

Marco Cian – Osservazioni a Cass. s.u. 9100/2015

In: Giurisprudenza Commerciale, 2015

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. E' 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[erà] 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.