

Nota a: Cassazione civile , 06 maggio 2015, n.9100, sez. un.

Titolo: **Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.**

Fonte: Giurisprudenza Commerciale, fasc.4, 2015, pag. 651

Autori: **Amedeo Bassi**
Giovanni Cabras
Marco Cian
Sabino Fortunato
Danilo Galletti
Alberto Jorio
Paolo Montalenti
Gabriele Racugno
Roberto Sacchi

Classificazione: [FALLIMENTO - Società - - organi](#)

**GIURISPRUDENZA
COMMERCIALE**

Sommario

Riprendendo un'iniziativa del lontano 1996 (si veda in questa *Rivista*, 1996, II, 334 ss. e *ivi*, 1997, II, 58 s.) e per troppo tempo trascurata, *Giurisprudenza commerciale* ha organizzato una piccola «tavola rotonda privata» avente per oggetto la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, n. 9100 del 6 maggio 2015 che prende posizione sulla dibattuta (si veda **FOTTICCHIA**, in questa *Rivista*, 2015, II, 116 ss.) possibilità di adottare la differenza tra l'attivo e il passivo fallimentari come criterio di misurazione del danno nell'azione di **responsabilità** esercitata dal curatore nei confronti degli **amministratori** di società fallita.

Pubblichiamo qui di seguito gli interventi dei partecipanti a questo «seminario virtuale».

AMEDEO BASSI

1. *La tempestività nell'esame della giurisprudenza.* — L'iniziativa del seminario *ex distantibus* è molto opportuna — e deve essere ripetuta — perché consente alle formidabili energie della Direzione della *Rivista* di arrivare, "in tempo reale", sulle novità giurisprudenziali più importanti, essendo evidente che, viceversa e con le dovute eccezioni, lo stimolo alla lettura di una nota di commento ad una sentenza già nota e pubblicata in altre riviste, e quindi semifredda o surgelata, è quasi inesistente, a meno che a scrivere non sia un giurista la cui firma inviti *ex sé* alla lettura, qualunque sia l'oggetto del commento. Questo è un problema generale di metodo o di politica editoriale che *Giur. comm.* prima o poi dovrà affrontare e risolvere, per evitare la necrotizzazione della sua seconda parte. Occorre che *Giur. comm.* piazzino un periscopio nella giurisprudenza.

2. *Sentenza bella, armoniosa nello stile, ma probabilmente inutile.* — Ciò premesso, la sensazione che la lettura del provvedimento suscita potrebbe essere condensata nel seguente giudizio: la sentenza delle Sezioni Unite è bella ma inutile. Poco o nulla cambierà nella giurisprudenza sulle azioni di **responsabilità** esercitate all'interno delle procedure concorsuali.

A) Dico: procedure concorsuali e non solo fallimento, perché il tema della **responsabilità** di **amministratori**,

sindaci, revisori, direttori generali, liquidatori, soci gestori, soggetti che esercitano direzione e coordinamento, ecc. si sta trasferendo anche all'interno del concordato preventivo, il che creerà una ulteriore barriera alla utilizzabilità della procedura, che andrà ad aggiungersi alla demolizione dissuasiva della figura dell'attestatore che la giurisprudenza ha portato a termine con successo.

B) Perché la sentenza è probabilmente inutile? Non solo perché la giurisprudenza prevalente era già orientata nello stesso senso espresso dalle Sezioni Unite, ma anche perché non si è evitato che il criterio bocciato, cacciato dalla porta, rientrasse — come si suol dire — dalla finestra. Il tema — ridotto all'essenza — era il seguente: se il *quantum* della condanna, una volta accertato uno degli *an* più frequenti nella casistica della **responsabilità** degli esponenti di società fallite — la mancanza o la irregolare tenuta delle scritture contabili e la prosecuzione della attività nonostante il verificarsi di una causa di scioglimento — possa essere determinato con riferimento alla differenza tra attivo e passivo *accertati* nel fallimento.

Il contrasto esistente negli orientamenti giurisprudenziali è stato composto? Sono state fornite indicazioni ai tribunali e alle corti di appello? Molto probabilmente, no.

C) Tralascio, perché tutto sommato già messi in risalto da altri — e per la verità non ignorati dalle Sezioni unite —, i possibili, numerosi rilievi sulla vischiosità del termine di riferimento: attivo e passivo *accertato*. Non dimentichiamo che lo sbilancio fallimentare, per quanto riguarda il passivo, nasce soprattutto dalla applicazione della regola dell'art. 55 co. 2 l. fall. che contiene la previsione di una decadenza generalizzata dal beneficio del termine, prevedendo una scadenza, a mo' di caduta di saracinesca, di tutti i debiti del fallito, anche quelli scadenzati, ad es., nel ventennio: evento rovinoso al quale non sopravviverebbe nessuna impresa. Lo stato passivo è uno specchio deformato e deformante della situazione in cui si trova la impresa fallita. Non dimentichiamo, inoltre, che per quanto riguarda l'attivo, lo sbilancio fallimentare deriva anche dalla mancanza di regole che in qualche modo agevolino la realizzazione delle attività: i crediti del fallito conservano la loro naturale scadenza. Ma non è questo il punto.

La convinzione diffusa, di fronte alle numerose pronunce propense ad ammettere il criterio di quantificazione del danno censurato dalle Sezioni unite, era che ci si trovasse di fronte, sempre o quasi sempre, proprio ad una liquidazione di *carattere equitativo*, non essendovi alcuno — tranne qualche consulente di ufficio — disposto ad ammettere che lo sbilancio fallimentare potesse essere una “conseguenza immediata e diretta” della mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili.

Ora, le Sezioni unite enunciano il seguente principio:

“In caso di mancanza o di irregolare tenuta delle scritture contabili[...]il criterio della differenza tra il passivo e l'attivo accertati può essere utilizzato al fine della liquidazione equitativa del danno:

- a) ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta
- b) purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore
- c) e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto.”

La risposta alla domanda è dunque un *no, a meno che [...]*

Dopo la sentenza delle Sezioni unite, alla domanda: quali possono essere in caso di mancanza o irregolarità delle scritture contabili *le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore?* la risposta sarà:[...] *la mancanza o la irregolarità delle scritture contabili!*, perché proprio la mancanza o la irregolare tenuta delle scritture contabili: a) è *una valida condizione perché si proceda ad una liquidazione equitativa*; b) *non permette l'accertamento degli specifici effetti dannosi riconducibili alla condotta dell'amministratore*; c) rappresenta un criterio *logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto*. Non ci vuole molto ad immaginare, non senza preoccupazione, che la formula usata dalle Sezioni unite per legittimare il ricorso allo sbilancio fallimentare, come liquidazione equitativa del danno, diventi una formula di stile, e che tutte le sentenze che continueranno ad applicare il criterio dello sbilancio possano essere censurate solo per eterei vizi o carenze di motivazione.

D) D'altro canto, è anche vero che le scritture contabili, anche quando sono correttamente tenute, sono sempre rettificcate dal Curatore!

3. *Aspettando i Tribunali delle imprese.* — La vera novità che potrà consentire una reale inversione nel *trend* delle azioni di **responsabilità**, facendo cessare la inutile strage, è un'altra, ed è la devoluzione della competenza per materia alle Sezioni specializzate del Tribunale delle imprese. Sottratte le azioni al Tribunale fallimentare (le azioni di **responsabilità** sfuggono alla *vis attractiva* del tribunale fallimentare, ma, ricadendo nell'area della competenza territoriale del tribunale della sede della società fallita, di fatto ritornano nelle Sezioni fallimentari da cui erano partite. La terzietà dei giudici delle sezioni fallimentari, in questo campo, è una eccezione o una ipocrisia), vi sono buone speranze che le cause di **responsabilità** perdano la virulenza che ne caratterizza la fase iniziale (si pensi ai sequestri), alla quale succede però — il tempo è galantuomo — una progressiva indifferenza e poi l'oblio finale che giustifica transazioni molto distanti dal *quantum* iniziale della domanda

(talvolta corretta spontaneamente dal fallimento con una drastica diminuzione del *petitum* — prima della sentenza — per evitare la emersione di imposte di registro da pagare in prededuzione: *hoc iure utimur!*). Senza nulla dire sulle inevitabili interruzioni del processo, per naturale decesso dei convenuti o dei loro difensori, e la pena del trasferimento della azione in capo agli eredi, che non sanno dove mettere le mani e che non possono in nessun modo difendere la correttezza dell'operato dell'amministratore o sindaco defunto. Che tristezza!

La devoluzione alle Sezioni specializzate consentirà:

a) un diverso approccio al tema dei sequestri soprattutto *ante causam* e una più serena valutazione del principio secondo il quale la sproporzione tra il danno reclamato e la consistenza patrimoniale del debitore costituisce automaticamente un valido *periculum in mora*. In tutte le azioni di **responsabilità** troviamo questa sproporzione che fa sì che il sequestro diventi un *atto dovuto*;

b) una maggiore cautela ad affidare l'accertamento dell'*an* e del *quantum* a consulenti di ufficio;

c) la separazione — quanto meno concettuale, — tra azione di **responsabilità** sociale e azione dei creditori sociali, con una diversa configurazione del danno nelle due diverse ipotesi.

La distinzione tra le due azioni porterebbe, tra l'altro, a) ad approfondire la distinzione tra danno da atto e danno da attività, distinzione nella quale può emergere — per il danno da attività — la possibilità di una valutazione complessiva che tenga anche conto di vantaggi compensativi; b) a valutare il danno anche con riferimento ai creditori che hanno fatto affidamento sulla società palesemente sottocapitalizzata o palesemente incapiente; c) a valutare la posizione dei creditori che hanno fatto affidamento ma si sono muniti di garanzie collaterali; d) ad approfondire la questione se, in caso di insolvenza di una società aperta, con azionariato diffuso e frutto di investimento di risparmio, i soci debbano essere tutelati solo con una eventuale azione di **responsabilità**, o non si possa compiere il passo di ritenerli creditori, sostituendo così alla eventuale **responsabilità** da illecito una **responsabilità** patrimoniale da adempimento ex art. 2740 c.c.; e) ad approfondire — ai fini della **responsabilità** — il rapporto tra sottocapitalizzazione e sbilancio; f) a verificare se nel discorso sulla **responsabilità** entrino anche coloro che hanno finanziato o continuano a finanziare l'impresa; g) a verificare quali siano, se ve ne sono, gli elementi che legano oggi le azioni di **responsabilità** e la nuova *class action* del codice di procedura.

Tutte le volte che sento parlare di **responsabilità** degli **amministratori** mi sovviene un istituto che esisteva quando studiai per la prima — e forse ultima — volta il diritto commerciale: la cauzione degli **amministratori**, successivamente abrogata.

GIOVANNI CABRAS

1. Nell'azione di **responsabilità**, esperita dal curatore fallimentare contro l'amministratore della società fallita, il danno da risarcire non può essere commisurato automaticamente nel divario tra il passivo e l'attivo accertati nel fallimento della stessa società. A questa conclusione giunge, con un'ampia e chiara argomentazione, la Corte di Cassazione, chiamata a risolvere, a sezioni unite, il contrasto giurisprudenziale esistente sulla questione.

La pronuncia, in via di principio, è assai netta: la pretesa di chi voglia identificare in quel divario (tra passivo ed attivo fallimentare) il danno risarcibile — si legge nella sentenza, oggetto del presente dibattito — «risulta fatalmente priva di base logica».

Sembrerebbe allora segnata la fine per le iniziative risarcitorie volte sbrigativamente — nel fallimento delle società di capitali — a quantificare in quel modo il danno, da imputare, peraltro con il moltiplicatore della **responsabilità** solidale, a tutti gli **amministratori** e solitamente anche ai **sindaci**. Iniziative che nella pratica giudiziaria si risolvono poi con transazioni per importi risarcitori che dipendono, non già dall'entità del danno imputato a ciascun amministratore o sindaco, ma soltanto dall'ampiezza del loro patrimonio aggredito in via cautelare.

A ben vedere, però, la sentenza è ferma nell'escludere soltanto l'automatica identificazione del danno con il deficit fallimentare, ma lascia aperta la possibilità che, a certe condizioni (e quindi, non in modo automatico), la quantificazione del danno avvenga in tal modo.

2. Piuttosto, il criterio del divario tra passivo ed attivo fallimentare sembra una scorciatoia per sfuggire, in qualche modo, al percorso retto delle regole risarcitorie. Una scorciatoia che, a mio avviso, è fonte di equivoci. Innanzitutto, l'inadempimento degli **amministratori** ai loro doveri non sempre provoca un danno, che sia legato con un rapporto di causalità, quale prescrive la legge. Invece, per l'azione di **responsabilità** occorre che un danno vi sia (e sia provato), quale diretta conseguenza dell'inadempimento. Succede allora che molto spesso agli **amministratori** della società fallita si imputino danni complessivi, senza individuarli nella loro specificità. Ad esempio, la mancata redazione o la mancata conservazione delle scritture contabili (è questa l'imputazione principale nella fattispecie decisa dalla Corte di Cassazione) sono fatti assai gravi a carico degli **amministratori**, ma non sono, di per sé, generatori di danno.

Secondo la sentenza in esame, in un caso del genere, il curatore potrà invocare l'art. 1226 c.c. (valutazione equitativa del danno) ed il giudice potrà tener conto, in via equitativa, dello sbilancio patrimoniale del

fallimento. Invero, la norma citata consente la valutazione equitativa del giudice, qualora il danno non possa «essere provato nel suo preciso ammontare», purché vi sia, però, la dimostrazione circa l'esistenza del danno e del nesso di causalità. Se manca la prova del danno, non può seguirsi alcuna valutazione equitativa.

3. Qualora il curatore dia la prova circa l'esistenza del danno causato dagli inadempimenti degli **amministratori**, il criterio del deficit fallimentare ugualmente dà luogo ad equivoci, da un lato, per eccesso e, dall'altro, per difetto del risarcimento così quantificato.

