurisprudenza, per *obiter dictum*, Cass., sez. un., 6 ottobre 1981, n. 5241, cit.; Cass., sez. I, 25 luglio 1979, n. 4415, in *Giur. comm.*, 1980, II, 325. Si limita a rilevare che la questione è « dubbia » Trib. Milano, 22 dicembre 1988, cit.

sospensione rende inammissibile l'analogia <sup>(60)</sup>. La sospensione potrebbe, quindi, ritenersi consentita solo affermando che i creditori agiscano in surrogatoria <sup>(61)</sup>. Può operare, invece, la sospensione per occultamento doloso del debitore (art. 2941<sup>1 n. 9</sup> cod. civ.), ove la condotta degli amministratori o i sindaci comporti per il creditore un'assoluta impossibilità di agire a tutela del suo diritto <sup>(62)</sup>.

Le osservazioni sinora svolte sulla tutela dei creditori sociali devono essere estese alle società a responsabilità limitata, sebbene il Codice Civile non disciplini più con apposite norme la responsabilità degli amministratori nei loro confronti, regolata dal previgente art. 2475 cod. civ. con rinvio all'art. 2394 cod. civ. In assenza di una disciplina speciale, si ritiene in dottrina <sup>(63)</sup> che l'azione dei creditori si fondi sull'art. 2043 cod. civ. o sul combinato disposto degli artt. 2476 e 2900 cod. civ. o, infine, sull'art. 2394 cod. civ. applicato per analogia. Di queste alternative la giurisprudenza, dopo iniziali diffidenze <sup>(64)</sup>, ha privilegiato il ricorso alla disciplina generale dell'illecito aquiliano <sup>(65)</sup>, di cui l'art. 2394 cod. civ. è considerato una particolare declinazione al pari dell'art. 2497<sup>3</sup> cod. civ. in tema di direzione e coordinamento <sup>(66)</sup>. Ciò consente di ritenere sicuramente ope-

<sup>(60)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12953, in *Guida al dir.*, 2007, 30, 44; Cass., sez. II, 20 luglio 1987, n. 6364, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 7. D'altronde, l'applicazione dell'art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ. alle azioni di responsabilità delle società in accomandita semplice contro i suoi amministratori ha richiesto una pronuncia additiva della Corte costituzionale (sent. 24 luglio 1998, n. 322, cit.).

<sup>(61)</sup> Cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 1969, citata da BONELLI, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, II, 1982, 789, nota 28, che coerentemente desume l'efficacia della causa di sospensione dall'asserita natura indiretta dell'azione dei creditori sociali.

<sup>(62)</sup> Cfr. CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, cit., 947-948, che esamina la questione per le azioni sociali di responsabilità.

<sup>(63)</sup> Per una sintesi delle diverse tesi cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, cit., 573, nota 52.

<sup>(64)</sup> Dopo la riforma, alcune pronunce di merito aveva ritenuto che l'eliminazione del rinvio all'art. 2394 cod. civ. rendesse l'azione inammissibile, ma la giurisprudenza successiva (per tutte Cass., sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121, in *Società*, 2011, 701) ha disatteso tale interpretazione con persuasivi argomenti sistematici: si rinvia, in tema, alla rassegna di PELLE, *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali*, in *Società*, 2011, 1459, 1461 ss.

<sup>(65)</sup> Cfr. Trib. Verona, 16 aprile 2012, in *Il caso.it*, che ha escluso l'applicazione per analogia dell'art. 2394 cod. civ. ai creditori di una società a responsabilità limitata, individuando il fondamento della loro tutela nell'art. 2043 cod. civ.; Trib. Pescara 15 novembre 2006, cit.; Trib. Napoli, 11 novembre 2004, in *Società*, 2005, 1007, con nota di FUSI. Diff. Trib. Udine, ord., 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, 808, con nota di C. M. BIANCA, che prospetta l'applicazione analogica dell'art. 2394 cod. civ.

<sup>(66)</sup> Cfr. Trib. Napoli, sez. VII, decr., 26 maggio 2008, cit.

rante, nel caso il cui l'illecito configuri un reato, il termine di prescrizione stabilito dalla legge penale (art. 2947<sup>3</sup> cod. civ.) per l'esercizio dell'azione civile.

