

LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO NELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ

Relatore:

dott. Pasquale PAVONE

consigliere della Corte d'Appello di Firenze

La tutela dell'interesse sociale.

La violazione del dovere di non agire in contrasto con l'interesse sociale si pone come fonte di responsabilità per gli amministratori.

Se però è pacifico – almeno in dottrina – che da tale violazione sorge una responsabilità, mancano certezze in relazione alla giustificazione sul piano normativo di siffatta conseguenza.

Il problema di tale fondamento, per evitare il pericolo di ripetizioni rispetto all'altra parte della relazione a cura del collega, non sarà oggetto di specifico esame.

Mi limiterò a rammentare che sia che si voglia fare riferimento alla teoria del MINERVINI (*Sulla Tutela dell'interesse sociale* in *Riv. Dir. Civ.* 1956, 314) che prospetta la nascita dell'obbligo come collegata all'art. 1739, 1° comma c.c. la cui applicazione viene ritenuta giustificabile per ogni contratto partecipe della natura e del carattere del mandato, sia che si voglia dare la preferenza alla teoria dello JAEGER (*L'interesse sociale*, Giuffrè, 1963) il quale ipotizza il fondamento della responsabilità in relazione al fatto che operando gli amministratori per l'interesse del gruppo sociale unificato, sarebbero obbligati a perseguire l'interesse sociale in relazione al rapporto che li lega al gruppo stesso, emerge un dato – che pure da prospettive diversificate – segnala una giustificazione comune che è il legame con il gruppo sociale, legame che è di natura funzionale in quanto si giustifica esclusivamente con l'adempimento delle funzioni dalle quali quegli organi mutuano la loro stessa giustificazione di esistenza.

In questa stessa linea di pensiero si pone il GAMBINO il quale indica la fonte dell'obbligo nella stessa funzione istituzionale degli amministratori.

Non risulta un dato giurisprudenziale specifico più certo, perché le decisioni in materia sono nel senso di dare per definito, quasi per presupposto, questo concetto che solitamente rimane in ombra pure nelle decisioni che hanno dovuto occuparsi di casi nei quali si era prospettata la possibile esistenza di un conflitto tra l'interesse sociale ed uno specifico diverso interesse occasionale del quale si trovava ad essere, incidentalmente, portatore l'amministratore.

La giurisprudenza più datata si era limitata ad un generico richiamo alle norme sul mandato, o nelle ipotesi meglio motivate, ad una analisi del comportamento dell'amministratore vagliata alla stregua dell'oggetto sociale ed alla compatibilità delle sue scelte operative con gli indirizzi statuari, per accertare se resisteva al giudizio di diligenza e di fedeltà.

In decisioni meno risalenti la Corte di Cassazione (19 agosto 1983 n. 5410) ha delimitato in forma negativa e per esclusione il concetto di interesse sociale: è interesse sociale quello che non soddisfa una esigenza particolare dei soci che si fanno promotori di attività alla realizzazione di questo interesse.

In altra occasione la Corte di legittimità ha fatto un richiamo alle norme sulla rappresentanza sia pure allo scopo dichiarato di decidere il caso di conflitto di interessi tra società a responsabilità limitata ed unico amministratore. In questa fattispecie si è deciso che se non può farsi applicazione dell'art. 2391 resterebbe aperta la possibilità di invocare la tutela di cui all'art. 1394. Al di là della opinabilità della soluzione resta il fatto che si richiamano i criteri di disciplina della rappresentanza.

Va dato atto che la dottrina più recente (BONELLI) ha segnalato una obiettiva difficoltà nel tracciare le linee di un concetto di interesse sociale, difficoltà che trae l'origine e la sua stessa giustificazione nella evoluzione del concetto in una direzione maggiormente sofisticata.

La flessione delle società verso obiettivi che possono essere anche assai distanti dal semplice fine di lucro e, soprattutto, la comparsa di categorie di interessati all'obiettivo sociale quali i lavoratori, come fruitori del bene dell'occupazione per una azienda sana e prospera, i finanziatori, quali portatori dell'interesse al migliore e sicuro investimento della loro scelta di capitalizzazione, la sensibilità del legislatore verso la tutela di questi interessi (Quinta Direttiva Comunitaria che fa riferimento agli organi di direzione e vigilanza tenendo conto degli interessi degli azionisti e dei lavoratori) rendono particolarmente arduo il compito della individuazione di una definizione esatta dell'interesse sociale.

Io ritengo, però, che dietro queste difficoltà che la dottrina ha enunciato si nasconde il pericolo di un comportamento interpretativo tendenziale, attualmente abusato, e che consiste nel confondere l'aspetto dinamico della realtà nella quale si trova ad operare una società di capitali con lo scopo per il quale la società è stata voluta.

Dilatare la nozione di interesse sociale fino a farvi rientrare, ad esempio, fattori di indubbia rilevanza sociale o le aspettative di guadagno di un ceto di soci, significa togliere valore alla determinazione dell'oggetto sociale la cui realizzazione deve rappresentare l'obiettivo alla cui cura devono lo stesso mandato gli amministratori. Realizzazione che comporterà una vasta gamma di implicazioni in relazione alle quali il concetto di convenienza o di utilità per la società non dovrà essere valutato in astratto ma con riferimento allo specifico oggetto sociale, perché non si può concepire la coesistenza di una utilità, in un ambito di correttezza gestionale, se non nella stessa prospettiva che si impone con le indicazioni dell'oggetto sociale.

Gli altri interessi sono soltanto occasionalmente coincidenti con quello sociale e si deve essere cauti nel qualificarli allo scopo di non dilatare oltre l'ammissibile l'ambito di responsabilità degli amministratori. Non si può negare che è interesse dei finanziatori o dei risparmiatori che la società sia amministrata senza che prevalga l'interesse dei membri degli organi di amministrazione o di vigilanza, ma nemmeno si può escludere che si possa talora verificare una occasionale coincidenza di interessi tra quelli di un particolare ceto (risparmiatori o lavoratori) e quello degli amministratori, coincidenza che non trova, invece, riscontro in direzione dell'interesse sociale. Un esempio che si può portare è rappresentato dalla continuazione dell'esercizio di una società sottocapitalizzata che gli amministratori continuano nella speranza di recuperare perdite ascrivibili a loro comportamento e che i dipendenti, invece, avallino, per conservare l'occupazione.

L'obbligo per l'amministrazione di non agire in conflitto di interessi.

Il riferimento normativo utilizzato per giustificare questo obbligo è stato indicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'art. 2391 c.c..

A questo proposito occorre avvertire, però, che quella norma solleva problemi di interpretazione dal momento che obbliga gli amministratori che si trovino in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con quello della società, ad un duplice adempimento: darne avviso agli altri amministratori ed al collegio dei sindaci ed astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione.

La dottrina (BONELLI, DOMENICHINI) è orientata nel senso di dare a queste prescrizioni una interpretazione piuttosto restrittiva, nel senso di limitare l'effetto dell'obbligo all'ambito della validità dell'atto negoziale conseguito.