Quel criterio è equivoco per eccesso, perché si basa sulla differenza tra due valori, il passivo e l'attivo del fallimento, accertati nell'ambito della procedura concorsuale e con efficacia meramente endofallimentare. D'altronde, la dichiarazione di fallimento provoca solitamente lo svilimento dell'attivo (venuto meno il *going concern*, i beni sono stimati al valore di realizzo, solitamente inferiore a quello in contabilità; le vendite in sede fallimentare realizzano prezzi notevolmente inferiori di quelli delle vendite volontarie; le attività immateriali solitamente si dissolvono con il fallimento) e l'incremento del passivo, quanto meno sotto il profilo finanziario (il fallimento determina la scadenza di tutti i crediti). Pertanto, seppure il dissesto può essere stato causato per intero da inadempimenti degli **amministratori** ai loro doveri, gli effetti fisiologici del fallimento fanno crescere enormemente la differenza tra passivo ed attivo.

Nel contempo, il criterio del deficit (tra passivo ed attivo fallimentare) è equivoco per difetto del risarcimento, perché mira solo al ristoro dei creditori concorsuali (qualora il risarcimento degli **amministratori** sia ottenuto in concreto), trascurando, però, che l'azione di **responsabilità** è volta principalmente a risarcire la società (e solo indirettamente i creditori sociali) e, quindi, deve consentire anche la copertura per il pregiudizio dei soci, pregiudizio che, ovviamente, va oltre il deficit fallimentare. Che, nell'amministrazione delle società di capitali, il danno da risarcire non possa essere ristretto ai soli effetti sui creditori sociali è ricavabile dalla disposizione dell'art. 2497 cod. civ., che specifica l'area del risarcimento, comprendendovi «il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale».

4. Sembrerebbe allora che le azioni di **responsabilità** contro gli **amministratori** siano destinate all'insuccesso in sede fallimentare (ossia nell'unica situazione in cui in concreto esse sono esercitate), scontrandosi con le difficoltà di adempiere con rigore alla prova del danno. È un rischio che, a mio avviso, bisogna correre, per rispondere alla funzione essenziale dell'azione di **responsabilità** nell'ordinamento societario.

Tale azione rappresenta lo strumento giuridico volto a temperare la irresponsabilità degli **amministratori** per il risultato economico del loro operato, indirizzandoli all'osservanza dei doveri di legge, sotto la minaccia della misura risarcitoria.

Più precisamente, nella **responsabilità** degli **amministratori**, come avviene in ogni forma di **responsabilità**, è evidente la connessione tra funzione preventiva e funzione reintegrativa. Il timore del risarcimento costituisce un incentivo per gli **amministratori** ad osservare i loro doveri e principalmente a gestire con diligenza professionale l'impresa sociale. Non è l'unico incentivo degli **amministratori**, siccome i soci possono introdurre l'incentivo della remunerazione (ad esempio, commisurandola ai risultati economici), ma è quello che non può mai mancare (è sicuramente illegittimo che i soci esonerino preventivamente gli **amministratori** da ogni **responsabilità**).

Piuttosto, i doveri, che gli **amministratori** sono tenuti ad osservare, sono solo in parte specifici e puntuali (tenere la contabilità, redigere il bilancio d'esercizio, presentare le dichiarazioni fiscali, e così via), perché il principale dovere è la gestione dell'impresa sociale (art. 2380-*bis* c.c.), compito il cui adempimento non può essere misurato automaticamente, trattandosi di valutare scelte imprenditoriali, idonee, in quanto tali, a portare guadagni o perdite.

Il deterrente della **responsabilità** è incoerente con l'ordinamento societario, se coincide in modo meccanico con le perdite, evento sfavorevole che, però, di per sé è conseguenza possibile e legittima dell'agire imprenditoriale. Una è la **responsabilità** per i danni, giustamente imputata agli **amministratori** inadempienti, ed altra è la **responsabilità** per le perdite (ossia le obbligazioni sociali che la società non è in grado di adempiere), che è a carico soltanto della società di capitali (in passato, invece, era estensibile al socio unico).

5. Le caratteristiche dell'attività di amministrazione delle società, affidata agli **amministratori** nelle società di capitali, impongono di sceverare le conseguenze dirette ed immediate del loro inadempimento dalle conseguenze che sono proprie di tale attività e che non possono essere imputate ad essi.

Infatti, nelle società di capitali l'eventuale esito negativo di operazioni gestionali rientra nel rischio tipico dello svolgimento di una attività economica: non sono perciò risarcibili le perdite derivanti da operazioni speculative; esito negativo che è posto unicamente a carico della società, ancorché gli **amministratori** abbiano violato i loro doveri. Essi rispondono allora solo delle conseguenze dirette ed immediate di tali violazioni, nei limiti in cui le stesse conseguenze non rientrino nell'alea imprenditoriale, presumendosi la legittimità delle scelte imprenditoriali (vedi, in particolare, la regola di *business judgment rule*).

Indubbiamente, accertare gli stessi inadempimenti ed i danni eventualmente derivati può presentare difficoltà nell'azione di **responsabilità** per l'amministrazione di società, considerato che tale azione è solitamente

esercitata a distanza di tempo rispetto ai fatti imputati agli **amministratori** e che il curatore può non aver rinvenuto la contabilità sociale. Tuttavia, non c'è ragione per derogare ad un principio così importante del sistema processuale, in mancanza di una espressa deroga legislativa. D'altronde, nelle stesse azioni risarcitorie gli **amministratori** sovente hanno ancor meno possibilità di avere la documentazione relativa al loro operato, essendovi stato lo spossessamento dal patrimonio e da tutti i documenti contabili della società fallita (anche questo aspetto è ben rilevato dalla sentenza commentata).

6. Merita considerare che la disciplina della **responsabilità** degli **amministratori** non ha, né può avere (pena la perdita della funzionalità in via preventiva) finalità punitive (come ben rilevato dalla sentenza commentata), ma semplicemente di riequilibrio degli interessi in gioco, ponendo a carico degli stessi **amministratori** il ristoro dei danni da loro arrecati.

Il danno costituisce perciò non solo la misura della **responsabilità**, ma anche il criterio per l'imputazione agli **amministratori** dei loro inadempimenti: il risarcimento non presenta, infatti, alcun carattere afflittivo, avendo una finalità ripristinatoria. Anzi, operano opportuni temperamenti per evitare eccessivi rischi risarcitori per gli **amministratori** (anche se inadempienti ai loro doveri).

Secondo l'autorevole insegnamento di Gino Gorla (*Sulla causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.), la disciplina generale sul risarcimento dei danni (e, segnatamente, l'art. 1223 c.c.) si propone di non rendere insopportabile ad ogni soggetto il rischio del suo agire ed ha quindi una funzione essenzialmente limitatrice della **responsabilità**.

Si deve allora riconoscere — traslando nell'ambito societario le efficaci considerazioni dell'illustre Maestro su quella disciplina generale — che amministrare è sempre un rischio. Se l'amministratore di una società di capitali ne dovesse sopportare tutte le conseguenze, egli, se non è uno spirito avventuroso o un delinquente, si dissuaderebbe dall'azione; ne potrebbe nascere una società di statici buoni padri di famiglia. Non è quello che serve, a mio avviso, per amministrare le società di capitali nella moderna economia di mercato.

7. Il curatore deve perciò esercitare l'azione di **responsabilità** contro gli **amministratori** della società fallita in modo razionale e ponderato, tenendo conto degli oneri probatori da assolvere.

Ciò non significa che nei fallimenti il curatore deve rinunciare a tali iniziative. Al contrario, occorre che egli ponga la massima attenzione sulle circostanze che giustificano l'avvio dell'azione risarcitoria (vedi le indicazioni da esporre nella relazione ex art. 33 l. fall.), decidendo, innanzitutto, se avvalersi del giudizio eventualmente avviato in sede penale, costituirsi come parte civile ed utilizzare così accertamenti e prove raggiunti nel medesimo giudizio; ovvero, se avviare un'azione ordinaria in sede civile, assumendosi l'impegno di curare i necessari accertamenti e di fornire le prove.

Nel primo caso (azione penale) e sempre che vi sia la condanna per qualche reato (e vi sono, come è noto, gli specifici reati fallimentari, che riguardano anche la mancata tenuta delle scritture contabili), il curatore non ha l'onere di dare impulso all'azione. Nell'altro caso (azione civile di **responsabilità**), il curatore dovrà attrezzarsi per compiere direttamente o con l'ausilio di consulenti specializzati gli accertamenti idonei ad individuare gli elementi costitutivi degli inadempimenti e degli specifici danni, come conseguenza di quelli.

Non deve allora sorprendere che il curatore possa avere difficoltà ad assolvere all'onere della prova nell'azione civile di **responsabilità** contro gli **amministratori**, siccome è il legislatore stesso ad aver voluto delimitare — in ogni caso di risarcimento del danno, come si è detto — il diritto risarcitorio, ponendovi numerosi "paletti" restrittivi. Il curatore deve prenderne atto, evitando azioni velleitarie o esplorative e proponendo, in considerazione dei costi e dei benefici, unicamente le azioni sotto l'aspetto probatorio ben istruite o istruibili nel rispetto di quei paletti.

8. Nella prefazione alla prima edizione di "Il fallimento", Francesco Ferrara denunciava la pretesa esistenza di un interesse pubblico come fine della disciplina fallimentare, spiegando come in materia fallimentare molti giudici (e, aggiungo io, anche molti studiosi) sembrassero usare "occhiali speciali" con una visione limitata ad un solo aspetto e precisamente quello di «tutelare solo l'interesse dei creditori ad ogni costo, anche con sacrificio di terzi [...]».

Allora (ed era il 1959) quegli occhiali polarizzanti portavano a vedere dovunque imprenditori occulti o soci occulti illimitatamente responsabili, cui estendere con molta facilità il fallimento di altra impresa. Più in là nel corso del tempo, analoghi occhiali portavano alla visione — sempre ai fini di dichiararne di fallimento — del socio "tiranno" (ed erano gli anni Novanta del secolo scorso). Più avanti ancora (e siamo in questi ultimi anni), altri occhiali portano ad applicare la **responsabilità** illimitata da "direzione unitaria" (per violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale) alla persona fisica (nonostante che il legislatore, rettificando il testo del nuovo 2497, abbia specificato che la norma riguarda solo enti e società).

Non vorrei che in questa lunga disfida tra la norma scritta (il legislatore negli ultimi decenni ha riconosciuto in termini sempre più ampi il valore positivo per la **responsabilità** limitata nelle gestioni imprenditoriali) e la regola tratta dalla stessa norma (gli interpreti hanno cercato di estendere la **responsabilità** illimitata per le obbligazioni delle imprese, restringendo così l'ambito della **responsabilità** limitata) si ascriva il criterio del

deficit fallimentare nelle azioni di **responsabilità** contro gli **amministratori** delle società di capitali.

È un criterio che, a mio avviso, di "risarcitorio" ha ben poco e che per questo merita di essere bandito, senza alcun distinguo. Diversamente, le azioni di **responsabilità** contro gli **amministratori** finiscono per essere lo strumento per dare una risposta distributrice dell'insolvenza (non necessariamente o non completamente causata dalle loro inadempienze) della società e non riequilibratrice dell'ordine economico, come, invece, deve essere ogni azione risarcitoria.

D'altronde, è opportuno che il rischio risarcitorio nell'amministrazione delle società di capitali sia essere contenuto nella sua entità e, soprattutto, sia prevedibile, onde evitare che la maggiore o minore soddisfazione dei soggetti danneggiati sia affidata al caso o, più frequentemente, sia inversamente proporzionale alla **responsabilità** dei soggetti ritenuti inadempienti (essendo quelli più colpevoli maggiormente predisposti ad adottare preventivamente "accortezze" a tutela del loro patrimonio).

MARCO CIAN

La pronuncia resa dalle Sezioni unite parrebbe prendere posizione (e una posizione *prima facie* piuttosto *tranchant*) su un problema di quantificazione e di prova del danno, negando cittadinanza ad un criterio tanto punitivo nei confronti dell'organo amministrativo, quanto di comoda applicazione per il curatore fallimentare agente: uno strumento matematico-contabile-giuridico, quello basato sulla differenza tra passivo e attivo accertati nella procedura, che nel passato fu, e ancora oggi talvolta è, in voga nelle aule dei nostri tribunali.

In questi termini la sentenza parrebbe dover costituire, se non un punto di svolta assoluta (il diniego di cittadinanza non è in realtà completo e ammette eccezioni nello stesso pensiero della Corte), un passaggio fondamentale nella futura applicazione delle regole sulla **responsabilità** degli **amministratori**. In realtà, la portata e l'impatto delle indicazioni provenienti dalle Sezioni unite vanno probabilmente ridimensionati: è difficile negare consistenza all'impianto argomentativo dalle stesse seguito, ma è importante registrare il carattere di spiccata specificità delle premesse fattuali su cui esso è fondato.

In verità, il tema cruciale affrontato nella sentenza non è un tema di (onere della) prova del valore economico dell'evento, ossia del danno, quanto di (onere della) prova della condotta e dell'evento stesso come tale. Il criterio differenziale non è stato infatti respinto in ragione di una sua asserita inidoneità a fungere da parametro valutativo di eventi già accertati e già ricondotti ad una condotta gestoria (colposa), bensì a causa della sua incapacità di sostituirsi all'allegazione e alla prova di quest'ultima e dei primi. È sotto questo profilo che le deduzioni della Corte si rivelano tanto condivisibili, quanto, forse, poco generalizzabili.

Le circostanze di fatto della vicenda che ha dato origine al provvedimento trapelano dalla motivazione. Gli inadempimenti ascritti all'organo amministrativo consistevano essenzialmente nella mancata tenuta delle scritture contabili e nella distrazione di taluni beni mobili della società; acclarati questi fatti e proprio in considerazione dell'assenza di documentazione contabile, si veniva a discutere della pertinenza del criterio differenziale quale misura del danno risarcibile. Tralasciando la condotta distrattiva dei beni sociali (che la Corte liquida assumendo che il danno ad essa ricollegabile sia identificabile al più nel valore degli stessi; dal che si deduce che non si trattava di beni aziendali cruciali nel processo produttivo, giacché, se di beni simili si fosse trattato, le conseguenze sarebbero state con tutta evidenza ben diverse), il tema finisce per focalizzarsi sulla documentazione sociale e sulla ricostruibilità di una sequenza argomentativa di questo tenore: a) gli **amministratori** hanno violato i loro doveri contabili; b) il danno concretamente provocato non è determinabile per effetto di tali violazioni; c) dunque, si accolla agli **amministratori** l'intero netto negativo.

