

DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO DEGLI AFFARI”

TESI DI DOTTORATO

in

**LA GESTIONE DELEGATA NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI
PROBLEMI E PROSPETTIVE**

(ciclo XXV)

TUTOR

Chiar.mo Prof.

GUSTAVO VISENTINI

DOTTORANDO

ANDREA SCALZO

*L'arte non consiste nel rappresentare cose nuove,
ma nel rappresentarle con novità*
(Ugo Foscolo)

INDICE SOMMARIO

Introduzione	6
---------------------	---

CAPITOLO I

LA DELEGA GESTORIA NELLA SOCIETA' PER AZIONI TRA PASSATO E PRESENTE

<i>La delega dei poteri gestori: funzione e natura giuridica dell'istituto</i>	13
<i>Evoluzione storica dell'istituto della delega: dal codice di commercio del 1865 al codice civile del 1942, passando tra i vari progetti di riforma</i>	17
<i>La gestione delegata secondo il codice civile del 1942: alcuni aspetti problematici</i>	21
<i>L'obbligo di informare chi e il diritto di essere informati su cosa. La circolazione delle informazioni secondo le raccomandazioni Consob</i>	30
<i>Le linee guida della nuova disciplina della amministrazione delegata introdotta con la riforma del diritto societario</i>	35

CAPITOLO II

IL SISTEMA LEGALE DELL'AMMINISTRAZIONE DELEGATA ED IL RAPPORTO TRA ORGANI DELEGATI E CONSIGLIO

<i>Autorizzazione al conferimento della delega e la nomina degli amministratori delegati</i>	39
<i>L'articolazione del deliberato assembleare con il quale i soci autorizzano l'organo amministrativo a rilasciare le deleghe gestorie</i>	42
<i>L'atto di delega da parte del consiglio e i dubbi concernenti</i>	

<i>l'ammissibilità delle deleghe generali</i>	46
<i>L'accettazione della carica da parte dei delegati</i>	51
<i>La revoca dell'amministratore delegato e le varie ipotesi di cessazione della delega</i>	52
<i>Le funzioni delegabili e quelle di competenza esclusiva dell'organo collegiale</i>	57
<i>Il Rapporto tra il consiglio di amministrazione e gli organi delegati; la "procedimentalizzazione" dei poteri e dei doveri di controllo</i>	58
<i>Segue. L'elaborazione dei piani strategici, industriali e finanziari</i>	62
<i>Segue. La relazione sul generale andamento della gestione</i>	64
<i>La centralità dell'informazione nel rapporto tra consiglio ed organi delegati</i>	67
<i>Segue. Brevi cenni sugli obblighi informativi di gruppo</i>	73
<i>La gestione delegata ad un comitato esecutivo</i>	75

CAPITOLO III

IL REGIME DELLE RESPONSABILITÀ GESTORIE E LA QUESTIONE DELLE DELGHE NON AUTORIZZATE

<i>Il regime delle responsabilità gestorie tra passato e presente</i>	79
<i>Segue. Il dovere di agire informato ed il potere individuale d'informarsi</i>	83
<i>Quali conseguenze in caso di approvazione o disapprovazione da parte del consiglio di amministrazione delle informazioni provenienti dai delegati?</i>	87
<i>La questione delle cd deleghe atipiche o di fatto e l'ammissibilità della c.d. delega "atipica di fatto"</i>	89

CAPITOLO IV

LA GESTIONE DELEGATA NEI SISTEMI ALTERNATIVI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO E NELLA NUOVA SRL

<i>La delega nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Il sistema monistico</i>	98
<i>Segue. La delega dei poteri gestori nel sistema dualistico</i>	101
<i>La delega dei poteri gestoria nella nuova s.r.l</i>	108
<i>(Segue): Possibilità delle deleghe nel sistema di amministrazione congiuntiva ed inammissibilità nel modello disgiuntivo</i>	111
<i>(Segue): I limiti dell'amministrazione delegata derivanti dalle competenze riservate all'«organo amministrativo» ex art. 2475, 5° comma, c.c</i>	116

CAPITOLO V

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AMMINISTRATORI SENZA DELEGHE NEI REATI POSTI IN ESSERE DAI DELEGATI

<i>Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratore delegati</i>	120
<i>I poteri individuali impeditivi del fatto criminoso attribuiti ai deleganti</i>	127
<i>L'incidenza della riforma del diritto societario sui processi penali per fatti criminosi posti in essere nel vigore della precedente disciplina civilistica</i>	135
<i>Bibliografia</i>	143

INTRODUZIONE

La delega rappresenta una modalità tipica di organizzazione della funzione gestoria pluripersonale delle s.p.a. L'istituto assolve tradizionalmente ad una duplice finalità. Da un punto di vista oggettivo, consente di realizzare una suddivisione dei compiti all'interno dell'organo amministrativo, garantendo in tal modo una maggiore efficienza gestionale. Sotto il profilo soggettivo, invece, permette di selezionare in seno al consiglio coloro che sono più esperti o comunque dotati di specifiche competenze e consolidate esperienze.

Attraverso la delega dei poteri gestori si assiste inevitabilmente ad un'articolazione interna allo stesso consiglio tra deleganti e delegati: ai primi è affidata la *gestione direttiva dell'impresa*, ossia volta a tracciare le sue scelte politico-strategiche, mentre ai secondi compete la gestione più *operativa* orientata ad attuare gli obiettivi prefissati in seno al consiglio.

L'originaria disciplina codicistica dettata in materia, tuttavia, si mostrò subito carente sotto vari profili, primo fra tutti in punto di responsabilità dei deleganti obbligati ad una "vigilanza sul generale andamento della gestione sociale" pur senza disporre di adeguati poteri o strumenti per farvi fronte. Inoltre, non era infrequente assistere, nel contesto di azioni risarcitorie promosse avverso i responsabili apicali dell'organismo societario, ad un scarico di responsabilità tra deleganti e delegati nell'ottica di un "*si salvi chi può*": gli uni, valorizzando proprio il rilascio della delega e, gli altri, facendo leva sulle vincolanti direttive ricevute ai fini dell'espletamento delle funzioni delegate.

Con la riforma del diritto societario del 2003 il legislatore è intervenuto in punto di delega delineando con attenzione i poteri- doveri degli organi delegati e degli stessi deleganti. In particolare, i delegati devono "*curare*", cioè porre in essere, una corretta organizzazione della società, mentre i consiglieri privi di deleghe devono solo "*valutare*" che l'operato dei primi sia adeguato alle caratteristiche della società. Questa valutazione è effettuata sulla base delle

informazioni ricevute dagli organi delegati e, nel caso in cui tali informazioni siano insufficienti, è potere-dovere dei consiglieri senza deleghe chiedere che gli stessi forniscano “*in consiglio*” (in modo da evitare informazioni selettive solo a taluni consiglieri) informazioni supplementari (art. 2381, 6° comma); i consiglieri deleganti devono, inoltre esaminare, quando elaborati¹, “*i piani strategici, industriali e finanziari della società*” (art. 2381, 3° comma). Sebbene la norma non stabilisca che tali piani, quando elaborati, debbano essere approvati dal consiglio, questo è uno dei compiti principali che gli statuti di regola riservano alla competenza del consiglio². Essi devono inoltre valutare, “*sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione*” (art. 2381, 3° comma). Come vedremo, più nel dettaglio, gli organi delegati, oltre all’esercizio della delega, curano che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381, 5° comma). La nuova disciplina, dunque, prende atto del ruolo strategico rivestito dai delegati, i quali per il ruolo che essi ricoprono nella gestione sociale, devono necessariamente essere a conoscenza dell’andamento della gestione e delle operazioni di maggior rilievo del gruppo, e devono, quindi, riferire al consiglio e al collegio sindacale ciò che è in loro conoscenza assicurando in tal modo una trasparente e corretta gestione sociale.

Le espressioni usate nell’art. 2381, 5° comma c.c., vanno tuttavia valutate con attenzione, poichè la “*prevedibile evoluzione*” della gestione non è un fatto certo, ma una valutazione che l’organo delegato deve rappresentare al consiglio

¹ Il che induce la dottrina a ritenere che i suddetti piani non costituiscano una necessità: SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, *Giur comm* 2008, p.385; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, Milano 84. Contrario a tale lettura G. D. MOSCO, *sub 2380-2381 bis*, in *Società di capitali* a cura di Niccolini Stagno d’Alcontres, II, Napoli, 2004, 599, nt 31.

² L’ampia formulazione della norma consente di comprendere nell’espressione “piani” sia i *business plans* pluriennali sia i *budgets annuali*

e al collegio sindacale, spettando poi a tali organi, nell'ambito dei rispettivi poteri e responsabilità, effettuare se del caso la valutazione finale sulla prevedibile evoluzione della gestione e trarne le conseguenze anche al fine di assumere eventuali deliberazioni; inoltre le “operazioni di maggior rilievo” non sono solo quelle di maggiore rilievo economico, sia per l'ammontare in gioco, sia per le loro conseguenze, ma anche le operazioni che, seppure economicamente non particolarmente significative, sono anomale rispetto alla normale attività sociale, o sono in potenziale conflitto o con “parti correlate”: è questo, ragionevolmente, il significato da attribuire all'espressione “operazioni di maggior rilievo per le loro dimensioni o caratteristiche”.

Per quanto riguarda i compiti riservati ai consiglieri deleganti, invece, costoro oltre a conferire la delega, stabilendone i limiti e le eventuali modalità di esercizio delle stessa (art. 2381, 2° comma), deliberano sulle attribuzioni non delegabili (art. 2381, 4° comma); valutano, sulla base delle informazioni ricevute dagli stessi delegati l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esaminano i piani strategici, industriali e finanziari della società; infine analizzano, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione sociale (2381, 3° comma). La potenzialità dell'intervento attivo del consiglio di indirizzo o surrogazione dei poteri delegati diventa una realtà se non un imperativo qualora le informazioni ricevute dai singoli amministratori e l'andamento generale costituiscano precise e concordanti "spie" di situazioni anche solo potenzialmente anomale. Dunque, gli amministratori senza poteri che *prima facie* sembrano essere solo i passivi destinatari delle informazioni che gli amministratori esecutivi sono tenuti a dare loro, si caratterizzano per essere investiti del dovere di agire congruamente informati e per riflesso, il loro potere-dovere di chiedere anche individualmente notizie al consiglio. Ne deriva un rafforzamento del dovere di vigilanza sulla generale attività da parte degli amministratori senza delega, in quanto essi diventano destinatari di un crescente numero di informazioni e fautori attivi di richieste qualora i flussi informativi siano carenti o insufficienti. Il legislatore ha, dunque, provveduto alla istituzionalizzazione di un sistema di flussi informativi tra organi delegati

ed organi deleganti, che impone ai primi un obbligo di informazione, onera i secondi di un dovere di essere informati e sottopone entrambi al più generale principio secondo cui gli amministratori sono tutti tenuti ad agire in modo informato. Il legislatore colma in tal modo un'evidente lacuna normativa dell'ordinamento previgente, ove nessuna disposizione interveniva a regolare in modo espresso i rapporti tra le varie articolazioni dell'organo amministrativo, e al silenzio delle fonti, quando in qualche raro caso non aveva posto riparo la prassi virtuosa in uso presso il singolo consiglio di amministrazione, aveva fatto molto più spesso seguito una situazione che vedeva gli amministratori privi di delega interessarsi dalla gestione sociale solo se sollecitati dagli organi delegati ovvero, quando neppure questo avveniva, solo in occasione della predisposizione del progetto di bilancio. La dottrina, argomentando sulla mancanza di una precisa definizione dei doveri di informazione idonea a determinare un "costo da incertezza" ne evidenzia i riflessi concreti, laddove ricorda che *"l'amministratore non delegato sapeva di essere tenuto a chiedere delle informazioni, ma non sapeva quando questo diritto di informarsi si trasformava in un dovere di attivazione. L'amministratore delegato sapeva di dover rendere delle informazioni al Consiglio , ma non sapeva quali e quando"*³. Il legislatore della riforma avverte suddetta difficoltà ed interviene sulla trasmissione, sulla acquisizione e sullo scambio di informazioni nell'ambito dell'organo amministrativo, parzialmente riducendo , da un lato, lo spazio tradizionalmente assegnato all'autonomia statutaria in questo ambito, e regolando, dall'altro, in modo più preciso, le responsabilità connesse al dovere di informazione.

La circostanza che la riforma preveda dei doveri degli organi delegati nettamente diversi rispetto a quelli dei consiglieri privi di delega, si riflette inevitabilmente anche sulle rispettive responsabilità. Sebbene, infatti, sia stata conservata la responsabilità solidale degli amministratori, la posizione di ciascuno di essi va valutata distintamente, in relazione ai diversi obblighi che fanno loro capo. Come sottolinea la Relazione alla legge di riforma, n. 6.III.4.,

³ E' la tesi sostenuta da P. MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista* , in AA VV., (a cura di Abriani e Onesti), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, 9.

“la eliminazione dal precedente comma 2 dell’art. 2392 c.c. dell’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli art. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall’accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili”. Ma possiamo realmente sostenere che la nuova disciplina abbia determinato il venir meno del dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, oppure siamo dinnanzi ad una vigilanza di nuovo conio?

Significativa è inoltre anche l’orientamento della stessa giurisprudenza penale nei confronti dei consiglieri deleganti. In particolare, essendo quest’ultimi investiti di una posizione di garanzia (che trova il suo fondamento giuridico nell’obbligo d’impedimento di attività pregiudizievoli ai sensi dell’art. 2392 cod. civ.), ricorre che venga loro imputato un concorso mediante omissione nei reati commessi dai delegati ai sensi dell’art. 40 2° comma c.p. A leggere le varie sentenze italiane (civile e penali) sul tema, sembrerebbe, infatti, che i deleganti siano in possesso di straordinari poteri giuridici e fattuali per monitorare l’operato dei delegati, con tale assiduità e costanza da poter immediatamente scovare, tra le pieghe degli atti di gestione, dei segnali d’allarme del compimento di atti criminosi e impedire così la perpetrazione degli illeciti. Si è assistito, inevitabilmente, anche nei procedimenti penali alla medesima automatica e generalizzata imputazione degli illeciti a tutti i componenti del *plenum*, indipendentemente dal ruolo esercitato all’interno della società e, dunque, a prescindere che fossero o meno muniti delega. Ma è corretta una simile impostazione, specie alla luce dei principi sanciti dalla costituzione in materia di giusto processo?

La riforma poi, non ha specificamente offerto risposte esaurienti al problema delle cd deleghe “non autorizzate” o meramente interne, che nella prassi, il consiglio di amministrazione utilizza al fine di ripartire specifici

incarichi al suo interno, senza che ciò trovi previsione nello statuto o in una espressa deliberazione consiliare. O meglio, la risposta al problema è stata data ma non in maniera esauriente. La nuova formulazione dell'art. 2392 cod. civ. , infatti, pur prevedendo una responsabilità solidale degli amministratori, prevede una limitazione per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni *“in concreto”* attribuite ad uno o più amministratori. Come interpretare l'inciso *“in concreto”*?

Alcuni dubbi emergono con specifico riferimento alla disciplina dettata in materia di delega dei poteri gestori nell'ambito del sistema dualistico di amministrazione e controllo. Ed invero, mentre il sistema monistico richiama tutte le disposizioni del sistema tradizionale dedicate al consiglio di amministrazione (art. 2409-noviesdecies cod. civ.), rendendo pertanto sicuramente applicabile l'intera disciplina della delega; nel sistema dualistico, invece, il richiamo a quelle previsioni è solo parziale. Più precisamente, manca un riferimento all'art. 2381, comma 2° cod. civ., in tema di autorizzazione (artt. 2409- novies e 2409-undecies c.c.) ed inoltre lo stesso art. 2409- novies, comma 1° cod. civ, si limita a disporre che il consiglio di gestione *“può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti”* senza contemplare espressamente, a differenza dell'art. 2381 comma 2° c.c. la nomina di un comitato esecutivo. Ebbene, le citate asimmetrie generano notevoli incertezze su quale sia la relativa disciplina; non è chiaro, infatti, se analogamente a quanto prescritto nel sistema tradizionale e monistico, la delega resti comunque subordinata all'autorizzazione (statutaria o assembleare) dei soci ex art. 2381, comma 2° cod. civ., o se al contrario, il mancato richiamo a quella regola autorizzi a ritenere che sul punto vi sia una piena ed incondizionata libertà del consiglio di gestione. Parimenti, si discute se il sistema dualistico ammetta la presenza di organi delegati collegiali o se invece, stante la lettera della legge, la delega possa essere disposta solo a favore di singoli delegati. Inoltre, occorre interrogarci sul ruolo che la delega è chiamata a svolgere nell'ambito di questo e peculiare modello di governance.

Il legislatore, infine, non prevede l'istituto della delega per la società a responsabilità limitata. In questo tipo societario sono presenti vari modelli in

ordine al funzionamento dell'organo gestorio pluripersonale. Infatti sono configurabili l'amministrazione disgiunta, quella congiunta, il consiglio di amministrazione (funzionante secondo le regole della collegialità o mediante le tecniche del consenso espresso per iscritto o della consultazione scritta). La presenza di vari modelli alternativi, da un lato, pare sicuramente legittimare la possibilità di adozione della delega, dall'altro, ne limita l'ambito di operatività. Il ricorso allo strumento della delega mi pare, infatti, sicuramente ammissibile in un sistema che consente l'adozione dell'amministrazione disgiunta. Tuttavia la delega di potere gestorio non è compatibile con tale modello; forse potrebbe esserlo con l'amministrazione congiunta; sicuramente è compatibile con la creazione del consiglio di amministrazione. Occorre, dunque verificare se le regole dettate per la delega di potere gestorio dall'art. 2381 cod. civ. siano estensibili alla società a responsabilità limitata. In prima approssimazione potrebbe porsi il dubbio in ordine alla sussistenza di una maggiore flessibilità della disciplina. D'altra parte, si pone l'interrogativo, per converso, in ordine alla configurabilità di una maggiore «severità» nell'applicazione della disciplina in esame alla società a responsabilità limitata: infatti la mancata previsione dell'attenuazione della responsabilità dei deleganti potrebbe indurre a ritenere che tale regola non si estenda alla società a responsabilità limitata.

Ebbene, il presente lavoro ambisce a risolvere una serie di questioni ancora aperte e verificare se, a quasi un decennio dalla riforma del diritto societario, possa dirsi effettivamente riuscita in punto di delega, tentando di dare una risposta al seguente interrogativo: è possibile rintracciare nel nuovo sistema un'efficiente allocazione dei compiti e delle prerogative dei delegati e dei deleganti, così come un quadro sufficientemente chiaro delle rispettive responsabilità?

CAPITOLO I

LA DELEGA GESTORIA NELLA SOCIETÀ' PER AZIONI TRA PASSATO E PRESENTE

La delega dei poteri gestori: funzione e natura giuridica dell'istituto

La delega delle funzioni proprie del consiglio di amministrazione ad alcuni suoi componenti consente di ottenere numerosi vantaggi⁴: in primis, correggere la naturale lentezza della direzione collegiale, sia pur maggiormente ponderata; nel contempo, permette di razionalizzare l'esercizio del potere amministrativo assicurando uno snellimento della stessa attività gestoria. Questa sua indubbia utilità spiega il perché il modello abbia incontrato una rilevante diffusione nella prassi, tanto da diventare una sorte di regola di *default* del regime di amministrazione pluripersonale; anzi, la circostanza che il legislatore della riforma sia intervenuto in materia precisando i poteri e i doveri del consiglio di amministrazione esclusivamente in occasione del rilascio di deleghe, induce a ritenere che abbia considerato la presenza di organi delegati come una articolazione del tutto normale della gestione della nuova società per azioni.

⁴ In tema si legge, M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Società*, 2004, 940, il quale afferma che: "sono fin troppo note le motivazioni sottese alla nascita, nonché all'indiscusso successo, della figura dell'amministratore delegato. Nelle più complesse organizzazioni imprenditoriali collettive, nelle quali si registrano corposi investimenti a opera di un numero non trascurabile di soci, questi ultimi a ragione ottengono di poter esprimere personalità di propria fiducia nell'organo gestorio, che in conseguenza tende a divenire pletorico e a configurarsi conclusivamente come una stanza di compensazione e di ponderazione di un più o meno ampio ventaglio di interessi e istanze sovente non coincidenti. A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, 63 ss.; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 61 ss.; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni, Profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976; G. D. MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, artt. 2380 – 2448 c.c., Jovene, Napoli, 593; F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'amministrazione e dei controlli delle s.p.a.*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, Pisa, 2004, 2001. Sulla scarsa agilità dell'organo collegiale cfr. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968, 192. Uno studio comparativo sul problema v. GOEL, *Delegation of Director's power and duties*, in *The int. And comp. Law Quart*, 1969, 18, I, 152.

La nomina di delegati a cui viene affidata la gestione dell'impresa muta, inevitabilmente la posizione degli amministratori deleganti: quest'ultimi, infatti, si limitano ad individuare le linee di politica generale dell'impresa, affidando ai delegati il compito di dare attuazione alle stesse, ovviamente nei limiti di volta in volta previsti nell'atto di delega⁵.

Se l'individuazione della funzione pratica della delega di poteri non presenta particolari difficoltà, ben diversa è la valutazione della *natura giuridica* dell'istituto. Nonostante dottrina e giurisprudenza abbiano a tal proposito elaborato diverse teorie, talune anche ingegnose, e che la più recente dottrina non si sia dimostrata particolarmente interessata all'argomento, il problema è ancora aperto e attuale, perché nessuna delle spiegazioni finora proposte risulta adeguata rispetto al fenomeno indagato.

Secondo una prima impostazione, il rapporto di delega intercorre direttamente tra i delegati e il consiglio di amministrazione ed avrebbe *natura di mandato*, e ciò in quanto gli amministratori delegati o il comitato esecutivo non costituirebbero “*un altro organo della società, ma semplicemente un'emanazione diretta del consiglio di amministrazione*”⁶. Questa ricostruzione fa leva sull'impostazione, ormai superata, che inquadrava gli amministratori dei meri mandatari della società riproponendo così il medesimo schema anche nei confronti degli stessi delegati⁷.

Altra dottrina, invece, ha sostenuto la tesi secondo la quale la delega instaurerebbe un *nuovo rapporto giuridico* fra delegati e società, distinto da quello di amministrazione⁸. In questo senso, la delega avrebbe natura

⁵ Tali considerazioni testimoniano che la delega costituisce un modulo organizzativo destinato ad instaurare una suddivisione orizzontale delle funzioni gestorie: e cioè proprio nella misura in cui essa ermette di separare l'attività di “alta amministrazione” dalla “gestione esecutiva”.

⁶ Cfr., A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, 370

⁷ U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. IV, Milano, 1919, 370; A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, 1914, 517; U. PIPIA, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Torino, 1914, 517; A. SRAFFA, *Compromessi e società anonime*, in *Riv. Dir. comm.*, 1909, II, 132; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, II, Società commerciali*, Roma, 1933, 352.

⁸ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., 450 ss. In particolare, l'A. afferma che trattasi di “un contratto di un tipo a sé stante che ha per oggetto la prestazione di lavoro in senso ampio, avente contenuto di attività prevalentemente giuridica e in posizione che per taluni aspetti è di autonomia e per altri è di subordinazione; per una critica cfr. F.

contrattuale e, a fondamento di questa tesi, vengono individuati diversi elementi contrattualistici dell'istituto, autonomi e distinti rispetto al preesistente rapporto di amministrazione, come la necessaria *accettazione* (espressa o tacita) da parte del soggetto designato (nel senso che l'efficacia della nomina è subordinata all'accettazione) o la stessa esistenza di un *compenso aggiuntivo* per l'attività delegata⁹. A ben vedere però, tanto l'accettazione da parte del chiamato a svolgere funzioni delegate, quanto la presenza di un compenso aggiuntivo per l'esercizio delle stesse, non costituiscono aspetti determinati della presenza di un nuovo rapporto tra le parti. L'accettazione si innesta su un rapporto già in corso, appunto quello di amministrazione, mentre il compenso non è, di per sé, indicativo di un nuovo rapporto per di più contrattuale; una particolare retribuzione assegnata all'amministratore delegato potrebbe, ad esempio, essere giustificata in relazione al maggior lavoro che esso è chiamato a svolgere, così come accade in particolari situazioni di aggravio della prestazione vengono attribuite ai lavoratori subordinati.

Alcune pronunce giurisprudenziali¹⁰ poi, hanno accostato la delega dei poteri gestori alla cd. *delegazione dei poteri* operanti in sede amministrativa¹¹ attribuendole la funzione di autorizzare il singolo delegato ad esercitare

GALGANO *La società per azioni*, seconda ed., in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1988, 129-130.

⁹ *Contra* A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 67: "una particolare retribuzione assegnata all'amministratore delegato (...) non sembra che abbia caratteristiche diverse da certe indennità (...) attribuite ai lavoratori subordinati. Come la presenza di tali indennità non fa sorgere un nuovo rapporto contrattuale, lo stesso motivo vale, nel nostro caso, per escludere un contratto autonomo".

¹⁰ Per un esame dettagliato, v. Cass., 6 agosto 1962, n. 2402, in *Dir. fall.*, 1962, II, 814 e in *Giust. Civ.*, 1962, I, 1843; Cass. 26 luglio 1967, n. 1969, in *Giur.it.*, 1968, I, 443; Cass., 7 ottobre 1967, n. 2295, in *Giust. Civ.*, 1967, I, 1965.

¹¹ La delega di poteri deve distinguersi dalla concessione di servizio che interviene tra un ente pubblico ed un soggetto privato (la delega di poteri ha luogo, invece, tra due soggetti pubblici), dall'avvalimento che comporta lo sfruttamento di altro organo per attività amministrativa che continua ad essere imputata all'organo titolare della competenza dalla delega di firma che non comporta il trasferimento dell'esercizio del potere ma esclusivamente il potere di manifestare all'esterno la volontà dell'organo apponendo la firma in calce al provvedimento.

Sulla delega di diritto dei poteri in sede amministrativa, v. G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 905 ss; F. FERRERO, *La delegazione amministrativa*, Perugia, 1935; F. FRANCESCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milano, 1950; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 264; VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1954, 350; LANDI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1978, 216.

singolarmente poteri che sono in realtà di competenza dell'organo amministrativo nel suo complesso¹². In realtà, la delegazione di diritto amministrativo, non risulta perfettamente coincidente con la delega dei poteri gestori disciplinata ai sensi dell'art. 2381 cod. civ. Nell'ambito della delega operante in sede amministrativa, infatti, l'organo delegato agisce in nome proprio, sicchè risponde direttamente dei provvedimenti posti in essere nell'esercizio della delega; inoltre, essa consiste in “un atto amministrativo di natura organizzatoria con il quale un organo investito in via originaria della competenza a provvedere in una data materia (delegante) trasferisce ad un altro organo (delegato) la legittimazione ad adottare uno o più atti che rientrano nella sua sfera di competenza”. Orbene, nel caso della delega dei poteri gestori ai sensi dell'art. 2381 cod. civ., non vi è alcuna attribuzione di poteri ne tanto meno di funzioni: i delegati, infatti, sono già titolari dei poteri e delle funzioni delegate e, la delega, consente loro di esercitarli singolarmente o tramite un gruppo più ristretto nel segno dell'efficienza e rapidità gestoria. E' lo stesso consiglio a delegare a singoli amministratori o ad una parte di esso alcune competenze gestorie, mantenendo una “supervisione” sulle stesse, e restando legittimato ad avocarle a sé in qualunque momento. Non è un caso, infatti, che la delega debba avere come destinatari esclusivi soggetti già inseriti nel consiglio di amministrazione, escludendo, a priori, la stessa possibilità di delegare soggetti terzi estranei al consiglio¹³. Inoltre, l'attività degli organi della P.A. è interamente soggetta alla legge ed è regolata da principi giuspubblicistici alquanto rigidi, mentre i principi che regolano la delega di potere amministrativo nella società per azioni sono più flessibili, specie alla luce della riforma del diritto societario.

La soluzione che, meglio delle altre, coglie la vera natura giuridica della delega dei poteri gestori è quella che inquadra l'istituto *de qua* quale mero sviluppo dello stesso rapporto di amministrazione. Gli organi delegati

¹² Ad una più attenta analisi, non sembra in realtà corretta l'identificazione tra la delega e l'autorizzazione: il delegatario, infatti, esercita delle attività non per conto proprio ma per conto del delegante, mentre gli atti compiuti dall'autorizzato verrebbero imputati al suo autore.

¹³ Anche perché, così facendo, la delega realizzerebbe un'intollerabile rinuncia da parte dell'organo consiliare ai propri poteri gestori.

rappresentano sostanzialmente un articolazione interorganica del consiglio di amministrazione autorizzata ad esercitare individualmente poteri che sono in realtà di competenza dell'organo amministrativo nel suo complesso, nel segno dell'efficienza e flessibilità; l'organo consiliare, infatti, non si spoglia della propria competenza e, pur delegando alcune sue funzioni, conserva in ogni caso il potere di impartire direttive ed avocare a sé operazioni rientranti nella delega¹⁴.

Evoluzione storica dell'istituto della delega: dal codice di commercio del 1865 al codice civile del 1942, passando tra i vari progetti di riforma

Già anteriormente alla codificazione unitaria, pur in mancanza di una disciplina espressa dell'istituto, la maggioranza degli interpreti assunse una posizione decisamente favorevole alla possibilità per il consiglio di amministrazione di costituire organi delegati¹⁵. L'art. 138 del cod. comm. del 1865 disponeva infatti, che “*gli amministratori non possono cedere né delegare ad altri l'amministrazione senza il consenso della società. Possono però nominare delegati e costituire procuratori per affari speciali*”¹⁶. Dalla norma si evince come il consenso della società fosse il presupposto essenziale della delega di potere amministrativo. La necessaria preventiva autorizzazione dei soci, in particolare, era giustificata dall'applicazione al rapporto di amministrazione dello schema del mandato *tout court* e, in particolare, del mandato commerciale. Infatti, secondo l'abrogato codice di commercio, gli amministratori erano subordinati all'assemblea essendo la società “(...)

¹⁴ Così A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 71. In senso sostanzialmente analogo, A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950; G. FRE', *Società per azioni*, in Comm. cod. civ., a cura di Scioloja e Branca, Bologna-Roma, 1972, 415.

¹⁵ Sull'evoluzione storica della disciplina della delega si vedano A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 57 ss; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, op. cit., 10 ss.

¹⁶ Cfr. Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Vallardi, Milano, 1929, 349; G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, 276 ss; L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia*, I, Torino, 1868, p. 442 ss; CARNAZZA – PUGLISI, *Il diritto commerciale secondo il codice di commercio del Regno d'Italia*, II, Milano, 1868, 281; ZUCCOLI, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1873, 255; NOTO-SARDEGNA, *Le società anonime*, Palermo, 1908, 324.

amministrata da uno o più mandatari temporanei, revocabili, soci o non soci” (art. 121 cod. com.) soggetti non ad una responsabilità personale ma “alla responsabilità dell’esecuzione del mandato, e a quella che deriva dalle obbligazioni che la legge loro impone” (art. 122, cod. comm.). Pertanto l’amministratore delegato “in quanto è un amministratore è soggetto, con gli altri membri del consiglio, alla responsabilità per la gestione; in quanto delegato specialmente, egli è personalmente responsabile delle sue colpe di fronte al consiglio di amministrazione che è il vero mandatario”¹⁷.

Il codice di commercio del 1882, invece, si limitava a prevedere che, “*per patto sociale o per deliberazione dell’assemblea generale*”, si potesse “*affidare la parte esecutiva delle operazioni sociali ad un direttore estraneo al consiglio di amministrazione*” (art. 148). Tuttavia, un ulteriore riferimento al fenomeno in esame era contenuto nell’ambito della disciplina concernente la responsabilità dei componenti del consiglio di amministrazione¹⁸. Nello specifico se, per un verso, si stabiliva la regola generale secondo cui gli amministratori “*sono solidamente responsabili nei confronti dei soci e dei terzi dell’esatta osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, dall’atto costitutivo e dallo statuto*, per un altro, si chiariva che tale regola era destinata a trovare applicazione solo con riguardo “*alla violazione dei doveri che non siano propri esclusivamente di un ufficio determinato e personale*” (art. 147, n. 5 cod. comm.)¹⁹. In altre parole, veniva esclusa la responsabilità solidale degli amministratori in ipotesi di delega, fatta rientrare tra i cd. uffici determinati e personali²⁰. Nonostante l’espressa previsione normativa, la disciplina risultava

¹⁷ Cfr. NOTO SARDEGNA, *Le società anonime*, Palermo, 1908, 307.

¹⁸ Vigente ancora il codice di commercio del 1882, fra le ultime decisioni giurisprudenziali in tema di amministratore delegato: Cass., 14 ottobre 1942, n. 2608, in *Foro it. Mass.*, 1942, c. 616, sulla responsabilità dell’amministratore delegato; Cass., 30 luglio 1942, n. 2274, in *Foro it. Mass.*, 1942, c. 538, sui poteri del consigliere delegato; infine, Cass., 22 marzo 1947, n. 417, in *Dir. fall.*, 1947, II, 109, per la quale “La natura collegiale della detta responsabilità (verso la società) importa che, provato un fatto di danno commesso da uno o più fra gli amministratori, ove il fatto stesso non rientri nell’attribuzione propria di una determinata persona o ufficio, la relativa responsabilità investe solidamente tutti gli altri amministratori”.

¹⁹ Sulla genesi della norma: MARGHIERI, *I motivi del nuovo codice di commercio italiano*, Napoli, 1885, II, 567 ss.

²⁰ V. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, 1938, 338. Per la giurisprudenza v. Trib. Genova, 26 maggio 1917, in *Temi gen.*, 1917, 246 e in *Dir. comm.*, 1917, 40.

lacunosa riguardo alle attribuzioni delegabili: nel silenzio della legge, infatti, alcuni interpreti ritenevano possibile una delega totale dei poteri del consiglio²¹, altri invece ritenevano non delegabili alcune funzioni quali la redazione del bilancio di esercizio, la tenuta dei libri contabili e tutti gli obblighi degli amministratori sanzionati penalmente²².

Con il sorgere e lo svilupparsi della grande impresa in forma di società per azioni, il sistema delle deleghe gestorie acquista un nuovo impulso e vasta diffusione nella prassi²³. L'importanza assunta dalla delega all'interno della realtà societaria è testimoniata dall'interesse ad essa riservato nei vari progetti di riforma della legislazione commerciale, come il Progetto Vivante, il Progetto D'Amelio e Progetto Asquini.

Il Progetto Vivante (1921) disponeva al riguardo che *“il consiglio di amministrazione può delegare i suoi poteri a un comitato esecutivo, composto di un numero dispari di membri, le cui deliberazioni non sono valide se non raccolgono il voto favorevole della maggioranza assoluta dei suoi membri”* (art. 193 terzo comma). Significativo il passo contenuto nella relazione illustrativa al progetto *de quo* presentata da Antonio Scialoja *“Accanto o nel seno del consiglio di amministrazione spesso, per necessità di vario ordine, viene creato un più ristretto ed agile comitato direttivo. Anche questi comitati, se pur chiamati talvolta esecutivi, sono organi deliberanti entro i limiti della competenza loro attribuita dallo statuto, dall'assemblea, o dal consiglio plenario. E' opportuno, dunque, che la legge li preveda e li regoli, così come sono regolati i consigli di amministrazione, e ne coordini il funzionamento con quello del consiglio plenario[...]*”²⁴.

²¹ Cfr. PIPIA, voce *“Società anonima”*, in *Il Dig. It.*, XXI, III, 2, Torino, 1903-1906, 351 ss.

²² Cfr., NOTO-SARDEGNA, *Le società anonime, op.cit.*, 435.

²³ Cfr. A. SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934, 656 ss. *“La pratica –è stato scritto al proposito- ci offre con una relativa costanza organi con mansioni più o meno estese, nelle cui mani trovansi l'iniziativa e l'esecuzione degli affari sociali. Assai spesso, troviamo uno o più amministratori incaricati dell'esecuzione degli affari; gli statuti ne fissano i poteri e talora le responsabilità. E' tuttavia difficile allo stato della nostra legislazione, tracciare un sistema generale per stabilire i loro rapporti con la società e con gli organi che li hanno nominati nonché le responsabilità che fanno loro carico”*.

²⁴ A. SCIALOJA, *Le società commerciali*, in *Commissione ministeriale per la riforma della legislazione commerciale presieduta da Prof- C. Vivante, Progetto premilitare per il novo codice di commercio*, Milano, 192.

Oltre al funzionamento del comitato esecutivo (numero dispari di membri, valida deliberazione a maggioranza assoluta e divieto del voto per delegazione) venivano disciplinati i rapporti inter-organici tra organo delegato e consiglio delegante (infatti, in base all'art. 193 il comitato esecutivo doveva comunicare al consiglio il libro delle sue deliberazioni).

Sul piano della responsabilità veniva ribaltata la disciplina contenuta nel codice di commercio, per evitare che *“la limitazione della responsabilità risultante dalla disposizione [...] per la quale gli amministratori non rispondono dell'esatta osservanza di doveri, propri di un ufficio determinato e personale”* costituisca *“una comoda scappatoia e un privilegio”* si stabiliva che gli amministratori fossero *“responsabili per gli atti compiuti dal direttore estraneo o appartenente al consiglio e di ogni altro organo esecutivo nei limiti dei poteri a questi organi attribuiti dalla statuto”* a meno che si riuscisse a provare che *“non potevano prevenire o scoprire gli atti medesimi”* (art. 197)²⁵. In altre parole, veniva sancita la responsabilità degli amministratori nei confronti della società unitamente ai titolari degli organi esecutivi, salva la prova della impossibilità di prevenire o scoprire gli atti da essi compiuti²⁶. La norma recepiva la tendenza dell'epoca a rafforzare la responsabilità degli amministratori e, in questo senso, era prevista non solo la responsabilità solidale per gli atti degli organi esecutivi ma anche la responsabilità solidale con gli amministratori precedenti, inoltre l'azione sociale di responsabilità poteva anche essere deliberata dai soci di minoranza²⁷.

Questa tendenza risulta attenuata nel seguente Progetto D'Amelio (1925) come si evince dal disposto dell'art. 129 *“Gli amministratori sono responsabili per gli atti compiuti dai direttori generali o dal personale quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”*. Sostanzialmente, pur dichiarando gli amministratori responsabili

²⁵ La norma richiamata riproduce il terzo comma dell'art. 80 del precedente *Progetto Fani-Luzzatti*, cfr. *Disegno di legge sulle società ed associazioni commerciali*, in *Riv. Dir. comm.*, 1911, I, 976.

²⁶ Veniva quindi ribaltata la disciplina contenuta nel codice di commercio che escludeva la solidarietà della responsabilità degli amministratori in presenza di doveri propri di uffici determinati e personali.

²⁷ Relazione A. SCIALOJA, *Le società commerciali*, in *Commissione Ministeriale per la riforma della legislazione commerciale presieduta dal Prof. C. Vivante*, op. cit., 263 ss.

con i titolari degli organi esecutivi, condizionava tale responsabilità al caso in cui “il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica” prevedendo una responsabilità solo qualora vi sia una loro *culpa in vigilando* rispetto all’attività delegata²⁸.

Il Progetto Asquini (1940), invece, anticipa diverse soluzioni accolte nella stesura definitiva del codice civile del 1942. In particolare, in questo progetto viene esclusa la delega globale dei poteri del consiglio, restando di competenza esclusiva di quest’ultimo la redazione del bilancio e la riduzione del capitale sociale per perdite²⁹. In secondo luogo, tutti gli amministratori sono responsabili (responsabilità solidale inderogabile) per omessa vigilanza sul generale andamento della gestione sociale (art. 248)³⁰. Come si evince da un passo della Relazione al Progetto Asquini, “*l’amministratore delegato è ormai diventato il vero capo dell’impresa sociale*”, nel senso che il vero potere di direzione dell’impresa spetta, nella realtà della vita della società non più al consiglio, ma agli stessi organi investiti del potere delegato.

La gestione delegata secondo il codice civile del 1942: alcuni aspetti problematici

Una chiara dimostrazione di quanto le indicazioni provenienti dalla dottrina dominante di quegli anni avessero influito sulle scelte operate dai redattori del

²⁸ Netta è la contrapposizione con il precedente Progetto sotto il profilo della responsabilità: eliminata la responsabilità solidale con gli amministratori antecedenti, soppressa l’azione di responsabilità deliberata dalla minoranza dei soci, viene anche attenuata la responsabilità degli amministratori per gli atti degli organi esecutivi.

²⁹ Così disponeva l’art. 236 del Progetto Asquini. Cfr, *Lavori preparatori del codice civile, Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro, IV, progetto preliminare al codice di commercio, Roma, 1942.*

³⁰ Ai sensi dell’art. 248 del Progetto Asquini, 1° e 2° comma “gli amministratori debbono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge, dall’atto costitutivo e dallo statuto con la diligenza prescritta per il mandato, tenuto conto dell’organizzazione della società, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza di tali doveri, a meno che non si tratti di doveri propri esclusivamente di uno o più amministratori o del direttore generale; i membri del consiglio di amministrazione sono solidalmente responsabili anche in questo caso, se non hanno esercitato la vigilanza sul generale andamento e, se essendo a conoscenza di atti lesivi, non hanno fatto quanto potevano per eliminare o attenuare le conseguenze dannose”(Lavori Preparatori del codice civile, cit. II, relazione, 79).

codice civile del 1942, può essere agevolmente desunta dall'esame dei previgenti artt. 2381 e 2392 cod. civ.. L'art. 2381 cod. civ., si limitava a prevedere la possibilità per il consiglio di rilasciare deleghe gestorie solo dietro consenso dei soci (ossia attraverso una previsione statutaria o una delibera assembleare ex art. 2381 cod. civ.)³¹, e salvo alcune materie non delegabili per previsione di legge (artt. 2423, 2443, 2446 e 2447 cod. civ.)³². Nessuna norma prevedeva i poteri degli amministratori privi di delega, lasciando ovviamente agli statuti il compito di colmare questa lacuna, oltre che quella relativa ai rapporti fra delegati e consiglio.

L'aspetto di maggiore criticità emergeva, tuttavia, con riguardo al profilo della responsabilità dei componenti dell'organo gestorio. Più precisamente, da un esame coordinato dei primi due commi dell'art. 2392 cod. civ., emergeva che gli amministratori deleganti, pur non risultando soggetti al regime di responsabilità solidale "*per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori*"³³, continuavano comunque ad essere sottoposti alla

³¹ G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, 148; G. FRÈ - SBISÀ, *Società per azioni* op. cit., sub art. 2380, 763 ss.; G. FERRI Sr., *Le società*, Torino, 1987, III ed., 714; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. Colombo - G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, IV, Torino, 1991, 393 ss.; C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione della società per azioni*, Napoli, 1992, 153 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 1992, 348; M. FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in Franzoni - Galgano - Di Pietro - Rossi Vanini, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Padova, 1994, 55; JAEGER - DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1997, I, 408.

³² La circostanza che il divieto dell'art. 2381 c.c. si riferisse ad attribuzioni connotate da una valenza tipicamente organizzativa aveva indotto la dottrina a ritenere che il consiglio di amministrazione potesse affidare agli organi delegati l'esercizio dell'intera gestione sociale (O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Utet, Torino, 1991, 241., 59; G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, op. cit., 120). L'opzione volta ad escludere la delegabilità delle competenze concernenti la redazione del bilancio d'esercizio e l'adozione dei provvedimenti in caso di perdite rilevanti era già contenuta nell'ambito del cd. "progetto Asquini" (art. 236, comma 2°). Sotto il vigore del codice di commercio del 1882, pur mancando una disciplina espressa dell'istituto, la giurisprudenza aveva tuttavia escluso la possibilità per il consiglio di amministrazione di delegare a propri componenti l'esercizio dell'intera gestione sociale (A. SCIALOJA, *Rassegna critica della giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni. I – Giurisprudenza del 1911*, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, Soc. Ed del Foro Italiano, 1928, 13.162).

³³ L'attenuarsi della solidarietà nella responsabilità in caso di delega di potere gestorio, presupponeva che l'investitura del potere delegato fosse avvenuta secondo le modalità previste dalla legge e quindi, in particolare, previa autorizzazione contenuta nell'atto costitutivo (oggi statuto) o in una deliberazione adottata dall'assemblea ordinaria. Nel caso di una ripartizione di

regola stabilita dal 2° comma della medesima disposizione, restando esposti al pericolo di dover rispondere dei danni subiti dalla società allorché “non avessero vigilato sul generale andamento della gestione” o se “pur essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli”, non si fossero adoperati per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose³⁴. Il legislatore, dunque, con una mano favoriva il rilascio di deleghe andando a circoscrivere e limitare la responsabilità solidale degli amministratori non delegati, con l'altra mano, invece, ricaricava loro di dosi di responsabilità imponendo una *culpa in vigilando* sull'operato dei delegati³⁵.

La spiegazione di questa impostazione adottata dal codice civile del 1942 va sicuramente interpretata alla luce della realtà economica di quegli anni, caratterizzata dalla presenza di organismi societari di piccole e medie dimensioni³⁶; risultava, pertanto, pienamente coerente la preferenza verso un apparato di regole che fosse maggiormente orientato ad accentrare, piuttosto che a decentrare l'esercizio delle funzioni gestorie³⁷. Ma, come si dice, pur

competenze attuata dal consiglio in assenza dell'autorizzazione (cd. delega di fatto o interna), l'attenuazione della responsabilità non poteva venire in considerazione.