#### **4 La prescrizione delle azioni di responsabilità esercitate nel corso del fallimento**

Avuto riguardo alla prescrizione delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle società di capitali in caso di fallimento, l'art. 146<sup>2</sup> l. fall. attribuisce al curatore la legittimazione (straordinaria) a promuovere, su autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, « le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori » della società.

Com'è noto, la previsione originaria considerava unicamente le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 cod. civ., mentre il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (art. 130<sup>1</sup>) ha esteso la norma a tutti i tipi societari in cui siano presenti le figure ivi richiamate. Viceversa, l'art. 2394 *bis* e tutti gli articoli del Codice Civile che vi fanno rinvio (artt. 2407<sup>3</sup>, 2409 *decies*<sup>5</sup>, 2409 *undecies*<sup>1</sup>, 2409 *noviesdecies*<sup>1</sup>), nonché l'art. 2497<sup>4</sup> cod. civ. attribuiscono tale legittimazione al curatore fallimentare, al commissario liquidatore e al commissario straordinario (art. 2394 *bis* e cod. civ.) nell'ambito rispettivamente nell'ambito delle società per azioni e dei gruppi. Ciò non impedisce, però, di giungere a identiche conclusioni nel caso di fallimento di società a responsabilità limitata applicando l'art. 43<sup>1</sup> l. fall., che sostituisce il curatore al fallito in tutte le controversie concernenti i suoi rapporti di diritto patrimoniale <sup>(67)</sup>.

eliminare  
corsivo

Oggetto della speciale disciplina sono, naturalmente, solo le azioni che la società non abbia già esercitato. Se, invece, il processo è pendente al tempo della dichiarazione di fallimento, la sentenza lo interrompe ed è onere del curatore riassumerlo (artt. 43 l. fall. e 303 cod. proc. civ.). Ove ciò non accada e, quindi, il processo si estingue (art. 310 cod. proc. civ.), alla data della chiusura del fallimento l'azione della società o dei creditori

<sup>(67)</sup> Nelle more tra la riforma del diritto societario e la modifica dell'art. 146 l. fall. parte della giurisprudenza di merito ha posto in dubbio la legittimazione del curatore fallimentare a promuovere l'azione di responsabilità dei creditori di società a responsabilità limitata. Cfr. Trib. Napoli, 11 novembre 2004, cit.; *contra* Trib. Napoli, 12 maggio 2004, in *Fallimento*, 2005, 1013, che a fondamento della sostituzione processuale del curatore nell'azione di responsabilità ha posto il persuasivo argomento sistematico della sua legittimazione a costituirsi parte civile nei procedimenti penali contro gli amministratori (art. 240 l. fall.).

potrebbe essersi prescritta, non essendo la perdita della legittimazione ad agire una causa di sospensione della prescrizione <sup>(68)</sup>.

Ai fini della prescrizione è dirimente stabilire se le azioni che il curatore fallimentare può promuovere siano le stesse riservate alla società e ai creditori (artt. 2393, 2394, 2407, 2497 cod. civ.), esercitate, perciò, in surrogatoria, o individuino una nuova forma di tutela.

La giurisprudenza ha seguito ciascuna di queste alternative, determinando un'incertezza che la modifica dell'art. 146<sup>2</sup> l. fall. non ha composto e che impedisce tuttora di dare alla questione un inquadramento univoco.

Le ricadute che la natura giuridica delle azioni di responsabilità esercitabili dal curatore fallimentare ha sulla prescrizione interessano sia l'efficacia della causa di sospensione di cui all'art. 2491<sup>1 n. 7</sup> cod. civ. sia il loro termine di estinzione.

