

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37173-il-diritto-civile-con-l-onere-della-prova-finalmente-batte-la-legge-fallimentare-commento-a-cassazione-ss-uu-n-9100-15>

Autore: Giarrizzo Mauro

**Il diritto civile, con l'onere della prova, finalmente batte la legge fallimentare. Commento a Cassazione SS.UU. n. 9100/15.**

Il diritto civile, con l'onere della prova, finalmente batte la legge fallimentare.  
Commento a Cassazione SS.UU. n. 9100/15.<sup>1</sup>  
Di Mauro Giarrizzo

Con la sentenza in commento, finalmente, dopo anni di oscillazioni, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha dichiarato il suo dissenso alla semplice accusa di individuare e liquidare il danno tra passivo e attivo per la mancata tenuta ordinaria di scritture contabili per negligenza dell'amministratore e il risarcimento danni. La condanna a risarcimento danni per la suddetta differenza deve essere dimostrata da parte del curatore fallimentare, con i mezzi disposti dalla legge e a disposizione del detto curatore.

La Corte, nella sentenza, utilizza un fine ragionamento. Sviscera il passato giuridico dei casi consolidati e consegna, ai consociati, una nuova elaborazione giurisprudenziale quale diritto vivente.

Lo fa tenendo a mente il codice civile, giusta intelaiatura naturale di principi civilistici, portando in ausilio il Libro IV, della Tutela dei diritti<sup>2</sup>, quale mezzo giuridico posto a peso della norma fallimentare<sup>3</sup>.

Finalmente, dopo anni di abuso di diritto<sup>4</sup>, si mette freno ai super poteri conferiti ai curatori fallimentari, e si riequilibra il bilanciamento dei poteri tra legge fallimentare e codice civile. Bilanciamento che se da una parte cerca di fare luce sulle vicende che hanno portato al fallimento, (inibendo ogni prerogativa commerciale/civile al legale rappresentante della società fallita, giusta legge fallimentare), dall'altra, con la reminiscenza dell'onere della prova, valorizza il dover dimostrare che i comportamenti assunti dal legale rappresentante non sono le concause della ferrea legge del mercato. Per arrivare a risarcire il danno creato dal legale rappresentante della società posta in fallimento occorre, quindi, che il curatore fallimentare provi la negligenza, imprudenza, imperizia dell'amministratore.

Il mercato, si ricorda, ha proprie regole e impone sacrifici agli operatori commerciali. Adam Smith<sup>5</sup> fu maestro di questa elaborazione.

Trionfano, nella detta sentenza, i principi di diritto civile su ogni altra branca del diritto, con l'onere della prova su ogni processo e procedura. Il criterio del nesso di causalità assurge a prima donna e diviene punto giuridico nevralgico per richiedere la condanna al risarcimento danni del legale rappresentante della società fallita.

La sentenza in commento, a parere di chi scrive, è tripudio di vittoria del diritto civile sul diritto commerciale, nonché la ragionevolezza dei poteri conferiti ai curatori fallimentari, che hanno l'onere di dimostrare il nesso di causalità. Il principio dell'onere della prova è punto cardine del gioco imposto dall'ordinamento giuridico.

La Corte, a Sezioni Unite, ha voluto imprimere una svolta epocale capace di trainare, per lungo tempo, il bilanciamento dei valori con la supremazia del diritto dell'onere della prova.

Bilanciamento di valori riconosciuto non solo nella civilistica italiana, anche a mezzo dell'introduzione dell'art. 111<sup>6</sup> Costituzione, ma affermato dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea che è diventata, alla stregua di

---

<sup>1</sup> <http://www.ipsoa.it/~media/Quotidiano/2015/05/08/Fallimento-e-azione-di-responsabilit%C3%A0--quale-danno-senza-scritture-contabili-/9100-2015%20pdf.ashx> Cassazione SS.UU. n. 9500/15 del maggio 2015.

<sup>2</sup> <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262> REGIO DECRETO 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice civile. (042U0262) (GU n.79 del 4-4-1942 )

note: entrata in vigore del provvedimento: 19/4/1942.

