

IL DANNO DA PROCURATO FALLIMENTO SOTTOPOSTO AL VAGLIO DELLA SUPREMA CORTE: UN'OCCASIONE PERDUTA

Andrea Borroni

Ricercatore di diritto privato comparato e avvocato in Milano

Sommario:

1. Premessa
2. Condizioni per risarcimento
3. Legittimazione attiva
4. Conclusioni

1. Premessa

La sentenza n. 12167 del 18 giugno 2015 della Cassazione ha riproposto l'attenzione degli operatori su di un profilo particolarmente dibattuto ed attuale di responsabilità civile: **il c.d. danno da procurato fallimento**, in cui una parte non adempiendo una propria obbligazione causa il fallimento dell'altra.

Infatti, è sempre più frequente che, a séguito dell'inadempimento di controparte, un imprenditore si trovi in una precaria situazione economica e in una insormontabile crisi di liquidità; in tali casi, la responsabilità della parte debitrice può aggravarsi, soprattutto se tale prospettiva si incardina in un contesto economico fragile come quello attuale.

Come noto, invero, allorquando l'imprenditore sia sottoposto a procedura concorsuale, s'è possibile provare il nesso di causalità fra l'inadempimento di controparte e lo stato di dissesto economico, la **parte inadempiente deve ristorare tutti i danni in cui l'impresa sia incorsa**¹.

Sotto questo profilo, risulta di qualche interesse la sentenza n. 12167 del 18 giugno 2015, in cui la terza sezione civile della Corte di Cassazione si è trovata a dover conoscere d'una controversia riguardante, tra gli altri, tale profilo di danno; tuttavia, la Suprema Corte, per gravi vizî formali del ricorso, ne ha dichiarata l'inammissibilità, senza così esprimersi sugli aspetti sostanziali della contesa che non risultano in tal modo negati.

Ben più interessanti sono, invece, le sentenze di merito dei due gradi precedenti.

Il giudice di prime cure, ossia il Tribunale di Pescara, infatti, con la sentenza n. 1481 del 28 luglio 2003, in una causa fra due imprese di cui una condotta al fallimento dall'inadempimento dell'altra, si è per primo espresso sul *quantum* del risarcimento individuandolo in **500.000 euro e individuando le singole voci che compongono il danno in questione** nella perdita di avviamento commerciale, nella dispersione delle maestranze (e del *know how*, n.d.r.)e, nel caso di specie, *nell'essere sfumate le trattative di cessione dell'azienda* (che potrebbe essere avvicinato a perdite di chance o della c.d. perdita dell'affare). Ad avviso di chi scrive sarebbe poi lecito aggiungere i costi della procedura e i costi di un eventuale finanziamento etero-aziendale per sopperire al mancato introito che era atteso. Nella

¹ Sia consentito, richiamare per la prima presentazione di tale tesi in dottrina, BORRONI, *Il danno da inadempimento del committente: per una ricostruzione evolutiva dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria. spunti di diritto comunitario e comparato*, 2010, <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/>.

decisione, il giudice ha altresì menzionato la teorica possibilità di ottenere il risarcimento dei mancati guadagni che avrebbero potuto essere conseguiti, laddove l'impresa debitrice avesse adempiuto in termini; ma, tale domanda risarcitoria è stata, tuttavia, respinta, perché non sorretta da alcuna prova².

A séguito dell'appello della parte soccombente, che si doleva dell'errata applicazione del nesso di causalità e della mancanza di prevedibilità dell'evento fallimento, con la sentenza n. 1097 del 5 luglio 2011, la Corte di Appello dell'Aquila ha invece caratterizzato la fattispecie, **delineandone i requisiti costitutivi** nella esistenza di un nesso di causalità tra l'inadempimento e il fallimento e nella prevedibilità o financo conoscibilità delle conseguenze.

In particolare, la Corte di Appello ha avuto modo di esprimersi sull'applicazione dell'art. 1225 c.c., in tema di prevedibilità del danno, rigettando la domanda di risarcimento, perché non risultava provato – né tantomeno allegato – che, *al momento del dovuto adempimento, la situazione d'insolvenza della [creditrice] fosse conosciuta o conoscibile per la [debitrice]*, essendo esclusa *la natura dolosa dell'inadempimento*.

