

CASS. S.U., 6.5.2015, N. 9100
LA RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI

DI 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 nella 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. E' 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 S.U., 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 – «...Destinare capitali all'impresa comporta un rischio che, peraltro, nessun livello di conoscenza può eliminare (l'alea qualifica il contratto di società)» (Pescatore) –, 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*", che impedisce ai giudici di scrutinare *ex post* le scelte di merito degli amministratori (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 S.U. 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 nella decisione delle S.U. (a p. 14) che «*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. E' 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 1°, 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, *l'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 sull'accertamento, non solo del *quantum debeatur*, ma financo dell'*an debeatur*, cioè sulla sussistenza o meno dell'imputazione della responsabilità agli amministratori: vale a dire «un nesso di causa ed effetto tra il danno risarcibile e il fatto che è fonte della responsabilità, indagine preliminare rispetto a quella relativa alla determinazione delle conseguenze dannose risarcibili» (Visintini).

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 S.U., 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 S.U., «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, sì da consentire al giudice di verificare sul piano della causalità materiale l'efficienza della condotta rispetto all'evento (Cass., 13.1.2015, n. 280).

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 fidare – 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.*