La sequenza è palesemente acefala o, se non lo è, è spezzata internamente e la Corte lo rileva con chiarezza. Se la catena si sviluppa tutta sul piano dell'evento e il suo primo anello (la violazione) ha la sola funzione di giustificare il terzo come strumento di misurazione (il ricorso al criterio differenziale), manca la condotta causante l'evento; se si attribuisce invece al primo anello il compito di rappresentare la condotta imputata e al terzo quello di rappresentare l'evento dedotto, manca il nesso di causalità tra l'una e l'altro. In altre parole, il criterio differenziale è, di per sé, solo un'operazione matematica per determinare il valore di un accadimento dannoso e come tale non può sostituirsi ad uno degli elementi della fattispecie dedotta in giudizio. Il punto focale della questione sta esattamente qui; volendo schematizzare (pur a costo di una palese semplificazione), altro è la fattispecie su cui si fonda il diritto al risarcimento, altro il valore di quest'ultimo: la prima è un accadimento, costruito (l'osservazione è lapalissiana) sul trinomio comportamento imputabile — nesso causale — accadimento patrimonialmente pregiudizievole; il secondo è l'esito di un giudizio, relativo all'ultimo elemento del trinomio, che esso presuppone accertato in ciascuna delle sue (tre) componenti.

Ora, la sentenza della suprema Corte si colloca sul piano dell'accertamento della fattispecie, non del giudizio sul valore dell'evento. La mancata tenuta delle scritture contabili, pur potendo produrre un danno di qualche tipo (i maggiori costi dell'accertamento della situazione patrimoniale della società da parte della procedura, esemplifica la stessa Corte), non può ragionevolmente avere provocato il dissesto dell'impresa o amplificato l'entità della crisi; mentre una domanda diretta al ristoro di un patrimonio che si assume spinto in territorio negativo dalla *mala gestio* degli **amministratori** non può prescindere dall'allegazione di condotte, commissive o

omissive, che questo tipo di evento siano almeno plausibilmente in condizione di determinare. Il criterio differenziale è, insomma, quel che è, una misura, non già uno dei presupposti costitutivi dell'inadempimento e del pregiudizio. Correttamente le Sezioni unite pervengono ad affermare che la sua applicazione in un caso come quello portato al loro esame finirebbe per configurare uno strumento reattivo di natura diversa e di tipo sanzionatorio, totalmente disancorato dai meccanismi relazionali tra causa ed effetto, su cui si basa la tutela risarcitoria.

Nella sua funzione di misura del danno, la stessa Corte recupera parzialmente tale criterio, forse senza metterne del tutto a fuoco la collocazione sistematica, ma con considerazioni in definitiva pure plausibili: ad esso si potrà ricorrere "soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto".

Il principio di diritto, formulato in questi termini, parrebbe caratterizzato da una vaghezza tale da permettere la reintroduzione del criterio differenziale senza troppi traumi: in effetti, pare facile arguire che "le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi" potranno essere trovate nella maggior parte dei casi proprio nell'assenza di documentazione contabile; e che le condizioni in cui "il ricorso a detto criterio si present[er]à plausibile" potranno rinvenirsi proprio e sempre nella carenza di elementi più precisi di valutazione, conseguente all'assenza di tale documentazione.

Il principio va letto però riportandone i predicati sul corretto piano dell'accertamento della fattispecie (la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento) e della relativa prova. La plausibilità del ricorso al criterio differenziale si avrà solo quando saranno allegare e provate condotte gestorie tali da poter essere considerate presuntivamente o almeno ragionevolmente (in base all'*id quod plerumque accidit* e alle circostanze del caso concreto) determinanti una perdita patrimoniale di entità commisurabile al delta negativo accertato (determinanti cioè grossomodo il dissesto); provata la condotta, *in re ipsa* l'evento, questa plausibilità opererà sostanzialmente come prova sufficiente del nesso di causalità. Solo in queste circostanze, il giudizio sul valore economico dell'evento risarcibile potrà essere effettuato, mancando altri, più precisi elementi, in base alla semplice operazione matematica in questione.

SABINO FORTUNATO

1. Le Sezioni unite della Cassazione fanno il punto sul discusso criterio di individuazione e quantificazione del danno subito dal patrimonio sociale (a seguito della violazione di doveri incombenti su **amministratori, sindaci** e direttori generali), identificato nell'ambito delle azioni di **responsabilità** esperite dagli organi di una procedura concorsuale nella differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare accertato.

È noto che tale criterio è stato utilizzato nel passato con un certo *automatismo* a fronte di inadempimenti più o meno qualificati, le cui conseguenze dannose apparivano coinvolgere l'intero patrimonio sociale: violazione del divieto di compiere nuove operazioni dopo che si sia verificata una causa di scioglimento (Cass. n. 1281/1977), illeciti comportamenti causativi del dissesto (Cass. n. 2671/1977), mancata o irregolare tenuta della contabilità sociale (Cass. n. 6943/1985).

All'orientamento (francamente sommario) dell'automatismo (così viene criticamente contrassegnato da Cass. n. 3032/2005) è poi subentrato quello teso a valorizzare la prova del *nesso di casualità* fra l'inadempimento/illecito e il danno risarcibile (Cass. n. 10488/1998), potendosi a tal riguardo far capo al criterio differenziale *solo* in presenza della dimostrazione che il dissesto (*id est*: l'insolvenza) è conseguenza (immediata e diretta) delle violazioni contestate (Cass. n. 9252/1997; Cass. n. 1375/2000); ovvero, e sotto una diversa angolatura, assumendo quel criterio quale "parametro di riferimento" per la "liquidazione equitativa" del danno, ove sia accertata "l'impossibilità" di ricostruire gli specifici effetti pregiudizievoli con adeguata analiticità, ma allora indicando "le ragioni" che hanno impedito tale ricostruzione (Cass. n. 2538/2005, Cass. n. 3032/2005, Cass. n. 16211/2007 e Cass. n. 17033/2008). Fra tali ragioni ha finito poi per assumere un ruolo sempre più rilevante la impossibilità di ricostruire "i dati contabili" per fatti imputabili agli stessi **amministratori** (Cass. n. 16050/2009), sino al punto di affermare che la mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili comporta una *inversione dell'onere della prova* dall'attore danneggiato al convenuto danneggiante, al quale ultimo sia addebitabile l'indicata violazione (Cass. n. 5876/2011 e Cass. n. 7606/2011).

2. Il *merito principale* della decisione delle Sezioni unite sta nell'aver dipanato la possibile confusione fra il piano delle violazioni (comportamenti) causative del danno/pregiudizio al patrimonio sociale e il piano delle violazioni (comportamenti) di per sé inefficienti a tale scopo e che possono al più operare a livello probatorio.

Che questa confusione sia spesso compiuta in sede giudiziaria emerge in termini emblematici dalla particolarità del caso di specie che ha dato origine all'*arresto* della suprema Corte: la mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili, compresi i bilanci e le dichiarazioni fiscali.

Al di là dei danni immediati e diretti che i relativi inadempimenti possono provocare (in quanto il curatore debba svolgere indagini suppletive per ricostruire l'andamento della gestione, sopportando costi aggiuntivi; o in quanto si assoggetti la massa a interessi e sanzioni che potevano e dovevano evitarsi), è evidente che quelle violazioni non si pongono come causa efficiente di perdite o accresciute passività coincidenti addirittura con il noto criterio differenziale.

Si tratta di "documentazione" che riflette gli eventi di gestione, non già che li determina. Come giustamente osservano le Sezioni unite, "la contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività d'impresa, non li determina; ed è da quegli accadimenti che deriva il deficit patrimoniale, non certo dalla loro (mancata o scorretta) registrazione in contabilità" (il principio, peraltro, si legge già in Cass. n. 3652/1997).

Ma lo scambio tra il profilo sostanziale e il profilo probatorio si rende evidente in quegli orientamenti che fanno discendere dalla impossibilità/difficoltà di ricostruire gli eventi di gestione per assenza di adeguata documentazione una vera e propria inversione dell'onere della prova, partendo dalla "coda" del passivo fallimentare insoddisfatto piuttosto che dalla "testa" dei comportamenti gestori illegittimi.

Di qui il giusto rilievo che il primo onere di chi agisce per far valere l'altrui **responsabilità** è costituito dalla puntuale *allegazione* della condotta astrattamente efficiente a produrre un determinato pregiudizio. Inadempimento contrattuale o illecito aquiliano che sia, gli elementi costitutivi del danno risarcibile restano immutati: condotta (commissiva od omissiva) del danneggiante (elemento oggettivo), imputazione dolosa o colposa della condotta al danneggiante (elemento soggettivo), evento lesivo (danno), nesso di causalità fra condotta ed evento lesivo.

L'onere probatorio in capo al danneggiato può attenuarsi in caso di **responsabilità** contrattuale, dovendo egli limitarsi alla sola "allegazione" dell'altrui condotta inadempiente (art. 1218 c.c.; Cass., Sez. un., n. 13533/2001; e vedi nello specifico delle azioni di **responsabilità** sociali a carico di **amministratori**: Cass. n. 1035/1995; Cass. n. 3694/2007; Cass. n. 25977/2008; Cass. n. 22911/2010), ma dovendo ovviamente provare tutti gli altri elementi.

L'onere è pieno in caso di **responsabilità** aquiliana, dovendo il danneggiato fornire altresì la prova della condotta allegata, oltre che di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito.

Ma resta il fatto che in termini di allegazione, ovvero di enunciazione della condotta che si assume lesiva, essa deve potersi porre sia pure astrattamente come "causa efficiente" del danno di cui si chiede il risarcimento.

Ma quali potrebbero essere quegli inadempimenti/illeciti che possono causalmente collegarsi in via immediata e diretta all'intero passivo insoddisfatto a seguito dell'insolvenza, assunto in quanto tale come "danno risarcibile"?

3. Talvolta si legge, in modo un po' tralaticio, che una tale efficienza causale deve riconoscersi agli inadempimenti/illeciti che, violando il generale dovere di diligenza del buon amministratore/controllore, hanno originato il dissesto e sono cioè all'origine dell'insolvenza.

Ma è davvero possibile ritagliare condotte di questo tipo, così evitando di provare lo specifico collegamento tra la specifica condotta e gli specifici effetti pregiudizievoli?

Ho l'impressione che le stesse Sezioni unite mostrino un certo scetticismo al riguardo.

Lo fanno quando correttamente osservano che anche l'attività diligente può aver prodotto perdite ("non basta la gestione diligente dell'impresa a garantire i risultati positivi"), ché anzi il "rischio" è insito nell'intraprendere. Ed è dunque necessario distinguere, anche una volta verificatasi l'insolvenza, le perdite/passività imputabili ad una pur diligente gestione da quelle imputabili a "mala" gestione.

Le Sezioni unite ribadiscono il concetto quando insistono sulla distinzione fra i molteplici "doveri" imposti agli **amministratori** e osservano che "le conseguenze dannose [...] che possano eventualmente scaturire dalla violazione dei suddetti doveri, dovendo essere in rapporto di causalità con quelle violazioni, non sono suscettibili di una considerazione unitaria [...]".

Vi insistono allorché sottolineano che, anche quando gli **amministratori** abbiano protrato la gestione dell'impresa "in assenza delle condizioni economiche e giuridiche che giustificano la continuità aziendale", il criterio differenziale non appare logicamente utile alla misurazione del danno, poiché "non sarebbe logicamente corretto né imputare all'amministratore quella quota delle perdite patrimoniali che ben potrebbero già essersi verificate in un momento anteriore al manifestarsi della situazione di crisi in tutta la sua portata, né, soprattutto, far gravare su di lui, a titolo di **responsabilità**, anche le ulteriori passività che quasi inevitabilmente un'impresa in crisi comunque accumula pur nella fase di liquidazione, giacché questa ovviamente non comporta l'immediata ed automatica cessazione di ogni genere di costo legato all'esistenza stessa della società in liquidazione e può ben darsi che ulteriori perdite di valore aziendale vengano generate proprio dalla cessazione dell'attività d'impresa" (analogamente osserva **MAMBRIANI**, *La prova del danno nelle azioni di **responsabilità** esercitate dal Curatore Fallimentare ex art. 146 L.F.*: "Oggi il dato normativo di cui all'art. 2486 c.c., introdotto dal 2004, evidenzia tuttavia la liceità dell'attività di gestione con finalità conservativa,

relegando nel campo dell'illecito l'attività gestoria non orientata alla mera conservazione del valore del patrimonio sociale, bensì fonte di nuovo rischio di impresa, che ha cagionato un danno perciò ingiusto, consistente nel depauperamento del patrimonio sociale al netto degli eventuali ricavi”).

Né l'insolvenza in quanto tale esclude (ancor più oggi con i nuovi istituti concorsuali) tentativi (talvolta forse doverosi) di salvataggio/risanamento dell'impresa, che di certo potrebbero aggravare la situazione in caso di esito negativo. Ma anche in tal caso dovrà compiersi un giudizio *ex ante* per valutare a quel momento (e non col senno di poi) la ragionevolezza del “piano” di risanamento/salvataggio. Ancora una volta una analisi selettiva si renderà inevitabile per distinguere passivo e passivo sul piano delle **responsabilità** gestorie.

In definitiva l'*insolvenza* in quanto tale non identifica né la condotta del danneggiante né la lesione risarcibile: essa è — come si insegna — uno “*status*” del patrimonio oggettivamente valutato in una certa “fase” dell'attività economica in merito alla sua capacità “dinamica” e “prospettica” di assolvere “regolarmente” alle obbligazioni assunte. Si noti la complessità della valutazione: il profilo statico è in realtà connotato da dinamismo, sia perché esso non si evidenzia in modo puntuale ma nell'ambito di una “fase” dell'attività, sia perché la prognosi è inevitabilmente proiettata verso impegni futuri e non ancora scaduti. L'azione risarcitoria, di contro, identifica comportamenti (atti od omissioni) ed eventi dannosi consequenziali. L'insolvenza — lo si ribadisce — non può considerarsi in quanto tale l'evento dannoso, che è dato piuttosto dal pregiudizio patrimoniale determinato dal comportamento gestorio non diligente, pregiudizio che può semmai a sua volta collocarsi all'origine dell'insolvenza.