Questa impostazione, però, appare eccessivamente riduttiva perché il secondo comma dell'art. 2391 stabilisce che l'inosservanza degli obblighi di comportamento ora indicati, è fonte di responsabilità per il risarcimento delle perdite che l'operazione abbia eventualmente prodotto in danno della società.

La Corte di Cassazione (10 febbraio 1962 n. 285 e 8 ottobre 1970 n. 1852) ha ritenuto che una giustificazione normativa all'obbligo di non agire in conflitto di interessi si potrebbe fare derivare dagli articoli 1394 e 1395 c.c.

Quelle norme sono state ritenute come portatrici di un principio generale applicabile in ogni ipotesi di conflitto di interessi, quando ve ne siano i presupposti, e quindi, anche, quando il conflitto sorga tra società ed amministratori.

È chiaro il sottinteso riferimento al principio di rappresentanza organica.

Non merita, però, di essere sottovalutata la importanza del richiamo che l'art. 2391 c.c. fa sul conflitto che si concreta nella incompatibilità tra l'interesse dell'amministratore e quello sociale.

La domanda, che in termini problematici, si può porre è quella che riguarda la determinazione del carattere di questa incompatibilità e se, cioè, si debba trattare di una incompatibilità che abbia carattere assoluto.

Tal carattere, cioè, si potrebbe rilevare a prescindere dall'effettivo contenuto dell'atto ma con una valutazione che debba limitarsi solo alla constatazione della divergenza così come si può prefigurare in conseguenza della formale contrapposizione dei centri di imputabilità di interesse.

Questa proposta, però, non convince in quanto si pone in contrasto con la stessa indicazione dell'art. 2391 che rende sanzionabile l'inosservanza del divieto solo nel caso in cui sia stata produttrice di danno sia nella prospettiva della nascita di una obbligazione di risarcimento a carico dell'amministratore inosservante sia con la impugnabilità della deliberazione alla quale abbia partecipato il portatore di interessi incompatibili, se la sua presenza sia stata determinante ai fini della formazione della maggioranza.

Ma, in più, come è stato acutamente segnalato dal BONELLI, questo sistema di valutazione consentirebbe di lasciare al di fuori dell'area del divieto per conflitto, il compimento di numerose attività che, formalmente corrette, sostanzialmente si possono qualificare in conflitto con l'interesse sociale, mentre, per altro verso, privilegiando l'aspetto formale, dovrebbero essere ritenute produttrici di responsabilità operazioni che pur non avendo prodotto alcuna conseguenza dannosa per la società, avessero presentato quella carenza di perfezione formale già ricordata.

Da queste premesse, quindi, la giustificazione della necessità di un esame che privilegi in concreto la ricerca della esistenza di un conflitto di interessi attuale e, cioè, in atto; non, invece, la valutazione dell'operazione nella prospettiva della semplice potenzialità a porsi nell'area del conflitto.

Questa linea di pensiero trova la conferma in una recente sentenza della Corte di Cassazione (Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439) la quale, decidendo in relazione al caso del fallimento Caltagirone, ha avvertito che è necessario perché si renda operativa la tutela degli interessi che facciano capo alla società, che sussista non solo la potenzialità di un conflitto di interessi, ma l'effettività del conflitto idoneo a causare danno alla società. Il principio enunciato per la società di un gruppo ed il suo organo amministrativo ha una portata generale e deve trovare applicazione anche al di fuori di quella specifica fattispecie.

Il limite della conformità all'interesse sociale, allora, se ricercato in aderenza ai principi che si sono illustrati non potrà essere riconosciuto solo perché è possibile configurare una presunzione semplice di incompatibilità come quando l'amministratore si ponga egli stesso come controparte nell'operazione ovvero si ponga come controparte una società od una persona che sia legata a lui.

Queste configurazioni rendono corretto solo ritenere l'esistenza di una presunzione semplice di conflitto presunzione che il giudice ha il dovere di esaminare e ritenere vinta se le prove in suo possesso gli consentano di escludere che dalla operazione possa effettivamente derivare un danno alla società.

La giurisprudenza di merito si è ripetutamente espressa in questi termini.

Recentemente la Corte di Cassazione (22 maggio 1989 n. 2443) ha ritenuto che "l'amministratore di una società di capitali che in una cambiale sotto l'apposizione della propria firma, dopo l'indicazione della ragione sociale apponga altra firma senza alcuna indicazione e sconti

il titolo presso un istituto di credito, con la girata a se stesso, non pone in evidenza un conflitto di interessi con la società, poiché la girata come atto formale di trasmissione o di cessione del titolo cartolare non rivela per sé il negozio giuridico sottostante e lo sconto in proprio può essere preordinato sia a favore della società, rimettendole il liquido percepito, sia ad un atto di garanzia personale a favore dell'istituto scontatore del titolo».

La natura dell'interesse che determina l'incompatibilità può essere diretto od, anche indiretto.

È conseguenziale alle considerazioni che ho svolto sinora che ha carattere decisivo la esistenza di un conflitto e la divergenza tra gli interessi si deve fare emergere privilegiando l'accertamento di una contrapposizione che è determinata dal vantaggio che l'amministratore consegue occupando un'area di interesse sociale. Ed allora, che l'interesse abbia natura diretta od indiretta, sul piano della semplice valutazione formale, resta neutro quanto alle conseguenze sanzionatorie dell'art. 2391.

Sul piano pratico la individuazione dell'interesse indiretto pone, indubbiamente, problemi di non facile soluzione. Si possono indicare a titolo esemplificativo tutte le situazioni nelle quali l'amministratore si giovi di rapporti di interposizione per fare transitare nella propria sfera di interessi effetti favorevoli che all'apparenza sono acquisiti, invece, da un diverso soggetto.

Considerazioni in relazione a casi pratici ed ulteriori profili interpretativi.

La giurisprudenza nel corso degli anni più recenti ha evidenziato una serie di casi nei quali la divergenza degli interessi è stata definita in relazione a diversi parametri che, in linea di massima, sono, però, riferibili a due campioni: quello che riguarda le singole società e quello che riguarda le società appartenenti ad un gruppo ed ai rapporti tra le stesse.

Nell'ambito di ciascuna tipologia vi sono, inoltre, comportamenti che possono essere aspecifici e ritrovarsi, indifferentemente, nell'una ovvero nell'altra.

Nell'ambito della prima serie si possono ricordare i casi nei quali siano stati compiuti prelevamenti indebiti, o siano stati effettuati pagamenti di somme non dovute; siano state eseguite operazioni il cui corrispettivo sia inadeguato per eccesso rispetto al dovuto. In particolare si segnalano: Cass. 6 maggio 1959 n. 1342 per prelevamenti arbitrari, spese ingiustificate oscurate nella contabilità, pagamenti senza legittima giustificazione. In questa stessa linea, Cass. 21 marzo 1974 n. 790 che si riferisce al caso di pagamenti per consulenze inesistenti ovvero falsa attestazione di versamento del capitale sociale. Interessante è anche la decisione del Tribunale di Milano, 30 maggio 1977 in *Riv. Dir. Comm.* che riguarda il prelevamento di fondi da un conto di liquidazione di borsa ignorato quanto alla esistenza che alla gestione. La sentenza del Tribunale Milano, 1 luglio 1976, in *Giur. Comm.* 1976, va ricordata perché decise della emissione di cambiali in assenza di un rapporto di provvista; così ancora, Tribunale di Milano 22 gennaio 1974 in *Giur. Comm.* 1974, per il quale la responsabilità venne determinata in ragione di prelievi personali fatti risultare come dovuti da terzi ricorrendo all'espedito tecnico del giroconto.

