

Amministratori e sindaci

Azione di responsabilità avverso amministratori e sindaci

TRIBUNALE CATANIA 1° settembre 2000, ord. giud. des.

Est. Currò - Fall. soc. coop. Agricola Ortofrutticola Siciliana a r.l. (avv. Leocata) c. Baiamonte Giuseppe (avv. Zangara) ed altri

Fallimento - Soggetti - Amministratori e sindaci - Responsabilità - Termine di prescrizione

I. A seguito del fallimento, le azioni di responsabilità, di cui agli artt. 2393 e 2394 ss. codice civile, confluiscono in un'unica azione avente carattere unitario ed inscindibile, sia perché essa cumula i presupposti e gli scopi delle dette azioni, sia perché è sempre finalizzata alla reintegrazione del patrimonio della società fallita, quale garanzia dei soci e dei creditori della società, la quale si trasmette al curatore nell'ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di fallimento. In questo caso la prescrizione decorre dall'ultimo dei due termini previsti per ciascuna azione, ossia da quella di cui all'art. 2394 codice civile.

Fallimento - Soggetti - Amministratori e sindaci - Responsabilità - Termine di prescrizione

II. Il termine di prescrizione dell'azione dei creditori sociali, ai sensi dell'art. 2394 codice civile, inizia a decorrere dal momento in cui si è verificata l'insufficienza del patrimonio sociale che può identificarsi con l'epoca della dichiarazione di fallimento, salvo la prova contraria da parte dell'interessato.

Fallimento - Soggetti - Amministratori e sindaci - Responsabilità - Determinazione del danno

III. Nell'ipotesi in cui sia stata accertata l'assoluta mancanza delle scritture contabili il danno conseguente alla responsabilità degli amministratori della società fallita può determinarsi nella differenza tra il passivo fallimentare accertato e l'attivo inventariato.

(Art. 146 legge fallimentare)

Il Tribunale (omissis).

Deve premettersi come la domanda cautelare oggetto del presente procedimento, richiesta di sequestro conservativo nei confronti del patrimonio di pertinenza di amministratori e sindaci della società fallita, risulti strumentale all'esperimento dell'azione di responsabilità ex art. 146, secondo comma, legge fallimentare, siccome preannunciato dalla curatela ricorrente.

Ciò posto, deve osservarsi come in forza dell'art. 146, secondo comma, legge fallimentare, «l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i direttori generali e i liquidatori a norma degli artt. 2393 e 2394 codice civile, è esercitata dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori».

Preso atto della rinuncia, all'udienza di comparizione, ad opera della difesa di Baiamonte Giuseppe dell'eccezione, sollevata in seno alla comparsa di costituzione, relativa alla pretesa mancata acquisizione da parte del fal-

limento del parere del comitato dei creditori, risultando il detto parere ritualmente acquisito nel pieno rispetto del disposto dell'art. 146, secondo comma, legge fallimentare, deve osservarsi in diritto quanto segue.

È noto che gli amministratori sono responsabili del loro operato in una triplice direzione: nei confronti della società (artt. 2392-2393 codice civile), nei confronti dei creditori sociali (art. 2394) e nei confronti dei singoli soci o singoli terzi (art. 2395 codice civile).

In particolare il disposto dell'art. 2392 codice civile stabilisce che «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario» e che «sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri». Il secondo comma della stessa norma individua, inoltre, in testa agli amministratori un obbligo generale di vigilanza e di intervento preventivo o successivo.

Il *thema probandum* a fondamento della responsabilità

che, al riguardo, venga prospettata si articola nei tre elementi dell'inadempimento da parte degli amministratori di uno o più degli obblighi suindicati, del danno subito dalla società e del nesso causale intercorrente tra l'uno e l'altro.

La norma dell'art. 2394 codice civile stabilisce, a sua volta, al primo comma, che «gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale». La disposizione in parola è completata dal secondo comma che stabilisce che «l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti». Mentre la responsabilità degli amministratori verso la società ha, secondo l'opinione assolutamente prevalente in dottrina come in giurisprudenza, natura di responsabilità contrattuale (cfr., di recente: Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488 che si pone in linea con un orientamento ormai consolidato a partire quanto meno da Cass. sez. un. 6 ottobre 1981, n. 5241), quella verso i creditori sociali ha - per l'indirizzo maggioritario - natura extracontrattuale, in assenza dell'imprescindibile presupposto della responsabilità contrattuale che è costituito dalla preesistenza di un vincolo obbligatorio (anche se non necessariamente da genesi contrattuale) del quale possa configurarsi l'inadempimento (cfr., da ultimo: Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, cit.).

Come anticipato, l'art. 146, secondo comma, legge fallimentare, prevede l'avvocazione all'ufficio fallimentare dell'esercizio delle azioni previste dagli artt. 2392-2393 e 2394 codice civile.

A ben vedere, mentre la sostituzione del curatore alla società fallita, in persona dei suoi legali rappresentanti, nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è conseguenza o manifestazione specifica del più generale effetto contemplato dall'art. 43, primo comma, legge fallimentare (nonché dall'art. 42 legge fallimentare), al contrario, la sostituzione della legittimazione del curatore a quella dei titolari dell'azione di cui all'art. 2394 codice civile - come rilevato da avvertita dottrina - non appare, in sé e per sé ricollegabile alla struttura del processo fallimentare, configurandosi quale frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela.

Ora, è affermazione diffusa e ormai ampiamente consolidata in giurisprudenza che per effetto del fallimento le azioni di responsabilità di cui alle cennate norme confluiscono in un'unica azione avente carattere unitario e inscindibile, sia perché necessariamente essa cumula i presupposti e gli scopi delle dette azioni, sia perché è sempre finalizzata alla reintegrazione del patrimonio della società fallita, visto unitariamente come garanzia dei soci e dei creditori della società, la quale si trasmette al curatore nel caso di fallimento sopravvenuto (cfr. *ex multis*: Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, cit.; Cass. 7 novembre 1997, n. 10937; Cass. 28 novembre 1984, n. 6187; Cass. 10 giugno 1981, n. 3755, cit.; Cass. 25 lu-

glio 1979, n. 4415; Trib. Catania 18 febbraio 1998, in *Foro it.* 1998, I, 3248 e in *Dir. fall.* 1998, II, 215; Trib. Torino 28 aprile 1997, decr., in *Dir. fall.* 1997, II, 1215; Trib. Milano 25 settembre 1995, in *Giur. it.* 1996, I, 2, 348; Trib. Torino 23 novembre 1990, in *Il fallimento* 1991, 631; Trib. Roma 5 dicembre 1986, *ivi*, 1987, 854; Trib. Milano 18 ottobre 1984, *ivi*, 1985, 857; Trib. Catania, 16 settembre 1976, in *Giur. comm.* 1978, II, 296).

