

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

Relatore:

dott. Antonino DIMUNDO

presidente di sezione del Tribunale di Genova

1. Le azioni di responsabilità per danni, previste dagli artt. 2392-2395, c.c., nelle intenzioni del legislatore del 1942, devono costituire il rimedio più efficace contro gli abusi dei vasti poteri gestori conferiti agli amministratori della società per azioni e garantire così una valida tutela degli interessi a rischio, non solo della società amministrata, ma anche dei creditori sociali, dei singoli soci e dei terzi. Rimedio analogo è stato previsto, con la tecnica del rinvio della disciplina della società per azioni, contro gli abusi degli amministratori delle società in accomandita per azioni (art. 2464, c.c.), della società a responsabilità limitata (art. 2487, c.c.) e delle società cooperative (art. 2516, c.c.).

Vigente il codice di commercio del 1882, gli amministratori erano qualificati come “mandatari” della società (art. 121) ed erano soggetti ai limiti che tale qualifica comportava. Potevano compiere solo le operazioni espressamente menzionate nell’atto costitutivo (art. 122), ed i loro poteri erano limitati dalla possibilità che l’assemblea impartisse istruzioni e nel vincolasse l’operato, anche per gli atti rientranti nell’oggetto sociale.

La dottrina e la giurisprudenza, però, già sotto la vigenza di quel codice, pur non mettendo in discussione la qualifica di mandatari attribuita agli amministratori, ne aveva accentuato il ruolo ed i poteri, considerandolo alla stregua dei magistrati della società, in perfetta sintonia con le opinioni politico-economiche dominanti tra le due guerre.

La codificazione del 1942 rispecchia tali orientamenti e, nel ripartire la competenza gestoria tra l’assemblea e gli amministratori delle società per azioni, ha attribuito a questi ultimi una competenza originaria ed esclusiva, che abbraccia tutti gli atti che rientrano nell’oggetto sociale. Le sole deroghe a questa competenza generale sono quelle previste dall’art. 2364, 1° comma, n. 4, c.c., riguardanti le deliberazioni su determinati atti, che lo statuto abbia riservato all’assemblea e, poi, sugli specifici atti che gli amministratori sottopongono alla assemblea medesima.

Si tratta, però, di eccezioni che confermano la regola della competenza generale degli amministratori. L’estensione dei loro poteri a tutti gli atti di gestione ricompresi nell’oggetto sociale è, infatti, chiaramente affermata dal citato art. 2364, 1° comma, n. 4, c.c., ove si stabilisce che l’assemblea delibera solo sugli atti di gestione che siano indicati nell’atto costitutivo o che le vengano sottoposti dagli amministratori, e dall’art. 2384, c.c., secondo il quale gli amministratori forniti di rappresentanza possono compiere tutti gli atti che rientrano nell’oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dalla legge o dall’atto costitutivo.

Senza pretesa di completezza si può dire che vi rientra: l’attività decisionale relativa a compimento di tutti gli atti giuridici esterni, accompagnata dal potere di rappresentanza della società nei confronti dei terzi; l’attività interna di deliberazione degli atti da compiere nell’interesse sociale, consistenti “nell’impulso nella progettazione, nella scelta e nella condotta degli affari, nella conservazione e nell’impiego del patrimonio della società, nell’ordinamento del suo personale e dei suoi uffici, nella sovrintendenza alla tenuta della contabilità ed alla documentazione dei suoi atti ed operazioni” (GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino 1959, 275); l’attività – di grande rilievo – relativa agli atti di organizzazione, come ad es. la convocazione dell’assemblea nei

casi in cui sia necessario; e, infine, l'attività di esecuzione delle delibere assembleari, cui inserisce un controllo di legittimità delle stesse ed un efficace filtro per le iniziative illegali e sconsiderate.

In modo molto efficace, e sinteticamente, si è detto che gli amministratori elaborano la strategia aziendale, danno impulso a tutta quanta la società e svolgono quella che si è soliti chiamare la funzione imprenditoriale.

Tuttavia, quel che più caratterizza i poteri degli amministratori, non è tanto la loro vastità e generalità, quanto l'attribuzione di essi ad un organo necessario ed istituzionale della società per azioni, dotato di una competenza autonoma e, oltre certi limiti, inderogabile, in quanto conferita dalla legge nell'interesse generale. Nulla di paragonabile, insomma, ai poteri del mandatario spettanti agli amministratori quando questi erano qualificati mandatarî della società.

La verità è che l'atto di nomina degli amministratori spetta sì all'assemblea (art. 2364, n. 2, e 2383 c.c.), ma non è in alcun modo riconducibile ad un contratto di mandato, perché l'investito della carica non è minimamente vincolato nella sua azione dalle istruzioni e dalle direttive dell'assemblea. Vi è chi, addirittura, nega che l'atto di nomina costituisca la fonte dei poteri degli amministratori, sostenendo che si tratta di poteri originari, conferiti direttamente dalla legge a coloro che sono i necessari organi di esecuzione del contratto di società. Alla nomina da parte dell'assemblea e all'accettazione di essa da parte degli amministratori non si deve guardare, quindi, come l'accordo tra i due soggetti per la costituzione di un rapporto contrattuale (di mandato, di lavoro o *sui generis*), distinto dal contratto di società, ma piuttosto come ad un atto che designa le persone preposte all'organo cui è per legge demandato il compito di esercitare i relativi poteri (GALGANO, *Diritto commerciale*, in *Le società*, Bologna 1992, 267-268).

Quanto alla composizione, l'organo amministrativo può essere monocratico, formato cioè da una sola persona, e viene allora denominato "amministratore unico"; oppure, più frequentemente per gli enti di notevole dimensione, da una pluralità di persone fisiche, che, in numero variabile, costituiscono il consiglio di amministrazione (art. 2380, 2° comma, c.c.). Ad esso è preposto un presidente nominato dall'assemblea o, in mancanza, dallo stesso consiglio.

Nelle società di grandi dimensioni il consiglio di amministrazione non attende direttamente alla gestione sociale, ma esprime dal proprio seno un più ristretto comitato esecutivo oppure conferisce ad uno o a più amministratori l'incarico di consiglieri delegati, delegando all'uno o agli altri le proprie attribuzioni. Con ciò esso non abdica, però, alle proprie funzioni in quanto conserva quelle di generale sovrintendenza dell'amministrazione, che gli consente di impartire all'organo delegato le istruzioni che ritiene opportune, di revocarne gli atti e di sostituirsi ad esso nel compimento diretto delle operazioni sociali.

Gli organi delegati son tenuti ad agire nei limiti della delega, che molto spesso è globale, e sono loro precluse solo quelle attribuzioni riservate per legge al collegio (redazione del bilancio, operazioni di aumento del capitale, riduzioni del capitale per perdite, etc.). Questa regola vale sia per il comitato esecutivo che per gli amministratori delegati, dato che la differenza tra l'uno e gli altri sta in ciò che il primo è un organo che delibera col metodo collegiale in riunioni appositamente convocate, mentre i secondi decidono disgiuntamente o congiuntamente allo stesso modo degli amministratori delle società di persone.

I poteri di questi organi delegati, a differenza di quelli del consiglio che li ha espressi, sono poteri, non originari, ma derivati da quelli del delegante, che può sempre revocarne le deliberazioni.

Il consiglio di amministrazione decide a maggioranza con deliberazioni adottate sempre con l'osservanza del metodo collegiale in riunioni convocate con modalità elaborate dalla prassi statutaria. L'adozione del metodo collegiale è giustificata dall'esigenza di ponderazione nella decisione degli atti di gestione sul presupposto che la discussione collegiale dia garanzie di approfondimenti che solo il confronto di esperienze diverse può garantire.

Non mancano, però – secondo certa dottrina – le attribuzioni individuali dei singoli componenti del consiglio, alludendosi al potere-dovere di ciascun consigliere di esercitare un'attenta attività di vigilanza sul generale andamento della gestione, e di fare quanto gli è possibile per impedire gli atti

pregiudizievoli, di cui vengono a conoscenza, o per eliminare o attenuare le conseguenze dannose (art. 2392, 2° comma, c.c.). Potere-dovere da esercitare non solo quando l'amministrazione della società è curata, per delega del consiglio, dal comitato esecutivo o dagli amministratori delegati, come espressamente risulta dal citato 2° comma dell'art. 2392, c.c., ma anche nel caso in cui della gestione della società si occupa il consiglio collegialmente, tale essendo il significato dell'inciso "in ogni caso", risultante dalla norma in esame.

2. - Dall'esame della normativa sulla funzione, sulla struttura e sui poteri dell'organo amministrativo della società per azioni è risultato chiaro e cospicuo accrescimento dei suoi poteri e l'originarietà delle sue attribuzioni, svincolare dall'ingerenza dell'assemblea. La quale può solo controllarle e adottare *ex post* misure riparatorie o sostitutive in occasione della discussione dei bilanci annuali.

Occorre, peraltro, avvertire che tali cospicui poteri non sono stati rimessi alla mera discrezionalità dei loro beneficiari. Gli amministratori, infatti, sono indubbiamente liberi di apprezzare la convenienza degli affari da intraprendere e tracciare le linee della politica aziendale più vantaggiosa per gli interessi della società. Tuttavia, trattandosi di poteri attribuiti per la gestione di cospicui patrimoni altrui, l'esercizio di essi costituisce per gli amministratori anche un dovere, non essendo pensabile che questi, una volta assunta la carica, possano rimanere inerti. In altri termini, la gestione della società costituisce certamente una loro prerogativa, ma rappresenta al tempo stesso un vero e proprio dovere giuridico, poiché il relativo potere, concesso in funzione della cura di interessi alieni, implica per il suo titolare l'obbligo di esercitarlo per il soddisfacimento di quegli interessi.

La reciproca funzionalità dei poteri e dei doveri degli amministratori esige, poi, da parte dei soci il controllo sull'uso che dei poteri viene fatto, controllo che si concreta, come si è detto, non già in una sovrapposizione di competenze in ordine alla gestione, ma in un periodico esame *ex post*. Affinché, però, l'esercizio del potere corrisponda al contenuto del dovere e affinché il controllo non si svolga in modo arbitrario, è indispensabile l'esistenza di un prefissato criterio di comportamento, che orienti gli amministratori nell'espletamento dei loro compiti e costituisca per i soci il metro di valutazione dell'operato dei primi nell'esercizio del controllo.

A questa imprescindibile esigenza provvede l'art. 2392, c.c., che, mediante una clausola generale, impone agli amministratori, non solo l'obbligo di esercitare i poteri di gestione, ma anche il dovere di esercitarli in conformità agli obblighi stabiliti dalla legge e dallo statuto per la migliore realizzazione dell'interesse sociale.

Occorre avvertire, poi, che il controllo dei soci non è fine a sé stesso. In caso di inosservanza o di inesatta osservanza di tali doveri, è la stessa disposizione citata che non manca di porre a carico dei trasgressori la responsabilità dell'inadempimento e l'obbligo sostitutivo di risarcire alla società i danni derivanti dalla trasgressione, il che introduce il discorso sulla funzione della responsabilità degli amministratori quale necessario contrappeso e fonte di legittimazione razionale dei vasti poteri loro conferiti nell'interesse altrui.

Circa la struttura del rapporto obbligatorio che lega gli amministratori ai titolari degli interessi da loro gestiti, si può anticipare il risultato dell'analisi che seguirà, concordando con la giurisprudenza che per affermare la responsabilità degli amministratori si "deve accertare e valutare il comportamento di essi in base ai principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali (in senso lato) ed il risarcimento dei danni" (Cass. 12 novembre 1965, n. 2359).

3. E' stato giustamente osservato che lo schema della responsabilità degli amministratori è lineare e semplice perché, come del resto emerge dall'art. 2392, c.c., si deve accertare solo: *a)* se gli amministratori abbiano adempiuto con diligenza gli obblighi ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, e *b)* se dall'inosservanza di tali obblighi sia derivato un danno effettivo alla società. Si è subito aggiunto, però, che le difficoltà di presentano non appena si cerchi di approfondire ciascuno

dei due elementi ora indicati, cominciando dalla stessa individuazione degli obblighi degli amministratori e del contenuto della prestazione da questi esigibile per l'esatto adempimento e finendo ai criteri di selezione del danno risarcibile e di determinazione del suo *quantum* (BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1985, 160).