Vanno pure segnalati i casi dell'amministratore che effettua pagamenti in favore di se stesso per retribuzioni che si assume essergli dovute quale dirigente in assenza di un rapporto di lavoro e di subordinazione che giustifichi tale compenso o come dovuto al di fuori di quello percepito per l'adempimento delle sue funzioni istituzionali.

Non possono essere trascurati i casi nei quali l'acquisto determina un impiego di danaro a carico della società diretto a conseguire un utile, apparentemente sociale, ma sostanzialmente individuale dell'amministratore. È il caso di acquisto di quote di una società sottocapitalizzata e con gravoso carico di debiti, ovvero la partecipazione a tale tipo di società, allo scopo di assicurare vantaggi ad esponenti politici che abbiano promesso vantaggi personali all'amministratore.

Per diversi profili di interesse merita di essere ricordata la vicenda dell'acquisto del giornale *Il Messaggero* da parte della MONTEDISON.

A questo proposito il Tribunale di Milano con la sentenza in data 7 marzo 1978 in *Riv. Pen.* 1978, 1017, ha segnalato una prospettiva di più ampio respiro nella quale valutare l'esistenza della divergenza di interessi.

Venne segnalato che l'acquisto della testata giornalistica non poteva essere riduttivamente apprezzata solo quale operazione economica ma avrebbe dovuto essere valutata in funzione strumentale, con gli interessi della società, nel senso che non erano scaturiti immediati effetti positivi e vantaggi che, invece, sarebbero affiorati nei prossimi bilanci in una valutazione comparativa che non avrebbe dovuto essere compressa solo nell'anno relativo alla operazione di acquisto.

La intuizione di questo principio mi trova consenziente in quanto consente per un verso di non sminuire la portata positiva di operazioni intrinsecamente idonee a procurare un concreto vantaggio alla società ma, di più, perché sposta l'orizzonte non solo entro il quale ma, soprattutto, al di là del quale deve essere fatta la valutazione della efficacia delle operazioni sospette di confliggere con l'interesse sociale.

Intendo dire che sarebbe riduttivo limitare questo esame al bilancio di esercizio in corso, cioè quello di competenza dell'operazione in quanto si ometterebbe di valutare la effettiva portata estensiva degli effetti che interessano, sia quelli di segno positivo, ma anche quelli di segno negativo.

L'accidente della conflittualità deve essere ricercato anche negli effetti che l'operazione è capace di produrre in una prospettiva prossima, per evitare che al vaglio critico possano sfuggire quelle situazioni che apparentemente neutre di effetti per l'interesse sociale all'attuale, consentano all'amministratore di sfuggire al giudizio di responsabilità adducendo la giustificazione del semplice errore di scelta di gestione, per di più non dannoso per la società e verso il quale la giurisprudenza ha costantemente affermato l'impossibilità dell'addebito all'amministratore.

Un ulteriore caso emblematico è costituito dal caso del finanziere Bordoni, amministratore della EDILCENTRO SVILUPPO, oggetto di esame da parte della sentenza del Tribunale di Milano, in data 9 giugno 1977 (in *Giur. Comm.* 1977, 2).

Il Bordoni aveva venduto titoli e compiuto altre operazioni con la propria moglie, con danno derivato alla società amministrata; più in particolare egli aveva venduto alla moglie azioni quotate ad un prezzo più basso rispetto a quello emergente dai bollettini di borsa nei giorni in cui erano state perfezionate le transazioni.

Questo caso offre lo spunto per richiamare l'attenzione sulla metodica di accertamento del danno, in quanto il giudice dovrà accertare se, in concreto, e non secondo previsioni di semplice valutazione astratta, le condizioni dell'operazione siano state conformi o meno all'andamento degli indici di mercato.

Si può addurre come esempio la violazione dell'obbligo di trattenere in deposito a titolo di cauzione le azioni costituenti la cauzione di un *ex* amministratore, quando sopravvenuta la condanna dello stesso al risarcimento dei danni in favore della società a seguito di un giudizio di responsabilità, la società danneggiata non riesca più a recuperare alcunché ed ottenere la soddisfazione della propria ragione di credito che, altrimenti, sarebbe stata garantita.

Non è, finalmente, infrequente, il caso nel quale l'amministratore esegua operazioni vantaggiose solo per il proprio tornaconto, servendosi di dati e notizie acquisite nell'esercizio delle sue funzioni.

In questo caso, invece, di eseguire l'operazione sfruttando l'opportunità favorevole per la società amministrata egli volge tale vantaggio a beneficio personale, oppure, dietro compenso che egli percepisce, la offre a terzi.

Questo tipo di operazione presenta particolari difficoltà sul piano della prova perché, come è facile comprendere, si tratta di dimostrare la esistenza della omissione che non lascia traccia nella contabilità o nella documentazione della amministrata: la *corporate opportunity* spesso viene colta tramite l'apparenza dell'amministratore ad altra società della quale risulti pure amministratore.

Per i gruppi di società la patologia del conflitto di interessi involge problematiche specifiche che sono determinate dalla stessa esistenza del gruppo e dalla coesistenza di interessi interagenti.

L'interesse che, nella specie, deve essere considerato come l'oggetto della tutela da iniziative confliggenti degli amministratori, è sempre l'interesse della società amministrata e non, invece, quello della società controllante, del gruppo unitariamente considerato o di una delle società appartenenti allo stesso gruppo.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha preso ferma posizione a questo riguardo (26 febbraio 1990 n. 1439, 8 maggio 1991 n. 5123, 2 luglio 1990 n. 6769 ed altre) per chiarire che la esistenza del gruppo non toglie il carattere di autonomo soggetto di diritto ad ogni partecipante che permane come soggetto autonomo titolare e centro di propri interessi distinti; che non esiste un interesse di gruppo, per la mancanza di un centro di interessi giuridicamente rilevante costituito dallo stesso gruppo, titolare di un interesse superiore e che, infine, le operazioni di intergruppo non possono essere confliggenti rispetto alle società-membro alle quali le operazioni si debbono riferire con l'unico fine di attuarne l'interesse sociale specifico.

I conflitti sono potenzialmente esistenti nel gruppo in quanto generabili dalla diversità tra disegno strategico complessivo ed obiettivi strategici delle singole imprese e, talvolta, dagli stessi legami che intercorrono tra le unità preposte all'esercizio di attività e di servizi centralizzati.