Appare, pertanto, opportuno, esaminare, in questa sede, il tema della prevedibilità del danno e del nesso di causalità, essendo di particolare rilevanza per determinare l'*an* ed il *quantum* del risarcimento.

2. Condizioni per il risarcimento

Giusta l'articolo 1225 c.c., la parte, che per colpa non adempia, può essere tenuta solamente a risarcire **il danno prevedibile** nel momento in cui è sorta l'obbligazione. Sotto questo profilo, da un lato, la Suprema Corte, sul tema, ha chiarito che *l'imprevedibilità non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare; essa determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una categoria di rapporti, secondo le regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute*³. Da ciò è

² La copiosa e articolata giurisprudenza in tema di danno da mancata disponibilità di una somma di denaro avrebbe probabilmente offerto spunti interessanti di riflessione in tale contesto.

³ Cass. civ., sez. III 15.05.2007, n. 11189, richiamata in Cass. civ., sez. II, 29.07.2011, n. 16763; in senso conforme, v. Cass. civ., sez. III 11.08.2004, n. 15559.

possibile dedurre che, in presenza di piccole imprese, dotate di limitato capitale, quasi totalmente investito nell'affare in parola, sarebbe doveroso per l'*homo eiusdem condicionis et professionis* prefigurarsi che il proprio eventuale **inadempimento potrebbe gravemente ripercuotersi sull'esistenza giuridica stessa della controparte**.

Tuttavia, dall'altro lato, la Suprema Corte ha riconosciuto che tale orientamento non tiene conto del tempo che, talvolta, intercorre fra stipulazione ed adempimento di un'obbligazione, aggiungendo che *non sussistono valide ragioni per attribuire rilevanza, ai fini della prevedibilità del danno, ad un tempo – quello delle nascita dell'obbligazione – in cui è difficile che il debitore sia consapevole delle conseguenze di un suo futuro ed eventuale inadempimento*⁴. Di talché, appare ai giudici opportuno ricollegare tale requisito al momento *in cui il debitore, dovendo dare esecuzione alle obbligazioni assunte e potendo scegliere tra adempimento e inadempimento, è in grado di apprezzare più compiutamente e quindi di prevedere il pregiudizio che il creditore potrà subire per effetto del suo comportamento inadempiente*⁵.

Quest'ultimo orientamento, già teorizzato in primo luogo dal Bianca⁶, appare a chi scrive commendevole, perché conforme non solo al **principio di buona fede nell'esecuzione del contratto**, di cui all'art. 1375 c.c., ma anche a quelli di equità e giustizia che sottendono al nostro ordinamento, nonché a quello per il quale ciascuno è tenuto a condursi in maniera tale da non ledere il prossimo, principio su cui si basa il nostro sistema di attribuzione della responsabilità.

Dopotutto, come ben espresso dalla Corte di Cassazione, il principio della buona fede si concreta *nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e [si pone] come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto*,⁷ soggiungendo altresì che *la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extra-contrattuale del "neminem laedere", senza rappresentare un apprezzabile*

⁴ Cass. Civ., sez. II 30.01.2007, n. 1956.

⁵ Ibid.

⁶ C. BIANCA, *Diritto civile - Vol. V - La responsabilità*, Milano, 1994, 158.

⁷ Cass. civ., sez. II, 18.10.2004, n. 20399.

*sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte.*⁸

Sotto questo profilo e relativamente alla fattispecie di cui qui si discute, pertanto, appare impossibile non aderire alla tesi per cui la **prevedibilità debba essere valutata al momento in cui l'adempimento è dovuto.**

A *fortiori*, allorquando il debitore, a fronte di **specifici e ripetuti inviti all'adempimento**, in cui **peraltro si menzioni lo stato di dissesto economico derivante dalla sua inottemperanza**, continui a non adempiere, non può escludersi nei suoi confronti l'obbligo di risarcire l'eventuale fallimento causato da tale violazione.