È pur vero che l'insolvenza viene individuata come *eventus damni* per la massa dei creditori, ove il curatore intenda esercitare in sede fallimentare l'azione revocatoria. Ma, si badi, quest'ultima non ha i connotati di una azione risarcitoria, tendendo alla ricostituzione della “generica garanzia patrimoniale” attraverso la declaratoria di inefficacia degli atti di disposizione o di pagamento nel periodo sospetto. E l'*eventus damni* opera qui come il presupposto di quella declaratoria di inefficacia, che mantiene ferma la validità degli atti *inter partes* e non li qualifica di “illiceità”.

L'azione risarcitoria deve poter sempre selezionare comportamenti diligenti e comportamenti non diligenti e collegare causalmente ai secondi specifici effetti pregiudizievoli a carico del patrimonio sociale e/o dei creditori. Questi effetti possono essere all'origine dell'insolvenza, rendendo inidonea la generica garanzia patrimoniale del debitore alla regolare soddisfazione dei creditori. Ma il danno risarcibile non può di per sé identificarsi nella insufficienza di quella generica garanzia patrimoniale, ma nello specifico pregiudizio che pure ne dovesse stare alla base. Si pensi, per esempio, alla circostanza per cui la cessazione dell'attività, pur decisa in tempi ragionevoli rispetto al manifestarsi dei segni di crisi, può di per sé determinare pregiudizio alla generica garanzia patrimoniale rappresentata dal complesso dei beni aziendali, per il sol fatto che i criteri valutativi di quel patrimonio si modificano da criteri di funzionamento a criteri liquidatori, normalmente più depressivi rispetto ai primi. Ed è un “pregiudizio” che occorre scontare e di cui non si terrebbe debitamente conto ove ci si limitasse ad optare per un danno calcolato con la differenza fra passivo accertato e attivo (liquidabile? o liquidato?).

Insomma, il curatore ha l'onere di individuare e quantificare il danno subito dal patrimonio sociale in termini analitici e quale “conseguenza immediata e diretta” (art. 1223 c.c.) dell'inadempimento/illecito.

4. E tuttavia la linearità argomentativa della decisione in commento *sembra* interrompersi in fase finale, allorché si ammette il ricorso alla “liquidazione del danno in via equitativa” ex art. 1226 c.c., richiamandosi ai precedenti di Cass. n. 2358/2005 e Cass. n. 3032/2005. In particolare, “se la mancanza delle scritture contabili rende difficile per il curatore una quantificazione ed una prova precisa del danno che sia di volta in volta riconducibile ad un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita”, il giudice potrà avvalersi della liquidazione equitativa che “tenga conto in tutto o in parte dello sbilancio patrimoniale della società, quale registrato nell'ambito della procedura concorsuale”; ma per evitare che ciò si configuri come un “criterio affatto arbitrario”, dovrà indicare: (1) le “ragioni” che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto; (2) la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto.

I principi enunciati appaiono in linea con la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in tema di liquidazione equitativa del danno, potere discrezionale attribuito al Giudice che ne può fare applicazione anche “d'ufficio” (Cass. n. 10649/1994; Cass. n. 2706/2004; Cass. n. 22895/2005) purché ricorrano determinati presupposti: a) innanzitutto che “il danno sia stato allegato e, occorrendo, provato nella sua esistenza” (*an debeat*), anche con “presunzioni semplici” e con l'onere della parte di offrire comunque “i dati di fatto in suo possesso per consentire che l'apprezzamento equitativo sia per quanto possibile limitato e ricondotto alla sua caratteristica di colmare solo le inevitabili lacune al fine della precisa determinazione del danno” (Cass. n. 7896/2002; Cass. n. 15085/2002; Cass. n. 5375/2003; Cass. n. 8827/2003); b) in secondo luogo che la prova del preciso ammontare (*quantum debeat*) sia “impossibile” o anche solo “difficoltosa” “notevolmente”, “molto”,

“in maniera rilevante” o “elevata” (Cass. n. 6414/2000; Cass. n. 17483/2006); c) in terzo luogo che il Giudice deve fornire una “chiara ed esauriente motivazione” della impossibilità o rilevante difficoltà di prova del *quantum*, dando conto del percorso logico seguito e delle circostanze (peculiarità) del caso concreto sia pure in base ad un esame della situazione processuale globalmente considerata (Cass. n. 8827/2002; Cass. n. 19148/2005).

Rispetto a questo consolidato giurisprudenziale, mi permetto di osservare che forse la decisione delle Sezioni unite meriterebbe una precisazione in merito al *grado di difficoltà* della prova sul *quantum* legittimante il ricorso al criterio equitativo, poiché vi si legge il riferimento alla semplice “difficoltà”, piuttosto che alla “rilevante difficoltà”, essendo noto che l'art. 1226 letteralmente si esprime in termini di “impossibilità” (“non può essere provato”) ma che, al contempo, è opinione diffusa che ad essa sia assimilabile la “difficoltà notevole”.

Un secondo aspetto ritengo degno di segnalazione: il richiamo ai precedenti nella specifica materia del risarcimento da **responsabilità** gestoria è in verità limitato all'esigenza ivi sottolineata dell'obbligo motivazionale, che investe le ragioni della impossibilità o difficoltà notevole di prova, il procedimento logico e le circostanze concrete che hanno portato alla adozione del criterio equitativo. Ma quanto a quest'ultimo, esso non si identifica *tout court* nello sbilancio accertato in sede di procedura concorsuale, di cui il giudice potrà “tener conto in tutto o in parte” secondo le peculiarità del caso concreto. Del resto, anche Cass. n. 3032/2005 rileva che non sarebbe sufficiente a motivare il criterio dello sbilancio la “accertata impossibilità di valutare l'esatto disavanzo della società al momento della dichiarazione giudiziale d'insolvenza” per effetto di omessi adempimenti contabili (approvazione bilancio etc.). Occorre invece “stabilire se sono stati forniti elementi di giudizio sufficienti ad identificare gli effetti di quei comportamenti illegittimi, singolarmente o complessivamente considerati, sul patrimonio dell'ente; ed è l'eventuale impossibilità, o l'estrema difficoltà, di offrire la prova di siffatti elementi a poter dischiudere la via alla liquidazione equitativa”.

Insomma, il ricorso al criterio differenziale fra attivo e passivo accertato in sede di procedura concorsuale anche quale parametro di liquidazione equitativa del danno è di per sé irto di difficoltà, non agevolmente utilizzabile in quanto tale e la breve considerazione che ne fanno le Sezioni unite lascia aperti troppi dubbi, sino al limite da rendere inservibile quel parametro (non convincono nemmeno le due ipotesi in cui alcuni lo ritengono utilizzabile: mancanza o totale inattendibilità della contabilità; attività distrattive e reiterate che determinano il dissesto. Le ragioni sono implicite nei rilievi sin qui formulati).

Presupposti della liquidazione equitativa sono per un verso l'allegazione (ed eventualmente la prova) del comportamento antiggiuridico, quindi la prova del nesso di causalità e della esistenza di specifici danni che ne discendono, e infine la prova della impossibilità/rilevante difficoltà si individuare con precisione l'entità di quegli specifici effetti dannosi. Il criterio differenziale si mostra sempre ultrattivo rispetto a questo schema, necessita di essere continuamente depurato di effetti pregiudizievoli che si sarebbero comunque verificati anche in presenza di comportamenti diligenti.

Potrebbero essere più utili altri parametri meno rozzi, come quello dei “netti patrimoniali” (o quello non dissimile della “perdita incrementale”), cui fa cenno l'amico Danilo Galletti? Il primo è identificato “nella misurazione della differenza tra il patrimonio netto (Pn1) della società al momento in cui gli **amministratori** avrebbero dovuto accorgersi del verificarsi della causa di scioglimento della stessa (T1) ed il patrimonio netto della società (Pn2) al momento della messa in liquidazione (o della sentenza dichiarativa di fallimento, se non preceduta da fase di liquidazione) (T2). La misura del danno è pari alla differenza algebrica dei due patrimoni netti, entrambi ovviamente inferiori alla misura del capitale legale” (così il citato **MAMBRIANI**; vedi anche **VITIELLO**, *Appunti in tema di quantificazione del danno nelle azioni di **responsabilità** della Curatela*, in *Il fallimentarista*). Ma anche chi vi fa ricorso riconosce che tale criterio, indubbiamente meno rozzo di quello oggetto della decisione in commento, va corretto sotto molteplici profili per giungere ad una quantificazione logicamente congrua del danno.

Soprattutto non convince che a tali criteri sintetici si possa ricorrere come determinazione *tout court* del danno da “mala gestio”, al di là dei presupposti che legittimano la liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. La **responsabilità** risarcitoria esige l'individuazione di atti od omissioni causativi di danno ingiusto, ed anche l'attività d'impresa è formata da atti coordinati dal fine comune, dunque pur pianificati ma sempre individuabili. La difficoltà di ricostruire quegli atti e comportamenti non può condurre a valutazioni sommarie, se non nei limiti di cui all'art. 1226 c.c.

DANILO GALLETTI

1. Non v'è dubbio che la pronuncia n. 9100 del 2015, anche per l'elevato sforzo motivazionale, sia destinata ad un ruolo di protagonista assoluta e di campione di citazioni nelle prossime letture destinate al tema, così come negli atti giudiziari e nei provvedimenti dei Tribunali delle Imprese.

Talune affermazioni contenute nella motivazione appaiono cristalline, e difficilmente reversibili; alcune presentano decisi spunti di novità, rispetto allo stato un po' monocorde del dibattito giurisprudenziale, e dunque vanno giustamente enfatizzate, soprattutto per la loro idoneità ad essere estese a casi anche differenti

rispetto quello specifico oggetto del ricorso per Cassazione.

Trovo tuttavia che sia altrettanto indispensabile evidenziare come il *grand arret* n. 9100 riguardi un caso molto particolare, caratterizzato da evidenti peculiarità non facilmente replicabili, e che la tendenza dei giorni successivi, diffusa soprattutto fra gli operatori, ad interpretarne la *ratio decidendi* come se i principi in essa formulati fossero naturalmente estensibili anche a fattispecie assai diverse da quella esaminata, debba essere oggetto di attente valutazioni critiche.

Se infatti la sentenza n. 1521 del 2013 delle stesse Sezioni unite, sul tema della "fattibilità", si prestava a molteplici letture anche contraddittorie, potenzialmente ricavabili dal magma polimorfo del suo tessuto motivazionale, testo legislativo, anzi esoterico, più che giurisprudenziale, invece la pronuncia n. 9110 si segnala per la linearità dei passaggi motivazionali, che appaiono tutti assai calibrati e ponderati, e dunque poco inclini a legittimare indebite "estensioni" della *ratio decidendi* oltre il tracciato segnato dall'estensore.

2. Le novità meritevoli di riflessione attengono a mio avviso soprattutto a due profili: la prima si compendia nell'affermazione, assai risoluta, e difficilmente confutabile, per cui ad ogni condotta illecita corrispondono potenzialmente danni differenti, caratterizzati da processi eziologici specifici, e da valutare alla luce di criteri liquidativi altrettanto potenzialmente specifici.

Non può essere negato del resto che l'incentrarsi della prassi giudiziaria degli anni '70 e '80 sul criterio del c.d. deficit fallimentare (ossia della differenza fra l'attivo liquidato ed il passivo accertato in sede fallimentare), fosse scarsamente idoneo a dare conto della varietà dei comportamenti illeciti che caratterizzano la fase antecedente l'ingresso in procedura, la c.d. *twilight zone*, così da recidere ogni possibile legame razionale fra condotta, nesso di causalità e danno.

Al contrario il comportamento specifico deve essere messo in correlazione con la sfera delle conseguenze "statisticamente prevedibili" che possono conseguirne, e solo con queste: la condotta distrattiva o dissipativa cagiona tipicamente la diminuzione del patrimonio sociale, in misura proporzionale ai valori dell'attivo sottratti o dispersi; al limite la stessa condotta, se particolarmente connotata dal punto di vista qualitativo e quantitativo, può anche porsi alla base della causazione dell'insolvenza, là dove inneschi un processo deteriorativo che conduca, per effetto della prosecuzione dannosa dell'attività e della ulteriore distruzione di ricchezza, al dissesto, ma allora la condotta di cui si discute non costituisce più una mera sottrazione di attivo, bensì una fattispecie complessa che priva l'impresa delle sue stesse caratteristiche di efficienza e di economicità, e dunque sotto tale punto di vista va osservata, alla luce di massime di esperienza diverse, e di procedimenti causali differenti.

E nessuna sottrazione o mancata tenuta di scritture contabili può *di per sé* provocare un danno patrimoniale, se non al limite la spesa per la curatela fallimentare necessaria al fine di ricostruire la situazione, anche facendo ricorso a servizi di operatori specializzati (società di revisione, esperti, etc.).

Affermazione quest'ultima nient'affatto nuova, se si pensa che la giurisprudenza penale afferma da decenni che il falso in bilancio di per sé non cagiona danno: il falso semmai può occultare un danno già cagionato, od ancora *in fieri*.

Ma anche in tale ultima evenienza la condotta ascrivibile agli organi sociali muta dal punto di vista qualitativo: non li si rimprovera più per non aver tenuto le scritture, o per averle tenute in modo inattendibile, bensì per aver occultato una distrazione, oppure per aver così celato la stessa situazione effettiva della società, impedendo od ostacolando le azioni reattive di tutti coloro che siano facoltizzati a rilevare tempestivamente le anomalie e ad attivarsi, per dovere (controllori, **revisori**, autorità di vigilanza), o per facoltà (creditori).

E dunque il danno non scaturisce qui dall'alterazione o dalla patologia nella tenuta delle scritture: esso promana invece dalla prosecuzione indisturbata dell'attività, nonostante lo sfacelo economico e finanziario che una corretta rilevazione dei fatti di gestione consentirebbe già di percepire ed anche di impedire.

3. L'altra novità rilevante secondo me è costituita dall'enfasi posta sul momento dell'allegazione nel processo delle condotte repressibili degli organi sociali, prima ancora che su quello della prova degli elementi dell'illecito.

Anche qui la scelta non è casuale, ma è piuttosto conseguenza del recepimento dell'orientamento giurisprudenziale, oramai consolidato, sull'inadempimento contrattuale: spetta al creditore allegare in giudizio il comportamento inadempiente del debitore, tanto quando sia dedotta un'obbligazione di risultato, quanto di mezzi; spetta al debitore provare che tale inadempimento non gli è imputabile.