Una corretta amministrazione, quindi, deve considerare, innanzi tutto, la pianificazione delle strategie in maniera da assicurare una azione autonoma delle singole imprese che di volta in volta dipenderanno da vari fattori: il controllo azionario, il grado di integrazione tecnico – economico tra le stesse imprese, la elaborazione di procedure di negoziazione e di collocazione delle risorse. A quest'ultimo proposito si pone il maggior numero di problemi di alto profilo perché, è immancabile, sorgono dalla competizione che tra i vari membri si instaura per assicurarsi una quota maggiore delle risorse totali di cui dispone il gruppo, del grado di dipendenza che si stabilisce reciprocamente tra gli stessi membri, delle relazioni di mercato interaziendali e della gestione e del coordinamento di questi collegamenti.

Una operazione infragrupo dannosa per la società – membro che la pone in essere ma vantaggiosa per il gruppo, quindi, non può esonerare l'amministratore che l'abbia compiuta da responsabilità. In questo caso, infatti, l'interesse sociale perseguito non è quello del membro ma, piuttosto, quello del gruppo o, più esattamente, della strategia del gruppo. A questo proposito la dottrina (BONELLI) ha fatto riferimento ai cosiddetti travasi utili, rappresentati da operazioni a corrispettivo non di mercato, in quanto travasando gli utili ad una società in perdita, e consentendo l'operazione di compensazione ai fini della determinazione dell'imponibile, si rende possibile per il gruppo un alleggerimento della pressione fiscale. Il danno in questo caso ricade tutto sui soci, azionisti di minoranza, della società dalla quale è stato fatto il travaso. Essi, infatti, estranei al gruppo, non risentono alcun beneficio dalla diminuzione della incidenza di imposte sul gruppo nel suo complesso considerato, e quindi gli amministratori hanno solo reso un servizio non apprezzabile alla società amministrata.

La Corte di Cassazione (26 febbraio 1990 n. 1439) ha osservato: *i programmi finanziari e produttivi di gruppo vengono elaborati dalla capogruppo nella veste di titolare delle partecipazioni di controllo; le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio della controllante vengono trasmessi, attraverso le deliberazioni assembleari, od altri mezzi meno formali, alle singole controllate, le quali sono tenute ad uniformare agli obiettivi di gruppo le loro realtà operative.*

Questo modello organizzativo strutturale non contrasta necessariamente con l'interesse delle società del gruppo, essendo necessario, perché scatti la tutela degli interessi che alla singola società facciano capo, non solo la potenzialità di un conflitto di interessi, ma la effettività del conflitto idoneo a causare danno alla società del gruppo.

Va ricondotto anche nell'ambito in esame l'attività negoziale priva di un corrispettivo adeguato quando il vantaggio della inadeguatezza si risolve in favore di altra società del gruppo.

In questo caso il metodo di valutazione non può prescindere dalle considerazioni che ho fatto precedere sulla interazione delle operazioni tra società del gruppo.

L'operazione andrà, infatti, valutata in modo che si tenga conto di tutti gli effetti che ne deriveranno e cioè non solo quelli diretti ed immediati ma anche di quelli strumentali e successivi che potranno sopravvenire in considerazione dell'inserimento dell'operazione nella intera strategia di gruppo, che potrebbe assicurare ad una operazione apparentemente neutra di effetti vantaggiosi od addirittura dannosa, un apprezzabile tenore di utilità. Esempi di operazioni di questo genere possono essere la concessione di prestiti alla controllante a tasso agevolato verso l'assunzione di fidejussioni illimitate o di ingente valore, od il rilascio di lettere di *patronage* per debiti della controllata; all'acquisto da parte della controllata di prodotti finiti a prezzo inferiore a quello di mercato, in cambio di assistenza contabile, consulenza finanziaria od informatizzazione della contabilità.

Si tratterà in tutti questi casi di valutare il rapporto di proporzionalità per stabilire il segno positivo o negativo del risultato finale.

In questa direzione le linee di una responsabilità degli amministratori si tracciano anche nella trasparenza dei bilanci dai quali dovrà emergere, per le operazioni intragruppo, l'indicazione chiara se l'operazione venne conclusa o meno a prezzo di mercato.

Nella stessa direzione dell'orientamento della dottrina e della giurisprudenza italiana si collocano i progetti di normativa a livello CEE.

L'art. 47 del Progetto preliminare di direttiva sull'armonizzazione del diritto dei gruppi di società precisa: *La società dipendente dal gruppo può esigere dall'impresa dominante, al momento della cessazione del contratto, la compensazione di ogni perdita annua che si sia prodotta nel periodo di appartenenza al gruppo, a meno che tale perdita non sia stata compensata con gli utili conseguiti durante l'esistenza del gruppo, o con l'attribuzione sempre durante tale periodo, di utili alle riserve legali o alle riserve libere.*

La Corte di Cassazione (14 settembre 1976 n. 3150) ha affermato l'interessante principio secondo il quale va distinta la validità dell'atto, quando non si pone in contrasto con l'oggetto sociale, dagli effetti dannosi che lo stesso atto può, invece, produrre in quanto compiuto in conflitto con l'interesse sociale; nella ultima ipotesi resta salvo il principio della responsabilità degli amministratori.

Il compimento di operazioni societarie che siano idonee a danneggiare la società amministrata in favore della controllante o anche di altre società del gruppo, rappresenta un'altra fonte di responsabilità per conflitto dell'operazione con l'interesse sociale.

A questo tipo di operazioni già si è anticipato un accenno parlando delle operazioni di *travaso* ma vi si può aggiungere il caso di fusioni o conferimenti con controvalore fissato ad un rapporto non favorevole per una società del gruppo.

In questo tipo di valutazione l'indagine è particolarmente delicata e complessa in quanto l'amministratore può addurre a propria difesa l'allegazione dell'errore di gestione per andare esente da responsabilità. La ricerca del giudice dovrà, quindi, stabilire se si sia trattato di una operazione compiuta consapevolmente con la previsione del risultato dannoso per la società amministrata e se tale prognosi, ove si sostenga l'errore di valutazione, in relazione alla diligenza ed alla ordinaria capacità professionale dell'amministratore, sarebbe stata possibile o meno.

Il conflitto di interessi, come già ho anticipato, può trarre origine anche da atti potenzialmente idonei a determinarlo ed in queste ipotesi è evidente che sussiste il divieto di compierlo alla cui inosservanza consegue la responsabilità.

L'art. 2624 fa divieto agli amministratori di contrarre prestiti con la società o farsi rilasciare garanzie per debiti propri.

Si tratta di ipotesi tipiche di contratto con se stesso, nel quale scompare la possibilità di valutazione degli interessi dei contraenti che di fatto resta affidata ad un solo soggetto, l'amministratore, il quale nell'esercizio del proprio compito istituzionale fa assumere

all'amministrata una obbligazione che trascende dall'oggetto sociale e che mette a rischio tutto o parte del capitale per soddisfare obbligazioni il cui esito e la cui nascita è assolutamente estraneo alle vicende sociali. Egli persegue interessi propri, o di terzi, incompatibili con quelli dell'amministrata sicché all'utilità che egli stesso consegue o rende conseguibile per se stesso o per il terzo, segue un danno per la società amministrata.

