## Diritto di opzione

La possibilità che con l’aumento di capitale si realizzi un mutamento dei precedenti assetti ed equilibri patecipativi è quindi possibile fonte di pregiudizi degki interessi individuali dei soci, dato che la maggioranza potrebbe evidentemente approfittare di una tale occasione in modo “abusivo”, per godere maggiormente dei risultati sociali o diluire il peso di presenze avvertite come “scomode”. Un cambimanento della struttura proprietaria potebbe mutarsi in un mutamento della struttura di governo che potrebbe incidere negativamente sull’azione produttiva della società.

Tutte queste considerazioni spiegano la previsione dell’articolata disciplina del **diritto di opzione.** In proposito, è fondamentale la previsione dell’art. 2441 comma 1 ai sensi del quale “le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proprizione al numero delle azioni possedute”. In tale modo si impedisce agli amministratori il discrzionale indirizzamento dell’offerta di sottoscrizione; il mantenimento della precedente quota di capitale sociale del singolo socio viene pertanto fatto dipendere unicamente dalla sua decisione di accettare o meno l’offerta rivoltagli dagli amministratori stessi. Ovviamento questa scelta comporta l’onere di dover aumentare l’investimento nella società.

Per assicurare il rispetto del diritto di opzione dei soci la legge prescrive un **procedimento** di raccolta per le nuove sottoscrizioni, stabilendo in particolare che l’offerta societaria va *pubblicata* – in via separata dalla delibera di aumento di capitale – presso il registro delle imprese ad opera degli amministratori (e contestualmente resa nota sul sito internet della sosicetà). Dal momento della pubblicità devono decorrere almeno 14gg.

Il legislatore stabilisce che le azioni **inoptate** (cioè quelle che rimangono non sottoscritte allo scadere dell’offerta di opzione) non possono essere liberamente collocate: ai sensi dell’art. 2441 comma 3 “Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni che siano rimaste non optate.” Se anche dopo l’esercizio della prelazione da parte dei soci dovessero rimanere delle azioni inoptate allora si potrà collocarle presso terzi.

Il diritto di opzione può tuttavia essere **escluso** in casi particolari, come nella fattispecie in cui ci sia bisogno di ristrutturare la società e lo status quo della compagine sociale non ne permetterebbe il successo.

In particolare, l’art. 2441 stabilisce che tale esclusione, la quale deve essere deliberata dall’assemblea, può in generale intervenire nelle seguenti ipotesi:

1. Quando le azioni “***devono essere liberate mediante conferimenti in natura”***
2. “quando ***l’interesse della società lo esige***
3. Quando le azioni ***sono offerte ai dipendenti della società*** o di società che la controllano o che sono da essa controllate.
4. Per le società quotate vi è un’ulteriore ipotesi percorribile che è quella del limite del 10% del capitale sociale preesistente

## Estinzione delle azioni

Vi sono due ipotesi:

1. **Riduzione reale del capitale**, la quale determina un corrispondente impoverimento della società, con correlativa restituzione ai soci di parte delle risorse precedentemente apportate.
2. **Riduzione nominale** che la legge disciplina in collegamento al verificarsi di perdite al capitale e che realizza semplicemente, senza uscita di risorse dalla società, un riallineamento tra, da un lato , l’importo del capitale che risulta statuariamente programmato con la corrispondente clausole e, dall’altro, l’importo (ormai più basso) del patrimonio netto di cui la società effettivamente dispone in un dato momento storico.

La decisione di riduzione del capitale reale spetta all’***assemblea straordinaria*** ed è regolata in dettaglio dall’art. 2445 il cui comma 1 ne prevede due possibili diverse modalità di realizzazione. In particolare, i soci possono stabilire, alternativamente, o il *rimborso del capitale versato* (da attuarsi sempre in denaro e mai quindi in natura di parte dei conferimenti effettuati) o la *liberazione dei soci dall’eventuale debito residuo ai versamenti* fino a concorrenza con la misura di riduzione stabilita.