Il problema cui per primo occorre dare soluzione è, quindi, quello concernente l'individuazione degli obblighi imposti agli amministratori dalla legge e dall'atto costitutivo agli amministratori. Solo così è, infatti, possibile precisare in quali concreti adempimenti si articola una prestazione complessa e largamente indeterminata, come è l'amministrazione di una società, e quale sia la condotta esigibile dagli obbligati e la loro eventuale responsabilità. Non a caso i più autorevoli studiosi della materia hanno avuto cura di avviare la loro indagine con la ricerca, l'elencazione e la classificazione degli obblighi in questione e, ancor prima, con la ricognizione delle norme che li prevedono.

Il vigente codice del 1942, a differenza del previgente codice di commercio che elencava succintamente alcune specifiche ipotesi di responsabilità, ha ritenuta superflua ogni esemplificazione e si è limitato a porre la regola generale dell'art. 2392, c.c.. Soltanto in alcune poche altre norme è prevista espressamente una responsabilità degli amministratori che vi contravvengono. Così l'art. 2377, 3° comma, c.c., li impegna a prendere i provvedimenti conseguenti all'annullamento delle deliberazioni assembleari "sotto la propria responsabilità"; l'art. 2390, 2 comma, c.c., stabilisce che rispondono dei danni se violano il divieto di concorrenza; l'art. 2391, c.c., li dichiara responsabili delle perdite derivanti da operazioni compiute in conflitto di interessi, se non ne danno notizia agli altri amministratori e non si astengono dal partecipare alle deliberazioni riguardanti le operazioni stesse; l'art. 2449, c.c. li dichiara responsabili illimitatamente e solidalmente per gli affari intrapresi nel caso in cui compiono nuove operazioni quando la società è in stato di scioglimento o se non conservano i beni sociali fino a quando non ne hanno fatto consegna ai liquidatori. Si tratta, però, di aggiunte ridondanti, perché la responsabilità per le trasgressioni sussisterebbe ugualmente ai sensi dell'art. 2392, c.c.. Dal generico richiamo ai doveri imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, infatti, "si deve desumere che tutte le norme che regolano l'attività sociale e pongono, nell'interesse dei soci e dei terzi, presupposti e limiti allo svolgimento di questa attività, costituiscono altrettanti obblighi, la cui violazione è per essi fonte di responsabilità" (FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1971, 523).

Le indicazioni del codice di commercio abrogato e le puntualizzazioni del vigente codice civile non hanno perciò altro valore che quello di offrire un elenco di fattispecie particolarmente rilevanti. Non resterebbe che completare la casistica, ripercorrendo, alla luce della responsabilità che ne deriva in caso di inosservanza, tutti gli obblighi imposti agli amministratori dall'ordinamento delle società per azioni. Ma, anche a prescindere dai doveri che sorgono dagli atti costitutivi e dagli statuti, difficilmente classificabili nella loro varietà, una ricognizione delle sole norme di legge esorbita, però, dai limiti di questo intervento. Gli è che, come è stato osservato (BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, 3), son tali e tanti gli adempimenti ai quali gli amministratori sono tenuti nello svolgimento dell'attività sociale, che una elencazione sarebbe praticamente impossibile. Gli amministratori, infatti, sono l'organo propulsivo della società e sovrintendono al regolare e ordinato svolgimento di quasi tutta la sua attività, per cui bisognerebbe sottoporre ad un'indagine penetrante i numerosi precetti che la disciplinano sotto diversi profili per individuare quando essi vengono vietati sì da generare una responsabilità. (WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 118).

Non manca, tuttavia, autore che alla trattazione della materia non abbia permesso l'individuazione, sia pure esemplificativa, degli obblighi degli amministratori e la loro più o meno completa classificazione.

Una mera elencazione di obblighi, ricavati dalle varie disposizioni di legge sulla disciplina dell'organo amministrativo, è stata tentata senza alcun intento classificatorio già dal BRUNETTI, (*Trattato del diritto delle società*, I, Milano, 1948, 380), così come in precedenza aveva fatto il

FRÈ, (*L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, 226), pur sottolineando la scarsa utilità e le incertezze di classificazioni del genere.

Impegnativo è, invece, il tentativo di classificazione del MINERVINI, (*Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 181 ss.), che, nonostante la scrupolosità dell'impegno, lo considera "fugace rassegna necessariamente disorganica e incompleta".

Vari sono stati anche i criteri seguiti per raggruppare gli obblighi in categorie omogenee. Questi sono stati distinti, volta a volta, o in obbligazioni di attività giuridica e di attività materiale, in base alla natura delle prestazioni, o in obbligazioni inerenti all'organizzazione della società e inerenti all'esercizio dell'impresa sociale, in base alla funzione che sono destinate ad assolvere, oppure, in base alla fonte, in obbligazioni derivanti dall'atto costitutivo e dalla legge e in obbligazioni derivanti dalle deliberazioni assembleari.

Comunque, sulla scorta di un'autorevole dottrina (FERRI, *Le società*, cit., 524), e ricordando che occorre tener conto, non solo delle norme civili, ma anche di quelle penali, amministrative e tributarie, si può dire, in generale, che tutte le norme che regolano l'attività sociale e pongono, nell'interesse dei soci e dei terzi, presupposti e limiti allo svolgimento di questa attività, costituiscono altrettante limitazioni all'azione degli amministratori e pongono a loro carico altrettanti obblighi, la cui violazione è per essi fonte di responsabilità.

In particolare, costituiscono obblighi per gli amministratori:

a) le norme poste a garanzia dell'integrità del capitale sociale, quali quelle che prevedono il divieto di emissione delle azioni per un valore inferiore al valore nominale (art. 2346, c.c.) o prima dell'iscrizione della società (art. 2331, ult. comma, c.c.); il dovere di controllare il valore dei conferimenti in natura e di compiere gli adempimenti a tal fine previsti (art. 2343, c.c.), il divieto di distribuire utili fittizi o sulla base di bilanci non regolarmente approvati (art. 2433, c.c.); il divieto di incroci o di acquisto di azioni proprie (art. 2359, c.c.); il divieto di prestiti e di prestazioni di garanzie a proprio favore (art. 2624, c.c.); il dovere di osservare le norme sulla riduzione del capitale nei rimborsi sui conferimenti (art. 2445, c.c.); il dovere di compiere gli adempimenti necessari quando le perdite di esercizio superino un dato ammontare (artt. 2446-2447, c.c.); il divieto di fraudolenta esagerazione dei valori dei conferimenti in natura (art. 2629, c.c.); il dovere di vendere le quote dei soci morosi (art. 2344, c.c.);

b) le norme a garanzia del corretto impiego del patrimonio sociale, quali quelle che prevedono il divieto di assumere partecipazioni in altre imprese, aventi oggetto diverso (art. 2361, c.c.); e il dovere di compiere atti di gestione che non esorbitano dall'oggetto sociale (artt. 2384, 2384-bis, c.c.);

c) le norme che attengono all'obbligo di fedeltà, quali quelle che prevedono l'obbligo di non concorrenza (art. 2390, c.c.); il divieto di divulgare notizie sociali riservate (art. 2622, c.c.); il divieto di comunicazioni false e reticenti sulle condizioni della società (art. 2621, c.c.); il divieto di agire a danno della società mediante manovre sui titoli (art. 2628, c.c.), manovre in sede di assemblea (art. 2630, c.c.), il divieto di percepire compensi e partecipazioni al di fuori di quelli consentiti dalla legge (art. 2630, c.c.);

d) le norme che attengono alla documentazione delle operazioni sociali, quali quelle che prescrivono la regolare tenuta della contabilità delle scritture e dei libri sociali; la formazione tempestiva del bilancio e del conto profitti e perdite nel rispetto dei principi di chiarezza e di verità;

e) le norme che impongono l'obbligo di eseguire le deliberazioni dell'assemblea conformi alla legge e all'atto costitutivo;

f) le norme attinenti al regolare funzionamento degli organi sociali e alle forme e pubblicità degli atti, quali quelle che prescrivono la convocazione dell'assemblea alla fine dell'esercizio sociale o quando i soci rappresentanti la parte di capitale prevista dalla legge lo richiedono (artt. 2364, ult. comma e 2367, c.c.); comandano di non ostacolare l'attuazione del controllo da parte del collegio sindacale; prevedono la denuncia, la comunicazione e il deposito degli atti presso la Cancelleria del Tribunale, e impongono l'osservanza degli altri adempimenti pubblicitari;

g) le norme che prescrivono l'osservanza degli obblighi fiscali, previdenziali e amministrativi.

Occorre, però, precisare subito che il compito degli amministratori non si esaurisce nell'adempimento degli obblighi finora elencati. Questi elencati sono obblighi previsti specificamente da norme poste in vista della realizzazione di precisi risultati. Ma essi non esauriscono gli adempimenti cui gli amministratori sono tenuti. Accanto agli obblighi specifici, infatti, l'art. 2392, c.c., con una norma di chiusura, pone il generico "obbligo di diligenza" degli amministratori, in forza del quale questi sono tenuti a gestire il patrimonio sociale e ad indirizzare l'attività economica nel mondo più idoneo a realizzare l'interesse della società. Così formulato, l'obbligo resta largamente indeterminato nel suo contenuto, ma non è, tuttavia, indeterminabile perché in esso è discernibile sia la prescrizione del come gli amministratori devono agire e, cioè, con la diligenza del mandatario – ove la figura del mandatario è richiamata in funzione della misura della diligenza esigibile – sia l'indicazione dell'obiettivo cui l'azione amministrativa deve tendere e, cioè, la "massimizzazione dell'utile aziendale nel quadro di determinate condizioni" (ASCARELLI, *Fideiussione: conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, 736). La formula condensa efficacemente il risultato a cui è finalizzata l'intera attività che gli amministratori sono tenuti a prestare ed implica un apprezzamento nella scelta dei mezzi più idonei al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, come in ogni altra obbligazione. Solo che nel caso degli amministratori, soggetti al rischio della competizione economica, l'apprezzamento comporta una più accentuata soggettività nelle scelte.

Autorevole dottrina (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 4; ID., *Gli amministratori*, cit., 224) accanto al generale obbligo di diligenza pone quello, altrettanto generale, di non compiere atti in situazioni di conflitto di interessi. E' questo un dovere tipico, direttamente previsto da una specifica norma di legge; tuttavia, è un dovere tipico che, per la sua precisa determinazione, ha bisogno di una valutazione in concreto, occorrendo stabilire caso per caso quando gli interessi personali degli amministratori siano incompatibili con quelli della società amministrata. Spetterà al giudice determinare se, tenuto conto delle circostanze concrete, si possa ritenere che gli amministratori siano in posizione di conflitto con la società e se abbiano violato o meno il loro obbligo di fedeltà. Il che farà in base al principio che la situazione di conflitto ricorre in ogni caso in cui l'eventuale incompatibilità tra l'interesse personale dell'amministrazione e quello della società amministrata renda attuale il rischio che l'interesse di quest'ultima venga sacrificato o compresso a vantaggio dell'interesse del primo. Va da sé che una situazione del genere può verificarsi, non solo in presenza di un'operazione compiuta con deliberazione del Consiglio d'amministrazione, ma anche se la società è gestita da un amministratore unico e l'operazione sia compiuta con decisione monocratica.

Altro obbligo generale, tipico degli organi amministrativi collegiali, è il dovere di vigilanza e intervento, di cui all'art. 2392, 2° comma, c.c., in forza del quale "in ogni caso gli amministratori sono solidamente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

Per interpretare correttamente questa norma occorre distinguere l'ipotesi in cui l'attività di amministrazione della società è opera diretta del consiglio di amministrazione da quella in cui l'attività è in parte delegata ad uno o più consiglieri oppure ad un comitato esecutivo.

Nell'ipotesi in cui l'organo amministrativo sia collegiale, ma abbia delegato, in tutto o in parte, i suoi poteri ad un comitato esecutivo o ad amministratori delegati, il citato art. 2392, 2° comma, c.c., per non deresponsabilizzare i consiglieri deleganti, ha loro imposto due obblighi: quello di vigilare sul generale andamento della gestione e quello di agire, nei limiti del possibile, per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, di cui vengano a conoscenza, oppure di eliminare o attenuarne le conseguenze, se non sono stati in grado di impedirli.