Non manca, soprattutto in ambito dottrinale, chi, pur condividendo l'impostazione per cui, in forza dell'art. 146 legge fallimentare, il curatore acquista la legittimazione esclusiva ad esercitare le azioni ex artt. 2393 e 2394 codice civile e le esercita cumulativamente e inscindibilmente, ritiene che esse mantengano, anche quando esercitate dal curatore, le loro rispettive discipline.

L'adesione all'indirizzo da ultimo riferito comporterebbe che:

a) a norma dell'art. 2393 codice civile, il curatore può chiedere il risarcimento dei danni che gli amministratori con i loro inadempimenti hanno cagionato alla società, anche se si tratti di danni prodotti prima che risultasse un'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei creditori sociali. La prescrizione di quest'azione decorre dal compimento dell'illecito degli amministratori ed è sospesa ai sensi dell'art. 2941 n. 7 codice civile fino a che gli amministratori sono in carica (cfr. Cass. 27 luglio 1978, n. 3768, cit.; Cass. 25 luglio 1979, n. 4415, cit.);

b) a norma dell'art. 2394 codice civile, il curatore può chiedere il risarcimento anche per gli inadempimenti - commessi dopo che il patrimonio sociale è risultato insufficiente al soddisfacimento dei creditori - in relazione ai quali la società aveva rinunciato all'azione sociale di responsabilità oppure aveva consentito o approvato l'operato degli amministratori oppure aveva transatto l'azione di responsabilità (previa in tal caso esperimento dell'azione revocatoria: cfr. art. 2394, quarto comma, codice civile). La prescrizione di quest'azione decorre dal momento in cui risulti che il patrimonio sociale è insufficiente al soddisfacimento dei creditori sociali. È dubbio se il termine prescrizione resti sospeso ex art. 2941 n. 7 codice civile. Sul punto la giurisprudenza non appare univoca: Cass. sez. un. 6 ottobre 1981, n. 5241, cit., sia pure quale *obiter dictum* ritiene che la sospensione della prescrizione, disposta per l'azione sociale di responsabilità dall'art. 2941 n. 7 codice civile, non si applichi all'azione dei creditori sociali («... non potendo avvalersi i creditori sociali della disposizione sulla sospensione ex art. 2941 n. 7 codice civile»); in senso contrario, cioè per l'applicazione della sospensione della prescrizione anche in relazione all'azione di responsabilità dei creditori sociali, si è invece espressa una parte della giurisprudenza di merito (cfr.: Trib. Milano 21 aprile 1975, in *Giur. comm.* 1976, II, 712 che fonda la diversa conclusione sull'affermata natura surrogatoria dell'azione sociale dalla quale «non può non conseguire

che la norma dettata sulla sospensione della prescrizione tra la società ed i suoi amministratori finché questi sono in carica, debba trovare applicazione anche agli effetti dell'esperibilità dell'azione in esame»; nonché propendendo per un'applicazione estensiva o, addirittura, analogica dell'art. 2941 n. 7 codice civile in tema di sospensione della prescrizione nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori: cfr. Trib. Roma 25 luglio 1977, in *Giur. comm.* 1978, II, 432).

Ove, invece, si ritenesse di aderire alla tesi per prima menzionata, si dovrebbe coerentemente affermare - come sopra anticipato - che, quanto ai presupposti, l'azione può essere indistintamente esercitata dal curatore sia nel caso di inosservanza da parte degli amministratori degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale sia nel caso di violazione dei doveri imposti dalla legge o dall'atto costitutivo: verrebbero cioè a cumularsi e confondersi i presupposti relativi al fatto dannoso di entrambe le azioni. Per quanto concerne la prescrizione, considerando che il *dies a quo* viene computato per l'azione sociale dalla cessazione della carica degli amministratori verso cui si agisce e per l'azione dei creditori sociali dal momento in cui si è verificata l'insufficienza patrimoniale, l'esercizio cumulativo di entrambe le azioni da parte del curatore importerebbe il *venir meno* di tale differenza.

In proposito, la giurisprudenza è in prevalenza orientata nel senso di ritenere che il termine prescrizione per l'unitaria azione di cui all'art. 146 legge fallimentare decorra dall'ultimo dei due termini, e cioè la prescrizione dell'azione del curatore andrebbe misurata dal momento di inizio della prescrizione dell'azione di cui all'art. 2394 codice civile e non dalla data dell'inizio della prescrizione dell'azione *ex art.* 2393 codice civile (cfr., in tal senso: Cass. 25 luglio 1979, n. 4415; Trib. Catania 18 febbraio 1998, cit.; Trib. Torino 28 aprile 1997, cit.).

Risultano ovviamente superate avuto riguardo all'azione di responsabilità di cui all'art. 146 legge fallimentare le questioni sorte in ordine alla natura della responsabilità (contrattuale e/o extracontrattuale) con riferimento alle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 codice civile.

Ferme le superiori osservazioni in diritto e passando allo scrutinio del caso sottoposto al vaglio del decidente, evidenti ragioni di progressione logico-giuridica impongono il preliminare esame dell'eccezione di prescrizione sollevata dal Baiaomonte.

Il resistente si è, sul punto, limitato ad affermare che: a) il termine di prescrizione per l'azione promossa dal curatore - che è a tutela della massa dei creditori e che è pertanto l'azione che avrebbero potuto promuovere i creditori sociali - inizia a decorrere dal momento in cui si è manifestato lo sbilancio sociale, richiamando all'uopo Cass. 7 novembre 1997, n. 10937; b) il curatore ha ammesso che tale sbilancio sia da presumersi manifestato negli anni antecedenti il fallimento tra il 1994 e il 1995 e per l'effetto nulla può essere richiesto fino al 7 luglio 1995, in quanto prescritto.

L'eccezione va disattesa.

In primo luogo, deve osservarsi come la difesa della curatela non abbia affatto, neppure *ab implicito*, individuato nel 1994 il momento in cui si è evidenziata l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei creditori della società. Il ricorrente ha, infatti, esclusivamente dedotto come, sulla base della documentazione a disposizione degli organi del fallimento e, segnatamente, dall'ultimo bilancio al 31 dicembre 1993, dal quale risultava che la situazione finanziaria non presentava perdite, fosse possibile inferire che il dissesto della società, dichiarata fallita nel marzo del 1996, andasse riferito a cause verificatesi *medio tempore*, senza con ciò cristallizzare il *dies a quo* del termine prescrizione in un tempo preciso.

Ciò premesso, vale osservare - seguendo l'impostazione prescelta da Cass. n. 10937/97, citata dalla difesa di parte resistente - che se è vero che l'azione di responsabilità *ex art.* 146, secondo comma, legge fallimentare, in quanto diretta alla reintegrazione del patrimonio della società fallita, visto unitariamente come garanzia e dei soci e dei creditori sociali, sorge, ai sensi dell'art. 2394, secondo comma, codice civile, nel momento in cui il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei creditori della società e si trasmette al curatore nel caso di fallimento sopravvenuto; vero è anche che la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2949, secondo comma, codice civile decorre dal momento in cui si verifica l'insufficienza del patrimonio sociale.

