

Collana della Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA)

Direzione: Stefano Marasca (Università Politecnica delle Marche)

Comitato Scientifico: Stefano Adamo (Università del Salento); Luca Bartocci (Università di Perugia); Adele Caldarelli (Università di Napoli Federico II); Bettina Campedelli (Università di Verona); Nicola Castellano (Università di Pisa); Vittorio Dell'Atti (Università di Bari); Francesco De Luca (Università di Chieti-Pescara); Anna Maria Fellegara (Università Cattolica – Piacenza); Raffaele Fiorentino (Università di Napoli Parthenope); Francesco Giunta (Università di Firenze); Alberto Incollingo (Università della Campania); Giovanni Liberatore (Università di Firenze); Andrea Lionzo (Università Cattolica – Milano); Rosa Lombardi (Università di Roma La Sapienza); Luciano Marchi (Università di Pisa); Riccardo Mussari (Università di Siena); Paola Paoloni (Università di Roma La Sapienza); Stefania Veltri (Università della Calabria).

SIDREA è l'associazione scientifica dei docenti di Ragioneria e di Economia aziendale inquadrati nel settore scientifico-disciplinare SECS-P/07. L'associazione è stata costituita nel 2005 allo scopo di promuovere lo sviluppo della base scientifica, della cultura economico-aziendale e dei principi di buon governo delle aziende di ogni tipo: dalle imprese alle aziende non-profit; dalle aziende private alle amministrazioni pubbliche; dalle piccole e medie imprese alle grandi imprese; dalle aziende familiari alle reti d'impresa.

La Collana pubblica studi e ricerche realizzati nell'ambito dei Gruppi di Studio SIDREA sulle tematiche di rilevante interesse teorico e applicativo nell'area della Ragioneria e dell'Economia Aziendale. L'obiettivo è quello di sviluppare sia modelli teorici sia applicazioni, in rapporto alle teorie economico-aziendali ed alla prassi delle aziende e della professione, sulle specifiche tematiche di riferimento dei gruppi di studio:

- Bilancio e principi contabili;
- Comunicazione non finanziaria;
- Governance e Controlli interni;
- Linee guida per il Controllo di gestione;
- Contabilità pubblica;
- Valutazione d'azienda;
- Diagnosi precoce della crisi d'impresa;
- Capitale intellettuale, Smart Technologies e Digitalizzazione;
- Studi di Genere.

# **LE PAROLE DELLA CRISI**

**La lettura  
degli aziendalisti italiani**

a cura di

**Annamaria Fellegara**

**Francesco Giunta**

**Antonella Paolini**

**Claudio Teodori**



**Società Italiana di Ragioneria  
e di Economia Aziendale**

**FrancoAngeli** 

## 5. LA DETERMINAZIONE DEL DANNO IN SEDE CIVILISTICA E IN SEDE PENALE

di *Patrizia Riva, Alessandro Gaetano,  
Annalisa Baldissera, Simone Manfredi*

### 5.1. Il nuovo quadro di riferimento. Determinazione del danno in sede civilistica e in sede penale

Il legislatore del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (CCII) interviene puntualmente sul tema della quantificazione del danno e lo fa, è più che opportuno rilevarlo in apertura del presente lavoro, con riferimento alle azioni di responsabilità contro gli amministratori in sede civilistica, mentre sotto il profilo penale sono previste sia attenuanti subordinate all'entità del danno, sia misure premiali la cui applicazione è invece sganciata dal danno e dalla sua quantificazione.

In sede civilistica, la lettera dell'art 378 CCII, che introduce i criteri di determinazione del danno risarcibile, riprende integralmente gli orientamenti già diffusi nella prassi<sup>1</sup>:

*Art. 378 CCI: "Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo (2486), e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data*

<sup>1</sup> Sul tema si vedano tra tutti: Dal Moro A., Mambriani A., *Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di S.p.A. e di S.r.l., Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e SRL*, Orientamenti della sezione VIII civile Tribunale Milano, 2012 in [www.ordineavvocatimilano.it](http://www.ordineavvocatimilano.it) e [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Vitiello M. (2012), *Appunti in tema di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità della curatela*, Il Fallimentarista, 20.04.2012, Giuffrè; Rossi A. (2019), *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Per un quadro di sintesi alla luce del CCI: Riva P., Corno G. (2020), *Il ruolo del consiglio di amministrazione*, in Riva P. (a cura di), *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano; Riva P., Danovi A., Comoli M., Garelli A. (2020), *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, *Giurisprudenza Commerciale*, n. 6, Giuffrè.

*in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”.*

È solo il caso di ricordare che la modifica all'art. 2486 c.c. è già entrata in vigore sin dal gennaio 2019 in quanto l'articolo 378 c.c. è richiamato nell'art. 389 tra quelli in vigore dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del D.Lgs. 14/19.

Diversa sembra invece la situazione quando si considera il contesto delle responsabilità in sede penale dove le novità introdotte sembrano effettive e pregnanti soprattutto con riferimento ai ruoli dei soggetti coinvolti e in particolare del Pubblico Ministero.

È opportuno premettere che nell'ambito della crisi e dell'insolvenza delle imprese, il Pubblico Ministero si qualifica come soggetto neutro e imparziale che agisce per tutelare la *par condicio creditorum*, gli interessi economici della collettività e la legalità nello svolgimento delle procedure concorsuali.

Alla luce delle novità introdotte dal CCII, i poteri di intervento e di controllo detenuti dal Pubblico Ministero acquisiscono una particolare connotazione, soprattutto rispetto all'istituto della composizione negoziata di cui all'art. 12. Infatti, mentre da un lato il Pubblico Ministero seguita a svolgere un ruolo determinante ai fini della tutela dell'interesse generale, dall'altro assume una posizione maggiormente compatibile con il caso, tutt'altro che di scuola e oggi giuridicamente catalogato, in cui l'impresa versi in condizioni assai prossime all'insolvenza ma sussistano ragionevoli possibilità di risanamento. Tali sono le condizioni, anche dette di “maturazione della crisi”<sup>2</sup>, “crisi conclamata reversibile” sino alla “insolvenza reversibile”<sup>3</sup>, al ricorrere delle quali l'imprenditore può accedere alla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ed è nel contempo esclusa la possibilità per il Pubblico Ministero di presentare ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale. L'art. 12 del CCII prevede infatti che alla composi-

<sup>2</sup> Danovi A., Riva P. (2018), *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, II Fallimentarista.

<sup>3</sup> Bastia P. (2022), *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, Ristrutturazioni Aziendali, pp. 1-45.

zione negoziata della crisi non si applichi l'art. 38, a mente del quale il Pubblico Ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza. L'articolo 38 rimane comunque applicabile nei procedimenti di cui agli articoli 19 e 22, riguardanti rispettivamente le misure protettive e cautelari e le autorizzazioni del tribunale.

Questa peculiare modulazione, che trova fondamento nella natura stragiudiziale dell'istituto<sup>4</sup> e che apparentemente, o solo relativamente, depotenzia il ruolo del Pubblico Ministero nelle procedure di composizione negoziata della crisi risponde invero, come rilevato in dottrina, a una "architettura estremamente originale" e "complessa" che "vede quale autorità sufficientemente presente il tribunale o il giudice, ai quali soltanto è riconosciuto il potere di attivare il pubblico ministero. Le funzioni dell'autorità giudiziaria sono sufficientemente ampie e immanenti [...], tali da garantire la tutela del ceto creditorio e le esigenze di ordine pubblico"<sup>5</sup>.

Con riferimento ai profili penali, una particolare fattispecie per la quale viene in considerazione la quantificazione del danno è rappresentata dalla circostanza attenuante che ricorre nel caso in cui i fatti di bancarotta fraudolenta, di bancarotta semplice e di ricorso abusivo al credito abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, posto che in tale ipotesi le pene sono ridotte fino al terzo (art. 326).

Per completezza, è infine opportuno precisare che la composizione negoziata costituisce uno strumento eminentemente finalizzato a favorire il risanamento dell'impresa e la reazione del debitore<sup>6</sup>, per impedire che la prosecuzione di una gestione prossima alla crisi sfoci nell'insolvenza per assenza di interventi volti al ripristino dell'equilibrio economico. Sebbene dunque l'attivazione della procedura, così come il suo esito, risultino strettamente dipendenti dalla correttezza e dalla buona fede dell'imprenditore<sup>7</sup> che verosimilmente è, o dovrebbe essere, consapevole della fattibilità del risanamento, e che per tale ragione rende palesi le difficoltà della propria impresa, le misure premiali disposte dal CCII non prevedono circostanze attenuanti o esimenti per il caso in cui il danno patrimoniale cagionato sia di speciale tenuità.

<sup>4</sup> Cimolai A. (2022), *Le novità sulla composizione negoziata*, Diritto della Crisi, p. 9.

<sup>5</sup> Jorio A. (2021), *Composizione negoziata e pubblico ministero*, Diritto della Crisi, p. 6.

<sup>6</sup> Santangeli F. (2022), *Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa*, Diritto della Crisi, 2022, pp. 1-13.

<sup>7</sup> Danovi A., Acciaro G., (a cura di) (2022), *Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano.

Sono comunque previste, oltre a una serie di misure premiali patrimoniali, anche misure che, sebbene sganciate dall'entità del danno, assumono rilevanza penale. L'art. 24 del CCII stabilisce infatti che le disposizioni relative alla bancarotta fraudolenta (art. 322, c. 3) e alla bancarotta semplice (art. 323) non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative, né si applicano ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 22.

## **5.2. Rilevanza della tempestività dell'intervento di risoluzione della crisi ai fini dell'applicazione delle misure premiali**

Anche in virtù delle misure premiali con rilevanza penale da ultimo citate, rimane centrale la tempestività con la quale l'imprenditore accerta la situazione di probabile crisi o insolvenza nella quale versa l'impresa, posto che la disapplicazione delle disposizioni sui reati fallimentari sopra citati opera solo per i pagamenti e per le operazioni successivi all'attivazione della procedura di composizione negoziata della crisi. Il legislatore è stato orientato verso una disciplina delle procedure concorsuali che assicurasse la massimizzazione dell'efficienza economica non più solo a valle della crisi (con la liquidazione giudiziale), ma *ex ante*, garantendo meccanismi di controllo dei segnali e misure tese ad incentivare gli organi gestori e di vigilanza nell'adozione di condotte idonee a far emergere quella fase intermedia tra la fisiologica operatività e la decozione dell'impresa<sup>8</sup>.

Si rende dunque necessario che l'imprenditore si doti di appositi meccanismi di organizzazione e di rilevazione, soprattutto, ma non solamente<sup>9</sup>, contabile, nonché di procedure di monitoraggio delle scadenze e degli insoluti, in grado di dare sollecitamente contezza dell'esistenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario. Il tema assume centralità in quanto riconduce alla questione che permea l'intero codice della crisi e dell'insolvenza, ossia la necessità per l'imprenditore di dotarsi di adeguati

<sup>8</sup> Pacchi S., Guerrini R., De Flammineis S. (2021), *Disposizioni penali nel codice della crisi d'impresa*, Giappichelli; Riva P., Difino M. (2022), *Obbligo di attivazione del collegio sindacale o del sindaco unico*, in Nuovo codice della crisi d'impresa, Vol. 3 Composizione negoziata per la gestione della crisi d'impresa, Ilsole24ore.