³⁴ La scelta di differenziare il regime delle responsabilità gestorie degli amministratori privi di delega e, segnatamente, quella di porre a carico di costoro un generale dovere di vigilanza sulla gestione era stata operata in sede di redazione del “Progetto Asquisini” (art. 248, commi 1° e 2°), ove peraltro, per la prima volta, si riconosceva espressamente la possibilità per il consiglio di amministrazione di costituire organi delegati (art. 236). Ben diversa e più gravosa per gli amministratori non delegati, era invece la soluzione che compariva nel cd “Progetto Vivante”: ed invero, tale progetto se, per un verso, non conteneva un'apposita regolamentazione della delega, per un altro, stabiliva che gli amministratori rimanevano comunque responsabili “per gli atti compiuti dal direttore estraneo” a meno che gli stessi non fossero riusciti a dimostrare di non aver potuto prevenire o scoprire gli atti medesimo (art. 197).

³⁵ In questa prospettiva, P. SAN FILIPPO, *Funzione, amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, op. cit. 208 ss, il quale ha sostenuto che “ il dispositivo dell'art. 2392, comma 2° c.c., pone in capo a tutti gli amministratori la responsabilità per omessa vigilanza ed è chiaramente diretto a garantire l'istanza di coinvolgimento di tutti gli amministratori all'esercizio effettivo delle funzioni gestorie”.

³⁶ Sul punto, nonché per un quadro del contesto economico-imprenditoriale italiano dell'epoca v. F. AMATORI, *La grande Industria*, in *Storia d'Italia*, Annali 15, *L'industria*, a cura di , a cura di F. Amatori, D. Bigazzi, R. Giannetti, L. Segreto, Einaudi, Torino, 1999, 695).

³⁷ Ciò spiega anche perché il codice civile del 1942, nella sua formulazione originaria, dedicava maggiore attenzione alla disciplina dell'organo assembleare piuttosto che a quella dell'organo amministrativo. Sotto questo profilo, dunque, è innegabile che detto codice, nonostante le novità introdotte, si ponesse in linea di sostanziale continuità con il codice di commercio del 1882 il quale, alla stregua di tutte le codificazioni ottocentesche, attribuiva un ruolo centrale all'assemblea, concepita come organo destinato ad esprimere la volontà sovrana dei soci. In questo contesto, le norme dedicate all'organo amministrativo erano piuttosto ridotte ed essenzialmente dirette a prevenire (e sanzionare) gli abusi ed i comportamenti opportunistici dei suoi componenti. (v. R. TETI, *Imprese, imprenditori e diritto*, in *Storia d'Italia*, Annali,

cambiando l'ordine, o meglio l'ambito di applicazione, comunque il risultato non cambia. La medesima disciplina, infatti, trovava applicazione anche nelle realtà societarie di maggiori dimensioni o comunque nei contesti nei quali il potere gestorio era fortemente concentrato nelle "mani" degli organi delegati risultando alquanto improbabile (o in ogni caso, assai difficile) che costoro potessero realmente assolvere un concreta "supervisione"³⁸. Conseguentemente, si giungeva ad un'automatica e generalizzata imputazione dei fatti dannosi a tutti i componenti dell'organo amministrativo chiamati a rispondere dell'operato dei delegati, pur non avendo una effettiva possibilità di svolgere un reale controllo sugli stessi³⁹.

L'esame della giurisprudenza di quegli anni, infatti, indica chiaramente questa tendenza rintracciando con una certa facilità se non, addirittura a presumere, con un certo automatismo, in presenza di una condotta negligente posta in essere da un amministratore delegato, l'esistenza di una violazione da parte degli altri amministratori non deleganti, del dovere di vigilanza ed, eventualmente di intervento rendendo così oltremodo remota la possibilità per costoro di sfuggire alle relative responsabilità⁴⁰.

L'industria, a cura di F. Amatori, D. Bigazzi, R. Giannetti, L. Segreto, Einaudi, Torino, 2007, 1239).

³⁸ G. FERRI, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, X, 3, Torino, 1987, 713; l'A, in particolare, ravvisa una responsabilità di tipo indiretto nel senso che "gli illeciti commessi dall'amministratore delegato o dal comitato esecutivo non importano di per sé la responsabilità degli altri amministratori: questi rispondono se, all'illecito dell'amministratore delegato o del componente del comitato esecutivo, fa riscontro un illecito proprio, quello di non aver adempiuto all'obbligo generale di vigilanza e di intervento"

³⁹ Nel senso che la prassi consistente nell'affidare competenze generali all'organo delegato determinava una situazione assai criticabile nella quale era lo stesso organo delegato a risultare l'effettivo "gestore dell'impresa", cfr, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Rapporto sulla società aperta, 100 tesi per la riforma del governo societario in Italia*, il Mulino, Bologna, 1997, 73.

⁴⁰ Anteriormente alla entrata in vigore della riforma del diritto societario, la responsabilità degli amministratori deleganti veniva fatta discendere, sulla scorta del comma 2 (vecchio stile) dell'art. 2392 c.c., da "un generale dovere di vigilanza sul complesso andamento della gestione che non viene meno neppure nell'ipotesi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori". Significativa è al riguardo è la sentenza della Corte di Cassazione del 27 aprile 2011, n. 9384 che afferma il principio già più volte ribadito⁴⁰, secondo cui "(...) il dovere di vigilare sul generale andamento della società che il secondo comma della predetta disposizione" - ossia il comma 2 dell'art. 2392 (vecchio stile) c.c. - "pone a carico degli amministratori, permane anche in caso di attribuzione di funzioni al comitato esecutivo o a singoli amministratori delegati, salva la prova che i rimanenti consiglieri, pur essendosi diligentemente attivati, non abbiano potuto in concreto esercitare la predetta vigilanza a causa del comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio". V. anche Cass. civ. Sez. I,

I limiti palesati dalla disciplina della delega ante riforma e, segnatamente, l'inidoneità di questa a valorizzare le differenze di ruoli e di responsabilità all'interno dell'organo amministrativo, erano ancora di più accentuati dai dubbi esistenti sulla natura *collegiale o individuale del dovere di vigilanza* posto a carico degli amministratori privi di deleghe, nonché sulle stesse modalità operative del controllo. Sotto quest'ultimo profilo, ci si interrogava sul carattere *analitico o sintetico* del controllo prescritto dall'art. 2392, comma 2°, cod. civ.⁴¹. Una chiara indicazione a favore del carattere sintetico del dovere di vigilanza proveniva dall'esame delle norme in tema di bilancio, laddove si prevedeva a carico degli amministratori l'obbligo di riferire ai soci, attraverso la propria relazione, in merito "*all'andamento della gestione sociale*"⁴². Ancor

24-03-1998, n. 3110 in *Società*, 1998, 8, 934 nota di COLAVOLPE: *In materia societaria, alla violazione dell'obbligo di vigilanza gravante sull'organo amministrativo dell'ente, giusto disposto dell'art. 2392 c.c., consegue la responsabilità solidale di tutti i componenti del consiglio di amministrazione e, pertanto, la responsabilità (anche) di ciascuno dei singoli membri che, pur non essendo titolari, in via esclusiva, di poteri individuali di controllo, sono, pur sempre, singolarmente tenuti ad agire affinché tale vigilanza sia adeguatamente esercitata e rispondono, pertanto, dell'omissione di essa a meno che non forniscano la prova che, pur essendosi diligentemente attivati a tal fine, la predetta vigilanza non potè essere esercitata per il comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio.*

Del medesimo avviso *Cass. civ. Sez. I, 29-08-2003, n. 12696, in Giur. It., 2004, p.557*, con nota di O.CAGNASSO: "*L'art. 2392 c.c. impone a tutti gli amministratori un generale dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che non viene meno - come si evince dall'espressione "in ogni caso" di cui al secondo comma - neppure nell'ipotesi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori, a meno che non forniscano la prova che, pur essendosi diligentemente attivati a tal fine, la predetta vigilanza non potè essere esercitata per il comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio.* Per un quadro completo della giurisprudenza ante riforma in tema i responsabilità degli amministratori privi di delega v. anche *Cass. 25 gennaio 1999, n. 661, in Mass. Giust. civ., 1999, 156; Cass. 4 aprile 1998, n. 3483, in Le Società, 1999, 62; Cass. 29 novembre 1996, n. 1068, in Mass. Giust. civ., 1996, 1632; Cass. 1° marzo 1995, in Dir. fall., 1996, II, 298, Trib. Milano 25 maggio 1992, in Giur. comm., 1995, II, 155.*

⁴¹ Così O. CAGNASSO, *Gli Organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, op. cit. 96; A. BORGIOLO, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1978, p.1088; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, op. cit., R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, Torino, 1974, 194 s. In giurisprudenza, v. soprattutto App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Le Società*, 1994, 923: "*I componenti del consiglio di amministrazione di una società di capitali, i quali abbiano delegato la funzione amministrativa ad uno di loro stessi, non si privano delle funzioni delegate e possono quindi sempre dare istruzioni al delegato, con la conseguenza che, ove abbiano omesso di vigilare ed intervenire con ragionevole tempestività sull'operato del delegato, rispondono del danno provocato al patrimonio sociale dalla gestione di quest'ultimo, che essi avrebbero potuto evitare*"; Trib. Milano, 20 febbraio 2003, in *Gius*, 2003, 13, 1515.

⁴² La pretesa di ricavare un'indicazione circa il contenuto del dovere di vigilanza degli amministratori dalla disciplina in tema di bilancio non appare, in verità, del tutto pertinente, ove specialmente si consideri che questo documento assolve ad una funzione di carattere

di più, la predetta interpretazione trovava riscontro nel disposto dell'art. 2392, comma 2° cod. civ., il quale appunto precisava che gli amministratori dovevano vigilare “*sul generale andamento della gestione sociale*”. Altra dottrina, viceversa, ha ravvisato in capo agli amministratori privi di delega un dovere di vigilanza di tipo analitico sull'attività degli organi delegati, soprattutto per quelle decisioni di particolare rilievo economico per la società⁴³.

Dubbi vi erano, inoltre, se la funzione di “controllo” affidata agli amministratori privi di delega rientrasse nell'ambito delle competenze consiliari e, dunque, richiedesse un'attività collegiale, oppure, semplicemente, rientrasse tra le competenze di ciascun amministratore. La prevalente dottrina⁴⁴, seguita sul punto anche dalla giurisprudenza⁴⁵, si era orientata nel senso di riconoscere carattere individuale al dovere di vigilanza. Così, mentre, da un lato, si riteneva che il dovere di intervento avesse sicuramente carattere collegiale, implicando l'esercizio di funzioni tipicamente consiliari, dall'altro lato, invece, si escludeva che la medesima conclusione potesse valere per il dovere di vigilanza, e ciò in quanto tale prerogativa poteva essere esercitata dal

informativo (anche) del mercato, la quale rende senz'altro legittima una rappresentazione sintetica dell'andamento della gestione sociale, tenuto conto, tra l'altro, dell'interesse alla riservatezza della società.

⁴³ Per un'adesione a questa tesi, v. A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, op. cit. p. 265; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, op. cit. 232; A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. dir. comm.* 1996, I, 2 e in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Cedam, Padova, 1997, 641; C. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Del dir.*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 1217; A. DALMARTELLO- G.B. PORTALE, *I poteri di controllo degli amministratori di “minoranza” (membro del comitato esecutivo con “voto consultivo”?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 799, i quali in particolare avevano affermato che “quando un singolo atto per le sue dimensioni o per le dimensioni dell'impresa sia tale da influire sulle sorti di questa, il dovere di controllo deve necessariamente investire pure la singola operazione.

⁴⁴ A questa impostazione avevano aderito, tra gli altri, F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VII, Cedam, Padova, 1998, 274; C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Jovene, Napoli, 1992, 182; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1995, p.494; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2006, 381.

⁴⁵ Per una interessante decisione sul punto, cfr. Trib. Milano, 20 febbraio 2003 in *Gius*, 2003, 13, 1515, ove in particolare l'affermazione secondo cui, anche a voler escludere che gli amministratori dispongono di poteri individuali di vigilanza, essi sono comunque tenuti ad attivarsi individualmente per assicurare che la vigilanza collegiale sia effettivamente esercitata.

singolo amministratore, senza necessità di un coinvolgimento dell'organo amministrativo nel suo complesso⁴⁶.

Questa conclusione veniva fondata tanto su argomenti di *ordine teorico*, quanto su considerazioni di carattere più strettamente *pratico*. Dal primo punto di vista, si sosteneva, che la natura individuale del dovere di vigilanza rappresentava una logica conseguenza del regime di responsabilità delineato dall'art. 2392, comma 2° cod. civ. Più precisamente, sul presupposto che la violazione del dovere di vigilanza poteva determinare una responsabilità di natura personale in capo al singolo amministratore, si affermava che altrettanto personale dovesse essere lo “strumento” concesso all'amministratore per evitare di incorrere in quella responsabilità.

Sul piano operativo, si faceva invece notare che la natura individuale del dovere di vigilanza risultava senz'altro la più idonea a garantire la realizzazione dell'interesse avuto di mira dal legislatore, ossia un efficiente controllo della gestione sociale; decisiva, al riguardo appariva la considerazione che, come era stato messo puntualmente in risalto “*la vigilanza del singolo è senza dubbio più agile e pronta di una vigilanza collegiale*”⁴⁷.

Le conclusioni cui erano giunti i fautori della natura individuale del dovere di vigilanza, tuttavia, non erano condivise da quegli autori i quali, ritenendo che tale dovere rientrasse nell'ambito delle competenze consiliari, sostenevano che le iniziative esercitabile a tal fine dagli amministratori dovessero essere governate dalla regola della collegialità⁴⁸. Questa dottrina invocava a sostegno

⁴⁶ La tesi secondo cui al dovere di intervento dovesse riconoscersi natura collegiale risultava pacifica in dottrina. Sul punto, v. soprattutto A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Nardini Editore, Firenze, 1986, 269 ss.. Sulla distinzione tra le modalità di esercizio del dovere (individuale) di vigilanza e del dovere (collegiale) di intervento, cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 4, Utet, Torino, 1991, 310.

⁴⁷ Così A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 271 ss

⁴⁸ Nel senso che tanto il dovere di intervento, quanto quello di vigilanza avessero natura collegiale, cfr. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., 430; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, X, 3, Utet, Torino, 1987, 667; F. CHIOMENTI, *Il principio della collegialità dell'amministrazione pluripersonale nella società per azioni*, in *Riv. Dir. comm.*, 1982, I, 319 ss; F. DEVESCOVI, 98 ss; A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. dir. com.*, 1996, I, 1 e anche in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Cedam, Padova, 1997, 641. In giurisprudenza, la tesi favorevole

della propria posizione alcune disposizione dell'originario codice civile. In particolare, si osservò come l'assenza di una disposizione analoga a quella dell'art. 2403, 3° comma, c.c., ove segnatamente, si prescriveva che i componenti del collegio sindacale potevano “*procedere, anche individualmente ad atti di ispezione e di controllo*”, induceva ad escludere che gli amministratori potessero essere legittimati ad operare in tal senso. In secondo luogo, si sottolineava che il riconoscimento di poteri individuali di iniziativa ai singoli membri del consiglio di amministrazione poteva rappresentare una tanto pericolosa, quanto inopportuna fonte di intralcio o, comunque, di rallentamento dell'azione amministrativa⁴⁹. Sotto il vigore della disciplina anteriore, dunque, continuavano a sussistere notevoli incertezze in ordine alla natura (individuale o collegiale) del dovere di vigilanza prescritto dall'art. 2392, comma 2° cod. civ., e conseguentemente, in ordine alla possibilità di ammettere l'esistenza di poteri individuali di controllo in capo ai componenti del consiglio di amministrazione. La giurisprudenza, ha aderito alla tesi secondo cui il potere-dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione spetti individualmente a ciascun amministratore⁵⁰. Significativa, al riguardo è una sentenza della Suprema Corte secondo cui gli amministratori di società per azioni, «in quanto componenti del consiglio, sono *singolarmente* tenuti ad

alla collegialità dei doveri di cui all'art. 2392, comma 2°, c.c. era stata accolta dal Trib. Trieste, 14 novembre 1992.

⁴⁹ In tal senso v. G. MINERVINI, *I poteri di controllo degli amministratori di “minoranza” (membro del comitato esecutivo con “voto consultivo”?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 814. Analoghe preoccupazioni erano state avanzate anche da C. GRASSETTI, *I poteri di controllo degli amministratori di “minoranza” (membro del comitato esecutivo con “voto consultivo”?)*, in S. Scotti Camuzzi, A. Dalmartello e G.B. Portale, C. Grassetti, G. Minervini e P. Abbadessa, e in *Giur. comm.*, 1980, I, 808, il quale, pur ammettendo in astratto che il dovere di vigilanza aveva natura individuale, giunse tuttavia a negare che tale attività di controllo potesse svolgersi fuori dall'ambito consiliare: e ciò sottolineando, per un verso, che l'iniziativa del singolo amministratore “oltre a determinare una situazione di disagio nell'amministratore delegato, farebbe perdere a lui e ai suoi maggiori collaboratori un'infinità di tempo” e, per un altro, che se tutti i componenti dell'organo amministrativo decidessero di avvalersi delle propri prerogative individuali “l'esecutivo cesserebbe di occuparsi della gestione aziendale per dedicarsi all'informativa agli amministratori”. Per una critica di questa impostazione, v. però P. ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori di “minoranza” (membro del comitato esecutivo con “voto consultivo”?)*, in S. Scotti Camuzzi, A. Dalmartello e G.B. Portale, C. Grassetti, G. Minervini e P. Abbadessa, e in *Giur. comm.*, 1980, I, 817, il quale, in particolare, aveva osservato che la dottrina la quale subordinava l'esercizio dei poteri istruttori al principio di collegialità finiva per estendere “agli amministratori la stessa filosofia che si applica ai soci”.

⁵⁰ Sul punto, v. Trib. Milano 17 marzo 1986, in *Le Società*, n. 6, 1986, 619.

attivarsi perché detta vigilanza sia adeguatamente esercitata e rispondono quindi della sua omissione, a meno che non diano la prova (...) di essersi attivati a tal fine e che l'attività di vigilanza non poté essere esercitata per il comportamento degli altri componenti del consiglio»⁵¹.

La questione sulla natura individuale o collegiale del dovere di vigilanza posto, in realtà, sottintendeva un diverso ed opposto modo di concepire il ruolo degli amministratori privi di delega e, più in generale, della funzione che questi erano chiamati a svolgere all'interno del consiglio. Infatti, mentre l'opzione favorevole alla natura individuale del dovere di vigilanza tendeva a valorizzare l'autonomia degli amministratori non delegati, riconoscendo a costoro la possibilità di agire anche al di fuori e indipendentemente dal consiglio, l'opposta tesi, che invece predicava il carattere collegiale di tale dovere, negava che gli amministratori sprovvisti di delega potessero operare in maniera autonoma rispetto alla volontà consiliare e, dunque, svolgere un ruolo più attivo ed incisivo all'interno della compagine sociale.

D'altro canto, non va dimenticato che la discussione sopra riportata coinvolgeva direttamente ed intensamente il tema della responsabilità degli amministratori sprovvisti di delega. Ritenere più ampi o più ristretti i margini di iniziativa dei singoli amministratori in sede di esercizio del dovere di controllo previsto dall'art. 2392, comma 2° cod. civ., si traduceva in un'opzione interpretativa che non poteva riflettersi sull'applicazione del relativo regime di responsabilità.

La dottrina anteriore si era mostrata pienamente avvertita circa l'esistenza di una simile correlazione. Così, mentre la natura individuale del dovere di vigilanza veniva ritenuta da alcuni preferibile proprio al fine di evitare il rischio di una sostanziale irresponsabilità degli amministratore delegati⁵², quelle stesse valutazioni erano utilizzate da altri autori per affermare la natura collegiale di quel dovere e escludere che esso potesse essere rimesso all'iniziativa del

⁵¹ Cfr., Cass. civ. Sez. I, 24 marzo 1998, n. 3110 in *Società*, 1998, 8, 934.

⁵² Così P. ABBADESSA, *I poteri, di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo?")*, op. cit., 817; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 264 ad avviso del quale "affermare il carattere collegiale dell'attività di vigilanza non significa altro che esonerare i singoli da tale incombenza e dalla relativa responsabilità".

singolo amministratore⁵³. In ogni caso, tanto un'eccessiva responsabilizzazione dei singoli membri del consiglio poteva senza dubbio avere effetti negativi per costoro, ma anche il fenomeno opposto, ossia un'eccessiva deresponsabilizzazione degli stessi, rischiava di risultare altrettanto negativa.

L'obbligo di informare chi e il diritto di essere informati su cosa. La circolazione delle informazioni secondo le raccomandazioni Consob

Ulteriori dubbi emersi sotto il regime previgente, riguardavano la determinazione dei poteri informativi spettanti al consiglio di amministrazione e degli eventuali corrispondenti doveri posti a carico degli organi delegati. Da un lato, ci si era sforzati di stabilire quali fossero le informazioni da rendere accessibili ai consiglieri per consentire il corretto esercizio delle funzioni di controllo sull'attività dei delegati; dall'altro, si era invece posto il problema di valutare se (e in che misura) una siffatta esigenza informativa dovesse essere garantita anche tramite il riconoscimento di un dovere autonomo a carico degli amministratori delegati (ad esempio, imponendo loro di mettere a disposizione del consiglio dati e notizie concernenti il loro operato)⁵⁴.

Per quanto riguarda il primo profilo, la riflessione dottrinale si era concentrata soprattutto sul problema dell'esistenza *di un potere individuale di informazione dell'amministratore*⁵⁵. Le opinioni espresse al riguardo risentivano dei contrasti esistenti in ordine alla qualificazione del dovere di vigilanza. Così, chi riteneva che tale dovere avesse *natura individuale* si mostrava per lo più propenso ad attribuire a ciascun consigliere la facoltà di

⁵³ Cfr. C. GRASSETTI, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza", (membro del comitato esecutivo con voto consultivo?)*, in *Giur. comm.*, 1980, 808; C. ANGELICI, *Voce Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Encl. Del dir.*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 1006 il quale in particolare osservò che "ampliare i poteri significa anche, inevitabilmente ampliare i doveri e le responsabilità".

⁵⁴ Cfr. F. BARACHINI, *La gestione delegata*, op. cit., 49.

⁵⁵ Per una chiara affermazione del legame esistente tra la natura del dovere di vigilanza e quella del potere di informazione degli amministratori: O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, op. cit., 311.

acquisire direttamente i dati e le notizie concernenti al gestione sociale. Chi, al contrario, asseriva *la natura collegiale* del predetto dovere tendeva invece a negare l'esistenza di una siffatta prerogativa individuale, giungendo pertanto ad affermare che la circolazione delle informazioni dovesse essere assicurata solo all'interno dell'ambito consiliare o, comunque che la stessa presupponesse un'iniziativa proveniente dalla stesso consiglio⁵⁶.

Assai minore era stata l'attenzione che la dottrina aveva riservato all'altro aspetto ossia al dovere di informazione a carico degli amministratori delegati. In particolare, la questione era se costoro dovessero offrire una rappresentazione della propria attività e dell'andamento della gestione sociale anche in assenza di un'espressa richiesta degli altri amministratori.

L'attenzione sul tema era stata richiamata grazie soprattutto all'emanazione da parte della Consob⁵⁷ della *comunicazione 20 febbraio 1997, n. DAC/RM/97001574* recante “raccomandazioni in materia di controlli societari”, come pure la nota della stessa Autorità del 27 febbraio 1998 (comunicazione DAC/98015375)⁵⁸. La struttura dei documenti in questione⁵⁹ –

⁵⁶ Si tratta della posizione assunta da G. FERRI, *Le Società*, op. cit., 667, il quale in particolare aveva affermato che “il potere dei singoli amministratori, salvo che non siano ad essi singolarmente attribuite particolari funzioni o competenze, si esplica nell'ambito del collegio, e dunque, fuori dal collegio il singolo amministratore non ha poteri, neppure quello di chiedere direttamente informazioni o di consultare personalmente i documenti sociali.

⁵⁷ Al momento dell'emanazione delle raccomandazioni della Consob due tendenze si riscontravano in alcuni tra i più importanti ordinamenti stranieri: distinguere nettamente i ruoli del “gestore” e del “sorvegliante” l'impresa sociale (si pensi alla distinzione all'interno del *Board of directors* nei modelli monistici negli USA e in Gran Bretagna tra *executive directors* e *non executive directors*); e rafforzare la funzione di sorveglianza e di coordinamento dei vari organi e soggetti titolari di tale funzione. È proprio questo il contesto in cui si inserisce l'intervento della Consob, il quale si caratterizza per il perseguimento di entrambi gli obiettivi citati: «porre rimedio alla confusione di ruoli» e «rafforzare l'impianto complessivo della sorveglianza sulla gestione».

⁵⁸ Per un commento, v. M. RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. Soc.*, 1997, 767 ss; P. MONTALENTI, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 345; P. MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Riv. Soc.*, 1997, 195, ss. La necessità di un costante flusso di informazioni tra deleganti e consiglio era già stato individuato dalla Banca d'Italia come uno dei criteri cui le società bancarie avrebbero dovuto attenersi nel disciplinare il proprio assetto organizzativo interno. In particolare, tale criterio compariva tra le regole che la Banca d'Italia aveva elaborato, avvalendosi dei poteri di vigilanza regolamentare di cui dispone, nel definire il ruolo del consiglio di amministrazione ed i rapporti tra questo e “l'alta direzione”, v. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni, tit. IV, cap. 11, sez. II, par. 1.1.*, Sul ruolo “anticipatore” che la regolamentazione bancaria ha avuto sulla successiva evoluzione di altre discipline settoriali e

dopo una prima parte di introduzione volta ad illustrare le ragioni dell'iniziativa intrapresa dalla Consob – si articola in una seconda parte (suddivisa in quattro paragrafi: “Controllo sull'amministrazione”, “Rapporti di collaborazione tra collegio sindacale e società di revisione”, “Pareri del collegio sindacale sull'attività dei revisori”, “Comportamenti degli amministratori e dei sindaci in occasione di esposti”) che si basa sul riepilogo degli adempimenti gravanti – in base alla disciplina allora vigente – sui soggetti citati, cui seguono indicazioni concrete circa i comportamenti da tenere in relazione a tali obblighi. È stato osservato segnatamente «che la Consob lega evidentemente all'adozione di un rigoroso codice sui poteri-doveri dell'informativa endosocietaria la possibilità stessa di efficace funzionamento di un sistema di controlli interni»⁶⁰. Tali suggerimenti venivano offerti ai consigli di amministrazione delle società con titoli negoziati nei mercati regolamentati al fine di massimizzare l'efficacia e la trasparenza della loro azione di controllo per la tutela dei patrimoni sociali e delle minoranze azionarie⁶¹. Muovendo dal riepilogo dei precetti sanciti nell'art. 2392 cod. civ. (disposizione poi oggetto di riforma) la Consob raccomandava al comitato esecutivo e agli amministratori delegati – al fine appunto di agevolare

del diritto societario in generale, cfr. F. VELLA, *Il corporate governance nella banche tra regole di vigilanza e disciplina di mercato*, in *Banca impr. Soc.*, 1998, 78 ss.

⁵⁹ ASSONIME, *Circolare n. 38/1997*, in *Riv. soc.*, 1997, 208 ss.

⁶⁰ M. RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 1997, 758.

⁶¹ v. G. PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 1997, 748 ss; 748, elenca le previsioni che si muovono in questa direzione: «a) il rafforzamento e la tipizzazione dei flussi informativi dai soggetti incaricati della gestione a quelli deputati al controllo, in quanto premessa essenziale per l'esercizio della vigilanza; b) una migliore qualità del lavoro di controllo attraverso la limitazione del numero massimo di incarichi assumibili, una certa frequenza delle riunioni e, soprattutto, l'istituzione, opzionale o obbligatoria, all'interno del *Board* o dell'apposito organo di sorveglianza, di comitati specializzati per funzioni (*audit, compensation, nominating committees*). Particolare rilievo tra questi comitati ha il c.d. *audit committee* (comitato contabile), al quale nei vari Paesi è affidato, o si propone di affidare con poteri delegati che possono essere sia meramente istruttori sia anche decisori, la supervisione su tutta l'area del controllo contabile; c) l'istituzione di sistemi di controllo interni per evidenziare il prima possibile la particolare rischiosità di determinate operazioni, errori contabili o violazioni di legge (cfr. in Germania la proposta di un nuovo § 93.1 *AktG*; e in Gran Bretagna il *paragraph 4.5* del *Code of best practice* con il susseguente documento sull'*Internal control and financial reporting* del 1994); d) la canalizzazione verso l'organo interno di vigilanza (*Board* o Consiglio di sorveglianza) di tutti i controlli, interni ed esterni, sull'attività sociale. In questo senso il consiglio di sorveglianza ovvero il comitato contabile di questo o del *Board* viene configurato sia come il referente endosocietario del revisore contabile esterno sia come il terminale dei sistemi di controllo e di ispezione interni alla società; e) l'ampliamento delle informazioni da fornire annualmente ai soci, in particolare per quanto concerne la predisposizione e il funzionamento dell'intero apparato dei controlli»

le funzioni di vigilanza sul generale andamento della gestione e la verifica sulle modalità d'esercizio delle deleghe – di fornire periodicamente al consiglio di amministrazione un resoconto sull'attività svolta nell'esercizio delle deleghe. A tale periodicità si contrappone l'episodicità⁶² e la puntualità dell'informativa avente ad oggetto nell'ambito dell'attività svolta, operazioni con un'incidenza rilevante sulla situazione economico-patrimoniale della società e del gruppo ad essa facente capo oppure operazioni suscettibili di presentare elementi di criticità⁶³. Queste valutazioni evidenziano la necessità di un sempre maggiore coinvolgimento degli amministratori privi di deleghe nell'attività delegata nonché di una più equilibrata suddivisione dei poteri e delle relative responsabilità tra deleganti e delegati. Infatti, fondati dubbi potevano essere avanzati sulla validità di un sistema che non consentiva di dare adeguato risalto alla distinzione esistente tra la posizione assunta dai delegati e quella relativa ai restanti componenti dell'organo amministrativo⁶⁴.

Al momento dell'emanazione delle raccomandazioni della Consob due tendenze si riscontravano in alcuni tra i più importanti ordinamenti stranieri: distinguere nettamente i ruoli del “gestore” e del “sorvegliante” l'impresa sociale (si pensi alla distinzione all'interno del *Board of directors* nei modelli monistici negli USA e in Gran Bretagna tra *executive directors* e *non executive directors*); e rafforzare la funzione di sorveglianza e di coordinamento dei vari organi e soggetti titolari di tale funzione⁶⁵. È proprio questo il contesto in cui si

⁶² Vedeva in questa concretizzazione del «*quomodo* del dovere di “vigilare sul generale andamento della gestione” posto a carico del *plenum* del consiglio» attraverso la previsione di rapporti informativi periodici e straordinari, l'influenza del modello angloamericano del *Board* (con la sua netta interna distinzione tra gestione e sorveglianza nel merito della gestione), da un lato, e (per la tipologia dei rapporti previsti, ma con la differenza che la Consob sembra prefigurare solo un controllo *ex post*) quella della legge azionaria tedesca (*AktG, Aktiengesetz*) dall'altro, G. PRESTI, *op. cit.*, 749.

⁶³ Prontamente la dottrina sottolineava come «l'informazione raccomandata ... probabilmente corrisponde già a precisi doveri di correttezza degli organi delegati rispetto ai coamministratori privi di delega», cfr P. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, 195.

⁶⁴ P. ABBADESSA, *Gli organi di gestione nella società per azioni: riflessioni e critiche*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, Giuffrè, Milano, 1993, 299.

⁶⁵ v. G. PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 1997, 748 ss; 748, elenca le previsioni che si muovono in questa direzione: «a) il rafforzamento e la tipizzazione dei flussi informativi dai soggetti incaricati della gestione a quelli deputati al controllo, in quanto premessa essenziale per l'esercizio della vigilanza; b) una migliore qualità del lavoro di controllo attraverso la limitazione del numero massimo di

inserisce l'intervento della Consob, il quale si caratterizza per il perseguimento di entrambi gli obiettivi citati: «porre rimedio alla confusione di ruoli» e «rafforzare l'impianto complessivo della sorveglianza sulla gestione».

L'orientamento inaugurato dalla Consob venne confermato nel corso della successiva evoluzione della disciplina delle società quotate. In particolare, fu lo stesso legislatore a recepire quelle indicazioni attraverso il disposto dell'art. 150 comma 1° t.u.f.⁶⁶ In particolare, questa norma ancorchè concernente i rapporti tra organo amministrativo e collegio sindacale, finiva per imporre agli amministratori (delegati) determinati obblighi informativi che potevano ritenersi indirizzati anche agli altri componenti del consiglio di amministrazione. Sicuramente, infatti, un costante flusso informativo sull'attività degli organi delegati consente agli amministratori privi di delega di poter assolvere in maniera più consapevole ed efficace al dovere di vigilanza prescritto dal previgente art. 2392, comma 2°, cod. civ. Viene dunque, riconosciuta espressamente la necessità di un deciso rafforzamento del sistema dei controllo, specialmente di natura interna, sull'operato degli amministratori

incarichi assumibili, una certa frequenza delle riunioni e, soprattutto, l'istituzione, opzionale o obbligatoria, all'interno del *Board* o dell'apposito organo di sorveglianza, di comitati specializzati per funzioni (*audit, compensation, nominating committees*). Particolare rilievo tra questi comitati ha il c.d. *audit committee* (comitato contabile), al quale nei vari Paesi è affidato, o si propone di affidare con poteri delegati che possono essere sia meramente istruttori sia anche decisori, la supervisione su tutta l'area del controllo contabile; c) l'istituzione di sistemi di controllo interni per evidenziare il prima possibile la particolare rischiosità di determinate operazioni, errori contabili o violazioni di legge (cfr. in Germania la proposta di un nuovo § 93.1 *AktG*; e in Gran Bretagna il *paragraph 4.5* del *Code of best practice* con il susseguente documento sull'*Internal control and financial reporting* del 1994); d) la canalizzazione verso l'organo interno di vigilanza (*Board* o Consiglio di sorveglianza) di tutti i controlli, interni ed esterni, sull'attività sociale. In questo senso il consiglio di sorveglianza ovvero il comitato contabile di questo o del *Board* viene configurato sia come il referente endosocietario del revisore contabile esterno sia come il terminale dei sistemi di controllo e di ispettorato interni alla società; e) l'ampliamento delle informazioni da fornire annualmente ai soci, in particolare per quanto concerne la predisposizione e il funzionamento dell'intero apparato dei controlli»

⁶⁶ Cfr. P. MONTALENTI, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, op. cit., 336 Conformemente a quanto suggerito dalla Consob, l'art. 150 t.u.f., comma 1°, prevedeva che “gli amministratori fossero tenuti a dare informazioni sia sull'attività svolta, sia su specifiche operazioni, quali segnatamente quelle di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o da società controllate, nonché quelle in potenziale conflitto di interesse”, secondo l'originaria formulazione della norma. Rispetto a quanto previsto nella comunicazione Consob citata, il legislatore si era altresì preoccupato di precisare che tale flusso informativo dovesse avere cadenza “almeno trimestrale”.

rendendo più incisivo il ruolo di coloro i quali non risultino gli effettivi titolari delle funzioni gestorie.

Le linee guida della nuova disciplina della amministrazione delegata introdotta con la riforma del diritto societario

Una volta poste in risalto le problematiche sollevate dalla previgente disciplina ed in particolare, il vincolo di solidarietà passiva astringente – per le condotte dannose poste in essere direttamente dagli amministratori delegati- anche a tutti gli altri componenti dell’organo collegiale, si tratta adesso di verificare come su tali problematiche incida la riforma del diritto societario, introdotta con il Decreto Legislativo n. 6/2003 (in attuazione della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001).

La nuova disciplina ribadisce la facoltà del consiglio di amministrazione di delegare le proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo o ad uno o più amministratori delegati previo consenso dei soci espresso statutariamente o attraverso una delibera assembleare⁶⁷. Si assiste, inoltre, ad un ampliamento del novero delle attribuzioni non delegabili; in particolare, alle attribuzioni previste nella previgente stesura dell’art. 2381 c.c., quali la redazione del bilancio d’esercizio (art. 2423 c.c.), gli aumenti di capitale ex art. 2443 c.c., adempimenti in materia di riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2446 e 2447 c.c.), si è aggiunta la non delegabilità delle competenze consiliari attinenti l’emissione di obbligazioni convertibili, attribuita dallo statuto agli amministratori (2420-ter c.c.) e la redazione del progetto di fusione (art. 2501-ter c.c.) e del progetto di scissione (art. 2506-bis c.c.)⁶⁸.

Come già rilevato, con la riforma si assiste alla focalizzazione, estremamente precisa, dei compiti - e, dunque, dei doveri - vuoi degli organi

⁶⁷ Più precisamente, la seconda parte dell’art. 4, comma 8, lett. a della legge delega demanda al legislatore delegato di “precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi”

⁶⁸ Sul piano comparato, è interessante notare che pure nell’ordinamento spagnolo, ove analogamente a quanto avviene in quello italiano, il legislatore ha previsto un elenco di materie non delegabili (art. 141.1 TRLSA).

delegati vuoi di quelli deleganti (art. 2381 cod. civ, commi terzo e quinto)⁶⁹. In particolare, i delegati devono: a) curare che gli assetti amministrativo, organizzativo e contabile siano adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa; b) allestire i piani strategici, industriali e finanziari; c) riferire almeno ogni sei mesi (o nelle più brevi scadenze previste per statuto) ai deleganti e all'organo interno di controllo sull'andamento generale della gestione⁷⁰, sulla prevedibile sua evoluzione nonché sulle maggiori operazioni, per caratteristiche o dimensioni, compiute dalla società e dalle controllate. Per parte loro - e in pressoché perfetta simmetria -, i deleganti devono: a) valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile della società; b) esaminare i piani strategici, industriali e finanziari; c) valutare il generale andamento della gestione. Da ciò si desume come, tutta la nuova impalcatura poggi - assai positivamente - *sul flusso informativo* che deve scorrere dai delegati (ivi compresi gli «irregolari») verso i deleganti⁷¹. Si deve, anzi, soggiungere che il canone dell'"agire in modo informato" assurge a dignità di paradigma generale di comportamento del buon amministratore, tanto che la carenza informativa integra, addirittura, motivo autonomo di impugnativa della deliberazione assunta in presenza di amministratori interessati⁷². E il dovere, posto a carico di "ciascun amministratore", di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" postula, a sua volta, l'obbligo di pretendere le periodiche informazioni alle quali allude l'art. 2381, comma 5, c.c., vigilando

⁶⁹ Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle società*, Milano,

⁷⁰ Art. 2381 quinto comma; la presentazione al consiglio di una relazione sulla gestione dell'organo delegato è già prevista, per le società quotate, dal *Codice di Autodisciplina* della Borsa (il testo del *Codice* è disponibile sul sito Internet della Borsa Italiana dal giorno della pubblicazione avvenuta il 6 ottobre 1999, ultima modifica luglio 2002) all'art. 5, che a sua volta ha recepito l'analoga raccomandazione della Consob del 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari (Comunicazione n. Ac/Rm/97001547, in *Riv. soc.*, 1997, p. 200 ss.), ove, per favorire una efficace informativa intraorganica, si raccomanda una adeguata e periodica informativa al consiglio da parte degli amministratori delegati: è doveroso però precisare che sia il *Codice di Autodisciplina* che la Comunicazione Consob sono strumenti di *moral suasion* e quindi non prevedono sanzioni, se non sul piano "sociale"; P. MONTALENTI, *raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 713 ss.

⁷¹ Cfr. C. ROMANO, *L'art. 2381*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003, 402 ss., spec. 410, che discorre addirittura di «ruolo nevralgico di una compiuta regolamentazione dei flussi informativi».

⁷² Cfr. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 837.

sia sul rispetto formale dell'adempimento sia sull'aspetto sostanziale dello stesso, operando gli eventuali controlli. Gli amministratori, dunque, non potranno andare esenti da responsabilità né attraverso l'allegazione di un'insufficiente spontanea informazione da parte degli organi delegati, né adducendo l'ignoranza dei fatti pregiudizievoli che avrebbero potuto conoscere esercitando il loro potere - dovere di esigere informazioni ovvero informazioni più puntuali.

Dunque, "il nuovo codice (...) sembra (...) essersi orientato" nel senso di richiedere "in ogni caso agli amministratori di vigilare sull'andamento generale della gestione sociale, il che non implica una permanente attività di controllo sull'opera degli amministratori delegati, ma piuttosto il dovere di sorvegliare che tale gestione della società sia diretta al conseguimento di un utile mediante l'esercizio dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale. (...). La legge insomma non vuole amministratori inerti che si limitino a fare atto di presenza alle riunioni del consiglio, indifferenti agli interessi della società e senza coscienza della responsabilità che si sono assunta accettando l'ufficio a cui sono stati chiamati dai soci, ma non vuole nemmeno che questi amministratori siano tenuti responsabili per non aver saputo quello che, nonostante la loro diligenza e la loro buona volontà, non potevano sapere (...)"⁷³.

Per quanto riguarda il regime della responsabilità, in primo luogo l'art. 2392, 1° comma cod. civ. prevede espressamente che "*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto*" non più con la diligenza del mandatario, bensì "*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*". In secondo luogo, fermo restando il principio che gli amministratori "sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza" dei "doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto", il riferimento all'obbligo di vigilare "sul generale andamento della gestione" viene sostituito con il richiamo all'art. 2381, comma 3, c.c., contenente la descrizione analitica dell'insieme dei

⁷³ Così FRÈ - SBISÀ, *Società per azioni* op. cit., 842.

rapporti tra organi delegati e organi deleganti, con la specificazione delle rispettive competenze e, correlativamente, delle rispettive responsabilità.

Si legge nella Relazione al decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative⁷⁴ che “l’eliminazione del precedente secondo comma dell’art. 2392 cod. civ. dell’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391 cod. civ.), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall’accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili”. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell’attuale prevalente giurisprudenza”.

E’ previsto, inoltre, un controllo sindacale *obbligatorio* e non più facoltativo sull’attività del comitato esecutivo⁷⁵, in questo modo si eliminano i dubbi in merito al differente regime di intervento dei sindaci alle adunanze degli organi collegiali (si ricorda che nel sistema vigente i sindaci *devono* assistere alle riunioni dell’assemblea e del consiglio di amministrazione mentre *possono* assistere a quelle del comitato esecutivo), si prevede inoltre che la relazione dei delegati sul generale andamento della gestione venga sottoposta anche all’esame del collegio sindacale.

⁷⁴ V. il par. 6.4. Il testo della Relazione ministeriale è reperibile in anche in Vietti - Auletta - Lo Cascio - Tombari - Zoppini (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, Milano, 2006, 227.

⁷⁵ In virtù del modificato art. 2405 primo comma: “I sindaci devono assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo”; occorre aggiungere che per le società quotate un analogo controllo obbligatorio dei sindaci sull’attività del comitato esecutivo è già previsto, *de iure condito*, dall’art. 149 n.2 del T.U.I.F (decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 meglio noto come “legge Draghi”)

II CAPITOLO

IL SISTEMA LEGALE DELL'AMMINISTRAZIONE DELEGATA ED IL RAPPORTO TRA ORGANI DELEGATI E CONSIGLIO

Autorizzazione al conferimento della delega e la nomina degli amministratori delegati

Anche per la nuova disciplina, per l'attribuzione di compiti delegati da parte del consiglio, occorre necessariamente un'autorizzazione da parte dei soci rilasciata alternativamente attraverso una specifica previsione statutaria o un apposito deliberato assembleare.

Il legislatore, in punto di società per azioni, ha infatti immaginato un modello organizzativo in cui si vuole che le risorse drenate presso la base sociale (attraverso i conferimenti) siano amministrate collegialmente (in caso di organo gestorio pluripersonale) da fiduciari, non a caso nominati dagli stessi soci⁷⁶. Conseguentemente, si vuole che siano sempre gli stessi soci a derogare al tradizionale *modus operandi* del consiglio. Al riguardo, l'art. 2381, comma 2°, c.c. prevede che “*se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti*”⁷⁷. E' chiaro che, qualora lo statuto espressamente vietasse la

⁷⁶ Nonostante la nomina dell'amministratore delegato sia inderogabilmente riservata al consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2381 c.c., deve considerarsi legittima la “nomina fatta dall'assemblea dei soci, quando vi partecipino come soci tutti i componenti del consiglio di amministrazione ed essi votino favorevolmente”. Trib. Genova, 14-02-1986, in *Società*, 1986, 414 e in *Riv. Notar.*, 1986, 971: la nomina dell'amministratore delegato è inderogabilmente riservata al consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2381, c. c.; tuttavia, deve considerarsi legittima la nomina fatta dall'assemblea dei soci, quando vi partecipino come soci tutti i componenti del consiglio di amministrazione ed essi votino favorevolmente.