Si è osservato al riguardo che questi obblighi, forse pensati dal legislatore in relazione al caso specifico dell'esistenza di amministratori delegati, in realtà gravano anche su questi ultimi e sui consiglieri di un Consiglio di amministrazione, che operi senza l'intermediazione di delegati, a fine di impedire atti pregiudizievoli degli altri membri. L'uso dell'intensa espressione "in ogni caso",

indicativa dell'assenza di limiti in ordine alla gamma degli obbligati, persuade della soggezione agli obblighi sia dei consiglieri deleganti, sia dei consiglieri delegati. Solo che, mentre sui deleganti residua il semplice obbligo di vigilanza ed intervento, sugli amministratori delegati gravano anche i ben più onerosi obblighi inerenti all'amministrazione attiva.

Altra questione, sulla quale in dottrina vi è disaccordo, è se questi obblighi debbano essere assolti collegialmente oppure se il potere-dovere di vigilanza ed intervento costituisce un'attribuzione individuale del singolo amministratore. Opta per questa seconda tesi il GALGANO, (*Diritto commerciale*, in *Le società*, Bologna 1992, 269) sul rilievo che un "vigilare" collegiale, per deliberazioni collegiali, è difficilmente concepibile, in quanto la funzione di vigilanza implicherebbe, per sua natura, l'iniziativa del singolo amministratore. I sostenitori della tesi contraria fanno, invece, leva sul fatto che, essendovi competenze del Consiglio non delegabili e da esercitare sicuramente con metodo collegiale, non può non essere esercitato con lo stesso metodo l'attività di vigilanza che alla prima si affianca (ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 230 ss.).

Quanto al contenuto merita di essere condivisa l'opinione secondo cui questi obblighi non sono nuovi e diversi rispetto al generale obbligo di diligenza cui sono soggetti tutti gli amministratori. Essi non sono altro che l'atteggiarsi di quel generale obbligo nelle particolari situazioni cui si riferisce il giudizio di diligenza (BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 212 ss.).

Tutte le norme finora considerate, come ognuno vede, tendono ad assicurare il buon funzionamento della società, prevenendo gli abusi di potere degli amministratori ed indirizzandone l'azione verso la realizzazione dell'interesse sociale. Norme di interesse generale, dunque, dall'osservanza delle quali gli amministratori non potrebbero essere esonerati, neppure con una preventiva deliberazione dell'assemblea, e la violazione delle quali importa responsabilità degli amministratori medesimi, anche se consumata con la consapevolezza o addirittura la partecipazione dei soci.

4. Così classificati gli obblighi degli amministratori, occorre precisare ora quale sia l'oggetto della prestazione a loro carico, posto che, come ogni altro obbligato, essi sono tenuti ad adempiere, eseguendo puntualmente ed esattamente la prestazione dovuta.

Com'è noto, la prestazione, in generale, consiste sempre in un comportamento del debitore diretto a soddisfare un interesse del creditore. In ogni obbligazione, quindi, da un lato è richiesta sempre un'attività del debitore, dall'altro l'attività deve pure dirigersi alla realizzazione di un risultato utile. E' possibile, però, che nel titolo costitutivo il contenuto dell'obbligazione sia indicato o con riferimento al risultato utile, senza che sia dato particolare rilievo all'esplicazione dell'attività, oppure con riferimento particolare al tipo di attività dovuta, considerata in sé e per sé, relegato nello sfondo il fine utile cui essa è rivolta.

In realtà in tutte le obbligazioni è dovuto un risultato e il risultato implica sempre il doveroso impiego dei mezzi necessari per il suo conseguimento. Si deve osservare, piuttosto, che vi sono obbligazioni in cui lo sforzo necessario per il soddisfacimento dell'interesse creditorio è rimesso in maggiore o minor misura alla scelta discrezionale del debitore circa i mezzi e i modi della sua attuazione.

Esemplare in tal senso è l'obbligazione fondamentale degli amministratori delle società di capitali, ai quali, ai fini della scelta del "come" adempiere, è riconosciuta una certa apparente libertà. Spetta, infatti, agli amministratori di scegliere i mezzi necessari ed idonei per il raggiungimento del fine specifico prefissato nel contratto sociale e indirizzare conseguentemente la propria attività.

Quanto al modello normativo di condotta, che deve informare l'azione degli amministratori, soccorre, al fine di limitare il possibile arbitrio, la citata norma dell'art. 2392, c.c., che richiede, con

la mediazione del rinvio alla diligenza del mandatario, la diligenza del buon padre di famiglia, prevista per le obbligazioni in generale dall'art. 1176, c.c..

La norma presuppone che sia stato stabilito altrove il risultato dovuto al creditore e fornisce il metro di valutazione del "come" il debitore debba esattamente attuare l'obbligo. E il riferimento è alla diligenza del buon padre di famiglia, da intendersi come "criterio obiettivo e generale, non soggettivo ed individuale, sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione" (*Relazione* al RE, n. 559). Intende prescrivere, cioè, che si deve avere riguardo ad un modello tipico ed astratto e non al grado di diligenza che è possibile pretendere, avuto riguardo alle qualità personali del particolare debitore. Ciò non significa, tuttavia, che si voglia alludere alla diligenza dell'uomo medio, intesa come media statistica del comportamento degli uomini nella cura dei loro affari.

Il criterio indicato dalla legge è in realtà molto più rigoroso (BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 174), in quanto si esige che il comportamento sia tale da consentire al debitore di realizzare, in quel particolare rapporto obbligatorio, lo scopo per il quale l'obbligo è stato assunto, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto. Esso consiste nella scelta accorta dei mezzi più adeguati al fine da perseguire nel caso concreto, e deve conformarsi ad un criterio di normale adeguatezza. Occorre, cioè, applicare mezzi adeguati al fine secondo canoni di normalità, ivi compreso l'impiego delle tecniche più appropriate. Il modello di condotta cui si fa riferimento è, infatti, oggettivo ed impone di prescindere dall'eventuale imperizia del debitore.

Conclusivamente sul punto, la condotta dell'amministratore di una società, valutata secondo il modello di diligente buon padre di famiglia, richiede necessariamente l'accorto impiego dei mezzi più idonei alla massimizzazione dell'utile sociale, ivi compreso l'uso delle necessarie cognizioni tecniche, le quali, anzi, tendono sempre più a codificarsi in apposite discipline aziendalistiche, oggetto di studio nelle scuole specializzate di formazione per dirigenti d'impresa (WEIGMANN, *Responsabilità*, cit., 148).

Autorevole dottrina (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 61), pur consapevole dell'orientamento contrario di altri autori, afferma essere "pacifico" che la perizia non può essere inserita nel metro oggettivo della diligenza e che non è richiesto, né si può richiedere, anche all'amministratore più diligente, di essere contemporaneamente esperto di contabilità, in materia finanziaria, in tecnica dei bilanci, etc.. E fa l'esempio degli amministratori outsiders, abbastanza comuni nell'esperienza americana, per osservare che costoro sarebbero esposti a rischi eccessivi se dovessero rispondere anche per la loro imperizia nel settore in cui opera la società amministrata.

Senonché nessuno ha mai preteso che gli amministratori di una società siano esperti in tutti i campi dello scibile. Si pretende semplicemente che nel compiere un'operazione che richiede la conoscenza di tecniche specifiche, gli amministratori – come lo stesso BONELLI scrive in altra sua opera (*Gli amministratori*, cit., 179) – di fronte alle inevitabili lacune della loro preparazione, "si avvalgano di collaboratori ed eventualmente di consulenze, affinché le scelte ed iniziative che loro in definitiva dovranno decidere siano meditate e frutto di un rischio calcolato, e non già di irresponsabile o negligente improvvisazione". Con la conseguenza che, se non lo fanno, essi saranno inadempienti verso la società, non essendo ammissibile che per questa via si garantisca l'immunità ad ogni negligente che per consapevole ignoranza provochi gravi danni a chi a loro si sia affidato.

Gli è che l'obbligo di diligenza implica anche l'osservanza delle regole tecniche che caratterizzano una determinata attività. E, sebbene non manchi qualche residua perplessità, si ammette comunemente che la perizia si identifica nella più ampia figura della diligenza.

Quel che non si può pretendere dagli amministratori è che assicurino, comunque, risultati economici positivi, poiché "l'attività" diligente richiesta dall'art. 2392, c.c., non implica necessariamente la realizzazione dello scopo cui essa pure tende.

Diversa è la conclusione per i doveri attinenti al compimento di specifici atti e comportamenti o per i doveri di astenersi dal compierne certi altri. Per questi obblighi, infatti, il contenuto della prestazione degli amministratori è di “risultato”, pur non essendo affatto escluso che i debitori, anche in questi tipi di rapporti obbligatori, debbano impiegare la diligenza del mandatario.

Si tratta di distinzioni che sono certamente utili per individuare l'esatto contenuto delle prestazioni degli amministratori. Ma l'importanza maggiore deriva dal contributo che esse possono dare ai fini della distribuzione dell'onere della prova sui fatti dedotti nelle cause di responsabilità. E' di questa verità che si è reso conto il BONELLI, (*Gli amministratori*, cit., 164; *La responsabilità*, cit.), laddove, pur apprezzando il valore sistematico di tali classificazioni, in quanto consentono di individuare la *ratio* unificante sottesa alle svariate norme sugli obblighi degli amministratori, ritiene, però, molto più feconda di risultati pratici la classificazione fondata sulla distinzione degli obblighi in base al contenuto della prestazione dovuta. A seconda, cioè, che le obbligazioni abbiano contenuto determinato con precisione dalla legge o dall'atto costitutivo, oppure un contenuto indeterminato, prescritto da clausole generali, che impongono comportamenti conformi ad un parametro standard, indicato sia come criterio di determinazione in concreto della prestazione, sia come criterio di valutazione della stessa sotto il profilo della sua conformità a legge.

Questa classificazione consente, infatti, di raggruppare gli obblighi per caratteristiche di contenuto e di includere: nella categoria degli obblighi specifici tutti quelli imposti da norme, che prescrivono la realizzazione di un certo risultato, e nella categoria degli obblighi generali quelli che prescrivono di amministrare le società con la diligenza del mandatario e in assenza di conflitti di interessi. Con ciò agevolando effettivamente l'accertamento degli inadempimenti e la distribuzione dell'onere della prova tra le parti che agiscono in responsabilità.

5. L'indagine, fin qui condotta, sugli obblighi, cui sono tenuti gli amministratori, e sul loro contenuto non può non estendersi a qualche breve cenno sui soggetti del rapporto obbligatorio e, cioè, da un lato agli amministratori, quali soggetti passivi del rapporto, tenuti ad eseguire la prestazione dovuta, e, dall'altro lato, ai soggetti attivi, creditori interessanti all'esatto adempimento di quegli obblighi.

I soggetti passivi tenuti all'adempimento, sono ovviamente gli amministratori. Ma diverse sono le modalità dell'adempimento, a seconda che l'organo amministrativo sia monocratico o collegiale.

L'amministratore unico è tenuto ad amministrare la società, in modo esclusivo, con la diligenza del buon padre di famiglia, osservando tutti gli obblighi derivanti dalle leggi e dall'atto costitutivo, sia di contenuto specifico che generale. Egli è l'unico debitore di tale comportamento nei confronti di chi ha diritto di esigerlo.

Nel caso in cui l'organo amministrativo abbia composizione collegiale, la posizione di ciascun consigliere rispetto agli obblighi gravanti sul collegio è più complessa ed è opportuno distinguere l'ipotesi in cui l'attività sociale è opera del Consiglio di amministrazione, da quella in cui l'attività sia delegata ad un comitato esecutivo o a singoli amministratori.

Nella prima ipotesi, secondo l'art. 2392, 1° comma, c.c., tutti i consiglieri sono tenuti a contribuire all'amministrazione con la diligenza del mandatario, decidendo col metodo collegiale le operazioni da compiere nell'interesse sociale, vigilando sul generale andamento della gestione ed intervenendo per impedire o eliminare o attenuare le conseguenze dannose degli atti pregiudizievoli, di cui siano venuti a conoscenza.

Nella seconda ipotesi, riguardante l'amministrazione pluripersonale in regime di delega, il consiglio resta obbligato a gestire collegialmente le operazioni relative a materie non delegabili, non delegate o sottoposte dai delegati alla sua decisione, così come nella prima ipotesi. Nelle materie delegate, invece, gli obblighi di gestione spettano collegialmente al comitato esecutivo e singolarmente o congiuntamente agli amministratori delegati, restandone esonerati gli altri membri del collegio. Ai consiglieri deleganti residua soltanto l'obbligo di vigilanza sul generale andamento

della gestione, e, cioè, sulla coerenza delle scelte strategiche imprenditoriali, e di intervento per impedire o mitigare gli effetti degli atti pregiudizievoli.