<sup>9</sup> Sull'opportunità di integrare i *KPI* di tipo contabile o "finanziario" con indicatori "non finanziari" si veda vedano: OIBR (2022), Quaderno 7, "Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e la previsione della crisi nelle PMI"; Panizza A., D'Albore N., *Indicatori non finanziari e crisi*, in "Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF", Riva P. (a cura di), Egea, 2020.

assetti organizzativi, cioè in primo luogo di *corporate governance*, contabili e amministrativi che permettano di accertare tempestivamente il verificarsi delle predette condizioni di squilibrio<sup>10</sup>. Ciò trova formalizzazione nella lettera dell'art. 3 CCII e presuppone, come la dottrina ha già da tempo messo in luce, un cambiamento culturale rilevante<sup>11</sup>.

### 5.3. L'entità del danno

#### 5.3.1. Premessa

Chiarita la centralità del presupposto della “tempestività” ci si focalizza in questa sede sulla tassonomia del CCII con riferimento al danno causato ai creditori da condotte distrattive aventi rilevanza penale, le quali, come già evidenziato nel primo paragrafo del lavoro, devono essere tenute distinte dalle responsabilità e dalle condotte rilevanti in sede civile.

A tale riguardo, l'individuazione delle categorie di danno risultanti dal CCII rende opportune alcune considerazioni preliminari attinenti all'*iter* legislativo che ha condotto all'attuale configurazione delle norme, e in particolare di quelle riguardanti la composizione negoziata della crisi.

A tale proposito, è significativo osservare che la formulazione del CCII anteriore alle modifiche da ultimo apportate con il D. Lgs. n. 83/2022 conteneva una serie di disposizioni – sintetizzate nel sistema delle procedure di allerta – tese a favorire l'emersione anticipata della crisi attraverso la previsione, fra l'altro, di alcune misure premiali a favore dell'imprenditore che si fosse attivato con tempestività nell'individuare i segnali della crisi.

Fra tali misure rilevava, per quanto qui concerne, ossia per la quantificazione del danno, la previsione dell'allora art. 28, c. 2, a mente del quale, l'attivazione delle procedure di allerta comportava che le pene stabilite per i

<sup>10</sup> Per la definizione di Assetti si vedano: Sidrea (2021), *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*; OIBR (2022), *Quaderno 7, parte prima*, cit. e *supra* in questo volume.

<sup>11</sup> “Quello che il legislatore ha perseguito (...) è il tentativo di modificare *ab origine* le categorie di pensiero colle quali l'imprenditore italiano affronta, di regola in modo confuso, personalistico e tecnicamente inadeguato, il tema della gestione della sua impresa, superando la generica filosofia di base della *business judgement rule*, sulla convinzione implicita, sottesa, che quando la impresa è insolvente non appartenga più integralmente alla compagine sociale, ma ai suoi *stakeholders*, per i quali il patrimonio è garanzia delle obbligazioni contratte”. Paluchowski A., Prefazione al volume “Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF”, Riva P., Egea, 2020. Sul tema anche: Riva P., Provasi R., “An Overview about Italian companies facing the financial and economic crisis. A cultural revolution”, *International Journal Of Economics And Business Research*, 2014-01; Riva P., Comoli M. (2019), “The impact of the new Italian early warning system provided by the IC-Code on family SMEs governance”, *Corporate Ownership and Control*, Volume 16, Issue 3.

reati fallimentari: a) non trovassero applicazione nel caso in cui il danno cagionato ai creditori fosse stato di speciale tenuità (esimente); b) fossero ridotte fino alla metà laddove alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori avesse assicurato il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non avesse superato l'importo di 2.000.000 di Euro (attenuante).

Da tale previsione derivava una catalogazione del danno diversa da quella oggi vigente, posto che, nell'ambito delle procedure di allerta, risultava possibile distinguere tre classi significative, ossia:

- il danno di speciale tenuità (esimente), la cui entità non era comunque precisata dalle norme;
- il danno di media rilevanza (attenuante), la cui entità non doveva superare l'importo di 2.000.000 di Euro;
- il danno di piena rilevanza, non espressamente codificato nel testo normativo, ma dal medesimo desumibile quale fattispecie verificantesi al di fuori dei casi di speciale tenuità e di media rilevanza.

Nella versione oggi vigente, la speciale tenuità del danno non opera più quale circostanza esimente ed è stata altresì soppressa la soglia di Euro 2.000.000 che consentiva di classificare il danno come di media rilevanza.

Da quanto sopra, può derivarsi come nel passaggio dalla precedente versione del CCII alla formulazione attuale si sia indirettamente o implicitamente rafforzato l'obbligo dell'imprenditore di dotarsi di assetti organizzativi amministrativi e contabili adeguati alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi e all'assunzione di idonee iniziative (art. 3). Nessuna esimente è prevista per il fatto che l'imprenditore dotato di adeguati assetti sia stato in grado di individuare per tempo i segnali di crisi e sia riuscito ad affrontare la situazione prestando agli stessi la dovuta attenzione. Non si tratta di "*meccanismi nice to have*", per utilizzare un'espressione anglosassone diffusa, ma di elementi di *governance*, organizzativi, amministrativi e contabili indispensabili per i quali vale la differente e ben più pregnante espressione *must have*. Ne segue che semmai l'assenza di tali obbligatori (*ex lege*) presidi potrà essere foriera di valutazioni peggiorative nella valutazione delle condotte.

### 5.3.2. *Le due categorie di danno risultanti dal CCII*

Premesso che, con riguardo al tema qui in argomento, il CCII non ha introdotto novità significative rispetto alla Legge Fallimentare, si individuano due categorie rilevanti per la misurazione del danno in sede penale (Tabella 1)



Tab. 1 – *Categorie di danno*

	<b>CATEGORIE DI DANNO</b>	<b>LIMITI DIMENSIONALI</b>	<b>REGIME DELLA PENA</b>
A	<b>DANNO DI SPECIALE TENUITÀ</b>	Non individuato direttamente	PENA RIDOTTA FINO AL TERZO
B	<b>DANNO DI “PIENA” RILEVANZA</b>	Il danno cagionato non è di speciale tenuità	PENA PIENA

L’importanza della graduazione delle pene rende opportune alcune riflessioni in merito alla determinazione della dimensione quantitativa che il danno deve possedere per poter essere classificato nell’ambito delle categorie logiche individuate e quindi per poter rendere possibile la distinzione delineata tra “speciale tenuità” e “piena rilevanza”.

Le considerazioni che seguono sono riferite specialmente ai reati fallimentari con distrazione patrimoniale. Molte fra esse si possono tuttavia estendere anche ai reati fallimentari nei quali non vi sia stata distrazione, laddove le condotte integranti il reato abbiano comunque recato pregiudizio ai creditori, incidendo sulle possibilità, per essi, di esercitare le azioni a tutela dei loro interessi; se, infatti, un tale danno non risulta dimostrato, deve trovare applicazione l’attenuante della speciale tenuità del fatto (Cass., 20/3/2014, n. 13070).

## **5.4. Gli elementi rilevanti per la quantificazione del danno**

In ipotesi di bancarotta distrattiva, premesso che il danno in argomento è quello patito dai creditori, occorre considerare tre profili principali: i) la delimitazione del concetto di “creditori”; ii) la base di computo del danno; iii) l’entità del danno.

### *5.4.1. La delimitazione del concetto di “creditori”*

In relazione al profilo *sub i)*, si tratta sostanzialmente di precisare che il danno *de quo* è quello patito non già dal singolo creditore, bensì dalla massa dei creditori, considerata come un *unicum*.

La giurisprudenza sino a oggi consolidatasi (Cass., 19/10/2017, n. 48203), così come la dottrina prevalente (Pellegrini, 2020<sup>12</sup>), sono pressoché

<sup>12</sup> Pellegrini, L. (2020). *Le misure premiali penali del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Sistema penale*, 7/2020, 69-83.

unanimesi nel confermare la conclusione di cui sopra, atteso che il patrimonio aziendale oggetto della tutela approntata dall'ordinamento è posto a garanzia della massa dei creditori, e non dei creditori individuali.

Il tema non è marginale, ma anzi prodromico alla soluzione del problema qui in argomento, ossia alla quantificazione del danno. Dalla predetta conclusione derivano infatti due rilevanti circostanze: innanzitutto anche la speciale tenuità deve venire valutata in relazione al danno sofferto dall'insieme dei creditori e non dai creditori singolarmente considerati; in secondo luogo, tutti i creditori si trovano nella medesima posizione giuridica e non assume alcun rilievo la condizione economica di ciascuno di essi.

In questo senso, accogliere il riferimento alla massa dei creditori, anziché ai singoli creditori, consente di valutare con maggiore oggettività la condotta del debitore, posto che la gravità del suo comportamento viene associata all'entità complessiva, in valore assoluto, della distrazione operata, quale misura del danno intenzionalmente provocato a tutti i creditori, mediante la falcidia dolosa dei beni su cui essi avrebbero potuto rivalersi.

Considerare la massa dei creditori consente dunque di rispettare la *ratio* della disposizione che consiste nel premiare l'imprenditore che abbia operato una distrazione complessivamente modesta.

#### 5.4.2. *La base di computo del danno*

In relazione alla base di computo del danno, premesso che la distrazione di cui si è reso colpevole il debitore provoca una riduzione della massa attiva che sarebbe stata a disposizione dei creditori laddove non si fossero verificati gli illeciti, si considerano condivisibili le posizioni raggiunte a oggi dalla giurisprudenza, secondo la quale occorre commisurare il danno non all'entità del passivo, bensì a quella dell'attivo, ossia al valore totale dei beni sottratti all'esecuzione concorsuale.

A tale riguardo è estremamente chiarificatrice la sentenza Cass. Penale, n. 52057, 26 novembre 2019, il cui testo si riporta di seguito.