La divergenza dell'interesse si riconosce nella possibilità che la società amministrata sia costretta a subire una esecuzione forzata per i debiti dell'amministratore od a perdite per la sua insolvenza personale.

L'art. 2390 c.c., invece, vieta agli amministratori di assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, per conto proprio o di terzi, a meno di non essere stati preventivamente autorizzati dall'assemblea.

In questa fattispecie appare chiaro che la divergenza di interesse sorge nel momento stesso in cui l'amministratore assume la carica vietata, perché da quello stesso momento in poi ha la possibilità concreta di essere interprete di strategie operative in contrasto con quelle dell'amministrata, strategie che non possono se non prevedere il sacrificio di uno dei due interessi in conflitto, per privilegiare l'attuazione di uno soltanto di quelli dei quali le due antagoniste sono portatrici, secondo le leggi della concorrenza.

Secondo la Corte di Cassazione (1 ottobre 1975 n. 3091) in questi casi si determina per l'amministratore una situazione di incompatibilità a cui consegue la necessità della scelta allo scopo di recidere il doppio legame e fare venire meno la divergenza. Conseguirebbe alla sua inerzia la responsabilità per i danni e la possibilità di essere revocato.

L'accezione letterale dell'art. 2390 è generica nella parte in cui estende il divieto alle attività concorrenti per conto proprio o di terzi ed ha dato luogo a non poche difficoltà per tentare di tracciarne un ambito di applicazione meno indefinito.

La posizione di dirigente o di amministratore di una società di capitali concorrente non autorizza, infatti, a trarre affermazioni di responsabilità con altrettanta certezza.

Un parametro di valutazione che offre minore insicurezza è certamente quello secondo il quale si dovrà accertare di volta in volta la carica assunta dall'amministratore per verificare se si trova in una situazione che giustifichi la possibilità di divergenza o meno.

Certamente non si potrà fare a meno di riconoscere la responsabilità per violazione del divieto di concorrenza collegata con l'assunzione della carica di amministratore unico ovvero di amministratore delegato, i quali possono esprimere direttamente scelte operative, nell'ambito della strategia di impresa, che sono idonee a determinare una situazione di conflitto per ragioni di concorrenza.

Nel caso diverso, invece, nel quale la carica assunta dall'amministratore sia quella di membro di un consiglio di amministrazione, la conclusione potrebbe essere di segno opposto ma, questa tesi che in dottrina è stata propugnata dal FRÈ, e che merita di essere condivisa, sarebbe riduttiva se non si avvertisse che pure in queste ipotesi il giudice dovrà caso per caso esaminare se esistano, tuttavia, le condizioni per una attività di concorrenza. L'ipotesi, tutt'altro che teorica, può ricorrere quando l'amministratore abbia partecipato alla formazione dell'atto deliberativo contribuendo col proprio voto al raggiungimento della maggioranza che ha approvato l'operazione in concorrenza. In questo caso si apprezza l'efficacia causale del comportamento dell'amministratore che è contrario al patto di fiducia e lo pone sul piano della responsabilità per conflitto. Senza il voto dell'amministratore scorretto la delibera non avrebbe potuto essere adottata né l'operazione promossa.

La Corte di Cassazione (1 agosto 1983 n. 5404) ha ritenuto assoggettabile all'applicazione dell'art. 2391 c.c., escludendone il carattere neutro, una deliberazione del Consiglio di amministrazione di una società per azioni che aveva disposto la revoca del consigliere delegato e la sua sostituzione con altro amministratore, essendo stato accertato che tale deliberazione non aveva avuto ad oggetto il semplice trasferimento delle funzioni delegate da un consigliere ad un altro, ma aveva costituito lo strumento per attuare una modificazione dell'attività operativa della società

impedendone l'espansione commerciale in altra regione, cui il nuovo consigliere delegato, senza il cui voto la deliberazione non avrebbe ottenuto la necessaria maggioranza, era controinteressato quale amministratore ed azionista di altra società che operava in detta regione.

Per evitare di dovere rispondere dei danni derivabili da questa violazione l'amministratore dovrà munirsi di apposita autorizzazione da parte dell'organo amministrativo tranne che lo stesso statuto non preveda questa possibilità con una disposizione di carattere generale.

Un particolare aspetto di questo problema è rappresentato dalla preesistenza della situazione di concorrenza alla stessa investitura nella carica; la Corte di Cassazione (n. 3091 del 1975) ha preso posizione nel senso di parificare questa alla ipotesi in cui la concorrenza costituisca evento successivo, e così giustificare la richiesta di autorizzazione; in dottrina il FERRI ha espresso perplessità sulla possibilità che si possa ritenere sussistente una autorizzazione implicita nella delibera di nomina quando la situazione concorrenziale preesista e nonostante ciò si faccia luogo alla nomina dell'amministratore.

Non possono fare a meno di fare sia pure un cenno al problema del conflitto di interessi che riguarda il campo di azione degli amministratori di banche.

L'art. 38 della Legge Bancaria del 1938, n. 141, vieta agli amministratori di compiere atti in conflitto di interessi con la banca amministrata.

La norma dispone che: *gli amministratori, liquidatori, direttori e membri degli organi di sorveglianza delle aziende indicate nell'art. 5 non possono contrarre obbligazioni di qualsiasi natura, né compiere atti di compravendita, direttamente od indirettamente, con l'azienda che amministrano o dirigono o sorvegliano, se non dietro conforme deliberazione, che dovrà essere presa all'unanimità, del Consiglio di amministrazione e col voto favorevole di tutti i componenti l'organo di sorveglianza.*

Il divieto diviene operativo, dunque, per qualunque tipo di operazione ma non è assoluto potendo intervenire l'autorizzazione al compimento dell'operazione.

La banca ha così a propria disposizione un sistema di prevenzione che scatta automaticamente, per qualsiasi tipo di operazione, e tanto si deve intendere nel senso che non è dato verificare, al fine di evitare la nascita della responsabilità, la valutazione del vantaggio che la banca abbia tratto o dell'assenza di danno.

In dottrina si è parlato di *pericolo presunto* (BONELLI) che prescinde dalla concreta esistenza di un conflitto di interessi.

Per un breve accenno ai casi non controversi di applicazione del divieto è bene tenere presente le Istruzioni della vigilanza impartite dalla Banca d'Italia e rammentare le obbligazioni negoziate tra banca e ditta individuale dell'amministratore; tra banca e società in nome collettivo di cui dell'amministratore sia socio; tra banca e società di capitali di cui l'amministratore sia l'unico azionista. Il comune denominatore di tutte queste posizioni è rappresentato dalla responsabilità illimitata dell'amministratore per le obbligazioni assunte dalla società.

Tra le ipotesi riconoscibili come incontroverse di responsabilità per operazioni indirette vanno ricordati i casi di obbligazioni contratte tra banca e soggetto che fittiziamente si interpone per l'amministratore; obbligazioni contratte tra banca e fiduciario o mandatario dell'amministratore, che si cela dietro un diverso soggetto fisico o giuridico il quale gli assicura una copertura di comodo.