<sup>3</sup> <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;267> REGIO DECRETO 16 marzo 1942, n. 267 Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. (042U0267) (GU n.81 del 6-4-1942 )

<sup>4</sup> <http://www1.unipa.it/gpino/Il%20diritto%20e%20il%20suo%20rovescio.pdf> GIORGIO PINO , Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto.

L'abuso di diritto, tuttavia, è da ricercare, quale principio inviolabile, nella Carta Costituzionale e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>5</sup>A. SMITH, La ricchezza delle nazioni, Vol. 2°, parte seconda, (a cura di ANNA e TULLIO BAGIOTTI) I GRANDI CLASSICI DELL'ECONOMIA, Milano 2006, p. 584 e ss.

<sup>6</sup> [https://www.senato.it/1025?articolo\\_numero\\_articolo=111&sezione=135](https://www.senato.it/1025?articolo_numero_articolo=111&sezione=135) Articolo 111

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari

ogni Trattato, un onere per lo Stato Italia. L'art. 54<sup>7</sup>, detta Carta di Nizza, genera obblighi per lo Stato Italia da rispettare e attuare nel sistema giuridico italiano. E' con il diritto ad una buona amministrazione, ulteriore principio mutuato dalla Carta di Nizza, che la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha affermato una sua ulteriore regola giuridica: il curatore fallimentare, se vuole avere il risarcimento danni, deve provare che il legale rappresentante ha violato non le leggi ferree del mercato, ma ha svolto con colpa grave ulteriori atti che hanno posto in pericolo la già fragile situazione contabile della società che successivamente e a causa delle sue peripezie, ha portata al fallimento la società amministrata. Dimostrare giuridicamente ciò non solo è onere del curatore fallimentare che vuol far condannare a risarcimento danni il legale rappresentante, ma, come affermato dalla stessa Corte di Cassazione, la deve essere posto a fondamento della citazione in giudizio proposta dal curatore fallimentare come disposto dalla Tutela dei Diritti, conservati nel Libro VI del Codice Civile.

Affermare che: <<La circostanza che il mancato rinvenimento delle scritture contabili (ma lo stesso potrebbe dirsi per la loro irregolare tenuta) non consenta al curatore del fallimento di ricostruire con sufficiente certezza le vicende che hanno condotto all'insolvenza dell'impresa può esser forse adottata, essa stessa, come una causa di danno, almeno nella misura in cui ciò comporti un maggiore onere nell'espletamento dei compiti del curatore ed, eventualmente, sull'attivo dei costi della procedura destinato ad incidere negativamente sull'attivo disponibile. Né può in assoluto escludersi l'eventualità di altri effetti dannosi ricollegabili alla mancanza di dette scritture; ma neppure in questo caso appare logicamente plausibile il farne discendere la conseguenza dell'insolvenza o dello sbilanciamento patrimoniale della società divenuta insolvente.>> La Corte a Sezioni Unite, con la sua esperienza giurisprudenziale, quindi, afferma un principio che è solo ed esclusivamente di diritto civile. E' l'art. 2697, comma 1, Codice Civile, che dispone: <<Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento<sup>8</sup>>>.

---

per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati [cfr. artt. 13 c.2 , 14 c.2 , 15 c.2 , 21 c.3].

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale [cfr. art. 13], pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge [cfr. art.137 c.3]. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra [cfr. art. 103 c.3 , VI c.2].

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione [cfr. art. 103 c.1,2].

<sup>7</sup> [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf) CAPO VII DISPOSIZIONI GENERALI Articolo 54 Divieto dell'abuso di diritto. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta.

<sup>8</sup> <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36509> In merito a detto articolo varia è la giurisprudenza : Cassazione Civile, sez. I, sentenza 10 ottobre 2007, n. 21140, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 21 dicembre 2007, n. 27113 e T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, sentenza 10 marzo 2008, n. 173, Cassazione Civile, sez. tributaria, sentenza 11 giugno 2008, n. 15395, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 23 giugno 2008, n. 17057, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 giugno 2009, n. 4120, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 26 giugno 2009, n. 15080, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 1° luglio 2009, n. 15405, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 10 luglio 2009, n. 16214, Cassazione Civile, sez. lavoro, ordinanza 23 settembre 2009, n. 20519, Cassazione Civile, sez. tributaria, ordinanza 30 settembre 2009, n. 21020, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 6 ottobre 2009, n. 21311, Cassazione Civile, sez. tributaria, ordinanza 6 ottobre 2009, n. 21317 e Cassazione Civile, sez. tributaria, sentenza 16 ottobre 2009, n. 21976, Tribunale di Bari, sez. IV civile, sentenza 16 ottobre 2009, n. 3103 e Cassazione Civile, sez. I, sentenza 6 novembre 2009, n. 23630 in Altalex Massimario.