Non vi devono essere particolare giustificaizoni per la riduzione di capitale reale, si lascia discrezionalità alla maggioranza dell’assemblea straordinaria. Ciò non significa, tuttavia, che la delibera in commento possa essere assunta senza che siano offerte spiegazioni al riguardo. L’art. 2445 comma 2 stabilisce infatti che “l’avviso di convocazione deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione”. Ne consegue che pure nell’atto assembleare tali ragioni devono essere richiamate; deve inoltre reputarsi che esse vadano formulate in modo che possano considerarsi congrue alla deliberazione presa.

Vi è inoltre un obbligo di pubblicità con pubblicazione al registro delle imprese e vincolo di aspettare 90gg prima di procedere alla riduzione in modo che i creditori si possano fare avanti.

Il comma 4 stabilisce che comuqne la società può rivolgersi al tribunale nel caso il creditore fosse troppo e inutilmemente prudente.

La riduzione deve necessariamente essere proporzionale fra tutti i soci.

### Estinzione del capitale sociale per perdite

Ipotesi in cui le perdite intaccano il capitale stesso. Art. 2446 e 2447 regolano il caso in cui il patrimonio netto della società dovesse trovarsi con valore inferiore rispetto al capitale sottoscritto. Il legislatore quindi si assicura che il capitale venga prontamente reintegrato come fondamentale presidio a garanzia dei creditori.

Una perdita che intacca il capitale sociale deve essere valutata dagli amministratori “anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale”.

Art. 2446 “Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite [2413], gli amministratori [2381] o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti”.

Sta all’autonomia dei soci decidere se la perdita sia temponranea o strutturale. La medesima discrezionalità non è loro concessa qualora la perdita perduri per un altro esercizio. Il legislatore non consente infatti di mantenere il capitale sociale *non effettivo* oltre tale periodo, imponendo per un simile caso di doversi aggiornare la cifra del capitale nominale in mdoo da renderla corrispondente a quella effettivamente esistente.

In particolare l’art. 2446 comma due stabilisce che “Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori”.

L’art. 2447 si occupa dell’ipotesi in cui la perdita di oltre un terzo del capitale porti questo a una **misura inferiore al minimo** consentito dall’art. 2327.

“Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio(1) convocare l'assemblea [2364, 2364 bis] per deliberare la riduzione del capitale(2) ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società”. Altrimenti si procederà allo **scioglimento della società**  ai sensi dell’art. 2484 comma 1 n. 4.

Laddove invece la perdita del capitale sia inferiore al terzo del capitale sociale e maggiore del minimo, l’assemblea ha facoltà di ridurre il capitale formalmente, ma non l’obbligo.

# §13 La partecipazione azionaria

Come in precedenza avvisato, altro fondamentale ruolo assegnato dalla legge alle “azioni” è quello di “rappresentare” la **partecipazione individuale all’attività sociale.** In questa accezione, col termine “azione” si intende identificare, pertanto, non la quota unitaria dell’investimento in capitale di rischio nella SPA ma una *ideale “porzione unitaria” del rapporto che lega l’azionista alla società:* rapporto i cui contenuti sono appunto “rappresentati”, e cioè *espressi* e prima ancora *conformati*, dai **diritti** e **obblighi** attribuiti dalle azioni possedute.

I soci infatti sono i “controllori” nei confronti della gestione svolta, in via esclusiva, dagli amministratori della SPA sui beni comuni.

Le azioni sono le **unità minime indifferenziate** della partecipazione individuale all’attività sociale e ai suoi risultati; esse si caratterizzano, pertanto, in quanto *indivisibili, inscindibili, uguali.*

Il requisito dell’inscindibilità delle azioni è sancito dall’art. 2347 che esordisce stabilendo appunto che “**le azioni sono indivisibili**”. Si tratta di un dato del tutto in linea con la visione dell’azione quale *unità minima predefinita* dell’investimento in SPA e del correlato interesse partecipativo in società.