⁷⁷ La disposizione riproduce la formula che compariva nel sistema anteriore: L'unica differenza rispetto al passato è costituita dal fatto che la norma non utilizza più il termine “atto costitutivo”, sostituendolo con quello più appropriato di “statuto” Essa, pertanto, è

delegabilità di funzioni gestorie da parte del consiglio, occorrerà necessariamente una previa deliberazione modificativa dello statuto da parte dell'assemblea straordinaria. Infatti, “nulla impedisce (...) che l'assemblea in sede straordinaria deliberi di modificare lo statuto ed elimini così il relativo divieto”⁷⁸, consentendo, per il futuro, la diretta delegabilità dei poteri gestori da parte dell'assemblea in sede ordinaria⁷⁹. In caso di statuto silente, invece, sarà l'assemblea in sede ordinaria ad autorizzare il consiglio alla delegabilità delle proprie competenze gestorie.

La necessità di una previsione statutaria o di una determinazione assembleare in punto di delega è sicuramente riferibile, come vedremo più nel dettaglio, anche al sistema monistico per il richiamo testuale dell'art. 2409 *noviesdecies* c.c. all'intero 2381 cod. civ. Per il modello dualistico, invece l'art. 2409 *novies*, comma 1°, c.c., consente al consiglio di gestione di “*delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti*”; tuttavia, il richiamo all'art. 2381 cod. civ. è solo in parte, cioè solo con riferimento ad alcuni commi, escluso, appunto, il secondo. Possiamo qui limitarci a rilevare, sia pure sommariamente, come le interpretazioni al riguardo possibili sono due: ritenere che non sia necessaria alcuna autorizzazione per strutturare organi delegati all'interno del consiglio di gestione⁸⁰; ovvero applicare anche al sistema dualistico l'art. 2381, comma 2°, c.c. in virtù dell'art. 223 *septies*, comma 1°, disp. att. c.c., richiedendo quindi un'autorizzazione dei soci al conferimento della delega. Tuttavia, come vedremo più nel dettaglio, la mancanza di

verosimilmente destinata a sollevare i medesimi dubbi interpretativi che erano sorti in passato. Si tratta, invero, di una novità che contraddistingue l'intero impianto normativo della s.p.a. In tal modo, il legislatore della riforma ha inteso riconoscere la rilevanza centrale che lo statuto sociale assume nella vita della società e sottolineando altresì, nella medesima prospettiva, merita di essere valutata positivamente la regola per cui, in caso di contrasto con le disposizioni dell'atto costitutivo, deve darsi preferenza a quanto disposto dalle clausole statutarie (art. 2328 ult. Comma c.c.).

⁷⁸ A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 130;

⁷⁹ G.D. MOSCO, *L'art. 2381 cod. civ.*, in *Comm.*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Vol. II, Napoli, 2004, 597, nota 18; L. NAZZICONE, *L'art. 2381 cod. civ.*, in *La riforma del diritto societario, Società per azioni*, 5, Milano, 2003, 27, nota 5; F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. Dir. comm e dir. pubb. econ.*, diretto da F. Galgano, vol. XXXIX, *Il novo diritto societario*, op. cit., 269.

⁸⁰ In questo senso, G. FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 628 s.; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Società*, 2004, 1325.

autorizzazione degli azionisti al conferimento delle deleghe appare coerente con il sistema dualistico oltre che adente allo stesso dettato normativo⁸¹. Bisogna però dire che, per contro, un eventuale intervento autorizzativo da parte dei soci risulterà necessario laddove lo statuto vieti la delegabilità da parte del consiglio di gestione; occorre, dunque, una modifica statutaria in tal senso.

L'articolazione del deliberato assembleare con il quale i soci autorizzano l'organo amministrativo a rilasciare le deleghe gestorie

A questo punto, è interessante valutare se, attraverso apposite clausole statutarie o mediante una specifica deliberazione assembleare, i soci possano intervenire in maniera significativa sul concreto attuarsi della facoltà di delega da parte del consiglio⁸², non limitandosi dunque ad una mera autorizzazione circa il suo esercizio. Occorre stabilire se, oltre al summenzionato potere autorizzatorio, costoro siano altresì legittimati e, nell'affermativa, in che misura, ad incidere sulle norme che governano il funzionamento della delega e, segnatamente, sui criteri inerenti la nomina degli organi delegati e/o l'attribuzione dei relativi poteri⁸³.

⁸¹ *Contra*, M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 99.

⁸² Già la legge delega aveva espressamente previsto, tra i principi cui doveva ispirarsi il legislatore delegato, l'obiettivo di "ampliare gli spazi dell'autonomia statutaria" (Art. 2, lett. d, l. 366/2001). L'esigenza di "deregulation" del diritto societario risponde peraltro ad una tendenza da tempo avvertita anche in altri ordinamenti: con specifico riferimento al dibattito tedesco, v. T. BAUMS, *Aktienrecht für globalisierte Kapitalmärkte. General Bericht*, in *Corporate Governance, Hrsg von P. Hommelhoff, M. Lutter, K. Schmidt*, Heidelberg, 2002, 17 ss. Occorre comunque osservare che, nell'impianto della riforma, la predetta esigenza ha trovato riconoscimento soprattutto nell'ambito della disciplina della s.r.l. e ciò sul presupposto che gli spazi concessi all'autonomia statutaria debbano accrescersi in misura inversamente proporzionale all'apertura dell'impresa al mercato (sul punto G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2003, 68; F. D'ALESSANDRO, "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". *Oververo: esiste ancora il diritto societario?*. In *Riv. Soc.*, 2000, 39 s).

⁸³ La questione è bene evidenziata da P. SANFILIPPO, *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa "obbligatoria"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, I, 343. Un atteggiamento, almeno tendenzialmente positivo circa la possibilità di incidere convenzionalmente sul modello legale della delega pare giustificato, ove specialmente si consideri che proprio tramite l'autonomia privata è consentito rafforzare la protezione delle istanze minoritarie.

Sotto il vigore della disciplina anteriore, la dottrina maggioritaria aveva assunto una posizione alquanto liberale, valutando del tutto lecite tanto le clausole statutarie dirette a disciplinare le competenze degli organi delegati, quanto quelle rivolte a rendere obbligatoria la loro nomina⁸⁴. In questo senso, i soci potrebbero statutariamente determinare la struttura e i poteri dei delegati. Una parte della dottrina ritiene legittime tali determinazioni dei soci in quanto andrebbero ad incidere solo marginalmente sul contenuto della delega e si giustificerebbero alla luce del potere di organizzazione della società che la legge riconosce ai soci⁸⁵. La giurisprudenza è invece di contrario avviso evidenziando come “neppure è dalla legge consentito di predeterminare le attribuzioni specifiche dei singoli componenti del consiglio di amministrazione ad opera dell’assemblea, la quale deve invece limitarsi solo ad autorizzare il consiglio a delegare, ove lo creda, i suoi poteri nei limiti fissati dalla legge, dall’atto costitutivo o dalla stessa assemblea”⁸⁶.

Molto discusse sono invece le *c.d. clausola di delega obbligatoria*⁸⁷ ossia clausole statutarie che impongono al consiglio di amministrazione di delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo o a uno o più amministratori

⁸⁴ Per i riferimenti al diritto anteriore, v. P. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2000, 200 s, il quale realizza un’approfondita revisione critica degli argomenti tradizionalmente addotti contro l’ammissibilità di simili clausole.

⁸⁵ Cfr. G. MINERVINI, *Gli amministratori delle società di capitali*, Milano, 1956; A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nelle società per azioni*, op. cit.; O. CANGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, op. cit., 39.

⁸⁶ Cfr. App. Napoli, 5 novembre 1952 (decr.), in *Foro it.* 1953, 453.

⁸⁷ Per la validità di simili clausole statutarie ossia, per la liceità di una delega concessa non dal consiglio d’amministrazione ma dall’assemblea v. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, op. cit., 46, ss; cfr. Trib. Roma, 29 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 369 ss, con nota di A. BORGIOLI, intitolata *Convocazione dell’assemblea e delega di poteri amministrativi*; *contra* G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Diritto delle società*, Torino, 2002, 386; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Trattato Le società*, op. cit., 247 ss; Trib. Genova, 14 febbraio 1986, in *Le società*, 1986, 414: “La nomina dell’amministratore delegato è inderogabilmente riservata al consiglio di amministrazione, ai sensi dell’art. 2381, c. c.”; Trib. Vicenza, 24 marzo 1988, in *Le Società* 1988, 857: “L’assemblea dei soci può nominare amministratori delegati, purché vi partecipino tutti i componenti del consiglio di amministrazione ed essi votino favorevolmente; a tale assemblea devono anche partecipare i componenti del consiglio di amministrazione estranei alla società; non può pertanto essere omologato l’atto costitutivo della società che abbia previsto la nomina del consiglio di amministrazione da parte dell’assemblea alla quale non hanno partecipato, perché estranei alla società, gli amministratori non soci”; Trib. Verona, 14 febbraio 1989, in *Le società* 1989, 954: “è illegittima la clausola statutaria che preveda una delega permanente delle funzioni amministrative di pertinenza del consiglio di amministrazione a favore del comitato esecutivo, impedendo la possibilità di revoca ad nutum della stessa”.

delegati. In pratica il consiglio di amministrazione è obbligato a delegare, restando tuttavia libero di scegliere i componenti del comitato esecutivo o gli amministratori delegati ritenuti più idonei. Simili clausole sono state reputate legittime dalla giurisprudenza⁸⁸ e da una parte della dottrina⁸⁹ anteriormente alla riforma del diritto societario, a condizione che fosse assicurato al consiglio il potere di nominare e revocare i delegati e di intervenire nella gestione con competenza concorrente e sovraordinata. Qualche incertezza residua alla luce della riforma, anche alla in virtù del chiaro disposto legislativo, che risulta, appunto, inequivoco al riguardo “*il consiglio può delegare proprie attribuzioni*” (art. 2381, secondo comma cod. civ.), sicchè qualsiasi differente qualificazione giuridica si mostrerebbe eversiva del dettato normativo⁹⁰.

In realtà, occorre procedere ad una classificazione diversi contenuti con cui queste previsioni statutarie si presentano e dei possibili effetti conseguenti. Infatti, le clausole statutarie di *delega obbligatoria* possono configurarsi diversamente sia imponendo semplicemente l’obbligo di adottare il sistema di amministrazione delegata (*cd. clausola di delega obbligatoria semplici*), sia andando ad incidere, altresì sulla conformazione dello stesso (*cd. clausole di delega obbligatoria qualificate*). In quest’ultimo caso, poi occorre distinguere le ipotesi in cui i soci provvedono a selezionare e circoscrivere le materie da affidare agli organi delegati (*clausole di delega obbligatoria qualificate in senso oggettivo*), da quelle invece in cui gli stessi si interessano di designare le persone cui affidare i relativi poteri delegati (*clausola di delega obbligatoria qualificate in senso soggettivo*)⁹¹. Ebbene, le conseguenze legate all’introduzione di queste clausole sono differenti. Per quanto riguarda le clausole di delega obbligatoria semplici, esse producono come effetto quello di privare il consiglio di amministrazione della facoltà di decidere se ricorrere o

⁸⁸ Si veda Trib. Bologna 20. 04. 1995, in *Le Società*, 9, 1995, 1224 e Trib. Verona 14 febbraio 1989, in *Le Società*, 9, 1989, 954.

⁸⁹ Così F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., 47, A. BORGIOI, *La delega di attribuzioni amministrative*, op. cit., 136.

⁹⁰ Per le medesime ragioni, anche una previsione statutaria che vada ad affidare la nomina dell’amministratore delegato direttamente all’assemblea incorrerebbe in una previsione *contra legem*, stante che la volontà del legislatore appare altrettanto chiara nell’assegnare la facoltà *de qua* al solo organo amministrativo pluripersonale.

⁹¹ Per una più approfondita analisi sul punto, v F. BARACHINI, *La gestione delegata*, op. cit., 125

meno al sistema della delega e, conseguentemente, imponendola. In altre parole, trattasi di clausole che, pur vincolando il consiglio ad adottare detto sistema, lasciano tuttavia una piena libertà di scelta degli amministratori delegati nonché dei relativi poteri. Dunque, è senz'altro lecito obbligare gli amministratori ad introdurre il sistema di amministrazione delegata, purchè gli stessi gestori conservino sempre la possibilità di far prevalere in ogni momento la volontà collegiale dell'organo, ovvero che si trovino nella condizione di poter decidere se e quando la valutazione consiliare debba sostituirsi a quella del singolo (o organo) delegato⁹². Il consiglio dispone, infatti, del potere di direttiva e di avocazione di cui all'art. 2381, comma 3° cod. civ. la cui disponibilità implica comunque “un coinvolgimento permanente dei consiglieri non esecutivi nella gestione sociale”⁹³.

Anche le clausole di delega obbligatoria qualificate *in senso oggettivo*, delimitanti l'ambito obbligatorio delle competenze dei delegati, devono ritenersi ammissibili; a meno che, dal modo con cui esse siano state consegnate, risulti in maniera inequivocabile la volontà dei soci di riservare l'esercizio di determinate materie in via esclusiva agli organi delegati, precludendo perciò ogni possibilità di ingerenza del consiglio (il chè, non può ritenersi consentito).

Più delicata, invece, è la valutazione delle *clausole qualificate in senso soggettivo*. Le problematiche di maggior rilievo si pongono in punto di revoca del delegante. In particolare, imponendo una simile previsione statutaria che di fatto attribuisce agli stessi soci il compito di designare le persone cui affidare i

⁹² L'esigenza di preservare la centralità della dimensione collegiale nell'esercizio delle funzioni gestorie è avvertita in tutti gli ordinamenti che accolgono un modello di amministrazione di tipo unitario. In particolare, ciò che si vuole evitare è che i titolari delle funzioni delegate si trovino a godere di un'eccessiva autonomia rispetto al consiglio, con il conseguente pericolo di una “rottura” dell'unità dell'organo amministrativo. Diverse, sono le soluzioni che vengono proposte per evitare un simile effetto. Così ad esempio, nell'ordinamento spagnolo, si ritiene pacifico che il consiglio di amministrazione mantenga la titolarità delle funzioni delegate e che, pertanto, gli organi delegati rappresentino meri organi subordinati.: v. J. SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del consejo de administración*, Cintas, Madrid, 1995, 105; F. SANCHEZ CALERO, *Administradores*, in *Comentarios a la ley de sociedad anonima*, dirigidos por Fernando Sánchez Caler, IVV, artt. 123-143, Edersa, Madrid, 1994, 470.

⁹³ Cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 238; C. ROMANO, *Art. 2381*, in *La Riforma delle società. Commentario del d.lgs 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 407; G. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 68 ss.

relativi poteri delegati, si pone il problema della legittimazione del relativo potere di revoca. Si pensi, all'ipotesi in cui lo statuto preveda che i poteri delegati spettino al presidente o al vicepresidente del consiglio di amministrazione, stabilendo però contestualmente che la nomina di tali cariche sia esclusivamente riservata all'assemblea dei soci. Occorre stabilire se, le clausole che comportino l'inaffidabilità dei delegati statutariamente designati, possano o meno ritenersi compatibili con il disposto dell'art. 2381, comma 3° cod. civ.⁹⁴ In realtà, anche in questi casi, occorre procedere ad un'attenta interpretazione della volontà dei soci. In particolare, anche se il consiglio viene privato del potere di revoca⁹⁵ mantiene pur sempre una competenza concorrente e i relativi poteri di intervento risultano sufficienti per eliminare o impedire i danni che una troppo disinvoltata attività dell'organo delegato potrebbe provocare⁹⁶.

Rimane lecita e ferma, la convinzione che trattasi in ogni caso di previsioni poco opportune, soprattutto nel contesto delle società aperte, ove il potere di

⁹⁴ Occorre rilevare come il potere di revoca costituisca diretta applicazione del potere di indirizzo rimesso in capo al consiglio di amministrazione; in particolare, se per un verso, può rappresentare un efficace deterrente nei loro confronti, per un altro, costituisce l'unico strumento attraverso il quale è possibile garantire l'esatta esecuzione delle direttive impartite. In caso di inerzia, infatti, il consiglio avrebbe la possibilità di sostituire gli amministratori delegati, nominandone di nuovi e affidando a costoro il compito di dare seguito alle direttive che siano rimaste disattese. V. SANFILIPPO, *La Riforma*, op. cit., 350 ove segnatamente l'affermazione secondo cui, mancando il potere consiliare di revoca, i rimedi tipici della responsabilità e della revoca assembleare si mostrano tardivi o comunque inefficaci. Sul punto, l'A reputa che la soluzione non dovrebbe essere quella di ritenere invalide simili pattuizioni, quanto piuttosto quella di consentire la loro eventuale disapplicazione da valutare caso per caso.

⁹⁵ Critici: A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 139; G. FANELLI, *La delega*, op. cit., p. 38; A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, op. cit., 126.

⁹⁶ L'opinione per cui la mera designazione (statutaria) del delegato non implicasse necessariamente la sottrazione del potere di revoca dello stesso da parte del consiglio era già presente nella dottrina anteriore: G. FRE' - G. SBISA', *Della società per azioni, I, in Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, art. 2325- 2409 cod. civ., Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1997., 769; G. MINERVINI, *Gli amministratori*, op. cit., 460 ove in particolare sostiene che, in questi casi, la nomina deve intendersi effettuata in luogo dello stesso consiglio di amministrazione, il quale pertanto manterrebbe intatta la facoltà di revoca. Appare viceversa difficile sostenere che il potere di revoca risulti autonomo rispetto a quello di nomina, anche se proprio l'ordinamento societario non offre indizi sicuri circa la sussistenza di una diretta relazione tra le due prerogative. Vedi anche A. STAGNO D'ALCONTRES, *Art. 2351, in Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, art. 2325-2379 ter c.c., Jovene, Napoli, 2004, 313, M. NOTARI- A. GIANNELLI, *Art. 2364, comma 6, in Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Azioni, a cura di M. Notari, artt. 2346- 2362 c.c., Egea, Milano, 2008, 52.104.

nomina e revoca degli organi delegati viene solitamente considerato come una delle prerogative tipiche ed insopprimibili del consiglio di amministrazione⁹⁷.

L'atto di delega da parte del consiglio e i dubbi concernenti l'ammissibilità delle deleghe generali

Sussistente l'autorizzazione alla creazione di organi delegati, per il conferimento della delega la legge attribuisce la relativa competenza al consiglio di amministrazione, nei sistemi tradizionale e monistico, ed al consiglio di gestione in quello dualistico. E' per il tramite di tale deliberato che l'organo collegiale "determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega", potendo "sempre impartire direttive agli organi delegati" (art. 2381, 3° comma cod. civ.).

Dal punto di vista formale si tratta di una normale deliberazione consiliare e come tale richiede l'assunzione in regolare adunanza, la verbalizzazione e la trascrizione nell'apposito libro delle adunanze e dei verbali del consiglio (art. 2421 n. 4 cod. civ.). Con specifico riferimento ai quorum previsti per la decisione consiliare di ricorrere alla delega⁹⁸. Trattandosi di una normale

⁹⁷ Nel diritto italiano, una chiara indicazione in questo senso emerge dal sistema di autodisciplina; cfr. BORSA ITALIANA, *Codice di autodisciplina*, par. 1, C. 1, lett c), il quale, indicando i compiti qualificanti il ruolo del consiglio di amministrazione, espressamente precisa che questo attribuisce e revoca le deleghe degli amministratori delegati ed al comitato esecutivo. Sul punto v. DE ANGELIS, *La Borsa, gli affari e il Codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. Dir. impr.*, 2000, 476. Anche il panorama comparatistico offre indicazioni analoghe: per riferimenti alle esperienze degli ordinamenti anglosassoni, v. L. ENRIQUES, *Codice di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari: alcune considerazioni preliminari*, op. cit., 110; B. HOLLAND, *Das, amerikanische "bordo f directos" und die Furungsor-organisation einer ministischen SE in Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt a.M. 2006, 23.

⁹⁸ L'indagine comparatistica e, segnatamente, il confronto con gli ordinamenti che regolano il fenomeno della delega amministrativa in senso analogo al nostro, non offre indicazioni univoche sul punto. In particolare, può farsi notare che, mentre nel sistema svizzero, l'affidamento dei poteri delegati non richiede una maggioranza diversa da quella normalmente prevista per le deliberazioni dell'organo amministrativo (art. 716/b, I OR dispone infatti che il "Verwaltungsrat" può delegare le proprie attribuzioni "nach Massgabe eines Organisationsreglementes", per cui l'adozione non è tuttavia prescritta alcuna speciale disciplina⁹⁸. In quello spagnolo, invece, l'art. 141.2 TRLSA dispone che le decisioni concernenti l'affidamento dei poteri delegati e la nomina degli amministratori titolari di detti poteri devono essere assunte con "el vuetto favorable de las dos terceras de los componentes del consejo" anziché sulla base degli ordinari quorum (costitutivo e deliberativo); Cfr. E. POLO,

deliberazione da parte del consiglio, la nomina dei delegati sarà effettuata secondo l'ordinario criterio collegiale di cui all'art. 2388 cod. civ.⁹⁹.

Per quanto abbastanza inconsueto nella prassi, non dovrebbero esserci ostacoli al rilascio della delega da parte del consiglio anche per *facta concludentia* anziché mediante apposita determinazione. Si pensi, ad esempio, all'istituzione di un ufficio secondario della società affidata all'iniziativa di un solo amministratore, che individui sul mercato la sede reputata adeguata assicurandone la disponibilità mediante la stipula del relativo contratto di locazione, e provveda personalmente a reclutare il personale addetto, perfezionando i necessari contratti di assunzione. Sono questi elementi concordanti e univoci da considerare dimostrativi della sussistenza, appunto, di una delega dell'organo collegiale nei confronti di costui circa tutto ciò che attiene all'ufficio secondario.

Per quanto riguarda invece le “*tecniche di affidamento*” dei poteri delegati, particolare attenzione hanno suscitato le *cd. deleghe generali (o illimitate)* tali da affidare agli organi delegati l'intera gestione sociale¹⁰⁰. Anteriormente alla riforma del diritto societario, si riteneva che, in assenza di limitazioni poste nello statuto o in sede di nomina, la delega dovesse ritenersi comprensiva di tutti i poteri del consiglio, compresa la rappresentanza sociale, ad eccezione delle attribuzioni non delegabili. Si sosteneva, al riguardo, che le materie di cui la legge espressamente escludeva la delega avessero una mera rilevanza organizzativa, ammettendone la più ampia delegabilità per tutte le altre materie¹⁰¹. A bene vedere, però, già nel contesto del regime previgente, queste

Los administradores y el consejo de administracion de la sociedad anònima, inn Comentarios al regimen de las sociedades mercantiles, dirigido por Rodrigo Uria e Aurelio Menèdez-Manuel Olivencia, IV, artt. 123- 143, Civitas, Madrid, 1992, 486; F. VINCENT CHULIA', *Compendio critico de Derecho Mercantil*, 1, Boch, Barcelona, 1991, 672.

⁹⁹ Per la tesi del consenso unanime di tutto il consiglio v. D.RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, Milano, 1952, 139. Sulla deliberazione consiliare di conferimento della delega v. altresì A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., 133.

¹⁰⁰ Sul piano comparato, è interessante notare come l'ordinamento spagnolo gli organi delegati possano essere investiti dell'intera attività gestoria che spetta al *consejo de administraciòn* e, che pertanto, gli unici limiti al potere di delega siano quelli previsti dalla legge o quelli di fonte volontaria (eventualmente) dettati dallo statuto, dall'assemblea o dal consiglio stesso in sede di delega (così E. POLO, *Los administradores y el consejo de administracion de la sociedad anònima, inn Comentarios al regimen de las sociedades mercantiles*, op. cit., 478).

¹⁰¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., 41 ss.

conclusioni si mostravano eccessivamente sbrigative e, in ogni caso, non convincevano totalmente. Infatti, tali deleghe, proprio in quanto prevedevano l'affidamento agli organi delegati di tutte le prerogative gestorie, provocano di fatto un sostanziale svuotamento del ruolo che spetta al consiglio di amministrazione¹⁰². Infatti, in presenza di una delega così congegnata, il consiglio viene privato di ogni funzione di gestione attiva, finendo in tal modo per operare alla stregua di un mero organo di controllo sull'attività degli organi delegati, assumendo le vesti di un mero organo di controllo. In realtà, il consiglio di amministrazione non può limitarsi a svolgere un ruolo di mero controllo sulla gestione, ma deve, sia pure indirettamente occuparsi anche della gestione dell'impresa delegata. Questa impostazione è senz'altro confermata con l'intervento della riforma. In particolare, anche da un punto di vista letterale, si è passati da "delegare le proprie attribuzioni" a "delegare proprie attribuzioni" espressione questa che sottintenderebbe che il consiglio non può privarsi di tutte le sue competenze, operando una delega generale¹⁰³.

Ancora, il legislatore dopo aver ribadito la regola tradizionale secondo cui "se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo, o ad uno o più dei suoi componenti" (art. 2381, comma 2° c.c.), ha tuttavia precisato che, nell'avvalersi di tale facoltà, il consiglio stesso è tenuto a determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega (comma 3°). La circostanza che il consiglio di amministrazione sia oggi tenuto ad indicare "il contenuto" ed i "limiti" della delega rende senz'altro fondata l'opinione che, nel sistema attuale, tale organo non possa procedere alla nomina dei delegati senza aver prima individuato le materie sui cui permane una propria competenza collegiale. La nuova disposizione, infatti, sembra dispiegare il proprio ruolo precettivo in una duplice direzione: da un lato, imponendo di stabilire il contenuto delle deleghe; dall'altro, prescrivendo la fissazione di limiti alle

¹⁰² Cfr. P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 494.

¹⁰³ L. NAZZICONE, Art. 2380- 2396, in L. Nazzicone e S. Providenti, *Società per azioni. Amministrazione e controlli* (artt. 2380 -2409-noviesdecies c.c.), *La riforma de diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, 5, Giuffrè, Milano, 2003, 46

deleghe e, dunque, l'individuazione delle materie riservate alla competenza del consiglio¹⁰⁴. Una chiara dimostrazione che questo fosse l'obiettivo perseguito dal legislatore della riforma può essere ricavata dall'esame del dibattito preparatorio e, soprattutto, dalle previsioni che erano contenute nella legge delega. In particolare, nel delineare i criteri direttivi concernenti l'organizzazione ed il funzionamento dell'organo amministrativo, la legge delega aveva individuato la necessità di "precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi" (art. 4, comma 8, lett. a, l. 366/2001)¹⁰⁵.

Altro limite certamente opponibile alla delega attiene alla sua durata, che il consiglio di amministrazione può più o meno ampiamente modulare e addirittura non determinare affatto. In quest'ultimo caso, è preferibile ritenere che la delega si intenda rilasciata fino a revoca o alla scadenza del consiglio. Non v'è dubbio inoltre che, il consiglio di amministrazione possa impartire direttive all'organo delegato, ai sensi di quanto espressamente previsto nell'art. 2381, 3° comma cod. civ. Ne discendono, in tal caso, ulteriori delimitazioni dell'operatività del delegato stesso che quest'ultimo sarà tenuto ad osservare nell'esplicazione della propria attività, stante il carattere vincolante delle stesse¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr. M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e dritto societario riformato*, op. cit., 1010, P. MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, op. cit. 203. Da segnalare la posizione di G. D. MOSCO, *Art. 2381*, op. cit., 592, il quale sebbene mostri di avvertire l'importanza della citata previsione, giunge però ad attribuire alla stessa una funzione meramente programmatica o di semplice raccomandazione al consiglio; G. ZAMPARETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 78.

¹⁰⁵ Ancora più esplicite erano le indicazioni rinvenibili nella relazione di accompagnamento al progetto Mirone che, sul punto recava una regola esattamente corrispondente a quella poi inserita nel testo della legge delega. Tale previsione risultava diretta ad affermare non solo il principio della inammissibilità di generiche e illimitate deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi, ma anche quello per cui spetta al legislatore delegato individuare limiti alle deleghe invalicabili da parte dell'autonomia statutaria, precisando tuttavia come all'autonomia privata dovesse semmai essere riconosciuto il potere di stabilire eventuali più stringenti limiti, così come eventuali modalità di esercizio delle deleghe.

¹⁰⁶ Cfr. M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, op. cit., 939, il quale aggiunge che "l'autonomia del delegato non ne esce, in ogni caso, dimidiata "ove egli reputi le direttive ricevute pregiudizievoli e deleterie, vi si atterra compiendo l'atto ma, facendo constare a verbale il proprio dissenso, e informandone per iscritto il presidente dell'organo interno di controllo, e fruirà dello scarico di responsabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2392, secondo cui, appunto non risponde quello, tra gli amministratori, che abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio,

Ma quali conseguenze incorrono in capo al consigliere delegato che operi in spregio alle limitazioni assegnategli per mezzo del deliberato consiliare? Al riguardo, ai sensi dell'art. 2384, 2° comma cod. civ. “le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili a terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società”. Dunque, se il delegato opera diversamente da quanto pattuito nella delibera di rilascio della delega gestoria, la società non potrà invocare la violazione della delega a suo tempo concessa, a meno di dimostrare il *factum sceleris* corrente tra il proprio esponente e il terzo. Traducendosi a tutti gli effetti in una *probatio diabolica*, ne viene che la rimediabilità riposa esclusivamente su di un piano obbligatorio del risarcimento dei danni direttamente nei confronti del delegato che abbia operato scorrettamente. Inoltre, l'amministratore delegato che con sistematicità violasse le indicazioni dell'organo plenario incorrerebbe indubbiamente assai presto nella revoca della delega accordatagli.

L'accettazione della carica da parte dei delegati

Perché si perfezioni la fattispecie della nomina dell'amministratore delegato, è necessaria l'accettazione del nominato, non diversamente da quanto previsto per la nomina ad amministratore *sic et simpliciter*. Per quanto riguarda le modalità di accettazione della nomina, essa può risultare anche tacitamente attraverso condotte concludenti poste in essere dal nominato, purchè nella consapevolezza della sua nomina a delegato. Si pensi alla distribuzione di biglietti da visita recanti l'indicazione della nuova carica o all'amministratore delegato che curi personalmente l'iscrizione della propria nomina nel registro delle imprese¹⁰⁷. Ciò esclude l'obbligatorietà dell'iscrizione nel registro delle imprese della nomina del delegato, anche perché, ancor prima che tale, egli è

dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”. Negli stessi termini M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e dritto societario riformato*, op. cit., 103.

¹⁰⁷ A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op.cit. 138.

componente del consiglio di amministrazione e la sua nomina ha già dato luogo a iscrizione ai sensi dell'art. 2383, 4° comma cod. civ.

Residua, in realtà, un'unica ipotesi di doverosa iscrizione nel registro delle imprese delle imprese dell'avvenuta nomina dell'amministratore delegato, allorchè costui, privo del potere di rappresentanza quale amministratore, si veda riconoscere con specifico riferimento alle materie delegate, anche tale potere. In tal caso, infatti, non è possibile prescindere dall'informare i terzi e il mercato, come anche il legislatore mostra di condividere ai sensi dell'art. 2383, 4° comma (il quale impone di indicare, e dunque, annotare nel registro delle imprese, chi tra gli amministratori abbia la rappresentanza della società) e art. 2328, 2° comma, n. 9 cod. civ.¹⁰⁸

L'eventuale pubblicazione della nomina del delegato non presenterebbe alcuna utilità in funzione dichiarativa o di opponibilità a terzi, riguardo a eventuali atti compiuti dal delegato in eccesso della delega o in difetto di essa. Vi si oppone, al riguardo il disposto dell'art. 2384, 2° comma, cod. civ., che fa salvo l'atto compiuto dal delegato in spregio (o in mancanza) della delega, fatta salva la *probatio diabolica* che i terzi “*abbiano intenzionalmente agito a danno della società*”.

La revoca dell'amministratore delegato e le varie ipotesi di cessazione della delega

Il consiglio di amministrazione conserva nelle materie oggetto di delega una competenza concorrente: in tale ipotesi si ha una sorta di momentaneo riassorbimento della delega stessa in seno all'organo plenario, senza che però ciò significhi cessazione definitiva dell'attribuzione delegata e, contestualmente, degradazione dell'amministratore delegato a puro e semplice consigliere. Ciò accade, di converso, nelle ipotesi di revoca della delega da parte del consiglio di amministrazione: esso, come può determinarsi, in una

¹⁰⁸ Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit. 62, nota 30, sinteticamente afferma che “la delega e le firme dei consiglieri delegati sono assoggettati alla pubblicità” connessa al registro delle imprese.

sorta di auto-organizzazione, nominando dei delegati, parimenti può in seguito anche esautorare il titolare della delega.

La revoca delle funzioni delegate si contraddistingue, infatti, per una connotazione discrezionale, nel senso che il consiglio di amministrazione vi può procedere *ad nutum* senza cioè addurre alcuna motivazione giustificativa della revoca stessa, in una libertà d'azione perfettamente coincidente con quella di nomina. Si pone la questione se all'amministratore delegato così revocato spetti un risarcimento del danno, segnatamente costituito dal compenso connesso alla carica di consigliere delegato e che egli avrebbe interamente incamerato, qualora non precocemente privato della delega, analogamente a quanto previsto in caso di revoca senza giusta causa dei singoli componenti il consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2383 cod. civ. Pur in assenza di un espresso dato normativo in tal senso, la dottrina¹⁰⁹ prevalente ha applicato analogicamente la medesima disciplina anche nel rapporto tra il consiglio di amministrazione e i delegati. Non pare dubbio che il primo possa revocare i secondi, dato il carattere "sopraordinato" del consiglio: ma anche in questo caso, in mancanza di una giusta causa, l'amministratore delegato potrà far valere il suo diritto al risarcimento del danno. Anche la stessa giurisprudenza, ha osservato, con riferimento ad una delibera di revoca dell'amministratore delegato, che «la semplice sussistenza della giusta causa produce l'effetto di escludere il risarcimento del danno dell'amministratore revocato», e di converso «l'amministratore investito di potere delegato, revocato senza giusta causa dal Consiglio di amministrazione, ha diritto al risarcimento del danno»¹¹⁰.

¹⁰⁹ Nel senso dell'esistenza di tale diritto cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, 314 e seg.; in senso contrario v. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 50; in posizione «intermedia» A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1986, 147 e seg., per cui il risarcimento del danno è dovuto se alla delega sia stato apposto un termine di durata autonomo rispetto a quello del rapporto di amministrazione.

¹¹⁰ Trib. Napoli, 9 gennaio 2002, in *Società*, 2002, 1274, con commento di Figone; Trib. Milano, 26 agosto 2006, in *Società*, 2007, 1404 con commento di Civerra; Trib. Milano, 14 febbraio 2004, in *Giur. It.*, 2004, 1209. In senso contrario si era però espresso lo stesso Tribunale, anche se nel caso concreto veniva ravvisata la presenza di una giusta causa v. Trib. Milano, 16 ottobre 2006, in *Giur. It.*, 2006, 2788. Del medesimo avviso *Tribunale Milano Sezione 8 Civile, Sentenza del 12 maggio 2010, n. 6137*: «La delega conferita dal CdA di una società può essere successivamente revocata o anche solo modificata, con la precisazione, tuttavia, che qualora ciò avvenga in mancanza di giusta causa, i delegati avranno diritto al risarcimento del danno, come previsto dall'art. 2383, comma terzo, c.c., quale norma in sintonia

In realtà, la soluzione praticata dalla prevalente giurisprudenza circa la spettanza del risarcimento del danno nel caso di revoca anticipata o in mancanza di giusta causa non appare del tutto convincente. Infatti, l'affinità della fattispecie dell'anticipata revoca della delega con quella della revoca dell'amministratore dalla relativa carica senza giusta causa non è infatti totale, non dovendosi dimenticare che, mentre la nomina degli amministratori da parte dell'assemblea avviene nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato a soddisfare l'interesse della società a esistere e ad operare, viceversa l'individuazione di un amministratore delegato rappresenta in primis una mera eventualità nonché il portato di una prerogativa di carattere organizzativo propria del consiglio¹¹¹.

Diversa è l'ipotesi in cui la delega sia strettamente connesso al conferimento dell'incarico di amministratore (ossia quando l'amministratore sia stato scelto per perseguire un determinato obiettivo e la delega si riveli strumentale al raggiungimento del medesimo). Solo in tal caso deve ammettersi il risarcimento del danno nelle ipotesi di sostituzione, in assenza di giusta causa e prima della scadenza del mandato, della persona delegata¹¹².

con la regola dettata dall'art. 1725 c.c. in tema di mandato oneroso. In tal senso, invero, il conferimento della delega è strettamente connesso al conferimento dell'incarico all'amministratore, ovvero alla scelta dell'amministratore per il perseguimento di un determinato obiettivo, tale che l'attribuzione delle deleghe si rivela strumentale al raggiungimento dell'indirizzo gestionale per il quale la persona in oggetto è, di fatto, stata scelta. Ciò considerato ne consegue che, salvo conferimento della delega per un tempo minore, la durata della stessa deve coincidere con la durata della permanenza in carica del delegato come amministratore, il quale, pertanto, qualora revocato prima della scadenza, avrà diritto al risarcimento del danno nei termini di cui innanzi"; *Tribunale Milano Civile - Sentenza del 14 febbraio 2004*: "L'amministratore investito di potere delegato, revocato senza giusta causa dal consiglio di amministrazione, ha diritto al risarcimento dei danni. La giusta causa di revoca dell'amministratore investito di potere delegato è ravvisabile nel caso sia di inadempimenti nell'esecuzione dei compiti conferiti, sia di dissensi insorti tra il delegato ed il consiglio di amministrazione, in particolare rispetto alle politiche imprenditoriali oggetto della delega".

¹¹¹ Né può autorizzare a differenti conclusioni il richiamo all'art. 1725 cod. civ., 1° comma cod. civ., dettato con riferimento al mandato oneroso.

¹¹² V. Trib. Milano Sez. VIII, 12 maggio 2010, in *Società*, 2010, 9, 1154. Il Tribunale di Milano ritiene che, in ipotesi di revoca dell'amministratore delegato senza giusta causa, debba essere corrisposto il risarcimento del danno, qualora, come nel caso di specie, il conferimento della delega sia strettamente connesso al conferimento dell'incarico di amministratore (ossia quando l'amministratore sia stato scelto per perseguire un determinato obiettivo e la delega si riveli strumentale al raggiungimento del medesimo). In tali ipotesi è lecito ritenere che, salvo la delega sia conferita per un tempo minore, la durata di essa debba coincidere con la durata della permanenza in carica del delegato come amministratore. In tal modo, secondo una regola parallela a quella dettata dal terzo comma dell'art. 2383 c.c., si

La cessazione della delega può aversi anche per lo spirare del relativo termine prefissato nella delibera di nomina dell'amministratore delegato, anche se nulla esclude che l'opposizione del termine stesso avvenga con un successivo deliberato. Tale termine non potrà eccedere la durata del consiglio di amministrazione, non potendo quest'ultimo attribuire (o, meglio, consentire) l'esercizio dei suoi poteri all'organo delegato se non nell'ambito della durata dei poteri stessi¹¹³. Anzi, si è concordi nel ritenere che la cessazione dei "poteri dei deleganti (per scadenza del termine legale di validità del consiglio di amministrazione)" rappresenti senz'altro il termine implicito della delega stessa¹¹⁴. Viceversa, la mancanza originaria o successiva di un termine, sta a significare che la delega è stata accordata fino alla revoca del delegato o alla scadenza del consiglio. E' pacifico, infatti, che se l'amministratore delegato cessa di essere amministratore viene meno anche il rapporto di delega, qualunque sia la causa che determina l'estinzione del rapporto di amministrazione¹¹⁵.

Lo spirare del termine, ma ciò vale per ogni altra causa di cessazione della delega, non pone alcun problema di *prorogatio*, come invece è per la scadenza

realizza un temperamento tra i vari interessi in gioco: rispettare il diritto del delegante di sciogliersi dal vincolo che lo lega al soggetto verso il quale ha perso fiducia; tutelare il diritto dell'amministratore delegato a essere risarcito per l'interruzione della continuità della delega, se dovuta a fatto a lui non imputabile. Nel caso oggetto di esame da parte del Tribunale è stato ritenuto che le deleghe conferite all'attore fossero indissolubilmente legate al conferimento dell'incarico di cui alla scrittura privata posto che l'amministratore era stato scelto al fine di indirizzare il gruppo verso una ristrutturazione aziendale. Tali deleghe, revocate senza giusta causa, hanno quindi costituito inadempimento colpevole del contratto sottoscritto ed in sintesi determinato l'obbligo risarcitorio della società nei confronti dell'attore dimissionario.

¹¹³ Cfr. A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nelle società per azioni*, op. cit., p. 117; in giurisprudenza, a proposito della durata in carica del comitato esecutivo, si veda Trib. Verona, 14 febbraio 1989, *Le Società*, 1989, 594, che ha affermato la illegittimità della clausola statutaria che prevede una delega permanente delle funzioni amministrative di pertinenza del consiglio di amministrazione a favore del comitato esecutivo, impedendo la possibilità di una revoca *ad nutum* della stessa. Tra deleganti e delegati, secondo il Tribunale, intercorre un rapporto di fiducia la cui cessazione deve poter condurre alla revoca della carica dei delegati. Sul consiglio di amministrazione complessivamente inteso continua a gravare l'obbligo della vigilanza sulla gestione sociale e dunque, in particolare, sull'operato del comitato. La clausola che prevede una permanenza delle funzioni del comitato esecutivo deve essere ritenuta contraria al principio generale della corretta amministrazione.

¹¹⁴ Così, tra le tante, App. Torino, 16 settembre 1971, *Foro padano* 1972, I, 180.

¹¹⁵ A. BORGIOI, *La gestione delegata*, op. cit., 143 riporta a titolo di esempio i casi di morte dell'amministratore, perdita della capacità di agire, fallimento, condanna con conseguente interdizione dai pubblici uffici o dagli uffici direttivi, mancata prestazione della cauzione, revoca da parte dell'assemblea o del tribunale, rinuncia, scadenza del termine, ecc.

del mandato dell'amministrazione puro e semplice. Infatti, il regime di prorogatio previsto per i componenti il plenum, si giustifica nell'ottica di evitare soluzioni di discontinuità nell'operato dell'organo amministrativo, le quali diversamente, provocherebbero stalli decisionali. Per le materie delegate, viceversa, mai potranno aversi situazioni di *black out decisionale*, stante la competenza concorrente prevista in capo all'organo delegante¹¹⁶. Dunque, qualora il mandato dell'amministratore delegato sia venuto meno per scadenza del termine, le decisioni in ordine alle attribuzioni oggetto di delega verranno assunte dall'organo plenario, senza che si debba ipotizzare la permanenza in carica del delegato scaduto operante in regime di prorogatio.

Oltre che per morte e dimissioni¹¹⁷ dell'amministratore delegato, si ha cessazione della delega anche per la revoca di costui dalla carica di amministratore. Tuttavia, come già evidenziato, mentre la revoca della delega è di competenza del consiglio di amministrazione, viceversa la revoca dell'amministratore è appannaggio esclusivo dell'assemblea ordinaria; in secondo luogo, se la revoca della delega proprio in virtù della sua finalità essenzialmente organizzativa, non legittima alcun risarcimento del danno a favore dell'amministratore esautorato e degradato al rango di amministratore puro e semplice, per converso l'art. 2383, 3° comma cod. civ. prevede che l'amministratore revocato dalla carica senza giusta causa ha diritto al risarcimento del danno subito.

¹¹⁶ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali*, op. cit. 60; A. PESCE, op. cit., 116 ss.; GIANNATASIO, *Effetti sulla delega all'amministratore della cessazione della qualità di amministratore dei deleganti*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1843; Cass., 24 ottobre 1958, n. 3438 in AA. VV., *Casi e materiali di dir. comm.*, I, *Società per azioni*, Milano, 1974, 597; *contra*: A. BORGIOLO, op. cit., 145; R. COSTI, *Modifiche alla composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, 147 ss.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, op. cit., 302 ss.

¹¹⁷ Anche per le dimissioni dell'amministratore delegato, al pari delle dimissioni dell'amministratore sic et simpliciter, occorre ex art. 2385, 1° comma cod. civ., una comunicazione scritta da parte dell'interessato al consiglio di amministrazione e al presidente del collegio sindacale. Le dimissioni andranno ad incidere, in via generale e salvo diversa volontà, sulla carica di amministratore delegato e, non andranno a determinare anche la perdita della veste di amministratore in seno al consiglio. Viceversa, la comunicazione con cui il titolare di deleghe si dimetta tout court dalla carica di amministratore non potrà non valere pure per quella di amministratore delegato.

Anche la cessazione dalla carica della maggioranza degli amministratori incide sulla permanenza degli organi delegati¹¹⁸. Infatti “al rapporto di delega è inerente la fiducia nel delegato e un collegamento tra l’operato di questo e la composizione dell’organo deliberante: in vista di tale nesso deve ritenersi che, in mancanza di contraria previsione, la volontà dell’organo circa il conferimento della delega abbia implicito riferimento alla permanenza dell’identità strutturale dell’organo stesso che consenta la formazione di un’uguale maggioranza”¹¹⁹.

In realtà, per un ovvio principio di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche perfezionatesi, al pari delle delibere assembleari validamente assunte che sopravvivono agli avvicendamenti intervenuti nella titolarità delle partecipazioni sociali, anche le delibere del consiglio sopravvivono nonostante il venir meno in senso al consiglio della maggioranza dei consiglieri. Nulla esclude, che il consiglio di amministrazione rinnovato nella maggioranza dei suoi componenti vada a revocare le deleghe in precedenza accordate e procedendo alla nomina di nuovi delegati.