L'«insufficienza patrimoniale» che assume rilievo ai fini della decorrenza della prescrizione è da intendersi quale «eccedenza delle passività sulle attività» (in tal senso testualmente cfr.: Cass. 28 maggio 1998, n. 5287) e si distingue dallo «stato di insolvenza» che costituisce il presupposto per la dichiarazione di fallimento ed è determinato, ai sensi dell'art. 5 legge fallimentare, dall'impossibilità per il debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e, come tale, non implica necessariamente un'eccedenza delle passività sulle attività, ben potendo sussistere insolvenza, sebbene l'attivo superi il passivo.

Quanto detto comporta che la situazione di insufficienza patrimoniale possa non coincidere con la dichiarazione di fallimento, ben potendosi manifestare ancor prima (o dopo) che il fallimento sia dichiarato (cfr., tra le altre: Cass. nn. 5287/98; 5445/91; 5241/81; 5327/80; 4415/79; 2671/77 citate).

Ciò premesso, la giurisprudenza - tenuto conto della necessità, ai fini del decorso del termine prescrizione, che l'insufficienza patrimoniale abbia avuto manifestazione esterna - ha individuato, se si vuole attraverso un approccio empirico, nella dichiarazione di fallimento il momento in cui viene a manifestarsi quel fatto tale da rendere conoscibile alla generalità dei creditori l'insufficienza patrimoniale della società debitrice (cfr. Cass. n. 5287/98 cit.).

In altri termini può, in assenza di contrari elementi di

giudizio, presumersi la coincidenza temporale tra l'insufficienza patrimoniale e la dichiarazione di fallimento.

È ovvio che si tratta di una presunzione semplice, sicché ben potrà parte interessata fornire la prova contraria, in ossequio del resto ai dettami dell'art. 2697 codice civile.

La parte che eccepisce la prescrizione, fondando tale assunto sulla preesistenza dell'insufficienza patrimoniale rispetto alla dichiarazione di fallimento, come nella specie il resistente Baiamonte, ha l'onere di comprovare i fatti sui quali l'eccezione si fonda.

Ora, posto che il fallimento della società cooperativa agricola Ortofrutticola Siciliana a r.l. risulta dichiarato il 7 marzo 1996 e il presente ricorso notificato nel luglio 2000, il termine prescrizionale di cui all'art. 2449, secondo comma, codice civile non può ritenersi compiuto.

Sarebbe stato onere dei resistenti dimostrare che la conoscenza dell'incapienza del patrimonio sociale nel ceto creditorio risaliva a data anteriore; nessun elemento probatorio i resistenti hanno offerto in tal senso.

Il resistente Baiamonte si è semplicemente limitato ad affermare il decorso del termine prescrizionale a far tempo dal 1994, senza suffragare siffatta deduzione da alcun elemento di prova, tale non potendosi ritenere, come per diano detto, l'errata prospettazione dei fatti esposti in seno al ricorso dalla difesa della curatela.

Quanto detto basta a ritenere senz'altro infondata l'eccezione di prescrizione in discorso, senza che occorra esaminare l'ulteriore profilo, evidenziato dalla curatela, relativo all'operatività, nel caso che occupa, della causa di sospensione del termine prescrizionale ex art. 2941 n. 7 codice civile.

La domanda cautelare spiegata dalla curatela ricorrente appare fondata, nei limiti di cui in motivazione, avuto riguardo sia al *fumus boni iuris* che al *periculum in mora*.

Per vero, sotto il primo dei due profili, la curatela ha allegato quale circostanza dalla quale far discendere la responsabilità in capo agli amministratori, in carica dalla costituzione della società al fallimento della stessa, la mancata tenuta delle scritture contabili obbligatorie per legge e l'omesso assolvimento dei doveri relativi al deposito e all'approvazione dei bilanci e delle connesse relazioni a far tempo dal 31 dicembre 1993.

Le circostanze suindicate, sulle quali i resistenti costituiti non hanno mosso alcun rilievo, valgono ad integrare senz'altro gli estremi della condotta illecita rilevante ai sensi del disposto di cui all'art. 146, secondo comma, legge fallimentare, senza che sia necessario isolare - come preteso dalla difesa di un resistente - specifici fatti di *mala gestio*.

Anche il danno risulta correttamente allegato.

Il fallimento ricorrente ha, a questo riguardo, dedotto un pregiudizio subito dalla società di lire 1.142.798.446, pari alla differenza tra lo stato passivo fallimentare, di lire 1.144.478.446 (escluse eventuali tardive) e le attività inventariate, per lire 1.680.000.

Se l'individuazione di criteri per la quantificazione del

danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori risulta difficile, se non impossibile, già nell'ipotesi in cui la società sia *in bonis*, le difficoltà emergono viepiù quando la società sia assoggettata ad una procedura concorsuale.

Pur potendosi, in termini generali, condividere il più recente orientamento della giurisprudenza (cfr. Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252; Trib. Catania 18 febbraio 1998, cit.; Trib. Genova 24 novembre 1997, in *Il fallimento* 1998, 843; Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Le Società* 1995, 1597; Trib. Milano 14 novembre 1993, in *Il fallimento* 1994, 1051; Trib. Napoli 27 novembre 1993, *ivi*, 1994, 861; Trib. Pavia 12 luglio 1989, *ivi*, 1990, 306; Trib. Milano 22 settembre 1988, in *Dir. fall.* 1989, II, 452; Trib. Milano 19 luglio 1984, in *Il fallimento* 1984, 528) che - in ossequio ad una corretta applicazione dei principi in tema di risarcimento del danno - tende a circoscrivere il più possibile l'utilizzazione del criterio di quantificazione del danno fondato sulla differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare, tradizionalmente in uso tra i giudizi di merito (cfr. *ex multis*: Trib. Torino 11 febbraio 1989, in *Il fallimento*, 1989, 668; Trib. Roma 10 febbraio 1987, in *Dir. fall.* 1988, II, 338; Trib. Catania 30 agosto 1986, in *Giur. comm.* 1988, II, 228; App. Milano 28 marzo 1980, in *Giur. it.* 1982, I, 2, 219; Trib. Catania 9 settembre 1975, in *Dir. fall.* 1975, II, 943) e riconosciuto valido anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493; Cass. 23 giugno 1977, n. 2641; Cass. 4 aprile 1977, n. 1281; Cass. 5 gennaio 1972, n. 21), va evidenziato come il criterio per così dire tradizionale riprenda vigore in circostanze particolari.

Si pensi alla fattispecie in cui gli amministratori abbiano omesso di tenere le scritture contabili, come nella specie.