L’indivisibilità dell’azione non comporta però che essa non possa essere oggetto di **contitolarità** tra più persone. L’art. 2347 comma 1 “i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune”.

L’assemblea straordinaria può tuttavia ben predisporre il **frazionamento** delle azioni o al converso il loro **raggruppamento**.

L’indivisibilità dell’azione comporta che l’azionista non può godere solo di una parte dei diritti o disporre a terzi una parte dei diritti della sua azione. Così è considerata illecita la **vendita del voto**. Sarebbe infatti controsenso che il socio partecipa al rischio di impresa per toto nella società ma poi si sottrae da alcuni diritti.

## Uguaglianza e autonomia

L’art. 2348 comma 1 sancisce che “le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti”. È d’altronde la regola della spersonalizzazione nelle SPA. Occorre tuttavia avvertire che il **principio di uguaglianza** delle azioni non implica affatto che le azioni debbano essere tutte identiche, la legge anzi consentendo esplicitamente, nell’art. 2348 comma 2, la creazione di **categorie diverse di azioni**, attributive di diritti particolari. Semplicemente, *non è ammissibile che la diversità della partecipazione azionaria sia legata, anziché al tipo di azione posseduta, alla persona o al “tipo” di persona*.

Sì è così efficacemente affermato che “la struttura della SPA si sviluppa per ’categorie’ di relazioni di investimento, non per singoli rapporti.

Una differenziazione degli azionisti può determinarsi in concreto solo in correlazione con l’eventualità che gli stessi possiedano *diverse quantità* delle azioni emesse da una SPA. Alcune prerogative sociali potrebbero ben spettare in base al numero di azioni possedute (si pensi ad esempio al voto).

Secondo parte della dottrina, dalla rilevanza oggettiva delle azioni sotto il profilo organizzativo discenderebbe inoltre il principio della cd. **Autonomia delle azioni** secondo cui ognuna di esse attribuirebbe al proprio possessore prerogative esercitabili in modo appunto autonomo: con la conseguenza di potersi concepire la possibilità di un *esercizio diversificato di prerogative sociali fondamentali* da parte del medesimo soggetto, come nell’ipotesi del cd. **Voto divergente.** Un socio potrebbe così ad esempio espirmere voto favorevole per una certa delibera per una parte delle azioni e voto contrario per la restante parte.

## Il diritto agli utili

Appartengono al primo genere di situazioni sopra menzionato, di stampo patrimoniale, il **diritto agli utili** e il **diritto alla quota di liquidazione** della società in sede di scioglimento generale o parziale del rapporto sociale. Da ricordare che gli azionisti hanno solo una *pretesa residuale sulla società liquidata* ovvero possono essere soddisfatti solo dopo che sono stati soddisfatti tutti coloro che vantano verso la medesima società una pretesa fondata su un titolo diverso. Si tratta di una norma imperativa molto importante sanzionata penalmente dall’art. 2626.

Al socio spetta il diritto al **dividendo** che matura di anno in anno. L’art. 2433 comma 2 stabilisce che la società non può pagare dividendi sulle azioni se non per *utili realmente conseguiti e risultati da un bilancio regolarmente approvato.*

These conditions must be met:

* Che risultino effettivamente *utili di esercizio* dal conto economico relativo all’anno in discussione (cioè che la differenza tra ricavi e costi di esercizio sia positiva)
* Che gli utili da distribuire trovino *capienza nello stato patrimoniale della società*, al “netto” delle perdite eventualmente prodottesi negli esercizi precedenti. (salvaguardando così la prelazione dei creditori su quella degli azionisti).
* L’assemblea dei soci deve espressamente deliberare la distribuzione dei dividendi

## Diritto di recesso

Come si è evidenziato nella parte introduttiva della presente sezione, il successo della SPA quale strumento di canalizzazione di investimenti verso l’impresa è legato alla circostanza che la sua disciplina realizza un contemperamento tra l’esigenza che all’organizzazione di imponenti attività commerciali siano estinati stabilmente “capitali di rischio” e l’interesse di chi li ha apportati a poterne operare il disinvestimento anche anteriormente alla fine di tali attività. Questo contemperamento si realizza soprattutti, come pure detto, grazie alla possibilità cha ha il socio di trasferire ad altri in tutto in parte la propria partecipazione, in quanto rappresentata da azioni.