Non mancano casi in cui, nonostante la composizione collegiale dell'organo amministrativo, tenuti all'adempimento di taluni obblighi sono, non il collegio o gli amministratori delegati, ma i singoli componenti del collegio. Si tratta degli obblighi classificati tra quelli di fedeltà alla società, che seppure previsti per tutti gli amministratori, nel caso concreto riguardano solo alcuni di essi (obbligo di non agire in conflitto di interessi, divieto di concorrenza, etc.) (BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 246). Il che non è privo di conseguenze sul regime della responsabilità per il mancato adempimento di tali obblighi.

I soggetti attivi del rapporto obbligatorio, interessati alla corretta amministrazione della società, sono: la stessa società amministrata, i creditori sociali, i singoli soci ed i terzi: La legge, a tutela dei loro interessi, appresta, rispettivamente, l'azione sociale di responsabilità (art. 2393, c.c.), l'azione di responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394, c.c.) e l'azione individuale del socio e del terzo (art. 2395, c.c.). Di queste azioni si parlerà dopo la trattazione degli aspetti generali della responsabilità degli amministratori.

6. Esaurito il sommario discorso sul contenuto delle obbligazioni degli amministratori, è ora possibile affrontare la problematica dell'inadempimento, che al primo è strettamente legata. Tanto è vero che il fatto dell'inadempimento, nell'art. 1218, c.c. – “il debitore che non esegue esattamente la **prestazione dovuta...**” – viene identificato col rinvio al contenuto del rapporto obbligatorio e che le sue varie forme si delineano in relazione alle diverse modalità che caratterizzano la prestazione.

La norma dell'art. 1218, c.c., quindi, individua la nozione d'inadempimento nel fatto del debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Art. 1218-1229, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, 5).

L'inadempimento degli amministratori delle società di capitali è compreso in quella nozione, non essendo altro che l'inesecuzione delle prestazioni oggetto di tutti i loro obblighi sia tipizzati che generici (ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 131).

Nell'ipotesi in cui l'inesecuzione riguarda ad un obbligo specifico, l'inadempimento consiste nel mancato conseguimento del risultato dovuto in sé e per sé, come ad es. nel caso di mancata convocazione dell'assemblea nei casi prescritti.

Viceversa, nell'ipotesi in cui l'inesecuzione attiene ad un obbligo di comportamento conforme alla diligenza ordinaria del buon padre di famiglia, in cui il risultato da conseguire si colloca al di fuori del rapporto, allora non basta che il risultato non sia raggiunto perché si abbia inadempimento della prestazione, ma occorre che il risultato, mancante o difettoso, sia dipeso da un comportamento non conforme al metro prescritto e, cioè, dalla violazione dell'obbligo di amministrare con diligenza del buon padre di famiglia.

Questa distinzione è di grande importanza per la soluzione dei problemi relativi alla distribuzione dell'onere della prova, quando si tratti di accertare la responsabilità per danni a carico degli amministratori inadempienti.

L'art. 1218, c.c., stabilisce, in definitiva, una presunzione di colpa a carico del debitore che non esegue la prestazione dovuta, disponendo che l'inadempiente è tenuto al risarcimento dei danni, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile”.

Ma diversa è l'applicazione di questo principio a seconda che l'obbligo inadempito abbia per oggetto una prestazione specifica e determinata oppure la prestazione di un comportamento diligente.

Per tutti quegli obblighi che hanno per oggetto prestazioni specifiche e determinate, chi agisce in responsabilità, per assolvere l'onere probatorio a suo carico, deve solo dimostrare il mancato conseguimento del risultato prescritto; spetta, invece, all'amministratore dimostrare che

l'inadempimento è stato determinato da impossibilità derivante da causa a lui non imputabile oppure che altri fatti e circostanze escludono l'esistenza stessa dell'obbligo dedotto in giudizio.

Per gli obblighi di gestione che consistono in prestazioni di attività diligente, chi ne allega l'inadempimento non può limitarsi a provare l'esito deludente dell'esercizio sociale. Egli deve provare anche che il debitore abbia violato il modello normativo di condotta, cui era tenuto. Nelle obbligazioni di attività, infatti, la dimostrazione della materialità dell'inadempimento non è altro che la prova dell'inosservanza di quelle regole che il debitore è tenuto a rispettare. Di per sé l'esito infausto della gestione sociale non prova che gli amministratori non abbiano adempiuto all'obbligo di diligenza, non essendosi impegnati a garantire in ogni caso la realizzazione di utili. Molto incisivamente si è detto al riguardo che gli amministratori, in genere, non rispondono di ogni operazione sbagliata, "poiché non è detto che in una gestione commerciale si abbia l'obbligo di compiere solo operazioni di sicuro successo" (DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, 304). "I soci possono sperare che gli amministratori riescano nel loro compito, ma non possono imputare ad essi di non avere avuto fortuna" (FRE', *Società per azioni*, in *Comm.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 502).

In conclusione, occorre essere molto oculati nel valutare la prova fornita dal creditore, sia perché non è facile dimostrare la colpa dell'amministratore per un'attività dai contorni così incerti, sia perché è troppo semplice valutare a posteriori, in base ai risultati deludenti, un'attività così rischiosa. Questo non significa, però, che l'insindacabilità nel merito della gestione degli amministratori sia scontata, come ritiene gran parte della dottrina (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 63; FRE', *Società per azioni*, cit., 502).

Il BONELLI ritiene l'insindacabilità nel merito, non solo quando l'insuccesso derivi da "sfortuna" o da oggettive situazioni di mercato; ma anche quando esso sia imputabile ad erronee o perfino irragionevoli scelte degli amministratori. E giustifica tale assunto sul rilievo che la legge non impone agli amministratori un obbligo di gestire la società senza commettere errori, ma soltanto l'obbligo di amministrare con diligenza e di non agire in conflitto d'interessi.

Ciò non dovrebbe condurre, però, a ritenere che l'aver commesso un grave errore o l'aver assunto rischi sproporzionati alla consistenza dell'impresa, siano circostanze del tutto irrilevanti. Esse non sono certo sufficienti a fondare la responsabilità degli amministratori, ma sicuramente possono essere considerate indizi da valutare al fine di giustificare la presunzione dell'intervenuta violazione di tali obblighi.

La giurisprudenza si è pronunciata spesso in modo conforme alla tesi della dottrina (Cass. 12 novembre 1965, n. 2359, in *Foro pad.*, 1965, I.c. 1820: "il giudice investito di un'azione di responsabilità... non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato"; conf. Cass. 6 marzo 1970, n. 558; Cass. 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giust. civ.*, 1983, I, 603, con nota di Iudica, Sulla responsabilità di amministratori di S.p.A. per transazioni concluse con debitori sociali; Cass. 21 marzo 1974, n. 790, in *Giur. comm.*, 1974, II, 509; Cass. 27 luglio 1978, n. 3768, in *Giur. comm.*, 1980, II, 904; Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2265, con nota di Santasiere: a proposito di una speculazione infruttuosa si afferma che "l'atto di gestione d'impresa non può essere escluso dalle attribuzioni dell'amministratore solo in quanto si presenti ad alto rischio, né in quanto emerga a posteriori infausto, salva restando, anche in questa ipotesi la deduzione e la dimostrazione di una sua esorbitanza da dette attribuzioni per effetto di specifica previsione dello statuto o di deliberazione assembleare all'uopo idonea").

Resta il fatto, però, che gli errori e le scelte irragionevoli possono essere, rispettivamente, inescusabili e non ragionevoli proprio perché gli amministratori potrebbero non essersi attenuti al criterio della diligenza del buon padre di famiglia; e, in tal caso, non si capisce perché il gestore avventato e negligente dovrebbe restare esonerato dalla responsabilità.

Gli è che nel giudizio di responsabilità l'esame del merito non può essere evitato. La norma che impone di amministrare diligentemente la società in vista del suo interesse, altro non è che una direttiva generale. Un riesame per stabilire la responsabilità porta inevitabilmente il sindacato di legittimità a fondersi con quello di merito, e forse anche, logicamente, a collimare (WEIGMANN, *op. cit.*, 191).

7. Una volta individuata la fattispecie di inadempimento, si profilano gli ulteriori e distinti momenti dell'addebitabilità di essa al debitore come fatto illecito, di cui debba rispondere, e della determinazione della misura del danno risarcibile.

Il primo momento attiene all'accertamento della responsabilità. Si tratta di attribuire l'evento dannoso al soggetto, che è tenuto a risponderne alla stregua dei criteri di imputazione della responsabilità normativamente previsti. Ed i criteri sono quelli degli artt. 1218 e 1227, 1° comma, c.c., che ricollegano l'obbligo di risarcire il danno al soggetto inadempiente, salva la prova che l'impossibilità della prestazione sia derivata da causa a lui non imputabile.

Il secondo momento attiene alla determinazione del danno risarcibile e postula che sia stato già risolto in senso positivo la questione dell'*an debeatur*. Attiene, in particolare, alle tecniche di selezione del danno risarcibile, che trovano la loro disciplina nel sistema degli artt. 1223, 1227, 2° comma, 1221 e 1225, c.c., e che tendono fondamentalmente a stabilire quali fra le conseguenze pregiudizievoli, in linea materiale riconducibili al responsabile, debbono essere risarcite in base ad una valutazione normativamente qualificata di "conseguenzialità".

In pratica il legislatore ha voluto limitare del danno risarcibile e lo ha fatto, ammettendo soltanto la risarcibilità dei danni che siano legati all'evento dannoso da un nesso di "conseguenzialità immediata e diretta" (art. 1223, c.c.). E' questo il criterio fondamentale, inteso a selezionare quali fra le molteplici ripercussioni pregiudizievoli dell'evento dannoso debbano essere addossate al soggetto responsabile e quali, invece, per ragioni di opportunità, non si ritiene debbano far carico a quest'ultimo, facendole ricadere all'esterno dell'area del *quantum* risarcibile.

Sulla nozione di consequenzialità immediata e diretta regna, però, grande incertezza. Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, la funzione dell'art. 1223, c.c., sarebbe quella di limitare il risarcimento alle sole conseguenze legate all'avvento dannoso da un nesso di "regolarità causale" (Cass. 18 luglio 1987, n. 6325; Cass. 13 dicembre 1983, n. 7358). In pratica, nella serie potenzialmente infinita delle ripercussioni dannose dell'illecito, sarebbero risarcibili soltanto quelle che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, o in base a parametri di regolarità statistica (Cass. 15 maggio 1967, n. 1016), possono definirsi effetti normali o ordinari (e quindi regolari) del fatto dannoso.

A fronte degli inconvenienti insiti in una siffatta interpretazione, si è cercato di meglio precisare la nozione col ricorso a criteri alternativi, quali quelli basati sul nesso di "causalità specifica" (suggerito dal BIANCA) oppure sullo scopo e sull'ambito di protezione della norma violata. In base al criterio della "causalità specifica", sarebbero risarcibili solo i danni che, secondo l'esperienza, costituiscono la realizzazione del rischio creato da un determinato antecedente, legato, quindi, all'illecito da una relazione di tipica e specifica consequenzialità, con esclusione dei rischi generici. In base al criterio dell'adeguatezza allo scopo della norma violata, dovrebbero peraltro escludersi dal risarcimento quelle conseguenze che integrino una realizzazione del rischio estraneo alla finalità di tutela della norma.

In presenza di questa varietà di orientamenti, che si differenziano di poco, è possibile concludere che il criterio di selezione del danno risarcibile, codificato dall'art. 1223, c.c., dovrebbe operare nel senso di precludere il risarcimento di quei danni che, pur collocandosi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, in rapporto di normale effetto rispetto all'illecito, risultino tuttavia espressione di rischi non specifici all'illecito stesso, bensì generici. Per converso conseguenze definibili come mediate sotto il profilo della regolarità statistica, potranno considerarsi immediate e dirette qualora siano riconducibili all'evento dannoso. Che è la soluzione cui perviene la

giurisprudenza quando afferma che anche le conseguenze mediate e indirette possono essere risarcite se costituiscono effetti normali dell'inadempimento (Cass. 18 luglio 1987, n. 6325; Cass. 19 luglio 1982, n. 4236).