È ovvio che in ipotesi siffatte imporre alla curatela un onere di prova del danno subito dalla società e dal ceto creditorio sganciato dall'operatività del criterio di quantificazione presuntiva sopra indicato equivarrebbe ad imporre al fallimento una *probatio diabolica*, non essendo gli organi fallimentari - a fronte dell'omessa tenuta delle scritture contabili obbligatorie per legge - nelle condizioni di ricostruire le vicende economico-finanziarie della società dichiarata fallita. In questa direzione si è mossa anche la giurisprudenza più recente il cui orientamento questo decidente condivide (cfr. App. Bologna 5 febbraio 1997, in *Foro it.* 1997, I, 2284; Trib. Milano 15 luglio 1991, in *Il fallimento* 1991, 1286; Trib. Venezia 5 novembre 1987, *ivi*, 1988, 1202).

Deve, quindi, ritenersi adeguatamente comprovato ad opera della curatela ricorrente, attesa l'assoluta mancanza delle scritture contabili a far tempo dal 1994 fino alla dichiarazione di fallimento, il pregiudizio patito dalla società e dal ceto creditorio, individuato nella differenza di segno negativo tra il passivo fallimentare accertato e l'attivo inventariato e, pertanto, in complessive lire 1.142.798.446.

Accertata la sussistenza dei presupposti della *condotta* e del *danno*, sempre sotto il profilo del *fumus boni iuris*, deve ora esaminarsi se i due presupposti in discorso risultino avvinti da un *nesso di causalità* che, com'è noto, rileva quale ulteriore necessario presupposto ai fini dell'accertamento della responsabilità degli amministratori, di talché il danno subito dalla società e dai creditori sia giuridicamente riconducibile alla condotta illecita degli amministratori (e dei sindaci).

Sul punto, la curatela ha sostenuto la necessità processuale di un'inversione dell'*onus probandi*, assumendo che la mancata tenuta delle scritture contabili, precludendo al fallimento qualsiasi ricostruzione delle vicende societarie, avrebbe imposto ai resistenti di comprovare l'assenza di colpa o in ogni caso la non riconducibilità del detto pregiudizio al loro comportamento commissivo od omissivo.

La difesa dei resistenti costituiti ha invece rilevato come nessuna inversione fosse ammissibile nel caso di specie, spettando alla curatela l'indicazione di specifici atti di *mala gestio* cui ricollegare in modo diretto il pregiudizio come sopra individuato.

Ciò posto, non può non ritenersi che incomba alla curatela l'onere di comprovare in modo puntuale e specifico la sussistenza di tale nesso, almeno nei casi in cui gli organi del fallimento si trovino nella condizione di procedere ad una ricostruzione attendibile delle vicende societarie che consenta loro l'individuazione di specifici atti di *mala gestio*.

Tale onere non pare possa essere, invece, addossato alla curatela in termini tanto rigorosi - come invece preteso dalla difesa del resistente Baiamonte - ove la società e, per essa, l'organo gestorio abbia omesso di tenere la contabilità.

Si badi, non si tratta, nella specie, di *irregolare tenuta* della contabilità, bensì di *omessa tenuta* della stessa.

Per vero, la Suprema Corte in un non lontano precedente, avuto riguardo ad un caso simile a quello oggetto del presente giudizio, osservava che la semplice constatazione non della omissione e neppure della mera irregolarità, ma della sostanziale e assoluta inutilizzabilità delle scritture contabili consente già di per sé sola l'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del pregiudizio in danno della società e del vincolo di causalità tra tali irregolarità e il danno medesimo (cfr. Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493, richiamata da App. Bologna 5 febbraio 1997, cit.).

La medesima considerazione vale *a fortiori* nell'ipotesi in cui, come nella specie, agli amministratori sia ascritta quale condotta illecita anche l'omessa tenuta della contabilità, situazione, questa, alla quale non pare si possa attingere la giurisprudenza più recente sopra richiamata che invoca maggiore rigore a carico del curatore nella prova del danno e - più in generale - dei presupposti dell'azione di responsabilità.

Appare, del resto, conforme ad esigenze di razionalità e giustizia che, nel caso in cui l'organo gestorio abbia

omesso di tenere la contabilità prescritta per legge, impedendo ogni possibile ricostruzione dei movimenti finanziari attivi e passivi intervenuti durante la vita o una porzione significativa di vita societaria (come nel caso che occupa appare essere il periodo compreso tra il 31 dicembre 1993 e il fallimento), non venga premiato il grave contegno tenuto dagli amministratori, addossandosi alla società o al curatore che agiscano per la responsabilità un onere della prova di pressoché impossibile assolvimento, proprio in conseguenza delle gravi violazioni commesse dai responsabili.

A costoro, proprio per effetto delle presunzioni gravi, precise e concordanti che siano allegate dalla curatela, deve essere addossato l'onere di vincere tale prova conseguita in via logica e, quindi, di provare a loro volta che in realtà nessun danno effettivo il loro contegno omissivo ha comportato per la società e il ceto creditorio.

Ora, è evidente che l'onere probatorio incombente sul curatore risulti senz'altro assolto avuto riguardo alla *condotta* e al *pregiudizio*, alla stregua di quanto già osservato. Ma siffatto onere va reputato, altresì, assolto, sia pure sulla scorta di presunzioni, anche con riferimento al nesso di causalità.

La curatela ha, infatti, dedotto: 1) l'omessa tenuta della contabilità da parte dell'organo amministrativo (nonché l'omessa vigilanza - per come si dirà - da parte del collegio sindacale) a far data dal 31 dicembre 1993 e fino al fallimento; 2) la conseguente impossibilità di ricostruire le vicende societarie nel detto periodo; 3) l'inesistenza di perdita finanziaria al 31 dicembre 1993, siccome risultante dal relativo bilancio in atti; 4) il dissesto desumibile dallo stato passivo fallimentare, non fatto oggetto di contestazione ad opera dei resistenti; 4) la collocabilità temporale del detto dissesto nel periodo compreso tra il 1° gennaio 1994 e la data della dichiarazione di fallimento della società.

Ora, non v'è dubbio che l'evento pregiudizievole (il dissesto) possa in astratto trovare la sua genesi in una serie indefinita di concause, ma - nell'assoluto silenzio dei resistenti - non può non ritenersi fondato, sia pure nell'ottica di una cognizione sommaria qual quella della fase cautelare, e sulla scorta degli elementi presuntivi - gravi precisi e concordanti - suddetti, l'assunto della curatela circa la sussistenza del detto nesso di causalità tra il comportamento omissivo dell'organo gestorio (quanto meno avuto riguardo all'inosservanza delle norme in tema di contabilità) e il pregiudizio sopravvenuto.

Una volta ritenuto fondato - sia pure alla stregua di un accertamento ispirato a sommarietà cognitiva - l'assunto di parte ricorrente in ordine alla responsabilità degli amministratori, deve passarsi all'esame dei profili di responsabilità che la curatela assume coinvolgere pure i componenti del collegio sindacale.

