



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il tribunale di Napoli, settima sezione civile, in persona dei magistrati

dr. Fulvio Dacomo
dr. Angelina-Maria Perrino
dr. Augusto Tatangelo

Presidente
Giudice relatore
Giudice

in esito a deliberazione in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nelle cause riunite iscritte col n. 8396 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 1999 e con i n. 13198 e 13199 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2000, rispettivamente promosse

DA

Fallimento di s.p.a. Cogest, in persona del curatore dr. Giovanni C., rappresentato e difeso dall'avv. Genoveffa Sellitti, presso lo studio della quale in Napoli, alla via G.Porzio, centro direzionale, isola E/3, elettivamente domicilia, giusta mandato a margine del ricorso in riassunzione

ATTORE

CONTRO

Francesco Saverio C., in proprio e nella qualità di erede di Tullio C., rappresentato e difeso dall'avv. Armando Profili, presso lo studio del quale in Napoli, alla via Consalvo Carelli, n. 7, elettivamente domicilia, giusta mandato a margine della comparsa di costituzione di altro difensore

CONVENUTO

CONTRO

Rosanna L., Q. C., Maria Teresa C., nella qualità di eredi di Tullio C., rappresentati e difesi dall'avv. Salvatore Sorrentino, presso lo studio del quale in S.Giorgio a Cremano, alla via Don Morosino, n. 62, elettivamente domiciliario, giusta mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta

CONVENUTI

CONTRO

Maria L., Antonio G., Giuseppe Nicola G., Franco G., Anna G., nella qualità di eredi di Michele G. e **Franco G.** in proprio, tutti rappresentati e difesi

dall'avv. Vincenzo Aliperti, col quale domiciliato in Napoli, alla via Zara, n. 8, presso lo studio dell'avv. Rita Punzo, giusta mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta depositata in data 30 aprile 2004

CONVENUTI

CONTRO

Giusto Rosario G., nella qualità di erede di Michele G., domiciliato in San Giuseppe Vesuviano, alla via Pianillo, n. 89

CONVENUTO CONTUMACE

CONTRO

Vincenzo O., rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Rascio e Sabino Rascio, presso lo studio dei quali in Napoli, alla via Monteoliveto, n. 37, elettivamente domicilia giusta mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta

CONVENUTO

NONCHÉ DA

Vincenzo O., rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Rascio, presso lo studio del quale in Napoli, alla via Monteoliveto, n. 37, elettivamente domicilia giusta mandato a margine della citazione introduttiva del giudizio iscritto col n. 13198/00

ATTORE

CONTRO

Milano assicurazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato in Napoli, alla via Pergolesi, n. 1, presso lo studio del proprio difensore e procuratore avv. Luca Fabrizio, giusta mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

CONVENUTA

E DA

Vincenzo O., rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Rascio, presso lo studio del quale in Napoli, alla via Monteoliveto, n. 37, elettivamente domicilia giusta mandato a margine della citazione introduttiva del giudizio iscritto col n. 13199/00

ATTORE

CONTRO

Assitalia -Le assicurazioni d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato in Napoli, alla via Melisurgo, n. 44, presso lo studio del proprio difensore e procuratore avv. Erasmo Augeri, giusta mandato in calce alla copia notificata dell'atto di riassunzione

CONVENUTA

Oggetto: azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci ed azioni di manleva.

CONCLUSIONI.

ATTORE:

in via istruttoria,

a.- dare atto dell'avvenuta ricostruzione del fascicolo di parte della curatela;

b.- disporre l'acquisizione al giudizio, ex art. 184**bis** c.p.c., dei documenti prodotti dal curatore successivamente alla scadenza dei termini istruttori e, ove occorra, accogliere le richieste formulate nella prima e nella seconda memoria istruttoria, rispettivamente depositate in data 13 marzo 2002 e in data 25 marzo 2002;

nel merito, previa declaratoria d'inefficacia delle rinunzie all'eredità dei chiamati all'eredità di Michele G.,

a.- affermare la responsabilità dell'amministratore Francesco Saverio C. e dei sindaci Franco G., Michele G. e Vincenzo O. per il danno cagionato alla società ed ai creditori;

b.- estendere *pro quota* tale responsabilità agli eredi di Tullio C. per gli atti di cattiva gestione da questi compiuti nonché, sempre *pro quota*, agli eredi di Michele G.;

c.- condannare i convenuti in solido, salvo il riparto *pro quota* tra gli eredi di Tullio C. e di Michele G., a risarcire il danno subito, ammontante ad una somma non inferiore ad €uro 2.582.284,50 oltre interessi e rivalutazione monetaria, confermando, per quanto possa occorrere, il sequestro conservativo autorizzato in corso di causa, con vittoria di spese, comprese quelle del doppio grado cautelare.

FRANCESCO SAVERIO C., VINCENZO O., MARIA L., ANTONIO G., GIUSEPPE NICOLA G., FRANCO G., ANNA G.:

rigettare la domanda per intervenuta prescrizione, o per nullità della citazione, o per infondatezza nel merito, con rifusione delle spese.

ROSANNA L., Q. C., MARIA TERESA C., VINCENZO O., MILANO ASSICURAZIONI S.P.A.:

dichiarare la nullità della citazione e, in subordine, rigettare la domanda.

ASSITALIA S.P.A.:

a.- dichiarare l'estinzione del giudizio promosso nei propri confronti;

b.- in subordine, rigettare la domanda, con rifusione delle spese.

MILANO ASSICURAZIONI S.P.A.:

rigettare la domanda proposta da Vincenzo O..

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato rispettivamente il 26 giugno, il 1 luglio ed il 7 luglio 1999, il curatore del fallimento di s.p.a. Cogest ha promosso azione di responsabilità ex art. 146 l.fall. nei confronti degli amministratori e dei sindaci di s.p.a. Cogest, dichiarata fallita con sentenza dell'8 gennaio 1998, specificando che:

-i convenuti Q. C., Maria Teresa C. e Rosanna L. sono eredi del defunto amministratore Tullio C., che ha rivestito la carica di amministratore della

società dapprima per pochi mesi successivi alla costituzione della società, risalente al 1987 e poi a far data dal 27 giugno 1994 sino alla sua morte, avvenuta il 16 settembre 1997;

-Francesco Saverio C., anch'egli figlio di Tullio C., ha rivestito la carica di amministratore della società dal 13 maggio 1987 al 26 giugno 1994;

-il collegio sindacale, costituito il 30 giugno 1993, è stato composto da Franco G. in qualità di presidente e da Michele G. e da Vincenzo O. in qualità di membri effettivi;

-il curatore non ha potuto ricostruire gli accadimenti di gestione in quanto nessuna scrittura contabile è stata depositata, né presso la sede sociale è stato rinvenuto alcun documento;

-nel bilancio al 31 dicembre 1992, che il curatore ha tratto dal registro delle imprese, fu appostata, per lire 910.465.967 la voce "*immobilizzazioni immateriali*"; la voce nell'esercizio successivo si è ridotta a lire 812.638.230 sino ad essere pressoché azzerata per l'esercizio 1994. L'amministratore Francesco Saverio C. ha imputato tale voce ad una caparra di 800 milioni versata e poi perduta in relazione ad un contratto preliminare di acquisto di beni di proprietà dei soci;

-nel bilancio relativo all'esercizio 1993 è appostato, sotto la voce "*partecipazione ad altre imprese*" l'importo di lire 845.546.750, ricostruito nella nota integrativa, quanto alla somma di lire 820.000.000, come finanziamento a I.C.A. s.c.a r.l., che il curatore reputa compiuto al di fuori dell'oggetto e degli interessi della società;

-nei bilanci compaiono altresì per rilevanti importi, ammontanti a vari miliardi, debiti tributari e previdenziali. Il curatore sostiene che se fossero state appostate anche le sanzioni si sarebbe pervenuto alla perdita del capitale sociale fin dal 1992, con le implicazioni derivanti dall'art. 2449 c.c.

In base a queste premesse di fatto, il curatore ha chiesto la condanna dell'amministratore Francesco Saverio C., dei sindaci e *pro quota* degli eredi di Tullio C. al risarcimento dei danni subiti per effetto della cattiva gestione della società per un importo non inferiore a cinque miliardi.