Principio quest'ultimo già recepito dalla stessa suprema Corte a proposito della **responsabilità** degli organi sociali, tanto per le fattispecie precedenti la riforma del 2003-2004, quanto per quelle successive.

L'allegazione come è noto innerva il *thema decidendum* della causa, attiene ai fatti costitutivi del diritto fatto valere: solo che ciò che è allegato può essere oggetto di richieste di prova; e solo ciò che è allegato in modo sufficientemente specifico può dirsi appartenere al processo, anche perché diversamente la controparte non potrebbe assumere posizione a ragion veduta, innescando se del caso il procedimento della "non

contestazione" (art. 115 c.p.c.).

Nella fattispecie oggetto del ricorso deciso dalle Sezioni unite, parrebbe, la procedura fallimentare attrice si era limitata a dedurre la mancata tenuta delle scritture contabili, e a fondare su tale allegazione la richiesta di commisurare il danno alla differenza fra attivo e passivo.

Mancava dunque un'allegazione di un comportamento astrattamente idoneo a cagionare un danno, sufficiente a legittimare un'indagine istruttoria.

La fattispecie si segnala dunque come caso-limite, difficilmente "esportabile"; ed anche la particolarità della vicenda rende poco plausibile che le Sezioni unite abbiano inteso lanciare chissà quale "monito" a curatele fallimentari e Tribunali delle Imprese, delegittimando i criteri metodologici che oggi sono più diffusi, al fine di liquidare il danno che scaturisce dalla condotta prefallimentare più frequente: la continuazione dell'attività caratteristica pur in condizioni di già avvenuta perdita di continuità aziendale, di conclamata insolvenza, di perdita integrale del capitale sociale.

Semmai la sentenza n. 9100 si segnala per un certo malcelato ottimismo nella capacità delle curatele fallimentari di ricostruire la situazione della società fallita *aliunde* rispetto all'esame delle scritture contabili; e per una certa insofferenza per il canone probatorio della "contiguità alla prova", del quale viene interrogato a livello ipotetico il significato, se adeguato alla situazione della parte che ha posto in essere il fatto indagato nel processo, o piuttosto che dispone degli elementi di prova necessaria a dimostrarne l'esistenza (ma mi pare in una visione che privilegia decisamente la seconda delle opzioni), per poi sconfessare l'utilità stessa dell'interrogativo, alla luce delle (innegabili) carenze allegatorie nel giudizio *a quo*.

4. Ma non mi pare consentito, né opportuno, cercare di far dire alle Sezioni Unite quello che certamente non hanno voluto affermare.

In effetti diversi operatori, probabilmente i più abituati a difendere membri di organi sociali nelle azioni di **responsabilità**, già nei giorni successivi alla divulgazione della pronunzia, hanno a più riprese affermato con studiata convinzione che la stessa delegittimerebbe definitivamente la metodica dei c.d. netti patrimoniali, e renderebbe obbligatoria la allegazione in giudizio di specifici atti di gestione, la cui specifica dannosità andrebbe provata in modo puntuale ed analitico.

L'unico passo della motivazione in cui si accenna a tale (distinto) problema è però quello in cui si dice che se i comportamenti gestionali incriminati "*avessero soltanto aggravato il dissesto, unicamente talle aggravamento potrebbe essere ricollegato a quelle violazioni*"; ma nulla si dice nello specifico su come misurare le dimensioni e le conseguenze risarcitorie di tale aggravamento.

Così come da nessuna parte della motivazione si rinviene l'affermazione per cui l'allegazione dovrebbe riguardare specifici atti di gestione: si parla semmai di "qualificati inadempimenti", di "violazioni di doveri di diligenza", generici o specifici.

Dunque le letture restrittive in questione sembrano frutto più che altro di un "abbaglio".

Certo occorrerà che la prospettazione in giudizio, in tali ipotesi, sia conforme allo schema descritto dalla sentenza n. 9100: dunque si dovrà allegare in modo chiaro la violazione dei doveri legali che si ascrive alla **responsabilità** degli organi sociali; e si dovrà dimostrare che la ricostruzione del danno proposta è conforme alla sfera delle conseguenze eziologicamente probabili di quella condotta.

Già in altra sede si è cercato di dimostrare che l'incentrarsi dell'art. 2486 c.c., rispetto al vecchio testo dell'art. 2449 c.c., sulla visione "dinamica" della gestione "conservativa", avente ad oggetto non solo la "integrità", ma anche (e diremmo soprattutto) il "valore" del patrimonio sociale, dovrebbe suggerire l'adozione di una chiave di lettura per cui l'illecito è costituito dalla stessa prosecuzione indebita dell'attività caratteristica.

La gestione infatti non è più vista dal Legislatore da tempo come una mera serie di atti: essa è un'*attività* dinamica, che non si risolve nella sommatoria dei suoi prodotti negoziali; è inoltre un'attività che si muove entro una cornice funzionale che nelle fasi di vita "ordinaria" della società è determinata con la massima libertà dagli **amministratori**, attraverso il processo di pianificazione strategica, senza il quale l'organizzazione non può essere considerata "adeguata" (arg. ex art. 2381 c.c.).

Quando tuttavia la prospettiva di continuità gestionale (*going concern*) svanisce, a causa della perdita del capitale sociale e/o dell'insorgere dell'insolvenza, quella cornice funzionale muta necessariamente: gli **amministratori** non sono più liberi di determinare liberamente gli obiettivi da conseguire, nell'ottica del perseguimento del profitto: essi debbono gestire l'immediato in modo da conservare le virtualità del patrimonio aziendale nell'ottica della futura liquidazione, al contempo compiendo i passi necessari al fine di porre la società in stato di liquidazione, oppure, se la situazione è talmente grave da rendere impossibile una liquidazione "controllata" degli *assets*, instare direttamente per il fallimento.

Fra tali alternative "futuribili", si colloca anche la possibilità dell'espletamento di un accordo di ristrutturazione dei debiti, intermediato o meno dall'art. 182-*bis* l. fall., o di una proposta di concordato preventivo, espletamento che a date condizioni, quando esso si riveli chiaramente più favorevole alle ragioni dei creditori,

potrebbe altresì ritenersi doveroso.

Si vede bene dunque come la gestione degli **amministratori** della società in condizioni di perdita del capitale debba caratterizzarsi per il suo carattere dinamico, ossia per la sua capacità di proiettarsi in uno scenario futuro anch'esso "pianificato", e non per il compimento di singoli atti che possono o meno essere considerati "dannosi" o "vantaggiosi".

È proprio il "saldo" di quell'attività, espresso dalla sua capacità di conservare ex art. 2486 c.c. il "valore" dell'azienda, a determinarne allora il carattere giuridico o piuttosto antiggiuridico. E la prospettiva dei netti patrimoniali di periodo si rivela pertanto non già eterogenea, bensì armonica rispetto alla cornice funzionale ove gli **amministratori** sono chiamati a muoversi, dopo aver riscontrato che non vi sono perduranti prospettive di continuità aziendale.

Nessun atto di gestione, infatti, può ritenersi in sé e per sé "conservativo" oppure no, senza collocarlo all'interno del "progetto" che gli **amministratori** hanno predisposto, progetto ovviamente compatibile con le direttive funzionali imposte dall'art. 2486 c.c.

E dunque l'allegazione in giudizio della illegittima prosecuzione dell'attività caratteristica, in funzione di una pianificazione strategica oramai "abrogata" dal mutamento irreversibile dello scenario aziendale, soddisfa pienamente i canoni indicati dalle Sezioni Unite, e non li viola. Violativa semmai sarebbe la pretesa che quell'allegazione attenesse ad atti specifici di gestione, da valutare per la loro intrinseca dannosità o vantaggiosità, perché ciò costituirebbe un approccio asistemico, ascientifico, aprioristico, destinato a funzionare soltanto nelle situazioni più semplici ed anche forse meno gravi, in cui l'attività imprenditoriale risulti per avventura scomponibile in una mera sequenza di atti osservabili in modo atomistico.

Nello stesso modo, l'applicazione del criterio liquidativo prescelto, sia esso quello dei c.d. netti patrimoniali, oppure della c.d. perdita incrementale, in realtà assai vicini fra di loro (soprattutto se la perdita viene sussunta come "di bilancio", piuttosto che come risultato operativo, cui sommare gli oneri finanziari, al netto di ammortamenti e svalutazioni), dovrà scontare gli effetti di tutte quelle conseguenze apparentemente pregiudizievoli che si sarebbero verificate anche ove gli **amministratori** avessero fatto tempestivamente "la cosa giusta".

C'est à dire, il patrimonio netto di partenza non può essere rilevato secondo criteri di valutazione eterogenei rispetto a quello di destinazione (leggi: di funzionamento a fronte di canoni liquidativi), e più in generale il danno imputabile non può internalizzare anche tutti quei costi di una gestione liquidativa che si sarebbero prodotti comunque, anche se gli **amministratori** fossero stati i migliori del mondo.

Nel momento in cui si ascrive alla **responsabilità** degli organi della società di non aver adottato una condotta alternativa che si reputa "corretta" (appunto: chiudere la baracca, oppure ristrutturarla ragionevolmente), non si può infatti non depurare la diminuzione del patrimonio netto che si imputa loro da quegli addebiti che si sarebbero verificati proprio se fosse stato scelto il comportamento legittimo (v. di recente Trib. Milano, 7 ottobre 2014, quasi un "prontuario operativo" per l'esercizio di queste azioni).

Anche questo peraltro era un risultato ermeneutico cui la giurisprudenza della S.C. era già pervenuta con convinzione, e proprio *in subiecta materia*.

ALBERTO JORIO

La sentenza si apprezza per la chiarezza dell'esposizione e per la logica stringente che contraddistingue il ragionamento seguito dall'estensore, profondo conoscitore della materia.

In effetti, l'impostazione seguita da alcune sentenze della Cassazione e dei giudici di merito, propensa ad imputare agli **amministratori** della società fallita la differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare in caso di assenza della contabilità, e che finiva per individuare proprio in questa circostanza, e cioè nell'assenza della contabilità, la causa del danno ascrivibile agli **amministratori** e il relativo criterio di liquidazione dell'azione risarcitoria, non aveva fondamento giuridico e si presentava come una sorta di inammissibile scorciatoia sul piano probatorio.

Il percorso logico seguito dalle Sezioni unite risulta invece assolutamente condivisibile. Le Sezioni unite ribadiscono con chiarezza che, nell'ambito delle innumerevoli ipotesi di comportamenti suscettibili di conseguenze dannose per la società, l'attore, e cioè la società *in bonis* o il curatore del fallimento che eserciti l'azione sociale di **responsabilità**, è tenuto a individuare, e quindi ad allegare, il comportamento inadempiente dell'amministratore ritenuto costitutivo della domanda risarcitoria, dando quindi dimostrazione del danno e del nesso di causalità tra il danno e le regole di condotta che si assumono violate, ed essendo invece onere dell'amministratore dare dimostrazione di non essere stato inadempiente ai propri doveri, derivando il danno da circostanze a lui non imputabili. Né il quadro muta sostanzialmente, sotto il profilo in esame, nel caso dell'azione di **responsabilità** promossa dai creditori, ritenuta generalmente di natura aquiliana, ove ai creditori, o al curatore fallimentare, è fatto onere non soltanto di allegare, ma anche di provare il comportamento lesivo dell'amministratore al precetto del *neminem laedere*: in nessuna di queste due ipotesi di azioni risarcitorie l'assenza di contabilità può di per sé costituire causa dell'attribuzione ai gestori della società fallita di

responsabilità risarcitoria e tantomeno di imputazione dell'intero sbilancio patrimoniale, potendo piuttosto costituire il presupposto per la liquidazione del danno in via equitativa laddove, in presenza di altri comportamenti illeciti degli **amministratori** risultati forieri di danno e ben individuati (e provati), l'assenza di contabilità non consenta un'esatta quantificazione del pregiudizio: " la contabilità — scrive giustamente la sentenza — registra gli accadimenti economici che interessano l'attività dell'impresa, non li determina; ed è da questi accadimenti che deriva il deficit patrimoniale, non certo dalla loro (mancata e scorretta) registrazione in contabilità". Risulta cioè assente il nesso eziologico tra la condotta illecita dell'amministratore (mancanza della contabilità) e il deficit patrimoniale che si intenderebbe ascrivere a sua **responsabilità**, e all'amministratore non può essere fatto carico di dimostrare la non dipendenza di quel deficit da violazioni di regole di condotta che non siano state né ascritte né dimostrate. L'attribuzione del deficit patrimoniale per il solo fatto dell'assenza di contabilità finirebbe altrimenti per tradursi in una sanzione, priva di riscontro nella legge e quindi arbitraria. Né l'assenza di contabilità giustificherebbe uno spostamento dell'onere della prova del danno e del nesso di causalità in capo all'amministratore in virtù del principio della prossimità o disponibilità della prova, spostamento che presupporrebbe pur sempre l'allegazione di condotte dell'amministratore almeno astrattamente idonee a costituire causa del danno del quale si chiede il risarcimento.

Pienamente condivisibile è di conseguenza il principio di diritto che viene enunciato, là dove afferma che il ricorso al criterio equitativo debba presupporre l'indicazione delle ragioni che non hanno permesso l'accertamento delle specifiche conseguenze dannose concretamente riconducibili agli accertati inadempimenti degli organi sociali. Questa limitazione trova la sua ragion d'essere nell'esistenza di plurime possibilità, soprattutto per il curatore fallimentare, di accertare e verificare inadempimenti degli **amministratori** che abbiano determinato pregiudizio al patrimonio sociale anche prescindendo dall'esame dei libri contabili. E solo nel caso in cui le (necessarie e positive) indagini in queste direzioni, pur avendo determinato l'accertamento di inadempimenti degli **amministratori**, non abbiano comportato risultati apprezzabili ai fini dell'accertamento di specifici effetti pregiudizievoli derivanti da quegli inadempimenti, e quindi ai fini della quantificazione del danno risarcibile, è consentito, in assenza della contabilità, il ricorso al criterio equitativo.

Sin qui la sentenza nella sua parte più significativa e destinata a costituire un punto fermo sulla specifica questione sottoposta al suo esame. Ma la pronuncia si segnala anche per alcune affermazioni che suonano consenso verso indirizzi della Cassazione assunti nelle seguenti circostanze: (i) allorché il dissesto della società sia stato determinato da comportamenti dolosi o colposi degli organi sociali, e quindi per fatto a costoro imputabile, (ii) allorché la prosecuzione dell'attività in presenza della causa di scioglimento consistente nella perdita del capitale sociale abbia comportato un aggravamento del dissesto.