¹¹⁸ Nel senso che la cessazione della maggioranza dei consiglieri di amministrazione comporta la cessazione della delega, v. GIANNATTASIO, *Effetti sulla delega dell’amministratore delegato della cessazione della qualità di amministratore dei deleganti*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1843.

¹¹⁹ Cfr. Cass. 24 ottobre 1958, n. 3438, in *Giur. it.* 1959, I, 660. Il caso sottoposto all’attenzione della Suprema Corte attiene ad un’azione per risarcimento danni, esercitata dal consigliere delegato, sulla base di una presunta mancanza di giusta causa con riferimento alla propria revoca dall’incarico. In particolare, il delegato lamentava di essere stato indotto alle dimissioni dal consiglio di amministrazione, che successivamente aveva riconosciuto all’atto gli effetti della revoca. La Corte d’Appello riconosceva la spettanza del risarcimento, ed avverso tale pronuncia la società proponeva ricorso per cassazione. La Cassazione cassa la sentenza d’appello, sottolineando come il risarcimento del danno spetti solo in ipotesi di revoca senza giusta causa, mentre nella specie la cessazione della delega si era verificata, prima ancora che per effetto dell’atto di dimissioni, per l’intervenuta modifica nella composizione del consiglio delegante. In senso sostanzialmente analogo Cass. 7 luglio 1950, n. 1794, *Foro it.* 1950, I, 1295; Cass. 6 agosto 1962, n. 2402, *cit.*, ove la Suprema Corte sembrerebbe accogliere una impostazione estremamente rigida, affermando che “la delega diviene inefficace *ipso iure* per il venir meno, nei soggetti deleganti o in quello delegato, della qualità di amministratore della società che giustificava la delega stessa”, con ciò lasciando intendere che a rigore potrebbe essere sufficiente la cessazione dalla carica di amministratore anche con riferimento ad uno soltanto dei componenti del consiglio. Non mi pare, comunque, che la giurisprudenza si sia effettivamente voluta orientare in senso così estremo.

Le funzioni delegabili e quelle di competenza esclusiva dell'organo collegiale

Dopo aver portato l'attenzione sul momento "genetico" dell'insediamento dell'amministratore delegato, ci si deve ora concentrare sulla fase "funzionale" della concreta esplicazione, da parte di costui, delle sue prerogative. In siffatta prospettiva, e per quanto possa apparire singolare, converrà prendere le mosse per via negativa passando in rassegna le funzioni cd. indelegabili, ossia quelle funzioni che il legislatore vuole tassativamente di competenza dell'organo collegiale e che, dunque, quest'ultimo non può, a sua volta, demandare per delega a propri componenti. Al di là dei limiti convenzionali, la legge pone un limite legale rispetto alla estensione della delega gestoria, individuando una serie di operazioni indelegabili (art. 2381, comma 4°, c.c.). Tra queste, in aggiunta rispetto alla disciplina previgente, vi sono la decisione relativa all'emissione di obbligazioni convertibili (art. 2420-*ter* c.c.) e la redazione dei progetti di fusione e di scissione (artt. 2501-*ter* e 2506-*bis* c.c.). Inoltre, come già previsto in precedenza, non possono essere oggetto di delega: la redazione del bilancio di esercizio (2423 c.c.); l'aumento del capitale sociale di competenza consiliare (art. 2443 c.c.); i vari obblighi previsti in caso di riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2446 e 2447 c.c.). In passato, la dottrina aveva già sancito l'indelegabilità della decisione di emissione di titoli convertibili in azioni¹²⁰. Relativamente, invece, alle obbligazioni non convertibili è possibile il conferimento della delega. Il principio che se ne ricava è che sono indelegabili le operazioni già conferite dall'assemblea all'organo amministrativo, cosicché deve ritenersi che allo stesso principio siano sottoposte quelle funzioni che per disposizione statutaria possono essere attribuite al consiglio di amministrazione, di gestione o di sorveglianza e non all'assemblea straordinaria (art. 2365, comma 2°, c.c.).

Occorre a questo punto interrogarsi sul perché il legislatore abbia escluso dalla delega proprio queste materie tentando di rintracciare anche il filo conduttore in grado di giustificare l'affiancamento di istituti assai eterogenei.

¹²⁰ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*⁵, Torino, 2002, 386.

A bene vedere “queste materie presentano un aspetto che le accomuna: riguardano, infatti, tutte quante momenti dell’attività sociale nei quali i profili più propriamente amministrativi e gestori si raccordano con la dimensione organizzativa”¹²¹.

Ciò che è ulteriormente opportuno domandarsi è se sussistano o meno altre mansioni indelegabili, al di là dell’apparente *numerus clausus* di cui al citato art. 2381, 4° comma cod. civ.¹²². Ebbene, credo che al riguardo si debba optare per una risposta positiva. Risulta infatti improbabile, anzi addirittura contraddittorio rispetto alla nuova conformazione dell’organo delegante emergente dalla novella, che possa, ad esempio, formare oggetto di delega la valutazione dell’adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile della società, o ancora quella del generale andamento della gestione aziendale (che la legge vuole sia collegiale nonché effettuata sulla base di apposita relazione dei delegati medesimi). *Idem* per quanto attiene, alla disamina dei piani strategici, industriali e finanziari (quando, appunto, approntati, il che compete sempre ai delegati), o la cooptazione per sostituire amministratori cessati anzitempo¹²³.

Il Rapporto tra il consiglio di amministrazione e gli organi delegati; la “procedimentalizzazione” dei poteri e dei doveri degli amministratori

L’art. 2381 cod. civ. riconosce portata regolamentare ad un principio largamente diffuso nella dottrina e nella giurisprudenza che si sono formate nel vigore della disciplina anteriore: quella della *competenza concorrente dei delegati e degli stessi deleganti nella gestione sociale*. Una competenza

¹²¹ A. BORGIOI, *L’amministrazione delegata*, 159; del medesimo avviso G.D. MOSCO, L’art. 2381 cod. civ., 596 che discorre di “attribuzioni fondamentali, che sono quelle capaci di incidere oltre che sulla gestione anche sul profilo organizzativo della società”.

¹²² Cfr. P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato Cottino*, IV, 2, Padova, 2004, 209 s., secondo cui si sarebbe potuta prevedere l’indelegabilità delle decisioni assolutamente primarie, come la cessione dell’azienda ed altre, ovvero, stante la difficoltà di individuare legislativamente tali operazioni, imporre agli statuti di «rendere indelegabili le decisioni gestorie di rilevanza primaria», seguendo l’esperienza del modello tedesco. Cfr. ID, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 247 s.

¹²³ PRESTI-RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, Società*, Bologna, 2005, II, 148.

concorrente sviluppata con funzioni e incarichi diversi (individuati dal combinato disposto dei commi terzo, quinto e sesto dell'art. 2381 cod. civ). Prima di analizzare nel dettaglio questi poteri/doveri, occorre rilevare il particolare rapporto intercorrente tra delegati e deleganti; infatti, nonostante una rigida ripartizione delle funzioni, il consiglio di amministrazione conserva il potere di determinare non solo i limiti della delega, ma anche le modalità del suo esercizio, prescrivendo ad esempio, quali indagini devono precedere talune operazioni e quali tracce la loro raccolta deve lasciare. Lo stesso consiglio, inoltre, dispone del potere di impartire direttive nonché quello di avocare a sé operazioni rientranti nella delega (art. 2381, 3° comma cod. civ.). Possiamo, dunque, ravvisare nel caso di specie un rapporto di gerarchia tra delegati e deleganti? Occorre discutere, inoltre, sul grado di vincolatività delle direttive consiliari e delle relative possibilità reattive dei delegati al fine di esimersi da eventuali responsabilità. Infatti, nonostante il silenzio serbato dal legislatore sul punto, la scelta del legislatore di disciplinare e menzionare espressamente il potere direttivo da parte del consiglio evidenzia il carattere vincolante di tale strumento. I delegati possono, tuttavia, disattendere tutte quelle indicazioni consiliari la cui esecuzione possa arrecare danno alla società e, nel contempo, facendo annotare il proprio dissenso formale.¹²⁴

La delega non spoglia il consiglio di amministrazione delle sue competenze gestorie e, pertanto, l'organo consiliare può sempre avocare a sé operazioni rientranti nella delega, in modo espresso tramite delibera esplicita ovvero per *facta concludentia*¹²⁵. Ciò conferma la circostanza che, l'istituto della delega non ha affatto una portata abdicativa, nel senso di provare il consiglio dei compiti che sono attribuiti al singolo amministratore. E' chiaro che, sul piano pratico, l'esercizio concorrente da parte del consiglio, di funzioni oggetto di delega deve avere il requisito dell'occasionalità, non della sistematicità, per non causare delle ripercussioni deleterie sul comportamento del delegato. E'

¹²⁴ C. ROMANO, *Commento all'art. 2381*, in Comm. Sandulli, Santoro, Torino, 2003, 409, DE FEO, *Commento all'art. 2380 bis*, in Comm. Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia, 2004, 381

¹²⁵ In tal caso, l'organo delegato è tenuto sempre ad uniformarsi né tanto meno può invocare un diritto al risarcimento del danno. Cfr. L. NAZZICONE, *Commento all'art. 2381*, in Nazzicone- Provvidenti, in *Società per azioni. Amministrazione controlli*, Milano, 2003, 34.

opportuno, infatti, che solo argomenti particolarmente complessi siano avocati a sé da parte del consiglio, dando comunicazione allo stesso delegato evitando così che si formino indirizzi difformi sulla medesima materia o addirittura contrastanti.

La riforma, inoltre, individua una serie di funzioni e di doveri del consiglio di amministrazione e dei suoi componenti, strumentali alla definizione delle rispettive responsabilità. In particolare, i delegati, sia gli amministratori individualmente designati sia il collegio costituente il comitato esecutivo, devono curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art., art. 2381, 5° comma cod. civ.) nel senso che devono provvedere all'organizzazione della struttura nel suo complesso. Viene in considerazione un compito estremamente delicato e articolato, la cui imputazione all'amministratore delegato fa sì che costui rappresenti l'effettivo gestore dell'azienda. Non si mostra particolarmente gravoso l'affinamento dell'assetto contabile visto che, il più delle volte, esso discende dalla specifica tipologia di attività esplicata dalla società. Basti pensare, all'attività creditizia, ove l'assetto contabile adeguato per lo svolgimento della quale risulta espressamente, in gran parte, dalla regolazione legislativa di settore (le cc.dd. Istruzioni della Banca d'Italia).

Un'obiettivo complessità riveste, invece, la focalizzazione di schemi amministrativi e organizzativi: essi infatti, non paiono esaurirsi nella predisposizione di un organigramma o un funzionigramma idonei ad individuare una migliore distribuzione delle funzioni, assicurando un'operatività aziendale ed efficiente, ma implicano altresì l'assunzione di sistemi di *internal audit* (cd di controllo interno), tesi a scongiurare il nascere di malfunzionamenti, infedeltà, patologie. Basti pensare al D.lgs n. 231/2001, recante la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*", il quale dopo aver affermato che "l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio" da soggetti legati all'ente stesso (art. 5), prevede come esimenti l'adozione e l'efficace attuazione, prima della

commissione del fatto, “di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi” (art. 6)¹²⁶. Nessuna disposizione, invece, indica espressamente chi debba deliberare in merito all’adozione del modello predisposto e, al riguardo, si potrebbe anche concludere che in assenza di una indicazione precisa le parti possano avere ampia autonomia di scelta. Ma, per il ruolo di gestione attiva posta in essere dai delegati, è opportuno che anche questo compito venga affidato ai delegati contribuendo così a delineare un “*adeguato assetto organizzativo e amministrativo dell’impresa*” di cui all’art. 2381, 5° comma cod. civ. Dunque, l’insufficienza di detti modelli eventualmente accertata in sede giudiziaria, potrebbe essere posta a base di un’azione di danni della società nei confronti del delegato/i, colpevole/i di aver cagionato alla società stessa l’irrogazione delle severe sanzioni in proposito previste¹²⁷. Questa impostazione è ampiamente condiviso dalla stessa giurisprudenza, sia pur di merito¹²⁸, la quale ha riconosciuto la responsabilità civile dell’amministratore delegato di una società per i danni patrimoniali subiti dalla società stessa in conseguenza della mancata adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo. Nello specifico, “per quanto attiene all’omessa adozione di un adeguato modello organizzativo [...] risulta altrettanto incontestabile il concorso di responsabilità della convenuta che, quale amministratore delegato e presidente del consiglio di amministrazione, aveva il dovere di attivare tale organo, rimasto inerte al riguardo”. Quindi, “l’adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire il rischio-reato all’interno della società è una decisione amministrativa che (...) può evitare l’insorgere della responsabilità amministrativa dell’ente e, di conseguenza, l’applicazione delle relative sanzioni”.

¹²⁶ Per un approfondito commento di tale normativa, con puntualizzazione delle molteplici incongruenze che la effettuano, cfr. A. FRIGNANI, *La responsabilità “amministrativa” degli enti ed i modelli di organizzazione e gestione*, in *Riv. Dir. comm.*, 2003, I, 149.

¹²⁷ Sullo specifico argomento cfr. M. IRREA, *Assetti organizzativi adeguati e governo della società di capitali*, op. cit., 200,; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., 49; L. NAZZICONE, *L’art. 2381 cod. civ.*, op. cit., 39.

¹²⁸ Tribunale di Milano, sezione VIII Civile, con sentenza n. 1774 del 13.02.2008: *L’Amministratore Delegato può essere chiamato a rispondere, civilmente, per i danni subiti dall’ente in conseguenza della mancata adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/01.*

Segue. L'elaborazione dei piani strategici, industriali e finanziari

Tra i compiti che il legislatore vuole assolto dal titolare di deleghe, vi è l'elaborazione di piani strategici, industriali e finanziari relativi della società, costituenti documenti programmatici attraverso i quali viene pianificata l'attività della società, tenendo conto degli sviluppi futuri dell'impresa e del mercato.

Alcune precisazioni subito s'impongono: nessuna disposizione prevede espressamente che sia l'amministratore delegato a predisporre siffatti piani; infatti, l'art. 2381, secondo periodo del 3° comma, cod. civ. si imita a stabilire che il consiglio d'amministrazione, “*quando elaborati*, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società (...)”. Sebbene la norma non stabilisca che tali piani, quando elaborati, debbano essere approvati dal consiglio, questo è uno dei compiti principali che gli statuti di regola riservano alla competenza del consiglio¹²⁹. La prevalente dottrina¹³⁰ presuppone che sia compito dei delegati predisporre tali piani e, questa ricostruzione risulta ampiamente condivisibile.

L'art. 2381, secondo periodo del terzo comma cod. civ., focalizza infatti altri due doveri dell'organo plenario, entrambi poggiati su di un sostrato informativo da confezionarsi da parte del delegato, ossia la valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile da compiersi “sulla base delle informazioni ricevute” appunto dai amministratore delegato, nonché la relazione sul generale andamento della gestione, da effettuarsi “sulla base della relazione degli organi delegati”. Possiamo concludere nel senso che, pure la disamina dei piani *de quibus* debba avvenire

¹²⁹ L'ampia formulazione della norma consente di comprendere nell'espressione “piani” sia i *business plans* pluriennali sia i *budgets annuali*

¹³⁰ Cfr. G.D. MOSCO, *Art. 2380*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 599, P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amico rum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. P. Portale, 2, Utet, Torino, 2006, 497; V. SALAFIA, *Gli organi delegati*, op. cit., 223; M. IRREA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 262

sulla scorte di un'attività del consigliere delegato, consistente nella predisposizione dei piani stessi.

Quando elaborati, dunque, il consiglio di amministrazione è tenuto ad esaminare i piani strategici, industriali e finanziari elaborati da parte degli organi delegati. Il verbo “*esaminare*” utilizzato da parte del legislatore della riforma all'art. 2381, comma 3° seconda parte, cod. civ. richiama un'attenta valutazione da parte del consiglio di amministrazione, giustificata anche dal rapporto endoconsiliare intercorrente tra i due organi. Nel contempo, l'organo amministrativo può richiedere rettifiche o integrazioni su detti piani direttamente ai delegati ma tramite direttive, mentre, è da escludere che il consiglio possa provvedere direttamente a delle modifiche.

Del pari si discute sul carattere obbligatorio della redazione dei piani strategici, industriali e finanziari. La dottrina prevalente evidenzia, al riguardo, che la redazione dei piani non deve ritenersi meramente facoltativa ma doverosa in ragione della dimensione e dell'attività esercitata, potendo rientrare nell'obbligo generale di gestione diligente ex art. 2392, 1° comma cod. civ.¹³¹.

Segue. La relazione sul generale andamento della gestione

Tra i compiti attribuiti all'amministratore delegato rientra l'allestimento della relazione avente ad oggetto il generale andamento della gestione indirizzata al consiglio di amministrazione come pure al collegio sindacale, da predisporre ogni sei mesi ovvero con una maggiore periodicità fissata in statuto. In particolare, gli organi delegati “riferiscono (...) sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate” (art. 2381, 5° comma, cod. civ.). Orbene, emerge l'intenzione del legislatore di fare in modo che, attraverso il *reporting*

¹³¹ Particolarmente interessante è l'osservazione che fa sul punto G.D. MOSCO, *Art. 2380, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 599: “il quando che apre la disposizione indica una circostanza di tempo, non una condizione che potrebbe non realizzarsi, (come nel caso di se, qualora) e sembra quindi che venga non solo ipotizzata ma chiesta l'elaborazione dei piani.

da parte dell'amministratore delegato, si faccia luogo, tra tutti gli esponenti di vertice della società, all'eliminazione di qualsiasi disallineamento informativo e asimmetria informativa. In pratica, si vuole che, per il tramite del *reporting* in esame, la gestione della società sia ampiamente apprezzabile in maniera lineare senza l'esistenza di "zona grigie".

Il flusso informativo indirizzato al *plenum* deve riguardare *il generale andamento della gestione*. Tale espressione indica la situazione economica complessiva dell'impresa sociale vista nel suo profilo dinamico. Tale informativa deve fondarsi su sintetici dati contabili¹³² che possano riassumere in modo chiaro l'andamento dell'attività economica svolta dalla società nel periodo considerato¹³³. L'atteggiamento degli organi delegati dovrà dunque conformarsi a prudenza, cercando di osservare e rappresentare la "*prospettiva dell'attività gestionale*" in termini di "*nidificazione di probabilità*", che ancora cioè le previsioni sull'evoluzione gestionale ad elementi radicati nella realtà. L'obbligo informativo deve far riferimento anche *alla prevedibile evoluzione della gestione*, e ciò implica una valutazione prognostica che l'organo delegato è tenuto a sottoporre al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale, cui è rimessa ogni eventuale valutazione finale, nell'ambito delle rispettive competenze e responsabilità. La "*prevedibile evoluzione*" della gestione non è un fatto certo, ma una valutazione che l'organo delegato deve rappresentare al consiglio e al collegio sindacale, spettando poi a tali organi, nell'ambito dei rispettivi poteri e responsabilità, effettuare se del caso la valutazione finale sulla prevedibile evoluzione della gestione e trarne le conseguenze anche al fine di assumere eventuali deliberazioni.

Da un punto di vista contenutistico, in seno alla relazione de qua, saranno individuabile due parti distinte: *una storica*, attinente alla gestione pregressa e, un'altra invece *previsionale*, ossia concernente la gestione futura. Il legislatore discorrendo, infatti, di "*prevedibile evoluzione*" allude appunto alla circostanza

¹³² In questo senso C. ROMANO, *Commento all'art. 2381*, in AA VV (a cura di Sandulli e Santoro), *Amministrazione, controllo e bilancio nella riforma*, Torino, 2003, 412

¹³³ Cfr GUIDANTONI, *La riforma societaria ed i nuovi obblighi di informativa: le comunicazioni infrannuali*, in *Società*, 2004, che riassume in ricavi, costi ed investimenti le principali variabili di cui tenere conto.

che il titolare di deleghe non possa fare a meno di soffermarsi sugli scenari futuri nei quali intenderà collocare l'organizzazione d'impresa¹³⁴. Ad ogni modo la relazione, non potrà evitare di fare cenno delle “operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate” (art. 2381, 5° comma, in fine), oltre che citare tutte quelle operazioni che seppur economicamente non significative, sono anomale rispetto alla normale attività sociale, o sono in potenziale conflitto o con parti correlate¹³⁵.

Inoltre le “operazioni di maggior rilievo” non sono solo quelle di maggiore rilievo economico, sia per l'ammontare in gioco, sia per le loro conseguenze, ma anche le operazioni che, seppure economicamente non particolarmente significative, sono anomale rispetto alla normale attività sociale, o sono in potenziale conflitto o con “parti correlate”: è questo, ragionevolmente, il significato da attribuire all'espressione “operazioni di maggior rilievo per le loro dimensioni o caratteristiche”¹³⁶.

La supervisione del *plenum* sulla attività degli organi delegati deve quindi “abbracciare passato, presente e futuro dell'attività gestoria in un continuum che suggerisce di traslitterare anche all'informazione endoconsiliare di ogni società il principio espresso dalla disposizione secondo cui occorre una chiara rappresentazione della prevedibile evoluzione del generale andamento della gestione, che distingue con chiarezza le aspettative circostanziate, cioè le ipotesi di evoluzione radicate in dati di fatto, dalle mere speranze di risultati”¹³⁷

¹³⁴ P. MONTALENTI, L'art. 2381, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e altri, Bologna, 2004, 681, asserisce che “si getta, dunque, un ponte tra informazione ex post e informazione preventiva, consentendo così un più stretto controllo tra budget previsionali e performance realizzate”.

¹³⁵ F. BONELLI, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, cit. 50. Nei medesimo termini cfr. anche L. NAZZICONE, *L'art. 2381 cod. civ.*, cit. 37 il quale sostiene che “tra le operazioni di maggior rilievo rientrano le operazioni inusuali o atipiche, sia per oggetto che per entità economica o finanziaria nonché quelle che potrebbero mutare situazioni indisponibili dei soci”.

¹³⁶ F. BONELLI, *L'amministrazione delle SPA nella riforma*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Atti del convegno di studi di Padova-Abano Terme, 5-7 giugno 2003, a cura di Cian, Padova, 2004, 191

¹³⁷ L. ZAMPERETTI, *cit.*, 200

Dal combinato disposto dei commi 3° e 5° art. 2381 cod. civ. pare emergere una possibile discordanza nel flusso informativo endoconsiliare, posto che gli organi delegati sono tenuti a fornire informazioni sia sul generale andamento della gestione nonché sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, mentre la correlativa valutazione del consiglio è prevista solo con riguardo al generale andamento della gestione e non già anche per gli altri aspetti. Sul punto, sebbene un indirizzo restrittivo ritenga che il consiglio debba valutare solo il generale andamento della gestione¹³⁸, è da ritenere preferibile la posizione che ravvisi un obbligo per il consiglio di valutare l'intero flusso informativo proveniente dagli organi delegati¹³⁹. Infatti, il consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2381, 3° comma cod. civ. "valuta il generale andamento della gestione" ma "sulla base delle relazioni degli organi delegati"; ora, se la relazione risulti particolarmente articolata, è opportuno che il consiglio esamini anche gli altri elementi ivi presenti senza selezionare solo alcune informazioni a discapito delle altre. L'intera relazione e tutti gli aspetti ivi presenti, necessitano, infatti, di pari importanza al fine di comprendere e valutare l'andamento della gestione sociale. Tuttavia, laddove le informazioni ivi contenute siano particolarmente complesse e analitiche, al fine di evitare di incorrere solidamente in eventuali responsabilità con i delegati saranno tenuti a richiedere ulteriori delucidazioni e nel caso, disapprovare l'operato dei delegati.

Operativamente parlando, può risultare di qualche interesse verificare se l'amministratore delegato, nella predisposizione della relazione in questione, possa o meno fare riferimento al modello tracciato dall'art. 2428 cod. civ. in tema di relazione sulla gestione a corredo del bilancio d'esercizio. A ben guardare, i due documenti in questione sono in parte coincidenti specie con riferimento alla parte testè definita *previsionale* della relazione sul generale andamento della gestione. Anche la relazione che accompagna il bilancio, infatti, contiene un'analisi di quello che sarà l'andamento della situazione della

¹³⁸ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, op. cit., 52

¹³⁹ Questa posizione è anche condivisa da ABBADESSA *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 503 e MOSCO, *Art. 2380, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 599..

società e dell'andamento e del risultato della gestione, appunto previsionale. Dunque, nulla osta all'utilizzo analogico ai fini della confezione della relazione sul generale andamento della gestione, sia pur considerando che, la relazione in esame si connota per una cadenza semestrale o infrasemestrale e non *semel in anno* come quella disciplinata ai sensi dell'art. 2428 cod. civ. Inoltre, anche la paternità della relazione sul generale andamento della gestione concerne il solo amministratore delegato, diversamente da quella della relazione a corredo del bilancio d'esercizio, che riguarda tutti i membri dell'organo amministrativa¹⁴⁰.

La centralità dell'informazione nel rapporto tra consiglio ed organi delegati

Se volessimo individuare uno slogan che possa sintetizzare la nuova disciplina introdotta dalla riforma in tema di delega dei poteri gestori, incisivo sarebbe "*informare ed informarsi*". Come ampiamente rilevato, il legislatore ha provveduto alla istituzionalizzazione¹⁴¹ di un sistema di flussi informativi tra organi delegati ed organi deleganti, che impone ai primi un obbligo di informazione, onera i secondi di un dovere di essere informati¹⁴² e sottopone entrambi al più generale principio secondo cui gli amministratori sono tutti tenuti ad agire in modo informato. Il legislatore colma in tal modo un'evidente lacuna normativa dell'ordinamento previgente, ove nessuna disposizione interveniva a regolare in modo espresso i rapporti tra le varie articolazioni dell'organo amministrativo, e al silenzio delle fonti, quando in qualche raro caso non aveva posto riparo la prassi virtuosa in uso presso il singolo consiglio di amministrazione, aveva fatto molto più spesso seguito una situazione che vedeva gli amministratori privi di delega interessarsi dalla gestione sociale solo

¹⁴⁰ M. S. DESARIO, *la gestione delegata nelle società di capitali*. op. cit., 50

¹⁴¹ E vedi sul punto l'analisi di P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.* 2003,I, 423.

¹⁴² Osserva L. ZAMPERETTI, *op. cit.*, che, nell'amministrazioni delegata, l'attenuazione della collegialità che nasce dalla delega all'esercizio di una parte cospicua di poteri gestionali "*fa sorgere istituzionalmente un problema di asimmetria informativa tra amministratori deleganti ed organi delegati*".

se sollecitati dagli organi delegati ovvero, quando neppure questo avveniva, solo in occasione della predisposizione del progetto di bilancio. La dottrina, argomentando sulla mancanza di una precisa definizione dei doveri di informazione idonea a determinare un “*costo da incertezza*”, ne evidenzia i riflessi concreti, laddove ricorda che “*l’amministratore non delegato sapeva di essere tenuto a chiedere delle informazioni, ma non sapeva quando questo diritto di informarsi si trasformava in un dovere di attivazione. L’amministratore delegato sapeva di dover rendere delle informazioni al Consiglio, ma non sapeva quali e quando*”¹⁴³. Il legislatore della riforma avverte suddetta difficoltà ed interviene sulla trasmissione, sulla acquisizione e sullo scambio di informazioni nell’ambito dell’organo amministrativo, parzialmente riducendo, da un lato, lo spazio tradizionalmente assegnato all’autonomia statutaria in questo ambito, e regolando, dall’altro, in modo più preciso, le responsabilità connesse al dovere di informazione.

Tra i doveri degli amministratori vi è quello (comune – come si è visto – a tutti gli amministratori, anche se privi di deleghe) di agire in modo informato. Quindi per la dottrina la prima parte dell’art. 2381, sesto comma, c.c. contiene il precetto primario (il *dovere di azione informata*, proiezione teleologica del dovere di informarsi), rispetto al quale la seconda parte della disposizione pone – in via strumentale – il potere dovere di informarsi¹⁴⁴. Per ritenere adempiuto il dovere di informarsi non basta aver compiuto quanto necessario per acquisire informazioni: il doveroso obiettivo finale è l’esercizio di una diligente attività gestionale, un’azione informata.

Un tema sicuramente interessante risiede nel cercare di capire la portata innovativa dell’esplicitazione del dovere di azione informata: questo era, cioè, già implicito nel dovere di amministrare con diligenza contemplato dal 2392,

¹⁴³ E’ la tesi sostenuta da P. MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in AA VV., (cura di Abriani e Onesti), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004,49.

¹⁴⁴ S. AMBROSINI, *op. cit.*, 355, afferma che il «diritto all’informazione finisce per risolversi in un potere-dovere ogniqualvolta tale richiesta appaia *strumentale* all’obbligo di agire in modo informato»

primo comma, cod. civ.¹⁴⁵ Per parte della dottrina «l'art. 2381, sesto comma, c.c. reca in sé una visione fortemente innovativa dell'amministrazione, nella quale l'informazione è il *trait d'union* tra gestione e controllo, tra i due poli, cioè, in cui si riassume il concetto di amministrazione dell'impresa. E segnatamente dell'impresa di grandi dimensioni che faccia ricorso al mercato dei capitali di rischio». Si tratterebbe quindi di una precisazione del ruolo dell'amministratore (unico o delegato) libero nelle proprie scelte gestionali, ma tenuto a seguire «razionali *itinerari* decisionali»; e allo stesso tempo di quello che si pone come condeliberante che – «attraverso la conoscenza dei fatti» – contribuisce alla gestione bilanciando e controllando l'attività dei delegati. La finalizzazione ad un'attività di controllo va considerata con particolare cautela e forse comunque non è da intendersi come controllo puntuale, analitico e continuo.

Si ritiene che «la valutazione della condotta dell'amministratore sembra ora scindersi in due momenti» (uno legato al grado di informazione con cui l'amministratore arriva all'azione da compiere, l'altro connesso al grado di diligenza nell'esecuzione dell'attività) con conseguente agevolazione dell'onere probatorio dell'attore in quanto è sufficiente dimostrare l'inadeguatezza dell'istruttoria rispetto alla decisione imprenditoriale per arrivare a conseguenze giuridicamente rilevanti in termini di revoca o, dimostrato anche il nesso di causalità, di responsabilità¹⁴⁶. Racchiude bene il senso del rapporto tra dovere di azione informata e dovere di diligenza la

¹⁴⁵ S. SCOTTI CAMUZZI, *op. cit.*, 790, così si esprimeva prima della riforma: «Ebbene, mi pare che la vigilanza altro non sia che un controllo (benché poi il terzo momento, quello del provvedere, sia regolato, anche indipendentemente dal dovere di vigilanza, dalla successiva seconda parte dell'art. 23922). Certo, nel caso previsto dall'art. 23922, un controllo generico: in quanto la verifica (il riscontro) è fatto non sui singoli atti, ma sull'attività. Mi pare che questo dovere di vigilanza significhi proprio di dovere stare svegli e accorti, per valutare se il consiglio deve intervenire, o le cose possono essere lasciate alla gestione dei delegati (e della direzione) [nt. 3: Non è inutile rilevare che la riduzione del controllo alla 'vigilanza sintetica' si verifica soltanto con riferimento alle attribuzioni delegate; sicché, se la delega è limitata, tale riduzione non sussiste.]. È per così dire vincente la nozione, empirica forse, ma calzante, del Frè: «La legge non vuole amministratori inerti che si limitano a fare atto di presenza alle riunioni del consiglio». Essi, pertanto, devono essere informati e chiedere informazioni, dentro e fuori il consiglio. Ma è proprio vero che l'amministratore ha il potere di informarsi anche fuori dal consiglio, e forse che l'informazione, in senso stretto (il Frè non parla di ispezioni), esaurisce il momento conoscitivo del controllo?».

¹⁴⁶ Cfr. sul punto MURATORE, in *Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, III, Bologna, 2004, p.2186.

Relazione: «Nell'adempimento de doveri imposti dalla legge o dallo statuto gli amministratori devono usare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico: il che non significa che gli amministratori debbano

, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione».

La locuzione “rischio calcolato” fa emergere la delicatezza del tema che qui si affronta, poiché si deve ritenere che gli imprenditori (nel nostro caso, indirettamente, gli amministratori) non possano essere frenati nell'*intraprendere* attività, che – per definizione – comporta l'assunzione di rischi.

È stato affermato che «agire diligentemente significa anche agire in modo informato, e agire in modo informato significa adottare, o contribuire ad adottare, scelte che costituiscono il punto di arrivo di un percorso non necessariamente portatore di esito positivo, ma il cui possibile esito negativo sia stato valutato e consapevolmente accettato»¹⁴⁷. La dottrina che si pone in questa prospettiva contesta la tesi di chi vede nel dovere di agire in modo informato un livello minimo di diligenza (quella cui sarebbe tenuto un consigliere non esecutivo) per sostenere che si tratti non di un livello della diligenza, ma di un dovere le cui connotazioni saranno commisurate alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze dell'amministratore.

L'art. 2392 cod. civ. richiama la natura dell'incarico (profilo oggettivo) e le specifiche competenze (profilo soggettivo) di ciascun amministratore: questi due parametri in rapporto fra loro determinano – di fronte alla specifica decisione gestoria da adottare – il livello di informazione richiesto a ciascun amministratore nel caso concreto, che sarà così valutato in base all'incarico ricoperto ed in base al proprio bagaglio di conoscenze. Il richiamo ai principi di

¹⁴⁷ G. M. ZAMPERETTI, *op. ult. cit.*, 300 ss., conclude ricordando che «in un giudizio fondato invece unicamente sulla violazione del dovere di diligenza, l'indeterminatezza sia del criterio valutativo che della stessa prestazione comportava la necessità di ricostruire tutte le condotte astrattamente diligenti che il convenuto avrebbe potuto percorrere, per poi evidenziare che quella in concreto adottata esulava dal novero di essere: trasformandosi spesso il giudizio in un esercizio di fantasia rappresentatrice»

corretta amministrazione in realtà poco aggiunge a ciò che già discende dal dovere di diligenza e da quello di azione informata. Da tali considerazioni la dottrina fa discendere la possibilità – in caso di amministrazione collegiale – di «ammettere o escludere la responsabilità in relazione al concorso che da ogni amministratore ci si attendeva in considerazione della natura dell’incarico e delle sue specifiche competenze»¹⁴⁸.

La circostanza che la riforma preveda doveri degli organi delegati nettamente diversi rispetto a quelli dei consiglieri senza delega si riflette direttamente sulle rispettive responsabilità. Sebbene, infatti, sia stata conservata la responsabilità solidale di amministratori, sindaci e revisori contabili, la posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili va valutata distintamente, in relazione ai diversi obblighi che fanno loro capo¹⁴⁹. La diversificazione degli obblighi degli organi delegati rispetto a quelli dei consiglieri senza deleghe determina una maggiore estensione della responsabilità dei primi rispetto a quella dei secondi, in conformità al loro diverso ruolo, ai loro diversi poteri e alla loro diversa retribuzione. Il sistema dei flussi informativi ha delle evidenti ricadute sulla rinnovata disciplina della responsabilità solidale degli amministratori.

Il richiamo fatto dall’art. 2392, 2° comma, al 3° comma dell’art. 2381, impone un ripensamento dei termini in cui l’argomento si pone : la conoscenza dei fatti pregiudizievoli si vale di strumenti di ricerca e di acquisizione che, anche se noti, non godevano di nessuna legittimazione sotto il regime previgente e, quando al loro uso non facesse schermo la ritrosia dei singoli

¹⁴⁸ F. VASSALLI, *op. cit.*, 37, afferma essere «pacifico che i principi di correttezza professionale, e perciò le disposizioni che fanno ad essi riferimento relativamente all’amministrazione e gestione della società, concernono prevalentemente la materia del conflitto di interessi».

¹⁴⁹ Come sottolinea la Relazione alla legge di riforma, n. 6.III.4., “l’eliminazione dal precedente comma 2 dell’art. 2392 dell’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (in particolare gli art. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall’accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell’attuale prevalente giurisprudenza”.

amministratori, erano per lo più destinati ad infrangersi sul muro di un'informazione generica e solitamente inutile. Viceversa l'aver previsto che gli organi deleganti divengano destinatari di un flusso costante e tendenzialmente completo di informazioni inerenti la gestione della società, peraltro rinvigorito da una tipizzazione degli obblighi imposti a questo riguardo a carico degli organi delegati e da un potere individuale di informazione, sembra voler preconstituire un argine di qualche rilievo in questa direzione, dacché in questo modo ogni amministratore non investito di compiti gestionali, anche se minimamente diligente, dovrebbe poter contare almeno in principio su un ventaglio di conoscenze potenzialmente in grado di porlo al riparo dalla responsabilità solidale dell'art. 2392 cod. civ. Quanto alla periodicità dell'informazione, la formulazione della norma non fissa un termine dispositivo, lasciando allo statuto la possibilità di derogarvi, ma si esprime in modo opposto, suggerendo l'idea che lo statuto debba provvedere alla fissazione di una certa periodicità (adeguata alle caratteristiche proprie di ogni particolare società), e che solo nel caso in cui ciò non avvenga, o lo statuto preveda *contra legem* un termine più lungo, operi la disposizione suppletiva relativa al trimestre. La dottrina reputa eccessiva la periodicità trimestrale prevista in via suppletiva dalla norma, ritenendo più opportuna una cadenza trimestrale che meglio avrebbe assicurato un flusso informativo degli organi delegati¹⁵⁰. In questo senso, sarebbe stato più opportuno, anziché utilizzare una periodicità relativamente ampia, quale è il semestre previsto dalla norma, con possibilità di intensificazione ad opera dello statuto, contemplare in via dispositiva una periodicità più frequente, come un trimestre, con la possibilità da parte dello statuto di derogarvi fino ad un limite massimo di sei mesi. In tal modo ogni eventuale diluizione del dovere transitorio di informazione si stenne

¹⁵⁰ Cfr., P. ABBADESSA, *Nuove regole in tema di procedimento assembleare e tutela delle minoranze*, Riv soc 2002, 1476; S. Ambrosini, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 64; G.D. MOSCO, in *Comm Niccolini Stagno d'Alcontres*, II, p. 599. *Contra* L. ENRIQUES, in www.associazionepreite.it, secondo cui l'obbligo degli organi delegati di riferire almeno ogni sei mesi al consiglio comporterebbe un inutile e dispendioso incremento della frequenza delle riunioni del collegio, con inevitabile aumento dei costi relativi, ragion per cui sarebbe auspicabile una semplificazione su tale punto., prevedendo quanto meno la derogabilità statutaria di tale norma anche nel senso di ampliare la cadenza temporale di adempimento dell'obbligo di informazione

rappresentata come scelta consapevole e più aderente alle reali esigenze della singola società. L'autonomia statutaria può avere voce in capitolo non solo in relazione alla periodicità dell'informazione ma anche rispetto alle modalità di comunicazione dei flussi, fermo restando il limite derivante dalla necessità di equivalenza rispetto a tutti i destinatari dei flussi stessi, con il risultato che non sarebbe legittima una clausola che preveda tempi o contenuti diversi per l'informazione diretta ai sindaci rispetto a quella indirizzata al consiglio di amministrazione. La stessa disposizione – dopo aver dettato la periodicità (almeno ogni sei mesi) con cui gli organi delegati devono riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione, la sua prevedibile evoluzione e le operazioni di maggior rilievo compiute dalla società e dalle sue controllate¹⁵¹ – chiude tale schema con la previsione di un obbligo in capo agli organi delegati di rispondere *in consiglio* ad ogni richiesta di informazioni relative alla gestione sociale.

Segue. Brevi cenni sugli obblighi informativi di gruppo

Va sottolineato, infine, che l'obbligo periodico di informazione dei delegati attiene non solo le operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società, ma

¹⁵¹ Rispetto alla posizione di chi (F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 52), argomentando dall'asimmetria tra 3° comma e 5° comma dell'art. 2381 c.c., ritiene che il consiglio debba solo valutare il generale andamento della gestione, e non anche la sua prevedibile evoluzione, bisogna registrare la posizione di P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., 503, il quale sostiene che «l'impressione che la legge, riferendo l'obbligo di valutazione del consiglio al solo andamento generale della gestione, abbia fatto uso di una espressione brachilogica, comprensiva di tutte le informazioni fornite dai delegati, trova un solido fondamento nel silenzio osservato anche a proposito delle operazioni di maggior rilievo, rispetto alle quali non si riuscirebbe a trovare nessuna ragione idonea a giustificarne una ipotetica esclusione dall'area dell'attività valutativa del consiglio. Se, poi, a ciò si aggiunge che, ove si escludesse – come assume la dottrina criticata – l'obbligo del consiglio di guardare al futuro, limitando il proprio campo di osservazione al passato ed al recente, si finirebbe inevitabilmente per trasformare il suo profilo da organo di governo in organo di mero controllo, non credo che possano residuare dubbi per concludere che l'organo collegiale – al di là della stretta lettera della legge – è comunque onerato a valutare tutti elementi, sia fattuali che prospettici, contenuti nei rapporti periodici degli organi delegati (ed a prendere, se del caso, coerenti iniziative a tutela dell'interesse della società: art. 2392, comma 2°, c.c.)». Sulla medesima linea di pensiero G. D. MOSCO, *Commento sub art. 2381*, cit., 599, nt. 37, il quale sostiene che la valutazione «comprende – parrebbe, ovviamente, al di là dell'incompletezza formale dell'art. 2381, co. 3 – la probabile evoluzione dell'andamento sociale e le operazioni più rilevanti».

anche quelle effettuate dalle controllate. Gli organi delegati, infatti, ai sensi dell'art. 2381, 5° comma cod. civ. riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, anche sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. Ne consegue che è dovere dei delegati della controllante curare la trasmissione dei dati delle società eterodirette e dei flussi informativi infragruppo. Nel contempo, i deleganti sono tenuti ad controllo su quelle operazioni di maggior rilievo che sono state effettuate dalle stesse società controllate¹⁵² : ciò significa che sussisterebbe non una mera facoltà ma un vero e proprio dovere da parte della capogruppo e dei suoi amministratori di verificare, oltre alla gestione della propria impresa, anche le singole operazioni effettuate dalle società controllate che, per la loro natura o per le loro dimensioni, possono avere un forte impatto, non solo nei confronti dei soci del gruppo ma anche di terzi.

Si discute se l'obbligo di un flusso informativo infragruppo debba sussistere anche nell'ipotesi in cui la controllante provi di non esercitare attività di direzione e coordinamento vincendo la presunzione relativa ex art. 2497-*sexies* cod. civ.¹⁵³. Al riguardo, questo obbligo vige indipendentemente dalla circostanza che la controllante sia una società quotata ed indipendentemente dalla circostanza che la controllante eserciti un'attività di direzione e coordinamento delle controllate: dunque, anche quando la controllante, vincendo la presunzione dell'art. 2497 *sexies*, provi che nella specie essa non eserciti alcuna attività di direzione e coordinamento delle controllate, gli organi delegati della controllante hanno il potere-dovere di organizzare la trasmissione da parte delle controllate di adeguati flussi informativi¹⁵⁴. Il dovere di informarsi e di organizzare la circolazione delle informazioni all'interno

¹⁵² La stessa giurisprudenza di merito sottolinea, infatti, come l'obbligo di bene amministrare, rilevante ai sensi dell'art.2392, “*include l'obbligo di impartire alle società controllate direttive corrispondenti a criteri di diligenza e prudenza*”: così, Trib. Milano, 31 luglio 1993, in B. Quatraro., in *Giurisprudenza societaria milanese* (1989-1993), Milano, 1994, p.66, sentenza citata anche da Rimini, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, p.283. Cfr anche App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1995, 1, c.1001 e in *Società*, 1994, p.931.

¹⁵³ MORANDI, *Commento all'art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005.

¹⁵⁴ Cfr., F. BONELLI, *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur Comm* 2003, I, 706.

dell'impresa appare quindi rispondere ad un elementare principio di organizzazione dell'attività imprenditoriale, nonché ad una regola generale di buona fede e correttezza anche nei confronti dei propri soci nonché dei soggetti esterni all'impresa. Varie, infatti, come si è detto, possono essere le utilità che sottendono ad una collaudata e fluente mobilità informativa nella realtà di gruppo, essendo evidente l'utilità di “*un flusso di dati informativi continuo, attivabile costantemente ed estensibile ad ogni aspetto della vita aziendale della controllata al fine di consentire l'elaborazione da parte della capogruppo di linee strategiche comuni*”¹⁵⁵.

La gestione delegata affidata ad un comitato esecutivo

Il comitato esecutivo è un organo collegiale, sprovvisto di una disciplina compiuta ed autonoma, anche a seguito della riforma del 2003. Essa si ricava perciò in via interpretativa. Le regole di funzionamento del comitato esecutivo possono essere determinate dallo statuto e, in mancanza, è possibile applicare analogicamente le norme relative al consiglio di amministrazione¹⁵⁶. Tra le disposizioni applicabili, secondo l'opinione prevalente, ma non pacifica, vi sarebbe anche la disciplina dell'invalidità delle delibere consiliari¹⁵⁷. Relativamente a tale aspetto la dottrina sottolinea la possibilità che il consiglio di amministrazione e il consiglio di gestione revochino la delibera suscettibile di impugnativa, su iniziativa dei componenti del comitato esecutivo assenti o dissenzienti¹⁵⁸. Infine, i membri che ne fanno parte non sono in quanto tali amministratori esecutivi, poiché non hanno poteri individuali di gestione.