Si sono ritualmente costituiti in giudizio tutti i convenuti, che hanno contestato la domanda, della quale hanno eccepito la nullità, chiedendone comunque il rigetto. In corso di causa, con ordinanza del 6 giugno 2001, il giudice istruttore ha autorizzato su richiesta del curatore nei confronti di Rosanna L., di Michele G., di Franco G., di Francesco Saverio C., di Maria Teresa C. e di Q. C., nella qualità di eredi di Tullio C. il sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili, delle cose e delle somme dovute sino all'importo di cinque miliardi ciascuno quanto a Michele G. ed a Franco G., sino all'importo di lire 1.666.666.666 quanto a Rosanna L. e sino a lire 1.111.111.111 ciascuno quanto a Francesco Saverio C., Maria Teresa C. e Q. C.; ha rigettato l'istanza proposta nei confronti di Francesco Saverio C. in proprio e di Vincenzo O.. In sede di reclamo il tribunale, con ordinanza del 13 maggio 2002, ha rigettato i reclami proposti da Michele G. e da Franco G. e, in parziale accoglimento di quello proposto dal

curatore, ha autorizzato il sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili, delle cose e delle somme dovute ai danni di Francesco Saverio C. in proprio e di Vincenzo O. rispettivamente sino alla somma di €uro 930.000,00 e di €uro 2.582.285,50.

Con successiva ordinanza del 26 agosto 2002 il giudice istruttore ha disposto la riunione al giudizio iscritto col n. 8396/99 di due autonomi giudizi instaurati da Vincenzo O. nei confronti rispettivamente di Milano assicurazioni s.p.a. e di Assitalia s.p.a. per essere manlevato delle conseguenze dell'azione risarcitoria promossa nei suoi confronti.

Il giudice istruttore non ha ammesso la prova testimoniale e l'interrogatorio formale e non ha accolto la richiesta di ordine di esibizione rispettivamente richiesti dai convenuti. Nel prosieguo, disposta l'acquisizione di documenti ex art. 184**bis** c.p.c., i giudizi riuniti sono stati interrotti per il decesso dell'unico difensore del curatore; essendo nel frattempo deceduto anche Michele G., il curatore ha proceduto a notificare atto di riassunzione agli eredi di questi. Si sono ritualmente costituiti in giudizio Maria L., Antonio G., Giuseppe G., Franco G., Anna G., che hanno eccepito l'inesistenza della notifica della riassunzione, chiedendo in subordine il rigetto della domanda proposta nei loro confronti; Giusto Rosario G. è invece rimasto contumace.

Nel prosieguo è stata disposta l'acquisizione di ulteriori documenti ex art. 184 *bis* c.p.c.; quindi le parti hanno precisato le rispettive conclusioni e, previa assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., il giudizio è stato rimesso al collegio per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- In rito.

1.1.-L'eccezione di nullità della citazione e l'eccezione di difetto di capacità processuale.

Entrambe le eccezioni sono infondate.

L'atto introduttivo specifica, sia pure sinteticamente, la condotta di *mala gestio* imputata agli ex amministratori (omesso deposito delle scritture contabili; perdita delle immobilizzazioni materiali appostate nel bilancio chiuso al 31 dicembre 1992; finanziamento della società I.C.A. s.c.a r.l. di lire 820.000.000; mancata appostazione nei bilanci delle sanzioni per debiti tributari e previdenziali e conseguente omesso evidenziamento della perdita del capitale sociale sin dal 1992) e l'omissione di controllo ascritta ai sindaci (omessa rilevazione dei fatti censurabili compiuti dagli ex amministratori ed omessa assunzione dei provvedimenti idonei a ridurre il danno conseguente). Del resto, i convenuti hanno compiutamente svolto le proprie difese.

In atti vi sono inoltre le autorizzazioni del giudice delegato ad agire nei confronti dei convenuti e nei confronti degli eredi di Michele G. nonché i pareri favorevoli dei componenti del comitato dei creditori.

1.2.- L'eccezione di nullità-inesistenza della notifica dell'atto di riassunzione agli eredi di Michele G..

A seguito dell'interruzione dei giudizi riuniti dovuta al decesso del difensore del curatore, il nuovo difensore, nel notificare ai convenuto Michele G. l'atto di riassunzione, ha appreso dalla relata di notifica del 28 gennaio 2004 del decesso del convenuto e, al fine di evitare una nuova dichiarazione d'interruzione, ha proceduto a notificare la riassunzione agli eredi di questi. All'udienza fissata del 30 aprile 2004 il difensore di Michele G. ha dichiarato (e documentato) l'evento interruttivo costituito dalla morte del proprio rappresentato ed ha chiesto l'interruzione del giudizio; il difensore dei chiamati all'eredità, costituitisi (salvo Giusto Rosario G.) nell'udienza successiva, hanno eccepito la nullità della notifica della riassunzione, avvenuta antecedentemente alla dichiarazione dell'evento interruttivo.

Osserva il tribunale che indubbiamente, come segnalato da Corte cost., ord. 28 novembre 2003, n. 349 (*Foro it.* 2004, I, 351), la disciplina dell'interruzione del processo è finalizzata alla tutela della parte colpita dall'evento la quale, anche se costituita, potrebbe essere pregiudicata nel proprio diritto di azione o di difesa dalla prosecuzione del processo.

La valutazione dell'effettivo verificarsi di un danno in caso di prosecuzione del processo può infatti essere utilmente compiuta soltanto dal procuratore della parte colpita, al quale è rimesso il potere di decidere se provocare o meno l'interruzione, configurabile come diritto potestativo processuale.

Nel caso di specie, tuttavia, il procuratore della parte colpita ha esercitato il proprio potere, giacché nel corso dell'udienza del 30 aprile 2004 ha dichiarato e finanche documentato l'esistenza dell'evento interruttivo.

La notifica della riassunzione agli eredi, sia pure antecedente a tale dichiarazione, ha dunque conseguito il proprio scopo di evocare in giudizio i successori della parte deceduta.

Del resto,

-la stessa Corte cost. n. 349/2003 segnala che la disciplina dell'art. 300 c.p.c. *“garantisce anche la legittima aspettativa delle controparti di ottenere il risultato finale cui il processo è preordinato, mediante la possibilità loro concessa di citare in giudizio i soggetti legittimati alla prosecuzione”*;

-con questa chiave di lettura si spiega il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui *“la mancata dichiarazione dell'evento interruttivo non impedisce alla controparte che sia comunque a conoscenza dell'evento di prendere l'iniziativa della chiamata in giudizio dei successori di detta parte con atto d'impulso processuale volto ad evitare l'interruzione”* (Cass. 15 febbraio 2005, n. 3018; 10 febbraio 1992, n. 1434; 24 luglio 1986, n. 4744; trib. Milano 9 febbraio 1989, *Foro pad.*, 1990, I, 71).

L'eccezione proposta dai successori costituiti di Michele G. va in conseguenza respinta.

1.3.- L'eccezione di estinzione proposta da Assitalia s.p.a.

A seguito dell'interruzione dei giudizi riuniti disposta dal giudice istruttore con ordinanza del 30 maggio 2003, Vincenzo O., che aveva convenuto in giudizio

Assitalia s.p.a., non ha proceduto alla riassunzione nei confronti di questa società; vi ha, invece, proceduto il curatore.

Assitalia s.p.a., facendo leva sull'autonomia del giudizio iscritto col n. 13199/2000, benché riunito a quello iscritto col n. 8396/1999, ha eccepito l'estinzione del processo instaurato nei propri confronti da Vincenzo O..

L'eccezione è fondata e va in conseguenza accolta, giacché la domanda di manleva proposta da Vincenzo O. nei confronti di Assitalia s.p.a. è sostanzialmente e processualmente autonoma rispetto a quelle introdotte col giudizio principale: *“nel caso di riunione di procedimenti connessi, le cause riunite conservano la loro autonomia, senza che si fondano i relativi elementi, con conseguente possibilità e necessità di individuazione delle singole statuizioni relative a ciascuna causa al fine di autonome impugnazioni”* (Cass. 25 febbraio 2002, n. 2676, *Foro it.*, 2004, I, 861; in termini, anche Cass. 1331/96, *id.*, Rep. 1996, voce *Procedimento civile*, n. 214).