Con riferimento al primo caso, le Sezioni unite mostrano di condividere l'orientamento giurisprudenziale che consente l'attribuzione agli organi sociali responsabili di aver provocato il dissesto dello sbilancio tra il passivo e l'attivo fallimentare, previa ovviamente la rigorosa prova del determinante nesso di causalità tra il dissesto e le condotte lesive dei doveri di comportamento ascritte agli organi sociali. Come ebbi già a scrivere in altra occasione (in questa *Rivista*, 2011, I, 154), non è inconsueto il caso dell'impresa portata a contrarre debiti eccessivi per perseguire disegni mirabolanti o ad avventurarsi in operazioni eccessivamente rischiose per colpevole incomprendenza da parte dei suoi gestori dei limiti di sostenibilità dell'indebitamento o per mal riposta fiducia in irrealistici sviluppi positivi del mercato o anche, nell'ambito dei gruppi, per compiacere alla volontà della capogruppo, determinando così la propria rovina. Caso, questo, nel quale le condotte lesive dei doveri di comportamento non trovano giustificazione in base ad alcun principio riconducibile alla *business judgement rule*. E se si raggiunge la prova che l'operato dell'amministratore sia stata causa del dissesto, lo svilimento del patrimonio residuo determinato dallo svolgimento della vicenda fallimentare rappresenta una conseguenza logicamente derivante da quella condotta ed ascrivibile a **responsabilità** in ragione della sussistenza del nesso di causalità.

Credo di poter ripetere quanto osservato allora: aderendo a questo indirizzo non si corre il rischio di introdurre una sorta di **responsabilità** oggettiva degli organi sociali. Si impone piuttosto la necessità di individuare con rigore gli autori delle condotte illecite, e quindi normalmente di mantenere ben distinte le **responsabilità** degli **amministratori** delegati da quelli privi di deleghe, essendo plausibile che solo ai primi possano essere ascritte le cause del dissesto, ed egual rigore va applicato nell'accertamento del nesso di causalità tra i comportamenti di *mala gestio* e il dissesto. Ma un conto è percepire le effettive difficoltà che il curatore deve affrontare per fornire la prova del nesso di causalità, altro è escludere che, una volta acquisita la dimostrazione che l'insolvenza sia stata l'esito inevitabile di determinate condotte contrarie ai doveri di comportamento, agli autori di queste condotte possa essere ascritta la **responsabilità** risarcitoria nella misura del deficit fallimentare.

Sul secondo caso, che per il vero si prospetta con maggiore frequenza, la sentenza ribadisce in termini del tutto condivisibili l'insostenibilità, in linea generale, dell'imputazione agli organi sociali del deficit fallimentare

per il solo fatto che la gestione della società si sia protratta in assenza delle condizioni economiche e giuridiche che ne giustificassero la continuità aziendale, e respinge quindi l'idea che il deficit fallimentare possa costituire criterio per la quantificazione del danno ascrivibile a **responsabilità** dei gestori della società per violazione degli obblighi di legge in presenza della intervenuta causa di scioglimento. Ragionare diversamente significherebbe, come giustamente ribadisce la sentenza in commento, imputare agli **amministratori** quote di perdite che ben potrebbero essersi verificate anteriormente al manifestarsi della crisi e soprattutto le ulteriori passività che inevitabilmente un'impresa sopporta allorché debba necessariamente affrontare la fase della liquidazione, per di più in condizioni di precarietà economica e finanziaria derivate dall'intervenuta perdita del capitale sociale.

La sentenza non si spinge oltre su questo fronte, che sarebbe stato estraneo al perimetro della questione devoluta al suo giudizio, ma l'occasione si può cogliere per lo spendere qualche parola sul tema della quantificazione del danno ascrivibile a **responsabilità** degli organi sociali per non aver, come si suol dire, fermato le macchine nel tempo dovuto.

Anche su questo punto mi sembra di non dovermi discostare da quanto già in allora osservato, aderendo all'impostazione giurisprudenziale secondo la quale, intervenuto il fallimento della società, il danno ascrivibile a **responsabilità** degli organi sociali possa essere individuato nella misura del differenziale tra il saldo del patrimonio netto della società al momento nel quale, acquisita la consapevolezza della perdita del capitale sociale, i gestori della società hanno iniziato ad assumere comportamenti contrari alle prescrizioni di legge, e quello alla data della dichiarazione di fallimento, con due importanti correttivi: rettificando il primo dato in modo da lasciare emergere non soltanto le perdite già eventualmente maturate, ma anche quelle che si sarebbero comunque verificate a causa dello svilimento del residuo patrimonio sociale ove fosse stato dato tempestivo corso agli obblighi di legge; rettificando il secondo dato in ragione delle perdite che un'ancorché tempestiva dichiarazione di fallimento, ove prevista come inevitabile, avrebbe comunque comportato.

Si giunge così ad assumere che il danno possa essere determinato in via presuntiva con riferimento alla perdita di periodo, senza dover "isolare" le singole operazioni ritenute in se stesse lesive della consistenza patrimoniale della società, e quindi senza dover ricostruire il nesso di causalità tra le singole condotte e il pregiudizio subito dal patrimonio sociale. Ripeto: in una situazione di dissesto, che richiederebbe l'immediata liquidazione ma ancor più il ricorso alla procedura concorsuale, il compimento di atti di per sé conservativi e non pregiudizievoli, se determina il ritardo nel ricorso alla procedura concorsuale, può comportare l'insorgere o l'aumentare dell'esposizione debitoria (si pensi al decorso degli interessi sul debito), diminuzioni di attivo (per spese generali di gestione o per lo svilimento dei cespiti) o consolidamento di posizioni privilegiate. La condotta "conservativa" si tradurrebbe in condotta "passiva", di per sé pregiudizievole per gli interessi tutelati. Né, d'altro canto, si deve escludere a priori che il compimento di atti gestori in questo periodo abbia arrecato vantaggio al patrimonio sociale, concorrendo quindi virtuosamente alla conservazione dei valori aziendali. È dunque all'attività complessiva compiuta nel periodo in questione che occorre guardare, attività che costituisce la somma algebrica delle operazioni tutte poste in essere dalla società. Se essa, effettuate le correzioni sopra dette, risultasse aver determinato una diminuzione delle opportunità di soddisfacimento dei creditori rispetto a quelle che si sarebbero potute verificare se le condotte degli organi sociali fossero state rispettose delle prescrizioni di legge, è di tale diminuzione che occorrerebbe tener conto, in via equitativa, per la quantificazione del danno risarcibile, non senza ovviamente distinguere le posizioni dei singoli soggetti, **amministratori** e **sindaci**, in ragione dei periodi di durata nelle rispettive cariche.

PAOLO MONTALENTI

1. La **responsabilità** degli **amministratori** tra sanzione e inefficacia. — Tradizionalmente indicata come presidio per la corretta gestione della società anonima, perché assistita dalla regola — commercialistica — della solidarietà (**VIVANTE**), l'istituto si è rivelato, nel tempo, denso di criticità. L'azione sociale di **responsabilità**, residuale perché nella disponibilità della maggioranza (sino alla riforma del diritto societario), esercitata quindi, eminentemente, in sede concorsuale, inefficace come deterrente se frustrata da (anche legittime) segregazioni di patrimoni personali (fondo patrimoniale, *trust*, intestazioni fiduciarie ecc.), anche se oggi "depotenziate" dall'art. 2929-bis, introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83 nella maggior parte dei casi concluse con transazioni modeste rispetto al *petitum*, strumento inappropriato dunque oppure iniquo (nella propria funzione ripristinatoria in caso di **amministratori** di piccole o medie società privi di protezioni preventive), è istituto che si è gravato di ulteriori criticità con l'evolversi del sistema economico e della complessità della grande impresa e della sua regolazione.

La pluralità di soggetti corresponsabili, in particolare in caso di società quotate — **sindaci**, **revisori**, dirigente preposto, banche, agenzie di *rating*, *advisor* finanziari, consulenti aziendali e così via — ha reso evidenti i limiti e, quindi, l'inefficacia, della solidarietà rispetto a regole di **responsabilità** parziaria, anche diretta.

Il legislatore è, in parte, intervenuto superando il sistema di **responsabilità** oggettiva per omessa vigilanza (**BONELLI**); la giurisprudenza si è consolidata sul condivisibile *dictum* della insindacabilità del merito delle

decisioni se non in caso di irrazionalità delle scelte gestorie (c.d. *business judgment rule*, nell'accezione italiana). Ma le criticità sono state acuite da un ruolo quasi di "monito sanzionatorio esemplare" convalidato da una parte della giurisprudenza, attraverso un'applicazione a volte "approssimativa" di regole e principi, sostanziali e processuali.

2. *La giurisprudenza: applicazione a volte "approssimativa" di regole e principi.* — La sentenza delle Sezioni unite ha come "cuore" della decisione il tema della quantificazione del danno, frequentemente liquidato, in sede fallimentare, nella misura della differenza tra il passivo e l'attivo. Ma a ben vedere svolge una meritoria "rettifica metodologica" di orientamenti "imprecisi" in tema di (i) inadempimento; (ii) prova dell'inadempimento stesso; (iii) individuazione del danno; (iv) nesso di causalità.

Frequenti erano, infatti, come ricorda la suprema Corte, le decisioni di merito che si limitavano ad individuare generiche violazioni del dovere di corretta gestione, spesso indotte, a ben vedere, con inversione logica, dal dissesto.

Conseguentemente indeterminata la individuazione del danno arrecato e così la prova del nesso di causalità, prima ancora della quantificazione "equitativa" del pregiudizio.

3. *Inadempimento, allegazione, nesso di causalità, individuazione del danno: le Sezioni unite riportano ai principi.* Le Sezioni unite, con la lucida e limpida prosa dell'estensore, riportano la materia nell'alveo dei principi, richiamando sincreticamente insegnamenti già presenti nella giurisprudenza della Corte.

Si è quindi statuito che:

(i) l'inadempimento dell'amministratore pur non dovendo essere provato dall'attore, deve essere «nondimeno da costui allegato» (e cfr. Cass., Sez. un., 13533/2001);

(ii) il contenuto dei doveri asseritamente violati deve essere specificato, perché deve attenere «ad un inadempimento per così dire qualificato» (e cfr. Sezioni unite n. 15781/2005);

(iii) il nesso causale deve essere provato "specificamente" e non genericamente;

(iv) «il *deficit* patrimoniale può essere allegato come danno soltanto se le violazioni del dovere di diligenza siano così generalizzate da poter essere astrattamente efficienti a cagionare l'erosione dell'intero patrimonio».

Si tratta di principi di diritto sostanziale e processuale, la cui rigorosa applicazione può, in concreto, rendere più ardua la ricostruzione dell'inadempimento ascrivibile agli **amministratori**, del pregiudizio arrecato alla società, della effettiva sussistenza di un nesso di causalità. Ma ciò corrisponde ai principi generali dell'ordinamento e costituisce una doverosa reazione a striscianti presunzioni *extra-legem*, ad inversioni logico-argomentative, a indebite implicite plurime induzioni che, a ben vedere, esclusa l'ipotesi, remota, di *crack* finanziari esclusivamente imputabili al rischio di mercato, conducono ad identificare dissesto e **responsabilità**: una forma moderna dell'antico brocardo medievale *decoctor ergo fraudator*.

4. *L'omessa o irregolare tenuta della contabilità: alcuni distinguo.* Le Sezioni unite precisano, in relazione al caso di specie, che la mancata redazione di bilanci e dichiarazioni fiscali "non possono ambire, sul piano logico a porsi come causa potenziale dell'intero *deficit* patrimoniale".

Si precisa altresì che:

(i) nella specie non può invocarsi «il principio della prossimità o disponibilità della prova, se non quando l'inadempimento sia allegato come astrattamente idoneo a porsi come causa del danno»;

(ii) la «mancanza o l'irregolarità della contabilità sociale non sono legate da alcun potenziale nesso eziologico con il danno costituito dal *deficit* patrimoniale accertato in sede fallimentare»;

(iii) l'essere l'amministratore «venuto meno ai suoi doveri di corretta redazione e di conservazione della contabilità non giustifica che venga posto a suo carico l'onere di provare la non dipendenza di quel *deficit* patrimoniale dall'inadempimento».

È implicito tuttavia, nel *dictum*, ed è opportuno precisarlo, che l'irregolarità contabile *può* essere causa del dissesto. Si pensi all'ipotesi, classica, di bilanci falsi presentati alla banca per ottenere ulteriori finanziamenti; si pensi alla rappresentazione ai soci di una situazione economico-patrimoniale in equilibrio per giustificare la proposta di un aumento di capitale in funzione di una strategia di sviluppo, che si risolve invece in una perdita e, quindi, in un aggravamento del dissesto a causa di ulteriori debiti commerciali.

5. *La liquidazione equitativa. Criticità.* — Le Sezioni unite confinano, per così dire, il criterio della «differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare» «soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore».

Ineccepibile sul piano logico-ermeneutico, la regola rischia, come si è detto da più parti, di vanificare o quantomeno limitare la portata innovativa dell'arresto, cioè di *estendere nuovamente le assunzioni presuntive dall'alveo della quantificazione del danno all'inadempimento, al nesso di causalità e al danno stesso nella sua sussistenza ontologica* (di là dalla diversa questione della sua misura).

Una recente decisione di merito (App. Catania, 30 giugno 2015, in *ILCaso.it*) conferma questo rischio.

Afferma la Corte che la «totale inattendibilità della documentazione» fa sì che il Tribunale abbia correttamente

statuito «che la curatela ha assolto l'onere probatorio, su di essa incombente di dimostrare il nesso causale tra i singoli fatti addebitati all'amministratore [...] e il danno».

Pur richiamando i principi delle Sezioni unite, si afferma che l'omessa contabilità e la prevalenza di debiti verso erario, istituti previdenziali e lavorativi costituiscono elementi gravi precisi e concordanti della **responsabilità**.