¹⁵⁵ Cfr., CAPRIGLIONE, *Poteri della controllante e organizzazione interna di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1990, 36 ss. e v., in particolare 51.

¹⁵⁶ A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 202; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, 63 ss.; ID, (nt. 15), 305, ove il rilievo della non estensibilità delle disposizioni statutarie che si riferiscono al consiglio di amministrazione, nt. 45; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 456.

¹⁵⁷ M. IRRERA, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino/Bonfante/Cagnasso/Montalenti, Bologna, 2004, I, 735; diversamente, L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, 333 ss.

¹⁵⁸ F. BONELLI, (nt. 2), 43, nt. 50.

Il comitato esecutivo è espressamente contemplato sia nel sistema tradizionale che in quello monistico (art. 2381, comma 2°, c.c. dettato con riferimento al modello legale, ma applicabile anche al sistema monistico per il richiamo operato dall'art. 2409 *noviesdecies* c.c.). È controversa, invece, la sua ammissibilità nel sistema dualistico, poiché l'art. 2409 *novies*, comma 1°, c.c. parla semplicemente di delega di "attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti". Parte della dottrina, valorizzando forse oltremodo il mancato richiamo normativo, propende per la tesi negativa e considera il silenzio del legislatore come una precisa opzione nel senso dell'inammissibilità¹⁵⁹. In particolare si è ritenuto che l'articolazione delle funzioni gestorie tra organi collegiali interviene, nel sistema dualistico, tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza, piuttosto che tra il primo e gli organi delegati. Il legislatore avrebbe così inteso evitare una ripartizione delle funzioni gestorie fra tre diversi organi collegiali¹⁶⁰.

Ma a tale ricostruzione può obiettarsi che la generica permesso del conferimento di deleghe non esclude il riferimento anche alla possibilità di istituire un comitato esecutivo¹⁶¹. E, non si vede perché dovrebbe escludersi tale evenienza, pur nel riconoscimento che, nel modello legislativo, il sistema dualistico dovrebbe caratterizzarsi per un'articolazione più snella. L'agilità

¹⁵⁹ Tra gli altri, BREIDA, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino/Bonfante/Cagnasso/Montalenti, Bologna, 2004, II, 1122 s.; G. GHEZZI, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario* Marchetti/Bianchi/Ghezzi/Notari, Milano, 2005, 52; ZAMPERETTI, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Società*, 2006, 1197. La differenza con l'art. 2381, comma 1°, c.c. è evidente, poiché questa norma parla di delega di "attribuzioni *ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti*, o ad uno o più dei suoi componenti". Sembra orientato a non ammettere, in base al tenore letterale della norma, il comitato esecutivo in presenza del modello dualistico, anche G. FERRI jr., (nt. 5), 628 s.; e v. pure NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (artt. 2380-2409-noviesdecies c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, ove si pone, a favore dell'inconfigurabilità del comitato esecutivo all'interno del consiglio di gestione, l'art. 39, comma 1°, del regolamento CE dell'8 ottobre 2001, n. 2157, sulla Società europea. In verità, la formulazione letterale ("l'amministratore o gli amministratori delegati") della norma richiamata è la stessa contenuta nell'art. 43, comma 1°, relativo al sistema monistico.

¹⁶⁰ ZAMPERETTI, (nt. 38), 1197, ove si ritiene scongiurata così la possibilità di introdurre «una sorta di 3-tiers-board».

¹⁶¹ G. F. CAMPOBASSO, (nt. 1), 423, nt. 17; COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 191; GUACCERO, (nt. 11), 880.

perseguita dal legislatore non sembra essere in contrasto con un'ulteriore articolazione, pur sempre collegiale, all'interno dell'organo consiliare.

Che il funzionamento *ideale* del modello dualistico preveda un numero non elevato di consiglieri di gestione ed una dialettica con il consiglio di sorveglianza è fuor di dubbio. Ma una cosa è che vi siano, come è possibile, due soli consiglieri di gestione ed un'altra è che ve ne siano dieci, all'interno dei quali non si vede perché non sarebbe legittimo istituire un comitato esecutivo, non essendovi alcun divieto normativo a riguardo, favorendo così una migliore gestione dell'impresa. È probabile, infatti, che vi sia la necessità di delegare talune attribuzioni, ma, allo stesso tempo, consentirne una più attenta (rispetto alla delega ad un singolo soggetto) e rapida (rispetto ad una deliberazione dell'intero organo amministrativo) valutazione.

Sia la nuova formulazione dell'art. 2381 c.c. che quella previgente non specificano se sia vietato o meno istituire una pluralità di comitati esecutivi¹⁶².

Gli amministratori delegati sono invece organi unipersonali non tenuti a rispettare il principio della collegialità, potendo operare disgiuntamente o congiuntamente, a seconda di come è stabilito nell'atto di nomina, alla stregua degli amministratori di società di persone. Se nell'atto di nomina di una pluralità di amministratori delegati non viene specificato come agiranno, deve ritenersi che opereranno collegialmente, costituendo quindi il comitato esecutivo. Se è invece espressamente esclusa tale evenienza, ma, nello stesso tempo, null'altro si dice, deve propendersi per una delega disgiunta, per motivi di maggior funzionalità ed efficienza, ma anche perché si tratta di soluzione corrispondente ai principi generali¹⁶³. Nessun problema si pone, ovviamente, se viene nominato un singolo amministratore delegato¹⁶⁴.

¹⁶² In senso positivo, *ante* riforma, MAFFEZZONI, *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, Torino, 1998, 27 ss., secondo cui la pluralità di comitati esecutivi altro non sarebbe che un'ulteriore modalità di ripartizione, da parte del consiglio di amministrazione, delle proprie attribuzioni, possibile in virtù del carattere dispositivo della norma

¹⁶³ Viene richiamato, a riguardo, l'art. 1716 c.c. Sul punto, in senso conforme alla ricostruzione adottata nel testo, BORGIOI, (nt. 3), 209 s.; CAGNASSO, (nt. 15), 304.

¹⁶⁴ In tal caso, specie se il consiglio si spoglia di tutte le attribuzioni delegabili, si intende adottare, in sostanza, un sistema con un amministratore unico, privilegiando rapidità decisionale ed efficiente gestione dell'impresa, evitando al tempo stesso l'eccessiva concentrazione di potere nelle mani di una sola persona. L'organo amministrativo delibera, in

Nulla esclude che la società preveda sia il comitato esecutivo che uno o più amministratori delegati¹⁶⁵. I vari organi sono distinti tra loro e perciò non si produce nessuna superiorità dell'uno rispetto all'altro. Bisogna specificare le materie attribuite a ciascuno. Entrambi sono sottoposti al consiglio di amministrazione. Nelle società di rilevanti dimensioni una tale articolazione può rendersi necessaria a seconda delle operazioni che si (possono e che si) vogliono affidare ad una cerchia ristretta di amministratori e, tra queste, distinguere quelle che richiedono comunque un certo grado di ponderazione (e quindi affidarle ad un organo collegiale), da quelle che tale valutazione non richiedono. È possibile che gli amministratori delegati (che operano disgiuntamente o congiuntamente) facciano anche parte del comitato esecutivo. Questo cumulo di funzioni può essere causa di un'eccessiva concentrazione di potere nelle mani di un solo soggetto, ma nessuna disposizione normativa si ritrova sul punto. Né il Codice di Autodisciplina, solitamente attento a tale fenomeno, lo tiene in dovuta considerazione. Peraltro, in taluni statuti di società quotate che adottano il Codice di Autodisciplina, si prevede la partecipazione *di diritto* degli amministratori delegati, del presidente (e del/dei vicepresidenti) del consiglio di amministrazione al comitato esecutivo¹⁶⁶. Prescindendo dal cumulo di funzioni, clausole di questo tipo potrebbero essere illegittime nella misura in cui si giunge al risultato di sottrarre alla competenza consiliare la nomina degli amministratori delegati e dei componenti del comitato esecutivo.

tal caso, sulle materie legislativamente indelegabili, ma può esercitare tutti quei poteri connessi alla sua sovraordinazione rispetto all'unico amministratore delegato

¹⁶⁵ Secondo quanto riconosce, ma non pacificamente, la dottrina largamente prevalente. Cfr. BORGIOI, (nt. 3), 207; CAGNASSO, (nt. 15), 303 s., ove altre indicazioni.

¹⁶⁶ Si veda, ad esempio, lo statuto di SANPAOLO IMI S.p.A. sul sito www.borsaitaliana.it ed, in particolare, l'art. 15.2.

CAPITOLO III

IL REGIME DELLE RESPONSABILITÀ GESTORIE E LA QUESTIONE DELLE DELGHE NON AUTORIZZATE

Il regime delle responsabilità gestorie tra passato e presente

La disciplina previgente, come già rilevato, si caratterizzava per una serie di limiti in materia di delega dei poteri gestori e, le maggiori ambiguità erano emerse proprio in ordine alla determinazione dei compiti e delle responsabilità degli amministratori privi di delega. Il ricorso al modello dell'amministrazione delegata, infatti, determinava e, determina, l'applicazione di un differente regime di responsabilità rispettivamente per i delegati e per i deleganti: i primi direttamente responsabili nell'ambito delle materie loro affidate; mentre, i secondi sottoposti ad una responsabilità indiretta per omessa vigilanza sull'operato dei primi (cfr. precedente art. 2392, secondo comma, cod. civ.).

Il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione non aveva dato buona prova di sé in passato, in quanto eccessivamente generico e di disagiata assolvimento da parte dei titolari, i quali, in conseguenza, spesso si erano ritrovati responsabili *per culpa in vigilando* (ma in realtà, in forza di una sorte di responsabilità oggettiva per fatti e condotte direttamente ascrivibili ai soli consigliere delegati)¹⁶⁷. Basti pensare alle realtà societarie di maggiori dimensioni ove il potere gestorio è fortemente concentrato nella mani degli organi delegati; in tal caso, risulta alquanto improbabile che costoro possano realmente assolvere una reale vigilanza. Vi era infatti la necessità, di carattere

¹⁶⁷ In effetti, il codice civile del 1942, nella sua formulazione originaria, dedicava maggiore attenzione alla disciplina dell'organo assembleare piuttosto che a quella dell'organo amministrativo. Sotto questo profilo, dunque, è innegabile che detto codice si ponesse in linea di sostanziale continuità con il codice di commercio del 1882, il quale, alla stregua di tutte le codificazioni ottocentesche, attribuiva un ruolo centrale all'assemblea, concepita come organo destinato ad esprimere la volontà sovrana dei soci, e nel quale, le norme dedicate all'organo amministrativo erano piuttosto ridotte ed essenzialmente dirette a prevenire gli abusi ed i comportamenti opportunistici dei suoi componenti.

pregiudiziale, di stabilire cosa dovesse intendersi per vigilanza sul generale andamento della gestione nonché precisare gli strumenti operativi a disposizione degli amministratori deleganti per esplicare detta vigilanza nonché per neutralizzare (o quanto meno depotenziare) gli atti dannosi edotti dai delegati. Anche da questo punto di vista, l'originario impianto codicistico non appariva coerente; se da un lato, infatti, imponeva ai componenti il plenum specifici doveri di controllo sull'attività dei delegati, dall'altro, non si preoccupava di garantire che costoro fossero messi nella condizione di poter effettivamente adempiere a detti doveri.

Il sistema cambia con la riforma del 2003. Alla previsione di un nuovo sistema di doveri e di poteri dell'organo amministrativo in presenza di deleghe, non poteva non adeguarsi il regime della responsabilità. In primo luogo, il nuovo art. 2392, 1° comma cod. civ, si richiama alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze (tecniche e professionali) di ciascun amministratore, abbandonando il generico riferimento alla diligenza del mandatario contenuto nella precedente versione dell'art. 2392 cod. civ.¹⁶⁸; quest'ultima, era quella del *bonus pater familias* prevista dall'art. 1176, 1° comma per l'adempimento di obbligazioni di mezzi, quale appunto quella degli amministratori verso la società. Il riferimento alle specifiche competenze segna la presa d'atto dell'esistenza di diversi livelli di competenza professionale degli amministratori in relazione ai quali valutare la diligenza richiesta. La differenza

¹⁶⁸ L. ABETE, *op. cit.*, 6, puntualizza previamente che «la responsabilità *de qua* pur all'esito della riforma rimane di natura contrattuale [di conseguenza opera tuttora la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 codice civile] e non ha, quindi, carattere oggettivo, sicché non si estende all'amministratore che sia immune da colpa e che abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, dandone notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (art. 2392, terzo comma, codice civile). L'immunità da colpa, evidentemente, va valutata tenendo conto della suddivisione dei ruoli e delle diverse funzioni assolte nell'ambito del consiglio di amministrazione [pur all'esito della riforma, in ogni caso, la valutazione della diligenza degli amministratori costituisce oggetto di un giudizio *ex ante*, da riferire, cioè, alle circostanze oggettive e soggettive del momento in cui sono stati posti in essere gli atti dai quali si assume scaturito il pregiudizio per la società. A fondare la responsabilità dell'organo gestorio, inoltre occorre imprescindibilmente che si dia prova da parte della società, attrice in giudizio, del nesso di causalità tra gli atti di *mala gestio* ed il pregiudizio lamentato ossia che il danno sia da ricondurre eziologicamente agli atti dolosi o colposi ascritti all'organo gestorio: gli amministratori, invero, sono tenuti a rispondere del pregiudizio sol nella misura in cui sia ad essi casualmente imputabile. Cfr. a tal ultimo riguardo Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, ove, appunto, è affermata l'esigenza di una rigorosa verifica della sussistenza di un rapporto di consequenzialità causale tra la condotta illecita ed il danno]».

rispetto alla natura dell'incarico risiede nella riferibilità del criterio in parola non più alle funzioni attribuite, ma alla diligenza esigibile dalla specifica competenza di quell'amministratore¹⁶⁹. Seguendo tale prospettiva, la personalizzazione diventa massima, configurandosi conseguentemente un innalzamento dello standard di riferimento anche alla luce del curriculum vitae dell'amministratore. Dunque, sarà fondato un giudizio di responsabilità per difetto di diligenza non solo se l'amministratore assuma una decisione senza valutarne i prevedibili risultati o senza calcolarne i rischi connessi, ma anche qualora egli non utilizzi le attestate competenze in suo possesso in ragione delle quali è ragionevole presumere sia stato eletto. Ammesso che di concorso possa parlarsi: se c'è una distinzione di incarichi c'è anche una distinzione di doveri per ciascun incarico. Solo dalla violazione dello specifico dovere incombente sul singolo amministratore può derivare una responsabilità, che va ad aggiungersi a quella degli altri amministratori e la rende quindi solidale.

Dire, poi, che essi sono solidalmente responsabili a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto delegate ad uno o più amministratori non vuol dire che in tal caso essi non siano in alcun modo responsabili. Vuole solo significare che in tal caso essi saranno responsabili non per lo stesso titolo – e quindi in via solidale per lo stesso danno – ma sarà tenuta distinta la loro responsabilità perché trova origine in un altro titolo, e cioè nella violazione di specifici, distinti ed univoci doveri imposti dalla legge e dallo statuto.

Un ulteriore fonte di responsabilità, contemplata quale articolazione del dovere di diligente amministrazione, è rappresentata dalla condotta omissiva degli amministratori che, potendo prevedere il pregiudizio per la società, non si siano attivati per evitare o attenuare la portata dell'atto dannoso (art. 2392, 2° comma cod. civ.). In tal caso, la società dovrà provare, oltre al danno, sia la conoscenza ex ante del fatto idoneo a cagionare pregiudizio, sia il nesso causale ovvero l'atteggiamento passivo. Gli amministratori, dal canto loro, saranno tenuti a dimostrare l'adempimento, vale a dire di aver fatto quanto potevano per

¹⁶⁹ A. ROSSI, *Art. 2392, in Il nuovo diritto delle società*. Commentario, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 793.

impedire il compimento dell'atto o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Come già evidenziato, la precedente disciplina prevedeva, disgiuntamente rispetto al suddetto dovere di intervento, anche un generico obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, dovere che è stato rimosso dal legislatore della riforma, il quale ha introdotto un esplicito richiamo al 3° comma dell'art. 2381 cod. civ.

Come risulta chiaramente dall'apposito passaggio della Relazione accompagnatoria della nuova disciplina (cfr. spec. Sub 6.III.4), *“la eliminazione dal precedente comma 2 dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati, tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità inevitabili”*¹⁷⁰. In realtà, non può pensarsi che il legislatore della novella abbia inteso rimuovere *tout court* il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione e ciò in quanto tale rimozione condurrebbe ad un esito inaccettabile (ossia un organo amministrativo collegiale sollevato da ogni onere conoscitivo nei confronti dei titolari delle deleghe). In realtà, il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione viene meglio definito nelle sue modalità di adempimento, ossia attraverso l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari approntati dall'amministratore delegato, valutando l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili messi a punto dai titolari di deleghe, ed infine, supervisionando il generale andamento della gestione. Questa è la portata che si ritiene debba essere ascritta alla nuova formulazione dell'art. 2392, 2° comma, cod. civ., che prevede una responsabilità solidale di ciascun amministratore *“in ogni caso”* precisando che essa sussiste *“fermo quanto*

¹⁷⁰ In quest'ottica, viene sottolineata dalla Relazione al d. lgs. 6/2003 l'eliminazione dal previgente art. 2392, comma 2°, c.c. dell'*obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione*, *“sostituita da specifici obblighi ben individuati”*, volti, appunto, ad evitare indebite estensioni delle responsabilità solidale.

disposto dal comma terzo art. 2381 cod. civ., ove appunto, risultano evocati i compiti di controllo che in presenza di una delega dei poteri gestori sono di competenza dei deleganti¹⁷¹.

Segue. Il dovere di agire informato ed il potere individuale d'informarsi

In virtù della nuova disciplina, il consiglio di amministrazione e, nella specie, gli amministratori privi di delega, sono chiamati ad assolvere i nuovi compiti sulla base delle informazioni messe periodicamente a disposizione dagli organi delegati. Ma non solo, in funzione delle informative pervenute scatterà l'obbligo degli amministratori non esecutivi di attivarsi, dal momento che lo stesso art. 2381, comma 6° cod. civ., impone di agire in modo informato, riconoscendo a ciascuno di essi il diritto-dovere di pretendere che siano in consiglio fornite informazioni circa la gestione della società. Quindi vi è spazio per la ricerca individuale di informazione. Non esiste però un solo modo di agire informato, valido per tutti gli amministratori (se sono più di uno) della società, ma ciascun amministratore agisce in base ai doveri specifici che gli

¹⁷¹ v. O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2003,, 803; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, op. cit., 64, G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture del governo societario, in Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2007, 25, M. SPIOTTA, *Art. 2392*, in *Il nuovo diritto societario. Commento al D.lgs 17 gennaio 2003, n. 6*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, artt. 2325- 2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 2004, 763; P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 2 Cedam, Padova, 2004, 216, il quale afferma che la responsabilità per "omessa vigilanza", pur non essendo espressamente contemplata, deve ritenersi tuttavia "indirettamente sancita" proprio dal rinvio che l'art. 2392, comma 2° c.c. opera nei confronti dell'art. 2381, comma 3° c.c.. Ancora più netta è la posizione di G. D. MOSCO, *Art. 2381*, op. cit., 601, il quale in particolare reputa che "la sostituzione del dovere di vigilanza con i nuovi obblighi previsti dall'art. 2381, comma 3, cod. civ., non può essere intesa in senso meccanicistico e formale, dovendosi invece tener conto della evidente interazione tra gli obblighi in questione, e tra essi e l'obbligo di intervento, nonché del principio unificante della diligenza, per poi allora concludere che in definitiva l'art. 2381 comma 3 c.c. non pone solo obblighi distinti e sequenziali, ma un obbligo che resta complessivo e continuativo di vigilanza sulla gestione". Per l'opinione che con la riforma il dovere di vigilanza sarebbe invece venuto definitivamente meno, cfr. N. ABRIANI, *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, op. cit. 15; 3. A. DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, op. cit., 99; M. IRREA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 154, , il quale reputa che "il nuovo dovere di valutazione del generale andamento della gestione (Art. 2381, comma 3° c.c.) non sarebbe in alcun modo equiparabile al previgente dovere di vigilanza.

sono imposti dall'aver assunto un determinato incarico nella struttura dell'organo amministrativo. Così l'amministratore delegato avrà un determinato dovere di agire, che è diverso dal dovere che è in capo a chi delegato non è. Poi, ancora, anche i delegati possono avere compiti diversi, corrispondenti ai diversi settori cui sono delegati (*marketing*, finanza e così via). A ciascuno incomberà quindi un diverso obbligo di "agire in modo informato". Ad ognuno però, nell'adempimento dei caratteristici doveri risultanti dal proprio specifico incarico, sarà richiesto di raggiungere il massimo livello di completezza d'informazione richiesto da tale incarico.

L'organo delegante non assume, dunque, una posizione di mero controllo passivo, ma anche attivo, che si estrinseca sia nei diversi specifici obblighi di valutazione ed esame della struttura e dell'organizzazione, che nel dovere di reazione rispetto all'*an* e al *quantum* dell'informazione pervenuta. La stessa tipizzazione dei doveri di controllo gravanti sugli amministratori privi di delega assume rilievo (e si giustifica) proprio alla luce della previsione di un costante flusso informativo tra organi delegati e consiglio.

In quest'ottica l'obbligo di agire in modo informato parrebbe sostanzialmente coincidere con l'espunto dovere di vigilanza sulla gestione sociale, motivo per cui i deleganti sarebbero solidalmente responsabili per colpa in vigilando qualora non abbiano prevenuto o impedito l'attività dannosa dei delegati¹⁷². Tuttavia, è possibile individuare tra le due fattispecie delle difformità ; infatti, il "dovere di agire in modo informato si dispiega in un ambito applicativo ridotto rispetto al precedente obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione"¹⁷³. Il generale dovere di vigilanza prescindeva da qualsiasi altro dovere previsto dalla legge o imposto dallo statuto in capo agli amministratori. A ciò si aggiunga che il terzo e i sesto comma dell'art. 2381 cod. civ. presuppongono come fonte informativa primaria tutti gli atti di

¹⁷² In questo senso, CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 122; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Tratt. Galgano, XXIX, 2003, 279.

¹⁷³ Così, SPIOTTA, Art. 2392, in Commentario Cottino, Bonfantem Cagnasso, Montalenti, 775.

cui i deleganti vengono messi a conoscenza dai delegati, non postulando di per sé, un generale dovere di ulteriori indagini a carico dei deleganti¹⁷⁴.

Il quadro che si ricava dall'esame delle nuove disposizioni risulta sufficientemente chiaro. In particolare, attraverso la previsione di un sistema tipizzato di informazioni che gli organi delegati sono tenuti a mettere a disposizione del consiglio di amministrazione, nonché attraverso l'esatta individuazione dei doveri gravanti sui delegati e deleganti, il legislatore ha cercato di ovviare agli inconvenienti che avevano caratterizzato il regime anteriore¹⁷⁵. Il carattere innovativo della riforma emerge proprio ove si consideri che gli amministratori privi di delega non sono più tenuti a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il compimento di atti pregiudizievoli da parte dei delegati. Il legislatore della riforma ha completamente rovesciato l'impostazione che caratterizzava la disciplina anteriore, prevedendo un criterio che consente di predeterminare il comportamento richiesto. Infatti, la condotta dei deleganti si presta ad essere censurata solo ed esclusivamente in relazione a quei fatti e situazioni di cui gli stessi deleganti siano venuti effettivamente a conoscenza ovvero che essi sarebbero stati in grado di conoscere qualora avessero correttamente vigilato sull'osservanza dei doveri informativi posti a carico dei delegati.

E' chiaro come tanto il dovere di agire in modo informato quanto il diritto dei deleganti di ottenere informazioni, vanno ad incidere in misura rilevante sul comportamento dovuto dai deleganti in adempimento dei propri compiti e, conseguentemente si ripercuotono anche sulla valutazione delle responsabilità in caso di asserita violazione. Questa ricostruzione, infatti, esclude che i componenti del consiglio di amministrazione siano autorizzati ad assumere un atteggiamento passivo e di mera ricezione informativa nell'esercizio delle loro funzioni. In altre parole, è da escludere che costoro possano limitarsi ad

¹⁷⁴ Sul punto, si veda l'analisi di ZAMPARETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Soc.*, 2005, 12, 1473.

¹⁷⁵ L'opinione secondo cui l'intervento del legislatore in materia è chiaramente diretto a contenere gli eccessi che si erano verificati nel sistema anteriore riscuote unanime consenso in dottrina: tra gli altri, v. L. NAZZICONE, *Art. 2380- 2396*, op. cit., 34, A. DE NICOLA, *Art. 2392*, op. cit., 565; O. CAGNASSO, *Brevi riflessioni*, op. cit., i, 803, G. D. MOSCO, *Art. 2381*, op. cit., 601.

attendere le informazioni dagli organi delegati ed a verificarne il relativo contenuto. Al contrario, essi sono tenuti a sindacare la completezza e l'esaustività dell'informazione ricevuta ed hanno l'obbligo di attivarsi attivamente laddove riscontrino eventuali lacune o notizie o dati non attendibili o qualsiasi altro elemento che possa arrecare danno alla società¹⁷⁶. E' da escludere inoltre il pericolo di un surrettizio ampliamento delle responsabilità gestorie dei deleganti, considerando che il diritto di informazione dell'amministrazione, pur essendo rimesso all'iniziativa individuale del singolo, è in ogni caso destinato a sfociare in ambito collegiale, ossia nel contesto di una riunione consiliare¹⁷⁷.

Il consiglio, tuttavia, viene a trovarsi in una posizione di sostanziale debolezza rispetto agli organi delegati, per quanto riguarda la gestione dei predetti flussi informativi. Non vi è, infatti, alcun strumento che possa essere utilizzato per far fronte all'eventuale inerzia se, non addirittura, al rifiuto dei delegati nel fornire l'informazione richiesta. L'unico mezzo utilizzabile per "sanzionare" l'operato dei delegati è rappresentato dalla revoca degli stessi. Trattasi comunque di un rimedio che, nella prospettiva qui considerata, risulta

¹⁷⁶ Ad avviso di VASSALLI, *op. cit.*, 680, la nuova disciplina pone a carico degli amministratori un dovere di informazione "anche di tipo attivo". Ma v. altresì AMBROSINI, *L'amministrazione*, 64, il quale in particolare reputa che il diritto di informazione dell'amministrazione "finisce per risolversi in un potere-dovere ogni qual volta tale richiesta appaia strumentale all'obbligo di agire in modo informato". Nel senso che la norma escluda ogni possibilità di atteggiamento passivo da parte degli amministratori, cfr., P. ABBADESSA, *Profili*, *op. cit.*, 507; O. CAGNASSO, *Brevi*, *op. cit.*, 803; contra, A. ROSSI, *op. cit.*, 807, ove l'affermazione secondo cui il sistema introdotto dalla riforma, segnando il passaggio da una generale vigilanza attiva ad una specifica vigilanza "passiva", implicherebbe un eccesso di deresponsabilizzazione degli amministratori non esecutivi, i quali potrebbero sentirsi autorizzati a sedere in comode poltrone beandosi della placida ignoranza dei peggiori fatti di gestione nella quale gli organi delegati scelgano di lasciarli". Tale opinione non sembra condivisibile; infatti, sebbene agli amministratori non sia più richiesta, come invece accadeva in passato, un'ubiquità ed indefettibile vigilanza, ciò nondimeno costoro "non possono nemmeno per converso assistere avulsi a quanto transita in consiglio, come sedi accadimenti esterni si trattasse e non di processi decisionali. L'esigenza che la formalizzazione e la procedimentalizzazione dei canali informativi non comporti un'attenuazione dell'attività di vigilanza è avvertita pure con riguardo al collegio sindacale.

¹⁷⁷ Nel senso di riconoscere la centralità della riunione consiliare, v. ZAMPARETTI, *La convocazione*, *op. cit.*, 284; A. DE NICOLA, *Art. 2392*, 562. E' proprio in questa prospettiva, del resto, che merita di essere apprezzato il "nuovo" ruolo del presidente del consiglio di amministrazione, al quale in effetti l'art. 2381 c.c. riconosce, oltre ai tradizionali poteri "organizzativi" (convocazione, fissazione dell'ordine del giorno e coordinamento della riunione), anche il compito di provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri, giungendo così ad attribuire a detta figura la funzione di "garante" dei flussi informativi endoconsiliari.

chiaramente inadeguato, vuoi perché implica la definitiva rimozione della carica dell'amministratore delegato inerte, cosa che potrebbe non essere opportuna; vuoi soprattutto in quanto tale misura, ove disposta, non permette comunque al consiglio di raggiungere lo scopo desiderato e che, come detto, è semplicemente quello di ottenere l'informazione richiesta.

I segnalati limiti della disciplina appaiono ancora evidenti, non appena si ponga mente alla circostanza che i titolari delle funzioni delegate dispongono di un potere assai ampio di scelta tanto per quello che concerne la selezione delle informazioni da mettere a disposizione degli altri amministratori, quanto in ordine alle modalità con cui presentare una simile informativa. Non può escludersi che gli amministratori delegati decidano di offrire al consiglio un gran numero di dati e informazioni determinando il pericolo che quest'ultimi vengano chiamati a rispondere anche di tale ulteriore attività valutativa. Senza trascurare, poi, le modalità adottate dagli organi delegate per fornire le suddette informazioni: si pensi all'ipotesi di informazioni eccessivamente analitiche o difficilmente decifrabili sia pur nel contesto di una riunione consiliare. Ebbene, in questi casi, la previsione di specifici doveri di controllo degli amministratori privi di delega potrebbe non essere sufficiente ad evitare un automatico e generalizzato coinvolgimento degli stessi deleganti nelle responsabilità gestorie gravanti sugli organi delegati.

Quali conseguenze in caso di approvazione o disapprovazione da parte del consiglio di amministrazione delle informazioni provenienti dai delegati?

Una volta stabilito che l'adempimento del "nuovo" dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione passa necessariamente per l'acquisizione, da parte di tutti i componenti dell'organo collegiale delegante, di adeguati flussi informativi attinenti all'operatività dei titolari delle deleghe, occorre rilevare come tale acquisizione è imprescindibile ma nel contempo insufficiente ai fini dell'adempimento dell'obbligo in esame. L'organo plenario non può limitarsi a recepire le informazioni contenute nei piani, nella relazione sul generale

andamento della gestione e nell'esplicazione descrittiva degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Viene richiesta un'effettiva presa di posizione in termini di approvazione o disapprovazione¹⁷⁸. Tale ricostruzione ha una sua intrinseca ragionevolezza: se, come desumibile dalla nuova versione dell'art. 2392, 2° comma. cod.civ., i flussi informativi intercorsi tra gli organi delegati e quello delegante possono condurre a un'estensione della responsabilità dei primi a carico dei componenti del secondo, buon senso impone che la detta estensione abbia luogo nelle ipotesi in cui le informazioni sull'attività gestoria già compiuta o da compiersi siano state non solo valutate ma anche condivise e fatte proprie attraverso la relativa approvazione. Ne consegue che ogni singolo amministratore che abbia concorso con il proprio voto favorevole all'approvazione (da parte del plenum) dei documenti informativi rimessi dai titolari di deleghe risponderà solidalmente con i titolari stessi dei comportamenti di *mala gestio* posti in essere da quest'ultimi. Ciò ovviamente a condizione che i destinatari siano stati sufficientemente informati in modo che qualunque soggetto dotato degli *standards* di diligenza che si devono legittimamente pretendere dal gestore dell'impresa societaria avrebbe potuto coglierne la valenza obiettivamente negativa. Viceversa, nell'ipotesi in cui delle condotte di *mala gestio* nulla venga detto in alcun modo dei documenti informativi destinati al vaglio del consiglio di amministrazione, allora non vi è spazio per l'estensione di responsabilità, dovendo, in tal caso, ogni addebito rimanere circoscritto all'autore del comportamento scorretto, pena altrimenti la reviviscenza di quella responsabilità oggettiva o per fatto altrui che la novella si è prefisso di rimuovere definitivamente.

La conclusione appena raggiunta solleva un ulteriore interrogativo: il voto sfavorevole esercitato dal singolo amministratore non esecutivo in occasione della riunione del plenum chiamato ad approvare i documenti rimessi dai titolari di deleghe e contenenti l'informativa sulla gestione pregressa e futura

¹⁷⁸ G.D. MOSCO, *L'art. 2381 cod. civ.*, op. cit., 599, nota 32 asserisce che la circostanza che il consiglio d'amministrazione disponga di poteri di diretti e di avocazione deve indurre a ritenere che detto organo sia tenuto a deliberare approvando i piano predisposti dagli organi delegati o impartendo direttive ai delegati su come rettificarli o integrarli". Sull'approvazione dei piani cfr. M. IRREA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 263.

dell'organismo d'impresa, vale di per sé a recidere il vincolo di solidarietà passiva per gli atti di *mala gestio*? La risposta varia a seconda dello specifico documento in consultazione. In particolare, qualora sia in approvazione la relazione sul generale andamento della gestione, il consigliere che prenda le distanze da una determinata operazione e che curi che siano verbalizzate le motivazioni del suo dissenso, è da escludere che si possa da lui ragionevolmente pretendere alcunché. Ove invece siano in approvazione gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili o i piani strategici, industriali e finanziari, è improponibile che il voto contrario espresso nella relativa riunione dell'organo collegiale valga a porre il dissenziente al riparo dall'estensione a suo carico della responsabilità. In tal caso, è necessario un *quid pluris* rispetto a un mero dissenso e, più segnatamente, una presa di posizione anche costruttiva, attraverso indicazioni migliorative e rettificative dei documenti in approvazione, in assenza delle quali un voto puramente e semplicemente sfavorevole si mostrerebbe in concreto sterile e inefficace a procurare al dissenziente l'esonero da responsabilità.

La questione delle cd deleghe atipiche o di fatto

La circostanza che, il sistema continui a condizionare l'adozione della delega all'esistenza di un'autorizzazione statutaria o assembleare non risolve la questione, assai dibattuta, sull'ammissibilità delle *cd deleghe di fatto o atipiche*, ossia quelle che i singoli consiglieri si siano distribuite per la migliore organizzazione del lavoro all'interno del consiglio, sia pure senza previsione della possibile attribuzione nello statuto o in una deliberazione assembleare¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Al riguardo, si era assai opportunamente sottolineato come non vi fosse ragione per negare l'utilizzazione della delega in caso di mancanza dell'autorizzazione da parte dei soci, soprattutto considerando che essa, proprio in quanto consente di sfruttare al meglio le capacità e le competenze di ciascun componente del consiglio di amministrazione, rappresenta un modulo di svolgimento dell'incarico gestorio sicuramente apprezzabile sul piano dell'interesse sociale (A. BORGIOI, *L'amministrazione*, op. cit., 141). Ed ancora più convincente appare il rilievo di chi, da un diverso angolo visuale, aveva osservato che un'eventuale posizione contraria all'ammissibilità di deleghe atipiche risulterebbe scarsamente giustificabile, atteso che gli amministratori avrebbero comunque la possibilità di realizzare il medesimo risultato ricorrendo,

Del resto, escluderne l'ammissibilità significherebbe ignorare la circostanza che un risultato analogo possa essere comunque ottenuto attraverso altre vie quali: la stipula di una serie di contratti (mandato, prestazione d'opera professionale, ecc.) fra il consiglio e i singoli amministratori oppure l'affidamento di determinate funzioni e poteri a direttori generali¹⁸⁰ o a dipendenti della società.

Si era pacificamente giunti a ritenere (almeno secondo l'orientamento prevalente ante riforma) che in mancanza di un'autorizzazione dei soci attraverso una specifica previsione statutaria o con una delibera assembleare in tal senso, se non precludeva agli amministratori la possibilità di suddividersi interamente l'esercizio delle funzioni gestorie, tuttavia, impediva che una simile ripartizione di compiti venisse ad assumere una qualche rilevanza esterna sul piano delle rispettive responsabilità¹⁸¹. In presenza di un riparto non autorizzato di attribuzioni, quindi, l'attenuazione della responsabilità per le ripartizioni di funzioni gestorie interne al consiglio, non poteva venire in considerazione con la conseguenza che i componenti dell'organo amministrativo continuavano ad essere sottoposti al modello di responsabilità dettato per l'ipotesi di gestione non delegata. In altre parole "la responsabilità solidale degli amministratori a norma dell'art. 2392 c.c. può essere in parte attenuata soltanto nelle ipotesi in cui la complessità della gestione sociale renda necessaria la ripartizione di competenze ed attività mediante il ricorso ad istituti specifici, quali le deleghe di funzioni al comitato esecutivo o ad uno o più amministratori, attraverso una procedura formalizzata secondo la previsione

anziché alla delega, alla costituzione di rapporti di natura contrattuale, peraltro soggetti ad una disciplina meno favorevole per la società (sull'ammissibilità delle deleghe atipiche: P. ABBADDESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, op. cit., 106 ss.; sul fenomeno delle deleghe interne si veda da ultimo G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, in *Amministrazione e amministratori di Società per azioni*, a cura di Libonati, Milano, 1995, 165-276). Con riferimento alle materie "atipicamente" delegabili, appariva prevalente l'opinione secondo cui la delega, ancorché atipica, dovesse comunque attuarsi nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 2381 cod. civ.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, op. cit., 290; A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 141 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori*, op. cit., p. 43 nota 79.

¹⁸⁰ A. BORGIOLO, *I direttori generali*, op. cit., 195 e 221 ss

¹⁸¹ Così P. ABBADDESSA, *La gestione*, op. cit., 106. Sul punto merita di essere richiamata la posizione di A. BORGIOLO, *La responsabilità*, op. cit., 1083, ad avviso del quale sarebbe stato "incongruo ammettere che gli amministratori possano, di propria iniziativa esclusiva limitare la responsabilità che fa loro carico.

dell'art. 2381 c.c.; è pertanto da escludere che, al di fuori delle ipotesi riconducibili al citato art. 2381, una divisione di fatto delle competenze tra amministratori, l'adozione, di fatto, del metodo disgiuntivo nell'amministrazione, o semplicemente, l'affidamento all'attività di altri componenti il collegio di amministrazione, possano valere ad escludere la responsabilità di alcuni amministratori per le violazioni commesse dagli altri, posto che la condotta omissiva per affidamento a terzi, lungi dal comportare esclusione di responsabilità, può costituire invece ammissione dell'inadempimento dell'obbligo di diligenza e vigilanza¹⁸².

L'art. 2392 cod. civ., 2° comma cod. civ., nella sua nuova formulazione, sebbene continui a prescrivere che gli amministratori sono solidamente responsabili dei danni derivanti dall'inosservanza dei propri doveri, precisa che tale regime non trova applicazione “per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo, nonché per le funzioni *in concreto* attribuite ad uno o più amministratori»¹⁸³. E' proprio quest'ultima previsione a fondare la tesi che, nel nuovo sistema, il regime di responsabilità solidale venga meno non solo in presenza di deleghe autorizzate dai soci (alle quali si riferisce la disciplina dettata dall'art. 2381 cod. civ., ma anche a fronte di deleghe “atipiche” o interne, cioè disposte dal consiglio di amministrazione senza una previa autorizzazione dei soci. Aderendo a questa ricostruzione, occorre necessariamente comprendere il motivo per cui la legge continui a prescrivere

¹⁸² Per un esame della giurisprudenza, v. Cass. civ. Sez. I, 04-04-1998, n. 3483, in *Giur. It.*, 1999, 324, in *Dir. Fall.*, 1999, II, 1033 nota di BONAZZA, e in *Le Società*, 1999, I, 62 nota di ZUCCONI.

¹⁸³ Per una critica alla scelta terminologica operata dal legislatore, cfr. SANDULLI, *Art. 2392*, op. cit., 474. Si deve peraltro osservare che la citata formula legislativa solleva un ulteriore quesito: quello di stabilire se l'esenzione dalla regola di solidarietà cui essa si riferisce trovi applicazione alle sole ipotesi in cui il consiglio abbia attribuito ad uno (o più) dei suoi componenti l'esercizio di determinate funzioni, o anche a quelle in cui la “delega” riguardi il compimento di singoli atti o di specifiche operazioni; DE NICOLA, *Art. 2392*, op. cit., 560, ad avviso del quale la limitazione alla regola di solidarietà prevista dall'art. 2392, comma 2° c.c., riguarderebbe esclusivamente il caso in cui “ad alcuni amministratori vengano attribuiti (...) determinati compiti, magari in modo continuativo, giungendo così a contrapporre le vere e proprie attribuzioni previste dall'art. 2381 c.c., le quali “implicano continuità d'azione” delle semplici “funzioni” che, invece, risulterebbero attribuibili ad hoc. La possibilità di ravvisare una simile distinzione sembra altresì esclusa da MONTALENTI, *Gli Obblighi*, op. cit., 846, atteso che la locuzione legislativa “funzioni” dovrebbe essere intesa in senso ampio, potendosi cioè ritenere che “la liberazione da responsabilità solidale, operi non solo nel caso di deleghe gestionali in senso proprio (...) ma anche di attribuzioni di competenze o di incarichi di altra natura”.

l'autorizzazione al rilascio delle deleghe gestorie ai sensi dell'art. 2381, comma 2° cod. civ. Vale a dire, appurato che tanto la delega autorizzata, quanto quella non autorizzata sono entrambe in grado di incidere, determinandone la disapplicazione, sul meccanismo della solidarietà previsto dall'art. 2392, comma 1° cod. civ.; si tratta allora di comprendere in cosa si sostanzia la differenza tra le due ipotesi e, dunque, quale sia la sanzione applicabile nei confronti degli amministratori che abbiano violato il predetto criterio autorizzatorio¹⁸⁴.

Parte della dottrina, assumendo una posizione sostanzialmente restrittiva, esclude che il nuovo art. 2392, comma 1°, c.c. intenda riferirsi alle *deleghe non autorizzate dai soci*, ma semplicemente a quelle assunte senza la delibera consiliare e, quindi, informalmente. Solo in questo caso scatta ugualmente la disattivazione del regime di responsabilità solidale. In altri termini, secondo questa opinione, siccome di norma è nella decisione collegiale dell'organo amministrativo che sono circoscritti i limiti, il contenuto e le eventuali modalità di esercizio della delega, nel caso in cui questo non avvenga (ma ci sia l'autorizzazione dei soci al conferimento della delega gestoria) e siano attribuite in concreto delle funzioni ad uno o più amministratori, i deleganti possono andare esenti da responsabilità¹⁸⁵. In caso contrario, e cioè in assenza dell'autorizzazione dei soci al conferimento della delega, resta fermo il principio della responsabilità solidale fra gli amministratori.

Altra dottrina, invece, ritiene che l'art. 2392, comma 1°, c.c., nel sancire il venir meno della responsabilità solidale innanzi a *funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*, si riferisca anche alle deleghe interne, ossia non

¹⁸⁴ Ad avviso di taluni autori, le due tipologie di deleghe differirebbero, oltre che in punto di trattamento delle responsabilità gestorie, anche per il quantum del potere delegabile: nel senso cioè che le deleghe "non autorizzate" incontrerebbero limiti ulteriori rispetto a quelli previsti per le deleghe "autorizzate". Non è tuttavia chiaro quali effettivamente siano le materie non suscettibili di essere "atipicamente" delegate. Al riguardo, una parte della dottrina ha ritenuto che le deleghe atipiche possano avere ad oggetto solo il conferimento di incarichi occasionali (così DE NICOLA, *Art. 2381*, op. cit., 560); altri hanno escluso la conferibilità per il tramite di dette deleghe dei poter organizzativi che la legge attribuisce al consiglio (G. FERRI JR, *L'amministrazione*, 631).

¹⁸⁵ BONELLI, (nt. 2), 48, nt. 59; analogamente, CAGNASSO, *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la «delega*

autorizzate¹⁸⁶, destinate ad influenzare il regime “esterno” delle responsabilità gestorie; dunque, al pari delle deleghe “tipiche” anche le deleghe non assistite da alcuna autorizzazione da parte dei soci determinerebbero il venire meno della responsabilità solidale¹⁸⁷. Questa ricostruzione, tuttavia, non è in grado di

¹⁸⁶ In questo senso diversi Autori, tra cui, ABBADESSA, (nt. 47), 21 s. del dattiloscritto; G. F. CAMPOBASSO, (nt. 1), 371, nt. 46; DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 647; G. FERRI jr., (nt. 5), 631; ID, *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 41 ss.; VASSALLI, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 683.