La riassunzione è atto d'impulso processuale volto a riattivare un processo quiescente; essa deve in conseguenza provenire dalla parte del processo. Nel caso in esame, la circostanza che la riassunzione non sia avvenuta su impulso della controparte di Assitalia s.p.a. ha determinato l'estinzione del processo, a nulla rilevando la riassunzione compiuta dal curatore, terzo rispetto al processo estinto.

1.4.-L'acquisizione di documenti ex art. 184bis.

Il collegio condivide le ordinanze istruttorie con le quali è stata disposta l'acquisizione, ex art. 184bis c.p.c., di documenti che hanno acquisito rilevanza successivamente allo scadere del termine contemplato dall'art. 184 c.p.c. (e scaduto nel presente giudizio l'1 marzo 2002) e, segnatamente,

- del provvedimento integrativo di autorizzazione del giudice delegato alla riassunzione nei confronti degli eredi di Michele G.;
- dei certificati di stato di famiglia integrale e semplice di Michele G.;
- dei certificati di residenza di Maria L., Giusto Rosario G., Antonio G., Giuseppe G., Franco G., Anna G.;
- dell'attestato dell'agenzia delle entrate ufficio di Nola del 2 novembre 2004;
- dei certificati di residenza storica di Michele G., Maria L., Giusto Rosario G., Antonio G., Giuseppe G., Franco G., Anna G.;
- del provvedimento di ammissione tardiva del credito ottenuta dal concessionario della riscossione dei tributi in data 6 giugno 2002.

L'art. 184 bis è la base positiva su cui si fonda la possibilità di nuove tardive allegazioni e/o deduzioni istruttorie, aventi ad oggetto fatti principali sopravvenuti nel corso del giudizio, consentendo di derogare la regola fissata dall'art. 189 c.p.c. ed ispirata dall'interesse pubblicistico all'ordinato svolgimento del processo. Esso rappresenta in definitiva il canale attraverso il quale nuovo materiale probatorio può essere introdotto nel processo tramite il provvedimento del giudice, nonostante la maturazione delle preclusioni istruttorie (in termini, trib. Palermo, in *Foro it.* 2000, I, 3245).

Del resto, i chiamati all'eredità di Michele G. non hanno sollevato eccezioni in ordine all'acquisizione tramite il canale dell'art. 184**bis** c.p.c. della documentazione descritta (vedi i verbali d'udienza contestuale e successivi alle produzioni nonché il tenore della comparsa conclusionale da loro proposta).

2.- *Le eccezioni di prescrizione.*

2.1.- *Inquadramento generale.*

Il curatore ha proposto cumulativamente le azioni di responsabilità normalmente esperibili dalla società e dai creditori:

-è in questo senso l'autorizzazione ad agire del giudice delegato, che si riferisce genericamente e, quindi, omnicomprensivamente, alla promozione di “azione di responsabilità per il risarcimento dei danni subiti dal fallimento Cogest”;

-la citazione fa espresso riferimento al <<...danno cagionato alla società (e creditori)... >> (pag. 6, punto 1 delle conclusioni della citazione).

In ipotesi di esercizio cumulativo delle azioni da parte del curatore, parte della giurisprudenza, oggi da reputare minoritaria, facendo leva sulla natura unitaria dell'azione, esclude decorrenze della prescrizione distinte in funzione dei presupposti fatti valere dal curatore. Dalla comune finalità di acquisire al patrimonio sociale quanto sia stato sottratto a causa della condotta illecita degli amministratori deriverebbe l'esistenza di un unico *dies a quo* del termine di prescrizione, coincidente col momento in cui si è verificata o, *recte*, palesata, l'insufficienza del patrimonio sociale (Cass. 7 novembre 1997, n. 10937, *Fallimento* 1998, 697; trib. Napoli 12 settembre 2002, *Giur.nap.* 2003, 160).

Altra tesi evidenzia che il curatore, quando agisce in applicazione dell'art. 146 l.fall., si limita a subentrare nell'esercizio dei diritti che, antecedentemente al fallimento, spettavano alla società ed ai creditori. Le azioni di responsabilità contro gli amministratori ed i sindaci, seppure intraprese dal curatore nell'ambito della procedura concorsuale, mantengono inalterate le rispettive discipline, anche quanto al regime di prescrizione (Cass. 15 maggio 1991, n. 5445, *Fallimento* 1991, 1441; trib. Milano 29 novembre 2003, *Società* 2004, 1006; trib. Messina 12 novembre 1999, *Fallimento* 2000, 225; trib. Napoli 18 gennaio 1999, id., 1999, 457).

Antecedentemente alla riforma del diritto societario, in mancanza di una norma *ad hoc*, la prescrizione quinquennale dell'azione sociale di responsabilità si è fatta decorrere, secondo la regola generale fissata dall'art. 2935 c.c., dal giorno in cui il diritto potesse esser fatto valere, ossia dal compimento del fatto dannoso compiuto dall'amministratore (Cass. 15 maggio 1991, n. 5445, cit.; trib. Milano 8 ottobre 2001, in *Giur.it.* 2002, 795). Poiché la locuzione “fatto dannoso” è idonea a comprendere sia la violazione del precetto, sia la perdita patrimoniale, si è collegato il *dies a quo* al momento in cui, in conseguenza della violazione, si sia verificato un pregiudizio per la società; inoltre, sulla base del presupposto che il danno debba essere conoscibile o rilevabile, il decorso del termine di prescrizione è stato riferito al momento in cui il danno provocato dagli amministratori sia riconoscibile dagli organi sociali.

L'individuazione di tale momento si è rivelata, peraltro, sovente priva di utilità pratica, in quanto, a norma dell'art. 2941, n. 7, c.c., la prescrizione è sospesa sinché gli amministratori siano in carica.

Si dubita se la sospensione della prescrizione sia estensibile all'azione sociale di responsabilità proposta nei confronti dei sindaci. La questione, peraltro, è nel caso in questione irrilevante, per quanto di seguito specificato *sub* 2.3.

La cessazione dalla carica non costituisce senz'altro *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione dei creditori sociali, per diversità di *ratio* e natura di quest'azione rispetto a quella sociale.

Conformemente ai principi applicabili in tema di responsabilità da fatto illecito (avendo l'azione dei creditori sociali natura extracontrattuale), qualora il danno si esteri e divenga conoscibile in data posteriore al suo verificarsi, è tale successivo momento e non quello in cui si realizzi il fatto che ne è stata la causa a segnare l'insorgere del diritto al risarcimento e, quindi, del *dies a quo* di decorrenza della relativa prescrizione (trib. Roma 10 marzo 2004, *Foro it.*, 2004, I, 2893; trib. Roma 8 novembre 2003, *Arch.civ.*, 2004, 63).

E' quindi logico il consolidato orientamento giurisprudenziale che aggancia la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dell'azione extracontrattuale proponibile dai creditori sociali al momento in cui l'insufficienza del patrimonio divenga oggettivamente percepibile dai creditori attraverso l'ordinaria diligenza (*ex multis*, trib. Milano 19 settembre 2003, *Giur.it.*, 2004, 1015).

L'onere della prova incombe sull'amministratore o sul sindaco che eccepisca la prescrizione e non può ridursi ad una generica deduzione, non corredata di utili elementi di fatto (Cass. 18 gennaio 2005, n. 941, secondo cui neanche la perdita integrale del capitale evidenzia l'insufficienza patrimoniale, non implicando necessariamente la perdita di ogni valore attivo del patrimonio sociale). Si richiede sovente a tal fine la sussistenza di perdite non ripianabili emergenti dal bilancio (App. Torino 23 gennaio 2003, *Giur.comm.*, 2004, II, 149).

Nel caso in esame, i convenuti Francesco Saverio C. e Vincenzo O. non hanno allegato, anche genericamente, che l'insufficienza patrimoniale si sia manifestata antecedentemente alla dichiarazione di fallimento.

2.2.- In particolare, l'eccezione di prescrizione proposta da Francesco Saverio C..

E' pacifico in causa che Francesco Saverio C. sia rimasto in carica fino al 26 giugno 1994; altresì pacifico è che le formalità prescritte dall'art. 143 c.p.c. si siano completate il 26 giugno 1999.