Anche a voler ammettere la correttezza dell'argomentazione — i fatti di causa come sempre emergono parzialmente — la deduzione ulteriore appare se non apodittica quanto meno stringata: «conclusivamente — afferma la Corte d'Appello — sussiste la plausibilità logico-giuridica del ricorso al criterio di liquidazione del danno in via equitativa, costituito dalla differenza tra attivo e passivo»: nessun cenno al rapporto tra entità dei debiti specifici (ritenuti conseguenza dell'inadempimento) e quantificazione del danno.

Qualche dubbio rimane.

6. *Problemi aperti*. A mio parere due sono i grandi temi aperti:

- 1) la distinzione tra **amministratori** delegati e **amministratori** senza deleghe;
- 2) la **responsabilità** parziaria diretta.

Sul primo punto il legislatore è intervenuto con chiarezza (cfr. art. 2381, commi 3, 5 e 6, art. 2392, comma 1, c.c.): ma il principio non è del tutto metabolizzato in giurisprudenza (se pur in materia bancaria — che, sul punto, non è tuttavia diritto speciale — si veda, erroneamente, Cass. 5 febbraio 2013, n. 2737) anche se, come si è sottolineato in dottrina, la norma è, sul punto, netta nell'individuare doveri differenziati.

Come da tempo sostengo la diversità dei doveri non può che tradursi in **responsabilità autonoma diretta e non solidale**: chiave di volta per una più efficiente ripartizione anche del danno, e anche in via equitativa, ma, proprio perché *proportioned*, anche più equa.

GABRIELE RACUGNO

1. La decisione delle Sezioni unite prende le mosse da due sentenze, rispettivamente, del tribunale e della corte d'appello di Napoli, che accoglievano la domanda della curatela di condanna dell'amministratore unico al risarcimento dei danni, liquidati nell'importo pari alla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare: criterio di liquidazione, questo, motivato sulla impossibilità di ricostruire l'effettiva situazione patrimoniale della società fallita a causa della mancanza delle scritture contabili, imputabile allo stesso amministratore.

Il disallineamento della giurisprudenza della Cassazione sull'utilizzo o meno del suindicato criterio differenziale ai fini della quantificazione del danno viene ora risolto nel senso della non giustificabilità della «proposizione alla cieca di un'azione di **responsabilità**, e tanto meno il conseguente addebito agli **amministratori** di un deficit patrimoniale che nulla in tal caso consentirebbe di porre in rapporto di causa ad effetto con comportamenti dell'amministratore impossibili perfino da individuare».

Le problematiche in materia, come è noto, originano per lo più dall'intrapresa di nuove operazioni (secondo il previgente primo comma dell'art. 2449 c.c.) o di atti di gestione ultronei rispetto alle finalità di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (secondo quanto dispone attualmente il primo comma dell'art. 2486 c.c.) in mancanza della tempestiva presa d'atto del verificarsi di una causa di scioglimento della società, consistita dalla perdita di oltre un terzo del capitale sociale e nella riduzione di questo al di sotto del minimo legale: sia che questa emerga *per tabulas* dalla situazione patrimoniale, come pure discenda dalle operazioni di rettifica effettuate dalla curatela, relativamente, per lo più, alla valutazione dei crediti, delle rimanenze, al calcolo delle quote di ammortamento o alla stima della vita utile delle immobilizzazioni.

2. È pacifico, invero, che lo sbilancio patrimoniale della società insolvente potrebbe avere cause molteplici, non tutte riconducibili alla condotta illegittima degli organi sociali: commisurare il danno alla differenza tra passivo e attivo accertati in sede concorsuale si pone inoltre — come ha sancito più volte la stessa Cassazione in quelle decisioni che hanno ritenuto inadeguato il criterio della differenza tra passivo e attivo fallimentare — «in contrasto con il principio civilistico che impone di accertare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta illegittima e il danno». Essendo altresì da non sottovalutarsi, come ha rimarcato la decisione delle Sezioni unite, che l'attività di impresa è intrinsecamente connotata dal rischio di possibili perdite — «poiché non è detto che in una gestione commerciale si abbia l'obbligo di compiere solo operazioni di sicuro successo» (Graziani) —, il cui verificarsi non può quindi mai essere considerato per sé solo un sintomo significativo della violazione dei doveri gravanti sugli **amministratori**, preposti ad agire secondo una logica imprenditoriale, e non già meramente conservativa. La tipica caratteristica dell'attività imprenditoriale è appunto quella di svolgersi in un contesto di rischio ed incertezza (*), di guisa che nella valutazione della diligenza delle scelte gestorie il parametro valutativo adottato dalla giurisprudenza è costituito dalla "ragionevolezza", ed ora ricondotto a canoni di razionalità secondo le regole della "Business judgment rule" (Cass., 10 febbraio 2013, n. 3409), con la precisazione che il fatto dannoso non sarebbe costituito dal fatto commissivo in sé, ma dall'influenza sul patrimonio.

3. La decisione delle Sezioni unite si sofferma, fatte queste premesse, su quell'orientamento dei giudici di merito, avallato da numerose decisioni della stessa Cassazione, che, pur ritenendo competere all'attore la

prova dell'esistenza del danno, del suo ammontare e del fatto che esso sia stato causato dal comportamento illecito dei convenuti (**amministratori**, organi di vigilanza e direttori generali nelle società dichiarate insolventi), hanno reputato «che si verifichi un'inversione dell'onere della prova quando l'assoluta mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili rendano impossibile al curatore fornire la dimostrazione del predetto nesso di causalità».

Invero, pur essendo la contabilità volta ad esplicitare la propria funzione all'*interno* dell'impresa, non accompagnando il codice civile con alcuna sanzione l'inosservanza agli obblighi contabili, ne è evidente la rilevanza *esterna* nelle ipotesi di insolvenza, essendo in quella sede di pubblico interesse la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari dell'imprenditore. Coniugando l'interesse dell'imprenditore con l'interesse dei terzi si è andata così affermando una tesi cosiddetta «pluralistica», che valorizza le differenti funzioni interne ed esterne che le scritture contabili assolvono.

4. Leggesi a mo' di replica, nella decisione delle Sezioni unite, «la contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività di impresa, non li determina; ed è da quegli accadimenti che deriva il deficit patrimoniale, non certo dalla loro (mancata o scorretta) registrazione in contabilità». E questa mi pare l'architrave della motivazione della sentenza.

Le scritture contabili, come insegna la ragioneria e come si evince anche dal recente d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati), all'art.14, lett. b), recepiscono i *fatti di gestione*, cioè le operazioni aziendali poste in essere dall'imprenditore nelle imprese individuali, e dagli **amministratori** nelle imprese collettive, quali una vendita, un acquisto, un incasso, un pagamento; dai fatti di gestione possono derivare variazioni numerarie *positive* (+danaro, +crediti di funzionamento, -debiti di funzionamento) o *negative* (-danaro, +debiti di funzionamento, -crediti di funzionamento).

La rilevazione nelle scritture contabili dei documenti evidenzianti i fatti di gestione viene effettuata nel periodo amministrativo nel quale i fatti si manifestano, nel momento in cui si verifica la *manifestazione numeraria* e nella misura di questa, senza attendere la correlata entrata o uscita monetaria, il cui verificarsi — intesa come entrata o uscita di tesoreria — è di per sé non significativa, essendo il bilancio nel nostro ordinamento, impostato secondo il *criterio di competenza* (e non di cassa: art. 2423-bis, n. 3, c.c.), finalizzato a far emergere i risultati economici nell'esercizio in cui si sono realizzati i relativi proventi ed oneri, indipendentemente dal verificarsi della manifestazione monetaria.

5. Le scritture contabili hanno dunque la funzione di rilevare la consistenza quantitativa e monetaria dei fatti di gestione, cioè di far emergere attraverso il susseguirsi dei «numeri» le operazioni poste in essere dall'impresa, che caratterizzano la premessa logica della *rilevazione contabile*, intesa come raccolta dei valori e relativa rappresentazione formale. Una funzione pacificamente dichiarativa, non certo costitutiva, tant'è che gli studi in materia si sono soffermati sulla natura della presunzione introdotta dall'art. 2709 c.c., pervenendo alla conclusione secondo cui questa norma pone una presunzione legale *juris tantum* contraria all'imprenditore in ordine alle risultanze delle annotazioni contabili. È consentito quindi all'imprenditore di contrastare le registrazioni con qualunque mezzo di prova (Cass, 5 febbraio 1996, n. 936).

La rilevazione ha per oggetto la documentazione (le c.d. pezze giustificative o di appoggio) che accompagna i fatti di gestione in quanto la contabilità non registra fatti materiali, accadimenti fisici, bensì i relativi documenti che li evidenziano, definiti anche *documenti di primo grado* (sotto questo profilo il libro giornale, il libro degli inventari e il libro mastro sono considerati *documenti di secondo grado*, ed il bilancio *documento di terzo grado*). La rilevazione consiste nell'iscrivere nelle scritture contabili i valori dei fatti di gestione con le relative denominazioni.

I fatti di gestione vengono quindi documentati mediante la conservazione dei relativi «documenti contabili»: fatture di vendita, fatture di acquisto, ricevute fiscali, estratti conto bancari, contratti, corrispondenza, altri documenti (art. 2214, comma 2, seconda parte, c.c.). Questi documenti raramente (salvo ipotesi delittuose di bancarotta) non vengono rinvenuti dalla curatela. *Sed quod plerumque agitur*, non sono i documenti che non vengono rinvenuti, ma è piuttosto la *mancata rilevazione degli stessi nelle scritture obbligatorie* (tenute ormai con strumenti informatici: art. 2215-bis, comma 1º, c.c.).

Il fenomeno patologico più diffuso è costituito dal mancato tempestivo aggiornamento delle scritture contabili. Il libro giornale è fermo all'anno x: questo, di consueto, *incipit* con cui il curatore invoca la liquidazione del danno a carico degli organi sociali secondo il criterio dell'importo pari alla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, tralasciando, fra l'altro, ogni indagine sulla sussistenza, non solo del *quantum debeatur*, ma financo dell'*an debeatur*, cioè sulla sussistenza o meno dell'imputazione della **responsabilità** agli **amministratori** (*).

6. Di qui la ricorrente motivazione di larga parte delle corti di merito e di un orientamento della stessa Cassazione, che hanno ritenuto corretta la liquidazione del danno de quo utilizzando il criterio della differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare in mancanza delle scritture contabili addebitabile allo stesso

amministratore, come pure per essere la contabilità stata tenuta in modo sommario e non intellegibile.

La mancanza delle scritture, come pure l'irregolare tenuta, impedirebbero di accedere a quell'orientamento più rigoroso della stessa giurisprudenza che per configurare la **responsabilità** di **amministratori**, liquidatori o **sindaci**, non ha ritenuto sufficiente la sussistenza di un disavanzo fallimentare, ma ha ritenuto necessario «dimostrarne la specifica violazione dei loro doveri imposti dalla legge», nonché la prova, da parte del curatore, «che quelle violazioni hanno cagionato un pregiudizio alla società». Considerazione quest'ultima pienamente condivisibile, atteso che lo sbilancio patrimoniale della società insolvente, come più volte in passato ha motivato la Cassazione, può avere cause molteplici, non necessariamente tutte riconducibili alla condotta illegittima degli organi sociali.

Ed in proposito la decisione delle Sezioni unite, con convincente motivazione, ritiene incomba sulla curatela, prima ancora dell'assolvimento dell'onere della prova del danno e del nesso di causalità, la necessità di *allegare* l'inadempimento di controparte, allegazione che della prova costituisce l'antecedente logico.

All'attore dunque l'onere di allegare l'inadempimento della controparte ed al convenuto l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento.

Al di là dell'assunto che conferma la necessità che l'inadempimento del convenuto, quantomeno astrattamente efficiente alla produzione del danno, pur non dovendo essere provato dall'attore, sia nondimeno da costui allegato, rimane aperto il problema dell'individuazione del *modus operandi* della curatela in caso di mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili.

7. Pur non sottacendosi la difficoltà della curatela a scremare le passività riconducibili alla violazione, per lo più, dei richiamati, rispettivamente, art. 2449 c.c. e art. 2486 c.c., da quei costi legati all'esistenza stessa della società in liquidazione, rimane da verificare la superabilità del mancato rinvenimento, o mancata possibilità di utilizzo, di quelli che abbiamo chiamato *documenti di secondo grado*, cioè libro giornale, libro inventari, libro mastro. Ed è questo, come incisivamente ha sottolineato la sentenza delle Sezioni unite, «il punto nevralgico del contrasto giurisprudenziale che l'ordinanza di rimessione ha inteso porre in luce».

Arrivando così al cuore dell'arresto, che ha fra l'altro escluso nella fattispecie il principio della prossimità e disponibilità della prova — secondo il quale l'onere della prova in circostanze ricadenti nella sfera d'azione di una sola delle parti in causa deve essere assolto da quella medesima parte, rischiando altrimenti di rimanere irragionevolmente menomato il diritto costituzionale di azione o di difesa in giudizio dell'altra (cosiddetta prossimità o vicinanza, o anche disponibilità o riferibilità della prova), affermato prevalentemente in materia di **responsabilità** medica — rimane fermo l'onere del curatore di allegare attraverso *altre fonti*, diverse cioè dalle scritture contabili, l'esistenza di comportamenti illegittimi attribuibili agli organi sociali, che siano in grado di avere un'incidenza negativa sul patrimonio dell'impresa.

Entrano in gioco, a questo punto i *documenti di primo grado*, le fatture, le note di credito, i contratti, la corrispondenza, oggi per lo più rinvenibile nelle fonti informatiche, gli estratti conto bancari e soprattutto le copie degli assegni addebitati e accreditati nei conti correnti del fallito, che la curatela può agevolmente reperire dagli stessi istituti di credito. Un ausilio ai compiti del curatore potrà rinvenirsi ancora dagli accertamenti dell'amministrazione finanziaria, come pure dalle domande di ammissione al passivo ex art. 93 legge fall., ed anche dal confronto con le scritture contabili delle imprese che con la società fallita hanno intrattenuto rapporti, richiedendo, se del caso, al giudice un ordine di esibizione (art. 2711, comma 2, c.c.). Soccorre ancora il pur non semplice compito del curatore impegnato a ricostruire la situazione patrimoniale dell'impresa fallita, la possibilità di determinare *induttivamente* il danno causato dall'illegittimo operato degli organi sociali «sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a conoscenza dell'ufficio», come prevede, seppure ad altri fini, l'art. 55 del d.p.r. n. 55/1972.