¹⁸⁷ L'opinione secondo cui l'art. 2392, comma 1° c.c., non opererebbe più alcuna differenza, sul piano del regime delle responsabilità, a seconda che la delega sia o meno autorizzata risulta prevalente. In tal senso Secondo P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., 508 ss., «con l'espressione “in concreto”, il legislatore – sollecitato dall'esigenza di valorizzare, in generale, la fluidità operativa del consiglio, sfruttando anche, all'occorrenza, le specifiche competenze di ciascun amministratore – ha inteso innovare rispetto alla *communis opinio* formatasi nel vigore del sistema previgente, concedendo l'esenzione dal vincolo della solidarietà anche nel caso di deleghe di funzioni non autorizzate. Se così è, sorge immediatamente il problema di stabilire quale disciplina sia applicabile a tale delega non autorizzata, sotto il profilo sia dell'oggetto sia dei rapporti con i deleganti, stante che non è pensabile, all'evidenza, che possa trattarsi della medesima disciplina della delega autorizzata ... non c'è indizio alcuno che il legislatore – ben consapevole della prassi delle deleghe non autorizzate – abbia inteso estendere a queste l'accurata disciplina dettata dall'art. 2381 c.c., senza dire che non sarebbe del tutto convincente un sistema che equiparasse, sotto il profilo della responsabilità dei deleganti le due specie di delega. Ovviamente l'inapplicabilità dell'art. 2381 c.c. non può significare che gli amministratori deleganti restino dispensati da qualsiasi attività di vigilanza sull'operato dei delegati, con l'assurda conseguenza che essi sarebbero chiamati a rispondere delle eventuali condotte pregiudizievoli solo se, essendo venuti *casualmente* a conoscenza delle stesse, abbiano trascurato di intervenire (art. 2392, comma 2°, c.c.). Al contrario, in ottemperanza al generale obbligo di amministrazione diligente (art. 2392, comma 1°, c.c.), essi saranno tenuti ad esercitare sull'attività dei delegati non autorizzati (non già quel controllo più lasco dovuto secondo la vecchia e, ancor più, secondo la nuova disciplina sull'attività dei delegati autorizzati, bensì) quella medesima vigilanza *assidua ed analitica*, che l'organo amministrativo è tenuto ad esercitare nei confronti di tutti i collaboratori dell'impresa». A. GAMBINO e D. U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2006, 125, pure affermano che «la responsabilità solidale degli amministratori derivante dall'inosservanza dei loro doveri è *esclusa* allorché si tratti di attribuzione proprie del comitato esecutivo o di funzioni attribuite anche in concreto (c.d. deleghe atipiche) ad uno o più amministratori (art. 2392, co. 1)». V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, 647, rileva che «le funzioni “in concreto” attribuite dal consiglio al singolo consigliere, e quindi anche le cc.dd. deleghe interne, farebbero sì (sempre che si voglia dare un valore reale alla formula normativa) che la responsabilità di ciascun consigliere sarebbe da rapportare alla vicinanza/lontananza del singolo inadempimento dannoso (del consiglio) rispetto alla sfera di funzioni specificamente attribuite al singolo consigliere». M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Società*, 2004, 939, rileva che «per prassi ... accade – e potrà continuare ad accadere – che deleghe siano accordate in assenza di autorizzazione dei soci, quindi irrualmente. Si ragiona, in proposito, di deleghe atipiche, interne o di fatto. Ebbene, in forza dell'art. 2392 – che, in chiusura del primo comma, parla espressamente di “funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori” – vi è totale

chiarire il motivo per cui la legge continui a prescrivere l'autorizzazione dei soci se tanto la delega non autorizzata che adottata previa consenso dei soci determinano la disapplicazione del meccanismo della solidarietà previsto dall'art. 2392, 1° comma cod. civ. La risposta a tale quesito non può prescindere da una lettura del combinato disposto degli art. 2381 comma 3° e 2392 comma 2° cod. civ. Queste disposizioni individuano una analitica indicazione delle competenze degli organi delegati e dell'intero consiglio di amministrazione, ed il regime di responsabilità applicabile nell'ipotesi di una loro violazione. Si è già avuto modo di constatare che, nel delineare una siffatta disciplina, il legislatore della riforma ha inteso porre gli amministratori deleganti al riparo dal rischio di un generale ed indiscriminato coinvolgimento nelle responsabilità gestorie imputabili agli organi delegati. Questo obiettivo è stato raggiunto da un lato con la tipizzazione dei doveri di controllo loro imposti e, dall'altro, nella procedimentalizzazione delle relative modalità di adempimento. Questa impostazione è sicuramente valida solo in presenza di una delega autorizzata e, deve escludersi che, qualora manchi il consenso dei soci, la delega possa assumere anche una rilevanza "organizzativa" dei compiti e delle funzioni gestorie¹⁸⁸. E' da escludersi che, qualora manchi il consenso dei soci, la delega possa imporre l'applicazione del sistema tipizzato e procedimentalizzato di svolgimento dell'attività di controllo previsto dall'art. 2381, comma 3° c.c.; anzi, gli amministratori privi di delega saranno tenuti a prestare in tal caso un contributo ancora più intenso e più assiduo nello svolgimento dei propri compiti. Una più attenta lettura dell'art. 2392 cod. civ., sembra confermare queste conclusioni. In particolare, occorre considerare che detta norma, dopo aver enunciato la regola generale secondo cui gli amministratori sono solidalmente responsabili dei danni derivanti dalla violazione dei rispettivi doveri "*a meno che trattasi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*" (comma 1°) prosegue precisando che costoro sono "*in ogni caso*" responsabili solidalmente "*se, essendo a conoscenza di fatti*

parificazione, quanto a tutti gli altri profili diversi dall'investitura, tra il delegato "regolare" e quello "irregolare"».

¹⁸⁸ Cfr. F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, op. cit. 199.

pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose” (comma 2°). La norma, dunque, indica che gli amministratori sono “in ogni caso” e cioè sempre tenuti ad osservare un dovere di intervento, che nel caso di specie, sarà ancor più complesso visto l’assenza di qualsiasi comunicazione o informazione sulla gestione da parte dei delegati. Si tratta, peraltro di un dovere, la cui presenza rischia di provocare una reintroduzione del dovere di vigilanza “alla cieca” noto alla disciplina anteriore. Dunque, la regola dell’autorizzazione prescritta dall’art. 2381, comma 2° cod. civ., viene tuttavia ad incidere proprio sull’atteggiarsi di questa attività di controllo. In altre parole, mentre in presenza dell’autorizzazione dei soci, gli amministratori privi di delega sono autorizzati ad assolvere a questo compito secondo le indicazioni fornite dall’art. 2381, comma 3° cod. civ., tramite cioè l’adempimento dei doveri ivi tipizzati, non altrettanto può invece affermarsi per l’ipotesi in cui l’autorizzazione manchi. In tal caso, infatti, la delega non assume alcun valore organizzativo, dovendosi pertanto escludere che agli amministratori privi di delega sia consentito sottrarsi all’applicazione della regola di responsabilità¹⁸⁹.

In particolare, si ritiene che, come già detto in passato, in caso di delega atipica, ai deleganti competa un controllo *assiduo ed analitico*, alla stregua di quello che si esercita su tutti i collaboratori dell’impresa¹⁹⁰. Richiedere un controllo del genere vuol dire sottoporre i deleganti al rischio di una sorta di responsabilità aggravata, poiché viene loro richiesto, un controllo ben maggiore rispetto a quello da svolgere in caso di deleghe autorizzate. Invero, una volta equiparate, sotto il profilo della responsabilità, le deleghe interne a quelle

¹⁸⁹ M.S. DESARIO, *La gestione delegata delle società di capitali*, op. cit., 36; la tesi secondo cui non potrebbe aversi una limitazione di responsabilità dei deleganti allorché manchi l’autorizzazione dei soci è sostenuta anche da F. BONELLI, *Gli amministratori*, op. cit., 46 ss ad avviso del quale il significato della nuova espressione legislativa sarebbe semplicemente quello di chiarire che l’esonero dalla responsabilità solidale può verificarsi solo ove le funzioni delegate (dietro autorizzazione) siano state effettivamente esercitate dai rispettivi titolari. Per l’esclusione della rilevanza esterna delle deleghe atipiche cfr. anche V. ALLEGRI, *L’amministrazione*, op. cit., 201; A. ROSSI, *Art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2, artt. 2397- 2451 c.c., Cedam, Padova, 2005, 804.

¹⁹⁰ P. ABBADESSA, (nt. 47), 24 del dattiloscritto, ove la circostanza che si tratta di un controllo che si esplica nei confronti di tutti i collaboratori dell’impresa; così, sotto la disciplina previgente, già ID, *La gestione dell’impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 104 ss., spec. 106.

autorizzate, appare corretto non esitare ad applicare la stessa disciplina ad entrambe le fattispecie, ivi compresi gli obblighi di vigilanza richiesti. Ciò equivale a dire che l'art. 2381 c.c. si applica indipendentemente dall'autorizzazione dei soci al conferimento della delega gestoria e che in relazione a quanto previsto da tale disposizione si determinano gli obblighi, anche di vigilanza, degli amministratori non esecutivi¹⁹¹.

Pure nel nuovo sistema, dunque, permane una sensibile differenza di trattamento tra la delega "tipica" e quella "atipica". Si tratta, però, di una differenza che non attiene più, come in passato, all'alternativa tra rilevanza meramente interna o rilevanza (anche) esterna della delega, ma alla maggiore o minore probabilità di accertamento della responsabilità in funzione dei diversi criteri utilizzabili per valutare il comportamento dovuto (e quindi la sussistenza dell'inadempimento e della responsabilità in caso di inosservanza). In particolare, il parametro di valutazione dell'attività di controllo cui sono tenuti gli amministratori non delegati risulta più o meno elevato e, il grado di attenzione richiesta all'amministratore più o meno intenso, a seconda che la delega sia intervenuta senza oppure con il consenso dei soci.

Non è affatto chiaro, inoltre, se la previsione di cui all'art. 2392 comma 1° cod. civ. («attribuzioni proprie del comitato esecutivo» o alle «funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori»), si riferisca alle sole ipotesi in cui, ancorchè mancando l'autorizzazione dei soci, gli amministratori abbiano formalmente deciso di adottare una ripartizione interna delle proprie funzioni (*c.d. delega "atipica in senso stretto*), o se, invece, essa possa comprendere anche i casi nei quali l'esercizio dell'attività gestoria da parte dei singoli amministratori avvenga al di fuori di un previo accordo tra gli stessi (*c.d. delega "atipica di fatto"*)¹⁹². Al riguardo, mentre la prima appare maggiormente aderente al tenore letterale della norma, la quale in effetti precisa che deve trattarsi di funzioni "attribuite" ad uno o più amministratori, sembrando con ciò richiedere l'intervento di un'apposita formalizzazione in

¹⁹¹ Tra gli altri, M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Società*, 2004, 940.

¹⁹² Per uno spunto, v. P. MONTALENTI, *Gli obblighi*, 846, il quale mostra di voler limitare la previsione legislativa alle sole deleghe atipiche in senso stretto.

seno all'organo amministrativo, è tuttavia l'altra ricostruzione a mostrarsi più coerente¹⁹³. In quest'ultimo caso, il consiglio della società non delibera di affidare la gestione ad alcuni dei suoi componenti, ma semplicemente questi di fatto più di altri esercitano poteri gestori. Infatti, ad una più attenta analisi, la situazione in cui gli amministrazioni abbiano deciso di adottare una ripartizione di funzioni al proprio interno non risulta poi così diversa da quella in cui gli stessi abbiano tollerato o comunque, acconsentito (ancorchè tacitamente) all'instaurazione di una siffatta suddivisione di compiti¹⁹⁴. Infatti, la situazione in cui gli amministratori abbiano deciso di adottare una ripartizione di funzioni al proprio interno non risulta poi così diversa da quella in cui gli stessi abbiano tollerato o, comunque, acconsentito anche tacitamente all'instaurazione di una siffatta divisione di compiti¹⁹⁵.

¹⁹³ Cfr. F. BARACHINI, *La gestione delegata*, op. cit., 84

¹⁹⁴ Sulle incertezze legate all'interpretazione del criterio di esonero dalla responsabilità solidale enunciato nell'ambito dell'art. 2392, comma 1°, c.c., cfr., M. VENTORUZZO, *Responsabilità*, op. cit., 373, il quale peraltro esprime il timore che, proprio a causa dell'equivoco tenore letterale della previsione, la giurisprudenza potrà essere indotta a seguire una lettura restrittiva, nel senso di escludere che la mera tolleranza da parte del consiglio di amministrazione, cui non abbia fatto seguito un'esplicita attribuzione di una delega (anche informale), possa assumere carattere liberatorio.

¹⁹⁵ Alla tesi più estensiva mostra di aderire FERRI JR, *Ripartizione*, op. cit., 42; M. VENTORUZZO, *Responsabilità*, op. cit., 373, il quale peraltro esprime il timore che, proprio a causa dell'equivoco tenore letterale della previsione, la giurisprudenza potrà essere indotta a seguire una lettura restrittiva, nel senso di escludere che la mera tolleranza da parte del consiglio di amministrazione, cui non abbia fatto seguito un'esplicita attribuzione di una delega (anche informale), possa assumere carattere liberatorio.

CAPITOLO IV

LA GESTIONE DELEGATA NELL'AMBITO DEI SISTEMI ALTERNATIVI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO E NELLA NUOVA SRL

La delega nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Il sistema monistico

Il diritto societario, come riformato dal d.lgs. n. 6/2003, offre alle imprese un'ampia gamma di scelta fra i diversi modelli di amministrazione e controllo della società per azioni, ossia il sistema dualistico¹⁹⁶ e il sistema monistico; Particolarmente interessante è il ruolo che la l'istituto della delega dei poteri gestori assolve in questi nuovi sistemi, le cui caratteristiche sono destinate a riflettersi anche sui caratteri del fenomeno in esame, il quale finisce per presentare inevitabili tratti di specialità.

Per quanto riguarda il sistema monistico, trattasi di un modello del tutto innovativo nel panorama societario italiano, che solo formalmente, appare in qualche modo assimilabile ai sistemi propri delle società anglosassoni

¹⁹⁶ Il sistema dualistico è previsto in Germania ove costituisce il sistema ordinario di amministrazione e controllo delle s.p.a. Successivamente è stato introdotto anche in altri paesi europei, come Francia, Olanda e Finlandia, ove è facoltativo. Confronta, F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, II ed., 2004, 311. Occorre, tuttavia, evidenziare che il modello dualistico italiano, sebbene per stessa ammissione del nostro legislatore largamente ispirato al modello tedesco e francese, nonché allo Statuto della Società Europea, se ne discosta per alcuni elementi qualificanti. In particolare, una delle differenze di maggior momento con il modello di amministrazione e controllo tedesco è costituita dalla mancata previsione legislativa della nomina, fra i componenti il consiglio di sorveglianza, di rappresentanti dei lavoratori. Per un approfondimento in merito alla struttura e al funzionamento del modello dualistico negli altri ordinamenti si rinvia a G. BALP, *Sub art. 2409- octies*, in P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da) *Commentario alla riforma delle società, Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, 10 ss.; M. C. BREIDA, *Sub art. 2409-octies*, in G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, Bologna, 2004, 1094 ss.; F. PERNAZZA, *Il «conseil de surveillance» della «société anonyme» nell'esperienza francese*; in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 205 ss.; ove più ampi riferimenti.

assumendo, in realtà, connotazioni del tutto specifiche ed originali. In questo modello, ai sensi dell'art. 2409-*sexiesdecies* del codice civile, l'amministrazione dell'impresa è delegata ad un consiglio di amministrazione per il quale valgono, sostanzialmente, le regole dettate in materia per il sistema tradizionale (integralmente richiamato dall'art. 2409-*noviesdecies*). Ad esso, dunque, spettano tutte le decisioni in materia di gestione dell'impresa. Dal sistema classico, invece, il consiglio del sistema monista si differenzia sotto tre aspetti: 1) in un'ottica numerica è da evidenziare, in primo luogo, che nel sistema in trattazione l'organo amministrativo debba essere costituito da almeno 2 membri, non essendo consentito alle società che adottano il modello monistico la nomina di un amministratore unico (la gestione dell'impresa, infatti, secondo il comma 1 dell'art. 2409-*septiesdecies*, spetta esclusivamente al consiglio di amministrazione); 2) per ciò che concerne i componenti si evidenzia, invece, l'assoluta indipendenza richiesta ad almeno 1/3 dei componenti del consiglio che non deve in alcun modo essere legato alla società (per essi valgono, infatti, le rigide norme di indipendenza che, ai fini della ineleggibilità e decadenza sono previste dall'art. 2399 del codice civile, comma 1, per il Collegio sindacale)¹⁹⁷. Lo statuto potrà, tuttavia, prevedere ulteriori requisiti, fondati su quanto statuito dai codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati; 3) ma l'aspetto forse più rilevante attiene probabilmente, alla specifica attribuzione al consiglio (salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo) di determinare il numero e direi soprattutto, provvedere alla nomina degli stessi componenti dell'organo di

¹⁹⁷ Va ricordato che ai sensi del nuovo art. 2399 del codice civile: "Non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio: *a*) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 2382; *b*) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da queste controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; *c*) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettono l'indipendenza".

controllo determinando di fatto la specifica situazione per la quale, in questo modello, è il controllato a nominare il controllore¹⁹⁸.

In relazione alla sostanziale coincidenza delle regole inerenti al consiglio di Amministrazione fra sistema tradizionale e sistema monistico, anche l'istituto della delega disciplinato per il sistema tradizionale, trova integrale applicazione nell'ambito del sistema monistico, in virtù del richiamo contenuto nell'art.2409-*noviesdecies* cod. civ. all'art. 2381 c.c.. Anzi, in questo sistema, l'istituto della delega pare trovare la sua naturale collocazione nella misura in cui il consiglio di amministrazione richiede per la sua stessa funzionalità, una netta suddivisione dei compiti tra gli amministratori esecutivi e quelle non esecutivi¹⁹⁹. Questa distinzione, infatti, consente di individuare coloro che, privi di alcuna competenza gestoria in quanto non esecutivi, potranno essere nominati membri del comitato per il controllo sulla gestione²⁰⁰. In tal modo, la delega sarebbe lo strumento formale per escludere nettamente gli amministratori di controllo dalla gestione corrente della società e per differenziare i poteri, e in parte le conseguenti responsabilità, dei consiglieri di

¹⁹⁸ In realtà, la vera grande novità di questo modello attiene riguarda la composizione, il ruolo ed i compiti delegati dell'organo di controllo, regolamentato dall'art. 2409-*octiesdecies* del codice civile. Nel comma 1 dell'articolo si dispone, infatti, che, salvo diversa disposizione statutaria, la quale, ad esempio, potrebbe demandarne all'assemblea la relativa nomina, il Cda dovrà nominare al suo interno un comitato delegato al controllo sulla gestione, determinandone altresì, il numero dei membri, mai inferiore a due nelle società chiuse o a tre se la società fa ricorso al mercato dei capitali di rischio. Almeno uno dei componenti, dovrà essere un revisore contabile, giustificandosi tale qualificazione, in assenza di controlli contabili delegati al comitato, in relazione alle peculiari funzioni che l'organo è chiamato a svolgere, soprattutto in merito alla vigilanza sull'adeguatezza del sistema amministrativo e contabile 198. I requisiti di onorabilità e di professionalità di cui dovranno essere dotati i componenti del comitato di controllo, dovranno essere stabiliti dallo statuto, per il quale tuttavia, tale previsione resta un'opzione più che un obbligo, fermo restando che, essendo i componenti del comitato pur sempre degli amministratori, essi non dovranno essere soggetti alle cause di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2382 del codice civile, peraltro espressamente richiamato dall'art. 2409- *noviesdecies* del codice civile.

¹⁹⁹ Infatti, nelle società che adottano il sistema monistico occorre necessariamente distinguere, tra amministratori non esecutivi (privi di particolari incarichi gestori della società) ed esecutivi, i quali esercitano le funzioni di gestione; 3) indipendenti, i quali devono possedere i requisiti previsti per i sindaci ai sensi dell'art. 2399 c.c. (pertanto non devono essere legati da rapporti di coniugio o parentela con gli altri amministratori, non devono esservi legati da alcun rapporto di lavoro e non devono inoltre possedere ulteriori requisiti previsti dai codici delle borse e mercati regolamentati) e almeno 1/3 dei componenti il c.d.a. deve essere costituito da amministratori indipendenti.

²⁰⁰ Sulla necessità di una compresenza di amministratori esecutivi e non esecutivi, cfr GHEZZI-RIGOTTI, *op. cit.*, 279, rilevando che detto aspetto assume in questo ambito "caratteristiche di particolare accentuazione" tanto da ritenere che le deleghe debbano, almeno tendenzialmente abbracciare il complesso della gestione sociale.

amministrazione membri del comitato per il controllo e quelli che non ne fanno parte. In un simile contesto, dunque, la delega sembra acquisire un rilievo fondamentale quasi fisiologico²⁰¹ per l'esistenza del sistema, essendo tesa ad assicurare la realizzazione di un connotato caratterizzante ed indefettibile dello stesso. Quanto detto, esclude necessariamente la validità in questo sistema di clausole statutarie che vietino il ricorso alla delega o che, comunque, ne limitino l'operatività in termini non compatibili con i caratteri del sistema stesso.

Segue. La delega dei poteri gestori nel sistema dualistico

Per quanto riguarda il modello dualistico, l'amministrazione ed il controllo siano esercitati rispettivamente da un *consiglio di gestione* e da un *consiglio di sorveglianza* (art. 2409-*octies*, c.c.). Al *consiglio di gestione* è attribuito in esclusiva il potere di gestire la società, ovvero di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2409-*decies*, primo comma, c.c.). Il *consiglio di sorveglianza* ha, invece, natura "ibrida"²⁰² perché a quest'organo sono affidati, insieme a funzioni di controllo analoghe a quelle del collegio sindacale nel modello tradizionale, compiti di alta direzione (se lo statuto lo prevede, esso può deliberare sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione) e talune competenze che negli altri modelli di *governance* sono attribuite all'*assemblea* (ad esempio, l'approvazione del bilancio, la nomina e la revoca dei consiglieri di gestione).

Da un punto di vista funzionale, mentre nel sistema *tradizionale* è la proprietà (i soci) che elegge sia i controllori (collegio sindacale) sia i controllati

²⁰¹ Sulla necessità di una compresenza di amministratori esecutivi e non esecutivi, cfr. anche GHEZZI-RIGOTTI, 279, rilevando che detto aspetto assume in questo ambito caratteristiche di particolare accentuazione, tanto da ritenere che le deleghe (...) debbano, almeno tendenzialmente, abbracciare il complesso della gestione sociale.

²⁰² Così S. FORTUNATO, I «controlli» nella riforma del diritto societario, in *Riv. soc.*, 2003, 877, R. LENER, *Appunti sull'organo di sorveglianza della società per azioni*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 200.

(amministratori) e delega a questi ultimi la gestione della società; di contro, nel sistema *dualistico* la proprietà (i soci) elegge i controllori (consiglio di sorveglianza) e questi ultimi eleggono i controllati (consiglio di gestione) ai quali è affidata la gestione della società²⁰³. L'articolazione delle funzioni all'interno del modello dualistico intende realizzare – come si legge nella relazione di commento al d.lgs. n. 6/2003 – la massima dissociazione fra proprietà (dei soci) e potere (degli organi sociali)²⁰⁴.

Delineate, sia pure sommariamente le caratteristiche funzionali del modello dualistico, occorre a questo punto analizzare la possibilità o meno di applicare l'istituto della delega dei poteri gestori da parte del consiglio di gestione. Maggiori difficoltà di adattamento della disciplina dettata dall'art. 2381 cod. civ., si rinvencono in questo sistema poiché, se dell'ammissibilità della delega gestoria in questo sistema certo non si discute (art. 2409-novies, 1° comma, secondo inciso), il richiamo da parte dell'art. 2409-novies dei soli 3°, 4° e 5° comma dell'art. 2381 cod. civ. e da parte dell'art. 2409-undecies del solo 6° comma dell'art. 2381, e non anche perciò dell'art. 2381, 2° comma, solleva un duplice interrogativo, dovendosi stabilire: se la delega possa essere conferita anche senza l'autorizzazione dello statuto o dell'assemblea ed, in caso affermativo, quale sia l'organo abilitato ad accordarla tra consiglio di sorveglianza ed assemblea dei soci²⁰⁵.

In particolare, si potrebbe credere che nel sistema dualistico, ancorchè la conferibilità delle funzioni delegate sia pacifica, il mancato richiamo del 2°

²⁰³ L. SCHIUMA, *Sub art. 2409/VIII*, in M. SANDULLI - V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, 2/I, Torino, 2003, 672 ss.

²⁰⁴ Così la stessa Relazione governativa di commento al d.lgs. n. 6/2003, § 6.I.

²⁰⁵ Cfr ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2006, 204; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 169; M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-novies*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da G. Cottino e altri*, Torino, 004, 1122 ss; V. CARIELLO, *La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico* (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate), in *Società*, 2005, 77 ss; G. FERRI Jr, *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., 628; F.GHEZZI, *sub art. 2409-novies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti., L.A. Bianchi- F. GHEZZI-M.Notari, Milano, 2005, 52 ss; S. PROVIDENTI, *Sub art. 2409-novies*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 357; L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2 Torino, 2006, 721 (seppur intermini dubitativi).

comma dell'art. 2381 cod. civ. voglia invece significare che non sia necessaria alcuna preventiva determinazione statutaria od assembleare e che la delega gestoria sia perciò liberamente praticabile. Secondo questa previsione, infatti, il consiglio di gestione, trae il proprio corrispondente potere dal disposto di legge, senza che vi sia la necessità di alcuna clausola statutaria autorizzativa né di alcuna determinazione assembleare o del consiglio di sorveglianza²⁰⁶.

Ciò non toglie, tuttavia, che gli statuti possano limitare tale autonomia intervenendo "in negativo", vale a dire inibendo la facoltà per il consiglio di gestione di fare ricorso allo strumento della delega, sicché anche nel sistema dualistico l'autorizzazione potrebbe essere necessaria, ad esempio per una modifica statutaria. In tal caso, si porrà il problema se essa l'autorizzazione debba essere rilasciata dal consiglio di sorveglianza (sempre ammesso che le competenze di questo organo non siano rigidamente regolate dall'art. 2409-terdecies) ovvero dall'assemblea. Al riguardo, sebbene nell'art. 2364 bis cod. civ. non vi sia una disposizione di chiusura analoga a quella contenuta nell'art. 2364 n. 5 cod. civ., è possibile sostenere che le competenze assembleari si estendano anche nel sistema dualistico di amministrazione e controllo ben oltre lo steccato dell'art. 2364 bis.

Più complesso è stabilire, tuttavia, se lo statuto possa prevedere anche l'istituzione di un comitato esecutivo, organo, come noto, assai diffuso nel sistema tradizionale²⁰⁷. Ora, il dato letterale sembra fare propendere per la tesi negativa: il richiamo alla disciplina (contemplata nell'articolo 2381) dell'amministratore delegato è infatti congegnato in maniera tale da escludere il

²⁰⁶ Cfr., G.D. MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra le società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca, Presti, Milano, 2003, 124; G. COLOMBO, *Amministrazione controllo*, in *Il nuovo ordinamento della società*, a cura di A. Rossi, Milano, 2003, 192

²⁰⁷ Gli Autori che hanno affrontato il tema della struttura interna del consiglio di gestione sono giunti a conclusioni discordanti sulla possibilità che il consiglio di gestione costituisca al proprio interno un comitato esecutivo: concludono in senso negativo F. BONELLI, op. cit., p. 241, S. PROVIDENTI, *Art. 2409-novies c.c.*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 355- 357; propende per la soluzione positiva G.B. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 191, motivando che "l'art. 2409-novies usa una formula generica"; in senso negativo, ma con rilievi critici, anche F. GHEZZI, *cit.*, 52, conclude in senso negativo, escludendo tuttavia che "l'istituzione di un comitato esecutivo non sia nemmeno ipotizzabile "in concreto". In questo caso, tuttavia, ci si troverebbe di fronte ad una delega con efficacia meramente interna".

richiamo anche alla disciplina del comitato esecutivo, che pure è, nel sistema tradizionale, trattato nel medesimo articolo 2381 cod. civ.. L'impossibilità di istituire un comitato esecutivo all'interno del consiglio di gestione sembra del resto coerente con la natura, già più volte richiamata, parzialmente diversa che l'organo gestionale ha nel sistema dualistico rispetto a quanto non accada nel sistema tradizionale. L'idea di fondo del nuovo sistema (che pur tollera, come si è osservato, eccezioni) è che non solo le funzioni di controllo, ma anche quelle di "supervisione" dell'amministrazione siano riservate al consiglio di sorveglianza, lasciando invece al consiglio di gestione il compito, appunto, di gestire "operativamente" la società. La ragione di tale scelta legislativa deve essere rintracciata nella volontà di mantenere la "presa diretta" tra il primo livello decisionale - e cioè il consiglio di gestione - ed il secondo livello gestionale - e cioè il consigliere o i consiglieri delegati. Non si vuole, in altre parole, favorire la presenza di un "piccolo consiglio di gestione" (come sarebbe il comitato esecutivo) che allontani eccessivamente i singoli consiglieri dalla gestione operativa, ad esempio giustificando una minore frequenza delle sue riunioni.

Queste esigenze, proprie del sistema dualistico, giustificano lo sfavore nei confronti di un organo analogo al comitato esecutivo che, nella prassi delle società disciplinate dal sistema tradizionale, diventa un "filtro" tra la gestione corrente ed il consiglio di amministrazione. Ciò che il sistema vuole quanto meno disincentivare - attraverso il sistema dei rinvii all'articolo 2381 cod. civ. - è la costituzione di un "terzo" *organo* di gestione diverso dal consiglio e diverso dal o dai consigliere\i delegato\i.

Rimane, sul punto, da aggiungere che naturalmente nulla vieta che lo statuto autorizzi anche la costituzione in seno al consiglio di gestione di comitati, privi di rilevanza esterna, che non assumano decisioni delegate ma che semplicemente istruiscano determinazioni da sottoporre poi alla competenza collegiale del consiglio²⁰⁸.

²⁰⁸ Cfr., M. RONDINELLI, op. cit., 1544, riferisce del resto come anche l'esperienza tedesca, che pure non conosce la previsione legislativa di comitati esecutivi, ben conosce invece l'articolazione interna del consiglio di gestione in sottostrutture, che possono essere

Vi è poi un altro aspetto inerente la struttura interna del consiglio di gestione che merita di essere richiamato. La delega di attribuzioni ad uno o più consiglieri di gestione spetta, come detto, al medesimo consiglio nella propria composizione collegiale, analogamente a quanto avviene nel sistema di amministrazione tradizionale, nel quale è il consiglio di amministrazione a doversi pronunciare al riguardo. Ma può lo statuto tollerare la deroga alla previsione di legge già richiamata (e contenuta nell'art. 2409-*novies*), attribuendo la competenza alla delega di attribuzioni gestionali al consiglio di sorveglianza, anziché al consiglio di gestione?

Il tema ripercorre i motivi dell'analogo dibattito sviluppatosi per il sistema tradizionale²⁰⁹. L'esito di quel dibattito, peraltro, non è univoco, pur dovendosi registrare, soprattutto in giurisprudenza, la prevalenza della tesi negativa, quella cioè che esclude la possibilità che lo statuto riservi ad altro organo rispetto al consiglio di amministrazione (nel caso del sistema tradizionale: l'assemblea) la delega di attribuzioni gestionali.

Diverse sono le argomentazioni formulate a sostegno della tesi restrittiva. Ricordiamo, tra di esse, anzitutto la necessaria correlazione tra potere di nomina e potere di revoca, la quale implicherebbe l'impossibilità per l'organo amministrativo di revocare l'amministratore delegato che fosse nominato dall'assemblea; il che, a sua volta, rappresenterebbe una stonatura rispetto alla fisiologica subordinazione del consigliere delegato rispetto al consiglio di amministrazione nella sua composizione collegiale. Il riconoscimento in capo all'assemblea, e non al consiglio di amministrazione, del potere di attribuzione di deleghe, si è poi osservato, comporterebbe il riconoscimento di una assai importante competenza gestionale ad un organo per definizione "irresponsabile", come è appunto l'assemblea dei soci. E d'altra parte, la presenza di un consigliere delegato non fa venir meno la responsabilità *in vigilando* degli altri amministratori: ma il permanere di una siffatta

composte da una pluralità di gestori, cui viene attribuita la competenza per determinati settori di attività, ferma in ogni caso la responsabilità di tutti i membri del consiglio di gestione.

²⁰⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, F BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A.*, Milano, 2004, p. 244. pp. 42 e ss., o O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di G. E. Colombo e G. Portale, Torino, 1991, pp. 299 e ss.

responsabilità parrebbe postulare la conservazione in capo al consiglio della facoltà di scegliere liberamente il destinatario della delega. Sul piano più generale, poi, la scelta dell'amministratore delegato rappresenta il primo e più importante momento gestionale della società: ma la gestione - dispone l'articolo 2380 - *bis* - è competenza *esclusiva* del consiglio di amministrazione.

Molte delle considerazioni appena citate si ripropongono anche nell'ambito del sistema dualistico, considerando che le disposizioni in materia di competenze e di responsabilità dei componenti del consiglio di amministrazione vengono puntualmente richiamate anche per i membri del consiglio di gestione. Vi sono tuttavia alcune peculiarità che forse meritano maggiore analisi. In primo luogo, se è vero che *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione”* (articolo 2409-*novies*), non è men vero che il consiglio di sorveglianza, a differenza di quanto accade per l'assemblea nel sistema tradizionale, è un organo che, ove così disponga lo statuto, è *“istituzionalmente”* investito anche di compiti di *“alta amministrazione”*. E' il consiglio di sorveglianza a poter definire o quanto meno a poter avallare la linea strategica complessiva della società. In quest'ottica, il riconoscimento al consiglio di sorveglianza del potere di scegliere il consigliere delegato appare meno incoerente con il complessivo sistema di amministrazione e controllo rispetto a quanto possa osservarsi nel sistema tradizionale. Anche le perplessità che si ricordano alla sostanziale irresponsabilità dell'assemblea sembrano nel sistema dualistico aver meno peso, dovendosi ritenere applicabili ai consiglieri di sorveglianza le disposizioni che regolano la responsabilità dei sindaci (per le attività di vigilanza) o degli amministratori (per le attività diverse dalla vigilanza). La scelta non diligente che il consiglio di sorveglianza dovesse effettuare in sede di nomina del consigliere delegato, pertanto, comporterebbe a carico dei medesimi consiglieri una responsabilità retta dalla disciplina degli articoli 2393 e seguenti. Più in generale, il ruolo e le competenze del consiglio di sorveglianza (semprechè – beninteso – sia investito di poteri di alta amministrazione) sarebbero tali da garantire il perdurare di un controllo sul soggetto prescelto ben diverso da quello che si registrerebbe nel sistema tradizionale a seguito dell'attribuzione del potere di nomina all'assemblea. Il

consiglio di sorveglianza può infatti partecipare alle adunanze del consiglio di gestione, così come beneficia di un flusso informativo sulla gestione dell'impresa assai più frequente ed incisivo di quanto non accada nei rapporti tra consiglio di amministrazione ed assemblea. Non sembrerebbe nemmeno insuperabile l'argomento che fa leva sulla responsabilità che in via indiretta può incombere sui consiglieri non destinatari di deleghe da condotte non diligenti del delegato: il consiglio di gestione è infatti, quanto meno in via tendenziale, un organo più ristretto rispetto al consiglio di amministrazione e più direttamente coinvolto nella gestione operativa della società. Non sembra che la provenienza "esterna" della scelta del consigliere delegato implichi allora un significativo aggravio delle responsabilità dei singoli. Quanto al venire meno del potere di revoca, infine, già nel contesto del dibattito sorto a proposito del modello tradizionale si è da parte di alcuni ricordato come il potere (che rimarrebbe in capo all'organo gestorio) di avocare a sé operazioni rientranti nella delega produrrebbe effetti sostanzialmente analoghi a quelli della revoca: nemmeno questo rilievo sembrerebbe dunque decisivo per escludere la deroga statutaria in punto competenza alla nomina del consigliere delegato. In realtà, il problema, nella specifica realtà del sistema dualistico, può forse essere risolto alla luce dell'interpretazione che vuole darsi proprio a quei poteri di "alta amministrazione" che il consiglio di sorveglianza può vedersi attribuiti dallo statuto. La tesi che sembra più convincente è quella che riconduce tali poteri alla sola facoltà di *approvare* o *autorizzare* scelte, progetti, piani, linee gestionali ovvero singole operazioni strategiche che il consiglio di gestione ha elaborato: l'alta amministrazione che può essere attribuita al consiglio di sorveglianza è quella insomma consistente nella necessaria e preventiva condivisione delle linee strategiche che il consiglio di gestione ha in animo di perseguire, senza che invece il ruolo dei consiglieri di sorveglianza possa spingersi sino a *definire, modificare* od *imporre* tali linee all'organo subordinato. Conseguentemente, *si ritiene inammissibile* la clausola statutaria che senz'altro riconosca al consiglio di sorveglianza la facoltà di delegare attribuzioni del consiglio di gestione ad uno o più membri di quest'ultimo, mentre *si ritiene ammissibile* la clausola che subordini l'esercizio di tale

facoltà, che rimane di esclusiva competenza del consiglio di gestione, alla preventiva autorizzazione o alla preventiva approvazione da parte del consiglio di sorveglianza.

La delega dei poteri gestoria nella nuova s.r.l.

È evidente che ha senso interrogarsi sulla possibilità del ricorso all'*amministrazione delegata* solo se si risolve in senso positivo il problema pregiudiziale dell'ammissibilità in generale dell'istituto della *delega gestoria* nella nuova s.r.l.; problema che scaturisce, come noto, dall'assenza di una specifica disciplina. Le norme in tema di s.r.l. non offrono alcuna indicazione relativamente alla *possibilità* di un'articolazione interna del consiglio di amministrazione, né – di conseguenza – relativamente al *regime* applicabile all'amministratore delegato e al comitato esecutivo. Dall'esame complessivo della nuova regolamentazione post-riforma, tuttavia, non si ravvisano ragioni che portino ad escludere in linea di principio la delega amministrativa nella s.r.l. che abbia adottato il sistema legale di amministrazione *consiliare*. Anzi, una serie di dati depongono chiaramente nel senso dell'ammissibilità²¹⁰. Primo fra tutti l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia privata nell'articolazione interna delle strutture organizzative della società: se la legge consente ai soci di variamente modulare l'esercizio delle funzioni gestorie dell'organo amministrativo *pluripersonale*, prevedendo accanto al sistema tradizionale i

²¹⁰ In senso positivo risulta orientata la maggioranza degli studiosi. E v., P. BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1072; G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 527; F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 201 s.; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega del potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, 801 ss.; C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione*, cit., 72 ss.; N. ABRIANI, *Sub art. 2475*, in *Codice commentato Benazzo-Patriarca*, Torino, 2006, 344; G. CARCANO, *Sub art. 2475*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Notari-Ghezzi*, VIII, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 577. In senso negativo, N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, 90 in nota 2, argomentando dall'assenza di un espresso richiamo all'art. 2381. Di recente si è espressa favorevolmente anche la giurisprudenza di legittimità: e v., Cass., 26 giugno 2007, n. 14791, in *Mass. Foro it.*, 2006, che ha giudicato legittima l'istituzione, da parte degli stessi amministratori di s.r.l., di *organi esecutivi* (quali la direzione operativa, il direttore di produzione).

due modelli alternativi, non si vede perché i soci non possano autorizzare – con espressa clausola dell’atto costitutivo o mediante apposita decisione – il consiglio di amministrazione a prevedere al suo interno un comitato esecutivo o uno o più amministratori delegati, con ciò escludendo taluni amministratori dalla gestione attiva. A fugare ogni residuo dubbio sulla legittimazione della delega amministrativa dovrebbe bastare, in altri termini, la semplice considerazione che il sistema legale della s.r.l. oggi consente, anche in caso di amministrazione *pluripersonale*, l’esercizio *individuale* della funzione gestoria mediante l’adozione del modello disgiuntivo²¹¹. Ed infatti, data l’espressa ammissibilità dell’amministrazione *disgiuntiva*, è escluso che costituiscano elementi caratterizzanti la gestione della s.r.l., salvo che per le materie indicate nell’art. 2475, 5° comma, c.c.: *i*) la ponderazione collettiva delle decisioni gestorie; *ii*) la pari responsabilità *diretta* di *tutti* gli amministratori per gli atti di gestione. Ammessa, dunque, in termini generali l’amministrazione *delegata* nella s.r.l.²¹², l’attenzione va concentrata sulla possibilità di applicazione (ed entro quali limiti) delle modalità di esercizio della *delega amministrativa* nella s.r.l. pure in presenza di un regime di amministrazione *disgiuntiva* o *congiuntiva*²¹³. Il problema si presta ad essere diversamente risolto a seconda del modello “alternativo” prescelto in concreto dai soci della s.r.l.

²¹¹ Come si è più volte sottolineato, nell’amministrazione disgiunta l’esercizio della funzione gestoria *di norma* appartiene per definizione ai singoli, fatta salva l’ipotesi delle materie elencate nell’art. 2475, 5° comma, c.c. che devono essere esercitate dall’organo “nel suo complesso”

²¹² Non è questa la sede per approfondire i numerosi e rilevanti problemi di ricostruzione della disciplina legale-dispositiva, che dovrebbe applicarsi – in mancanza di apposito regolamento convenzionale – all’esercizio delegato dei poteri gestori nella s.r.l. Problemi, derivanti principalmente dalle differenze con cui gli amministratori di s.p.a. e di s.r.l. devono dare attuazione al proprio incarico, con tutto ciò che ne consegue in tema di responsabilità, come si vedrà *infra*, § 8. In argomento, cfr. F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 201 s. nota 64. Basti qui ricordare i due opposti orientamenti che si riscontrano tra gli stessi Autori favorevoli all’ammissibilità del ricorso alla delega nella s.r.l. Ed infatti, mentre taluni (P. BENAZZO, *L’organizzazione nella nuova s.r.l.*, cit., 1072; C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione*, cit., 73) non hanno difficoltà ad ammettere l’applicazione analogica delle norme previste in tema di s.p.a. (artt. 2381 ss.), altri (G.C.M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa*, 2003, I, 689) propendono per la necessità di un’espressa regolamentazione convenzionale, data la difficoltà di applicare alla s.r.l. la disciplina del modello azionario.

²¹³ Per un cenno al problema, v. O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega*, cit., 804

***(Segue): Possibilità delle deleghe nel sistema di amministrazione
congiuntiva ed inammissibilità nel modello disgiuntivo***

Al riguardo, la prima impressione potrebbe essere nel senso di non ritenere ammissibile *tout court* il ricorso alla delega gestoria, là ove i soci della s.r.l. abbiano optato per i modelli di amministrazione *disgiunta* o *congiunta*²¹⁴. Nella prospettiva di quanti ritengono in tal caso doversi pedissequamente applicare alla s.r.l. le disposizioni contenute negli artt. 2257 e 2258 c.c., quell'impressione è corroborata dagli studi condotti nelle società di persone, dove – come noto – si ritiene tradizionalmente che le deleghe si presentino in rapporto di “alternatività” rispetto all'esercizio congiunto e disgiunto dei poteri amministrativi, mentre è pacificamente ammessa la delega nelle società di persone a struttura corporativa²¹⁵.

Questa impostazione non può essere, tuttavia, condivisa. Anticipando le conclusioni che qui si intendono dimostrare, è preferibile restringere l'impraticabilità logica della delega gestoria nella s.r.l. unicamente nell'ipotesi di amministrazione *disgiunta*, riconoscendo invece piena compatibilità dell'istituto in esame non solo nel caso – com'è ovvio – di amministrazione *consiliare*, ma anche nel sistema di amministrazione *congiuntiva*²¹⁶.

In effetti, la *delega* di potere amministrativo consiste in un meccanismo di autorizzazione, da parte dell'organo collegiale investito della gestione sociale, nei confronti di uno dei soggetti che lo compongono, all'*esercizio individuale* di alcune facoltà, senza peraltro che il delegante ne perda la titolarità. In altri

²¹⁴ In questi termini si esprimono, ad es., P. MORANDI, *Sub art. 2475*, in *Commentario* Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 1942; nonché, D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, I, 641, che sottolinea l'opportunità del ricorso alle deleghe qualora i soci vogliano *evitare* di essere assoggettati alla disciplina delle società di persone.

²¹⁵ L'orientamento prevalente, infatti, nega nelle società di persone l'esigenza del ricorso alla *delega*, sia in virtù dell'operatività del modello di amministrazione disgiuntiva, sia perché è possibile avvalersi dell'operato *solo* di alcuni soci-amministratori in via convenzionale (distinguendo, cioè, tra soci amministratori e soci non-amministratori), a meno che non sia stato introdotto statutariamente il modello del consiglio di amministrazione.

²¹⁶ Nello stesso senso, O. CAGNASSO, *Sub artt. 2475 e 2475-bis*, in *Commentario* Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, II, Bologna, 2004, 1862 s., il quale si limita a considerare la delega non compatibile con l'amministrazione disgiunta e a ritenerla «forse» compatibile con l'amministrazione congiunta, ma senza illustrarne le ragioni.

termini, la delega del potere amministrativo introduce nella gestione collegiale un elemento di flessibilità, in considerazione delle specifiche esigenze dell'attività di impresa. Così intesa, la *funzione* della delega appare di tutta evidenza: semplificare l'esercizio della funzione gestoria, demandandola appunto a singoli membri dell'organo pluripersonale, ed inoltre valorizzare le specifiche competenze tecniche proprie dei soggetti delegati²¹⁷. Esigenze di "semplificazione" e di "specializzazione" che si riscontrano tipicamente nell'amministrazione consiliare, ma che possono essere avvertite dai soci della s.r.l. anche nell'ipotesi di amministrazione congiuntiva²¹⁸.