Casi nei quali, invece, la esistenza della responsabilità dell'amministratore è discutibile possono indicarsi in relazioni alle fattispecie di maggiore interesse: il possesso da parte dell'amministratore di azioni della società affidata.

Sono state prospettate in dottrina varie tesi dalle più severe a quelle più permissive.

La tesi che a mio parere è la più conforme allo stesso spirito ed alla finalità di difesa della Legge Bancaria, è quella proposta dal BONELLI e che emerge anche, in giurisprudenza. (Tribunale di Milano 17 luglio 1978 in *Giur. Comm.* 1979, II e Cass. penale 21 ottobre 1980, 1045).

Nell'ipotesi nella quale l'amministratore abbia il controllo della società sia perché possessore dell'intero pacchetto azionario sia perché, tuttavia, ne abbia il controllo concreto a mezzo di

appositi meccanismi, egli è in grado di trasformare la società in una società di persone (quanto agli effetti pratici che intende perseguire) perché attraverso vari meccanismi giuridici (controllo congiunto affidato a familiari o parenti attraverso negozi appositi) riesce a realizzare gli effetti di una interposizione reale.

Resta, conclusivamente, da segnalare l'ipotesi nella quale si concreti una divergenza di interesse al di fuori del caso nel quale la partecipazione dell'amministratore della banca al capitale di una società affidata dallo stesso istituto di credito, non si possa qualificare di controllo; in questa fattispecie non mi sembra si possa dubitare della possibilità di applicazione delle disposizioni dettate dagli articoli 2391 e 2631 c.c. Sarà utile, in questi casi, che il giudice accerti se preventivamente alla delibera di affidamento, l'amministratore abbia o meno informato i consiglieri e l'organo di sorveglianza.

Se ciò dovesse risultare provato documentalmente e se ne facesse cenno nello stesso atto deliberativo si potrebbe ritenere, a mio parere, ricorrere l'ipotesi dell'autorizzazione già rammentata, prevista all'art. 38 L.B. sempre che l'atto deliberativo contenga i requisiti di forma e sia stata rispettata la regola della delibera adottata all'unanimità.

Effetti del conflitto sulla validità del negozio.

L'annullabilità delle deliberazioni del consiglio capaci di arrecare danno alla società, è disposta dall'art. 2391 c.c.; il conflitto di interessi incide in maniera negativa sul processo di formazione della volontà dell'organo deliberante indirizzandolo verso obiettivi o strategie di impresa che sarebbero state diverse senza l'influenza della espressione di voto dell'amministratore infedele.

L'organo deliberante ha subito gli effetti di un vizio della volontà nel processo formativo ed è per questa ragione che la delibera non è nulla ma annullabile. In questa linea di pensiero si è espressa la Corte di Cassazione già da tempo (Cass. 10 novembre 1965 n. 2348 e 9 luglio 1958 n. 2466).

Quando, però, l'operazione in conflitto è stata oggetto di una preventiva valutazione da parte della società che ne ha fatto oggetto di una specifica delibera, l'art. 2391 salvaguarda i diritti acquisiti in buona fede dai terzi e, perciò, l'annullamento del negozio potrà essere domandato dalla società ma la relativa domanda potrà accogliersi solo a condizioni che sia provata la mala fede del terzo nell'approfittare della operazione dannosa per la società.

A norma dell'art. 1394 l'annullamento per conflitto presuppone o la conoscenza della divergenza da parte del terzo o la possibilità che egli ne potesse divenire consapevole con l'uso dell'ordinaria diligenza.

Se ne deve dedurre, quindi, che la Legge privilegia l'interesse alla tutela dell'affidamento del terzo di buona fede incolpevole, rispetto alla tutela della società a carico della quale restano i rischi delle conseguenze che si producono per la violazione da parte degli amministratori del dovere di correttezza, di fedeltà e di diligenza.

Di qui il corollario che il meccanismo di imputazione degli effetti giuridici alla sfera del rappresentato; a differenza che nel diritto civile, nel quale il limite di attribuibilità è rappresentato dalla stessa volontà del rappresentato espressa, sia con la procura che a mezzo della ratifica, per il diritto commerciale l'attività dell'amministratore, non solo quando non è autorizzata ma persino quando è vietata, in linea di principio, resta imputabile alla società amministrata (cfr. art. 2384 c.c.).

La giustificazione che la dottrina ha dato di questa scelta è l'applicazione del principio del rischio di impresa, alla stessa stregua del principio che l'art. 2049 c.c. stabilisce per imputare ai preponenti il rischio delle attività illecite dei preposti.

Ritengo che la giustificazione sia parzialmente appagante se riferita al principio dell'art. 2049; infatti tra i presupposti per l'applicazione di tale norma va ricordato esiste la necessità che il preposto agisca su richiesta e per conto del committente. Ebbene io ritengo che sia problematico

riconoscere, nella norma, la esistenza della richiesta dell'attività divergente da parte dell'amministrata, tranne casi particolari. Perciò, limiterei la giustificazione alla necessità di assicurare la correttezza dei rapporti commerciali tra imprenditori e, quindi, in questo stesso ambito, alla necessità che resti alla società, che attraverso i propri meccanismi di controllo interno non è stata in grado di prevenire o limitare all'esterno e verso i terzi gli effetti dell'attività in conflitto, le conseguenze di tali illecite attività, da ritenere operante in virtù del principio del rapporto di natura organica dal quale l'amministratore è legato all'ente societario.

La promozione dell'azione di responsabilità.

L'azione di responsabilità nel fallimento la prova da parte del curatore e l'accertamento del danno.

È stato osservato, in dottrina (BONELLI) che assai di rado esiste la possibilità concreta che le azioni di responsabilità siano esercitate al di fuori delle procedure fallimentari.

Le giustificazioni di massima che vengono date a questa affermazione si possono esaminare, separatamente, a secondo dei vari tipi di azione.

Per quella sociale si segnala che la stessa assemblea che deve deliberare a maggioranza la promozione dell'azione è, ordinariamente, legata agli stessi amministratori che hanno ricevuto la nomina dallo stesso organo, ma per di più, spesso o non è estranea alle loro operazioni o, addirittura le ha confermate.

Quanto, invece, all'azione dei creditori sociali, siccome è esercitabile sul presupposto che il patrimonio sociale risulti impoverito al punto da risultare insufficiente per il soddisfacimento dei creditori, e siccome tale insufficienza emerge quale incapacità di estinguere regolarmente le obbligazioni, il che vale quanto dire il sopravvenire dello stato di insolvenza, la sede più ordinaria nella quale si esercita l'azione è quella fallimentare.

L'azione individuale del socio, infine, ha prospettive di esercizio ancora più limitate se si pensi che – a norma dell'art. 2395 – può essere esercitata solo se il danno che produce la violazione insita nell'operazione dell'amministratore, abbia inciso negativamente in modo diretto sul patrimonio del socio o del terzo. Ma siccome è proprio degli amministratori amministrare direttamente il patrimonio sociale, il danno che si produrrà inciderà prima su quello e, poi, solo indirettamente sul patrimonio del socio e del terzo.