Dal momento che durante l’avviamento la società potrebbe non riflettere in pieno le proprie potenzialità nel prezzo delle aizoni, vi è facoltà di recedere così da riavere almeno il valore investito.

Ai sensi dell’art. 2437 tale diritto è concesso al verificarsi di situazioni ben determinate, evidentemente considerate dalla legge quali ipotesi significative di alterazioni dell’organizzazione idonee a incidere sul programma produttivo originario e conseguentemente sull’apprezzamento degli operatori di mercato sul valore dell’investimento nella data SPA.

Più specificatamente l’articolo citato prevede quali **cause inderogabili di recesso** le deliberazioni di:

1. Modifica dell’oggetto sociale (purchè implichi un cambiamento significativo dell’attività)
2. Trasformazione della società
3. Trasferimento della sede sociale all’estero
4. Revoca dello stato di liquidazione
5. Eliminazione di uno o poù cause di recesso derogabili originariamente previste nello statuto
6. Modifica dei criteri di determinazione del valore delle azioni in caso di recesso
7. Modificazioni delllo statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione

È inoltre nulla qualunque clausola volta a escludere o rendere più gravoso l’esercizio del diritto di recesso e né deve giustificare la sua convenienza economica.

Pag.305.

Da pag. 417

La validità delle deliberazioni assenbleari della SPA è subordinata al preventivo raggiungimento di un ***quorum costitutivo***, e ciò dalla presenza in assemblea da un numero minimo di soci, e da un ***quorum deliberatvo***, e cioè da una maggioranza di voti favorevoli alla deliberazione che può essere calcolata secondo diversi criteri: in particolare, quanto al tipo di maggioranza, essa può essere semplice o rafforzata; quanto al computo, può essere prevista la maggioranza del capitale sociale o del solo capitale presente in assemblea.

Il non raggiungere il quorum costitutivo implica del che l’assemblea *non è regolarmente costituita*.

Per il **calcolo** *del quorum* costitutivo non devono computarsi le azioni prive in generale e come regola propria – ossia “normativamente”- del diritto di voto e (conseguentemente) di intervento, come le azioni di risparmio e le azioni a voto limitato.

Devono invece compuarsi le azioni “occasionalmente” prive di diritto di voto (ad es. quelle in possesso della società ex art. 2357; uelle dei soci che non abbiano effettuato gli adempimenti pubblicitari per i patti parasociali ex art. 2341-ter).

La ratio della norma risied, pertanto, nell’intenzione di evitare che situazioni occasionali – come appunto la sospensione temporanea del diritto di voto – incidano in modo tale da attribuire ad esigue minoranze rilevanti poteri deliberativi, soprattutto in sede straordinaria.

Il ***quorum* deliberativo** risponde a una funzione diversa e intuitiva: perché una certa decisione possa considerarsi adottata, occorre che si sia espresso favorevolmente un certo numero di soci (o meglio, anche qui: tanti soci da rappresentare una certa aliquota di capitale sociale); ma anche in tal caso la legge modula spesso il *quorum*, elevandolo (e dunque richiedendo maggiornze più alte) quando la materia in decisione assuma particolare rilevanza.