Perché, quindi, si è voluto tutelare il principio dell'onere della prova contro i super poteri delle norme sul fallimento? Semplicemente, ad avviso di chi scrive, per civiltà giuridica e supremazia della tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento.

Per arrivare alla conclusione magistrale della sentenza, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ripercorso la storia dell'altalenante giurisprudenza esistente. La Corte, quindi, rammenta la storica sentenza n. 1281/1977, con <<atti imputabili alla violazione di compiere nuove operazioni che condussero alla perdita di un terzo del capitale societario>>, (divieto già previsto nell'art. 2449, comma 1); poi passa all'avallo dell'ulteriore sentenza, di breve distanza, (Cassazione n. 2671/77), con un caso in cui si era ritenuto che <<il dissesto fosse imputabile a illecito comportamento degli organi sociali.>> Dopo otto anni, la Cassazione n. 6493/85, <<muoveva addebiti per la non tenuta o sommaria tenuta della contabilità in modo non intellegibile.>>

Nel decennio successivo, la dottrina, mosse critiche alla inadeguatezza del rapporto di causalità tra il comportamento illegittimo addebitabile agli organi sociali e il danno risarcibile. Criterio di interpretazione giurisprudenziale.

Dodici anni dopo, con Cassazione n. 9252/97, si affermò che <<il danno causato dal comportamento illegittimo degli organi sociali o dai sindaci, non si identificava automaticamente nella differenza tra il passivo e l'attivo sociale, accertato in sede di fallimento, ma ad esso si poteva riferire in caso di mancanza di prova di un maggior pregiudizio che conducesse al fallimento.>> Poco dopo, con la Cassazione n. 10488/98, si pervenne alla conclusione che <<il danno non doveva essere liquidato alla stregua del suddetto criterio differenziale, ma determinato in relazione alle conseguenze immediate e dirette delle violazioni contestate.>> Orientamento confermato con Cassazione n. 1375/2000, <<con quantificazione della differenza tra passivo e attivo patrimoniale, solo se il dissesto siano imputabili agli amministratori, liquidatori etc., con la specifica dimostrazione della violazione dei doveri di legge.>>, e consolidato con le sentenze cassazione 2538/2005 e n. 3032/2005, che insistevano sul principio civilistico di accertamento tra il nesso di causalità e il danno.

L'orientamento si stabilizzava con le sentenze Cassazione n. 16211/2007, n. 17033/2008 e n. 16050/2009. Quest'ultima con la precisazione che <<il criterio della differenza tra passivo e attivo fallimentare in astratto era inadeguato,>> ma apprezzabile con valutazione demandata esclusivamente al giudice di merito e congruamente motivata, se esso costituisse parametro di riferimento per la liquidazione equitativa. Nel 2011, le sentenze n. 5876 e n. 7606, hanno reputato che l'inversione dell'onere della prova nel caso di assoluta mancanza o irregolarità della tenuta contabile era lavoro impossibile per il curatore.

Con la sentenza in commento, ad avviso di chi scrive, si è riportato nell'alveo della tutela dei diritti ciò che per un periodo era stato invertito. E' il principio che chi vuol far valere in giudizio una prova la deve dimostrare appare in sintonia con una civiltà giuridica evoluta, anche perché, come si afferma in sentenza, sono oramai tanti e svariati i mezzi che possono condurre alla prova. Il curatore ha in mano ogni mezzo idoneo a costituire la prova e a nulla potrebbe servire l'inversione dell'onere della prova, che alcune sentenze avevano confermato.

Finalmente, la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite in commento, ha confermato ciò che serviva a condurre i principi di tutela dei diritti, in sintonia non solo con la Costituzione, ma con la Carta di Nizza e il diritto comunitario, a primario criterio di paragone con altre branche del diritto.