Bisogna riconoscere, pragmaticamente, che queste osservazioni trovano un riscontro pressoché puntuale nella pratica, dove spesso i principi di deontologia del comportamento di gestione e negoziale sono soppiantati da criteri di opportunità e di convenienza contingente.

Tuttavia, lo stesso autore, avverte che talora particolari situazioni concrete consentono eccezioni. Queste ipotesi si possono ravvisare nel caso in cui il legame tra amministratori responsabili ed assemblea sia reciso sopravvenendo un diverso rapporto di maggioranze.

Quando, invece, gli amministratori che abbiano compiuto le operazioni illecite siano gli stessi possessori della maggioranza delle azioni, l'azione di responsabilità potrà essere deliberata in quanto essi, a norma dell'art. 2373, non possono votare la promozione dell'azione di responsabilità che li riguarda.

In questo caso è possibile, dunque, che si formi la volontà assembleare con i voti della minoranza non collegati agli imputabili.

Un esempio interessante che a quest'ultimo proposito si propone è quello di una delibera di approvazione dell'esperimento dell'azione di responsabilità, resa possibile per il fatto che la minoranza assembleare di una controllata propone verso i propri amministratori, quanto abbiano compiuto operazioni illecite su richiesta della controllante, a vantaggio di altre società del gruppo ed in danno della società amministrata. In questa ipotesi la controllante trovandosi a votare in conflitto di interessi, per essere coinvolta dalla stessa azione di responsabilità, deve astenersi dal voto e, così, si rende possibile la formazione della delibera.

L'azione personale di responsabilità persegue ogni illecito che abbia determinato la produzione di un danno che sia causa diretta dell'atto.

A questo proposito si richiama l'applicabilità degli articoli 2392, 2394 e 2395 che esauriscono (se si esclude l'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c.) la possibile estensione delle azioni di responsabilità dell'amministratore nell'esercizio dell'attività sociale.

Per casi nei quali, al contrario, la responsabilità abbia tratto origine da attività completamente indipendente da attività gestoria dovrà applicarsi il principio generale di cui all'art. 2043.

La conseguenza che ne deriva è che se l'azione è esercitata da un socio o da un terzo, la responsabilità può essere fatta valere se il danno è stato causato a carico del patrimonio sociale, così anche oltre il limite di applicazione dell'art. 2395 c.c. Ulteriore considerazione è quella che in tali casi non occorre, ovviamente, una apposita preventiva delibera dell'assemblea.

La Corte di Cassazione (9 luglio 1987 n. 5989) ha ritenuto che dell'art. 2043 c.c. si possa fare applicazione anche con riferimento agli illeciti che gli amministratori abbiano commesso nella estrinsecazione dei loro poteri.

In senso contrario si è espressa la stessa Corte di legittimità (22 giugno 1990 n. 6278) secondo la quale quando l'amministratore agisce nell'esercizio dei suoi poteri gestori non può essere qualificato come *usurpatore* od autore di illeciti aquiliani, nemmeno quando la sua attività risulti essere esorbitante od in conflitto rispetto all'interesse sociale. Indipendentemente dalla qualificazione di segno negativo della attività dell'amministratore, il fatto stesso che l'operazione illecita sia stata resa possibile dal possesso di poteri che ineriscono alla carica rivestita, ne costituisce, pur sempre, un esercizio mentre la deviazione dalla prospettiva e dalle strategie di impresa in funzione delle quali egli è stato nominato amministratore, si prospetta solo come inadempimento al mandato ad amministrare che gli è stato affidato.

Questa interpretazione offre, se non altro, rispetto a quella contraria, un maggiore agio nella pratica, se si pensa alla sostanziale e non trascurabile difficoltà concreta di accertare di volta in volta la diretta inerenza dell'operazione illecita con l'attività gestoria e le sue implicazioni oltre che sul piano della prova sul piano di una valutazione critica seria.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza in data 6 ottobre 1981 n. 5241, e con successive decisioni che si collocano nella stessa linea di pensiero, hanno chiarito che nel caso di fallimento di una società di capitali, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. concesse a favore della società e in via surrogatoria, a favore dei creditori sociali, confluiscono in un'unica azione che è quella prevista dall'art. 146 della L.F. di cui è titolare il curatore. Più in particolare, con la sentenza successiva del 28-11-1984 n. 6187, la Corte ha avvertito che con la legittimazione del curatore non concorre quella dei creditori sociali per l'azione che loro compete, rimanendo quest'ultima assorbita, nella pendenza di una procedura fallimentare, dall'*azione di massa, e non potendo sopravvivere anche nell'inerzia del curatore.*

La norma fallimentare non prevede un'azione autonoma, ma opera il trasferimento della legittimazione all'azione in favore del curatore rispetto alla società ed ai creditori sociali.

La conseguenza che se ne deve trarre è che non occorre che il curatore esperisca separatamente le due diverse azioni, ma quando concorrano i presupposti per la proposizione, può farle valere congiuntamente.

I soci ed i terzi che lamentino di essere stati danneggiati direttamente dalle operazioni illecite potranno agire contro gli amministratori a norma degli artt. 2449 e 2395 c.c. per il risarcimento dei danni subiti a causa di operazioni successive allo scioglimento.

L'azione *ex art. 146 L.F.* è una azione di risarcimento e può essere proposta, previa autorizzazione del giudice delegato, nei casi nei quali all'operato degli amministratori sia conseguito l'impovertimento del patrimonio sociale con la conseguente incapienza per i creditori anche quando la società abbia rinunciato ad esperire l'azione, per i danni successivi alla dissoluzione del patrimonio, ovvero, impugnando con l'azione revocatoria, la transazione con la

quale la società stessa abbia definito l'obbligazione di risarcimento per la responsabilità dell'amministratore.

L'azione si prescrive a norma dell'art. 2935 nel termine di cinque anni che decorrono dalla data nella quale è stata perfezionata l'illecita operazione determinatrice del danno.

A norma dell'art. 2941 n. 7, finché gli amministratori permangono nella loro carica, la prescrizione rimane sospesa.

L'ultimo comma dell'art. 146 L.F. avverte che il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, nell'autorizzare il curatore a proporre l'azione di responsabilità può disporre le opportune misure cautelari.

Questo potere deve essere inteso nel senso che il giudice delegato può disporre il sequestro conservativo dei beni degli amministratori nei confronti dei quali ha autorizzato l'esercizio dell'azione di responsabilità.

La giurisprudenza che in epoche passate si era dimostrato ondeggiante sull'argomento, oggi è pacificamente attestata sulla opinione che l'esercizio di questo potere del giudice delegato possa essere esercitato anche di ufficio, a prescindere dalla richiesta del curatore. (Cass. 23 febbraio 1978 n. 899; Cass. 23 febbraio 1978 n. 901).

Merita di essere puntualizzato, al di là delle modalità concrete di esercizio del potere di disporre le misure cautelari, il profilo processuale di tale esercizio.