Ulteriori limitazioni del danno risarcibile, oltre quelle disposte dall'art. 1223, c.c., si hanno per effetto dei criteri contenuti: nell'art. 1227, 2° comma, c.c., che esclude la risarcibilità dei danni diretti ed immediati, che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza; nell'art. 1221, c.c., il quale esclude i danni che si sarebbero ugualmente verificati; nell'art. 1225, c.c., che, nei casi di inadempimento colposo, esclude i danni non prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Questi principi, sia relativi all'imputazione della responsabilità, sia relativi alla determinazione del *quantum* risarcibile, valgono sicuramente anche nel giudizio di responsabilità contro gli amministratori.

Tuttavia, in questa materia, la loro applicazione fa sorgere problemi seri in considerazione della complessità del fatto generatore della responsabilità degli amministratori. Il quale, molto spesso, è costituito, non da un fatto strutturalmente semplice e ben definito, bensì da una sequenza di fatti, commissivi od omissivi, funzionalmente collegati alla realizzazione di un fine, che, pur essendo singolarmente sanzionati da specifiche norme, solo nel loro complesso sono produttivi di effetti pregiudizievoli. E' opportuno, quindi, che l'argomento relativo al nesso causale tra l'inadempimento ed il risarcimento danni sia trattato in occasione dei vari inadempimenti, atteggiandosi esso in modo diverso non solo a seconda dell'inadempimento concretamente addebitato agli amministratori, ma anche a seconda del tipo di azione di responsabilità che viene esercitata.

8. A garanzia degli interessi lesi dall'inadempimento degli amministratori l'ordinamento ha apprestato adeguati mezzi di tutela, accordando alla società amministrata l'azione sociale di responsabilità, regolata dall'art. 2393, c.c.; ai creditori sociali l'azione di cui all'art. 2394, c.c.; ai singoli soci e ai terzi l'azione individuale prevista dall'art. 2395, c.c..

Il rimedio fondamentale contro gli abusi degli amministratori è sicuramente l'azione sociale di responsabilità. Nella logica della legge l'azione costituisce lo strumento principale offerto alla società per reagire nei confronti dei propri amministratori infedeli ed ottenere il risarcimento dei danni.

Essa è disciplinata dagli artt. 2392 e 2393, c.c., il primo concernente gli aspetti sostanziali dell'azione, già esaminati, ed il secondo relativo all'individuazione del soggetto, cui spetta la legittimazione ad agire, ed alle modalità di decisione di essa da parte del soggetto legittimato.

E' di questo secondo articolo che dobbiamo ora occuparci. Il primo comma dispone, anzitutto, che l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, salve poche eccezioni contenute in altre disposizioni, spetta esclusivamente alla società, che la promuove "in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione". Esso ha operato, così, una scelta di fondo discriminante, come in altri ordinamenti, ma solo nel nostro attua in modo così rigido e preclusivo.

Il secondo comma prevede che la deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori è inserita *ex lege* nell'ordine del giorno dell'assemblea convocata per la discussione del bilancio. Il che dimostra lo stretto rapporto esistente tra la discussione del bilancio, resoconto della gestione sociale, e l'eventuale adozione di iniziative idonee a porre rimedio a fatti di *mala gestio*.

Il terzo comma si occupa degli effetti della deliberazione dell'azione di responsabilità, ricollegandovi la conseguenza della revoca degli amministratori contro i quali viene deliberata, se la decisione è presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In tal caso è la stessa assemblea che provvede alla loro sostituzione, in deroga all'art. 2386, 1° comma, c.c., che prevede la sostituzione ad opera degli altri amministratori.

Il quarto ed ultimo comma dell'articolo ha ritenuto di dover prevedere la possibilità della società di rinunciare o di transigere l'azione di responsabilità, prescrivendo, però, che la relativa

deliberazione sia espressa ed attribuendo ad una minoranza qualificata di soci (un quinto del capitale sociale) un vero e proprio diritto di veto. Ragionevolmente, la norma si applica anche all'ipotesi di revoca della deliberazione dell'azione e presuppone in ogni caso che l'azione, oggetto della rinuncia, della transazione o della revoca, sia stata in precedenza deliberata.

Per completare gli aspetti processuali dell'azione, non va dimenticato l'art. 2949, 1° comma, c.c., il quale si occupa del regime della prescrizione, stabilendo che l'azione, sicuramente compresa tra "i diritti che derivano dai rapporti sociali", si prescrive in cinque anni. Il *dies a quo* del termine prescrizione coincide col momento in cui si produce il danno; ma per effetto dell'art. 2941, n. 7, c.c., esso resta sospeso fino al momento della cessazione degli amministratori dalla carica.

Tale essendo il quadro normativo concernente il profilo procedimentale dell'azione, la scelta di fondo è certamente quella espressa dal primo comma dell'articolo, concernente la competenza esclusiva dell'assemblea a deliberare la promozione dell'azione medesima. E' una scelta pesantemente discriminante nei confronti della possibilità di esercizio dell'azione, a nome della società, da parte di una minoranza più o meno qualificata di soci. Ma è perfettamente coerente con gli interessi dei gruppi di controllo, i quali tendono a restringere la portata della responsabilità degli amministratori, da loro espressi, in modo da poter esercitare il potere di cui dispongono con la massima discrezionalità e senza nessun ingombrante interlocutore (WEIGMANN, *op. cit.*, 102).

Né è possibile un'interpretazione della norma, che consenta di non escludere la competenza di altri soggetti. Il principio è, infatti, enunciato come una regola generale, suscettibile di eccezioni solo se legislativamente stabilite; tanto che il legislatore ha ritenuto necessario regolare con la norma espressa, contenuta nell'ultimo comma dell'articolo, l'attribuzione di effetti alla volontà di minoranza qualificata contraria alla rinuncia o alla transazione dell'azione già deliberata.

L'argomento più sicuro a favore dell'esclusività della competenza dell'assemblea si ricava, però, dallo spirito di tutto il sistema legislativo, che ha risposto alle esigenze, in altri ordinamenti soddisfatte con l'azione minoritaria, mediante il ricorso ad altri istituti ad effetti più o meno equivalenti. Tali sono: la denuncia dei "fatti censurabili" al collegio sindacale (art. 2408, c.c.) e la denuncia al Tribunale del sospetto di gravi irregolarità (art. 2409, c.c.), consentite, rispettivamente, ad ogni socio e ad una minoranza di soci che rappresenti almeno un decimo del capitale sociale.

Insomma, la scelta dell'art. 2393, asseconda con fedeltà l'obiettivo della maggioranza di poter valutare liberamente l'opportunità di promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori che ha eletto. E' un disegno attuato fino al limite del ragionevole, tanto che anche nel caso in cui sia un ventesimo del capitale sociale a denunciare "fatti censurabili" degli amministratori al collegio sindacale, a questo è stato consentito di promuovere l'azione, ma soltanto di indagare e convocare immediatamente i soci. Finché il funzionamento dialettico tra gli organi della società non sembra definitivamente compromesso, è sempre all'assemblea che viene lasciato il compito di deliberare l'azione.

La competenza dell'assemblea cessa e passa a soggetti diversi solo nelle situazioni di gravissima crisi della società, quando il rapporto fiduciario tra la maggioranza e gli amministratori subisce irreparabili incrinature. Si tratta, appunto, dei casi di più gravi irregolarità, denunciate ai sensi dell'art. 2409, 3° comma, c.c., allorché il Tribunale revoca gli amministratori, nomina un amministratore giudiziario e lo autorizza a promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori revocati; nonché dei casi, ancor più gravi, di assoggettamento della società a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o ad amministrazione straordinaria, in cui l'esercizio dell'azione spetta, rispettivamente, al curatore, al commissario liquidatore ed al commissario straordinario, debitamente autorizzati.

La conseguenza di queste scelte di politica legislativa è stata la scarsissima frequenza delle azioni di responsabilità, deliberate contro gli amministratori dall'assemblea dei soci. Finché la maggioranza non è travolta da gravi crisi, essa non ha alcun interesse ad esperire l'azione contro i suoi fiduciari, perché rischia di dovere risarcire un danno, che più convenientemente può addossare all'intera compagine sociale. Quando la crisi lascia via libera all'intervento di altri soggetti, allora l'esperimento dell'azione è sterile di significativi risultati, poiché i patrimoni personali aggredibili

degli amministratori sono sempre largamente insufficienti a riparare i sempre ingenti danni della loro *mala gestio*. La riprova di questa verità è data dalla constatazione che le azioni di responsabilità, nel 95% dei casi, sono state promosse dagli organi delle procedure concorsuali, e che, per il resto sono state promosse da nuovi gruppi di controllo della società contro amministratori espressi da altre maggioranze oppure da amministratori giudiziari nominati dal Tribunale per gravi irregolarità di gestione.

Si era cercato di evitare tali prevedibili inconvenienti mediante il divieto agli amministratori soci di votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità (art. 2373, 3° comma) e, cioè, in situazioni di chiari conflitti di interesse, in modo che la deliberazione potesse essere libera da ogni condizionamento. La misura si è rivelata, però, del tutto inefficace, poiché nelle grandi società le azioni dei soci amministratori, quasi sempre intestate a prestanomi, a società fiduciarie e a società collegate, quasi mai possono essere escluse dal voto.

In questa situazione serve a poco che la proposta di promuovere l'azione di responsabilità figuri *ex lege* nell'ordine del giorno dell'assemblea in cui si discute il bilancio (art. 2393, 2° comma) e che l'approvazione del bilancio non implichi la liberazione degli amministratori per le responsabilità assunte nella gestione (art. 2434, c.c.). Non resta, infatti, che concludere col BONELLI, essere illusorio pensare che la maggioranza assembleare, che sceglie nomina e sostiene gli amministratori, sia il soggetto più adatto a reprimere gli illeciti e assicurare una gestione corretta e diligente. Al contrario spesso gli amministratori sono lo strumento di cui la maggioranza si avvale per commettere abusi a danno della minoranza.

Questi essendo i limiti dell'istituto, non resta che prenderne atto e puntualizzare la portata della norma alla luce della sua interpretazione logica e sistematica.

Intanto l'assemblea che decide sull'azione di responsabilità è ordinaria e delibera con la stessa maggioranza richiesta per la deliberazione sull'approvazione del bilancio. In proposito si è ritenuto, giustamente, che l'atto costitutivo non possa prescrivere per tale deliberazione una maggioranza più elevata di quella stabilita per le altre deliberazioni dell'assemblea ordinaria. Sarebbe, infatti, inconcepibile che la stessa maggioranza che ha potuto respingere il bilancio, non possa decidere anche l'azione di responsabilità contro gli amministratori che lo hanno presentato.

L'assemblea ordinaria è competente a decidere anche nel caso in cui la società sia in liquidazione, a differenza di quanto avveniva sotto la vigenza del codice di commercio, allorché la deliberazione spettava ai liquidatori.

L'azione di responsabilità può essere deliberata contro alcuni soltanto degli amministratori, stante la loro solidarietà nel debito e, quindi, la possibilità per il creditore di scegliere il condebitore contro cui agire, secondo la sua convenienza, non essendo questa un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Anzi l'esercizio contro un solo degli amministratori è consentito anche se l'azione sia stata deliberata contro tutti. Discende ovviamente dai principi della solidarietà che l'amministratore, condannato e tenuto a pagare l'intero importo dei danni, ha il diritto di regresso contro i condebitori per la quota di danno a loro carico.

Per quanto riguarda l'esercizio dell'azione, questa una volta deliberata viene esercitata dai nuovi amministratori o dal liquidatore. Se gli amministratori contro i quali è stata deliberata non sono stati revocati o non siano comunque cessati, l'azione è esercitata dalle persone designate dall'assemblea o, secondo taluni, da un curatore speciale nominato a sensi dell'art. 78, c.p.c..

Resta da fare qualche breve cenno alla rinuncia e alla transazione dell'azione di responsabilità, oggetto dell'ultimo comma dell'art. 2393, c.c.. A quanto si è detto prima su questa disposizione è opportuno aggiungere una rapida considerazione riguardante l'ipotesi della transazione con uno solo degli amministratori condebitori solidali. E' noto al riguardo che, per effetto dell'art. 1304, c.c., il condebitore rimasto estraneo alla transazione può dichiarare di volerne profittare, esercitando un diritto potestativo cui non si contrappone un corrispondente diritto del creditore di vietare che la dichiarazione produca effetto. Per evitare tale grave conseguenza per gli interessi del creditore è necessario che oggetto della transazione sia soltanto la quota dell'amministratore transigente e non

l'intera situazione controversa. Solo così si può ottenere che l'intero debito sia ridotto della sola quota del condebitore che ha transatto (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 178).