Per il **calcolo** del *quorum* deliberativo la legge ricorre di volta in volta a due parametri: in alcuni casi (di cui subito si dirà) esso è computato sul ***capitale sociale complessivo della società* (**ovviamente escludendosi le azioni “istituzionalmente” prive del diritto di voto sulla materia in decisione); in altri, sul ***capitale concretamente presente in assemblea***. In questo secondo caso, si tiene conto anche della posizione dei *presenti non votanti* o di coloro che si sono espressaente e volontariamente astenuti (si escludono ex art. 2368 i voti dei partecipanti in conflitto di interesse).

I ***quorum* costitutivi e deliberativi** sono fissati dalla legge in misura differenziata, a secondo della materia (assemblea ordinaria, straordinaria o materie per cui sono previsti *quorum* particolari), del tipo di convocazione (prima, seconda o successive) e del tipo di società (società che faccia ricorso o meno al capitale del mercato di rischio).

In sede di **prima convocazione**, per l’assemblea ordinaria il *quorum* costitutivo è pari alla metà del capitale sociale; il *quorum* deliberativo è invece pari alla maggioranza assoluta del capitale avente diritto di voto e presente in assemblea (art. 2368, comma 1). Per l’assemblea straordinaria, il *quorum* costitutivo è pari alla maggioranza assoluta del capitale sociale per le società chiuse (lo si deduce implicitamente dal fatto che tale maggioranza è prevista come *quorum* deliberativo, e pertanto dev’essere *a fortiori* presente in assemblea), ed alla metà del capitale sociale per quelle aperte.. art. 2368 comma 2.

I *quorum* legali di prima convocazion possono essere **modificati in aumento** dallo statuto, in via generale o per singole materie. Tuttavia è inammissibile una clausola che imponga l’unanimità o maggioranze talmente alte da attribuire un sostanziale diritto di edo a qualsiasi socio, che ostacoli il regolare funzionamento dell’assemblea.

# Capitolo 19 – gli amministratori

## I compensi degli amministratori

L’esercizio delle funzioni gestorie avviene normalmente *a titolo oneroso*: il **diritto al compenso** dell’amministratore nasce direttamente *ex lege* e non richiede apposita clausola statutaria, né deliberazioni assembleari di impegno.

In mancanza di diversa clausola statutaria, la **competenza** a determinare i compensi è così ripartita:

1. I compensi degli amministratori come tali sono stabiliti, in via generale, dalla stessa ***assemblea*** che è competente a nominarli
2. I compensi del comitato esecutivo possono essere stabiliti direttamente dall’assemblea o, in mancanza di determinazione di questa, saranno stabiliti dal consiglio all’atto della nomina
3. I compensi degli amministratori “investiti di particolari cariche in conformità allo statuto”, e cioè del presidente, e degli ammiistratori delegati *uti singuli*, sono invece stabiliti dal consiglio di amministrazione, all’atto della nomina o della delega, previo parere del collegio sindacale (art. 2389, comma 3).

Non ci sono minimi o massimi di legge, tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto che le **remunerazioni** palesemente **eccessive** (rispetto al compenso corrente nel mercato in società di analoghe dimensioni) siano illegittime per lesione dell’interesse sociale, con la conseguenza che la relativa deliberazione, se presa con il voto determinante dell’amministratore interessato, in tanto sarà annullabile per conflitto d’interessi, in quanto la determinazione del compenso sia irragionevole o sproporzionata, quale indice di danno potenziale per la società (art. 2373 comma 1; art. 2391 comma 3).

La materia all’evidenza esige un pregnante grado di **trasparenza**: nelle società non quotate, la trasparenza è peraltro moderata, dovendosi soltanto indicare nella nota integrativa l’*ammontare cumulativo* dei compensi degli amministratori. Nelle società quotate invece ci vuole una indicazione analitica. In tali società, inoltre, il consiglio deve approvare, una **relazione sulla remunerazione**, messa a disposizione del pubblico, la quale deve dare, per un verso, l’indicazione, sia delle politiche di remunerazione nel successivo esercizio, sia dei compensi percepiti da ciascun componente nel precedente esercizio.