La curatela attribuisce ai sindaci il mancato controllo sull'attività gestoria degli amministratori per il periodo successivo al 31 dicembre 1993, deducendo che il collegio sindacale non risulta aver mosso alcun rilievo all'o-

perato degli amministratori per il detto periodo, mentre il libro dei verbali delle adunanze dell'organo tutorio porta come ultima trascrizione quella del 12 maggio 1994, relativa alla relazione sul bilancio al 31 dicembre 1993.

Ora, a norma dell'art. 2403, primo comma, codice civile, il collegio deve controllare l'amministrazione della società, vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo ed accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2426 per la valutazione del patrimonio sociale. La norma suddetta prevede poi (commi 3, 4 e 5) che i sindaci possano in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti d'ispezione e di controllo; che il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari; che degli accertamenti eseguiti deve farsi constare nel libro indicato nel n. 5 dell'art. 2421.

L'art. 2407, secondo comma, codice civile, stabilisce che i sindaci sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Orbene, nel caso che occupa, non può dubitarsi - pur nei limiti già segnalati dalla cognizione della fase cautelare e salvi gli opportuni approfondimenti da operarsi nel corso del giudizio di merito - della responsabilità del collegio sindacale, avendo questo omesso di procedere all'attività di vigilanza e controllo affidatagli dall'ordinamento ex art. 2403 codice civile e dovendo, pertanto, rispondere in solido con gli amministratori, atteso il tenore dell'art. 2407 codice civile, del danno subito dalla società siccome dianzi individuato.

La detta responsabilità non va, però, estesa a tutti i componenti il collegio sindacale indicati in ricorso dal fallimento.

Deve, al riguardo, sottolinearsi come Tropea Sebastiano abbia provato di avere spedito alla società lettera raccomandata con avviso di ricevimento (n. 3990) del 4 gennaio 1994, pervenuta alla società il successivo 12 gennaio (versata in atti), con la quale comunicava le proprie dimissioni dalla carica di presidente del collegio sindacale con decorrenza dal 1° gennaio 1994.

Analogo obiezione ha mosso Canfailla Giovanni il quale ha prodotto copia di lettera raccomandata (n. 3743) del 18 settembre 1995 indirizzata alla società con la quale comunicava le proprie «dimissioni» da socio e da componente effettivo del collegio sindacale.

La difesa della curatela, mentre non ha opposto alcuna contestazione alle affermazioni e alla produzione del Tropea, avuto riguardo a quanto allegato da Canfailla Giovanni, ne ha sottolineato l'irrelevanza sotto il profilo dell'estrema vicinanza temporale tra la data delle dimissioni dello stesso e quella della dichiarazione di fallimento della società e della mancata allegazione, ad ope-

ra del resistente, di fatti comprovanti la sua attivazione alla stregua degli obblighi di cui all'art. 2043 codice civile.

Ora, deve rilevare il decidente come dal libro verbali del collegio sindacale sia possibile desumere che all'adunanza del collegio sindacale del 12 maggio 1994 figuravano tra i sindaci presenti, oltre a Busà Salvatore, anche Canfailla Giovanni e Tropea Sebastiano, pur non precisando il relativo verbale il ruolo rivestito dai tre (presidente o sindaco effettivo) e pur risultando il detto verbale sottoscritto esclusivamente dal Busà, come i verbali delle adunanze precedenti del 26 maggio 1993, del 26 agosto 1993, del 26 novembre 1993 e del 24 febbraio 1994 - nelle quali non è fatta menzione nominativa dei partecipanti alle relative adunanze.

Ciò posto, deve osservarsi, in termini generali, che la rinuncia di un sindaco effettivo - a meno che non sia diversamente disposto nello statuto sociale - ha effetto immediato ai sensi dell'art. 2401 codice civile, indipendentemente dalla sua accettazione ad opera dell'assemblea dei soci, quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario con un sindaco supplente (cfr. Cass. n. 5928/86), operando altrimenti il regime della *prorogatio* che, pertanto, non esime il dimissionario dalla responsabilità in conseguenza dei fatti e delle omissioni compiuti dagli amministratori (cfr. in tal senso: Trib. Genova 22 maggio 1998).

Ora, nel caso di specie, le dimissioni dei due sindaci, odierni e resistenti, hanno operato immediatamente a decorrere dalla loro presentazione (o comunicazione), non prevedendo l'atto costitutivo e lo statuto sociale (prodotti alla curatela) alcuna regola particolare in materia e non avendo parte ricorrente dedotto alcun fatto impeditivo dell'automatica ed immediata sostituzione dei dimissionari con i sindaci supplenti indicati in seno all'atto costitutivo.

Rimane la singolarità (e l'eventuale irregolarità) del tenore della verbalizzazione dell'adunanza del 12 maggio 1994, senza che siffatta circostanza possa farsi gravare *tout court* sui sindaci dimissionari.

Quanto detto, basta ad escludere ogni responsabilità in capo a Tropea Sebastiano, atteso l'insignificante lasso temporale intercorso (appena pochi giorni) tra il 31 dicembre 1993 e le dimissioni (4-12 gennaio 1994). Non altrettanto può dirsi per Canfailla Giovanni, dovendosi condividere l'obiezione mossa dalla curatela, in ordine alla probabile irrilevanza delle dimissioni dello stesso (settembre 1995), in quanto di pochi mesi precedenti la dichiarazione di fallimento (marzo 1996).

Nessun rilievo particolare va fatto in ordine alla posizione dell'altro componente del collegio sindacale, Busà Salvatore, posto che lo stesso risulta avere rivestito detta carica dalla costituzione della società al fallimento.

Può pertanto concludersi nel senso che il *fumus boni iuris* sopra individuato in termini di probabile fondatezza della pretesa della curatela nei confronti degli ammini-

stratori sussiste anche nei confronti dei componenti del collegio sindacale, eccezion fatta per Tropea Sebastiano. I componenti del collegio sindacale, Canfailla Giovanni e Busà Salvatore, risultano in carica dalla costituzione della società al settembre 1995 il primo e, come anticipato, al fallimento l'altro. Essi sono pertanto chiamati a rispondere, ai sensi dell'art. 2407, secondo comma, codice civile, solidalmente (anche tra loro, cfr. per tutte: Cass. n. 5445/91 cit.) con gli amministratori dell'omessa tenuta delle scritture contabili e, ancor prima, per non avere adempiuto all'obbligo di vigilanza su di essi incombente.

In ordine poi alla dimostrazione del nesso di causalità tra l'omessa o insufficiente vigilanza dei sindaci ed il danno prodottosi in conseguenza del contegno omissivo tenuto dagli amministratori, non è chi non veda come la causalità vada affermata anche ove l'adempimento dell'obbligo di vigilanza avesse potuto ridurre o attenuare, seppure in termini probabilistici, il pericolo di danno.