Circa la natura giuridica della responsabilità degli amministratori è opinione assolutamente prevalente che, se qualche dubbio è ammissibile sulla natura contrattuale e extracontrattuale della responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali e, ancor più, nei confronti dei singoli soci e terzi, nessun dubbio è lecito sulla natura contrattuale della responsabilità nei confronti della società che gli amministratori ha nominato. In generale si ritiene contrattuale ogni responsabilità che sorga da un'obbligazione preesistente, la cui fonte si rinvenga in un contratto o in un negozio unilaterale o direttamente in una disposizione di legge. E non si può dubitare davvero che la responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2393, c.c., derivi dalla violazione di un'obbligazione preesistente, e non già dal mero compimento di un fatto dannoso. Con l'ulteriore conseguenza dell'applicabilità, al rapporto obbligatorio *de quo*, di tutta la disciplina dell'inadempimento, della responsabilità e dei criteri di determinazione del danno in caso di inadempimento di obbligazioni contrattuali, così come sono stati trattati in precedenza.

9. Nelle azioni di responsabilità uno degli addebiti che più di frequente viene mosso agli amministratori è di avere intrapreso nuove operazioni in violazione dell'art. 1449, 1° comma, c.c., dopo il verificarsi di un fatto che abbia determinato lo scioglimento della società.

Il divieto di nuove operazioni è previsto per tutte le ipotesi di scioglimento della società, indicate dall'art. 2448, c.c., ma la causa di scioglimento che, normalmente, viene allegata in questo tipo di addebito è quella del n. 4 del citato art. 2448, secondo cui la società si scioglie se le perdite abbiano ridotto il capitale al di sotto del minimo legale o, addirittura, lo abbiano azzerato. E', infatti, improbabile che un'azione di responsabilità contro gli amministratori sia esperita quando la società si scioglie per una delle altre cause.

L'assunto in fatto, che viene dedotto in giudizio con questo tipo di azione, è che il capitale sociale, ad una certa data, precisata con maggiore o minore approssimazione, si sia ridotto al di sotto del minimo legale o, addirittura, sia andato totalmente perduto; e che l'amministratore abbia proseguito il normale esercizio dell'attività, o non essendosi reso conto della perdita del capitale o avendo voluto proseguire, nonostante ne fosse consapevole, o, ancora, avendo proseguito dopo aver compiuto manovre per occultare la perdita.

L'assunto in diritto è che l'amministratore, in siffatta situazione, abbia continuato l'attività sociale in violazione dell'obbligo specifico di convocare senza indugio l'assemblea per i provvedimenti di cui all'art. 2447, c.c., ed abbia contravvenuto al divieto di intraprendere nuove operazioni dopo che si era verificata la perdita del capitale sociale e, quindi, lo stato di liquidazione della società.

La riduzione del capitale sotto il minimo di legge o la sua perdita totale non è, però, circostanza di facile accertamento, in quanto accade raramente che si possano acquisire prove dirette al riguardo. E', infatti, eccezionale che, come si legge in Trib. Genova 6 aprile 1993 (in *Fall.*, 1993, 1263), l'occultamento della perdita del capitale risulti dalla scoperta tra i documenti della società di una bozza di bilancio denunciante una perdita superiore al capitale sociale e, di seguito, nello stesso foglio, una serie di appunti relativi alle variazioni da apportare alla bozza per non fare risultare in bilancio una perdita tale da rendere inevitabile la messa in liquidazione della società. Di norma, invece, l'entità della perdita può essere accertata solo mediante complesse indagini tecnico-contabili sulla corretta rilevazione e registrazione delle operazioni sociali nelle loro componenti attive e passive, sulla corretta tenuta della contabilità, sulla redazione dei bilanci con criteri di chiarezza e verità, sulle valutazioni dei cespiti in conformità ai criteri stabiliti dalla legge, sulla prudente costituzione dei fondi di ammortamento e svalutazione crediti.

Se attraverso le indagini peritali, o altrimenti, si giunge alla scoperta della perdita occultata, quasi sempre si scopre pure che essa è rimasta occulta per inosservanza di prescrizioni nella redazione dei bilanci, consistenti in aumenti artificiosi dei valori dell'attivo o in diminuzioni pure

artificiosi del passivo, che fanno apparire il patrimonio sociale più florido di quanto consentito dalla legge (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 31, nota 40). Di solito gli espedienti per aumentare artificiosamente i valori dell'attivo sono: l'attribuzione alle immobilizzazioni di un valore superiore a quello consentito a norma dell'art. 2426, c.c.; l'iscrizione in bilancio come spese incrementative di semplici costi di manutenzione, l'iscrizione in bilancio di poste attive fittizie; l'illegittima utilizzazione di oneri finanziari, patrimonializzati come incrementi di altri cespiti. Gli espedienti che, invece, diminuiscono le componenti passive del patrimonio sono: l'iscrizione in bilancio di ammortamenti insufficienti e di fondi per rischi e oneri inadeguati; la mancata iscrizione di fondi svalutazione crediti sufficienti a coprire i reali rischi di insolvenze; la mancata iscrizione di debiti verso enti previdenziali e uffici tributari.

Già queste violazioni di precise norme di legge in tema di redazione del bilancio di esercizio possono costituire di per sé autonome fonti di danno risarcibile, oltre che di responsabilità penali. Basta pensare che le sopravvalutazioni dell'attivo e le sottovalutazioni del passivo integrano molto spesso, sotto il profilo penalistico, l'ipotesi del reato di false comunicazioni sociali o di fatti di bancarotta in caso di fallimento della società; e sotto il profilo civilistico, vere e proprie figure di responsabilità per danni, qualora la società venga assoggettata a tributi per utili in realtà non realizzati oppure i soci sottoscrivano aumenti di capitale indotti da bilanci falsamente ottimistici oppure banche e altri finanziatori concedano crediti indotti in errore sulle in realtà inesistenti capacità solutorie della società (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 33).

Ma, oltre che rilevanza autonoma, tali violazioni ne hanno quasi sempre una strumentale ed indiretta, in quanto, occultando perdite che riducono grandemente o azzerano il capitale sociale, costituiscono la premessa per la violazione del preciso obbligo degli amministratori di convocare immediatamente l'assemblea, ai sensi dell'art. 2427, c.c., o per ricostruire il capitale perduto o per trasformare la società o per proporre la messa in liquidazione, ai sensi dell'art. 2448, n. 4, c.c..

A sua volta la violazione dell'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2447, c.c., si accompagna, quasi sempre, alla violazione dell'altro obbligo specifico di non intraprendere nuove operazioni, previsto dall'art. 2449, 1° comma, c.c., essendo tutte collegate in funzione strumentale al fine di occultare le perdite e lo stato di scioglimento con lo scopo ultimo di proseguire l'esercizio dell'attività sociale.

L'indagine successiva concerne l'accertamento delle "nuove operazioni", vietate ai sensi dell'art. 2449, c.c., col connesso problema di definire con precisione cosa s'intende con tale espressione.

Com'è noto, nell'ipotesi di perdita di oltre un terzo del capitale sociale, che comporti la riduzione del capitale medesimo al di sotto del minimo legale, la causa di scioglimento opera il diritto, automaticamente, proprio nel momento in cui si verifica, mentre la deliberazione di messa in liquidazione ha un mero effetto dichiarativo. In quel momento stesso sorge l'obbligo dell'amministratore di arrestare l'esercizio di quella determinata attività economica, costituente l'oggetto della società, e di avviare la liquidazione del patrimonio, esaurendo gli affari in corso. E' in coerenza con questo mutamento di scopo della società che va costruito il concetto di "nuove operazioni".

Operazioni nuove possono dirsi, quindi, tutti quegli affari che, oggettivamente, sono assolutamente incompatibili col nuovo scopo dell'attività sociale di esaurire i vecchi affari in corso. Non sono, invece, tali quelle operazioni, che, pur iniziate successivamente al verificarsi di una causa di liquidazione, siano destinate alla preparazione svolgimento o più proficuo esito della liquidazione del patrimonio. Hanno queste caratteristiche, e sono quindi consentite: a) le attività economiche connesse a precedenti operazioni in corso, che ne costituiscono l'esecuzione e lo sviluppo; b) le attività economiche necessarie o utili per la conservazione del patrimonio sociale; c) le attività economiche dirette a preparare o attuare o rendere più proficua la liquidazione.

Una volta accertati i presupposti di fatto e di diritto in base ai criteri esposti, non vi sono eccessive difficoltà ad affermare che l'inosservanza del divieto di intraprendere nuove operazioni

comporta, da parte degli amministratori, assunzione di responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi.

E lo stesso art. 2449, 1° comma, c.c., che stabilisce tale criterio d'imputazione della responsabilità per il caso di contravvenzione al predetto divieto. Si tratta, nel caso di organo amministrativo collegiale, di responsabilità collegiale e solidale di tutti gli amministratori, anche in presenza di delega di attribuzioni del collegio di amministrazione ad uno o ad alcuni dei suoi membri. La responsabilità contemplata dell'art. 2449, c.c., infatti, non si sottrae alla regola generale della responsabilità solidale di tutti i membri del collegio, anche se il danno sia stato provocato da uno solo o da alcuni di essi. Naturalmente, anche con riferimento alla specifica responsabilità *ex art.* 2449, c.c., può esservi esonero da responsabilità nell'ipotesi in cui qualche amministratore si sia avvalso della procedura liberatoria dell'art. 2392, ult. comma, c.c..

La natura contrattuale di questa responsabilità consente di risolvere agevolmente i problemi di ripartizione dell'onere della prova tra le parti. Evidentemente l'attore-società deve dare la prova dell'inadempimento, di cui si siano resi responsabili gli amministratori, e, trattandosi di obbligazione avente per oggetto un risultato, vale a dire, l'astensione dal compimento di operazioni nuove, deve dimostrare che i convenuti, in contravvenzione del divieto, hanno intrapreso nuovi affari incompatibili con lo stato di liquidazione. Se questa prova viene data, i convenuti amministratori sono tenuti a dare la prova o dell'insussistenza dello stato di scioglimento della società o del mancato compimento di operazioni nuove o della scusabilità dell'ignoranza della perdita del capitale, sempre che dalle prove esibite dalla società attrice non risulti già il doloso occultamento delle perdite per poter continuare il normale esercizio dell'attività sociale in spregio al divieto di cui all'art. 2449, c.c..

L'altro tema fondamentale di questa figura di responsabilità è quello concernente il nesso di causalità tra le nuove operazioni intraprese ed il danno denunciato dalla società come conseguenza delle prime.

E' appena il caso di avvertire che valgono in questo tipo di controversie le stesse regole di selezione del danno risarcibile applicabili alla responsabilità per inadempimento contrattuale in generale. Sicché è risarcibile solo il danno che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, escluso quello che si sarebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, 2° comma, c.c.), quello che si sarebbe verificato ugualmente (art. 1221, c.c.) e quello che non poteva prevedersi nel momento in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225, c.c.).

E' quindi sulla scorta di questi criteri che devono essere valutati gli orientamenti seguiti nella determinazione del danno addebitabile all'amministrazione che abbia intrapreso nuove operazioni.

Com'è noto, secondo un orientamento molto diffuso, specialmente nei casi in cui l'azione di responsabilità viene esercitata in pendenza di una procedura fallimentare, il danno da risarcire andrebbe quantificato nella differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare, sul riflesso che se la gestione fosse cessata al momento della perdita del capitale sociale, passivo e attivo si sarebbero pareggiati, mentre l'eccesso dell'uno rispetto all'altro si sarebbe verificato, appunto, per la colpevole prosecuzione dell'attività sociale dopo tale momento'' (Trib. Genova, 27 dicembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 742; e in senso conforme Cass. 23 giugno 1977, n. 2671; Cass. 4 aprile 1977, n. 1281, in *Giur. comm.*, 1977, II, 449; App. Milano 27 aprile 1982, in *Soc.* 1983, 27; Trib. Milano 13 ottobre 1983, in *Soc.* 1984, 345; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Soc.* 1986, 505; Trib. Catania 30 agosto 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, 228; Trib. Pavia 12 luglio 1989, in *Soc.* 1990, 306).