Irrilevante è la circostanza che la *vacatio* di venti giorni richiesta dall'art. 143 c.p.c. ai fini del perfezionamento della notifica si sia completata dopo il 26 giugno 1999: basti richiamare al riguardo il principio affermato dalla Consulta con sentenza n. 477 del 2002 (ribadita dalla sentenza n. 28 del 2004), dichiarativa della illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 149 c.p.c. e dell'art. 4, 3° comma, l. 20 novembre 1982 n. 890, nella parte in cui prevede(va) che la notificazione di atti a mezzo posta si perfezioni, per il

notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. E' oggi operante, quindi, la regola in base alla quale, qualunque sia la modalità di trasmissione, la notifica di un atto processuale, almeno quando debba compiersi entro un determinato termine, si intende perfezionata in momenti diversi rispettivamente per il richiedente e per il destinatario della notifica: le garanzie di conoscibilità dell'atto da parte di quest'ultimo si devono contemperare col diverso interesse del primo di non subire le conseguenze negative derivanti dall'intempestivo esito del procedimento notificatorio per la parte di questo sottratta alla sua disponibilità.

Il principio non muta con riferimento alla notifica eseguita secondo le forme dell'art. 143 c.p.c.: anche in tal caso l'incarico è conferito dal notificante con l'istanza contemplata dall'art. 137 c.p.c.; le scansioni della notifica e l'adozione delle opportune modalità sono rimesse all'ufficiale giudiziario, che ne dà conto, ex art. 148 c.p.c., in apposita relazione.

Non possono dunque essere addebitate alla parte che dia l'impulso per la notifica le conseguenze negative derivanti dall'attività di pertinenza dell'ufficiale giudiziario. Di talchè sembra eccessivo anche il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che ribadisce, ai fini della produzione degli effetti per il notificante, la sufficienza della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziale ancorché la notifica non sia andata a buon fine per causa non imputabile, purché sia stato validamente eseguito un altro procedimento di notificazione (Cass. 13 aprile 2004, n. 7018, *Foro it.*, 2004, I, 2383).

L'eccezione di prescrizione va in conseguenza respinta.

2.3.- In particolare, l'eccezione di prescrizione proposta da Vincenzo O..

Il sindaco Vincenzo O. ha allegato di essere cessato dalla propria carica mediante dimissioni comunicate alla società a mezzo di raccomandata da questa ricevuta in data 13 ottobre 2003.

La società ha provveduto a comunicare le intervenute dimissioni del sindaco alla cancelleria del tribunale: il convenuto ha prodotto copia della comunicazione rivolta dall'amministratore alla cancelleria recante il timbro di cancelleria datato 1 marzo 1994.

Sotto il profilo probatorio, la data del 13 ottobre 2003 non è assistita dal crisma della certezza, giacché il foglio delle dimissioni non reca alcun timbro postale, apposto, invece, su busta separata. Le dimissioni, peraltro, si possono certamente collocare nel tempo già antecedentemente al 1 marzo 1994, giacché la comunicazione delle dimissioni alla cancelleria da parte dell'amministratore reca in calce l'autentica del funzionario comunale, datata 17 febbraio 1994, della firma dell'amministratore.

Il curatore esclude la rilevanza di tali dimissioni, sostenendo che:

a.- le dimissioni del sindaco della società di capitali sono destinate a spiegare efficacia nei confronti della società soltanto quando siano comunicate al sindaco supplente destinato a subentrare al dimissionario (il curatore valorizza

un'affermazione contenuta nell'ordinanza di reclamo del tribunale di Napoli del 13 maggio 2002);

b.- comunque le dimissioni di O. sono prive di effetti nei confronti dei terzi, in quanto non sono state pubblicate nel bollettino ufficiale delle società per azioni ed a responsabilità limitata, come all'epoca dei fatti prescriveva l'art. 2457^{ter} c.c.

Entrambe le considerazioni sono infondate.

a.- A norma del 1° comma dell'art. 2401 c.c. (nel testo antecedente alla riforma del diritto societario, la quale è inapplicabile *ratione temporis*) in caso di morte, rinuncia o decadenza di un componente del collegio sindacale, subentrano i supplenti in ordine di età.

Il perentorio tenore della norma comporta che il subingresso dei supplenti sia *automatico*, in coerenza con la volontà del legislatore, che traspare dal complesso della disciplina degli organi sociali, di non pregiudicare il funzionamento dell'organo di controllo completo di tutti i suoi componenti.

Automatico è il subingresso che non richiede l'intervento di una volontà o di un'azione esterna.

Ne discende che:

-ai fini del passaggio da supplente ad effettivo non vi è necessità di alcuna specifica accettazione, valendo a tal fine la dichiarazione resa dal supplente al momento della sua nomina;

-*a fortiori*, è irrilevante la comunicazione delle dimissioni dell'effettivo al supplente, che innesta una scansione non prevista nel meccanismo di sostituzione.

Sul piano dell'inquadramento generale, d'altronde, le dimissioni si sostanziano in un recesso, oggetto di diritto potestativo. Il diritto potestativo, per definizione, ed in mancanza di esplicite previsioni contrarie, non tollera restrizioni o condotte necessitate (ossia *oneri*), che incidano sulla sua efficacia.

Nel caso in esame, l'onere della comunicazione incombe sull'amministratore, nella sua qualità di organo gestorio: sembra illogico far gravare sul titolare del diritto di recesso le conseguenze derivanti dall'omissione della comunicazione al supplente.

Non riesce a superare queste obiezioni la diversa disciplina, su cui *infra*, relativa al regime di *prorogatio* dei sindaci cessati, applicabile quando non ne sia possibile la sostituzione: il regime di *prorogatio*, in questo caso, è l'unico strumento atto a presidiare con tempestività la prevalente esigenza di garantire la continuità dell'organo di controllo.

Nel caso in esame, il sindaco O. ha documentato che il verbale di nomina del collegio sindacale di s.p.a. Cogest, risalente al 30 giugno 1993, evidenzia la presenza di un sindaco supplente non dimissionario, Maddaloni Pasquale (vedi il verbale allegato a folio 2 della produzione del convenuto O.).

Risalendo al 17 febbraio 1994 la data certa delle dimissioni del sindaco O., automaticamente sostituito dal supplente Maddaloni, a tale data va ancorata nei confronti del curatore l'efficacia delle dimissioni rese.

Ne consegue che l'azione sociale di responsabilità instaurata nei confronti del sindaco O. per la prima volta con la citazione notificatagli il 7 luglio 1999 era ormai prescritta.

b.- Indubbiamente, come segnalato dal curatore, l'art. 2457ter, nella versione vigente all'epoca dei fatti, antecedente all'istituzione del registro delle imprese, (avvenuta a seguito del D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581), costruendo il regime di opponibilità ai terzi, richiedeva la (necessaria) pubblicazione anche delle variazioni degli organi sociali nel bollettino ufficiale delle società per azioni ed a responsabilità limitata.

L'art. 2457ter, tuttavia, regola(va) i rapporti tra la società ed i terzi; coerentemente pone(va) a carico della società, in mancanza della pubblicazione nel bollettino, l'onere della prova della conoscenza effettiva; sulla società incombe(va) l'onere di procedere alla richiesta d'iscrizione nei registri della cancelleria nonché di pubblicazione nel bollettino. La pubblicità notizia contemplata da tale norma dava pubblico conto dei poteri degli organi sociali, ai fini dell'imputabilità dei loro atti alla società.

Ratio, disciplina e funzione dell'art. 2457ter ne evidenziano l'inapplicabilità ai rapporti tra i terzi ed i singoli organi sociali; tale inapplicabilità risalta con ancora maggiore evidenza in riferimento alla posizione dei sindaci, sui quali neanche grava(va) l'onere di procedere alla richiesta d'iscrizione nei registri di cancelleria e di pubblicazione nel bollettino oggi abrogato.

Ne discende che anche nei confronti dei creditori sociali le dimissioni del sindaco O. sono destinate a produrre effetti a far data dal 17 febbraio 1994.

Essendo, tuttavia, ancorato il *dies a quo* dell'azione ex art. 2394 c.c. al verificarsi degli effetti dannosi, ossia al palesarsi dell'insufficienza del patrimonio sociale, la circostanza che la citazione sia stata notificata oltre il termine quinquennale dalle dimissioni non consente di ritenere maturata la prescrizione. Nella fattispecie manca specifica allegazione (e, *a fortiori*, prova) che l'insufficienza patrimoniale si sia manifestata antecedentemente alla dichiarazione di fallimento e, in particolare, in data anteriore al luglio 1994 (essendo stata notificata la citazione nel luglio 1999).