Ora, nel caso che occupa, il collegio sindacale e i sindaci singolarmente non risulta abbiano posto in essere alcun tipo di rilievo all'operato degli amministratori a partire dalla relazione al bilancio al 31 dicembre 1993, anzi non risulta che gli stessi abbiano adempiuto ai doveri inerenti la loro carica, per come desumibili dal disposto degli artt. 2404 e ss. codice civile, rilevando quale ultima adunanza del collegio quella del 12 maggio 1994, con le riserve sopra anticipate in ordine alla composizione del collegio sindacale, atteso il tenore della verbalizzazione della detta adunanza.

Può ritenersi, quindi, sia pure alla stregua della *summaria cognitio* tipica della fase cautelare, presuntivamente provato il predetto nesso causale, potendosi assumere che l'assolvimento degli obblighi di controllo incombenti ai sindaci avrebbe potuto, alla stregua di un giudizio prognostico *ex ante*, ridurre se non eliminare il pregiudizio subito dalla società fallita. Il tempestivo rilievo della omessa tenuta della contabilità ad opera degli amministratori avrebbe infatti consentito in astratto all'assemblea di adottare gli opportuni rimedi.

Quanto, infine, all'ulteriore requisito della domanda cautelare proposta dalla curatela, il *periculum in mora*, ritiene il decidente che lo stesso, in termini di sussistenza in capo all'istante del *fondato timore di perdere le garanzie del proprio credito*, sia senz'altro configurabile, nella specie, nei confronti di tutti i resistenti, eccezion fatta per Tropea Sebastiano, avuto riguardo alle numerose iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli in capo agli stessi, siccome allegate dalla curatela (cfr. visure ipocatastali versate in atti quali documenti nn. 9-12) e, soprattutto alla considerevole sproporzione tra la pretesa risarcitoria prospettata dalla curatela (e, con essa, il danno subito dalla società e dal ceto creditorio) e il valore, di gran lunga inferiore, per quanto consta dalla documentazione in atti, del patrimonio dei resistenti.

(*omissis*).

Osservazioni

(1-3) La decisione in esame conferma il consolidato orientamento della giurisprudenza, secondo il quale l'azione di responsabilità esercitata dal curatore *ex art.* 146 legge fallimentare, ha carattere unitario ed inscindibile, nel senso che compendia in sé le azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 codice civile, cumulando i presupposti e gli scopi di entrambe, ed è diretta alla reintegrazione del patrimonio della società fallita, visto unitariamente come garanzia dei soci e dei creditori sociali (cfr. *ex multis*: Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in questa *Rivista* 1999, 1079; Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251, *ivi*, 1999, 254; Cass. 7 novembre 1997, n. 10937, *ivi*, 1998, 697; Cass. 10 giugno 1981, n. 3755, *ivi*, 1981, 899; Cass. 25 luglio 1979, n. 4415, *ivi*, 1980, 313; Trib. Milano 13 maggio 1999, *ivi*, 1999, 1162; Trib. Napoli 18 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 457; Trib. Milano 7 settembre 1998, *ivi*, 1999, 110; Trib. Napoli 13 maggio 1997, *ivi*, 1997, 1141; Trib. Napoli 18 marzo 1995, *ivi*, 1995, 975; Trib. Venezia 5 novembre 1987, *ivi*, 1988, 1202; Trib. Roma 5 dicembre 1986, *ivi*, 1987, 546; in dottrina, in questo senso vedi: Quatraro, *La responsabilità degli amministratori nelle procedure concorsuali*, in *Le società* 1986, 483; Galgano, *Fallimento delle società*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 1997, 88; Franzoni, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, *Trattato di diritto commerciale e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1994, 95.

Si ritiene che l'azione di responsabilità esercitata dal curatore *ex art.* 146 legge fallimentare non costituisca una azione che sorge *ex novo* in capo al fallimento, autonoma rispetto a quelle della società e dei creditori sociali: con la dichiarazione di fallimento si trasferisce al curatore la legittimazione esclusiva ad esercitare cumulativamente quelle stesse azioni che, prima del fallimento, spettavano separatamente alla società ed ai creditori sociali, rispettivamente *ex artt.* 2393 e 2394 codice civile (cfr. Cass. 25 luglio 1979, n. 4415, cit.; Quatraro, *op. cit.*, 483. *Contra*: Bonsignori, *Fallimento delle società*, *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 1997, 114, il quale ritiene che l'azione *ex art.* 146 legge fallimentare derivi dal fallimento e sia soggetta alla competenza del foro fallimentare *ex art.* 24 legge fallimentare). Con la conseguenza che il termine quinquennale di prescrizione *ex art.* 2949 codice civile non decorre dalla dichiarazione di fallimento, ma dal momento in cui i creditori o la società avrebbero potuto fare valere il diritto al risarcimento del danno, momento che coincide con quello della produzione del danno.

Una parte della giurisprudenza, pur condividendo la concezione unitaria ed inscindibile dell'azione *ex art.* 146 legge fallimentare, distingue il caso in cui l'azione esercitata dal curatore fonda su una *causa petendi* prevista dall'art. 2394 codice civile, dal caso in cui viene allegata una *causa petendi* prevista dall'art. 2392 codice civile: nella prima ipotesi (azione dei creditori) il termine prescrizione decorre dal giorno in cui si è manifestata l'insufficienza patrimoniale della società (Cass. 15 maggio 1991, n. 5445, in questa *Rivista* 1991, 1141; Cass. 6 ottobre 1981, n. 5241, *ivi*, 1981, 960; Trib. Napoli 13 maggio 1997, *ivi*, 1997, 1141); nella seconda ipotesi (azione sociale) il termine decorre dal momento in cui gli organi sociali hanno cessato le loro funzioni, applicandosi la sospensione prevista dall'art. 2941 n. 7 codice civile (Trib. Padova 16 luglio 1999, *ivi*, 2000, 895; Trib. Messina 12 novembre 1999, *ivi*, 2000, 225; Trib. Torino 12 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 573; Trib. Napoli 18 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 457; Trib. Alba 10 ottobre 1996, *ivi*, 1997, 435; Trib. Genova 15 gennaio 1992,

ivi, 1992, 538; Trib. Torino 23 novembre 1990, *ivi*, 1991, 631; Trib. Torino 1° marzo 1984, *ivi*, 1984, 832; in dottrina cfr. De Crescenzo, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, dir. da Panzani, Torino 1999, IV, 371, secondo il quale «l'affermare che il curatore del fallimento è titolare di un'azione unica che ricomprende tanto le violazioni di cui all'art. 2392 codice civile, quanto quelle di cui all'art. 2394 codice civile, non vuole ancora dire che unico debba essere il termine di prescrizione, fatto ovviamente salvo il caso in cui si voglia sostenere anche che quella di cui all'art. 146 legge fallimentare sia una azione del tutto nuova ed autonoma rispetto a quelle originarie, tesi quest'ultima che, come si è visto, è ampiamente disattesa dalla giurisprudenza»).