E' un principio che, in astratto, non si presta a critiche, essendo evidente che l'arresto dell'attività nel momento in cui si perde il capitale, ma quando ancora le componenti attive e passive del patrimonio sociale bilanciano, esclude ogni possibile aggravamento della situazione patrimoniale della società. Non si considera però, che in concreto il valore dell'attivo di una società in funzione è notevolmente diverso dal valore realizzabile nell'ipotesi di liquidazione. Con la conseguenza che, commisurando il danno risarcibile alla differenza tra il passivo e l'attivo al

termine della fase liquidatoria, si finirebbe per addebitare all'amministrazione anche la perdita di liquidazione, e, cioè, minusvalenze di liquidazione, riconducibili a cause in nessun modo imputabili alla condotta dell'amministratore. Non a caso nelle pronunce più meditate, all'affermazione consueta, secondo cui in linea di principio il danno deve essere commisurato alla differenza tra il passivo e l'attivo, fa seguito la precisazione che da tale differenza deve essere esclusa quella parte di essa che non sia legata da un nesso di causalità alla condotta illecita degli amministratori (Cass. 4 aprile 1977, n. 1281, in *Giur. comm.*, 1977, II, 742). Il che significa determinare il danno in quella misura che, a norma dell'art. 1223, c.c., sia "conseguenza immediata e diretta" dell'illecita condotta dell'amministratore, e non nella pura e semplice misura della somma algebrica dei due dati contabili.

Di questa evidente verità si è resa conto parte significativa della dottrina. Taluni propongono, infatti, sulla scia di un filone giurisprudenziale della S.C. (Cass. 5 gennaio 1972, n. 91, in *Giust. civ.*, 1972, I, 246; Cass. 4 aprile 1977, n. 1281, *cit.*), di dedurre dalla differenza tra passivo e attivo tutto il passivo relativo ad operazioni compiute prima della perdita del capitale sociale, nonché il profitto realizzato con le nuove operazioni, avvertendo che l'amministratore comunque non risponde di alcunché quando la nuova operazione si è chiusa alla pari (QUATRARO, *L'azione di responsabilità ex art. 2395, c.c.*, in *Soc.*, 1986, 1180).

Altri criticano giustamente il criterio in questione, ritenendolo errato per difetto o per eccesso: per eccesso in quanto non sempre il deficit fallimentare è attribuibile per intero alla condotta illecita degli amministratori; per difetto in quanto trascura che in taluni casi il deficit fallimentare può essere inferiore alla perdita derivante dall'atto di *mala gestio*, se non tutti i creditori concorsuali hanno proposto domanda di ammissione al passivo. Ritengo, quindi, che il danno addebitabile agli amministratori non può essere che lo specifico pregiudizio determinato dalle singole violazioni loro addebitate e che pertanto esso è pari alla differenza tra il passivo alla data di fallimento ed il passivo alla data in cui l'attività avrebbe dovuto cessare per effetto dell'avvenuta perdita del capitale, detratto quanto realizzato con la liquidazione dell'attivo (PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Fall.*, 1989, 973).

Analoga è l'opinione di chi non ritiene corretto il criterio della differenza tra il passivo e l'attivo, in quanto esso finisce col porre a carico degli amministratori anche la responsabilità per i debiti sorti prima che il capitale risultasse perduto e per le perdite incolpevoli che spesso si verificano in conseguenza di una non vantaggiosa realizzazione dell'attivo. Gli amministratori dovrebbero, invece, rispondere dello specifico danno prodotto dalle nuove operazioni, inteso o come differenza tra costi e ricavi delle stesse oppure come quella maggiore perdita della società, risultante dal raffronto tra la perdita accertata alla data in cui il divieto di nuove operazioni poteva ritenersi operante e la perdita maggiore risultante alla data di fallimento (MARESCOTTI, *Scioglimento della società e responsabilità per le nuove operazioni*, in *Soc.*, 1986, 1070).

Secondo altri il danno risarcibile sarebbe costituito dalla differenza tra la consistenza patrimoniale della società al momento del suo scioglimento e la situazione patrimoniale della società fallita (CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di società per azioni*, Milano, 1984, 113 ss.).

Una critica del criterio in discussione, non accompagnato, però, da alcuna proposta ricostruttiva, è fatta da una autorevole dottrina (JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1989, 969). Essa, dopo avere osservato che i giudici continuano a commisurare la responsabilità alla differenza tra il passivo e l'attivo, osserva che con una simile visione il requisito del nesso di causalità viene, più che interpretato, addirittura obliterato, posto che non è neppure concepibile che gli amministratori, quali siano le loro colpe, siano autori o corresponsabili della totalità degli sbilanci patrimoniali in cui si concreta lo stato di insolvenza.

Nello stesso senso è orientata altra parte della giurisprudenza (Cass. 5 gennaio 1972, n. 21, cit.; Trib. Milano 25 maggio 1981, in *Soc.* 1982, 16; Trib. Torino 9 aprile 1991, in *Fall.* 1991, 866, etc.) e si può concludere con una recente pronuncia (Trib. Genova, 6 aprile 1993, in *Fall.*, 1993, 1263), che criterio convincente di liquidazione del danno, conforme ai parametri indicati dalla legge per i danni da inadempimento delle obbligazioni contrattuali, è quello per cui il pregiudizio sarebbe costituito dalla differenza tra le passività derivanti dalle nuove operazioni ed il ricavo delle medesime oppure dalla differenza tra la consistenza patrimoniale della società al momento dello scioglimento e la situazione patrimoniale di essa al tempo del fallimento, depurata dalle passività non imputabili alla condotta degli amministratori. Tuttavia non è né semplice, né talvolta possibile accertare, neanche col ricorso ai più esperti consulenti, quale possa essere stata la situazione patrimoniale della società nei due momenti considerati, Molto spesso, quindi, per la liquidazione del danno non si può fare altro che ricorrere alla valutazione equitativa di cui all'art. 1226, c.c., ricorrendone tutti i presupposti (conf.: Trib. Roma 21 maggio 1984, in *Soc.* 1985, 724; Trib. Milano, 22 settembre 1988, in *Dir. fall.*, 1988, II, 338).

10. Un'altra figura di responsabilità degli amministratori, che diviene, sempre più frequentemente, oggetto di accertamenti giudiziari, è quella fondata sull'allegazione di danni cagionati alla società dagli amministratori mediante la costituzione e la gestione occulta dei c.d. "fondi neri", "fondi occulti" o "fondi riservati".

E' opportuno, prima di indagare sui problemi giuridici che il fenomeno fa sorgere, dare qualche sommaria indicazione sulle tecniche di realizzazione dei fondi in questione. Le quali tutte hanno in comune lo scopo di sottrarre ai controlli sociali interni fette più o meno consistenti del patrimonio della società e di attribuirne la disponibilità al Consiglio di amministrazione o a singoli componenti di esso. I quali, poi, le utilizzano, a loro insindacabile giudizio, per impieghi più o meno leciti, ma sempre in violazione di norme di legge sulla corretta tenuta della contabilità e sulla redazione dei bilanci. Caratteristica di queste violazioni è che si risolvono sempre in sottovalutazioni del patrimonio sociale in misura pari all'entità dei fondi neri che in tal modo vengono costituiti.

Dai "fondi neri" occorre distinguere le c.d. riserve occulte, che, al contrario dei primi, non sono considerate illecite. Esse consistono in entità patrimoniali, che non risultano con evidenza dal bilancio e che derivano da sottovalutazioni dell'attivo e sopravvalutazioni del passivo. Non derivando, quindi, da soppressioni di poste o da inserimenti di poste passive fittizie, ma da valutazioni prudenziali rientranti nei limiti della discrezionalità lasciata agli amministratori dai criteri legati al riguardo, non sono né riserve ufficiali, né "fondi neri", bensì sottovalutazioni lecite di un patrimonio saldamente sotto il controllo dei soci.

I "fondi neri", invece, sottratti al patrimonio della società, quanto meno sotto il profilo formale, e non figuranti nel suo bilancio, costituiscono indubbiamente il frutto di operazioni sicuramente contrarie alle leggi penali e civili, risolvendosi in un *quid novi*, la cui disponibilità sta nelle mani del solo organo, che segretamente ne ha deciso l'accantonamento e che a suo piacimento li può impiegare senza alcun controllo degli altri organi sociali.

In una sentenza non tanto recente (App. Venezia 25 novembre 1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, 836) i fondi neri vengono definiti accantonamenti che non figurano nelle riserve ufficiali e, quindi, nei bilanci, realizzati per ragioni di prudenza. Con essi la società si cautelerebbe per il futuro, ponendosi in grado di superare le avverse congiunture, e si risolverebbero, quindi, in un potenziamento segreto del capitale.

La verità è, però, che la prudenza non c'entra affatto nella costituzione dei fondi neri. Negli anni '70 questo modo benevolo ed indulgente di concepire il fenomeno era molto diffuso e non suscitava scandalo. Addirittura veniva giudicato come un modo accorto di amministrare il patrimonio altrui ed era condiviso nelle più alte sfere istituzionali del governo economico. Oggi, al contrario, alla luce degli impieghi criminosi che dei fondi sono stati fatti e della cresciuta sensibilità per gli aspetti

riprorevoli delle attività occulte delle imprese pubbliche e private, nessuno dubita più dell'illiceità del fenomeno, reclamandone la repressione.

Dei fondi in questione sono, poi, ben note le tecniche di realizzazione. Nel caso esaminato dalla Corte di Venezia nella sentenza citata, una banca aveva costituito i fondi addirittura con delibere (pure occulte) del Consiglio di amministrazione e li aveva giustificati con l'esigenza di disporre di mezzi extra-bilancio per fronteggiare all'occorrenza spese straordinarie. Il mezzo tecnico usato è stato quello di non distribuire gli utili di gestione e di utilizzarli per emettere libretti di deposito a risparmio intestati a nomi di fantasia, conseguentemente iscrivendo i titoli nel passivo del bilancio. Col risultato di dare l'apparenza di debiti della banca a quelli che, in realtà, erano attività dell'ente. Ma quel che più impressiona in questa vicenda non è tanto la scontata illiceità civile e penale di essa, quanto la circostanza che il governatore della Banca d'Italia dell'epoca ha giudicato l'operazione un valido presidio dell'integrità dei fondi legali di riserva, scrivendo con il sistema dell'imputazione delle riserve al conto depositi e della contestuale emissione di libretti (sistema largamente diffuso nella pratica bancaria) equivarrebbe nella sostanza ad altre tecniche contabili, che fanno uso di altri conti o sottoconti del passivo (ad es. creditori diversi, fondi di liquidazione, accantonamenti vari, etc.).

Con modalità analoghe sono stati costituiti i c.d. "Fondi R.", *alias* "fondi neri", di cui si sono occupate la Corte d'Appello di Genova (App. Genova, 5 luglio 1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, 730, con nota di Cassottana, *Atti di disposizione patrimoniale contrari all'interesse sociale e sindacato dell'autorità giudiziaria*) e la S.C. (Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1892, con nota di Toffoli, *Amministratori di società e "fondi neri"*). In quel processo è risultato, infatti, che i fondi neri erano stati costituiti con l'occultamento di una parte dei profitti dell'industria saccarifera, realizzato con la tecnica di vendite in nero o di sottofatturazioni o con entrambi gli espedienti; alla morte di colui che li aveva costituiti, sono stati trasferiti ad un nipote, succeduto nel comando di un gruppo d'impres; sempre occultamente, sono stati gestiti da quest'ultimo ancora per un altro decennio; e, quindi, sono stati attribuiti ad una società del gruppo, diversa da quella cui appartenevano, allorché il pacchetto di controllo della società proprietaria è stato ceduto ad altro gruppo.

Del resto, le tecniche di realizzazione dei fondi riservati, impiegate in queste due vicende, fanno parte dell'armamentario degli espedienti contabili utilizzati in altri innumerevoli casi, tanto che lo stesso governatore della Banca d'Italia ne ha dato una esemplificazione in una delle vicende prima menzionate.

Altre tecniche ricorrono all'acquisto di fatture emesse per operazioni inesistenti da società costituite a questo solo scopo.