*“[...] RITENUTO IN FATTO 1. Con sentenza emessa il 28/03/2019 la Corte di Appello di Milano - in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Corno del 14.3.2017 che aveva condannato xxx, quale amministratore e poi liquidatore della xxx s.r.l., esercente attività di noleggio di autovetture di lusso, dichiarata fallita il 20.5.2013, alla pena di 2 anni di reclusione, oltre alle pene accessorie, per i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione (capo A), di bancarotta impropria da reato societario, per*

*aver cagionato il fallimento mediante false comunicazione sociali (capo B), e di bancarotta semplice, per aver aggravato il dissesto mediante operazioni imprudenti (capo C), e per aver omesso di convocare l'assemblea per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2482 c.c. (capo D) - ha assolto l'imputato dal reato di cui al capo B, ed ha ridotto la pena accessoria ad anni 5, confermando nel resto la decisione di primo grado. 2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il difensore di xxx, Avv. xxx, deducendo due motivi. 2.1. [...] . 2.2. Con un secondo motivo deduce la violazione di legge ed il vizio di motivazione in relazione all'esclusione dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità di cui all'art. 219, u.c., I.f., sulla base dell'importo del passivo fallimentare, e non del valore dei beni sottratti alla garanzia patrimoniale; nel caso in esame, l'unica distrazione residua sarebbe quella della Fiat Cinquecento per un importo di C 6.500,00.*

*CONSIDERATO IN DIRITTO 1. Il ricorso è fondato limitatamente al secondo motivo. [...] Il motivo concernente il diniego dell'attenuante speciale del danno di speciale tenuità è invece fondato. La Corte territoriale ha infatti negato l'attenuante di cui all'art. 219, u.c., I.f., in quanto il passivo fallimentare accertato era pari ad quasi 1,5 milioni di euro, sostenendo, dunque, che il parametro per la valutazione della speciale tenuità vada individuato nell'entità del passivo, non già nell'importo della distrazione. La motivazione è, tuttavia, erronea, in quanto non deve aversi riguardo al danno causato dal fallimento (che non costituisce illecito penale), ma al danno derivato dal fatto di bancarotta; la valutazione deve, dunque, essere fatta con riferimento alla diminuzione patrimoniale determinata dall'azione del reo in danno dei creditori al momento della consumazione del reato, e non all'entità del passivo. In tal senso, la giurisprudenza di questa Corte ha affermato che il giudizio relativo alla particolare tenuità del fatto deve essere posto in relazione alla diminuzione, non percentuale ma globale, che il comportamento del fallito ha provocato alla massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto ove non si fossero verificati gli illeciti (Sez. 5, n. 13285 del 18/01/2013, Pastorello, Rv. 255063; Sez. 5, n. 12330 del 02/11/2017, dep. 2018, Di Niso, Rv. 272663), ed è configurabile quando il danno arrecato ai creditori è particolarmente tenue o manca del tutto (Sez. 5, n. 20695 del 29/01/2016, Chiti, Rv. 267147; Sez. 5, n. 17351 del 02/03/2015, Pierini, Rv. 263676). Ne consegue che la sentenza impugnata va annullata limitatamente all'attenuante di cui all'art. 219, ultimo comma, legge fallimentare, con rinvio per nuovo esame sul punto ad altra sezione della Corte di Appello di Milano. [...]*

*P.Q.M. Annulla la sentenza impugnata limitatamente all'attenuante di cui all'art. 219, ultimo comma, legge fallimentare, con rinvio per nuovo*

*esame sul punto ad altra sezione della Corte di Appello di Milano. Dichiarata inammissibile nel resto il ricorso. Così deciso in Roma il 26/11/2019*

Ciò che l'ordinamento premia è dunque la modesta entità del valore dei beni dell'impresa distratti dall'imprenditore resosi colpevole dei reati fallimentari, e in particolare di bancarotta patrimoniale; sarebbe pertanto incongruente e illogico porre in relazione quantità tra loro eterogenee per giudicare la condotta del debitore, quantificando il danno in base all'entità non di quanto sottratto al soddisfacimento dei creditori, bensì in funzione di quanto doveva esser loro dato.

#### *5.4.3. L'entità del danno. Focus sul concetto di "speciale tenuità"*

In tema di quantificazione del danno si riscontra anzitutto la totale assenza di parametri normativi utili a stabilire quale sia la misura che esso deve assumere affinché possa considerarsi di "speciale tenuità".

A questo riguardo, è necessario premettere che *il danno rilevante nella fattispecie in esame è quello cagionato non già dall'apertura della liquidazione giudiziaria (ex fallimento), bensì dallo specifico reato fallimentare commesso dal debitore con la distrazione.*

Deve pertanto sussistere una connessione tra quanto il debitore abbia sottratto alla massa attiva e il danno che precisamente a causa di questa sottrazione abbiano subito i creditori sociali.

Tanto premesso, si reputa che la quantificazione del danno non venga sempre a coincidere con il valore della distrazione.

Da un lato infatti è quasi sempre vero che, in presenza di distrazioni modeste, appunto di speciale tenuità, difficilmente possa ipotizzarsi che la massa dei creditori abbia patito, invece, un danno di rilevante entità. Ove la distrazione riguardi, ad esempio, poche migliaia di Euro, valutare che il danno provocato ai creditori da questa riduzione dell'attivo d'impresa non si potrà che valutare di speciale tenuità.

Dall'altro, invece, la conclusione non è sempre così netta in presenza di distrazioni non minime, laddove, a dispetto di esse, l'attivo patrimoniale che residua a favore della massa dei creditori sia comunque abbondante.

Ricondotto quindi il problema alla sua sostanza, si tratta ora di stabilire, su queste basi, quale sia l'ammontare della speciale tenuità.

Al solo fine di rappresentare una misura esemplificativa del danno di speciale tenuità, si consideri che la Corte di Cassazione, con sentenza n. 8997, del 26 ottobre 2017 ha giudicato che distrazioni complessive di Euro 22.546

(sottrazione di merce per Euro 14.000 e prelievi di denaro per euro 8.546) “non possono certo essere definite di lieve entità”.

A tale scopo, è necessario innanzitutto premettere che, ai fini della riduzione della pena, l'entità della distrazione deve risultare tenue, non tanto in sé, quanto piuttosto rispetto ai creditori; in altri termini ciò che deve essere tenue è il danno cagionato ai creditori per effetto della distrazione.

Questo premesso, si pone il problema di comprendere se sia confacente stabilire (a) una misura fissa e valida in ogni caso, oltre la quale la distrazione non possa considerarsi lieve, oppure (b) una misura variabile, che tenga conto di fattori ulteriori riferiti all'impresa, quali la sua dimensione, il movimento degli affari, la dimensione dell'attivo e del passivo, etc.

L'opzione *sub* (a) pone evidentemente il problema della determinazione del valore massimo della distrazione, mentre l'alternativa *sub* (b) rende impossibile la fissazione *ex lege* del medesimo valore massimo, richiedendo invece che la valutazione, da effettuarsi caso per caso, venga rimessa al giudice.

A questo proposito, si considera preferibile la soluzione (b). Occorre infatti considerare la *ratio* della disposizione che consiste nel concedere una misura premiale al debitore che pur essendosi reso colpevole di un reato abbia cagionato un danno lieve ai creditori, e abbia quindi posto in essere una condotta poco offensiva.

Per esemplificare, a fronte di una distrazione del valore di Euro 10.000, parrebbe conforme allo spirito della norma concedere la riduzione della pena al debitore dotato di dimensioni e attivi rilevanti, rispetto ai quali la distrazione rappresenti un valore irrisorio, poiché, in presenza di residui patrimoniali significativi, il danno sofferto dalla massa dei creditori potrebbe risultare lieve. A parità di distrazione, invece, la medesima riduzione non sarebbe da concedere al debitore di dimensioni inferiori, per il quale la distrazione rappresenti la quasi totalità del patrimonio, posto che, in tale ipotesi, non può considerarsi lieve il danno cagionato ai creditori che si siano visti sottrarre l'intera massa attiva.

Rimane infine da considerare il problema connesso alla determinazione del valore della distrazione, posto che, al variare delle fattispecie, tale determinazione potrebbe comportare valutazioni connotate da diversi gradi di complessità.

A titolo esemplificativo, la valutazione appare meno difficoltosa in relazione al denaro, il cui valore nominale rappresenta una misura predeterminata, per la quale non si rendono necessarie estimazioni soggettive.

Possono d'altro canto sussistere situazioni, specialmente connesse alla valutazione di beni mobili e immobili, nelle quali invece la determinazione

del valore, ai fini della commisurazione del danno di speciale tenuità, richiede l'applicazione di procedimenti di misurazione più o meno complessi.

In relazione a tale problema, si valuta qui adatto fare riferimento al valore di mercato del bene distratto, così come determinato al momento della commissione del reato, a nulla rilevando né il suo costo di acquisto, né l'eventuale diverso valore assunto successivamente alla consumazione del reato.

## **5.5. Determinazione del danno in sede civilistica: le metodologie di riferimento**

Le modalità di calcolo del danno da risarcire in sede civilistica sono disciplinate dall'art. 378 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza dal titolo *Responsabilità degli amministratori*; tale articolo modifica il contenuto degli artt. 2476 e 2486 del codice civile, ed in particolare, nel comma 2 definisce i criteri da adottare per la *Determinazione del danno*, nel caso di mancato rispetto dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale. In particolare, in tale comma si prevede che:

*“All'articolo 2486 del codice civile dopo il secondo comma è aggiunto il seguente: «Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura».*

Dall'analisi del contenuto di tale disposizione normativa emerge che, nel caso di accertata responsabilità degli amministratori, anche prescindendo dalla dimostrazione della correlazione esistente (nesso causale) tra il loro comportamento ed il danno arrecato alla società ed ai creditori sociali, si possa fare ricorso a tre differenti approcci da adottare per il calcolo del danno da risarcire.

a) *Approccio “integrale”*.

Il *primo approccio*, qui di seguito definito anche “*integrale*”, considera il danno come corrispondente alla differenza tra l’entità di due patrimoni netti riferiti, rispettivamente, alla data di verifica della causa di scioglimento e alla data di apertura della procedura concorsuale (o di cessazione dell’amministratore dalla carica), al netto degli importi di alcuni costi normalmente imputabili alla liquidazione per tale motivo lo stesso corrisponde sostanzialmente al modello definito in dottrina come metodo *dei netti patrimoniali o della perdita incrementale*.

b) *Approccio “semplificato”*

Il *secondo approccio*, da noi definito “*semplificato*”, può essere utilizzato, in alternativa all’approccio integrale, solo nei casi in cui sia stata avviata una procedura concorsuale e l’assenza di dati contabili ritenuti affidabili e completi o altre motivazioni (non definite dal legislatore) non consentano di determinare le grandezze patrimoniali poste alla base del modello di calcolo del danno descritto al punto precedente e da noi definito integrale. L’approccio semplificato, infatti, parte dalla assenza di dati contabili considerati affidabili (imputabile alla responsabilità degli amministratori) o ad altre cause ed aderendo ad alcune posizioni giurisprudenziali che suggeriscono tale metodologia al fine della determinazione in via equitativa del danno, fa corrispondere la quantificazione dello stesso danno alla semplice differenza tra attivo e passivo *accertati nella procedura*. Per tale motivo l’approccio qui considerato, che corrisponde, sostanzialmente, alla metodologia definita da alcuni come del “*deficit fallimentare*”, semplifica ed amplifica notevolmente il calcolo del danno che, in questa ipotesi, viene determinato in maniera oggettiva sulla base di valori recenti, frutto di elementi e documenti oggettivamente accertati nell’ambito di un procedimento giudiziale, quale la procedura fallimentare, prescindendo del tutto dai valori del patrimonio aziendale ante procedura fallimentare. Non a caso tale approccio è stato ritenuto dalla giurisprudenza come il più corretto, ai fini della determinazione del danno, in base a criteri equitativi.

c) *Approccio di tipo “parziale”*

Oltre ai due descritti, che rappresentano gli estremi dei modelli di determinazione del danno, possono però essere rinvenute alcune metodologie di calcolo differenti. Queste ultime rappresentano fattispecie, che trovano la loro origine nelle prassi operative in cui agli amministratori vengono contestati gli effetti di singole operazioni o di gruppi di operazioni e che, per tale

motivo, verranno da noi definite, per semplicità classificatoria e per agevolare la descrizione, come *approcci di tipo "parziale"*.