Ne consegue che l'azione dei creditori sociali non è prescritta.

3.- La condotta di mala gestio imputata agli amministratori.

3.1.- Il curatore addebita in primo luogo agli amministratori il mancato deposito delle scritture contabili, ragguagliando in via presuntiva il danno prodotto a quello accertato (*recte*, in via di accertamento) in sede fallimentare.

Il metodo di quantificazione del danno proposto dal curatore è stato sovente applicato come regola di giudizio (vedi App. Bologna 5 febbraio 1997, *Foro it.*, 1997, I, 2284; trib. Genova 19 settembre 1988, *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Società*, n. 570; trib. Roma 5 dicembre 1986, *id.*, Rep. 1987, voce *cit.*, n. 508; trib. Catania 30 agosto 1986, *id.*, Rep. 1988, voce *cit.*, n. 366; trib. Milano 13 ottobre 1983, *id.*, Rep. 1984, voce *Fallimento*, n. 516) e non è estraneo ad alcune risalenti decisioni del giudice di legittimità (Cass. 23 giugno 1977, n. 2671, *id.*,

Rep. 1977, voce cit., n. 238; 5 gennaio 1972, n. 21, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 370).

Questo criterio è entrato in fase recessiva grazie ad un'inversione di rotta adottata da alcuni giudici di merito (trib. Milano 29 maggio 2003, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Società*, n. 1020; 20 febbraio 2003, in *Società* 2003, 1268; trib. Milano 18 maggio 1995, *id.*, Rep. 1995, voce *Società*, n. 713; trib. Torino 10 febbraio 1995, *ibid.*, n. 709), sino a giungere alla giurisprudenza di legittimità, che ha commisurato il danno alle conseguenze delle violazioni contestate (Cass. 8 febbraio 2000, n. 1375, *Dir. e pratica società*, 2000, fasc. 20, 37; 22 ottobre 1998, n. 10488, *Foro it.*, 1999, I, 1467).

Il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare è senz'altro esagerato per eccesso, non potendosi immaginare, in un'ottica rispettosa dei principi sul nesso di causalità, che l'intero sbilancio fallimentare sia imputabile all'organo gestorio: si finirebbe con l'imputare agli amministratori la colpa anche di eventi relativi al mercato, quasi a voler convertire l'azione risarcitoria in azione sanzionatoria.

Il criterio è errato anche per difetto, sia perché il passivo ammesso può essere inferiore al passivo reale, sia perché sovente nelle procedure fallimentari le poste attive subiscono una notevolissima falciatura a seguito delle vendite concorsuali.

In ogni caso, il criterio in questione si pone in aperto contrasto con le regole che presidiano in generale la quantificazione del danno e che impongono all'attore (nel nostro caso al curatore) di dare prima la prova dell'esistenza di un danno (nel nostro caso della società e dei creditori sociali) e poi di fornire al giudice gli elementi idonei a consentirne la liquidazione.

Il curatore non ha provato il nesso di causalità tra la condotta degli amministratori e l'insufficienza patrimoniale della società, né ha provato il preciso ammontare del danno, limitandosi a richiamare l'importo del passivo fallimentare che, al momento della notifica della citazione, poteva ulteriormente lievitare.

Il capo di domanda in questione va in conseguenza respinto.

3.2.- Più in dettaglio il curatore ha segnalato che nel bilancio dell'esercizio del 1992 è iscritta tra le immobilizzazioni materiali una voce di circa lire 910 milioni, ridotta nell'esercizio successivo a 812 milioni circa e pressoché azzerata nel bilancio del 1994.

L'amministratore all'epoca in carica, Francesco Saverio C., ha dichiarato al curatore che era stata iscritta tra le immobilizzazioni la somma di lire 800.000.000 versata a titolo di caparra confirmatoria per l'acquisto della quota del 50% di un immobile in S.Giorgio a Cremano di proprietà dei fratelli Tullio C. e Gaetano C. (vedi il verbale dell'interrogatorio del 26 marzo 1998, allegato a folio 7 della produzione del curatore).

Sull'imputazione a tale causale della voce in questione si è incentrato il contraddittorio tra le parti, che ha in tal modo circoscritto la materia di esame del tribunale.

L'affermazione del curatore è smentita dall'esame dei bilanci.

Nel bilancio relativo all'esercizio del 1992 la somma di lire 910.456.967, appostata sotto le immobilizzazioni materiali, è riferita a spese di rappresentanza (per circa lire sei milioni) e ad oneri pluriennali (per il restante importo).

L'appostamento degli oneri pluriennali rimonta al bilancio dell'anno 1991; la relazione a quel bilancio dell'amministratore dà conto dell'incremento degli oneri pluriennali, imputato all'"*accantonamento degli oneri da condono ex lege 413/91 e degli altri costi di natura pluriennale sostenuti nell'esercizio*".

La caparra confirmatoria il cui versamento è stato confessato al curatore dall'ex amministratore è stata appostata nell'attivo corrente, sia nell'esercizio del 1991, sia in quello del 1992.

Ancora nel bilancio del 1994 risulta appostato l'importo di lire 800.000.000, annoverato tra le immobilizzazioni materiali sotto la voce "acconti"; voce che è rimasta invariata sino all'ultimo bilancio approvato, relativo all'esercizio 1996.

L'esame delle voci di bilancio non riesce a suffragare, di per sé, l'assunto del curatore relativo alla perdita della caparra confirmatoria.

La mancanza, tuttavia, di qualsivoglia documentazione sociale e, in particolare, la mancanza dei documenti relativi al versamento della caparra, utili a consentirne il recupero, induce il collegio a reputare fondato questo capo di domanda.

Non è dato accertare, in mancanza di qualsivoglia documento, se sia stato richiesto ai promettenti venditori l'adempimento del contratto preliminare del quale ha riferito l'ex amministratore Francesco Saverio C.. Ne discende che, anche in conformità al principio della domanda, il capo di condanna in questione va circoscritto all'importo di lire 800 milioni.

L'omessa tenuta della documentazione concernente il versamento della caparra confirmatoria e la dedotta stipula del contratto preliminare in relazione al quale si assume versata la caparra va, tuttavia, ascritta soltanto al solo Tullio C., che è rimasto in carica sino al 16 settembre 1997.

Il curatore non ha infatti provato, come suo onere, l'inadempimento del precedente amministratore Francesco Saverio C., rimasto in carica sino al 29 giugno 1994, dell'obbligo di regolare tenuta delle scritture e della documentazione giustificativa delle operazioni compiute nonché del connesso obbligo di consegna delle scritture e della documentazione al suo successore Tullio C..

E' appena il caso di rimarcare, al riguardo, che l'inadempimento non si presume; provato l'inadempimento di obblighi contrattuali, se ne presume soltanto la sua imputabilità alla parte inadempiente.

Anzi: si legge nella relazione del collegio sindacale al bilancio al 31 dicembre 1993, datata 31 maggio 1994, che il collegio sindacale ha constatato "*l'esistenza di una buona organizzazione contabile, la osservanza dell'atto costitutivo e della legge ed una regolare tenuta della contabilità*" (vedi la relazione allegata alla produzione del sindaco O.).

Quanto a Tullio C., invece, concorrono a far reputare provato l'inadempimento dell'obbligo su di lui incombente degli obblighi di tenuta di documenti e scritture e di consegna al curatore:

-la circostanza che il curatore non abbia rinvenuto alcun documento;

-le dichiarazioni rese al curatore dai sindaci Franco G. e Michele G. circa la condotta di Tullio C. intesa a non far loro espletare controlli "*nonostante le continue ed insistenti richieste*" (vedi la missiva del 4 aprile 1998, allegata a folio 11 della produzione dell'attore).

Nel presente giudizio rispondono *pro quota* gli eredi di Tullio C..

Sono sul punto inconferenti le affermazioni dei convenuti Rosanna L., coniuge di Tullio C. e di Francesco Saverio C., Q. C., Maria Teresa C., suoi figli, che hanno dedotto di avere accettato l'eredità con beneficio d'inventario e, comunque, "*di aver rinunciato all'eredità*".