Nelle grandi imprese, dove i controlli interni costituiscono un ostacolo all'uso degli espedienti indicati, si deve ricorrere, però, a metodologie sicuramente più sofisticate. Tali sono la costituzione all'estero, solitamente nei paradisi fiscali, di società di comodo, totalmente controllate dalla società nazionale a mezzo di fiduciari legati al ristretto gruppo di comando, ed il trasferimento ad esse di capitali più o meno cospicui. Lo strumento tecnico usato per tali trasferimenti sono volta a volta: o il pagamento a quelle società di consulenze fittizie, effettuato per le vie ufficiali, o la corresponsione di royalties per brevetti e processi produttivi realizzati e studiati dalla stessa società che le paga e il riconoscimento di commissioni per affari mai procurati.

I fondi, in generale sono costituiti da disponibilità liquide o da attività di immediata liquidità, quali ad es. denaro depositato in libretti bancari di risparmio al portatore, oro in lingotti o monetato, titoli azionari obbligazionari e similari, sempre acquistati col ricavo di operazioni commerciali pure occulte, compiute in violazione di leggi civili fiscali e penali. Quasi sempre rimangono occulti e vengono alla luce solo per caso, spesso nel corso di indagini penali dirette alla ricerca delle fonti di finanziamento di movimenti eversivi o di fatti di corruzione.

Una volta costituiti, i fondi vengono registrati in una contabilità nera, parallela a quella ufficiale, mantenuta rigorosamente segreta e tenuta sotto controllo del Consiglio di amministrazione o di singoli membri di esso, quasi sempre espressione del gruppo di controllo della società. Costoro,

oltre, alla contabilizzazione, si occupano anche della loro gestione ed utilizzazione, secondo criteri assolutamente discrezionali ed incontrollabili da parte degli organi sociali.

Gli atti di utilizzazione – come è accaduto di constatare nella causa di responsabilità cui si riferiscono le citate sentenze della Corte di Genova e della S.C. (Cass. n. 6278/1990) – molto spesso si possono distinguere in atti di disposizione compiuti nell'interesse e nell'ambito della gestione dell'impresa sociale, quali sono i pagamenti effettuati ad integrazione o a saldo di acquisti e servizi regolarmente deliberati dagli organi sociali competenti; e atti di disposizione compiuti a scopi extrasocietari, o comunque per scopi di indimostrata coincidenza con quelli societari, quali possono essere le integrazioni di stipendi, gratifiche e liquidazioni a favore di dipendenti, le integrazioni di compensi per gli amministratori, le erogazioni a favore di società del gruppo, di partiti politici, di giornali, di associazioni, di terzi, nonché i prelevamenti nel proprio interesse da parte dello stesso possessore dei fondi medesimi.

Con riferimento alla costituzione e alla gestione dei fondi neri si possono configurare a carico degli amministratori, che ne dispongono, vari profili di responsabilità, riconducibili per un verso al fatto dell'occultamento dei cespiti e per un altro verso gli atti di disposizione, che relativamente ad essi siano stati compiuti.

Prima di affrontare questi temi, occorre, però, dare conto di una importante precisazione della S.C. relativamente alla natura della responsabilità dell'amministratore, il quale venga in possesso di beni sociali occulti per effetto delle funzioni connesse alla carica e, poi, li impieghi e spenda, avvalendosi di tale disponibilità. E' stato affermato – a mio parere correttamente – che l'amministratore, il quale così si comporti, non si impone nel rapporto col proprietario dei beni, cioè con la società, nella veste di terzo, che agisce al di fuori del mandato gestorio e del rapporto organico. Non può essere qualificato come "usurpatore" o autore di illeciti aquiliani, nemmeno quando sussista patente esorbitanza o contrarietà di quell'impiego o di quella spendita rispetto agli interessi societari. Infatti, anche rispetto a vicende di pura appropriazione o dissipazione di cespiti, l'atto dell'amministratore, ove reso possibile dei poteri inerenti alla carica, ne esprime esercizio, mentre la sua devianza, in raffronto agli obiettivi per i quali tale carica è stata conferita, assume valore sul diverso piano della sua colorazione come comportamento inadempiente agli obblighi costituiti con il mandato ad amministrare (Cass. n. 6278/1990, *cit.*). Con la conseguenza che per i fatti ipotizzati la responsabilità dell'amministratore si inquadra nella previsione dell'art. 2392, c.c., e che la società può ottenere il risarcimento dei danni solo se e nei limiti in cui la condotta dell'amministratore integri violazione dei doveri del mandatario e le abbia provocato un pregiudizio economicamente valutabile.

Tanto premesso sulla natura della responsabilità, è possibile ora trattare il primo dei profili di essa, relativo alle conseguenze cui va incontro l'amministratore per la costituzione, l'occultamento ed i successivi atti di disposizione, indipendentemente dalla distinzione di questi ultimi in atti compiuti a scopi extrasocietari e atti compiuti nell'interesse dell'impresa sociale. E al riguardo non si può dubitare che l'amministratore che costituisca i fondi e tenga nascosti sia i beni che gli atti di disposizione su di essi, si renda gravemente inadempiente ai suoi obblighi, poiché egli viola non solo il generale obbligo di rendiconto gravante sul mandatario, ma anche gli specifici obblighi, previsti per il mandato ad amministrare l'impresa societaria, dalle norme sulla tenuta dei libri contabili e sulla formazione di pubblicazione del bilancio con il conto perdite e profitti. Non occorre aggiungere altro per cogliere l'intrinseca illiceità del fatto di chi, ricoprendo la carica di amministratore, mediante espedienti contabili vari, crei disponibilità non ufficiali, sottratte ad ogni accertamento e controllo, e, omettendone l'inclusione negli inventari e nei bilanci, fa apparire la situazione patrimoniale della società assolutamente non conforme alla realtà, specie quando i fondi riservati sono di cospicuo importo. Ed è pure chiaro che tale responsabilità si inquadra sia nel 1° comma dell'art. 2392, c.c., relativamente alla costituzione e gestione dei fondi, sia nel 2° comma relativamente al fatto dell'amministratore che scopra i fondi e, anziché adoperarsi per elidere le conseguenze della loro esistenza, ne mantiene la segretezza.

Neppure si può revocare in dubbio che l'occultamento dei cespiti sia di per sé fonte specifica e autonoma di danno per la società. La cui apparenza esteriore, economicamente meno solida di quanto non sia in realtà, è tale da comprometterne il traffico commerciale e ridurne l'attitudine a maggiori profitti, oltre che influenzare negativamente le decisioni dell'assemblea sull'accertamento e la distribuzione degli utili.

Ancor più gravi sono le conseguenze dell'occultamento sulle decisioni dell'organo amministrativo, che, tenuto all'oscuro di quei beni, può essere indotto a deliberare operazioni commerciali e finanziarie più onerose di quelle che avrebbe deliberato, se avesse avuto contezza della reale entità del patrimonio sociale. Senza considerare l'estrema pericolosità di fondi segreti affidati alla discrezionale disponibilità di uno solo o di pochi uomini, sia per i rischi di appropriazione, sia per la possibilità di uno solo o di pochi uomini, sia per i rischi di appropriazione, sia per la possibilità del loro impiego nel finanziamento di attività illecite.

In altri termini gli amministratori devono rispondere delle conseguenze che l'ignoranza dei fondi segreti può determinare nel processo formativo delle decisioni degli organi sociali circa la gestione dell'impresa, nonché delle conseguenze derivanti dalla mancata possibilità di esporre in bilancio i costi non contabilizzati coperti con l'impiego di essi.

Alla luce di queste considerazioni non pare che possa essere condivisa la tesi di quella dottrina (BONELLI, *La responsabilità*, cit., 34 ss.), secondo cui cagione di danni e della relativa responsabilità non sarebbe la creazione dei fondi neri, quanto l'illecita utilizzazione di essi per finanziare operazioni in conflitto di interessi o addirittura per indebiti prelevamenti personali.

Basta ricordare, in contrario, la possibilità che la società contragga un mutuo oneroso, che non avrebbe contratto se i suoi organi fossero stati a conoscenza delle disponibilità occulte, subendo il danno di pesanti oneri finanziari.

Il secondo profilo di responsabilità attiene agli atti di disposizione, che, come si è detto, si distinguono in atti compiuti a scopi extra societari ed atti compiuti nell'interesse e nell'ambito della gestione sociale. Per questi ultimi, oltre la responsabilità consequenziale al loro occultamento, di cui ci siamo occupati poc'anzi, non ne è ravvisabile per gli amministratori alcun'altra; ciò perché, secondo la S.C., l'impiego dei fondi nell'interesse della società, ove non risulti un espresso divieto, non lede diritti della società diversi da quello di essere informata dell'operato dei propri organi.

Per i primi, invece, oltre la responsabilità per l'occultamento, si profila anche quella per l'oggettiva sottrazione del bene sociale, in quanto nell'affidamento della cosa con mandato ad amministrare è insito il divieto per il mandatario di devolverla a beneficio proprio o di terzi.

Conclusivamente, i descritti comportamenti contravvengono in pieno sia al disposto dell'art. 2392, c.c., che di altre numerose specifiche disposizioni, costituendo inadempimenti, non solo del generale obbligo di rendiconto gravante sugli amministratori, ma anche di numerosi specifici obblighi di tenuta della contabilità e di formazione e pubblicazione del bilancio, imposti come mezzo al fine di assicurare l'adempimento del primo. Essi consentono, quindi, di imputare agli amministratori, autori degli illeciti, sia gli eventuali danni derivanti in modo immediato dall'occultamento dei fondi, sia quelli derivanti dagli atti di disposizione, compiuti in conflitto di interessi o a beneficio personale degli amministratori medesimi.

Circa la determinazione del *quantum* dei danni ipotizzabili, i criteri sono diversi a seconda che si tratti di danni derivanti dall'occultamento dei fondi e di danni derivanti dagli atti di disposizione di essi. Dalla prima categoria non è possibile una individuazione esauriente, essendo infinite le ripercussioni pregiudizievoli che l'ignoranza dell'esistenza dei fondi può indurre sulle deliberazioni sociali che richiedono la conoscenza della situazione patrimoniale della società. Si può dire, comunque, in generale, che i criteri sono tanti quanti sono i modi di incidenza della non conoscenza dei beni riservati sulle deliberazioni degli organi sociali. Se, ad es., la società, per soddisfare esigenze di liquidità ha contratto un mutuo a tasso elevato, che non avrebbe contratto se avesse avuto la conoscenza e la disponibilità dei fondi neri, il criterio di determinazione potrebbe essere quello di commisurare il danno all'importo degli oneri finanziari assunti col mutuo, sotto deduzione

dei vantaggi derivati dalla conservazione della liquidità occulta. Se non ha realizzato un affare per difetto di liquidità, che in realtà non sussisteva, il danno potrebbe essere determinato in misura pari al mancato profitto dell'operazione. Se la società non ha ottenuto un finanziamento per l'esiguità del capitale di rischio, il danno potrebbe essere liquidato equitativamente, tenuto conto dei maggiori profitti che la società stessa avrebbe potuto realizzare con l'utilizzazione del finanziamento. Se la società non ha distribuito utili per la necessità di destinarli a riserva ufficiale, ignorando l'esistenza delle riserve occulte, il danno dei soci potrebbe essere commisurato all'importo degli utili non distribuiti e degli accessori. E così via.

Della seconda categoria di danni, derivanti dagli atti di utilizzazione dei fondi, non ne sono ipotizzabili per gli atti compiuti nell'interesse sociale per la più radicale ragione che non è per essi configurabile alcuna responsabilità.

Danni sono, invece, ipotizzabili per gli atti di disposizione compiuti per scopi extrasocietari. Per la determinazione del loro *quantum* la S.C. (Cass. n. 6278/1990) ha espresso l'opinione, meritevole di essere condivisa, secondo cui nell'azione di responsabilità promossa dalla società contro i suoi organi, anche nell'ipotesi in cui si denunci la dissipazione o sottrazione di beni determinati, il fatto illecito e il danno non si identificano, rispettivamente, con detta dissipazione o sottrazione e con il valore di detti beni, ma sono rappresentati l'uno dalla violazione dei doveri inerenti alla carica e l'altro dal pregiudizio che tale violazione arreca alla consistenza economica della società, unitariamente intesa come organizzazione produttiva. Con la conseguenza che l'entità di quei beni può assurgere a mero parametro per la liquidazione del danno, suscettibile in concreto di assumere proporzioni diverse (maggiori o minori) rispetto all'entità dei beni sottratti.