Considerando l'ipotesi disciplinata dall'art. 146<sup>2</sup> l. fall. come figura speciale di legittimazione straordinaria a far valere i diritti che il Codice Civile attribuisce alla società e ai suoi creditori (art. 81 cod. proc. civ.), ne segue che la prescrizione:

a) è sospesa, nei soli rapporti tra amministratori e società a responsabilità limitata (art. 2476 cod. civ.) <sup>(69)</sup>, fino all'estinzione del rapporto fiduciario (art. 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ.) <sup>(70)</sup>, o, secondo una tesi <sup>(71)</sup>, fino alla nomina del curatore fallimentare;

b) decorre, nei confronti delle società per azioni, della cessazione dell'incarico di amministratore o di sindaco (artt. 2393<sup>4</sup> e 2407<sup>3</sup> cod. civ.);

<sup>(68)</sup> Cass., sez. I, 2 luglio 2007, n. 14961, in *Fallimento*, 2008, 98, in cui si legge: « come l'eventuale inerzia dei creditori anteriore al fallimento determina il decorso della prescrizione in danno del curatore anche prima del sorgere della sua legittimazione all'azione, così l'inerzia del curatore può pregiudicare l'azione dei creditori ancorché essi non abbiano ancora riacquisitato la legittimazione all'azione ».

<sup>(69)</sup> Afferma l'applicabilità congiunta degli artt. 2949 e 2941<sup>1 n. 7</sup> cod. civ. all'azione sociale esercitata dal curatore fallimentare contro gli amministratori di una società per azioni Cass., sez. I, 21 giugno 2012 n. 10378, in *De jure*, pronunciandosi su una vicenda antecedente all'entrata in vigore dei d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, e 9 gennaio 2006 n. 5.

<sup>(70)</sup> Precisa Cass., sez. I, 25 luglio 1979, n. 4415, cit., che la prescrizione è sospesa fino all'accettazione dell'incarico da parte del nuovo amministratore, indipendentemente dall'iscrizione della causa di decadenza (revoca o dimissioni) del suo predecessore.

<sup>(71)</sup> Si vedano, in giurisprudenza, Trib. Milano, 22 dicembre 1988, cit., secondo cui « in caso di fallimento, o di procedura concorsuale equivalente, quantunque l'instaurazione di tale procedura non determini la cessazione degli organi sociali e la decadenza dei rispettivi titolari da dette cariche, viene meno ogni ragione di sospensione della prescrizione, perché la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità passa in capo al curatore (o al commissario) »; in dottrina, sebbene l'affermazione non sia motivata, ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 169/2007*, Torino, 2008, 393.

c) decorre, verso i creditori di entrambi i tipi societari, danneggiati a titolo extracontrattuale, dalla data del fallimento o dal diverso momento in cui si esteriorizza l'incapienza del patrimonio sociale (artt. 2043, 2394, 2497<sup>3</sup>, 2935 cod. civ.).

Ritenendo, invece, che l'art. 146<sup>2</sup> l. fall. individui un'autonoma azione di responsabilità, disciplinata dalle norme più favorevoli ai danneggiati, si può affermare che la prescrizione è sospesa a favore della società e dei creditori, anziché solo a favore della prima, e decorre per entrambi, anziché solo per i creditori, dalla manifestazione dell'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfarne le ragioni <sup>(72)</sup>.

Inizialmente si è affermato che il curatore esercita « un'azione di massa [...] distinta e autonoma » <sup>(73)</sup> dalle tutele ordinarie, di cui cumula « i presupposti e gli scopi » <sup>(74)</sup>, « ponendosi perciò necessariamente nella posizione di terzo » <sup>(75)</sup>. Tale azione, se si è coerenti con la premessa, sarebbe disciplinata da una sorta di *tertia lex*, un *mixtum compositum* delle norme dell'una e dell'altra più favorevoli ai danneggiati; una conclusione del genere, però, traligna dal testo di legge, che considera solo lo specifico profilo della legittimazione a far valere la responsabilità degli amministratori e dei sindaci, le cui fattispecie continuano a essere disciplinate dal Codice Civile per quanto non diversamente stabilito dalla Legge fallimentare. D'altronde, le pronunce in cui l'azione del curatore è definita « inscindibile » <sup>(76)</sup> escludono che l'organo fallimentare sia legittimato *ex novo* al suo esercizio, con ciò stemperando, se non negando, l'asserita diversità con le azioni della società e dei creditori <sup>(77)</sup>.