Anzitutto, l'accettazione di eredità è atto irrevocabile.

Emerge inoltre, in fatto, dalla certificazione del dirigente la cancelleria della soppressa pretura circondariale –sezione distaccata di Barra, luogo di apertura della successione, che non è stata annotata nel registro delle successioni la data di compimento dell'inventario entro il termine di tre mesi dalla dichiarazione di accettazione (vedi allegata la certificazione a folio 10 della produzione del curatore). Con la conseguenza che "*trascorso tale termine senza che l'inventario sia stato compiuto, il chiamato all'eredità è considerato erede puro e semplice*" (art. 485, 3° co., c.c.).

L'eredità, secondo quanto emerge dal successivo, nullo, atto di rinuncia all'eredità dedotto dagli eredi (che non risulta in atti), è stata devoluta secondo le regole della successione legittima con attribuzione, quindi, di un terzo al coniuge e di 2/9 ciascuno per i tre figli (sulla nullità della rinuncia successiva all'accettazione di eredità, vedi, da ultimo, trib. Milano 26 gennaio 2004, *Nuovo dir.*, 2004, I, 745).

3.3.- Il curatore ha inoltre censurato il finanziamento di lire 820.000.000 operato da s.p.a. Cogest in favore di I.C.A. s.c. a r.l., riportato nel bilancio dell'esercizio del 1993 sotto la voce "*partecipazioni ad altre imprese*". Si legge nella nota integrativa che la voce partecipazione ad altre imprese (per l'importo di lire 845.546.750) era composta, quanto all'importo di lire 820.000.000, "*dal finanziamento soci infruttifero con obbligo di restituzione all'ICA s.c. a r.l.*".

Il curatore lamenta che il finanziamento non risponda all'oggetto ed all'interesse della società e deduce l'irrecuperabilità delle somme che ne hanno costituito oggetto.

L'operazione di finanziamento genera obbligazione restitutoria a carico dell'*accipiens*. L'appostazione della somma è in conseguenza errata, giacché la posta si sarebbe dovuta inscrivere tra i crediti.

In ogni caso l'erronea appostazione non è di per sé fonte di danno.

Il curatore non ha allegato e, a *fortiori*, non ha provato l'irrecuperabilità della somma mutuata.

Anche a voler configurare, in ipotesi, ingiustificata l'operazione di finanziamento, va rilevato che operazione dannosa e danno non s'identificano, essendo rappresentati l'una dalla violazione degli obblighi inerenti alle cariche sociali e l'altro dal pregiudizio che tale violazione arreca alla consistenza economica della società (Cass. 28 aprile 1997, n. 3652, in *Foro it.* 1998, I, 3247; 22 dicembre 1993, n. 12700, *id.*, Rep. 1994, voce *Società*, n. 627).

La distinzione tra operazione lesiva e danno comporta che la condotta dannosa dedotta dal curatore, ossia la condotta idonea a produrre definitive conseguenze dannose immediatamente e direttamente ad essa riannodabili, postuli almeno due passaggi:

a.- l'inadempimento *definitivo* dell'obbligo di restituzione da parte di ICA s.c.a r.l.;

b.- l'esistenza all'epoca del finanziamento di una situazione debitoria di s.p.a. Cogest nei confronti di terzi o, comunque, l'idoneità della condotta ad aggravare il dissesto sfociato nell'insolvenza e, quindi, nel fallimento.

Non vi è prova del segmento *sub a*, ossia del definitivo inadempimento di ICA s.c. a r.l., giacché non vi è prova (pervero, non vi è neanche allegazione) che sia stata richiesta la restituzione della somma, né che vi sia stata costituzione in mora, né che sia stato tentato il recupero e con quali esiti.

La situazione è diversa da quella esaminata *sub 3.2*, giacché, in questo caso, il curatore, in via d'esempio, avrebbe potuto verificare se dai bilanci della società finanziata risultasse il finanziamento, al fine di tentarne il recupero.

Il curatore, in definitiva, non ha provato di aver subito per effetto della condotta lamentata un irreversibile danno (vedi, per l'affermazione che correla l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria alla definitività dell'inadempimento, Cass. 7 febbraio 1998, n. 1298, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 522; 3 marzo 1997, n. 1851, in *Vita not.* 1997, 254; 22 febbraio 1997, n. 1641, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *cit.*, n. 357).

La mancanza di prova del segmento *sub a*. rende irrilevante la disamina di quello *sub b*.

Il capo di domanda in questione va in conseguenza respinto.

3.4.- Il curatore ha infine censurato l'omessa contabilizzazione, nell'importo dei debiti tributari e previdenziali, delle sanzioni per omesso versamento rispettivamente delle ritenute operate per i dipendenti e dei contributi INPS. Una corretta contabilizzazione, ha specificato, avrebbe evidenziato la perdita del capitale sociale sin dal 1992.

Va chiarito, sul piano dell'inquadramento generale, che la responsabilità degli amministratori per violazione del divieto di nuove operazioni è fattispecie tipica che, sebbene abbia natura extracontrattuale, non è riconducibile in pieno allo schema della responsabilità aquiliana (in tal senso, già Cass. 19 settembre 1995, n. 9887, *Foro it.*, 1996, I, 2873; 12 giugno 1997, n. 5275, *Foro it.*, 1997, I, 2907; Trib. Reggio Emilia 14 agosto 1998, *Giur.merito*, 1999, 499). L'azione ex art. 2449, inoltre, si distingue dall'azione sociale di responsabilità oltre che per la natura della responsabilità, per la diversità:

-dei presupposti (richiedendo l'azione sociale la causazione di un danno al patrimonio sociale, là dove potrebbe non configurarsi responsabilità esterna nel caso in cui dalle nuove operazioni la società abbia tratto profitto) e

-di contenuto, giacché la responsabilità solidale ed illimitata dell'art. 2449 c.c. potrebbe essere fatta valere anche attraverso un'azione di adempimento e non solo risarcitoria.

Le due azioni, peraltro, sono esperite in concorso quando il compimento di nuove operazioni determini il depauperamento del patrimonio sociale, perseguibile nei modi e nei termini dell'azione ordinaria di responsabilità ai sensi degli art. 2393 e 2394 c.c.: in tale caso, la violazione dell'art. 2449 c.c., integrando l'inosservanza di doveri imposti dalla legge, è fonte di responsabilità secondo le previsioni dell'art. 2392, 1° co., c.c., e dà pertanto luogo alle azioni ex art. 2393 e 2394 c.c., confluenti nella legittimazione attribuita al curatore fallimentare dall'art. 146 l.fall. (in termini, Cass. 4 aprile 1998, n. 3483, *Giust.civ.*, 1999, I, 1809).

E' questa l'ipotesi in esame.

Elemento essenziale dell'azione proposta, indispensabile per radicare la legittimazione del curatore ad esperirla, è allora la specificazione del danno determinato dalle nuove operazioni.

Torna utile l'elaborazione della giurisprudenza la quale avverte che, qualora gli amministratori proseguano l'attività sociale dopo il verificarsi della causa di scioglimento della società per sopraggiunta perdita del capitale sociale, al fine d'individuare il danno provocato è necessario individuare dettagliatamente le nuove operazioni vietate dall'art. 2449 c.c., al fine di valutarne la compatibilità con i doveri gestori e l'incidenza dannosa, omesso ogni automatismo basato sullo sbilancio fallimentare. Soltanto dopo che sia stato accertato che l'attività svolta dagli amministratori è quella tipica d'impresa, svincolata dalle necessità inerenti alla liquidazione delle attività sociali e finalizzata al conseguimento di un utile sociale è corretto quantificare il danno in misura pari all'evoluzione negativa del patrimonio netto della società dopo il verificarsi della causa di scioglimento che l'amministratore sia in grado di percepire come tale (trib. Milano 20 febbraio 2003, *Società*, 2003, 1268; trib. Milano 7 febbraio 2003, *ibid.*, 1385).

Nel caso in esame, il curatore non ha specificamente allegato e, *a fortiori*, non ha provato quali siano state le nuove operazioni che l'amministratore ha compiuto dopo l'ipotizzato verificarsi della causa di scioglimento determinata dalla perdita del capitale sociale.