L'esigenza di "semplificazione" è, invece, per definizione assente nel modello di *amministrazione disgiuntiva*, dove in effetti, la stessa configurazione di una pluralità di soggetti per legge legittimati ad agire separatamente, rende inutile – oltre che impraticabile – il ricorso alla delega gestoria. L'incompatibilità della *delega* nel modello disgiunto deriva, allora, dalla omogeneità sul piano "funzionale", dato che sia la prima che il secondo consentono un esercizio *individuale*²¹⁹. L'autonomia decisionale accordata ai *singoli gerenti*, siano essi amministratori delegati o amministratori in regime disgiunto, consente in entrambi i casi un esercizio della funzione amministrativa estremamente snello e tempestivo.

Né, per ammettere la delega nell'amministrazione disgiunta, si può invocare l'altra esigenza, di "specializzazione", poiché essa può essere garantita *aliunde*. A tale scopo i soci potrebbero in primo luogo attribuire

²¹⁷ Sulla funzione della *delega gestoria*, cfr., *ex multis*, O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, s. a., ma 1976, 30 ss.; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., 61 ss. e 200; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, 84; e, più di recente, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., 286 s.; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, cit., 57 ss.

²¹⁸ Può, inoltre, osservarsi che il sistema della delega gestoria non sarebbe configurabile neppure nel caso di "*assemblea amministratrice*", ammesso che se ne condivida l'ammissibilità nella s.r.l. (circostanza che – nell'impostazione qui seguita – sembra correttamente doversi escludere: e v. *supra*, Capitolo I, § 7). In argomento, si può rinviare alle lucide argomentazioni di P. ABBADESSA, *L'assemblea amministratrice nelle piccole cooperative (prime impressioni)*, in *Riv. soc.*, 1999, 203 s.

²¹⁹ Ferme restando le differenze "strutturali" e di "natura giuridica" tra amministratore in regime disgiunto (che può decidere qualunque atto gestorio e i cui poteri possono essere limitati solo dall'esercizio del diritto di opposizione di altro amministratore) ed amministratore delegato (il quale deriva i suoi poteri dall'organo delegante, che in ogni momento può revocarli o ingerirsi nella gestione),

specifici atti o materie gestorie (ad eccezione di quelle elencate nell'art. 2475, 5° comma) alla competenza esclusiva di uno o più *soci* come *diritto particolare ex art. 2468, 3° comma* (con conseguente applicazione della relativa disciplina). Inoltre, il contratto sociale potrebbe prevedere una *ripartizione* della gestione tra i vari amministratori in regime disgiunto, affidando singolarmente talune categorie di affari o determinati atti, in ragione delle rispettive specializzazioni (modello di amministrazione c.d. *ripartita*)²²⁰. Risulta così salvaguardato, anche nella s.r.l. amministrata disgiuntamente, l'interesse a *riservare* taluni settori a singoli soggetti (siano essi soci o amministratori estranei), in ragione delle specifiche competenze tecniche e professionali, anche se con due strumenti giuridici differenti dalla delega gestoria.

Nel *sistema congiunto*, invece, l'esercizio della funzione gestoria deve essere necessariamente collettivo (all'unanimità o a maggioranza): da qui, può emergere l'utilità del ricorso alla delega da parte di tutti gli amministratori ad uno (o più) di essi, in vista delle esigenze di semplificazione e di specializzazione. D'altro canto, e soprattutto, nell'amministrazione congiuntiva non vi sono difficoltà a considerare compatibili i tratti fondamentali della

²²⁰ Si tratta di un regime di amministrazione ammesso nelle società di persone (v., in particolare, M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 376; O. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Trattato Sacco, I singoli contratti*, VI, Torino, 1998, 129 e 148) e già previsto espressamente per la società civile nel cod. civ. del 1865 (art. 1721) come alternativo sia all'amministrazione disgiuntiva che a quella congiuntiva. L'esercizio "*ripartito*" della funzione amministrativa è, poi, ammesso anche nell'ambito della s.p.a., qualora il consiglio di amministrazione abbia affidato la delega gestoria *ex art. 2381, 2° comma, c.c.* – anziché al comitato esecutivo – ad una *pluralità* di amministratori delegati, ai quali possono essere affidate attribuzioni gestorie, appunto, *ripartite* creando distinte sfere di competenza (in alternativa all'esercizio disgiunto ovvero congiunto); e v., *ex multis*, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., 306 e nota 100, ove ulteriori riferimenti. D'altro canto, la figura in esame è conosciuta anche dalla dottrina civilistica: e v. G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1954, 47 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 140 ss. E 172, nota 55, ove – a seconda delle modalità di attuazione dell'incarico conferito a più mandatari – accanto alle figure del mandato *congiuntivo* e *disgiuntivo* (detto pure solidale o alternativo), si menzionano le figure del mandato *sostitutivo* e di quello c.d. *ripartito*. L'ammissibilità della gestione c.d. "*ripartita*" nella s.r.l., come variante del modello *disgiunto*, può essere argomentata sulla scorta delle considerazioni già viste a proposito dei modelli di gestione *misti* o *ibridi*. Deve, però, escludersi che l'amministrazione c.d. "*ripartita*" possa essere assimilata alla delega gestoria. Evidenti sono le differenze tra le due ipotesi: nell'*amministrazione ripartita* le competenze dei vari amministratori sono differenziate, per cui ciascuno non può intromettersi nella sfera spettante all'altro (come è dimostrato anche dalla non-operatività del diritto di opposizione); mentre nella *delega* il delegante può sempre avocare a sé le funzioni al cui esercizio ha autorizzato l'organo delegato.

delega ricavati dalla disciplina codicistica dell'amministrazione collegiale (art. 2381 c.c.). E cioè: *presupposti*, *oggetto* ed *effetti*. Relativamente ai primi, resta fermo che anche nell'amministrazione congiuntiva la delega gestoria è possibile solo previa autorizzazione contenuta nell'atto costitutivo o in una decisione dei soci²²¹. Circa l'*oggetto*, devono ritenersi delegabili tutte le attribuzioni dell'organo amministrativo, salve alcune limitazioni legali (in particolare, le materie riservate alla competenza dell'«organo amministrativo» ex art. 2475, 5° comma, c.c.). Infine, per quanto attiene gli *effetti* della delega, è possibile conciliare la responsabilità solidale degli amministratori in regime congiunto (art. 2476, 1° comma, c.c.) con l'attenuazione di responsabilità che invece caratterizza i deleganti, i quali non sono responsabili degli atti compiuti dai delegati, se non nei limiti della violazione dell'obbligo di agire in modo informato (art. 2381, 6° comma, c.c.) e della *culpa in vigilando* (art. 2392, 2° comma, c.c.): ma su questi punti si ritornerà nei luoghi opportuni.

Fatte queste doverose precisazioni circa l'esportabilità della delega anche nel sistema congiuntivo, pare opportuno chiedersi quale sia sul piano applicativo l'utilità del suo utilizzo, in alternativa all'altro modello di gestione qui in esame. È verosimile che la scelta dei soci di s.r.l. tra amministrazione congiuntiva (o collegiale) con funzioni delegate ed amministrazione disgiuntiva dipenderà dal confronto dei vantaggi e dei rischi (in termini di costi-benefici) connessi ai due sistemi, anche alla luce delle diverse tipologie della realtà del nostro modello societario. Ruolo determinante ai fini della scelta tra la *delega gestoria* ed il *sistema disgiuntivo* è rivestito dalle differenze strutturali e di natura giuridica tra i due istituti, sia per la *fonte* del potere gestorio, sia per il *rapporto* tra singoli e gruppo, nonché per le conseguenti differenze di *disciplina* applicabile.

Per l'amministratore delegato (e per il comitato esecutivo), la *fonte* del potere gestorio risiede nell'atto di nomina da parte del consiglio o da parte

²²¹ Nello stesso senso, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, vol. V, t. 1°, Padova, 2007, 230. Di diverso avviso, C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione*, cit., 73, il quale ritiene che nella s.r.l. la delega possa essere disposta solo se vi è un'apposita clausola dell'atto costitutivo, dal momento che manca qualsiasi norma espressa che autorizzi – come nella s.p.a. – l'assemblea (*rectius*, la decisione dei soci) ad optare per la delega.

degli amministratori in regime congiunto, i quali sono stati a loro volta preventivamente autorizzati alla delega dall'atto costitutivo o da apposita decisione dei soci (art. 2381, 2° comma, c.c.)²²². Di conseguenza, l'organo delegante (sia esso il consiglio di amministrazione, ovvero la pluralità di amministratori in regime congiunto) conserva, nonostante la delega, una competenza concorrente, che gli consente non solo di avocare a sé ogni operazione rientrante nella delega, ma anche di impartire direttive vincolanti e di revocare in ogni momento sia i delegati, sia la stessa delega, secondo le modalità proprie dell'esercizio collegiale ovvero congiunto. Il *rapporto* intercorrente tra singoli (delegati) e gruppo (delegante) si atteggia dunque come rapporto *interorganico*²²³.

Il singolo amministratore disgiunto deriva, per converso, il suo potere gestorio direttamente dalla legge (art. 2257, 1° comma). È, inoltre, evidente che tra gli amministratori disgiunti, in quanto pluralità di gestori dotati di uguali poteri originari, non è configurabile quel rapporto di derivazione che si instaura tra delegato ed organo delegante, ma è configurabile piuttosto un rapporto *intraorganico* di tipo *paritario*.

Dalle differenze appena evidenziate consegue un diverso trattamento in punto di *disciplina*, per quanto concerne, in primo luogo, gli obblighi di informazione, espressamente regolati nell'amministrazione delegata e

²²² È, tuttavia, pacificamente ammessa anche la delega non autorizzata (c.d. delega *atipica*), su cui, cfr., *ex multis*, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., 290; e, dopo la riforma, P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., 507 ss.; F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 67 ss.; G. FERRI JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 39 ss.

²²³ Almeno nella prospettiva – largamente condivisa – della c.d. teoria organica, che qualifica il delegato come organo (O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., 289, ove riferimenti). Anche aderendo alla tesi giurisprudenziale dell'autorizzazione, non verrebbe meno la caratteristica gerarchica del rapporto tra delegati e gruppo, il quale andrebbe, però, qualificato come rapporto *intraorganico* (ossia interno ad uno stesso organo). Da ultimo, relativamente al tema delle tecniche di risoluzione dei “conflitti di competenza” *interorganici* (tra organo delegante ed organi delegati) ed *intraorganici* (tra i componenti dell'organo delegato pluripersonale, comitato esecutivo) in materia di s.p.a., si veda l'ampia analisi di V. CARIELLO, *I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni (Prime considerazioni)*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadesse e G.B. Portale, II, Torino, 2006, 769 ss.

fortemente controversi nell'amministrazione disgiuntiva²²⁴. Inoltre, la rappresentanza legale della s.r.l. ex art. 2475-bis, 1° comma, c.c. dovrebbe continuare a spettare, nel caso di delega, all'organo delegante (e quindi alla pluralità di amministratori in regime congiunto, ovvero al consiglio di amministrazione, che potrà agire disgiuntamente o congiuntamente), salva la possibilità per l'atto costitutivo di riservarla in capo all'amministratore delegato; per converso, agli amministratori in regime disgiunto compete sempre il potere di rappresentanza, anche se l'atto sia stato deciso da altri.

Infine, e soprattutto, cambia nelle due ipotesi il regime di responsabilità gestoria. La responsabilità degli amministratori in regime disgiuntivo è sempre solidale e *diretta* (artt. 2476, 1° comma e 2260, 2° comma, c.c.), nel senso che tutti gli amministratori sono corresponsabili allo stesso titolo dell'attività gestoria, salvo che non dimostrino di essere esenti da colpa (art. 2476, 1° comma). La presenza di amministratori con funzioni delegate comporta, invece, una differenziazione dei regimi di responsabilità gestoria, poiché dell'atto dannoso risponde *in via diretta* solo l'organo delegato (art. 2392, 1° comma), mentre tutti i membri del consiglio sono coinvolti in solido a titolo di *culpa in vigilando* (art. 2392, 2° comma), quando abbiano violato l'obbligo di agire in modo informato (art. 2381, 6° comma).

(Segue): I limiti dell'amministrazione delegata derivanti dalle competenze riservate all'«organo amministrativo» ex art. 2475, 5° comma, c.c.

Una volta appurata la possibilità di deleghe gestorie nell'ambito dell'amministrazione congiuntiva, si pone l'ulteriore questione circa i *limiti* di siffatto esercizio delegato. A tale proposito, non vi è dubbio che si applicano le

²²⁴ Infatti, mentre nel caso di amministrazione delegata, la legge – con riferimento alla s.p.a. – espressamente ha previsto un continuo flusso informativo tra delegati ed organo delegante (art. 2381, 3° e 5° comma), che si aggiunge al generale dovere di agire informati ex art. 2481, 6° comma (e v., P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., 499 ss.; F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 33 ss.), in tema di amministrazione disgiuntiva è invece assai controversa la configurabilità di un obbligo di informazione, che viene generalmente negato.

stesse norme che, anche nel modello legale di amministrazione consiliare, individuano attribuzioni gestorie legislativamente non-delegabili.

La normativa di riferimento si compendia anzitutto nell'art. 2475, 5° comma, c.c., il quale, elencando le materie rientranti nella competenza inderogabile dell'«organo amministrativo», assume altresì – nella tesi ricostruttiva qui avanzata – l'ulteriore significato di “limite” anche delle funzioni delegabili²²⁵. Con la precisazione che altre materie non-delegabili si ricavano, poi, da quelle norme che – come si è visto – riservano decisioni alla «deliberazione» degli amministratori ovvero dell'organo amministrativo: e cioè, gli artt. 2505, 2° comma, e 2505-bis, 2° comma, c.c. (decisione di procedere alle c.d. fusioni semplificate) e l'art. 152, 2° comma, lett. b, l. fall. (decisione di approvazione della proposta di concordato fallimentare). Se si ammette che, in caso di opzione statutaria per un modello di amministrazione plurimo (collegiale o congiuntivo) articolato per deleghe gestorie, le materie elencate dall'art. 2475, 5° comma, c.c. appartengano all'esercizio esclusivo dell'organo delegante, si deve poi procedere ad analizzare le conseguenti implicazioni applicative. Occorre, cioè, chiedersi quale sia la disciplina applicabile, nel silenzio dell'atto costitutivo, per l'assunzione di quelle decisioni (progetto di bilancio, progetti di fusione e di scissione, aumento delegato del capitale sociale).

La risposta all'interrogativo da ultimo evidenziato passa necessariamente per l'individuazione della *ratio* sottesa ai limiti della delega²²⁶. Nel silenzio del legislatore in ordine alla (stessa ammissibilità e quindi alla disciplina della) delega gestoria in tema di s.r.l., utili elementi di giudizio si ricavano dalla normativa espressamente prevista in tema di s.p.a. Dal raffronto tra il catalogo legislativo delle attribuzioni non delegabili nella s.p.a. (art. 2381, 4° comma) e l'elenco delle materie riservate alla competenza dell'«organo amministrativo»

²²⁵ Rispetto alle materie ex art. 2475, 5° comma, propendono per l'esclusione (sia delle decisioni *disgiunte* sia) anche delle *deleghe*, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 572 e nota 49; G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 537.

²²⁶ Al riguardo, non mi sembra che si possano automaticamente estendere le considerazioni già viste a proposito della *ratio* dei limiti ex art. 2475, 5° comma, c.c. all'esercizio disgiunto della funzione gestoria, poiché occorre chiarire i motivi per i quali le materie riservate non si prestano ad essere assunte neppure mediante il meccanismo della delega.

di s.r.l. (art. 2475, 5° comma), non si può fare a meno di notare la stretta affinità²²⁷. Entrambe le disposizioni fanno riferimento alla redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione e di scissione e agli aumenti delegati del capitale sociale²²⁸. Ma al di là del dato testuale, una conferma dell'impressione avanzata deriva dalla prospettiva sistematica dell'esame della *ratio* sottesa alle singole ipotesi di limitazione. Per quanto concerne il *progetto di bilancio*, l'indelegabilità troverebbe giustificazione nella necessità di assicurare la responsabilità solidale di *tutti* gli amministratori (fondata sullo stesso titolo e senza che possa esservi spazio per la responsabilità a titolo di *culpa in vigilando* dei deleganti), per il caso di violazione degli obblighi collegati a questo fondamentale strumento di accertamento periodico della consistenza patrimoniale della società (mancata redazione del bilancio o redazione non conforme alla legge), che evidentemente coinvolge interessi non solo della società e dei soci, ma anche dei creditori e dei terzi in generale²²⁹. Ad ulteriore conferma del necessario coinvolgimento di tutti i componenti dell'organo gestorio (nella redazione prima e nella conseguente responsabilità poi), si sottolinea il ruolo del bilancio di esercizio sul piano della gestione sociale, come «primo e più importante “atto di gestione” affidato agli

²²⁷ Nella s.p.a. non possono essere delegati, in base all'art. 2381, 4° comma, c.c. [che, secondo l'orientamento prevalente post-riforma, non avrebbe carattere tassativo (per riferimenti, v. *funditus* P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., 492 nota 2)]: a) la redazione del bilancio di esercizio (art. 2423); b) l'aumento delegato del capitale sociale (art. 2443); c) l'emissione delegata di obbligazioni convertibili (art. 2420-ter); d) gli adempimenti posti a carico degli amministratori in caso di riduzione obbligatoria del capitale per perdite (artt. 2446 e 2447); e) la redazione dei progetti di fusione (art. 2501-ter) e di scissione (art. 2506- bis). Dal raffronto con le competenze inderogabili dell'«organo amministrativo» di s.r.l. ex art. 2475, 5° comma, emerge che la differenza riguarda la mancata riproposizione di soli due limiti consistenti, da un lato, nell'emissione di obbligazioni (per la non-configurabilità di tale strumento di provvista finanziaria nella società non-azionaria), dall'altro, negli adempimenti degli amministratori in caso di riduzione obbligatoria del capitale per perdite (che pure sono inderogabilmente imposti agli «amministratori» della s.r.l. in base all'art. 2482-bis, ma che evidentemente – dato il mancato richiamo nell'art. 2475, 5° comma – potrebbero considerarsi *delegabili* ed esercitabili dai singoli amministratori *disgiunti*).

²²⁸ Si è già visto che l'elenco ex art. 2475, 5° comma, c.c. non è tassativo. Appartiene alle *materie riservate* anche la decisione di procedere alle c.d. fusioni semplificate nelle due ipotesi contemplate dagli artt. 2505, 2° comma, e 2505-bis, 2° comma, c.c. (come emerge dall'inciso «*deliberazioni degli organi amministrativi*»).

²²⁹ Era questa l'opinione maggioritaria pre-riforma, come evidenziato da O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., 249 e note 44-45. Per una sintesi del dibattito sulla *ratio* del divieto di delega della redazione del progetto di bilancio, v. G.E. COLOMBO, *Il bilanciobd'esercizio*, cit., 383 ss., ove ampi riferimenti.

amministratori», al quale è sottesa la fissazione del programma imprenditoriale, ossia la determinazione delle linee guida della politica dell'impresa, a cui necessariamente devono prendere parte, appunto, *tutti* gli amministratori. Relativamente ai *progetti di fusione e di scissione*, si tratta di atti complessi, la cui predisposizione coinvolge non solo attività propriamente gestorie, ma anche aspetti organizzativi e che implicano la responsabilità degli amministratori non solo verso la società, ma anche verso singoli soci e terzi; motivo per il quale il legislatore ha inteso escluderne la predisposizione da parte di organi delegati. Ne consegue che, per quanto attiene ai modi di redazione, da parte dell'organo amministrativo in regime congiunto, dei tre progetti menzionati nell'art. 2475, 5° comma, c.c., esclusa la possibilità di delega, è evidente che valgono le medesime considerazioni a suo tempo esposte. Più articolato è il discorso in tema di *aumento del capitale sociale*, attribuzione inderogabile dei soci (rientrante tra quelle *ex artt.* 2479, 2° comma, n. 4 e 2480), che la legge eccezionalmente considera suscettibile di essere delegata all'organo amministrativo, peraltro entro precisi limiti definiti dall'atto costitutivo (art. 2481, 1° comma). Proprio l'eccezionalità della delega *ex art.* 2481 depone nel senso di escludere la possibilità, per l'organo amministrativo delegato, di ulteriormente delegare l'aumento del capitale sociale²³⁰.

Dal coordinamento di una serie di disposizioni in tema di s.r.l. (artt. 2475, 5° comma, 2479, 2° comma, 2480 e 2481), si evincono, allora, le seguenti conclusioni. L'aumento di capitale, in quanto comporta modifica dell'atto costitutivo, è di competenza inderogabile delle decisioni dei soci (peraltro, da attuarsi mediante deliberazione assembleare: art. 2479, 4° comma, c.c.). L'atto costitutivo può tuttavia eccezionalmente attribuire tale competenza agli amministratori. In tal caso si tratta certamente di competenza non delegabile e non suscettibile di essere esercitata dal singolo amministratore disgiunto, né dagli amministratori congiunti a maggioranza (2479, 5° comma, c.c.). Per il

²³⁰ Secondo l'orientamento prevalente già prima della riforma, dalla disciplina eccezionale dell'aumento delegato del capitale sociale era possibile ricavare il principio generale di ritenere altresì inammissibile la delega da parte del consiglio in generale di ogni altro potere proprio dell'assemblea. Cfr., per i termini del relativo dibattito, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., 295 e note 46-47.

resto – secondo l'impostazione qui seguita – non pare si tratti di decisione da adottarsi necessariamente con il rispetto del metodo collegiale: in altri termini, non vedo ostacoli a ritenere ammissibile sia la decisione consiliare a collegialità attenuata (art. 2475, 4° comma, c.c.), sia la decisione congiunta all'unanimità.

CAPITOLO V

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AMMINISTRATORI SENZA DELEGHE NEI REATI POSTI IN ESSERE DAI DELEGATI

Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratore delegati

Nella prassi dei giudizi penali gli amministratori privi di deleghe siedono spesso sul banco degli imputati per difendersi dall'accusa di non aver impedito il compimento di atti illeciti, pur avendo il dovere e il potere di farlo²³¹. Infatti, essendo investiti di una posizione di garanzia (che trova il suo fondamento giuridico nell'obbligo d'impedimento di attività pregiudizievoli ai sensi dell'art. 2392 cod. civ.)²³², ricorre con frequenza che venga loro imputato un concorso di reato mediante omissione, ai sensi dell'art. 40, 2° comma c.p.²³³ per l'attività delittuosa posta in essere dai delegati. A leggere le varie sentenze

²³¹ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, Milano, 2003; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti in onore di F. Stella*, Milano, 2007, 981 e ss.; ID., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 e ss.; mentre in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. V, 26 giugno 1990, *Bordoni*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828; Cass., sez. V, 6 settembre 1993, *Trovero ed altri*, in *Giust. pen.*, 1994, p. 265; Cass., sez. V, 20 ottobre 1994, *De Foscatiis*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1976; Cass., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, *De Benedetti ed altri*, in *Cass. pen.*, 1999, 651 e ss.; Cass., sez. V, 19 ottobre 2000, n. 191, *Mattioli*, in *Giur. it.*, 2001, 2343, con nota di RIVERDITI, *Si «consolida» l'orientamento giurisprudenziale sul caso Fiat: prime osservazioni sulla sentenza della corte di Cassazione*.

²³² È bene sottolineare, tuttavia, che tale norma, malgrado sembri fare riferimento in particolare ai rimedi civilistici, si utilizza di regola per far ricorso al diritto penale al fine di sanzionare le condotte inerti degli amministratori non operativi accusati di un mancato intervento a fronte degli illeciti perpetrati nella gestione della società. Dunque, nonostante l'idea delle disposizioni penali come strumento di *extrema ratio*, si preferisce, in un'ottica promozionale, far ricorso alle fattispecie di reato, in cui vengono sussunte condotte che, per le loro caratteristiche, dovrebbero risultare rilevanti per il solo diritto civile, cfr. A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1149 e ss.

²³³ Ai sensi dell'art. 40 2° comma cod. Pen. "Non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire equivale a cagionarlo".

italiane (civile e penali)²³⁴ sul tema, sembrerebbe infatti che gli amministratori privi di delega siano in possesso di straordinari poteri giuridici e fattuali per monitorare l'operato dei delegati, con tale assiduità e costanza da poter immediatamente scovare, tra le pieghe degli atti di gestione, dei segnali d'allarme del compimento di atti criminosi e impedire così la perpetrazione degli illeciti.

In realtà, si è assistito anche nei procedimenti penali alla medesima automatica imputazione degli illeciti a tutti i componenti del *plenum*: i delegati per aver commesso il fatto, i deleganti invece, per non averlo impedito²³⁵. Infatti, ai sensi dell'art. 40 2° comma cod. pen. “*non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire equivale a cagionarlo*”.

Nell'analisi del comportamento tenuto dai deleganti riveste un ruolo fondamentale *l'elemento psicologico* del correo ossia la prova dell'effettiva

²³⁴ Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2005 n. 19509, in *Riv. dott. comm.*, 2005, 925 ss. con nota di Troyer, *Brevi osservazioni in merito all'evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso omissivo degli amministratori senza delega nel reato di bancarotta fraudolenta*. V. anche Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2006 n. 36764, e, fra le più recenti in tema di impedimento del reato commesso dall'amministratore di fatto, Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2005, n. 853, in *Cass. pen.*, 2007, 4701 ss.

²³⁵ Sembrerebbe quasi che i nostri giudici penali non abbiano potuto resistere alla capacità attrattiva degli schemi argomentativi e delle semplificazioni probatorie utilizzate dalle corti civili. Come già evidenziato, nel processo civile, promosso il più delle volte dal curatore fallimentare contro gli amministratori non esecutivi, il metro di giudizio adottato dai giudici, nel vigore della precedente normativa societaria, è stato assai rigoroso, giungendosi spesso ad una “automatica e generalizzata imputazione dei fatti dannosi a tutti i componenti dell'organo amministrativo”. L'esame della giurisprudenza civilistica indica infatti “chiaramente che, in presenza di una condotta negligente posta in essere da un amministratore delegato, le corti tendevano a ravvisare con una certa facilità se non, addirittura, a presumere l'esistenza di una violazione del dovere di vigilanza di cui all'art. 2392 comma 2, c.c. da parte degli altri amministratori, rendendo così oltremodo remota la possibilità per costoro di sfuggire alle responsabilità previste da quella norma”; così F. BARACHINI, *la gestione delegata*, op. cit., 10. Ancora di recente si veda Cass. 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giur. It.*, 2004, 557 nota di CAGNASSO: “L'art. 2392 c.c. impone a tutti gli amministratori un generale dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che non viene meno - come si evince dall'espressione “in ogni caso” di cui al secondo comma - neppure nell'ipotesi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori, a meno che non forniscano la prova che, pur essendosi diligentemente attivati a tal fine, la predetta vigilanza non poté essere esercitata per il comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio”. La progressiva erosione della distinzione tra *tort e crime*, l'assottigliamento della linea di confine tra diritto penale e diritto civile denunciata qualche anno fa da uno dei più noti giuristi americani, John C. Cofee, è stata una caratteristica costante nel campo della responsabilità degli amministratori: v. J.C. COFEE, *Does “Unlawful” Mean “Criminal”? Reflections of the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in *71 B.U.L. Rev.*, 1991, 193; ID., *Paradigm Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models-And What Can Be Done About it*, in *101 Yale L.J.*, 1992, 1875 ss.

conoscenza da parte del delegante della realizzazione *in itinere* di un illecito da parte dei delegati nella gestione d'impresa. Occorre, dunque, la rappresentazione dell'evento e l'omissione consapevole (dolo) o colpevole di impedirlo (colpa). Per quanto riguarda *le ipotesi di cooperazione colposa*, si verificano laddove i deleganti partecipano con colpa (ossia per negligenza, imprudenza o imperizia) alla realizzazione della fattispecie delittuosa unitamente ai deleganti, violando gli ampi doveri individuati all'art. 2381 cod. civ.

Ben più complesse, sono le ipotesi di cooperazione dolosa mediante omissione. La giurisprudenza *ante* riforma, ha sovente tentato di aggirare la questione del difficile accertamento dell'elemento soggettivo del dolo operando una discutibile semplificazione concettuale in base alla quale «*l'amministratore che non ha adeguatamente vigilato avrebbe accettato il rischio del verificarsi di una serie indeterminata di eventi e tra questi anche la commissione di reati da parte di altri amministratori. Si tratta di un dolo eventuale nel quale l'elemento decisivo è individuato della rappresentazione dell'evento, ritenuto possibile o probabile*»²³⁶. In altre parole, la prova del dolo viene desunta per gli amministratori dall'inadempimento dei doveri loro imposti, con la conseguenza che la posizione assunta nell'organizzazione dell'ente di per sé è considerata un indicatore del dolo, definito nella specie dalla dottrina come «*dolo di posizione*». Ci si basa, dunque, sul fatto che i vertici, data la posizione rivestita, «non potevano non sapere» che altri soggetti avrebbero potuto commettere determinati reati²³⁷. Conseguentemente, è sufficiente il mancato attivarsi dei deleganti di fronte a *segnali d'allarme* a prescindere dalla circostanza che detti indici fossero stati in concreto percepiti e correttamente valutati come segnali del possibile accadimento di un determinato fatto illecito²³⁸: dal sommarsi di una serie di segnali d'allarme viene desunta

²³⁶ Cfr. ALESSANDRI, *Parte generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa, Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 92.

²³⁷ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008, 423.

²³⁸ Significativa la vicenda del Banco Ambrosiano, sulla quale ci si rimette per una dettagliata analisi ad A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., 1149 e ss..

l'esistenza del dolo eventuale dei deleganti, e cioè l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, cioè del reato altrui.

Questo meccanismo argomentativo presenta in realtà forti rischi di forzature, in quanto il dolo eventuale rimane pur sempre una forma di dolo, e cioè un'effettiva rappresentazione della realtà, seppur non in termini di certezza, uno stato psicologico reale, il cui accertamento esige una indagine approfondita e rigorosa, non risolvibile con atteggiamenti approssimativi, presunzioni o astratte congetture. Tale modalità di accertamento dell'elemento soggettivo, inoltre, non pare conforme al dettato costituzionale, in quanto svuota il dolo della sua componente significativa, vale a dire evento storico previsto e voluto non come *silhouette* incolore, ma nella sua concretezza esistenziale²³⁹.

Bisogna, quindi, evitare, come accaduto invece in giurisprudenza, una sovrapposizione sostanziale o di fatto tra il piano della «conoscibilità» e quello della «conoscenza», onde escludere una trasformazione del dolo eventuale nel suo «fantasma», visto che, oltre al momento volitivo, già scemato nell'accettazione del rischio, si depotenzia pure il *quid* di elemento rappresentativo, collegato ad una serie «indefinita» di eventualità giuridicamente negative e non al reato poi in concreto commesso dagli amministratori delegati²⁴⁰. La responsabilità dolosa per omesso impedimento richiede infatti la «rappresentazione del proposito criminoso» e il «consapevole» mancato intervento²⁴¹. Oltre alla sussistenza di una posizione di

²³⁹ Cfr. BULSO, *Profili problematici della responsabilità penale concorsuale dell'amministratore c.d. «inerte» per il delitto di bancarotta fraudolenta commesso dall'amministratore di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2001, 205.

²⁴⁰ A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., p. 1147; G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 430-431; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1266. A ben vedere, inoltre, la modalità di accertamento del dolo indicata nel testo si pone in contrasto anche con il recente progetto di riforma al codice penale, licenziato nel 2007 dalla commissione Pisapia. Il disegno di legge, in funzione del principio di colpevolezza, mette in luce l'importanza dell'aspetto «rappresentativo» del dolo, richiedendo «che l'agente si sia rappresentato concretamente il fatto» (art. 16 del progetto). Ebbene non può sfuggire l'obiettivo (almeno nelle intenzioni) di ridurre il rischio che l'agente sia costituito in dolo per avere previsto il fatto solo astrattamente e non in concreto, G. CERQUETTI, *La definizione del dolo nel progetto Pisapia*, in www.isics.org/public/Cerquetti.pdf.

²⁴¹ G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 430-431, in cui l'Autore sottolinea la necessità di perseguire con ogni mezzo l'obiettivo di

garanzia, il concorso mediante omissione esige il riscontro di un ulteriore requisito: l'omissione deve essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore, ossia bisogna accertare se l'azione doverosa che si è omesso di compiere avrebbe di fatto impedito la realizzazione del fatto concreto da parte dell'autore²⁴². Il problema è allora ancora quello della causalità omissiva che ha dato vita ad un ampio dibattito dottrinale e a fondamentali pronunce della Suprema Corte, fino alle S.U. con la sentenza Franzese²⁴³. Secondo le Sezioni Unite è indispensabile "che il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale (...) abbia avuto una reale efficienza causale, sia stato condizione necessaria (...) per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto (...)". Naturalmente la Suprema Corte è ben consapevole delle difficoltà di accertamento (mediante la cruciale operazione contrafattuale di eliminazione mentale della condotta materiale del concorrente esterno, integrata dal criterio di sussunzione sotto leggi di copertura o generalizzazioni e massime di esperienze dotate di affidabile plausibilità empirica) dell'effettivo nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato come storicamente verificatosi con tutte le sue caratteristiche essenziali. Tuttavia, "trattasi di accertamento di natura causale

ostacolare quella sciatta prassi giurisprudenziale che spesso e volentieri fonda «l'effettiva» conoscenza degli elementi di fatto, richiesta dal dolo, sulla loro possibilità di conoscenza, trasformando così la prova del dolo in prova della colpa: la prevedibilità diviene la dimostrazione, o meglio, la presunzione di un'effettiva previsione, perché generalmente conseguenze prevedibili sono previste.

²⁴² G. MARINUCCI –E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, 368;

²⁴³ Cass. Pen., S.U., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pag. 1133- 1144; A. Fiori, G. Albertacci, G. La Monaca, "Le Sezioni Unite penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale sulle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili. Nota a Cass. Pen., S.U., 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, Franzese," in *Riv. It. med. leg.*, 2002, 1616. R. Blaiotta, "Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza. Nota a Cass. Pen., S.U., 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, Franzese, in *Cass. pen.*, 2003, 1178. T. Massa, "Le Sezioni Unite davanti a nuvole e orologi: osservazioni sparse sul principio di causalità. Nota a Cass. Pen., S.U., 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, Franzese," in *Cass. Pen.*, 2002, 3666. C. Brusco, "La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione", in *Cass. Pen.*, 2004, pag. 2617; Note di udienza del p.m. Iadecola a Cass. Pen., S.U., 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. Pen.*, 2003, 251.

che svolge una funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito, ritiene il collegio che non sia affatto sufficiente che il contributo atipico sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio ex post, si riveli per contro ininfluenza o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo.

Conseguentemente, estendendo le parole delle S.U. al tema oggetto di questa ricerca, il giudizio contrafattuale, indispensabile per determinare se l'omissione dell'amministratore delegante sia stata condizione necessaria, deve mirare ad accertare se, ipotizzandosi come realizzata, la condotta doverosa impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Lo standard probatorio e di giudizio imposto dalla Suprema Corte (ora codificato dal legislatore nell'art. 533 c.p.p.) è quello, dell'oltre ogni ragionevole dubbio²⁴⁴. Nell'indagare il nesso tra omissione ed evento, il giudice deve quindi interrogarsi su cosa sarebbe accaduto se fosse stato realizzato il comportamento doveroso omesso: egli deve avventurarsi in un "mondo ipotetico".²⁴⁵ Cosa sarebbe successo nel caso concreto se l'amministratore, di fronte ad una delibera che legittimava pratiche illecite degli esecutivi, avesse espresso il proprio dissenso, ne avesse dato notizia al presidente del collegio sindacale e avesse impugnato la delibera consiliare? Cosa sarebbe successo se, nel caso di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, avesse sollecitato il pubblico ministero a procedere ex art. 2409 cod. civ.? il giudice dovrà quindi vagliare tutte le circostanze del caso concreto per verificare se l'esercizio di quel potere ex ante avrebbe ex post impedito l'evento oltre ogni ragionevole dubbio²⁴⁶. Ebbene, la giurisprudenza penalistica non ha quasi mai

²⁴⁴ Conseguentemente, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può che comportare l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p. secondo il canone di garanzia "*in dubio pro reo*". Il giudice, in sostanza, potrà giungere ad affermare la responsabilità dell'imputato solo se risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta doverosa omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento.

²⁴⁵ Cfr. F. STELLA, *La culture delle prove*, Milano, 2005, 201.

²⁴⁶ Si veda sul problema del nesso causale anche l'intervento di A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. It. dir. pen.*,

dato rilievo alla prova del nesso causale nelle fattispecie in esame: nelle sentenze in materia manca qualsiasi riferimento alla accertata causalità, al suo grado di certezza sufficiente. Tale accertamento è stato nella stragrande maggior parte dei casi del tutto eluso dando esclusivo riferimento al semplice mancato adempimento del dovere di controllo e, in definitiva, al mero aumento (o diminuzione) del rischio²⁴⁷. Ancora una volta sembra trovarsi di fronte a prese di posizione che riecheggiano schemi argomentativi provenienti dal diritto civile dove infatti, la giurisprudenza, ha elaborato tecniche di accertamento della responsabilità fondate su valutazione pro balistiche e sull'utilizzo di presunzioni, più che su criteri meccanici di imputazione basati sul meccanismo causa-effetto²⁴⁸. E' chiaro che nel contesto del diritto penale, per ragioni legate alla tutela dei diritti fondamentali messi in gioco nel processo e ad alle indiscutibili previsioni costituzionali, queste argomentazioni non possono trovare spazio. Nel diritto penale, infatti, non c'è posto per risultati probabilistici ed è evidentemente impensabile un concetto di probabile colpevolezza²⁴⁹. Questa impostazione è confermata più volte dalle stesse Sezioni Unite che hanno avuto modo di ribadire con forza l'importanza dell'accertamento del nesso causale, escludendo a priori una nozione "debole" della causalità operante sul terreno della teoria dell'aumento del rischio, la quale finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità penale²⁵⁰. Anche perché sarebbe oltretutto contrario ai principi costituzionali

1957, 541 in cui l'A. spiega che "affinchè l'omissione (...) possa, sul piano della causalità, considerarsi come comportamento di concorso, non basta che sia di per sé illecita, occorrendo altresì che essa abbia a risolversi nella eliminazione di un ostacolo giuridico posto ad impedire la commissione del delitto.

²⁴⁷ Si veda sul punto anche A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. Pen.*, 2000, 54 ss, il quale rileva, con riferimento alla responsabilità per omesso impedimento dei sindaci, come la giurisprudenza abbia spesso fatto ricorso ad una prova presunta della causalità; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. med., legale*, 1992, 821.

²⁴⁸ M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, 192. L'A, prendendo le mosse dalla difficoltà di prova del nesso causale in tali fattispecie, afferma che "qualora si provi che il soggetto non abbia adottato le misure di sicurezza o le cautele comunque suggerite dagli standard valutativi del momento, non potrà dubitarsi della sussistenza del nesso causale tra azione e danno.

²⁴⁹ P. SUPPES, *Probabilistic Theory of Causality*, Amsterdam, 1970, 8). Alla giuria infatti, non è permesso pronunciare una sentenza per la quale l'accusato ha commesso probabilmente il reato.

²⁵⁰ Cass. sez. un. Pen., 12 luglio 2005 in *Foro it.*, 2006, 2, 86 ss.

condannare un imputato sulla base della mera pubblicità che la sua condotta avrebbe impedito l'evento²⁵¹.

I poteri individuali impeditivi del fatto criminoso attribuiti ai deleganti

Occorre, a questo punto, indagare sui poteri realmente impeditivi attribuiti agli stessi deleganti, *uti singuli*, per impedire la commissione del reato da parte dei delegati.

Una parte della dottrina, nel vigore della vecchia normativa ha sostenuto, prendendo le mosse dalla tesi della sussistenza di un potere individuale di vigilanza anche extraconsiliare, che di fronte alla notizia di atti sicuramente dannosi, sia giustificata una deroga alla regola della collegialità e sia dunque “consentito al singolo amministratore di compiere atti che normalmente non sarebbero di competenza individuale; la ratio di questa estensione di poteri, si afferma, è la stessa che nell'art. 2258 cod. civ., ultimo comma, consente al singolo socio, in regime di amministrazione congiuntiva di compiere atti a lui preclusi, qualora “vi sia urgenza di evitare un danno alla società”²⁵². In sostanza, secondo questa ricostruzione, quando si fosse rivelato di fatto impossibile adempiere al dovere di impedimento nell'ambito del meccanismo collegiale, allora sarebbe scaturito l'obbligo ulteriore di proseguire l'iniziativa individualmente.

²⁵¹ L. H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in Harv. L. rev., 1971, 1372; F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, 1910, 57, secondo il quale “quando il giudice dichiara tenere come probabile che la mia omissione sia stata causa della morte, ritiene come probabile che il delitto fosse commesso. Sennonché, sente che la probabilità non è certezza e che essa ammette anche il possibile contrario e che perciò il giudice che dichiara probabile il delitto nel suo materiale, ammette nel contempo che possa anche non esservi stato delitto nessuno. In contrario bisogna ammettere una di queste due proposizioni: o che si possa condannare un cittadino, ancorché sia rimasto incerto se il delitto fu o no commesso, o che la probabilità e la certezza siano la stessa cosa. La prima è sicuramente una bestemmia giuridica, mentre la seconda è una bestemmia logica. Infatti, finché si dice probabile una conseguenza, si ammette che possa anche non essere vera.

²⁵² G. FRE, Società per azioni, in A. Sciolaja- G. Branca (a cura di), Commentario al codice civile, Bologna, 1976, 100; C. DI NANNI, La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni, Napoli, 1992, 202; A. GAMBINO, Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni, in Studi in onore di Gastone Cottino, I, Torino, 641 ss.

La stragrande maggioranza degli studiosi invece, ritiene che nessuna deroga alla collegialità possa ammettersi sul punto: il singolo amministratore non potrà prendere da solo i provvedimenti diretti ad impedire il compimento di atti pregiudizievoli: Egli dovrà piuttosto riferire al consiglio di amministrazione chiedendo al presidente, eventualmente di disporre la convocazione. Conseguentemente, egli non potrà essere ritenuto responsabile per non avere, individualmente preso provvedimenti in quanto non ha alcun potere individuale al riguardo²⁵³.

Ad esempio, se un amministratore scopre che un funzionario della società si è appropriato di denaro della società, egli ha il dovere di riferirne al consiglio di amministrazione ed incorre in responsabilità se non comunicato quanto è in sua conoscenza; non ha, individualmente, il potere di denunciare il funzionario infedele all'autorità giudiziaria in quanto la denuncia dovrà essere deliberata dal consiglio ed i singoli amministratori potranno, eventualmente essere chiamati a rispondere per aver ommesso di deliberarla. Infatti, l'art. 2392 comma 2 cod. civ, richiede al singolo che voglia essere esonerato dalla responsabilità solidale (attribuitagli proprio in virtù dell'esercizio collegiale dei poteri amministrativi) di esercitare, soprattutto nell'ambito del consiglio, poteri di intervento che siano idonei ad impedire o perfino ad attenuare le conseguenze dannose per la società.

Una volta che il singolo abbia agito (anche manifestando il proprio dissenso la procedura prevista dall'art. 2392 ult. Comma cod. civ.) è esonerato da ogni responsabilità. Dunque, il consigliere senza delega può (e quindi deve) spendersi in consiglio per impedirne l'adozione di una delibera che possa integrare una fattispecie di reato, far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e darne immediata notizia al presidente del collegio sindacale, chiedere al presidente del consiglio di amministrazione la convocazione dello stesso.

²⁵³ F.GALGANO-R.GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, 450; P. ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori "di minoranza"*, op. cit, 817; F. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. Soc.*, 1981, 125, G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* (fondato da F. Vassalli), v. X, tomo III, Torino, 1987, 668.

Come si vede, l'amministratore, in generale, non può direttamente impedire il compimento di fatti criminosi perché non ha il potere di adottare individualmente provvedimenti direttamente impeditivi dell'evento lesivo. Solo eccezionalmente in alcuni casi, anche i deleganti possono individualmente intraprendere alcune iniziative volte a prevenire che il comportamento illecito dei delegati giunga a concretizzarsi in un evento pregiudizievole per la società sono, principalmente: come ad esempio il potere di sollecitare il Pubblico Ministero affinché attivi il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. ovvero il potere di denunciare il fatto alle Autorità di controllo, o l'impugnazione della delibera consiliare. Come nella previgente disciplina, l'amministratore ha il potere - informale, ma individuale - di richiedere al Pubblico Ministero l'avvio del procedimento di controllo giudiziale sulla società. A questo potere era, generalmente, riconosciuta un'effettiva valenza impeditiva; tuttavia, la riforma del diritto societario ha drasticamente limitato il ricorso al procedimento di cui all'art. 2409 cod. civ. portando così ad una contrazione dei poteri e dei doveri degli amministratori non esecutivi: da un lato, escludendo il Pubblico Ministero dalla cerchia dei soggetti legittimati ad attivare il procedimento quando trattasi di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; dall'altro, circoscrivendo il controllo giudiziario ai soli casi di gravi irregolarità "che possono arrecare un danno alla società o a una o più società controllate". Diviene, dunque, un'arma decisamente spuntata: il singolo amministratore, infatti, potrà attivare il pubblico ministero solo nel caso di società con azioni quotate o con azioni diffuse in misura rilevante e solo nel caso di irregolarità di gestione capaci di produrre un danno alla società²⁵⁴.