La sviante formula della natura « unitaria » e « inscindibile » della tutela risarcitoria è riproposta dalla giurisprudenza successiva, ma con sfumature e significati parzialmente diversi, che deve essere colti nella loro reale portata, onde evitare che l'azione proposta nel corso della procedura

<sup>(72)</sup> Cfr. Trib. Padova, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 408, cit.

<sup>(73)</sup> Cass., 21 marzo 1974, n. 790, in *Giur. comm.*, 1974, II, 509.

<sup>(74)</sup> Cass., 10 giugno 1981, n. 3755, in *Fallimento*, 1981, 899, secondo cui la Legge fallimentare attribuisce al curatore un'« unica azione, nella complessa disciplina derivante da tutte e tre le norme » del Codice Civile (artt. 2392-2394 cod. civ.).

<sup>(75)</sup> Cass., 21 marzo 1974, n. 790, cit.

<sup>(76)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 25 luglio 1979, n. 4415, cit., e, *ivi*, 326-327, note 4-5, per indicazioni sulla giurisprudenza antecedente.

<sup>(77)</sup> Con stringente logica BONELLI, *Art. 1462 l. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, cit., 784-785.



concorsuale diventi un « centauro »<sup>(78)</sup> con una disciplina biforme: l'unitarietà e l'inscindibilità indicano che, qualsiasi scelta compia il curatore fallimentare (esercizio di una o di entrambe le azioni), la forma processuale della domanda è identica, ma ciascuna azione segue la propria disciplina, in tutti i suoi profili (elementi costitutivi dell'illecito, onere probatorio, prescrizione)<sup>(79)</sup>, dal momento che l'art. 146<sup>2</sup> l. fall. non prevede « un terzo tipo di azione di responsabilità, ma una azione cumulativa », con cui le domande (artt. 2393-2394 cod. civ.), possono essere « contemporaneamente proposte »<sup>(80)</sup>, conservando la propria autonomia<sup>(81)</sup>.

Inoltre, la comune finalità delle tutele confluite in un unico rimedio, ossia recuperare alla massa fallimentare quanto sottratto alla società per fatti imputabili agli amministratori o i sindaci, priva di rilevanza la conformità del loro operato alle decisioni dei soci<sup>(82)</sup>, che non è opponibile al curatore.

<sup>(78)</sup> Si legge in JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 548: « nella prassi, l'azione promossa dal curatore diventa [...] una specie di "centauro", che prende dall'una e dall'altra delle previsioni degli artt. 2393 e 2394 le soluzioni più favorevoli alla massa » (550). « La giurisprudenza, peraltro, è andata molto oltre [...] nello sfruttare le possibilità che la legge le offre [...] per colpire con le azioni di responsabilità gli amministratori e i sindaci » (551).

<sup>(79)</sup> Cfr. Cass., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, in *Dir. e Giust.*, 2012, 21 settembre, con nota di LISO, ove si afferma che, per giurisprudenza pacifica, il curatore soggiace alla disciplina dell'azione proposta, sia questa favorevole o sfavorevole alla procedura concorsuale; Cass., sez. I, 21 giugno 2012, n. 10378, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 828; Cass., sez. I, 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Il caso.it*, che ritiene applicabile la disciplina della responsabilità contrattuale relativamente a un caso in cui la curatela fallimentare aveva esercitato unicamente l'azione sociale (art. 2393 cod. civ.); nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, sez. impr., 15 gennaio 2015, in *Il caso.it*.

<sup>(80)</sup> Con efficace sintesi Cass., sez. I, 2 luglio 2007, n. 14961, cit.

<sup>(81)</sup> Sul conseguente onere di allegazione si veda Cass., sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23180 (est. Rordorf), in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10: l'attuazione del diritto di difesa richiede che la *causa petendi* dell'azione si traduca, sin dal principio, nell'indicazione dei « comportamenti degli amministratori asseritamente contrari ai doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto sociale », indipendentemente dal tipo di azione esercitata (della società, dei creditori o di entrambi). A tal fine non rileva « che, nei confronti specifici dei creditori sociali, gli amministratori rispondano dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale », in quanto tale condotta può fondare la loro responsabilità solo se i danni subiti siano l'effetto non del rischio di impresa, bensì dell'inosservanza dei loro obblighi, « di cui è perciò indispensabile identificare nella domanda giudiziaria gli estremi fattuali ». Conf. Cass., sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28669, in *De jure*.