A tanto va aggiunto, in fatto e *ad abundantiam*, che:

-il bilancio dell'esercizio del 1992 evidenzia debiti d'imposta per lire 1.946.409.047;

-l'imputazione del debito all'omissione del versamento di ritenute relative ai dipendenti risulta dal verbale d'interrogatorio del 26 marzo 1998 dell'amministratore Francesco Saverio C. (vedi il relativo verbale allegato alla produzione dell'attore *sub* 7);

-il bilancio dell'esercizio 1991, tuttavia, evidenzia un accantonamento di oneri per il condono fiscale contemplato dalla l. n. 413/91;

-il bilancio dell'esercizio del 1991 fa emergere l'esistenza di debiti nei confronti dell'Inps in conto condono.

L'appostazione degli oneri per i condoni rende formalmente corretta la mancata contabilizzazione di sanzioni, soprattasse ed interessi.

In questo contesto, a fronte della regolarità delle appostazioni, manca la prova, incombente sul curatore, concernente:

-la mancata esecuzione del condono;

-l'occultamento della reale entità delle esposizioni debitorie;

-il riferimento all'esercizio al quale l'occultamento sia in ipotesi riferibile.

Né tale prova è offerta dai provvedimenti di ammissione del concessionario per la riscossione dei tributi acquisiti ex art. 184bis, che non contengono utili specificazioni.

Anche questo capo di domanda va respinto.

4.- *La responsabilità dei componenti del collegio sindacale.*

4.1.- *La posizione dei sindaci Franco G. e Michele G.*

I sindaci Franco G. e Michele G. si sono dimessi con lettere del 23 febbraio 1996, ma non sono stati sostituiti, essendo tra l'altro esaurito il novero dei supplenti.

Si deve quindi ritenere che sia stato loro applicabile il regime della *prorogatio* sino alla dichiarazione di fallimento.

Antecedentemente alla riforma del diritto societario (inapplicabile al caso *ratione temporis*) l'assenza, in relazione alla disciplina del collegio sindacale, di una norma di contenuto analogo all'art. 2385, 2° co., ha indotto parte della giurisprudenza a reputare che la cessazione della carica sindacale non fosse suscettibile di prolungamenti, sicché i sindaci non potevano essere ritenuti responsabili per atti od omissioni successivi alla cessazione (App. Bologna 15 aprile 1988, *Giur.comm.*, 1990, II, 454; trib. Monza 26 aprile 2001, *Società*, 2001, 1229; trib. Milano 26 aprile 1983, *Società*, 1983, 1157).

Il collegio ritiene senz'altro preferibile l'opzione che applica in via estensiva (o analogica) alla cessazione del collegio sindacale il secondo comma dell'art. 2385, essendo questa norma espressione di una regola comune agli organi essenziali della società, in virtù della quale la società non deve restare priva, neppure per un breve periodo di tempo, né dell'organo gestorio, né di quello di controllo (in termini, trib. Milano 2 febbraio 2000, *Giur.it.*, 2000, 1683; trib. Roma 27 aprile 1998, *Società*, 1998, 1442).

4.2.- *In particolare, la posizione dei chiamati all'eredità di Michele G.*

Maria L., Antonio G., Giuseppe Nicola G., Franco G., Anna G. hanno dedotto di aver rinunciato all'eredità del loro dante causa Michele G. con dichiarazione ricevuta dal notaio De Vivo in data 3 marzo 2004 (allegata alla loro produzione), eccependo il loro difetto di legittimazione passiva.

Giusto Rosario G. non ha proceduto alla rinuncia (e non l'ha eccepita, essendo rimasto contumace).

Con riguardo alle posizioni di Maria L., Antonio G., Giuseppe Nicola G. ed Anna G. vanno condivise le osservazioni del curatore, secondo cui la rinuncia del 3 marzo 2004 è inefficace (*recte*, nulla, avendo un oggetto impossibile), essendosi maturati i presupposti per l'accettazione tacita ex art. 485 c.c.

A fronte del decesso del rag. Michele G., risalente al 4 novembre 2002, il curatore ha documentato, mercé l'esibizione dei certificati di stato di famiglia e di residenza relativi a Michele G. ed ai suoi aventi causa, che:

-Michele G. è risieduto in S.Giuseppe Vesuviano, alla via Pianillo, n. 89 dal 25 giugno 1946 sino all'epoca della morte;

-L. Maria è risieduta al medesimo indirizzo dal 30 maggio 1990 sino, almeno, alla data del certificato esibito (19 novembre 2004);

-Antonio G. è risieduto al medesimo indirizzo dalla nascita (18 gennaio 1955) sino, almeno, alla data del certificato esibito (19 novembre 2004);

-Giuseppe G. è risieduto al medesimo indirizzo dal 26 gennaio 1999 sino, almeno, alla data del certificato esibito (19 novembre 2004);

-Anna G. è risieduta al medesimo indirizzo dalla nascita (23 maggio 1971) sino, almeno, alla data del certificato esibito (19 novembre 2004).

Maria L., Antonio G., Giuseppe G. ed Anna G. hanno quindi seguito a vivere nella medesima abitazione dove vivevano con Michele G. dopo il 4 novembre 2002 sino, almeno, alla data del 19 novembre 2004, per un periodo di tempo, quindi, ben superiore ai tre mesi richiesti dall'art. 485 ai fini dell'accettazione tacita di eredità.

Si può quindi affermare che nel corso di questo periodo di tempo, questi convenuti siano stati in possesso di beni ereditari. La circostanza, incontestata, che non abbiano proceduto alla redazione d'inventario li qualifica eredi semplici di Michele G..

Franco G., invece, è risultato risiedere sin dal 14 gennaio 1998 ad un indirizzo diverso, in S.Giuseppe Vesuviano, via Scuderi, I traversa, a destra, n. 60 (vedi il certificato di residenza storico del 19 novembre 2004 allegato alla produzione del curatore). Non sussistono in conseguenza, rispetto a lui, elementi per poter affermare che abbia tacitamente accettato l'eredità.

La rinuncia all'eredità del 3 marzo 2004 comporta in conseguenza il rigetto del capo di domanda proposto nei suoi confronti in qualità di erede, per sopravvenuta mancanza di legittimazione passiva.

4.3.- *Linee della responsabilità dei sindaci.*

Il 2° comma dell'art. 2407 c.c. rende i sindaci 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 agli obblighi della loro carica. I sindaci rispondono solo per il proprio fatto, doloso o colposo; la colpa consiste nella violazione del loro dovere di vigilare diligentemente sull'operato degli amministratori. Si configura la responsabilità dei sindaci, dunque, non per il fatto in sé che il danno sia stato dagli amministratori cagionato, ma in quanto sia configurabile la violazione di un obbligo inerente alla loro carica.

Il giudizio sulla responsabilità dei sindaci postula, dunque:

-il verificarsi di fatti o di omissioni degli amministratori cause di danno ed il concreto verificarsi del danno;

-il rapporto di causalità fra la violazione dei doveri di vigilanza ed il danno.

Rileva dunque la violazione da parte dei sindaci dell'obbligo di vigilare sull'amministrazione della società con la diligenza richiesta dal 1° comma dell'art. 2407 c.c., di denunciare le irregolarità riscontrate, di assumere le iniziative sostitutive.

Nel caso in esame, risulta in atti che:

-i bilanci relativi agli esercizi dal 1992 al 1997 sono stati regolarmente approvati.

Tutti i bilanci, come sopra segnalato, contemplavano, sia pure malamente appostata, la voce corrispondente alla caparra confirmatoria di lire 800.000.000. Non emerge in atti che i sindaci, come loro imposto dall'art. 2432, 2° co., c.c., nel "riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale e sulla tenuta della contabilità" abbiano formulato osservazioni relative alla voce in questione, fornendo adeguate informazioni e valutazioni tecnico-contabili all'assemblea;

-a partire dal 16 settembre 1997, data della morte dell'amministratore unico Tullio C., non risulta che sia stata convocata l'assemblea per la sostituzione.

In conseguenza, a norma dell'ultimo comma dell'art. 2386 c.c., i sindaci hanno acquisito il potere di compiere gli atti di ordinaria amministrazione.

Nel novero di questi atti va senz'altro compresa la tenuta e la conservazione delle scritture contabili. A fronte della riscontrata mancanza dei contabilità, i sindaci non hanno provveduto alla ricostruzione, né all'accertamento dei fatti necessari e prodromici a questa.