Quanto all’**oggetto del compenso**, che di regola consisterà in un corrispettivo in *denaro,* il comma 2 dell’art. 2389 prevede espressamente che esso può essere anche costituito, in tutto o in parte, da una *partecipazione agli utili* conseguiti dalla società, o dal *diritto di opzione* sulla sottoscrizione o sull’acquisto di azioni, con parametri dunque che dovrebbero in astratto incentivare i gestori a migliori performance.

## La rappresentanza

La società opera all’esterno, necessariamente, attraverso persone fisiche. È quindi necessaria l’individuazione di una o più persone che abbiano il potere di *agire in nome e per conto della società*.

Si deve distinguere fra la ***rappresentanza “volontaria”*** e la ***rappresentanza “organica”*** (o “statutaria o “legale”).

La prima forma di **rappresentanza** (**volontaria**) è eventuale ed è disciplinata dalle mere regole civilistiche generali (artt. 1388ss). Si tratta di una ***rappresentanza di secondo grado***, che può essere cioè conferita con *procura speciale* da parte del rappresentante organico (si pensi ad es. ad un collaboratore occasionale che, incaricato di curare per la società l’acquisto di un macchinario, venga munito allo scopo di una corrispondente procura), ma che non può avere carattere generale. Se la società è anche titolare di impresa commerciale, poi, alla possibilità di rappresentanza fondata su procura speciale si accompagna la possibilità di rappresentanza, a contenuto più o meno ampio, derivante dalla preposizione institoria o dalle altre regole relative alla *rappresentanza commerciale* (artt. 2203).

La seconda forma di **rappresentanza**, quella **organica**, è invece ***necessaria,*** per poter la società agire nel traffico giuridico, e trova disciplina nell’art. 2384. Tale potere di rappresentanza può essere attribuito solo ***ad uno o più amministratori***, con indicazione inserita in statuto; indicazione che gli stessi amministratori possono modificare su delega statutaria. È frequente, ad es., l’attribuzione del potere di rappresentanza al presidente del c.d.a. e/o all’amministratore delegato. Qualora siano individuati più amministratori quali rappresentnati, lo statuto stesso, o in mancanza l’assemblea, preciserà se il potere di rappresentanza è attribuito in via *congiuntiva o disgiuntiva.*

Secondo la regola vigente *il rappresentante legale è necessariamente* un **rappresentante generale** (anche processuale), e, pertanto, può compiere qualunque tipo di atto in nome della società.

Lo **statuto può imporre dei limiti** al potere degli amministratori (tipo firma congiunta di due o più soggetti).

Gli eventuali **limiti statutari** dell’ambito della rappresentanza che fossero violati dal rappresentante legale nello spendere il nome della società *non* sono però *opponibili a terzi* che abbiano contrattato con la società, *ancorchè* tali limiti siano stati preventivamente pubblicati sul registro delle imprese.

Vi è una sola eccezione alla regola della inopponibilità: la violazione di tali limiti potrà sempre esere opposta soltanto a quel terzo che “*abbia intenzionalmente agito a danno della società*”.

## Le azioni di responsabilità contro gli amministratori

Le regole generali sulla responsabilità civile degli amministratori per violazione di obblighi inerenti al proprio ufficio sono dettate dagli artt. 2392ss. Lo schema tradizionale dalla disciplina prevede **tre ipotesi di responsabilità civile** degli amministratori: verso la *società,* verso i *creditori sociali*, verso *singoli soggetti* (soci o estranei).

### Responsabilità verso la società: presupposti

La prima (**responsabiltià verso la società)** è di certo la più importante, anche perché può spesso assorbire le altre, nella misura in cui il danno dei creditori o dei terzi si configuri come danno indiretto.