Un'altra parte della giurisprudenza, conforme alla decisione in esame, ritiene, invece, che il termine di prescrizione decorra sempre dal momento in cui si manifesta l'insufficienza patrimoniale (Cass. 7 novembre 1997, n. 10937, in questa *Rivista* 1998, 697; Cass. 25 luglio 1979, n. 4415, *ivi*, 1980, 313; Trib. Catania 18 febbraio 1998, in *Dir.fall.* 1998, II, 215; Trib. Torino 28 aprile 1997, in *Dir. fall.* 1997, II, 1215; Trib. Milano 15 luglio 1991, in questa *Rivista* 1991, 1286; in dottrina cfr. Galgano *Fallimento delle società*, cit., 89) perché l'azione del curatore è sempre diretta ad acquisire all'attivo fallimentare ciò che sia stato sottratto al patrimonio sociale, visto unitariamente come garanzia e dei soci e dei creditori sociali, sicché non è neppure corretto pensare distinti *dies a quibus*, in funzione dei presupposti (*ex art.* 2393 o *ex art.* 2394 codice civile) sui quali il curatore fonda la pretesa (così Trib. Catania 18 febbraio 1998, cit.).

Il momento in cui si manifesta l'insufficienza patrimoniale, che è cosa diversa dall'insolvenza, non coincide necessariamente con quello della dichiarazione di fallimento; tuttavia, in mancanza della prova che l'incapienza patrimoniale della società fosse conoscibile per i creditori prima della sentenza di fallimento, prova che incombe al convenuto che eccepisca la prescrizione, questa inizia a decorrere dalla data della sentenza, potendosi presumere la coincidenza temporale tra la manifestazione dell'insufficienza patrimoniale e l'accertamento dello stato di insolvenza (oltre alla pronuncia in esame, cfr. Cass. 7 novembre 1997, n. 10937, cit.; Trib. Catania 18 febbraio 1998, cit.; Trib. Torino 28 aprile 1997, cit.).

Il motivo di maggiore interesse della decisione qui esaminata è costituito dal criterio adottato per la determinazione del danno risarcibile, nel caso in cui gli amministratori abbiano omesso di tenere le scritture contabili e ciò abbia impedito agli organi fallimentari di ricostruire le vicende economico-finanziarie della società fallita.

Il giudice catanese ha affermato di condividere, in termini generali, il più recente orientamento della giurisprudenza, secondo il quale deve accollarsi agli amministratori il danno che risulti conseguenza immediata e diretta delle violazioni commesse, nella misura equivalente al detrimento patrimoniale causato dalla condotta illecita (*ex multis*, cfr. Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in questa *Rivista* 1999, 1079; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, *ivi*, 1998, 667; Trib. Milano 14 gennaio 1999, in questa *Rivista* 1999, 573; Trib. Catania 18 febbraio 1998, in *Dir. fall.* 1998, II, 215; Trib. Genova 24 novembre 1997, in questa *Rivista* 1998, 318; Trib. Genova 18 marzo 1996, *ivi*, 1996, 818; Trib. Milano 18 maggio 1995, *ivi*, 1995, 1067; Trib. Napoli 18 marzo 1995, *ivi*, 1995, 975; Trib. Milano 22 novembre 1994, *ivi*, 1995, 101; Trib. Napoli 27 novembre 1993, *ivi*, 1994, 861).

Tale orientamento si contrappone a quello, in passato prevalente, secondo il quale il danno va liquidato nella misura della differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare (Cass. 23 giugno 1977, n. 2671, in *Giur.comm.* 1978, II, 69; Trib. Catania 21 novembre 1992, in questa *Rivista* 1993, 557; Trib. Genova 16 settembre 1992, *ivi*, 1993, 227; Trib. Torino 14 maggio 1991, *ivi*, 1991, 867; Trib. Torino 11 febbraio 1989, *ivi*, 1989, 668; Trib. Venezia 5 novembre 1987, *ivi*, 1988, 281; Trib. Milano 28 marzo 1983, *ivi*, 1983, 1148). Questo criterio è effettivamente insoddisfacente, in via generale: sia perché contrasta con i principi di determinazione del danno *ex art.* 1223 e ss. codice civile e prescinde dall'accertamento del nesso causale tra il danno ed il comportamento degli amministratori; sia perché l'identificazione del danno risarcibile con il *deficit* fallimentare può in concreto risultare errata per difetto, qualora alcuni creditori non si siano insinuati al passivo oppure qualora il danno patito dalla società sia superiore al *deficit*, o per eccesso, perché non sempre il *deficit* è interamente provocato dal comportamento colposo degli amministratori e perché l'attivo realizzato dal fallimento è spesso inferiore a quello di un'impresa in attività (in questo senso cfr. Panzani, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in questa *Rivista* 1989, 973 e ss., ed altra autorevole dottrina, che ha vagliato criticamente l'orientamento della giurisprudenza tradizionale: Marescotti, *Scioglimento della società e responsabilità per le nuove operazioni*, in *Le società* 1986, 1070 e ss.; Rordorf, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, *ivi*, 1993, 617 e ss.; Patti, *Quantificazione del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in questa *Rivista* 1996, 213 e ss.; Proto, *Responsabilità e danno nell'azione del curatore contro amministratori e sindaci*, *ivi*, 1998, 670 e ss.; Jaeger, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur.comm.* 1988, I, 548 e ss.; Bonsignori, *Fallimento delle società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1997, 120 e ss.; Franzoni, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1994, vol. XIX, 98 e ss.).

Nondimeno, il Tribunale di Catania ha ritenuto che il danno debba essere liquidato in misura pari alla differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare, quando, come è avvenuto nel caso di specie, il comportamento illecito degli amministratori (che hanno omesso di tenere le scritture contabili obbligatorie) non attenga ad irregolarità meramente formali della tenuta della contabilità, ma involga la gestione della società nella sua globalità, impedendo ogni possibile ricostruzione dei movimenti finanziari attivi e passivi della società; e poiché è proprio in conseguenza di tale illecito comportamento che sarebbe pressoché impossibile per la curatela dare la prova di specifici atti di *mala gestio*, del danno subito dalla società e dai creditori, nonché del relativo nesso causale, addossare tale onere al fallimento significherebbe premiare il grave contegno degli amministratori. Appare invece conforme ad esigenze di razionalità e giustizia quantificare presuntivamente il danno in misura pari alla differenza tra attivo e passivo fallimentare e, considerato che la mancata tenuta della contabilità costituisce indubbiamente atto di *mala gestio*, fare ricorso ad una inversione dell'*onus probandi* circa il nesso di causalità tra l'atto illecito ed il danno come sopra individuato, addossando ai convenuti l'onere di vincere la prova conseguita in via logica e, quindi, di provare che in realtà il loro comportamento omissivo non ha causato alcun danno alla società ed ai creditori.