## 5.6. Un confronto tra gli approcci possibili

Va, innanzitutto, premesso che, dalla analisi del dettato normativo, non sembra potersi evincere la prevalenza di un approccio su un altro e che anzi, sembra quasi che - fatta salva la condizione per la applicazione dell'approccio *semplificato* (che, comunque, come vedremo, nel caso di apertura di una procedura concorsuale può essere facilmente presunta) - la scelta del modello da adottare per la stima del danno spetti, in prima battuta, al soggetto che avvia la azione di responsabilità verso gli amministratori. Compete infatti a quest'ultimo dimostrare, anche in via presuntiva, l'esistenza e l'entità del danno di cui gli amministratori vengono considerati responsabili. Quest'ultimo, infatti, potrebbe decidere di ricorrere, per questioni di economia processuale, direttamente al metodo parziale, senza verificare se sussistano le condizioni per applicare il metodo integrale o semplificato. Come previsto dal legislatore, resta salva la possibilità di pervenire ad una diversa quantificazione del danno che dovrà essere effettuata sulla base degli elementi che emergono nel corso del giudizio, nei limiti del *petitum* da parte attrice.

Ciò detto, non si può negare che l'approccio che segue la logica di determinazione del danno più completa e metodologicamente corretta risulta, senza dubbio, essere il primo ossia il metodo di quantificazione integrale, anche se la adozione di modelli alternativi, di tipo *semplificato* o *parziale* può risultare, per i motivi in parte indicati e nel dettaglio di seguito descritti, più agevole e conveniente per chi agisce al fine di vedersi risarcito il danno subito, quale conseguenza del comportamento inadeguato degli amministratori.

Viste tali premesse, occorre far presente che i vari modelli di calcolo del danno suggeriti dal legislatore del codice della crisi partono da due fondamentali assunti.

Il primo di tali assunti attiene alla *possibilità di giungere, in ogni caso, alla determinazione del danno*, anche nei casi in cui l'azione di risarcimento viene proposta da parte un soggetto che risulta esterno alla società e che agisce senza disporre di dati contabili di dettaglio ritenuti adeguati. Infatti, nella fattispecie in esame, la disponibilità e affidabilità dei dati che consentono di giungere a determinare i patrimoni netti su cui si basa l'approccio di calcolo del danno tipico del *metodo integrale* dipende, spesso, dal comportamento seguito dagli stessi amministratori, che rappresentano i soggetti ai quali il danno viene contestato. In pratica, per evitare che comportamenti scorretti



da parte degli amministratori nella produzione e conservazione dei dati contabili necessari per determinare il valore dei patrimoni netti su cui si basa il “*metodo integrale*”, possa, in qualsiasi modo, tradursi in un vantaggio per gli stessi amministratori o in un ostacolo per il soggetto che propone l’azione di responsabilità, il legislatore ha ipotizzato la adozione di metodologie alternative che dovrebbero risultare, innanzitutto, più agevoli nella proposizione e/o convenienti nei risultati per gli attori delle cause di responsabilità verso gli amministratori.

Il secondo assunto attiene al presupposto per il quale *il solo ritardo nella apertura di una procedura concorsuale (o anche di una procedura liquidatoria* che, con la nomina dei liquidatori, porta alla cessazione degli amministratori ed alla limitazione degli atti di gestione che devono seguire una logica conservativa e realizzativa) si traduca in una indebita prosecuzione dell’attività di gestione di una impresa che ha perso le proprie condizioni di equilibrio la quale, quasi sempre (a volte anche a seguito di comportamenti non corretti adottati dagli amministratori che, in questi casi, spesso effettuano scelte imprudenti e/o pongono in essere operazioni azzardate), genera un depauperamento delle consistenze patrimoniali della società, che comporta di per sé la emersione di un danno per i creditori sociali. Infatti, il modello adottato dal legislatore del codice della crisi presume che gli atti di gestione posti in essere dagli amministratori nel periodo che va dal verificarsi della causa di scioglimento, fino alla data di apertura della procedura concorsuale (o di cessazione dell’amministratore dalla carica), consentendo la prosecuzione di una attività che distrugge ricchezza, comportano comunque una riduzione delle dotazioni patrimoniali dell’impresa che, a seconda dei casi, si traducono in una riduzione dell’attivo realizzabile e/o un aumento dei debiti da pagare, che caratterizzano il cosiddetto “*deficit concorsuale*” di cui l’amministratore è chiamato a rispondere.

Per i motivi sopra riportati, il ricorso alla seconda metodologia di calcolo del danno, da noi definita “*semplificata*”, che, come detto, presuppone la apertura di una procedura concorsuale e punisce un comportamento inadeguato da parte degli amministratori facendo coincidere il danno presupposto con il cosiddetto “*deficit fallimentare*”, dovrebbe rappresentare, nella quasi totalità dei casi, la strada meno conveniente per l’amministratore. La stessa risulterà, invece, quella più conveniente per il gestore della procedura (o anche il creditore che, ove possibile, decida di attivare autonomamente la azione di responsabilità) attribuendo automaticamente alla responsabilità degli amministratori tutte le differenze tra attivo realizzato e passivo accertato emerse nel corso della procedura concorsuale. In questo caso, infatti, prescindendo dalla stima degli effetti prodotti dagli atti di gestione posti in es-

sere, si valuta che gli amministratori siano responsabili *tout court* del deficit patrimoniale “accertato” nel corso della procedura<sup>13</sup>, indipendentemente dalle scelte realizzative del curatore e dagli effetti prodotti sul passivo fallimentare dalla fase di accertamento giudiziale del passivo.

Per i motivi sopraesposti, a parità di condizioni, la adozione di un approccio di tipo *semplificato*, non considerando nella stima del danno il valore del patrimonio netto iniziale, né consentendo la deduzione dei normali costi della liquidazione, porta a determinare un danno di importo superiore a quello a cui si sarebbe pervenuti applicando il primo modello di stima che abbiamo precedentemente definito “*integrale*”.

Si ripete come tale scelta rappresenta una forma di sanzione nei confronti degli amministratori delle società sottoposte a procedure concorsuali e consente comunque di giungere ad una quantificazione del danno, anche in assenza di dati contabili completi o ritenuti affidabili.

A ben vedere, anche la terza categoria di approcci utilizzabili per il calcolo del danno, da noi definiti, *parziali* (tra cui possono, ad esempio, essere ricondotte le metodologie che legano la quantificazione del danno risarcibile alla realizzazione di singole operazioni o gruppi di operazioni che generano effetti economici negativi), costituisce una semplificazione ammessa a tutto beneficio del soggetto che attiva le azioni di risarcimento. In questo caso, infatti, si predilige la adozione di un modello di quantificazione del danno di tipo parziale, che si limita a considerare solo gli effetti negativi prodotti da alcune operazioni riferite agli amministratori, con un onere probativo per la stima del danno posto a carico degli istanti, che risulta certamente inferiore rispetto a quello necessario per potere applicare la metodologia da noi definita *integrale*.

È evidente che in questa fattispecie la misurazione del danno (e la stessa prova della sua esistenza) resta limitata agli effetti economici delle sole operazioni contestate agli amministratori per le quali, a differenza di quanto previsto nel modello integrale e semplificato, si dovrà dimostrare, mediante la prova dell’esistenza del nesso di causalità, la effettiva dannosità.

Da quanto appena affermato discende una seconda importante conseguenza, che attiene alla possibilità, concessa ai convenuti, di opporre ad un soggetto che ha agito nei loro confronti per il risarcimento del danno calcolato in base al modello semplificato o uno dei modelli da noi definiti parziali, la applicazione del modello “*integrale*” che, considerando la differenza tra i valori del patrimonio netto iniziale e di quello finale e considerando a riduzione del danno i costi sostenuti e da sostenere, determinati secondo un cri-

<sup>13</sup> Tale concetto dovrà essere ulteriormente specificato sul piano tecnico.

terio di normalità, porti eventualmente a dimostrare l'esistenza di un danno inferiore o, addirittura, inesistente<sup>14</sup>.

Partendo da tali premesse, va evidenziato come la quantificazione del danno realizzata ricorrendo al modello integrale, basato sulle differenze tra patrimoni netti, presenta indubbiamente alcuni innegabili vantaggi sul piano metodologico, ma comporta anche una serie non trascurabile di complicazioni sul piano operativo, legate soprattutto ad alcuni aspetti di carattere tecnico-contabile.

Innanzitutto, va detto come, sul piano concettuale, tale modello appare certamente frutto di un approccio di tipo sistematico alla stima del danno, che consente di includere nel processo di quantificazione del valore oggetto di risarcimento tutti i risultati prodotti dagli atti di gestione del periodo successivo al verificarsi della causa di scioglimento della società, fino alla data di apertura della procedura concorsuale (o di cessazione dell'amministratore dalla carica, se antecedente) e, per tale motivo, risulta certamente, dal punto di vista metodologico, il più valido per lo studioso di scienze aziendali.

Tale modello, infatti, parte dal presupposto che gli amministratori siano da considerarsi responsabili degli effetti prodotti dalla illecita prosecuzione dell'attività aziendale, anche dopo che si sia verificata una causa di scioglimento e, coerentemente, così come lo stesso riconduce alla responsabilità degli amministratori tutti i risultati economici negativi degli atti di gestione, oltre alle altre fattispecie che comportano riduzione delle consistenze patrimoniali della società, consente anche di tenere conto degli eventuali effetti positivi che la prosecuzione dell'attività aziendale in condizioni di normale funzionamento, può avere generato sulla dotazione di patrimonio netto della società, successivamente al momento in cui la causa di scioglimento si è verificata (tra questi vanno inclusi sia gli eventuali risultati economici positivi prodotti nel periodo considerato, sia eventuali incrementi delle dotazioni patrimoniali della società in tale periodo intervenuti)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Va anche fatto presente che, in questa ipotesi, ricorrendo al principio che ammette la prova contraria, sia possibile che gli stessi amministratori (o gli altri soggetti con essi solidalmente responsabili) possano fare ricorso a parziale riduzione del danno ad essi imputabile, al modello integrale; ciò fa emergere un ulteriore problema, connesso alla eventuale differenza esistente tra i valori (di funzionamento) contenuti all'interno delle situazioni contabili predisposte dagli amministratori ed i valori (di liquidazione) utilizzati dagli stessi per la applicazione di tale metodologia. Infatti, nel caso in cui tali valori dovessero divergere, potrebbero emergere ulteriori responsabilità per gli stessi amministratori, che potrebbero coinvolgere anche la sfera della responsabilità penale.

<sup>15</sup> Resta da meglio riflettere su come, nel caso di specie, vada considerata la fattispecie per la quale nel periodo post verificaione della causa di scioglimento i soci hanno provveduto ad effettuare eventuali conferimenti nel capitale della impresa, in questa ultima ipotesi si ritiene che il versamento dei soci post verificaione di causa discioglimento (ove correttamente per-

Ciò non di meno, occorre considerare che, perché il modello da noi definito “*integrale o dei patrimoni netti differenziali*” possa essere correttamente applicato, diviene necessario individuare in maniera chiara, sul piano metodologico, ma anche su quello operativo, le modalità di quantificazione delle tre grandezze che vengono utilizzate per la stima del danno. Queste ultime risultano essere:

- a) il valore del *patrimonio netto alla data di verificaione della causa di scioglimento*, che possiamo definire anche *patrimonio netto iniziale*;
- b) il valore del *patrimonio netto alla data di apertura della procedura o alla data di cessazione dalla carica degli amministratori*, che possiamo anche definire *patrimonio netto finale*;
- c) l'importo dei *costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione*.