La responsabilità degli amministratori verso la società è **responsabilità contrattuale**, per inadempimento dell’obbligo di corretta amministrazione, e in particolare per violazione dei “doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto”, cui essi devono adempiere “con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” (art. 2392 comma 1). Gli amministratori non sono infatti investiti di poteri nell’interesse proprio, ma in quello della società: essi perciò *devono esercitare la loro funzione* e devono esercitarla nell’*interesse sociale*.

Il danno risarcibile si ravvisa in tutti i casi in cui la cattiva gestione porti ad un deterioramento dello stato patrimoniale o del conto economico della società. L’amministratore sarà responsabile sia per il “***danno emergente***” sia per il “***mancato guadagno***”.

La responsabilità contrattuale degli amministratori è fondata su un criterio soggettivo di **colpevolezza**, valutandosi così la loro diligenza in una prospettiva *ex ante* rispetto agli eventi successivi con cui può concretizzarsi il pregiudizio (si guarda quindi non al risultato negativo in sé, che potrebbe essere dipeso anche da fattori indipendenti dall’operato degli amministratori, quali una contrazione o una crisi del mercato, ma al risultato che sia derivato da una condotta degli amministratori difforme da quella esigibile da un gestore diligente).

In proposito, dalla disciplina emerge una distinzione fra l’*obbligo generale di diligenza*, in cui il comportamento dovuto non è ipotizzato dalla legge, ma da determinarsi in concreto alla stregua dei criteri di negligenza, imprudenza, ed imperizia, e gli *obblighi specifici di diligenza*: per tali ultimi obblighi, il comportamento dovuto è tipizzato dalla legge e, quindi, la colpa dell’amministratore si integra per il solo fatto di non aver adempiuto al comportamento imposto dalla legge in presenza di date fattispecie (ad es. apertura della liquidazione se ricorre una causa di scioglimento della società.

E la distinzione ha immediate ricadute, come si vedrà, in ordine all’**onere della prova in giudizio**.

La colpa dell’amministratore nella violazione dell’**obbligo generale di diligenza** va dunque valutata secondo i tre criteri tradizionali dell’***imperizia, negligenza e imprudenza***, conformati dalle regole speciali dettate per gli amministratori di SPA.

Con particolare riguardo al profilo dell’***imprudenza,*** l’obbligo di diligente gestione si dirà violato soltanto allorchè possa imputarsi all’amministratore di avere fatto scelte *assolutamente irrazionali*, ed incompatibili con qualsivoglia logica di impresa.

Se viene in rilievo la violazione dell’obbligo generale di diligenza degli amministratori, la **prova della colpa** (o del dolo) dev’essere data dalla società attrice.

Se, invece, viene in rilievo la violazione di un **obbligo specifico di diligenza**, l’onere della prova da parte della società attrice resterà facilitato: rimarrà a suo carico soltanto la prova del fatto dell’inadempiemento (ad es. la mancata rilevazione di una perdita del capitale che avrebbe dovuto determinare l’apertura della liquidazione della società), oltre che del nesso di causalità, ma non anche della colpevolezza. Infatti, secondo le regole generali, la colpevolezza sussiste nel caso in cui si dimostri che il comportamento degli amministratori ha implicato l’inosservanza di norme giuridiche (che specificatamente disciplinano l’azione svolta) o di norme tecniche.

Resterà peraltro sempre salva la prova dell’*errore scusabile* da parte dell’amministratore convenuto, il quale sarà mandato esente da responsabilità ove dimostri una causa che abbia reso impossibile l’adempimento o, in altri termini, un “fatto impeditivo” dell’adempimento (art. 1218) (ad es., impossibilità non imputabile di rilevare la perdita del capitale sociale, che avrebbe imposto l’apertura della liquidazione della società).

La responsabilità degli amministratori è, poi, **solidale,** per espressa indicazione di legge (art. 2392), e si estende secondo la giurisprudenza, come si è visto, anche ai cd. *Amministratori di fatto*.