In estrema *ratio*, conclude la sentenza, il curatore potrà invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art. 1226 c.c. e chiedere al giudice di provvedere alla liquidazione del danno in via equitativa, purché «siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto».

8. A questo punto non resta che confidare — utilizzando la felice espressione con cui il Presidente Rordorf, chiudeva di recente il suo intervento ad un Convegno dell'Università di Camerino — *nell'equilibrio e nel grado di consapevolezza con cui gli operatori giuridici (ed i giudici soprattutto) sapranno attuare la decisione. Wait and see.*

ROBERTO SACCHI

La sentenza si caratterizza per il rigore e la linearità sul piano logico della motivazione. Questo aumenta l'insoddisfazione per l'apertura finale alla possibilità di considerare in tutto o in parte lo sbilancio patrimoniale della società in sede di liquidazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., il che lascia il rischio che i giudici di merito, nella concreta utilizzazione di questa facoltà, vanifichino l'impegno argomentativo delle Sezioni unite, svuotando di significato il risultato interpretativo al quale esse giungono.

Ma andiamo con ordine. Un primo elemento da sottolineare attiene all'importanza attribuita nella sentenza in

commento all'onere di allegazione dell'attore nell'azione sociale di **responsabilità** (mentre in quella dei creditori sociali, se qualificata come **responsabilità** aquiliana, all'onere di allegazione si accompagna quello di prova).

La sentenza ribadisce l'applicazione alla **responsabilità** degli **amministratori** dell'orientamento assunto dalla suprema Corte in tema di ripartizione dell'onere probatorio in caso di **responsabilità** contrattuale. Come noto, in base a questo orientamento in presenza di obbligazioni di contenuto positivo «il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento» (così la sentenza in esame, § 3.3).

Per la verità si potrebbe discutere se estendere questa tesi da obbligazioni di dare di contenuto specifico a obbligazioni di *facere* di contenuto generico (quali sono sovente i doveri degli **amministratori**, in particolare quello di amministrare con la diligenza professionale richiesta dall'art. 2392, comma 1, c.c.) sia coerente con il principio della prossimità alla prova, che ispira questa tesi (come risulta anche dalla sentenza, § 3.5).

Ciò che più importa è che le Sezioni unite forniscono indicazioni che dovrebbero essere idonee a evitare il pericolo della diffusione della corrente di pensiero, presente in giurisprudenza, che, nelle azioni di **responsabilità** contro gli **amministratori** di società di capitali, ritiene sufficiente che l'attore dimostri l'esistenza del rapporto di amministrazione e allegghi in termini generici la violazione dei doveri degli **amministratori**, ad esempio la loro negligenza.

Nella sentenza in commento, infatti, viene sottolineata la necessità che «sia messo bene a fuoco il profilo dell'allegazione, che della prova costituisce l'antecedente logico» (§ 3.3), sia «ben chiarito *quale è il comportamento* che si imputa all'amministratore di aver tenuto e *quale violazione*, tra i molteplici doveri gravanti sul medesimo amministratore, quel comportamento ha integrato» (ivi, evidenziazioni aggiunte) e si richiede che «l'attore abbia allegato un inadempimento del convenuto almeno *astrattamente idoneo a porsi come causa del danno* di cui pretende il risarcimento» (§ 3.5, evidenziazione aggiunta).

Questo significa che:

(i) non soltanto, come rilevato da Cass., 27 ottobre 2006, n. 23180 (che non a caso ha lo stesso autorevole estensore della sentenza in esame), «la «causa petendi» deve sin dall'inizio sostanziarsi nell'indicazione dei comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli **amministratori** dalla legge e dallo statuto sociale» e essa «richiede non la generica denuncia di un fenomeno di mala gestio, bensì l'indicazione di *ben individuati* comportamenti illegittimi, attivi o omissivi, imputati dall'attore agli **amministratori** della società» (evidenziazione aggiunta);

(ii) inoltre, l'attore deve indicare in modo specifico qual è il danno riconducibile sul piano del nesso causale, nelle sue prospettazioni, ai comportamenti contestati agli **amministratori**, comportamenti anch'essi, come detto, da individuare in modo specifico.

Conseguentemente, «solo a tale condizione si potrà ipotizzare il suo [n.d.r., dell'attore] esonero dalla dimostrazione del nesso di causalità» (così la sentenza in commento, § 3.5).

Questi passaggi logici appaiono suscettibili di importanti ricadute applicative. Per esempio, da essi discende, se non mi inganno, che chi vuole contestare agli **amministratori**, che non fanno parte di organi delegati, la violazione del potere-dovere di chiedere ulteriori informazioni ai sensi dell'art. 2381, comma 6, c.c. ha l'onere di indicare gli specifici indici di allarme che avrebbero dovuto far scattare l'obbligo di attivarsi in base alla norma ora indicata. Essi costituiscono il cuore della motivazione della sentenza 9100/2015 e spiegano (i) perché vada approvata l'utilizzazione del deficit fallimentare come parametro per la quantificazione del danno in relazione a violazioni che sono idonee a costituire la causa del dissesto (§ 3.3, sia pure incidentalmente) e (ii) perché essa invece vada rifiutata nelle fattispecie nelle quali non sia stata rinvenuta la contabilità sociale (§ 3.4).

Nella prima ipotesi la violazione contestata è astrattamente idonea a determinare sul piano causale un danno costituito dal deficit fallimentare (dato che attiene a comportamenti, che, se effettivamente sussistenti, hanno determinato lo stato di insolvenza), nella seconda, invece, come rilevato dalle Sezioni unite la violazione del dovere di tenere la contabilità — può essere produttiva di danni, in termini di maggiori costi per il curatore per espletare i suoi compiti e, tra l'altro, istruire l'azione di **responsabilità**, ma — non è produttiva sul piano causale del deficit fallimentare.

Si veda, infatti, il § 3.4, ove si osserva che «l'omessa tenuta della contabilità integra la violazione di specifici obblighi di legge in capo agli **amministratori**, ed è vero che tale violazione risulta di per sé (almeno potenzialmente) idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale. Non può tuttavia farsene in alcun modo derivare la conseguenza che quel pregiudizio si identifichi nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare». Manca, quindi, la condizione (allegazione di un inadempimento

dell'amministratore idoneo in astratto a produrre il danno di cui si chiede il risarcimento) alla quale le Sezioni unite subordinano l'inversione dell'onere della prova del nesso di causalità.

Fin qui, come si vede, un risultato interpretativo chiaro, idoneo a orientare i giudici di merito e, in generale, gli interpreti, raggiunto attraverso un itinerario argomentativo scandito in passaggi logici serrati e rigorosamente concatenati. Nella sua ultima parte, però, la sentenza richiama la facoltà del giudice di liquidare in via equitativa il danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. e non esclude che, nell'esercizio di questa facoltà, egli possa tener conto in tutto o in parte dello sbilancio patrimoniale della società.

Questa ipotesi è subordinata al ricorrere di condizioni che non sembrano tali da impedire interpretazioni arbitrarie. Nel principio di diritto formulato dalle Sezioni unite l'utilizzazione, in sede di liquidazione equitativa del danno, della differenza fra passivo e attivo accertati in ambito fallimentare è consentita «purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto».

Ebbene:

— il mancato rinvenimento della contabilità può costituire una ragione che non permette l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore;

— quanto alle circostanze del caso concreto che rendono logicamente plausibile il ricorso a questo criterio, la sentenza in esame non fornisce indicazioni e lascia spazio alla discrezionalità (che può degenerare in arbitrio) dell'interprete, senza eliminare la situazione di incertezza che ha determinato la rimessione della questione alle Sezioni unite.

Con forte — e forse eccessiva — semplificazione, si può dire che le Sezioni unite sono state chiamate dall'ordinanza di rimessione a scegliere fra (i) l'orientamento che utilizza la differenza fra passivo e attivo fallimentare come criterio di quantificazione del danno in presenza di violazioni degli **amministratori** talmente gravi da costituire la causa stessa del dissesto e (ii) quello che ricorre a questo parametro quando è impossibile o estremamente difficile ricostruire la contabilità dell'impresa.

La sentenza in esame — mentre pare accogliere, benché in via incidentale, il primo orientamento (si veda il § 3.3) — non sembra rifiutare il secondo. Come chiarito nella nota di Fotticchia di commento all'ordinanza di rimessione (pubblicata in questa *Rivista*, 2015, II, 116 ss., in particolare 119 ss.), la tesi favorevole all'adozione del deficit fallimentare come parametro per la determinazione del danno può essere motivata (ed è stata motivata) seguendo due differenti percorsi logici, talora utilizzati promiscuamente o in modo non del tutto consapevole, come segnalato nella nota appena citata: l'inversione dell'onere della prova in punto di nesso di causalità e la liquidazione equitativa del danno.

La sentenza qui commentata esclude solo il primo tipo di argomentazione, non il secondo. Essa impedisce di invertire l'onere della prova del nesso di causalità, dato che questa inversione è subordinata alla prospettazione da parte dell'attore di «un inadempimento del convenuto almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno di cui pretende il risarcimento» e «la mancanza o l'irregolarità della contabilità sociale — anche questo già lo si è detto — non sono legate da alcun potenziale nesso eziologico con il danno costituito dal deficit patrimoniale accertato in sede fallimentare».

Essa lascia aperta, però, la possibilità di ricorrere al deficit fallimentare come criterio di liquidazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c., limitandosi a un generico riferimento alle circostanze del caso concreto, che rendono logicamente plausibile il ricorso al criterio in questione, senza fornire sul punto indicazioni.

In questo modo le Sezioni Unite non sciolgono l'alternativa fra la tesi che ricorre al deficit fallimentare quando le violazioni degli **amministratori** sono di tale gravità da aver causato il dissesto e quella che impiega il parametro in discorso quando manca la contabilità sociale. La sentenza lascia sopravvivere non solo la prima, ma anche la seconda, sia pure solo nella variante che adotta la liquidazione equitativa del danno e non in quella che inverte l'onere della prova in punto di nesso di causalità.

È lecito interrogarsi sulle ragioni per le quali la sentenza, nonostante la grande autorevolezza e la sofisticata finezza giuridica (dimostrata anche in questa circostanza) del suo estensore, giunga, dopo una motivazione molto elegante, a una conclusione che non può essere considerata soddisfacente. Ipotizzerei che la difficoltà incontrata, pure in questo caso, dalla giurisprudenza (e, più in generale, dagli interpreti) nel tentativo di individuare soluzioni, nelle quali il rigoroso rispetto del principio di causalità non impedisca di raggiungere posizioni dotate di concreta funzionalità nella pratica del diritto, sia collegata all'applicazione di schemi civilistici alla quantificazione del danno prodotto da condotte antigiuridiche nella gestione dell'impresa.

Il discorso non può essere qui approfondito. Mi limito a ricordare che l'impresa si connota per essere un'attività di carattere dinamico. Pertanto, come la migliore dottrina ha da tempo chiarito (penso in primo luogo a Carlo Angelici), i problemi che la riguardano vanno impostati muovendo dalla dimensione dell'attività e non da quella dell'atto.

Questo non significa, naturalmente, un'abdicazione al rigoroso rispetto del principio di causalità. Significa, invece, riconoscere che quando gli **amministratori** continuano l'attività imprenditoriale in una situazione in cui i loro doveri impongono di arrestarla (o, meglio, di uniformarla a criteri liquidatori), il danno causalmente riconducibile a questa violazione è rappresentato dalla differenza fra quello che sarebbe stato il risultato di periodo di una gestione liquidatoria e quello che è effettivamente stato il risultato di periodo della gestione in continuità aziendale, depurato, quest'ultimo, delle componenti straordinarie (ascrivibili solo a quelli **amministratori** che, in ipotesi, le hanno determinate con specifiche condotte antiggiuridiche) e di quelle dovute alla scorretta tenuta della contabilità, in conseguenza della quale sono emerse tardivamente perdite che avrebbero dovuto essere rilevate già prima del momento in cui l'attività avrebbe dovuto essere improntata a criteri liquidatori e quindi non sono ascrivibili alla continuazione dell'impresa.

Del resto la stessa sentenza in commento (§ 3.3) sembra ammettere, incidentalmente, l'esistenza di condotte antiggiuridiche degli **amministratori** produttive dell'aggravamento del dissesto e alle quali quindi l'aggravamento stesso può essere collegato sul piano causale come danno risarcibile. Penso, più che alla differenza dei netti patrimoniali (depurando quello *a quo* delle voci che presuppongono la continuità aziendale), al risultato di periodo dal momento in cui l'impresa societaria avrebbe dovuto essere gestita con criteri liquidatori al momento in cui una gestione con queste caratteristiche è effettivamente iniziata. Da questo risultato, come detto *supra*, vanno detratte le componenti straordinarie, le perdite emerse tardivamente, ma che avrebbero dovuto essere rilevate prima del momento nel quale si sarebbe dovuto abbandonare la gestione di continuità, e i costi che vi sarebbero stati in una gestione di carattere liquidatorio.

Resta naturalmente — e si tratta di problema molto delicato — da stabilire quando gli **amministratori** della s.p.a. dovrebbero fermare la gestione in continuità. Nell'attuale quadro normativo (i) la stessa liquidazione *in bonis* consente l'esercizio provvisorio dell'impresa o di suoi rami (art. 2487, comma 1, lett. c), c.c.), (ii) la continuità aziendale non è esclusa dalle soluzioni concordate da crisi, neppure dal concordato preventivo (art. 186-*bis* l. fall.) e (iii) anzi esse determinano la sospensione dell'obbligo di ricapitalizzazione previsto dal diritto societario (art. 182-*sexies* l. fall.). Pertanto ormai, come ho rilevato in altra sede, alla regola «ricapitalizza o liquida» è stata sostituita quella «risana, ricapitalizza o liquida», per cui l'elemento temporale in discorso non può puramente e semplicemente essere identificato con la perdita del capitale sociale al di sotto del minimo legale senza contestuale ricapitalizzazione. Si tratta però di temi che eccedono i limiti di queste brevi note e che non possono essere qui trattati.

-
- Doc. associati:**
- » [Documenti con la stessa classificazione](#)
 - » [Massime correlate](#)
 - » [Documenti stesso autore](#)
 - » [Bibliografia Correlata](#)