Premesso che la stima del valore del patrimonio netto dovrebbe essere frutto di una valutazione sistematica e non certo di una mera estrazione dai sottosistemi contabili di una situazione dei conti alla data di riferimento, in relazione al primo di tali aspetti, relativo alla determinazione del *patrimonio netto iniziale*, riferito alla data di verificaione della causa di scioglimento, occorre definire, innanzitutto, quale sia il momento in cui tale fattispecie venga a verificarsi (individuando anche quali possano essere le situazioni che portano concretamente a configurare la causa di scioglimento).

Successivamente occorrerà stabilire la tipologia di documento amministrativo-contabile da cui sarà possibile far emergere il valore del patrimonio netto alla data di verifica della causa di scioglimento (considerando che non sempre esistono situazioni patrimoniali redatte a tale data, ma possono esistere eventualmente documenti contabili riferiti a date prossime)<sup>16</sup>.

fezionatosi), comporta la riduzione del danno contestabile agli amministratori in applicazione del metodo integrale. Tale fattispecie forse non è opponibile ai soci che hanno effettuato il versamento, laddove gli stessi dovessero agire direttamente dimostrando che, nella consapevolezza della situazione di scioglimento, non avrebbero proceduto ad effettuare tale versamento che rappresenta, quindi, una componente del danno dagli stessi soci patito.

<sup>16</sup> A riguardo si fa presente che, fino ad ora la individuazione della intervenuta causa di scioglimento, soprattutto nel caso di mancato rispetto dei vincoli in termini di capitale minimo, si lega, quasi sempre, alla presenza di situazioni periodiche annuali dalle quali emerge la riduzione del capitale, e solo in pochi rari casi alla presenza di situazioni infrannuali che risultano assai rari. Invece, la attivazione dei meccanismi di allerta della crisi dovrebbe, in prospettiva, portare a redigere situazioni periodiche infrannuali, che potrebbero certamente agevolare nel reperimento di elementi atti a determinare le attività e passività che concorrono a formare il valore del patrimonio netto aziendale alla data di verificaione della causa di scioglimento.

Infine, in questi casi, occorrerà definire chiaramente i criteri con cui il patrimonio netto iniziale dovrà essere determinato, definendo anche quali elementi vengono considerati disponibili e quali condizioni si devono verificare, perché si possa procedere al calcolo di tale grandezza. Ad esempio, occorre chiarire se, in presenza di una contabilità regolarmente tenuta e di una situazione patrimoniale completa, redatta con criteri di continuità, la stessa possa essere valutata utile quale base da cui partire per la determinazione del valore del patrimonio netto iniziale prevista dal metodo integrale.

Analogamente, in relazione alla determinazione del valore del *patrimonio netto finale*, calcolato alla data di apertura della procedura (o alla data di cessazione degli amministratori dalla carica), anche se in questo caso il processo di quantificazione del valore del patrimonio netto presenta, forse, minori incertezze in relazione alla data di riferimento da adottare per la stima (che appare, in qualche modo, definita o comunque definibile con gradi di incertezza certamente inferiori a quelli della situazione patrimoniale iniziale). Appare indispensabile che venga stabilito, anche qui, a quali documenti di natura tecnico-contabile fare riferimento e, soprattutto, di quali elementi si deve tenere conto ai fini della stima del valore del patrimonio netto finale.

A riguardo, ci sembra di potere affermare in via generale che *essendosi, in ambedue i casi soprari-chiamati, già verificata una causa di scioglimento, i criteri a cui fare riferimento per determinare il patrimonio netto iniziale e finale non possano che essere rappresentati da criteri liquidatori*, con la conseguente considerazione, nell'ambito dei valori patrimoniali attivi e passivi, delle eventuali rettifiche di valore che, inevitabilmente, emergono nel passaggio da criteri di continuità a criteri liquidatori: questi potranno anche includere alcuni dei costi di liquidazione richiamati al punto c) della classificazione proposta in precedenza.

Ad ulteriore rafforzamento della assoluta necessità di giungere a definire chiaramente i criteri da adottare per la stima del valore del patrimonio netto iniziale e finale nel caso di ricorso al metodo integrale (o dei patrimoni netti differenziali), occorre considerare che, pur assumendo che tali aggregati devono essere determinati in base a criteri liquidatori, la esperienza insegna che spesso il grado di prudenza applicabile nella determinazione dei valori di realizzo delle attività e di estinzione delle passività in logica liquidatoria, non porta sempre a fare emergere risultati univoci, con la conseguenze che, in questi casi, anche la misura del danno rischierebbe di essere tutt'altro che certa.

Partendo da tale premessa, al fine di evitare di incorrere in equivoci interpretativi nella applicazione della norma, occorrerebbe innanzitutto definire con certezza se la determinazione del valore del patrimonio netto finale alla

data di apertura della procedura considerata nel modello integrale coincida, o in quale modo differisca, dalla *differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura* richiamata dal legislatore in relazione al cosiddetto *modello semplificato* (o del deficit fallimentare)<sup>17</sup>. Infatti, nel caso di coincidenza di tali valori la applicazione del metodo integrale comporterebbe, a differenza del modello semplificato, il vantaggio di potere portare a riduzione del danno il valore del patrimonio netto iniziale negativo<sup>18</sup> e i costi di liquidazione determinati in base ad un criterio di normalità.

Infine, come detto, nella applicazione del modello integrale occorrerà anche considerare che alcuni degli elementi che possono portare a giustificare le differenze tra (maggiori) valori patrimoniali determinati applicando i criteri di continuità e (minori) valori patrimoniali determinati applicando criteri liquidatori, possono anche rientrare all'interno della categoria dei *costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento* e fino al compimento della liquidazione. Pertanto, al fine di evitare possibili omissioni o duplicazioni, tali costi andranno correttamente individuati e considerati in fase di determinazione del patri-

<sup>17</sup> Si tiene in proposito a fare presente che la determinazione del patrimonio netto alla data di apertura della procedura presuppone di considerare gli elementi presenti all'interno della documentazione della procedura che sono disponibili alla data in cui la stima del valore del patrimonio netto viene effettuata o riferibili alla data di apertura della procedura, anche se acquisiti successivamente, quali ad esempio il valore attribuito ai beni inventariati (tenendo anche conto della stima del valore di realizzo degli stessi effettuata dall'esperto incaricato) o alle attività realizzabili (reperibile, ad esempio, dal programma di liquidazione depositato dal curatore) e/o il valore delle passività riscontrate dal curatore o dal liquidatore (non necessariamente solo attraverso il processo di verifica giudiziale del passivo); appare evidente che tali importi andranno integrati con alcuni elementi relativi, ad esempio, alla stima dei costi della procedura che potranno anche essere considerati tra i costi da sostenere da portare a rettifica dell'importo del danno nel metodo integrale. Invece, sembra di potersi affermare che il richiamo alla differenza tra valori dell'attivo e del passivo prevista dal modello semplificato che, come noto non considera separatamente a rettifica del danno i costi di liquidazione, faccia tipicamente riferimento agli elementi emersi *ex post* nel corso della procedura, ove per il valore delle passività sembra evidente il riferimento al passivo accertato in sede concorsuale. In questa ultima ipotesi la scelta di ricorrere ad un modello che fa prevalere l'interesse dell'attore su quello del convenuto appare coerente con la adozione di un approccio che tende a massimizzare il valore del danno imputato agli amministratori che hanno sottratto o tenuto in maniera inadeguata le scritture contabili della società. Inoltre, in questi casi i costi della procedura possono essere assimilati ai costi della liquidazione; per tale motivo, ad avviso degli scriventi, non andrebbero considerati nel computo del danno, anche applicando il modello semplificato.

<sup>18</sup> Si fa presente a riguardo che, trattandosi di ipotesi in cui la causa di scioglimento si è verificata, nel caso di specie, potrebbe accadere che il patrimonio netto iniziale assuma un valore negativo, con conseguente effetto riduttivo sull'importo del danno accertato in base al metodo integrale.

monio netto iniziale e finale e, solo se non già inclusi nel calcolo di tali aggregati, dovranno essere separatamente evidenziati e portati a rettifica del valore differenziale dei patrimoni netti a riduzione del danno risarcibile.

Un ulteriore elemento, che andrebbe definito sul piano della tecnica aziendale, attiene alle condizioni in cui è possibile il rinvio all'applicazione del modello semplificato, in particolare, nei casi in cui non si giudica possibile determinare i valori dei netti patrimoniali che sono alla base della applicazione del modello *integrale*. In questa fattispecie, infatti, la scelta della adozione del modello semplificato potrebbe risultare più penalizzante per gli amministratori, indipendentemente dalla presenza di comportamenti scorretti a questi ultimi attribuibili. Laddove questa particolare situazione dovesse verificarsi, resta ancora una volta aperta per gli amministratori, nei limiti sopra indicati, la possibilità di fornire la prova del contrario, determinando il minor valore del danno che sarebbe emerso applicando il metodo integrale. A ben vedere tale strada appare percorribile solo qualora vengano chiaramente definite le condizioni in cui il ricorso al modello integrale risulta possibile e le sue risultanze appaiono preferibili sul piano della corretta applicazione della tecnica economico aziendale, soprattutto evitando che dalla applicazione dello stesso possano emergere ulteriori contestazioni a carico degli amministratori.

## **5.7. Approccio “integrale”: la situazione patrimoniale iniziale**

Come è stato già anticipato nel precedente paragrafo la norma novellata ha introdotto una prescrizione che, rispetto alla prassi odiernamente adottata, intenderebbe consentire, a coloro che sono chiamati a rispondere del danno patrimoniale eventualmente cagionato all'impresa, di poter individuare quest'ultimo in maniera puntuale, o secondo un approccio, come sempre sopra definito, “*integrale*”.

A parere di chi scrive, la norma così come da ultimo modificata, in realtà, non fornisce strumenti diversi da quelli precedentemente utilizzabili a chi avesse voluto dimostrare di aver operato in maniera prudente e coerente; esempio evidente è la circostanza che laddove l'amministratore abbia operato conformemente ai principi di sana gestione il danno dovrebbe risultare pari a zero, in quanto il *patrimonio netto iniziale* verrebbe a coincidere con il *patrimonio netto finale*, risultando le due grandezze entrambe stimate alla data di apertura della procedura in tanto quanto la causa di scioglimento coinciderebbe con la data di apertura della novellata liquidazione giudiziale o controllata.

Non solo, sebbene quello sin qui delineato rappresenta il quadro teorico/normativo di riferimento, la prassi pare suggerire che le fattispecie che si presentano agli operatori della crisi di impresa, in generale, e agli studiosi di economia d'azienda in particolare, siano riconducibili sempre ad una gestione patologica dell'impresa rispetto all'insorgenza della causa di scioglimento che, quasi mai, viene rese manifesta con le modalità indicate dalla Legge.