In tal caso, in realtà, il debitore si trova in possesso di informazioni (anche nate da semplici e confidenziali scambi di corrispondenza, per esempio) tali da far presumere una concatenazione di eventi per cui questi ottiene contezza che dal suo inadempimento possano derivare conseguenze assai più dannose di quelle del normale inadempimento e per tale via trovarsi in una posizione economicamente quasi ricattatoria.

Simili problemi sono, per converso, evitati, qualora, essendo l'inadempimento doloso – in ipotesi, pur finalizzato all'ottenimento di condizioni più vantaggiose, dovute allo stato di debolezza economica dell'imprenditore – l'articolo suddetto, per espressa decisione del legislatore, non trova applicazione e non è quindi nemmeno necessario indagare l'eventuale prevedibilità del danno occorso.

Tale euristica trova agio nel consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che contempla un ampliamento progressivo della **nozione di danno ingiusto e di abuso delle prerogative concesse** dall'ordinamento civilistico che è volto a sanzionare in maniera rigorosa condotte illecite nell'ambito di rapporti commerciali.

Tale situazione si verifica anche nei casi in cui tra due imprese commerciali sia presente una situazione di asimmetria economica tra i contraenti ed un diverso potere contrattuale⁹.

Si immagini il caso di una multinazionale che, scegliendo una piccola società italiana le affidi una commessa che rappresenti oltre il 50% del proprio fatturato annuale (ma si danno casi limite tale percentuale rasenta 90%) e decida, per vari motivi di non adempiere pur conoscendo le difficili condizioni economiche della PMI italiana.

⁸ Ibid.

⁹ Si veda, GITTI - VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Per una diversa impostazione si veda anche Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.

Per configurare la natura dolosa dell'inadempimento, che dev'essere provata da chi l'allega, è, secondo la giurisprudenza, *sufficiente la consapevolezza di dovere una determinata prestazione ed omettere di darvi esecuzione intenzionalmente senza che occorra altresì il requisito della consapevolezza del danno*.¹⁰

In merito al nesso di causalità, la soluzione è più complessa. La disciplina legislativa della causalità è generalmente considerata ambigua ed insufficiente. Della principale norma dettata in materia dal Codice Civile, l'art. 1223 c.c., si dubita persino se attenga effettivamente al nesso causale, o non piuttosto alla determinazione del *quantum* del risarcimento.

Inoltre, la disciplina penalistica (artt. 40, 41 e 45 c.p.) appare indeterminata se non contraddittoria, com'è confermato dalla varietà delle interpretazioni proposte.

Innanzitutto, è opportuno applicare la cosiddetta teoria dell'equivalenza, per la quale si presenta come causa ogni evento senza il cui verificarsi non si sarebbe prodotto l'evento dannoso. Ed è qui palese che, ove controparte debitamente avesse versato il corrispettivo, tali conseguenze negative non si sarebbero verificate.

Ma ciò non è sufficiente, perché la suddetta teoria non può integralmente essere applicata, sotto pena di non prestare il dovuto peso ad eventuali serie causali autonome, che abbiano contribuito a cagionar l'evento.

Laddove, come nel caso di specie, l'evento dannoso sia conseguenza di un'omissione – la mancata corresponsione del pattuito – l'analisi del rapporto di causalità non può limitarsi al piano strettamente materiale, ché, come noto, *ex nihilo nihil fit*. In tali casi, è necessario indagare, uchronicamente, su **ciò che sarebbe accaduto, non avesse controparte omessa la propria dovuta condotta**.

Segnatamente, è opportuno interrogarsi se l'imprenditore avrebbe sofferto l'evento dannoso, ove controparte avesse in termini adempiuto. Infatti, secondo copiosa giurisprudenza, *in tema di risarcibilità dei danni conseguiti da fatto illecito o da inadempimento, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale*.¹¹

¹⁰ Cass. civ., sez. II, 25.03.1987, n. 2899; in senso conforme, Cass. civ., sez. II, 26.11.1998, n. 11992.