<sup>(82)</sup> Cass., sez. I, 23 giugno 2008, n. 17033, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 1010; Cass., sez. I, 6 dicembre 2000, n. 15487, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2716.

## 5 Conclusioni

La disamina che precede pone in luce come la disciplina della prescrizione delle azioni di responsabilità dei membri degli organi di amministrazione e controllo di società di capitali privilegi ragioni di giustizia sostanziale.

Salva l'ipotesi di cui all'art. 2393<sup>4</sup> cod. civ., che determina l'*exordium praescriptionis* applicando un criterio oggettivo, il *dies a quo* per l'esercizio delle azioni di responsabilità è variabile e determinato dal criterio della manifestazione del danno (artt. 2394<sup>2</sup>, 2476, 2497, 2935 cod. civ.), che accresce inevitabilmente la discrezionalità dell'interprete<sup>(83)</sup>.

La tensione tra gli opposti interessi, immanente all'esperienza giuridica di molti ordinamenti<sup>(84)</sup>, si stempera quando le azioni sono esercitate dopo il fallimento della società, come normalmente accade, e la natura dei danni che tali rimedi tendono a riparare fa avvertire con minor problematicità l'assenza, nel nostro ordinamento del cd. *delai butoir*. Tale figura, disciplinata dal Codice Civile francese, indica un termine di prescrizione residuale e alternativo al termine ordinario (cd. *flottant*), che decorre dal momento in cui il diritto sorge e la cui scadenza estingue definitivamente il diritto<sup>(85)</sup>, evitando che la mobilità del *dies a quo* perpetui lo stato di incertezza sul suo esercizio.

Al di là di tale questione, la cui portata trascende i confini della « provincia del diritto societario »<sup>(86)</sup>, l'attesa « riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza » offrirebbe l'opportunità per superare i dubbi attuali sulla prescrizione dell'azione del curatore fallimentare definendo il rapporto tra i rimedi che confluiscono nella tutela "di massa". Invero, lo schema di disegno della legge delega elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro Giustizia (d.m. 24 febbraio 2015)<sup>(87)</sup>, oltre a confermare la legittimazione del curatore « a promuovere o proseguire » le azioni *de quibus* (art. 7<sup>4</sup>), prevede solo l'introduzione di norme che « esplicit(ino) presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in con-

<sup>(83)</sup> In tema GUARNIERI, *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1129.

<sup>(84)</sup> Per ampi spunti si veda S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, I, 21.

<sup>(85)</sup> Cfr. VITUCCI-ROSSELLI, *La prescrizione*, I, in BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 2012, sub art. 2934, 24 ss.

<sup>(86)</sup> L'espressione è di D'ALESSANDRO, « *La provincia del diritto societario inderogabile (ri) determinata* », ovvero: *esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 1, 34.

<sup>(87)</sup> Disponibile nel sito <http://www.dirittobancario.it/> (4 dicembre 2015).

formità ai principi dettati dal codice civile » (art. 6<sup>2</sup>) nell'ambito della procedura di concordato preventivo, senza prefigurare, al momento, modifiche particolari alla disciplina della prescrizione, ma la continua evoluzione del diritto fallimentare (o — come forse sarà ridenominato — della « liquidazione giudiziale » <sup>(88)</sup>) impone cautela nei pronostici.

<sup>(88)</sup> Secondo l'art. 2<sup>1</sup> lett. a (« Principi generali ») del sovra citato disegno di legge il primo criterio direttivo cui deve attenersi il Governo « nell'esercizio della delega [...] a riformare in modo organico le procedure concorsuali » è la sostituzione del « termine "fallimento", e suoi derivati, con espressioni equivalenti, quali "insolvenza" o "liquidazione giudiziale" ».