E, infatti, le novellate disposizioni in materia di danno e relative alla sua conseguente individuazione andrebbero più compiutamente riguardate alla luce della complessiva "regola" (art. 2486 c.c.) fissata quale "potere degli amministratori", soprattutto per ciò che concerne la disposizione riguardante l'eventuale ripristino del capitale sociale divenuto inferiore ai minimi di Legge.

Nello specifico, l'art. 2486 c.c. prescrive che "*al verificarsi di una causa di scioglimento ... gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*" (co. 1), chiarendo ulteriormente, al co. 2, che gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali e ai terzi, per atti ed omissioni compiuti in violazione del precedente comma.

Sul punto, quello che pare abbia inteso modificare, o comunque integrare, il Legislatore, attiene alla possibilità da parte degli amministratori, eventualmente chiamati a risarcire il danno cagionato nella misura pari a quella individuata all'art. 2476 c.c. co.6 – una volta provata la loro responsabilità - di dimostrare che il danno loro ascritto non si sia prodotto nella predetta misura.

Se questo è, solo la modalità individuata come "*integrale*" dagli scriventi potrà consentire di determinare l'eventuale entità del danno in una misura tale che quasi certamente risulterà inferiore a quelle eventualmente stimate secondo i criteri individuati come "*semplificato*" o "*parziale*"<sup>19</sup>.

E sebbene questo paradigma, sotto il profilo teorico, sia certamente quello più confacente alle ipotizzate utilità degli amministratori, in questa sede occorre rappresentare come lo stesso, però, presenti particolari difficoltà di ca-

<sup>19</sup> In questo passaggio appare ridondante rappresentare perché le altre modalità di stima del danno conducano, secondo i criteri applicabili, ad un importo certamente superiore a quello stimabile con il metodo "*integrale*". Basta solo tenere in debita considerazione che i criteri di individuazione del patrimonio netto dovranno essere improntati a quelli di liquidazione, anche per la ovvia necessità di poter confrontare il *patrimonio netto iniziale* con il *patrimonio netto finale*, quest'ultimo certamente determinato con criteri di liquidazione. E non è infrequente che la valutazione atomistica e nell'ottica liquidatoria delle componenti attive sicuramente, ma anche quelle passive possa condurre ad una valutazione "corrente" superiore a quella individuata secondo criteri di continuità.



rattere applicativo, in particolar modo per quel che riguarda, come *supra* anticipato l'individuazione del c.d. *patrimonio netto iniziale*.

Ed infatti, per questo profilo, il dettato normativo fornisce uno spunto piuttosto generico rispetto alla necessità della puntuale individuazione del *dies a quo*, ovvero la genesi temporale dell'evento dannoso, soprattutto tenendo conto della casistica, rilevabile nella prassi, che conduce ad esperire le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.

In particolare, la locuzione "... *il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484<sup>20</sup> ...*" sembrerebbe indicare un momento preciso, o comunque facilmente individuabile; tuttavia, se per i primi cinque casi indicati dall'articolo in discussione gli effetti dello scioglimento si verificano dalla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa, mentre nel sesto caso dalla iscrizione della delibera nel registro delle imprese, le restanti possibilità, che peraltro rappresentano, nella prassi, la quasi totalità dei casi di scioglimento non dichiarato, risultano difficilmente individuabili in via univoca in quanto sono quasi sempre ascrivibili ad una condotta degli amministratori di natura, nella migliore ipotesi, di tipo colposa, se non dolosa; e per questo possono prestarsi a diverse interpretazioni del momento genetico del danno, laddove questo non

<sup>20</sup> Art. 2484 c.c. *Cause di scioglimento*

1. *Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono:*
  - 1) *per il decorso del termine;*
  - 2) *per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie;*
  - 3) *per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea;*
  - 4) *per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter;*
  - 5) *nelle ipotesi previste dagli articoli 2437-quater e 2473;*
  - 6) *per deliberazione dell'assemblea;*
  - 7) *per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto.*
- 7-bis) *per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e della liquidazione controllata.*
2. *La società, inoltre, si scioglie per le altre cause previste dalla legge; in queste ipotesi le disposizioni dei seguenti articoli si applicano in quanto compatibili.*
3. *Gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1), 2), 3), 4) e 5) del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa e, nell'ipotesi prevista dal numero 6) del medesimo comma, alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione.*
4. *Quando l'atto costitutivo o lo statuto prevedono altre cause di scioglimento, essi devono determinare la competenza a deciderle od accertarle, e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari di cui al precedente comma.*

sia stato, al momento dell'insorgenza, reso manifesto con l'adozione delle tutele del caso, come prevedrebbe una sana e prudente gestione.

La norma, in particolare, prevede che laddove il capitale sociale si riduca al di sotto del minimo legale possano essere adottate due soluzioni alternative:

- la ricapitalizzazione della società;
- la messa in liquidazione della società (attesa la circostanza che il venir meno del capitale costituisce una causa di scioglimento).

Ciò posto, l'analisi empirica della casistica riguardante le azioni di responsabilità nell'ambito delle procedure concorsuali mostra come assai frequentemente gli amministratori non tengano conto delle due alternative sopra individuate, e questo perché:

- a) in molte occasioni la ricapitalizzazione implicherebbe la necessità di conferire nuove risorse che i soci possono non essere in grado di versare, oppure che non hanno intenzione di mettere a disposizione;
- b) la messa in liquidazione della società comporterebbe l'accertamento della cessazione dell'attività imprenditoriale.

Per questi motivi, in molte occasioni, gli amministratori si determinano a seguire una via del tutto illegittima che, nonostante l'assenza di capitale, li spinge a continuare a gestire l'impresa fin tanto che l'ammontare del passivo diviene ingestibile e si perviene ad una insolvenza conclamata, con conseguente emersione di ulteriori perdite che aggravano la situazione del patrimonio netto all'atto dell'accertamento dello stato di insolvenza.

Del ché, una volta accertata la sussistenza di condotte degli amministratori si tratta di quantificare il danno che la società ha subito.

Circa le modalità di individuazione del danno, anche in questo caso, la prassi professionale ha evidenziato come, in parecchi casi, risulti difficile identificare una grandezza "puntuale", soprattutto in quelle circostanze in cui mancano le scritture contabili oppure sia passato molto tempo tra il momento in cui, in maniera sostanziale, il patrimonio netto sia divenuto negativo, e l'apertura di una procedura concorsuale.

Tali risultanze, peraltro, derivano dalla giurisprudenza che pure si è formata sul tema, la quale nella maggior parte dei casi si è pronunciata, anche da ultimo, individuando come metodo applicabile quello individuato in questa sede come "*semplificato*".

In particolare, con la pronuncia del 30 settembre 2019, n. 24431, Sez. I civ., la Corte di Cassazione ha stabilito che deve ritenersi ammissibile la liquidazione del danno in via equitativa: sia nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare,

qualora il ricorso ad un tale parametro si palesi, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile per avere il curatore allegato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore, inadempimenti da parte dello stesso che risultino idonei a porsi quali cause del danno lamentato; sia con ricorso, in presenza degli stessi presupposti e nell'impossibilità di una ricostruzione analitica per incompletezza dei dati contabili o per la notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, al criterio presuntivo della "differenza dei netti patrimoniali".

Non solo, la Suprema Corte ha pure precisato che i suddetti criteri di liquidazione del danno sono stati da ultimo recepiti e, anzi, ampliati dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il cui art. 378, comma 2 (in vigore dal 16 marzo 2019) aggiungendo, nell'art. 2486 c.c., il comma 3.

Atteso quanto sopra, appare chiaro come sebbene la modifica della norma abbia per un verso tentato di seguire il principio statuito dall'art. 1226 c.c., che prevede che solo "*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*", introducendo il metodo qui definito "*integrale*", per altro verso nulla ha fornito circa le modalità tecniche di stima dello stesso.

Ed infatti, nonostante l'enunciazione formale, risulta assai complicato, per gli studiosi di economia aziendale, individuare gli elementi su cui fondare l'utilizzo di detto metodo.

In particolare, laddove sia sicuramente opportuno adottare criteri di liquidazione per individuare il *patrimonio netto iniziale*, ciò che risulta di difficile soluzione è poter fissare il momento genetico del danno laddove, come risulta chiaro dalla prassi, lo stesso pare debba essere presunto, o comunque fatto coincidere, con il momento in cui il capitale sociale si è sostanzialmente ridotto sotto il minimo di legge o addirittura azzerato.

In questa sede, per tentare di fornire un possibile spunto di riflessione che possa consentire di adottare un criterio ragionevole per individuare il momento sostanziale nel quale fissare, laddove possibile con i dati a disposizione, l'evento che di fatto abbia generato una causa di scioglimento, ci si riferisce al concetto di "insufficienza patrimoniale"<sup>21</sup> che, sebbene non sia presupposto per le procedure di crisi, certamente si ricollega, alla responsabilità degli amministratori, oltre che dei sindaci delle società verso i creditori, anche in ipotesi di procedure concorsuali, così come rilevabile dall'art. 2394 c.c., dove:

<sup>21</sup> Tiscini R. (2014), *Economia della crisi d'impresa*, Egea, Milano, pp. 53 ss.

- al primo comma, si pone la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per “*l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale*”; e,
- al secondo comma, si specifica che l’azione di responsabilità può essere attivata dai creditori, o per essi dagli organi delle procedure concorsuali, “*quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*”.

In altri termini, l’*insufficienza patrimoniale*, laddove individuata a ritroso per quanto qui interessa, deve mostrare l’eccedenza delle passività sulle attività, ovvero, ai nostri scopi, sarebbe utile individuare il momento sostanziale in cui l’attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, risulti essere insufficiente al loro soddisfacimento.

Ciò posto, sempre allo scopo di individuare un criterio utile allo scopo qui ricercato, ai fini dell’individuazione sufficientemente puntuale del momento della manifestazione della causa di scioglimento per la riduzione oltre i limiti del capitale, la condizione di “insufficienza patrimoniale”, dovrebbe essere accertata alla luce dei valori correnti del patrimonio netto, più che di quelli contabili. In buona sostanza, in una logica economico-aziendale, il *patrimonio netto iniziale* dovrebbe mostrarsi realmente incapiente, ovvero effettivamente inidoneo a soddisfare le pretese dei creditori, non quando l’attivo sia divenuto inferiore alle passività, bensì quando il valore corrente delle attività risulti incapace a garantire l’integrale copertura delle obbligazioni sociali.

## 5.8. Approccio “integrale”: la situazione patrimoniale finale

Partendo dalle osservazioni contenute nei paragrafi precedenti, nel presente paragrafo verranno formulate alcune considerazioni in relazione ai principi da adottare per la determinazione del patrimonio netto finale di cui al modello precedentemente definito come *integrale*. A ben vedere, alcune di queste potranno anche risultare utili per applicare il metodo semplificato. A riguardo, occorre innanzitutto considerare che il secondo comma dall’art. 2486 preveda due possibili configurazioni di patrimonio netto finale da utilizzare per il calcolo del danno in base al metodo da noi definito *integrale*: tale articolo prevede, infatti, due possibili alternative, che fanno riferimento, rispettivamente: a) al patrimonio netto alla data in cui l’amministratore è cessato dalla carica; *oppure*, b) al patrimonio netto alla data di apertura della procedura concorsuale.