¹¹ Cass. Civ, sez. III, 04.07.2006, n. 15274; in senso conforme, Cass. civ., sez. III, 09.05.2000, n. 5913 (in cui si richiamano Cass., 6 marzo 1997, n. 2009; Cass., 10 novembre

E non può dubitarsi, come rilevato *supra*, che, in presenza di piccole imprese, dotate di limitato capitale, quasi totalmente investito nell'affare in parola, un eventuale inadempimento della parte debitrice possa normalmente condurre ad uno stato di dissesto finanziario della creditrice di entità tale da condurla al fallimento¹².

3. Legittimazione attiva

La legittimazione attiva a chiedere un eventuale danno da procurato fallimento spetta, oltre che all'imprenditore, anche all'eventuale curatore perché, come noto, il fallimento comporta una modificazione nella titolarità dei poteri di gestione e rappresentanza che **trasmigrano al curatore fallimentare** residuando tale diritto esclusivamente in capo a quest'ultimo a seguito della sentenza che dichiara il fallimento¹³.

Circa la possibilità di esperire l'azione di risarcimento del danno da procurato fallimento nei confronti del terzo antecedentemente o successivamente alla proposizione di un concordato fallimentare, occorre svolgere una preliminare breve riflessione sulle funzioni e sulle responsabilità del curatore nella procedura fallimentare. A detto organo, fra le altre funzioni, è demandata innanzitutto la conservazione e l'amministrazione del patrimonio fallimentare; egli è investito del dovere della difesa giuridica dei diritti e dell'esperimento delle azioni volte al recupero dei crediti per il fallimento.

In quest'ottica, appare opportuno che l'esercizio di tale azione sia svolto antecedentemente la proposizione di un concordato fallimentare: in primo luogo onde evitare possibili profili di responsabilità in capo al curatore, in secondo luogo onde consentire ai creditori di valutare il concordato avendo a disposizione maggiori informazioni circa le possibilità di futuro realizzo (ebbene le medesime siano dipendenti dall'esito di un giudizio di merito e, pertanto, aleatorie).

1993, n. 11087; Cass., 11 gennaio 1989, n. 65; Cass., 18 luglio 1987, n. 6325; Cass., 20 maggio 1986, n. 3353; Cass., 16 giugno 1984, n. 3609).

¹² Si pensi qui al caso di imprese normalmente in attivo che a seguito di un solo inadempimento passino in territorio negativo del bilancio. Di questo cambiamento di segno nei bilanci dovrà rispondere la parte che ha dato luogo all'inadempimento non giustificato.

¹³ Alla società potrebbe, al ricorrere degli elementi che delineano gli elementi costitutivi della fattispecie, spettare il diritto di agire prima del fallimento con una procedura cautelare.

Rimane, tuttavia, esclusa la legittimazione attiva del solo curatore nei confronti di domande volte al risarcimento del danno cagionato dall'avvenuto fallimento alla personalità ed alla vita di relazione dell'imprenditore, perché diritti personalissimi e, come tali, indisponibili ed intrasferibili¹⁴; sicché, l'eventuale azione potrebbe essere proposta dal solo imprenditore.

4. Conclusioni

Con le sentenze del Tribunale di Pescara e della Corte d'Appello dell'Aquila, finalmente, il danno da procurato fallimento, al ricorrere di taluni requisiti, ottiene il riconoscimento da parte del formante giurisprudenziale.

Si tratta, a ben vedere, di una felice e **fisiologica evoluzione dei principî fondamentali in tema di responsabilità contrattuale**, con cui si pone in regime di perfetta armonia, mirante ad offrire la massima tutela ai consociati nei confronti dei fatti ingiusti altrui, in particolar modo allorquando essi danneggino il libero esercizio dell'iniziativa economica privata, bene giuridico di rango costituzionale.

Nello specifico, l'*an* del diritto si manifesta al ricorrere (i) di un nesso di causalità tra inadempimento e fallimento e (ii) della prevedibilità o conoscibilità del rischio fallimentare.

In merito al *quantum*, questo si determina sommando i (i) la perdita di avviamento commerciale, (ii) la dispersione delle maestranze e del *know how*, (iii) la perdita dell'affare/chance e (iv) il danno da mancata disponibilità della somma di denaro per l'inadempimento stesso.

¹⁴ Nonché esclusi dal fallimento, a memoria dell'art. 46, n. 1.