La necessità della misura cautelare può, infatti, emergere prima del giudizio ovvero anteriormente alla causa.

Se il giudice delegato ha la possibilità di valutare prove idonee per fargli ritenere esistente concretamente l'apparenza del diritto, sarebbe consigliabile autorizzare il curatore, anteriormente alla causa, ad eseguire il sequestro onde evitare che sia offerta la possibilità di una dispersione del patrimonio dell'amministratore, con la contestuale dispersione della garanzia patrimoniale dei creditori.

In questo caso il curatore dovrà domandare nel giudizio di responsabilità anche la convalida del sequestro.

La deroga alla competenza ordinaria del Presidente del Tribunale, a norma dell'art. 672 c.p.c. è stata giustificata dalla Corte con la considerazione che l'art. 146 della L.F. privilegia il giudice delegato in funzione della conoscenza della situazione di fatto che egli possiede.

Quando, invece, il sequestro si presenti come necessario nel corso della causa di merito promossa, la stessa Corte ha avvertito che la ragione della deroga viene meno e la competenza ad emanare i provvedimenti cautelari rimane disciplinata dall'art. 673 c.p.c.. Per questa stessa ragione il sequestro conservativo emanato dal Presidente del Tribunale prima della notifica dell'atto di citazione è nullo per incompetenza del giudice e non può essere convalidato nel successivo giudizio di convalida che deve svolgersi dinanzi al giudice competente per il merito (cfr. Cass. 28 dicembre 1990 n. 12192; 19 aprile 1983 n. 2672).

Da una prospettiva solo processuale va ricordato che il difensore della curatela può domandare, in corso di causa, il sequestro senza che occorra una specifica autorizzazione del giudice delegato (Cass. 19 aprile 1983 *cit.*).

Il provvedimento autorizzativo del giudice delegato non ha carattere definitivo e, quindi, non è suscettibile di essere impugnato con ricorso per Cassazione, a norma dell'art. 111 Cost. perché, anche se incide su diritti soggettivi del sequestrato è privo del carattere della definitività che acquisterà solo a seguito della sentenza di convalida. (v. Cass. 20 ottobre 1982 n. 5457).

Sempre nell'ambito dei profili processuali che interessano l'azione di responsabilità sono da segnalare i problemi che riguardano la prova.

Infatti, la giurisprudenza nel determinare i criteri di valutazione della relazione che il curatore redige a norma dell'art. 33 della L.F. ha precisato che non possono essere utilizzate come prove le affermazioni e le deduzioni che il curatore ha tratto dall'esame di atti o dalla contabilità, mentre

fanno fede fino a querela di falso le attestazioni che attengono ad operazioni o fatti che egli stesso ha compiuto e che sono avvenuti alla sua presenza.

È chiaro l'intento di volere puntualizzare che esiste una semplice presunzione di veridicità, che si giustifica con lo stato di pubblico ufficiale del curatore nell'esercizio della funzione, fuori dell'ambito ora descritto, con la possibilità di potere opporre prove contrarie al fine di superare quella presunzione semplice.

Al di là della grande varietà di opinioni che sono state espresse dalla dottrina su questo tema, resta aperto il problema che il giudice si deve porre allo scopo di non privilegiare, ingiustificatamente, il curatore nell'assolvimento dell'onere della prova. Dovrà indubbiamente tenersi conto delle attestazioni contabili che il curatore ha tratto dalle scritture del fallito in suo possesso, quale dato obiettivo sulla cui attendibilità non potrà essere discusso, ma certamente ci si dovrà guardare dall'essere indotti a ritenere che la stessa certezza assista le deduzioni od i giudizi circa la divergenza di interessi, la esistenza del danno, la sua prevedibilità, le interconnessioni tra operazioni e conseguenze sul patrimonio sociale.

Il rigore della prova si impone per la delicatezza della materia e la rilevanza degli interessi che ne restano coinvolti; trattandosi di una azione di carattere risarcitorio l'onere della prova dovrà essere assolto com'è proprio delle azioni di quella natura e, perciò, con la dimostrazione della esistenza di un comportamento caratterizzato da colpa o da dolo, della esistenza di un danno apprezzabile e, finalmente, del legame di causalità diretta tra comportamento – causa e danno – effetto.

Le coordinate di riferimento che la giurisprudenza e la stessa dottrina, in prevalenza, adottano per la determinazione del danno causato dalla infedele gestione della società amministrata, sono costituite dalla differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare.

Recentemente, una parte della dottrina, si è attestata su posizioni concettuali diverse, ispirate alla necessità di evitare che agli amministratori si faccia carico anche di responsabilità che non sono connesse alle operazioni per le quali si intende loro attribuire responsabilità.

Questa stessa necessità ha fatto segnalare, dunque, il pericolo che l'applicazione di un simile criterio di liquidazione del danno comporta il rischio di addossare agli amministratori anche perdite che non hanno contribuito a determinare.

Il problema è di grande momento perché non bisogna nascondersi che il pericolo denunciato da quella dottrina è tutt'altro che ipotetico.

Resta, però, sul piano pratico, la grande difficoltà di trovare un sistema di liquidazione che non pecchi di eccessivo garantismo, con l'effetto di causare conseguenze di segno speculare opposto.

Infatti, normalmente, risulta assai difficile il circoscrivere gli effetti negativi di una operazione illecita nell'ambito della intera vicenda della gestione societaria, per la ragione che non esistono operazioni le cui conseguenze rimangano circoscritte senza espandersi con effetto di rimbalzo.

Per quanto possibile, andrebbe ricostruita la situazione patrimoniale anteriore alla esecuzione dell'attività illecita per potere, successivamente, operare un esame comparativo nel quale dovrebbero essere identificate le componenti negative che hanno tratto origine, con sufficiente certezza, dalla gestione determinando le perdite del patrimonio o la sua diminuzione.

Certamente, per quando ho anticipato, non è di agevole applicazione pratica una analisi di questo tipo, ma almeno quando è possibile, il tentativo va fatto perché la tutela dei diritti degli amministratori non è meno degna di quella delle ragioni dei creditori.

Sarà determinante lo studio di ogni singola operazione, allo scopo di individuarne non solo le precise connotazioni per poterne, poi, accertare le conseguenze, ma anche le finalità alle quali queste stesse operazioni erano dirette.

Questa ricerca consentirà di metter in luce anche gli antecedenti motivanti delle scelte di gestione illecite, i soggetti interessati al risultato che si intendeva conseguire realmente, a prescindere dalle enunciazioni formali; la prevedibilità della incidenza negativa e positiva di tali effetti, e la loro portata, sulla situazione in atto al momento della produzione degli effetti, per circoscriverne

l'ambito di operatività attestato dai mutamenti constatabili, almeno, secondo un giudizio di accorta ordinarietà; si potrà ottenere che sia evitato che ulteriori conseguenze, estranee alla dipendenza causale di quelle operazioni, si facciano rientrare, erroneamente, in un ambito non proprio ed a carico di soggetti che non ne devono rispondere.