L'orientamento espresso dalla pronuncia in commento è condiviso anche dalla recente giurisprudenza, la quale, pur affermando la generale inapplicabilità del criterio di quantificazione del danno nella misura del *deficit* fallimentare, ritiene che tale criterio presuntivo possa essere adottato (fatta salva la prova contraria a carico degli amministratori) quando il curatore si trovi nell'impossibilità assoluta di ricostruire le vicende societarie, per la mancanza o per l'irregolare tenuta delle scritture contabili (Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Le Società* 1986, 505, che conferma App. Milano 27 aprile 1982; Trib. Torino 18 maggio 1999, in questa *Rivista* 1999, 1162; Trib. Milano 14 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 573; Trib. Napoli 10 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 457; Trib. Milano 17 settembre 1998, *ivi*, 1999, 226; Trib. Milano 15 luglio 1991, *ivi*, 1991, 1286; Trib. Torino 1988, *ivi*, 1988, 1266).

In questo senso è orientata anche una autorevole dottrina (Marescotti, *Scioglimento della società e responsabilità per le nuove operazioni*, cit., 1072; Patti, *Quantificazione del danno nell'azione contro gli amministratori*, cit., 219; De Crescenzo, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, dir. da Panzani, Torino 1999, vol. IV, 400; Proto, *Responsabilità e danno nell'azione del curatore contro amministratori e sindaci*, cit., 672; Quatraro, *La responsabilità degli amministratori nelle procedure concorsuali*, cit., 488, il quale precisa che «spetterà agli amministratori, se vogliono sottrarsi alla responsabilità per danni, ricostruire, una per una, tutte le operazioni compiute». *Contra*: Rordorf, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, cit., 620; Panzani, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, cit., 977).

Su un criterio analogo si fonda anche la giurisprudenza penale, secondo la quale è onere dell'amministratore giustificare la destinazione dei beni entrati nel patrimonio sociale e non reperiti alla data di apertura della procedura concorsuale; con la conseguenza che la mancata giustificazione circa la loro destinazione ed il successivo impiego del denaro, fanno ritenere raggiunta la prova del reato di bancarotta per distrazione (Cass. pen. 16 dicembre 1997, n. 11703, in *Il fall. Rep.*, art. 216, 330; Cass. pen. 18 agosto 1993, n. 7726, *ivi*, art. 216, 303; Cass. pen. 13 giugno 1991, n. 6669, *ivi*, art. 216, 275; Cass. pen. 24 giugno 1987, n. 644, *ivi*, art. 216, 227; Cass. pen. 28 gennaio 1985, in *Giust. pen.* 1985, II, 729; Cass. pen. 12 maggio 1980, *ivi*, 1981, II, 295).

Un criterio simile è stato adottato nell'azione di responsabilità ex art. 146 legge fallimentare, in un caso in cui si era ricostruito con una c.t.u. il valore delle merci che in un determinato momento dovevano esistere presso la società, i beni non erano stati reperiti dal curatore alla data del fallimento e la contabilità non consentiva di giustificare la mancanza: il tribunale ha dichiarato la responsabilità dell'amministratore per la violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale e lo ha condannato al risarcimento del danno, in misura pari al valore delle merci che avrebbero dovuto essere presenti (Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Le società* 1995, 1597).

Nel caso deciso con la sentenza in esame, è risultato che fino ad un certo momento, anteriore al fallimento, la contabilità era stata tenuta in modo apparentemente regolare ed era stato approvato e depositato un bilancio (dal quale non emergevano perdite); a partire da tale momento e fino alla data del fallimento, l'assoluta mancanza di scritture contabili impediva di ricostruire le vicende societarie che avevano portato al dissesto.

Questa circostanza offre lo spunto per considerare che, nei casi in cui sia possibile determinare quale fosse il patrimonio netto della società, fino ad un determinato momento anteriore al fallimento (e da quel momento in poi ciò non sia più possibile per la mancanza delle scritture contabili) il danno dovrebbe essere quantificato, piuttosto che in misura pari al *deficit* fallimentare, nella differenza tra il patrimonio netto alla data del fallimento ed il patrimonio netto risultante dalle ultime scritture contabili all'uopo utilizzabili.

Questo criterio viene adottato dalla giurisprudenza più recente (per tutte, vedi Trib. Torino 10 febbraio 1995, in questa *Rivista* 1995, 1150) nel caso di violazione del divieto di compiere nuove operazioni in seguito alla perdita del capitale sociale e viene condiviso dalla più autorevole dottrina, in quanto tende a rappresentare la diminuzione del patrimonio netto subita dalla società per effetto delle nuove operazioni, anche quando tale diminuzione sia espressa da un valore negativo (cfr. Panzani, *Responsabilità degli amministratori*, cit., 980; l'autore formula anche il seguente chiarissimo esempio: «se cioè il passivo era pari a 100 al momento della perdita del capitale sociale e l'attivo realizzabile (a valori di liquidazione) era pari a 50, e se dopo il compimento delle nuove operazioni il passivo è pari a 200 e l'attivo a 60, il danno è pari a 90, in quanto il patrimonio netto, pari a - 50 al momento della perdita del capitale, è ulteriormente sceso a - 140, con un incremento negativo di 90»).

Mutatis mutandis, l'applicazione di questo criterio al caso di specie consentirebbe di quantificare la diminuzione del patrimonio netto subita dalla società, per effetto (presunto) della prosecuzione dell'attività con sistematica violazione delle norme che impongono la tenuta della contabilità, tale da precludere qualsiasi controllo circa l'operato degli amministratori da parte dei soci, dei creditori e poi del curatore (sia pure presuntivamente e con i limiti che derivano dal fatto di confrontare i risultati dell'intera gestione relativa a due periodi, anziché provare i singoli atti di *mala gestio*; ma questi limiti sono propri del criterio in questione, anche quando lo si applica per la violazione dell'art. 2449 codice civile, senza provare le singole nuove operazioni, né i singoli danni da esse derivanti).

La quantificazione del danno in misura pari alla differenza tra attivo e passivo fallimentare, nel caso in cui si conosca la situazione patrimoniale di un momento anteriore al fallimento e non vi siano scritture contabili successive a tale momento, può risultare errata: per eccesso, qualora dall'ultimo bilancio noto risulti una perdita, perché in tale caso il danno sarebbe costituito solo dalle perdite che si sono accumulate successivamente e dovrebbe essere quantificato in misura pari alla differenza tra il *deficit* alla data del fallimento e quello anteriore; per difetto, qualora il patrimonio *ante* fallimento risulti attivo, perché in tale caso il danno sarebbe costituito anche dalla perdita di tale attivo e dovrebbe essere quindi quantificato sommando tale valore al *deficit* fallimentare.

Davide Lambicchi