La disciplina distingue in proposito tra una ***responsabilità diretta*** di ciascun consigliere di amministrazione, che può sorgere, soprattutto, per gli atti di competenza del consiglio di cui egli è componente, ma anche per atti direttamente imputabili al singolo amministratore (ad es., per violazione del divieto di concorrenza *ex* art. 2391, o dell’obbligo di comunicazione dettato dalla disciplina degli interessi *ex* art. 2391); ed una ***responsabilità per omessa o difettosa vigilanza***, che può addebitarsi al singolo consigliere non delegato rispetto ad atti di competenza di amministratori delegati.

Al riguardo, a ciascun amministratore è imposto un ***obbligo di intervento*** tutte le volte in cui sia a conoscenza di fatti pregiudizievoli, “per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose” (art. 2392 comma 2). Si tratta di un dovere che non riguarda solo il *plenum* nei confronti dei delegati, ma che assume portata più generale, anche con riguardo ai *nuovi amministratori*, che dovranno adoperarsi per la rimozione delle conseguenze derivanti dalle irregolarità compiute dai loro predecessori.

Il singolo amministratore può però riuscire a **sottrarsi dal vincolo di solidarietà** nella responsabilità con gli altri amministratori, nel caso in cui la diligenza è venuta a mancare all’interno di determinate funzioni attribuite ad uno o più ammiistratori ex art. 2392.

Vi è anche la procedura di **dissociazione** che gli permettono di sottrarsi dal vincolo di solidarietà. Tale procedura lo esonera a tre condizioni:

1. Che egli faccia *annotare il suo dissenso* senza ritardo nel libro delle adunanze del consiglio
2. Che *informi* immediatamente del suo dissenso il presidente del collegio sindacale
3. Che, naturalmente, l’amministratore che sia così dissociato risulti effettivamente *esente da colpe*.

Ovviamente il processo di dissociazione presuppone che l’amministratore non abbia inadempiuto né all’obbligo di agire informato, né all’obbligo di vigilanza ed intervento.

### Azione di responsabilità

Il promovimento dell’**azione sociale di responsabilità** necessita di ***deliberazione dell’assemblea ordinaria*** (salvo quanto disposto dall’art. 2393-bis, per l’azione promossa dalla minoranza). E l’esercizio dell’azione può essere validamente deliberato, nell’assemblea ordinaria di approvazione del bilancio, anche se non è indicato fra le materie da trattare (art. 2393 comma 2); e ciò in deroga eccezionale al principio, proprio dei procedimenti collegiali, per cui l’orggetto della deliberazione dev’essere prevntivamente indicato nell’ordine del giorno. Ma la deliberazione è consentita solo se la responsabilità appare legata a fatti compresi nell’esercizio di cui si approva il bilancio e non a fatti pregressi o successivi.

Oltre all’assemblea, pure il ***collegio sinfacale*** ha competenza a deliberare il promovimento dell’azione sociale di responsabilità, con la maggiornaza qualificata dei due trzi dei componenti.

La deliberazione di esercizio dell’azione comporta la **revoca ope legis** degli amministratori, purchè approvata con il voto favorevole di una maggiornaza dei presenti, rappresentativa di almeno 1/5 del capitale (naturalmente, se adottata dall’assemblea). La revoca automatica comporta altresì l’obbligo all’assemblea di nomina di nuovi amministratori.

È poi nella piena disponibilità dell’assemblea deliberare *espressamente* la **rinunzia** all’azione o una **transazione** con gli amministratori (art. 2393), senza che occorra al riguardo motivazione alcuna.

La delibera di rinunzia o transazione può essere però impedita dall’esercizio di un ***diritto di veto*** con voto contrario da esprimersi in assemblea da parte di una minoranza qualificata.

### L’azione sociale esercitata dalla minoranza

Il legislatore attribuisce oggi la legittimazione all’esercizio dell’**azione sociale di responsabilità** anche ad una **minoranza qualificata**(art. 2393-bis). Nelle società chiuse la quota minima è di 1/5 mentre in quelle aperte 1/40.