Considerando la prima delle fattispecie appena richiamate occorre far presente che, in relazione al momento di cessazione dalla carica dell'amministratore, si può fare riferimento a differenti situazioni.

*a) Il patrimonio netto finale alla data di cessazione dell'amministratore dalla carica: possibili configurazioni*

*a.1) Sostituzione degli amministratori con il liquidatore*

La prima fattispecie che porta a fare ricorso ad una configurazione di patrimonio netto finale riferito alla data di cessazione dell'amministratore dalla carica, si potrebbe avere nei casi in cui, accertata (anche se in ritardo) la causa di scioglimento della società, la stessa società viene posta in liquidazione e in conseguenza di ciò, l'amministratore viene sostituito da un liquidatore sociale. In questa ipotesi il valore del patrimonio netto alla data di cessazione dell'amministratore potrebbe essere rappresentato dal patrimonio netto che risulta dal rendiconto finale degli amministratori o, in alternativa, dal patrimonio netto che risulta dal bilancio iniziale redatto dal liquidatore. In relazione a tali fattispecie si valuta che se, come detto, i valori che portano alla determinazione del patrimonio netto devono fare riferimento a criteri liquidatori, nel caso di specie il documento di riferimento sarà rappresentato dal bilancio iniziale redatto dal liquidatore che certamente segue criteri di liquidazione, in quanto, come indicato dall'OIC 5, il rendiconto finale degli amministratori deve essere predisposto in base a criteri di continuità, anche se permeata da un elevato grado di prudenza amministrativa<sup>22</sup>. Si fa presente come in tale ipotesi occorrerà considerare che, qualora nella predisposizione della situazione patrimoniale di partenza il liquidatore dovesse avere già tenuto conto dei costi della liquidazione (ad esempio appostando un apposito fondo oneri della liquidazione) nella stima dei costi da portare a rettifica del danno occorrerà tenere conto di questi ultimi quale elemento riduttivo, almeno per quanto attiene alla parte di oneri della liquidazione che maturano successivamente alla data di cessazione dell'amministratore, che non possono per nessun motivo essere imputati alla sua responsabilità.

*a.2) Sostituzione dell'amministratore con altri amministratori*

La seconda ipotesi, si realizza nei casi in cui la società ha continuato ad operare in condizioni di normale funzionamento dopo il verificarsi della causa di scioglimento, ma l'amministratore è cessato dalla carica in un momento successivo a quello in cui la causa di scioglimento risulta verificata, ma per

<sup>22</sup> Nota OIC 5

motivi differenti dalla apertura della procedura concorsuale o della liquidazione societaria. In questa ultima ipotesi, infatti, lo stesso amministratore non può essere giudicato responsabile di danni da riduzioni patrimoniali prodottesi successivamente alla sua cessazione dalla carica. A ben vedere, in questa fattispecie, il riferimento potrà essere trovato nel più recente bilancio o situazione approvata dall'amministratore cessato anche se, nel caso di specie, la situazione patrimoniale redatta alla data più prossima a quella di cessazione, sarà stata assai probabilmente predisposta adottando criteri di continuità e non liquidatori e, pertanto, ove considerata completa e corretta, dovrà essere oggetto di alcune rettifiche per allineare i valori in essa riportati ai criteri liquidatori. Nella ipotesi in oggetto, le rettifiche da operare sui valori patrimoniali dovranno, innanzitutto, tenere conto degli effetti prodotti sul patrimonio netto dalle principali operazioni poste in essere dalla società nel periodo che intercorre tra la data di riferimento della ultima situazione patrimoniale approvata dall'amministratore cessato, sino alla data di cessazione dalla carica dello stesso; inoltre, per adottare parametri coerenti con quelli che sono alla base del calcolo del patrimonio netto iniziale ed al fine di evitare di incorrere nell'errore di escludere dalla determinazione del danno le eventuali perdite da liquidazione<sup>23</sup>, occorrerà operare una serie di ulteriori rettifiche sul patrimonio netto che si evidenzia in una situazione redatta applicando il criterio di continuità, al fine di tenere conto dei differenziali di valore che derivano dal passaggio dai criteri di continuità ai criteri liquidatori. Tali rettifiche dovranno essere effettuate considerando anche che il *modello integrale* prevede che i normali costi della liquidazione vanno, in ogni caso, portati a riduzione del valore differenziale dei patrimoni netti iniziale e finale.

*a.3) Affiancamento dell'amministratore da parte degli organi della procedura in caso di concordato preventivo.*

L'ultima fattispecie può essere riferita al caso in cui il momento rilevante coincida con quello di apertura di una procedura (diversa dalla liquidazione giudiziaria): in questa ipotesi il patrimonio netto alla data di cessazione dalla carica dell'amministratore dovrebbe corrispondere al patrimonio netto determinato alla data di apertura della procedura. Nel caso in cui la procedura che viene aperta sia, per esempio, un concordato preventivo, i valori di partenza sono predisposti dagli amministratori della azienda seguendo per esempio nel

<sup>23</sup> Infatti, nella normalità dei casi, il valore del patrimonio netto finale determinato con criteri di continuità, dovrebbe risultare superiore a quello del patrimonio netto determinato applicando criteri liquidatori, con la conseguenza che la rettifica qui considerata porta a ridurre il patrimonio netto finale, con conseguente ampliamento della entità del danno che, in assenza di tale rettifica, sarebbe risultato artificialmente sottostimato.

caso del concordato in continuità criteri diversi da quelli liquidatori e sono verificati prima dall'attestatore e poi nuovamente dal Commissario Giudiziale chiamato ad affiancare gli amministratori con specifiche finalità di controllo. Il calcolo del danno può in queste fattispecie essere indispensabile nell'ambito delle prospettazioni di piano per la valutazione in termini differenziali della convenienza della soluzione proposta, per esempio mediante il ricorso ad un concordato in continuità, rispetto alle alternative possibili.

*b) Il Patrimonio netto alla data di apertura della procedura concorsuale.*

Al di là dell'ipotesi appena considerate, il modello di calcolo del danno da noi convenzionalmente definito *integrale*, presuppone che, nel caso di successiva apertura di una procedura concorsuale, il patrimonio netto finale da porre a confronto con il patrimonio netto iniziale calcolato alla data del verificarsi della causa di cessazione, debba fare riferimento alla data di apertura della procedura.

In questa ultima ipotesi la determinazione del patrimonio netto alla data di apertura della procedura deve considerare tutti gli elementi che risultano a tale data disponibili. Nel caso di avvio di una procedura fallimentare (*rectius* di liquidazione giudiziale) alla data di apertura della procedura dovrà essere presente un prospetto redatto dagli amministratori, da cui si evince la consistenza ed il valore delle attività e passività aziendali; partendo da tali elementi ed in base alle ulteriori attività autonomamente effettuate, anche all'esito della attività di verifica inventariale, il curatore provvederà a redigere una propria situazione delle attività realizzabili dalla procedura, che verranno incorporate nel *programma di liquidazione* e, sulla base delle domande di ammissione ricevute, a predisporre il progetto di stato passivo della procedura che, anche a seguito degli esiti della udienza di verifica, verrà sottoposto al vaglio ed alla approvazione del Giudice Delegato<sup>24</sup>. In tal caso sia gli amministratori sia il curatore non potranno che adottare criteri liquidatori nel determinare il valore delle attività e passività aziendali; nonostante ciò, spesso, i valori determinati dagli amministratori e dal curatore non coincidono. Tra i principali motivi che giustificano le differenze, anche consistenti, riscontrabili nei valori attribuiti alle attività aziendali dagli amministratori e dal curatore, si evidenzia che nel caso di liquidazione forzata il valore realizzabile dalle attività che rappresenta il principale riferimento per il curatore, appare certamente inferiore a quello attribuibile ai medesimi beni dagli am-

<sup>24</sup> Ovviamente occorrerà considerare anche le eventuali ulteriori passività che dovessero essere accertate in sede di trattazione di domande tardive ed ultra-tardive di ammissione al passivo della procedura.

ministratori, che anche nel caso di perdita della continuità aziendale, fanno riferimento all'ipotesi della liquidazione ordinata, che portano a determinare valori di realizzo superiori a quelli della vendita forzata<sup>25</sup>. Alla luce di quanto appena detto si valuta che, nel caso in cui la quantificazione del danno di riferisca ad una situazione in cui la prosecuzione dell'attività aziendale sfocia nella apertura di una procedura concorsuale, si considera più corretto, ai fini della stima del danno, fare riferimento ai valori attribuiti alle attività e passività aziendali dal curatore, con la eventuale possibilità di detrarre dall'importo del danno – considerato quindi come differenza tra il valore di liquidazione del patrimonio netto alla data in cui risulta verificata la causa di scioglimento ed il valore di liquidazione del patrimonio aziendale alla data di apertura della procedura - i costi normalmente attribuibili alla attività liquidatoria a cui fa riferimento lo stesso comma 2 dell'art. 2486: infatti, fanno parte di tale categoria anche i costi della procedura che non vengono riportati all'interno del programma di liquidazione.

In relazione alla corrispondenza o alle differenze esistenti tra patrimonio netto alla data di apertura della procedura, richiamato nel metodo da noi definito integrale e *“differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”*, a cui si deve fare ricorso nel caso del metodo da noi definito semplificato, occorre innanzitutto far presente che, visto come il metodo semplificato non prevede la successiva sottrazione degli importi dei costi di liquidazione, anche volendo considerare che i criteri adottati per l'attribuzione dei valori ai componenti del patrimonio netto siano gli stessi, nel caso di adozione del metodo integrale, oltre a considerare il valore del patrimonio netto iniziale, si avrà comunque la possibilità di operare la successiva rettifica per i costi di liquidazione che deve essere tale da evitare duplicazioni (si veda, ad esempio, il caso delle perdite da liquidazione già incluse nel valore degli elementi che compongono il patrimonio netto finale che devono necessariamente essere escluse dalle rettifiche qui considerate).

## **5.9. Approccio “integrale”: i costi di liquidazione**

Come riportato nelle pagine precedenti, per dimostrare la fondatezza della prospettazione del danno si dovranno individuare: il momento in cui si è verificata la causa di scioglimento (spesso riconducibile, per le imprese in crisi, ai casi di insufficienza del capitale sociale), indicando le rettifiche delle poste

<sup>25</sup> Va detto, comunque, che spesso si riscontrano differenze rilevanti in quanto gli amministratori adottano criteri di continuità, mentre il curatore adotta criteri liquidatori.



di bilancio che si valutano necessarie, previa eliminazione dei valori la cui esistenza si giustifica soltanto in una prospettiva di continuità aziendale, le operazioni non conservative e gli indici della prosecuzione dell'attività d'impresa caratteristica nonostante la situazione liquidatoria (ad esempio l'incremento o la stabilità dei costi nel conto economico dell'esercizio successivo a quello in cui si sostiene che il capitale sia andato perso) e, infine, il danno alla luce della comparazione tra situazioni nette patrimoniali, inertizzando l'effetto dei costi che la società avrebbe comunque dovuto sostenere, se anche fosse stata prontamente posta in liquidazione.