In sintesi: per un congruo periodo di tempo, che si snoda dal 30 giugno 1993 sino alla data della dichiarazione di fallimento, i sindaci sono rimasti inerti al cospetto della *mala gestio* dell'amministratore concretatasi nell'episodio concernente il versamento della somma di lire ottocento milioni a titolo di caparra confirmatoria.

Inoltre, a far data dal 16 settembre 1997, la condotta d'inerzia si è ulteriormente aggravata, non avendo i sindaci provveduto, per il profilo in questione, ad adottare gli atti di ordinaria amministrazione che loro competevano.

L'efficienza causale di tali omissioni direttamente imputabili ai sindaci Michele G. e Franco G. discende dalla mancata adozione delle iniziative sostitutive loro attribuite.

I sindaci G. erano consapevoli della situazione almeno di disordine contabile della società, visto che le loro dimissioni sono state determinate dalle "continue ed insistenti richieste" rivolte all'amministratore Tullio C. al fine di poter espletare la loro attività di controllo (vedi il tenore delle lettere di dimissioni nonché la missiva indirizzata al curatore del 4 aprile 1998).

Ebbene, ciononostante, i sindaci non hanno adottato le possibili misure di contrasto, *in primis* la denuncia al P.M. per l'adozione di iniziative ex art. 2409 c.c. (ravvisa la responsabilità dei sindaci in un'ipotesi consimile trib. Rimini 23 luglio 2002, *Giur.comm.*, 2003, II, 187; per un'interpretazione estensiva delle

ipotesi di responsabilità dei sindaci, vedi, da ultimo, Cass. 8 marzo 2000, n. 2624, *Foro it.*, 2001, I, 627).

I sindaci Franco G. e Michele G. (e, oggi, parziariamente, gli eredi di questi, con esclusione, in qualità di erede, di Franco G.) vanno reputati responsabili insieme con Tullio C.. Gli eredi di Michele G. rispondono *pro quota*, e segnatamente, in applicazione delle regole della successione legittima (non essendo emersi i presupposti per diverse modalità di devoluzione dell'eredità) per la quota di un terzo quanto alla coniuge Maria L. e per la quota di un quarto dei residui due terzi per ciascuno dei figli.

4.4.- *La posizione del sindaco O.*

Si è sopra segnalato che l'azione sociale di responsabilità nei confronti del sindaco O. è prescritta.

Rimane da considerare l'azione dei creditori sociali nell'esercizio della quale è subentrato il curatore, in relazione, peraltro, alle condotte del sindaco O. collocabili nel periodo che va dal 30 giugno 1993, data di costituzione del collegio sindacale, sino al 17 febbraio 1994, momento nel quale vanno collocate con certezza le dimissioni rese.

La ristretta cornice temporale entro la quale vanno valutate le condotte del sindaco O. ne esclude qualsivoglia efficienza causale in ordine al verificarsi del danno.

In particolare, l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 1992, di per sé, è circostanza da sola ininfluenza, in considerazione del dato che, in base ai bilanci precedenti, il versamento della caparra confirmatoria risale al più ad un anno prima. La breve durata dell'espletamento dell'incarico esclude la sussistenza dei presupposti che avrebbero potuto consigliare al sindaco O. l'attivazione delle iniziative sostitutive sopra segnalate.

La domanda proposta nei confronti di Vincenzo O. va in conseguenza respinta.

L'esito di tale domanda esime il tribunale dalla disamina della connessa domanda di manleva proposta da Vincenzo O. nei confronti di Milano assicurazioni s.p.a.

Sussistono giusti motivi per compensare le relative voci di spesa.

In definitiva, gli eredi di Tullio C. (nei limiti ed in proporzione della rispettiva quota ereditaria), Franco G. e gli eredi di Michele G. (nei limiti ed in proporzione della rispettiva quota ereditaria, con esclusione, in qualità di erede, di Franco G.), vanno condannati a pagare al curatore la somma di lire 800 milioni (pari ad €uro 413.165,51). La somma va previamente devalutata, in base agli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, al dì dell'illecito e sulla stessa, progressivamente rivalutata di anno in anno, vanno calcolati gli interessi al tasso legale. Nel caso in esame il dì dell'illecito va a coincidere con la data di dichiarazione del fallimento, momento in cui si è resa evidente l'evoluzione negativa del patrimonio.

Va dichiarata l'inefficacia del sequestro autorizzato ed eseguito nei confronti di Francesco Saverio C. in proprio e di Vincenzo O. nonché l'inefficacia del

sequestro autorizzato ed eseguito nei confronti dei restanti convenuti nei limiti eccedenti l'odierna condanna.

L'esito complessivo della lite comporta la compensazione di metà delle spese sostenute, anche nelle fasi cautelari, dal curatore nei confronti degli eredi di Tullio C., di Franco G. e degli eredi di Michele G.; la residua metà, liquidata in dispositivo, segue la soccombenza.

La complessità delle questioni trattate comporta la sussistenza di giusti motivi per la compensazione integrale delle spese di lite tra il curatore, Francesco Saverio C. in proprio e Vincenzo O..

A carico del curatore vanno poste le voci di spesa sostenute da Milano assicurazioni s.p.a. successivamente alla riassunzione del giudizio notificata dal curatore per l'udienza del 30 aprile 2004, giusta la liquidazione che segue in dispositivo.

per questi motivi

in accoglimento per quanto di ragione delle domande proposte dal curatore del fallimento di s.p.a. Cogest,

1.- condanna Francesco Saverio C., Rosanna L., Q. C., Maria Teresa C., nella qualità di eredi di Tullio C., nei limiti ed in proporzione della rispettiva quota ereditaria, Maria L., Antonio G., Giusto Rosario G., Giuseppe Nicola G., Anna G., nella qualità di eredi di Michele G., nei limiti ed in proporzione della rispettiva quota ereditaria, Franco G. in proprio a pagare al curatore di s.p.a. Cogest €uro 413.165,51, oltre interessi legali sulla somma devalutata alla data di dichiarazione di fallimento, secondo gli indici istat e progressivamente rivalutata di anno in anno in base agli stessi indici;

2.- rigetta il capo di domanda proposto nei confronti di Franco G. nella qualità di erede di Michele G.;

3.- rigetta le domande proposte nei confronti di Francesco Saverio C. in proprio e di Vincenzo O.;

4.- dichiara non luogo a provvedere in ordine alla domanda proposta da Vincenzo O. nei confronti di Milano assicurazioni s.p.a.;

5.- dichiara l'estinzione del giudizio promosso da Vincenzo O. nei confronti di Assitalia s.p.a.;

6.- dichiara l'inefficacia del sequestro conservativo autorizzato ed eseguito nei confronti di Francesco Saverio C. in proprio e di Vincenzo O.;

7.- dichiara l'inefficacia del sequestro conservativo autorizzato ed eseguito nei confronti dei restanti convenuti nei limiti eccedenti l'odierna condanna;

8.- compensa metà delle spese di lite tra il curatore e Francesco Saverio C., Rosanna L., Q. C., Maria Teresa C., nella qualità di eredi di Tullio C., Maria L., Antonio G., Giuseppe Nicola G., Anna G., nella qualità di eredi di Michele G., Franco G. in proprio ed irripetibili metà delle spese con riguardo a Giusto Rosario G. e condanna i convenuti in questione a rifondere la residua metà, liquidata, per la parte da corrispondere, comprese le fasi cautelari, in €uro 15.560,00, di cui 13.100,00 per onorario, oltre rimborso spese generali, iva e cpa;

9.- compensa integralmente le spese tra il curatore attore, Vincenzo O. e Francesco Saverio C. in proprio;

10.- compensa integralmente le spese tra Vincenzo O. e Milano assicurazioni d'Italia s.p.a.;

11.- condanna il curatore attore a rifondere le spese sostenute da Assicurazioni d'Italia s.p.a. successivamente alla riassunzione del giudizio notificata per l'udienza del 30 aprile 2004, che liquida in €uro 1100,00, di cui €uro 650,00 per onorario, oltre rimborso spese generali, iva e cpa.

Così deciso in Napoli, in data 31 maggio 2006.

Il Presidente

Fulvio Dacomo

L'estensore

Angelina-Maria Perrino