La giurisprudenza ha evidenziato in diverse pronunce difficoltà applicative con riferimento in particolare all'ultima fase relativa alla discriminazione tra costi legati all'illegittima continuità e i costi da sostenersi in ogni caso. In particolare con Sentenza della Cassazione 23 giugno 2008, n. 17033 si è evidenziato che:

*"non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi della causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell'attività d'impresa, potendo essa in parte prodursi anche in pendenza di liquidazione o durante il fallimento in ragione del venir meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa..."*<sup>26</sup>.

Il novellato articolo 2486 del codice civile fornisce indicazioni specifiche sul punto in quanto il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, *"detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione"*.

<sup>26</sup> Conviene evidenziare che sul punto la Cassazione si era però espressa in termini differenti con sentenze n. 3032/2005 e n. 2538/2005. Vi si legge infatti che *"il pregiudizio derivante da specifici atti illegittimi imputabili agli amministratori non deve essere confuso con il risultato negativo della gestione patrimoniale della società (...) lo sbilancio patrimoniale può avere cause molteplici non necessariamente tutte riconducibili a comportamento illegittimo dei gestori e dei controllori della società (...) la sua concreta misura dipende spesso non tanto dal compimento di uno o più atti illegittimi, quanto dalla gestione nel suo complesso e dalle scelte discrezionali in cui questa si traduce: ossia da attività sottratte per loro natura al vaglio di legittimità del giudice"*. Tali considerazioni avevano portato all'esplicita negazione dell'utilizzabilità del criterio del differenziale dei netti patrimoniali, muovendo dalla premessa secondo cui la complessiva gestione amministrativa, nella sua discrezionalità, è sottratta al vaglio giurisdizionale, al contrario dei singoli atti antiggiuridici direttamente causativi di un danno specifico.

È indispensabile riflettere sul criterio di “normalità” indicato dalla lettera della norma. In primo luogo, si deve premettere che il criterio dei netti patrimoniali o della perdita incrementale sarà applicabile esclusivamente nel caso in cui la contabilità della società fallita sia attendibile. Ciò è per altro confermato, come già ricordato in precedenti paragrafi, dalla considerazione che lo stesso articolo 2486 prevede l’applicazione del metodo alternativo e residuale del *deficit* fallimentare per tutti i casi in cui la contabilità sia inattendibile o assente e quindi ci si trovi nell’impossibilità di ricostruire la movimentazione degli affari dell’impresa.

Il metodo dei netti patrimoniali (o della perdita differenziale) si basa infatti sulla ricostruzione dell’attività sociale al fine di verificare se nel caso in cui la gestione caratteristica non fosse proseguita fino al momento dell’apertura del concorso dei creditori, ma fosse cessata prima nel momento in cui si è verificata una causa di scioglimento, la perdita di patrimonio sociale sarebbe stata inferiore.

È importante ricordare che il limite all’attività dell’amministratore al verificarsi di condizioni aziendali che determinano lo scioglimento della società è disposto dall’art. 2486 c.c. che vieta agli amministratori della società il compimento di nuove operazioni dopo il verificarsi di un fatto che determina lo scioglimento della stessa.

Più in particolare ai sensi del citato articolo e in coerenza con le indicazioni della Corte di Cassazione<sup>27</sup> vanno qualificate come nuove operazioni tutti quei rapporti giuridici che, svincolati dalle necessità inerenti alla liquidazione delle attività sociali, siano costituiti dagli amministratori, con assunzione di nuovi vincoli per la società finalizzati al conseguimento di un utile sociale o per qualsiasi altra finalità da considerarsi diversa rispetto a quella della liquidazione dell’attivo per la soddisfazione dei creditori.

Sono vietate tutte quelle operazioni che comportano l’assunzione di rischi nuovi, suscettibili di compromettere il diritto dei creditori e degli stessi soci, non già quelle che si inseriscono nella continuazione dell’impresa finalizzate alla realizzazione più conveniente dei beni della medesima e alla estinzione dei rapporti pendenti.

Sono quindi giudicate precluse agli amministratori tutte quelle attività non finalizzate alla liquidazione e alla cessazione dell’ordinaria attività aziendale, mentre non devono considerarsi nuove le attività economiche connesse a precedenti operazioni in corso e che ne costituiscono il necessario sviluppo, le attività economiche destinate alla conservazione del patrimonio

<sup>27</sup> Cass. civ., 19 settembre 1995, n. 9887, in Soc, 1996, 282; Cass. civ., 28 gennaio 1995, n. 1035, in Cod. e leggi d’It., cd-rom, 4/2002, parte I.

sociale e le operazioni dirette a preparare, attuare o rendere più proficua la liquidazione.

Gli amministratori, perciò, possono anzi devono compiere gli atti strettamente necessari alla conservazione del patrimonio esistente al momento in cui si verifica una causa di scioglimento. Devono inoltre dare esecuzione ai contratti in corso. L'improvvisa interruzione di ogni attività potrebbe pregiudicare la conservazione dell'integrità del patrimonio provocando la perdita dell'avviamento.

Le operazioni consentite, che continuano a costituire un dovere degli amministratori, sono, per esempio, quelle che riguardano l'esecuzione dei contratti in corso e delle cause in essere, nonché gli adempimenti societari e fiscali e gli interventi urgenti necessari alla salvaguardia dei beni sociali. La premessa è necessaria per chiarire che chiunque abbia diritto e intenzione di esperire un'azione di responsabilità deve dedurre che in epoca successiva alla perdita o riduzione del patrimonio netto siano stati realizzati atti gestori estranei ad una logica meramente conservativa.

Il nesso di causalità tra danno e inadempimento nella fattispecie di proseguimento illecito dell'attività in presenza di una causa di scioglimento è ricavabile dall'analisi delle conseguenze cui ha portato l'evento considerato che è l'aggravamento della condizione economico-finanziaria e patrimoniale della società e di conseguenza la perdita del credito per i creditori.

A *contrariis*, si potrebbe affermare che vige l'onere, gravante su chi imposta una azione di responsabilità, di valutare il danno proveniente dalle operazioni poste in essere in una prospettiva di continuità aziendale giuridicamente non consentita, ledendo così l'integrità del patrimonio sociale. In questo caso si potrebbe pensare ad una ricostruzione analitica dei costi generati dall'attività non consentita, nonché dei derivanti impegni e flussi finanziari negativi e questi potrebbero essere, in linea di principio, considerati al netto dell'eventuale ricavo conseguito, qualora allo stesso abbia fatto seguito il sorgere di un credito esigibile e pertanto incassato o incassabile con ragionevole certezza.

Il metodo dei netti patrimoniali, però, non prevede una tale impostazione analitica ma, al contrario, è da un lato sintetico e dall'altro lato indiretto:

- *Sintetico* - in quanto richiede la determinazione del danno quale differenza tra due sole grandezze patrimoniali individuate una all'inizio e l'altra alla fine periodo di illegittima continuazione dell'attività;
- *Indiretto* - in quanto non prevede la considerazione di singoli atti o operazioni illegittimi, né l'individuazione del saldo tra ricavi e costi dei singoli esercizi, né l'individuazione tra flussi positivi e flussi negativi generati dalla illegittima continuazione dell'attività.

Ciò significa che il calcolo del danno potrà essere effettuato esclusivamente sottraendo dalla differenza dei patrimoni netti di inizio e fine periodo la somma algebrica dei costi e dei ricavi che avrebbero caratterizzato una lecita attività di liquidazione volontaria, piuttosto che, qualora non possibile, l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziaria proposta dalla società stessa.

## Bibliografia

- Bastia P., (2022), Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi, Ristrutturazioni Aziendali, pp. 1-45.
- Cimolai A. (2022), Le novità sulla composizione negoziata, Diritto della Crisi, pp. 1-21.
- Dal Moro A., Mambriani A. (2012), Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di S.p.A. e di S.r.l.; Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e SRL; Orientamenti della sezione VIII civile Tribunale Milano, in [www.ordineavvocati-milano.it](http://www.ordineavvocati-milano.it) e [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- Danovi A., Acciari G., (a cura di) (2022), Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, Il Sole 24 Ore, Milano.
- Danovi A., Riva P. (2018), Le cinque fasi della crisi e dell'allerta, *IFallimentarista*.
- De Flammineis S. (2019), Il nuovo ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale, *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, pp. 5 ss.
- Fornari G., Biligotti N., Attanasio D. (2020), Diritto penale e nuovo codice della crisi d'impresa. <http://fornarieassociati.com/focus-diritto-penale-e-nuovo-codice-della-crisi-dimpresa/>.
- Jorio A. (2021), Composizione negoziata e pubblico ministero, *Diritto della Crisi*, pp. 1-10.
- OIBR, Riva P., Panizza A. (a cura di) (2022), Quaderno 7, "Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e la previsione della crisi nelle PMI".
- Orlandini M.E. (2019), L'applicazione dell'art. 25 CCI al reato di bancarotta, *Ius in itinere*.
- Pacchi S., Guerrini R., De Flammineis S. (2021), Disposizioni penali nel codice della crisi d'impresa, Giappichelli ed.
- Paluchowski A. (2020), Prefazione, Riva P., *Ruoli di Corporate Governance Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano.
- Panizza A., D'Albore N. (2020), Indicatori non finanziari e crisi, in Riva P., *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano.
- Pellegrini L. (2020). Le misure premiali penali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, *Sistema penale*, 7/2020, pp. 69-83.
- Pollio M., Longoni M. (2019), Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La riforma del fallimento, *ItaliaOggi*.

- Rossi A. (2019), Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- Riva P., Comoli M. (2019), The impact of the new Italian early warning system provided by the IC-Code on family SMEs governance, *Corporate Ownership and Control*, Volume 16, Issue 3, Spring 2019.
- Riva P., Corno G. (2020), Il ruolo del consiglio di amministrazione, in Riva P., *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano.
- Riva P., Danovi A., Comoli M., Garelli A. (2020), Gli attori della governance coinvolti nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I., *Giurisprudenza Commerciale*, n. 6.
- Riva P., Difino M. (2022), Obbligo di attivazione del collegio sindacale o del sindaco unico, in *Composizione negoziata per la gestione della crisi d'impresa*, Ilsole24ore.
- Riva P., Provasi R. (2014), "An Overview about Italian companies facing the financial and economic crisis. A cultural revolution", *International Journal Of Economics And Business Research*, 2014-01
- Rossi A. (2019), "Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica", in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- Santangeli F. (2022), Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa, *Diritto della Crisi*, pp. 1-13.
- Schirò D.M. (2019), La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi, *Convegno su «Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza»*, Palermo, 15 maggio 2019.
- Sidrea (2021), "Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani".
- Tiscini R. (2014), *Economia della crisi d'impresa*, Egea, Milano, pp. 53 ss.
- Vitiello M. (2012), *Appunti in tema di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità della curatela*, *Il Fallimentarista*, 20.04.2012, Giuffrè.
- Cass. Civ. sentenze n. 3032/2005 e n. 2538/2005; Cass. civ., 1995, n. 9887/1995, in *Soc.*, 1996, 282; Cass. civ., 1995, n. 1035/1995, in *Cod. e leggi d'It.*, cd-rom, 4/2002, parte I.