Pertanto, la norma in esame non potrà essere utilizzata dall'amministratore non esecutivo se il fatto illecito di cui sia venuto a conoscenza si possa concretizzare soltanto in un danno ai soci oppure a terzi estranei alla compagine sociale²⁵⁵. Si pensi, rispettivamente, ad un'appostazione contabile scorretta

²⁵⁴ In tema si veda di recente, G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in P. ABBADESSA- G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v. III, Torino, 2007, 134 ss; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 96 ss.

²⁵⁵ Secondo PAOLUCCI, *sub art. 2409*, in Maffei-Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., II, 1002 ss., il requisito del danno alla società precluderebbe la denuncia al

effettuata per coprire un fondo nero che diminuisce o azzerava l'utile da ripartire²⁵⁶ ovvero ad una condotta truffaldina operata nei confronti dei creditori o dei clienti²⁵⁷. In sostanza, la nuova formulazione della norma, escludendo una serie di irregolarità nella gestione, restringe l'ambito di applicazione del controllo giudiziario sulla gestione²⁵⁸. Inoltre - ma la considerazione valeva anche prima della riforma - le chances di impedimento dell'evento dipendono dal comportamento di soggetti (Pubblico Ministero e Tribunale) sui quali il titolare della posizione di garanzia non ha alcuna possibilità di controllo. Pertanto, il comportamento diligente dell'amministratore non esecutivo che richiede al Pubblico Ministero l'avvio del procedimento di controllo giudiziario rende solo probabile -non certo- che venga arrestata la consumazione del reato in corso prima della produzione dell'evento.

Non diversamente, nel caso in cui la società sia soggetta alla vigilanza di istituzione a stampo pubblicistico (Consob, Banca d'Italia, Isvap, ecc.), l'effettuazione di una segnalazione all'autorità competente può possedere - in linea di massima - un'efficacia preventiva²⁵⁹, ma non è certamente di per sé idonea ad interrompere la consumazione di un reato: sarà quantomeno necessario che l'Autorità eserciti i propri poteri in tempo utile rispetto alla verifica dell'evento.

Per quanto riguarda l'impugnativa della delibera consiliare, il D.Lgs. 6 del 2003, riformulando l'art. 2388 c.c., ha previsto la possibilità per il singolo amministratore, assente o dissenziente, di impugnare le delibere del consiglio che non sono conformi alla legge ovvero allo statuto. Questo potere, che prima

Tribunale per tutte le irregolarità informative in quanto, in questa ipotesi, il pregiudizio al patrimonio sociale si configura tendenzialmente solo in via indiretta.

²⁵⁶ Nel senso del testo V. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, 2007, 138 ss.

²⁵⁷ F. CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 ss.; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 227 ss..

²⁵⁸ V. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 96 ss.

²⁵⁹ In questo senso v. PEDRAZZI, *sub art. 223*, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Commentario Scialoja-Branca, *Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, ora in *Diritto penale*, IV, Milano, 2003, 736.

della riforma era limitato alle delibere assunte in conflitto di interessi, può, in astratto, costituire un valido strumento di impedimento del reato altrui. Tuttavia, la concreta idoneità dell'impugnativa a prevenire la verificazione dell'evento di un reato in fieri è inequivocabilmente legata alle circostanze della fattispecie. Infatti, solo nel caso in cui la decisione consiliare cristallizzata nella delibera costituisca un segmento necessario della condotta criminosa si potrà ritenere che l'impugnazione da parte del delegante possa realmente impedire la commissione del reato. Nelle ipotesi in cui la condotta criminosa dell'amministratore esecutivo sia completamente svincolata dall'assunzione di una decisione formale del consiglio²⁶⁰, invece, l'impugnativa della delibera - con tutta evidenza - non è assolutamente idonea ad impedire che il reato giunga al suo compimento.

Al di fuori dei due poteri segnalati, la dottrina non riconosce più alcuna possibilità al consigliere di incidere «direttamente» sul compimento di fatti criminosi, avendo tale soggetto la sola facoltà di spendersi in consiglio per impedire l'adozione di atti pregiudizievoli, far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, chiederne la convocazione o ancora darne immediata notizia al collegio sindacale. Ma di sicuro l'amministratore delegante, attraverso i suddetti comportamenti, non è in grado di evitare la commissione del fatto di reato, con tutto ciò che ne consegue in tema di concorso omissivo²⁶¹.

In definitiva, è la stessa regola della collegialità a circoscrivere in molti casi le possibilità di intervento del singolo amministratore e di conseguenza la sua posizione di garanzia. Né appare possibile contestare al consigliere non

²⁶⁰ Ad es., in caso di atti pregiudizievoli per il patrimonio sociale effettuati in difformità da una precedente decisione consiliare, oppure quando la competenza a porre in essere l'atto dannoso rientra nelle materie oggetto di delega.

²⁶¹ Soltanto una parte minoritaria della dottrina ammette, infatti, che i poteri dei consiglieri siano anche «individuali», rilevando che alla notizia di atti dannosi non ancora eseguiti sia giustificata una deroga alla collegialità. L'estensione è rintracciata nell'art. 2258 c.c., che consente al singolo socio, in regime di amministrazione congiuntiva, di compiere atti a lui preclusi qualora vi sia urgenza di evitare un danno alla società, cfr. C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992, p. 218.; *contra* la maggioranza degli studiosi, che evidenzia come di regola l'attività dell'amministratore si esaurisce nel voto, e pertanto non può essere ritenuto responsabile per non avere «individualmente» preso provvedimenti, perché non ha il potere di farlo, cfr. M. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 381.

esecutivo l'omessa «denuncia di reato», obbligo che il nostro ordinamento impone, ex artt. 361 e 362 c.p., solo ai P.U. e agli Incaricati di un pubblico servizio²⁶².

Occorre considerare, in ultimo, che l'analisi appena svolta sul dato positivo, già in contrasto con l'orientamento giudiziario favorevole a riconoscere automaticamente in capo agli amministratori non operativi una posizione di garanzia in relazione a qualsiasi reato verificatosi nella gestione d'impresa, si pone in sintonia con gli studi sul «reale» funzionamento dei consigli di amministrazione, che hanno confermato le limitate facoltà spettanti a tali soggetti: è emerso, in effetti, come gli amministratori deleganti non entrano nella gestione quotidiana degli affari, poiché la maggior parte delle decisioni sono prese dagli esecutivi oppure da altri dipendenti, che non appartengono, a loro volta, al consiglio di amministrazione. Tale organo può acquisire la consapevolezza di una specifica decisione anche molto tempo dopo che è stata adottata, posto che il tipico consiglio d'amministrazione è coinvolto soltanto negli atti e nelle transazioni più significative²⁶³.

Il «mito» di un controllo efficace sui vertici esecutivi svolto dagli altri consiglieri ha subito così un ulteriore ridimensionamento. I modelli legali e le strutture dell'ente sono, infatti, di certo rilevanti, ma di secondaria importanza in ambito penale rispetto all'allocazione del potere di «fatto» che deriva dal controllo dell'informazione societaria. Per svolgere le loro funzioni i consiglieri necessitano di dati, che nella maggior parte dei casi ottengono per il tramite degli stessi manager da controllare. Le notizie sono filtrate dagli esecutivi, e di conseguenza la conoscenza che i semplici amministratori hanno della loro società è puramente cartacea. Il *dossier* su cui si basano, a maggior ragione a seguito della novella del 2003 (cfr. art. 2381, comma 5, c.c., sull'obbligo degli

²⁶² L'obbligo di denuncia, ad ogni modo, atterrebbe qui solo ad un reato già «completo» nei suoi elementi e non *in itinere*, così da escludere a priori qualsivoglia rimprovero per l'amministratore delegante a titolo di concorso. Non appare difatti possibile obiettare che l'obbligo di denuncia scatti già per il «tentativo», perché la maggior parte delle fattispecie contestabili ai non esecutivi appartengono alla categoria delle contravvenzioni (c. art 2621 e ss. c.c.), per le quali, come noto, la forma tentata non ha alcun valore penale.

²⁶³ Si vedano al riguardo i numerosi riferimenti agli studi di settore americani contenuti nel lavoro di F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 990 e ss..

amministratori operativi di riferire periodicamente sull'andamento della gestione), è predisposto dagli organi delegati, e ciò si verifica sia nelle società a base familiare che in quelle di grandi dimensioni, a cominciare dalle quotate. Si pensi a cosa accade nell'approvazione del progetto di bilancio: in questo contesto i consiglieri non esecutivi, impossibilitati ad effettuare una verifica di dettaglio, finiscono per affidarsi sulla perizia e sull'onestà dei funzionari amministrativi e, sopra questi, dell'amministratore delegato. D'altra parte, come osservato da autorevole dottrina in modo paradigmatico, solo gli esecutivi sono «in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali»²⁶⁴.

Si è registrato, dunque, un assetto di *governance* societaria diverso da quello degli anni '70. Sino ad allora il modello adottato prevedeva che il consiglio d'amministrazione gestisse gli affari della società e ne determinasse la politica commerciale. I delegati si limitavano ad eseguire le sue decisioni. Oggi però questo sistema non riflette più la realtà del mondo economico, poiché l'organo di governo viene riunito di rado e la gestione è lasciata nelle mani dei consiglieri operativi²⁶⁵.

Le considerazioni svolte, unite a quanto già osservato sulla ricostruzione in termini normativi della posizione di garanzia degli amministratori delegati, spiegano probabilmente perché il legislatore nella recente riforma sul diritto societario abbia eliminato il dovere per tali soggetti di «vigilare» sul generale andamento della società, dovere irrealistico ed in concreto inesigibile se riferito ad un controllo di tipo capillare sull'attività di gestione, prevedendo in sostituzione un periodico obbligo informativo per gli organi operativi sulle attività più rilevanti.

²⁶⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, in L. CONTI (a cura di), Milano, 1999, p. 81; P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quaderni Fiorentini*, 2006, p. 1049.

²⁶⁵ Per dirla con le parole di un economista: «il consiglio di amministrazione consiste in un certo numero di uomini, la cui conoscenza dell'impresa può essere superficiale. Eccezioni a parte, il ruolo dei suoi membri è di semplice assenso. In cambio di una retribuzione e di qualche manicaretto, costoro accettano di essere periodicamente informati dal management sul già deciso e l'universalmente noto. I bords dunque sono amabili entità subordinate al reale potere dei manager», cfr. J. K. GALBRAITH, *The economist of innocent Fraud. Truth for our time*, Boston - New York, 2004, tr. it., *L'economia della truffa*, Milano, 2004 p. 54, passo riportato in F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 994

In conclusione, il richiamo all'art. 40 cpv. c.p. richiede, oggi più di ieri, l'accertamento dei poteri spettanti all'amministratore privo di deleghe, onde evitare che la disciplina sulla partecipazione omissiva nel reato altrui diventi un contenitore nel quale diluire i connotati tipici dell'omissione. La ricostruzione delle posizioni di garanzia, a ben guardare, va operata nei limiti di una corretta interazione tra le clausole contenute negli artt. 40 cpv. e 110 c.p., e quindi non può prescindere dalla concreta valutazione delle facoltà del garante, che, come accennato, incidono a loro volta sull'accertamento del nesso eziologico tra l'inerzia e la fattispecie di reato verificatasi. Difatti, nell'indagare il collegamento tra l'omissione e l'evento, il giudice, dopo aver individuato la condotta del garante astrattamente impeditiva dell'evento, deve, con un giudizio di prognosi postuma, altresì supporre mentalmente come realizzata l'azione doverosa omessa e chiedersi cosa sarebbe accaduto se il garante non fosse rimasto inattivo nel caso concreto, ad esempio se nella specie avesse impugnato la delibera che legittimava pratiche illecite degli esecutivi. Che cosa sarebbe successo se, nel caso di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, avesse sollecitato il P.M. a procedere *ex art. 2409 c.c.*. Ma tale verifica diviene possibile soltanto attraverso una preventiva analisi sui poteri dei consiglieri d'amministrazione ²⁶⁶.

Allo stato attuale, in sintesi, non è sufficiente a determinare un concorso a titolo omissivo il semplice dovere di valutare l'operato altrui o il possesso di determinati poteri, salvo non si dimostri, sul piano oggettivo, che lì dove il garante si fosse attivato avrebbe evitato la commissione dell'illecito penale realizzato. Ne consegue che, eccetto quest'ultima ipotesi, in cui l'amministratore delegante contribuisce «effettivamente» alla realizzazione del reato, una sua responsabilità «penale» deve essere esclusa, e ciò non solo in funzione dei principi che fondano il nostro diritto penale e della disciplina concernente il reato omissivo ma anche per una regola generale dell'ordinamento desumibile dal «dimenticato» art. 196 c.p., che prevede una responsabilità soltanto «civile» in capo ai soggetti apicali nell'ipotesi

²⁶⁶ F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 1043; F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 217.

d'insolvibilità dell'autore del reato, se si tratta della violazione di disposizioni che costui era tenuto a far osservare e delle quali non debba rispondere penalmente.

L'incidenza della riforma del diritto societario sui processi penali per fatti criminosi posti in essere nel vigore della precedente disciplina civilistica

La modifica civilistica pone un ulteriore problema: la limitazione dei doveri di garanzia operata dal legislatore del 2003 produce effetti sull'affermazione di responsabilità dei consiglieri deleganti per fatti presumibilmente realizzati nel vigore della precedente normativa civilistica? L'analisi della struttura del reato omissivo improprio dovrebbe portare ad affermare che “le fonti legali delle diverse posizioni di garanzia, concorrendo a determinare la figura-base del reato omissivo improprio, acquistano (...) un'indubbia efficacia integratrice della norma incriminatrice; infatti, tali fonti descrivendo quelle situazioni alle quali si ricollega il nascere di un obbligo di impedimento dell'evento, contribuiscono alla configurazione del precetto legalmente sanzionato”²⁶⁷. E' stato infatti osservato in dottrina che nei reati omissivi impropri “la fonte legale delle posizioni di garanzia, si pone sullo stesso piano della norma incriminatrice, e ne svolge la stessa funzione”²⁶⁸; tale fonte assume dunque una funzione di completamento descrittivo della fattispecie delittuosa. D'altra parte, dalla lettura dell'art. 40 cod. pen, si ricava agevolmente la conclusione che il concetto di “obbligo giuridico” è chiaramente privo di una sua autonomia e compiutezza di significato; trattasi, infatti, di una semplice formula di sintesi, con cui vengono richiamate le più svariate norme giuridiche che pongono i più svariati obblighi. Quindi è evidente il carattere certamente “integrativo” della relazione tra la fattispecie di reato commissivo mediante omissione e l'universo delle norme giuridiche

²⁶⁷ G. GRASSO, *Il reato*, op. cit., 248;

²⁶⁸ L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 186.

impositive di obblighi di impedimento. Quanto detto ci spinge nel credere che il mutamento della normativa extrapenalistica che disciplina “l’obbligo giuridico” di impedire l’evento, comporti come conseguenza l’applicazione della disciplina sulla successione di leggi penali (art. 2 cod. pen.): “qualora la regola extrapenale integri la fattispecie criminosa fino a costituirne un corpo unico con essa(...) non v’è dubbio che la modificazione dell’elemento integrante e concretizzante si traduca nella modificazione della legge penale stessa”²⁶⁹. Si è già detto che la riforma del diritto societario ha portato ad una contrazione della garanzia esigibile dagli amministratori deleganti, ma per valutarne gli effetti ai fini della successione di leggi penali è indispensabile ancora distinguere se le novità abbiano apportato una disciplina in peius per gli stessi deleganti o meno gravosa rispetto alla precedente. Come già precedentemente analizzato, il generico dovere di vigilanza posto in capo al singolo amministratore, cioè il dovere dell’amministratore di esercitare un controllo costante sull’operato dei delegati, è stato eliminato a favore dell’assai meno stringente dovere collegiale, posti quindi in capo al consiglio di amministrazione, di “valutare l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”, nonché “il generale andamento della gestione; tale dovere viene esplicito “sulla base delle informazioni ricevute” e “sulla base della relazione degli organi delegati”; l’amministratore, poi non è più tenuto alla generica “diligenza del mandatario”, ma alla “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle sue specifiche competenze” (artt. 2381, 3° comma e 1176, 2° comma, cod. civ.). In ogni caso residua nell’area della cooperazione colposa per omissione il dovere degli amministratori di valutare in consiglio il generale andamento della gestione esaminando in modo informato i rapporti periodicamente presentati dagli esecutivi, chiedendo eventualmente, sempre in sede consiliare, nuove informazioni sulla gestione e rilevando, nelle forme imposte dalla legge, i dati indicativi di attività di attività

²⁶⁹ C. PODO, *Successione di legge penali*, in *Noviss. Dig. It.*, 1971, XVIII, 658; L. PICOTTI, *La legge penale*, in F. Bricola- G. Zagrebelsky, *Codice penale*, Torino, 1996, 124 ss.; C. PECORELLA, in G. Marinucci-E-Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato*, Vol. I, 2006, art. 2, 50 ss. E’ opportuno ricordare che la Corte costituzionale è ritornata sul tema con la sentenza n. 394 del 2006, in *Giur. It.*, 2007, 11, 2421 e in *Corriere Giur.*, 2007, 1, 103

criminosi che siano presenti nelle informative trasmesse dai deleganti. L'ambito del dovere dei deleganti sarà comunque circoscritto dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze dei singoli consiglieri: ogni singolo amministratore insomma deve fare ciò che può sulla base delle proprie competenze.

Spostando invece l'attenzione sui problemi di successione di leggi nel contesto del concorso omissivo doloso nei fatti criminosi posti in essere dagli esecutivi, si è già ricordato che la norma centrale su cui la dottrina e la giurisprudenza ancorano il dovere di impedimento dell'evento è rimasta immutata: trattasi dell'art. 2392, comma 2° cod. ci.. Ieri come oggi dunque l'amministratore non esecutivo che, in qualunque modo, venga a conoscenza dell'imminente compimento di atti criminosi da parte del delegato deve agire per impedire il verificarsi dell'evento. Si è anche sottolineato però che con la riforma del 2003 è stato depotenziato lo strumento messo a disposizione dall'art. 2409 cod. civ., sicchè il pubblico ministero, sollecitato dall'amministratore delegante, potrà denunciare le gravi irregolarità nella gestione solo nel caso di società che fannor cirosoo al mercto del capitale di rischio e solo nel caso di irregolarità di gestione capaci di produrre un danno alla società. Dunque, l'indagine sui poteri realmente impeditivi, richiesta dal doppio rancio in bianco operato prima dall'art. 40 cod. pen. E poi dall'art. 2392 comma 2° cod. civ., rimane dunque in proposito essenziale: trattasi infatti di quei poteri giuridici che consentono "al garante di attivarsi con successo per l'impedimento dell'evento" e che costituiscono il fondamento e al contempo segnano il limite esterno della posizione di garanzia. Ancora una volta si deve ribadire che la correlazione sostanziale tra poteri e doveri fonda la responsabilità dei soggetti presenti nella struttura d'impresa. Seguendo il criterio della correlazione tra poteri e dovere come fondamento della responsabilità nei reati omissivi impropri sembra proprio che la posizioni di garanzia abbia subito una contrazione: la soppressione di taluni poteri ha ridotto l'ambito dei correlativi doveri e, dunque, il legislatore ha reso penalmente lecite alcune particolari condotte omissive fino a quel momento ritenute illecite. Siamo in presenza di una ipotesi di *abolitio criminis* parziale,

che emerge da una analisi dei rapporti logico- strutturali tra le due fattispecie: resta punibile la realizzazione di fatti pregiudizievoli che il garante avrebbe dovuto prevenire in quanto avrebbe potuto attivare rimedi astrattamente impeditivi di cui disponeva allora come ancora oggi, mentre ovviamente fuoriesce dall'area dell'illiceità penale il mancato attivarsi con poteri che il garante, a seguito della riforma, non più esercitare. Si è già ricordato che nel vigore della previgente normativa era ben chiaro che la segnalazione al pubblico ministero potesse, in taluni casi, rappresentare per l'amministratore delegante il solo rimedio dotato di una attitudine preventiva; anche in queste ipotesi il limite di quel potere indicava i confini invalicabili del dovere. Prima della riforma dunque, sarebbe stata illecita la condotta dell'amministratore di una società che non faceva ricorso al mercato del capitale di rischio il quale si fosse trovato proprio in queste condizioni (assenza di altri possibili rimedi preventivi), ma pur consapevole del programma criminoso in corso di attuazione nella gestione sociale e deciso ad accettare il rischio della verifica di fattispecie penalmente rilevanti, avesse deciso di non ricorrere all'unico strumento in quel caso esperibile, cioè alla segnalazione al pubblico ministero. Nel vigore del previgente art. 2409 cod. civ. questi avrebbe potuto, se sussistenti i necessari requisiti richiesti dalla legge, agire presso il tribunale ed impedire la realizzazione del fatto criminoso in corso di perpetrazione da parte dei delegati. Nel vigore della precedente disciplina il medesimo amministratore sarebbe stato, quindi, in presenza dei presupposti tratteggiati nei paragrafi precedenti, responsabili dell'omesso impedimento e dunque concorrente nel reato posto in essere dagli esecutivi. Un tale amministratore oggi non sarebbe invece punibile: in una situazione di concreta mancanza degli altri poteri impeditivi del fatto criminoso in itinere, non potrebbe neanche rivolgersi utilmente al pubblico ministero perché questi attivi il rimedio di cui all'art. 2409 cod. civ., dal momento che la società non è una di quelle con azioni quotate o con azioni diffuse in misura rilevante. Lo stesso potrebbe naturalmente dirsi con riferimento a quelle irregolarità della gestione (ragionevolmente capaci di assumere rilevanza penale) che non risultino in grado di cagionare un danno alla società o una o più delle sue controllate. Il

problema è dunque quello di considerare le conseguenze della riforma del diritto societario sulla valutazione penalistica dei fatti pregressi. Ebbene, se il processo penale non è ancora giunto alla sentenza definitiva di condanna, il giudice dovrà vagliare quei fatti alla luce delle intervenute modiche normative ed assolvere se la condotta criminosa non rientra tra quelle coperte delle nuove fattispecie. Ove invece tali fatti siano stati sottoposti a giudizio e sia intervenuta condanna definitiva, la potenziale pertinenza dell'art. 2 comma 2 cod. pen. richiederà che si verifichi se i fatti rientrano nella parziale *abolitio* dovendo la sentenza essere revocata (art. 673 c.p.p.) quando si accerti che la condanna non potrebbe essere pronunciata alla stregua della nuova legge.

BIBLIOGRAFIA

P. ABBADESSA, *Gli organi di gestione nella società per azioni: riflessioni critiche*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, Giuffrè, Milano, 1993, 287. ID, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo"?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 816 ss. ID, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Utet, Torino, 2006, 489. ID, *Nuove regole di governance nel progetto di legge sulla tutela del risparmio*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Atti del Convegno, Napoli, 27-28 maggio 2005, a cura di Associazione Gian Franco Campobasso per lo studio del diritto commerciale e bancario, Giuffrè, Milano, 2006.

N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in N. Abriani, L. Calvosa, G. Ferri jr, G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, C. Motti, M. Notari, A. Paciello, D. Regoli, G.A. Rescio, R. Rosapepe, M. Stella Richter jr e A. Toffoletto, *Diritto delle società (manuale breve)*, Milano, Giuffrè, 2007, 292. ID, *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Giuffrè, Milano, 2004, 3.

V. ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Giuffrè, Milano, 2003, 149. ID, *Gli amministratori delle società per azioni in una prospettiva di riforma*, in *Riv. Soc.*, 1999, 387. ID., *Sub art. 2475*, in *Codice commentato Benazzo-Patriarca*, Torino, 2006, 344;

ALLEGRI - VERONELLI, *L'amministrazione e il controllo*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2010, VI ed., 245.

S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Giappichelli, Torino, 2003, 59 e in *Giur. comm.*, 2003, I, 308.

C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. Dir. comm.*, 2006, I, 675 e in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2007, 279. *ID.*, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in G.B. Ferri e C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Cedam, Padova, 1997, 300 e in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1, Utet, Torino, 2004, 101.

T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, II, Società commerciali*, Roma, 1933, 352.

ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario, contributi per un dibattito*, Bologna, 2002. *ID.*, *il diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti e F. Vella, II, Il Mulino, Bologna, 2006.

F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Pisa, 2004. *ID.*, *La nuova disciplina dell'amministrazione e dei controlli delle s.p.a.*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, Pisa, 2004, 2001. *ID.*, *L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di S.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Utet, Torino, 2006, 603.

A. BARTALENA, *Note in tema di compenso degli amministratori delegati*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 212.

T. BAUMS, *Il sistema di corporate governance in Germania ed i suoi recenti sviluppi*, in *Riv. Soc.*, 1999, 16; *ID.*, *Aktienrecht für globalisierte Kapitalmärkte. General Bericht*, in *Corporate Governance*, Hrsg von P. Hommelhoff, M. Lutter, K. Schmidt, Heidelberg, 2002, 17 ss.

B. BLACK, *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, Stanford Law School, Lohn M. Olin Program in Law and Economics, Working paper n. 219, reperibile al sito <http://papers.ssrn.com/abstract/1>.

A. BLANDINI, *Società quotate e società diffuse. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingeri, V, 10, Esi, Napoli, 2005.

F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985. ID, *Osservazioni sul progetto di nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I. ID, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Tratt. Soc. az.*, diretto da G. E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, 321. ID, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè Milano, 2004. ID, *La responsabilità di amministratori di s.p.a.*, in *AA. VV., Contributi alla riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, n. 3/04, 644.

A. BORGIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975. ID, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978. ID, *Convocazione dell'assemblea e delega di poteri amministrativi*, in *Giur. comm.*, 1981, II. ID, *L'amministrazione delegata*, Nardini Editorie, Firenze, 1986. ID, *La delega di attribuzioni amministrative*, in *Riv. Soc.*, 1981, 17.

L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia*, I, Torino, 1868, p. 442 ss.

A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, 370

S. BRUNO, *Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma*, in *Riv. Soc.*, 2004, 897.

P. BULSO, *Profili problematici della responsabilità penale concorsuale dell'amministratore c.d. «inerte» per il delitto di bancarotta fraudolenta commesso dall'amministratore di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2001, 205.

V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur., comm.*, 2003, I, 389. ID, *Adeguatezza, precauzione, gestione*,

responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

G. CABRAS, *Dissociazione fra poteri di gestione e poteri di rappresentanza degli amministratori: vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 1975, II. ID, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, Torino, 1995

O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2003, 801. ID, *Gli organi delegati nella società per azioni, Profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976. ID, *Obbligo di rendiconto e responsabilità dell'amministratore investito di potere delegato*, in *Giur. comm.*, 1977, II. ID, *I doveri di informazione degli amministratori investiti di potere delegato*, in *L'informazione societaria*, Milano, 1982. ID, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Colombo-Portale, Torino, 1999 ristampa. ID, *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la delega di fatto tra norme vecchie e nuove*, in *Giur. it.*, 2004, 557. ID, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Utet, Torino, 1991, 241. ID, *Nomina dei delegati e interferenze di organi o soggetti esterni al consiglio*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1071.

M. CAMMELLI, *Delega amministrativa*, in *Enc. Giur.*, X, Ist. Della Enciclopedia italiana- Treccani, Roma, 1988, 1.

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, 1988

V. CARIELLO, *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. priv.*, 2005, 287. ID, *I conflitti "interorganici" e "intraorganici" nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.P. Portale, 2 Utet, Torino, 2006, 766.

CARNAZZA – PUGLISI, *Il diritto commerciale secondo il codice di commercio del Regno d'Italia*, II, Milano, 1868, 281.

G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Colombo-Portale, Torino, 1999 ristampa. ID, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contr. Impr.*, 2003, 149.

G. CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Le società*, VIII, 1998, 888.

F. CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 ss.; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 227 ss.

B. CHEFFINS, *Tendenze attuali di corporate governance: da Londra a Milano, via Toronto*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 161.

F. CHIOMENTI, *Il principio della collegialità dell'amministrazione pluripersonale nella società per azioni*, in *Riv. Dir. comm.*, 1982, I, 319.

V. CODA, *Responsabilità degli amministratori e dei direttori, sistema di controllo interno e internal auditing*, Relazione del Convegno ISVI-AIIA "I meccanismi di integrità aziendale: verso una nuova concezione di internal auditing", maggio 1998.

G. E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padova, 1965.

F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974.

R. COSTI, *Modifiche della composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I. ID., *Modifiche alla composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, 147 ss..

G. COTTINO, voce *Società per azioni*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970. ID, *Diritto commerciale, Le Società*, I, II, Cedam, Padova, 1999. ID, *La società per azioni a cento anni dal codice di commercio, in 1882-1982. Cento anni dal codice di commercio. Atti del convegno internazionali di studi*, Taormina 4-6 novembre 1982, Giuffrè, Milano, 107.

M.V. COZIAN, *Droit des societes*, Litec, Paris, 2002.

A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1149 e ss. ID., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. Dir. Pen.*, 1957, 545.

F. D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del convegno internazionale di Studi, Venezia 10-11 novembre 2006, Giuffrè, Milano, 2007, 719.

A. DALMARTELLO, *I poteri di controllo degli amministratori "di minoranza"*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 785 ss.

A. DALMARTELLO- G.B. PORTALE, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo"?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 799.

A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, Utet, 1938.

A. DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi e M.Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, artt. 2380-2396, Egea, Milano, 2005, 99.

F. DENOZZA, *L'amministratore di minoranza e i suoi critici*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 767.

M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Le Società.*, 2004, 938. ID, *La gestione delegata nelle società di capitali, la nuova disciplina*, Cacucci Editore, Bari, 2007.

A. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, 79.

C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Jovene, Napoli, 1992. ID, *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.*, in *La nuova giur. civ. commentata*, 1988, II.

F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1995.

N. DRUEY, *Das schweizerische Obligationenrecht*, bearb. A. Koller, A.K: Schnyder e J.N. Druey, Rurich, 2000, 789.

L. ENRIQUES, *Codici di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari: alcune considerazioni preliminari*, in *Banca imp. Soc.*, 2003, 97. ID, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.

V. ESTEBAN, *La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo*, in G. Esteban Velasco, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid. 1999.

A. EISENBERG, *Corporation and Other Business Organisations*, Foundation, New York, 2000.

G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1952. ID, *La disciplina dell'attività esterna degli organi delegati nelle società per azioni*, in *Riv. not.*, 1954.

I. FARRANDO, *Evolution and Deregulation in the Spanish Corporate Law*, in *Nuovo diritto societario e analisi economica del diritto*, Seminari di studio Università Bocconi, 21 maggio – 11 giugno 2004, Atti raccolti da M. Ventoruzzo, Egea, Milano, 2005, 86.

J. FARRAR, *Company Law*, Butterworhts, London, Edinburgh and Dublin, 1998.

V. FERRARINI, *I Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, 3. ID., *Armonizzare il governo societario in Europa?*, in *Riv. Soc.*, 2004, 560, ss.

G. FERRI, *Delle Società*, in *Comm. cod. civ. Scialoja- Branca*, artt. 2247- 2324 c.c., Zanichelli- Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna- Roma, 1981. ID, *La disciplina delle società nel Codice di commercio del 1882*, in 1882- 1982. Cento anni dal codice di commercio, Atti del convegno internazionale di studi, Taormina 4-6 novembre 1982, Giuffrè, Milano, 91.

G. FERRI jr, *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 625. ID, *Le deleghe interne*, in AA.VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995. ID, *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 39.

P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle delibere assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, ed provv. Milano, 1976. ID., *Indipendente.. da chi; da cosa?*, in *Riv. Soc.*, 2008, 204.

M. FRANZONI, *Società per azioni*, III, *Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori*, Bologna - Roma, 2008, sub art. 2392 c.c., 480.

G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938. ID, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, quinta edizione, Bologna-Roma, 1982.

G. FRÈ – G. SBISA', *Delle società per azioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja- Branca*, a cura di F. Galgano, artt. 2325- 2409 c.c., Zanichelli- Soc., ed. del Foro italiano, Bologna – Roma, 1997.

D. FRENCH, *Company law*, Oxford University, Oxford, 2007.

F. GALGANO, *Recensione a Minervini, Gli amministratori di società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I. ID, *Le società per azioni*, Bologna, 1974. ID, *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, terza edizione, Bologna, 1978. ID, *Diritto commerciale, II, Le società*, Bologna, 1984. ID, *La società per azioni*, seconda

ed., in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1988.

F.GALGANO- R.GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, 450.

A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del convoglio di amministrazione e del comitato esecutivo delle società per azioni*, in *Riv. Dir. comm.*, 1996, I, 1. ID., *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. dir. comm.* 1996, I, 2 e in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Cedam, Padova, 1997, p. 641.

A. GAMBINO – U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, II, Giappichelli, Torino, 2007.

R. GIANNATASIO, *Effetti sulla delega all'amministratore della cessazione della qualità di amministratore dei deleganti*, in *Giust. civ.*, 1962, I.

R. GILSON, *Reinventing The Outside Director: an Agenda for Institutional Investors*, in *43 Stan . L. rev.*, 863.

C. GRASSETTI, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo"?)*, in S. Scotti Camuzzi, A. Dalmartello e G.B. Portale, C. Grassetti, G. Minervini e P. Abbadessa, e in *Giur. comm.*, 1980, I, 808.

G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979.

A. GUACCERO, *sub artt. 2409/VIII-XV*, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 865; GHEZZI, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario Marchetti/Bianchi/Ghezzi/Notari*, Milano, 2005, 43.

A. GUACCERO, *Il triangolo: un consigliere delegato e due presidenti*, in *AGE*, 2007, 381.

R. GUGLIELMETTI, *Delegabilità di poteri per il compimento di affari sociali nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1958.

Y. GUYON, *La corporate governance en droit francais*, in *Riv. Soc.*, 1999. 20.

G. GUIZZI, *Nomina degli amministratori e cooptazione*, in AA. VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, Giuffrè, 1995, 165.

H. HANSMANN, *Agency Problems and Legal Strategies*, in R. KRAAKMAN, P. DAVIES, H. Hansmann, K. Hopt, H. Handa, E. Rock, *The Anatomy of corporate law. A Corporate and functional Approach*, Oxford University, Oxford, 21. Il lavoro si trova pubblicato anche nella traduzione italiana del volume sotto il titolo “*Problemi di Agency e strategie normative*”, in *Diritto societario comparato. Un approccio funzionale*, a cura di L. Enriques, il Mulino, Bolognam 2005, 29.

H. HANRY, *Laws of corparation and other business enterprises*, West. St. Paul, Minn., 2002.

HANSMANN-KRAAKMAN , *The end of history for corporate law*, 2001, *Georgetown Law Journal*, 89, 439-468, HAWLEY, 1966.

B. HOLLAND, *Das amerikanische “bord of directors” und die Furungsor-ganisaton einer monistischen SE in Deuschalnd*, Peter Lang, Frankfurt, 2006.

K. HOPT, *Modern Company and Capital Market Problems. Improving European Corporate Governance after Enron*, in *ECGI Law Working Paper*, n. 5/2002.

K. HOPT- P. LEYENS, *Board Model in Europe. Recent Devolopment of Internal Corporate Governance Structure in Germany, the United Kingdom, Gramnce and Italy*, *ECGI Law Warking Paper* n.18/2004.

M. IRRERA, *Le delibere del consiglio di amministrazione: vizi e strumenti di tutela*, Milano, 2000. *ID*, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*,

Milano, 2005. *ID*, sub art. 2388, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino/Bonfante/Cagnasso/Montalenti, Bologna, 2004, I, 729.

N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa- codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 693.

P.G JAEGER - P. MARCHETTI, *Corporate governance* (Relazione presentata al Comitato Scientifico della Confindustria e discussa a Roma il 22 luglio 1997) in *Giur. comm.*, 1997, I.

M. JENSEN – C. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journ of Law and Economics*, 3, 305; il lavoro è pubblicato per estratto anche in R. ROMANO, *Foundation of Corporate Law*, Oxford University, New York.Oxford, 1993, 7.

R. LENER, *Comitati interni e consiglieri “non sorveglianti”*, in *AGE*, 2007, 369.

G. LAURINI, *Statuti di società e certezza dei poteri rappresentativi*, in *Riv. soc.* 1981.

B. LIBONATI, *Su alcuni poteri dell'amministratore non delegato*, in *Impresa*, 1983.

L. LIN, *The Effectiveness of Outside Directors as a Corporate Governance Mechanism: theories and evidence*, in 90 *Nw. U.L. Rev.*, 898.

P. LOOSE – D. IMPEY, *The company director: power, duties and liabilities*, Jordan, London, 2000.

M. LUTTER, *Corporate governance in Germania*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 1, Giuffrè, Milano, 2002, 109. *ID*, *Vergleichende Corporate Governance, Die deutsche Sicht*, in *ZGR*, 2001, 224.

F. G. MAASSEN, *An International Comparison of Corporate Governance Models. A study on the Formal Independence and Convergence of One- tier and two- tier Corporate Boards of Directors in the United States of America, the United Kingdom and the Netherlands*, Spencer Stuart, Amsterdam, 2002.

C. MALBERTI – M. VENTORUZZO, art. 2380, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghizzi e M. Notari, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, artt. 2380-2396 cc, Egea, Milano, 2005, 3.

G. MARASA', *Le società. Società in generale*, in Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2000.

P. MARCHETTI, *Corporate Governance e disciplina societaria vigente*, in *Riv. not.*, 1996, 418.

M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 85.

M. MARULLI – C. SILVETTI, *Amministratori*, in G. Cavalli – M. Marulli- C. Silveti, *Le società per azioni*, II, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Utet, Torino, 1996, 371.

M. MAUGERI, *Regole autodisciplinari e governo societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 88.

A. MIGNOLI, voce *Amministratori (di società)*, in *Enc. Del dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 130.

G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1957. *ID*, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo "con voto consultivo?)"*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 812 ss.

P. MONTALENTI, *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1997. *ID*, *L'amministrazione sociale* (testo provvisorio), in atti del convegno "Diritto societario: dai progetti alla riforma", Courmayeur, 27-28 settembre 2002. *ID*, *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Le Società*, 1998, 899. *ID*, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, 1, artt., 2325 -2409 cc, Zanichelli, Bologna, 2004, 678. *ID*, *Corporate Governance*,

consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno, in *Riv. Soc.*, 2002, 803. ID, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Utet, Torino, 2006, 833. ID, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *AGE*, 2007, 269.

P. MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Riv. Soc.*, 1997, 195, ss.

A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, 1914, 517. ID., *I motivi del nuovo codice di commercio italiano*, Napoli, 1885, II, 567 ss.

P. MORANDI, Art. 2381, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2, Artt. 2397-2451 cc, Cedam, Padova, 2005, 664. ID., *Sub art. 2475*, in *Commentario Maffei Alberti*, III, Padova, 2005, 1942

G. D. MOSCO, Art. 2380, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, artt. 2380 – 2448 c.c., Jovene, Napoli, 579. ID, Art. 2381, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, artt. 2380 – 2448 c.c., Jovene, Napoli, 593. ID, *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *AGE*, 2006, 33. ID., *la struttura organizzativa e i processi decisionali*, in *Convegno, Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Varese, 20-21 Settembre 2002.

L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, Cedam, Padova, 1957.

E. MURTULA, *Sul dovere di vigilanza degli amministratori di società di capitali (art. 2392, comma 2 c.c.)*, in *Dir. fall.*, 1968, I, 69.

V. MORI, *Società anonima. Amministrazione*, I, Torino, 1897.

L. NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in L. Nazzicone e S. Providenti, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (artt. 2380 – 2409 noviesdecies c.c.)*, *La riforma del diritto societario*, a cura di L. Lo Cascio, 5, Giuffrè, Milano, 2003, 1.

R. NOBILI, *Riunioni e deliberazioni del comitato esecutivo*, in *Riv. soc.*, 1960. *ID*, *Giurisprudenza della Corte suprema in tema di cessazione dell'amministratore delegato*, in *Temi*, 1963.

NOTO-SARDEGNA, *Le società anonime*, Palermo, 1908, 324.

G. OLIVIERI, *Amministratori "indipendenti" e di "minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, in *AGE*, 2006, 23.

G. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I.

S. PACCHI PESUCCI, *Gli amministratori di società per azioni nella prassi statutaria*, in *Riv. Soc.*, 1974, 606.

R. PENNINGTON, *Company Law*, Butterwords, London, 2001.

M. PERRINO, *il ruolo degli amministratori indipendenti nei paesi dell'Europa continentale*, in *AGE*, 2003, 115.

A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni (comitato esecutivo e amministratore delegato)*, Giuffrè, Milano, 1969. *ID*, *Forma delle delibere consiliari e durata delle deleghe di poteri nelle società per azioni*, in *Foro pad.*, 1972, I.

P. PETTITI, *Struttura del comitato esecutivo e responsabilità solidale del consiglio*, in *Amministrazione e amministratori di s.p.a.* a cura di Libonati, Milano, 1995.

E. POLO, *Los administradores y el consejo de administracion de la sociedad anònima*, in *Comentarios al regimen de las sociedadades mercantiles*, dirigido por

Rodrigo Uria e Aurelio Menéndez- Manuel Olivencia, IV, artt. 123- 143, Civitas, Madrid, 1992.

G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Utet, Torino, 2006, 3.

U. PIPIA, *Trattato di diritto commerciale, vol. II*, Torino, 1914, 517; ID., voce “Società anonima”, in *Il Dig. It.*, XXI, III, 2, Torino, 1903-1906, 351 ss.

G. PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 1997, 748 ss.

PRESTI-RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, Società*, Bologna, 2005, II, 148.

M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 2004.

M. RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. Soc.*, 1997, 767 ss.

G.. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 527.

C. ROMANO, *Commento all’art. 2381*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, Torino, 2003, 409.

N. RONDINONE, *I principi della L. n. 366/2001 in tema di composizione e competenze nell’organo amministrativo delle s.p.a.*, in *Le Società*, 2002, 414.

R. ROSAPEPE, *Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione*, in *Riv. Soc.*, 2008, 181.

A. ROSSI, *Art. 2392*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2, artt. 2397- 2451 c.c., Cedam, padova, 2005, 790.

G. ROSSI, *Il mito della corporate governance*, in *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?*, Atti del Convegno, Courmayeur, 28-29 settembre 2001, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 16, Milano, Giuffrè, 2002, 13. ID, *Le regole di “corporate governance” sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. Soc.*, 2001.

V. SALAFIA, *Relazione di sintesi*, in *Atti del convegno “Dalla riforma Draghi alla riforma delle società non quotate”*, in *Le società*, 1999. ID, *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo e diritto societario*, in *Soc.*, 2006, 290. ID, *Gli organi delegati nell’amministrazione della S.p.a.*, in *Le Società*, 2004, 1325.

N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 1ss.

J. SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del consejo de administraciòn*, Cintas, Madrid, 1995, 105.

F. SANCHEZ CALERO, *Administradores*, in *Comentarios a la ley de sociedad anonima*, dirigidos por Fernando Sánchez Caler, IVV, artt. 123-143, Edersa, Madrid, 1994, 470.

P. SANFILIPPO, *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa “obbligatoria”*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, I, 329.

D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs, 17 gennaio 2003, nn.5 e 6*, Giuffrè, Milano, 2003.

P. SCHLESINGER, *Il codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1455.

A. SCIALOJA (Relazione a cura di), *Le società commerciali*, in Commissione Ministeriale per la riforma della legislazione commerciale presieduta dal Prof. C. Vivante, Milano, 1922; ID., *Le società commerciali*, in *Commissione ministeriale per*

la riforma della legislazione commerciale presieduta da Prof- C. Vivante, *Progetto premilitare per il novo codice di commercio*, Milano, 192. ID., *Rassegna critica della giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni. I – Giurisprudenza del 1911*, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, Soc. Ed del Foro Italiano, 1928, 13.162.

S. SCOTTI CAMUZZI, *I poteri di controllo degli amministratori di “minoranza”*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p 787 ss.

A. SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934, 656 ss.

P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, Elementi, Cedam, Padova, 2006.

A. SRAFFA, *Compromessi e società anonime*, in *Riv. Dir. comm.*, 1909, II, 132.

M. STELLA RICHTER Jr, *I comitati interni all’organo amministrativo*, in *Riv. Soc.*, 2007, 260.

L. STANGHELLINI, *Le azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci*, Relazione al Convegno “*Un nuovo diritto societario per lo sviluppo delle imprese*”, Firenze, 2 giugno 2000, reperibile al sito www.associazionepreite.it.

R. TETI, *Imprese, imprenditori e diritto*, in *Storia d’Italia, Annali, L’industria*, a cura di F. Amatori, D. Bigazzi, R. Giannetti, L. Segreto, Einaudi, Torino, 2007, 1239.

F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 23; ID, *sub art. 2392*, in *Società di capitali. Commentario Niccolini-Stagno d’Alcontres*, Jovene, Napoli, 2004, 676.

F. VELLA, *Il corporate governance nella banche tra regole di vigilanza e disciplina di mercato*, in *Banca impr. Soc.*, 1998, 78 ss.

M. VENTORUZZO, *Art. 2391*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi e M.Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, artt. 2380-2396, Egea, Milano, 2005, 423. *ID*, *Art. 2391 bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi e M.Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, artt. 2380-2396, Egea, Milano, 2005, 501. *ID*, *Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2004, 363.

G. VISENTINI, *Argomenti di diritto commerciale*, Giuffrè, 1998. *ID*, *Principi di Diritto Commerciale*, Cedam, 2006. *ID*, *Appunti delle lezioni di Teoria Generale del diritto*, Cedam, 1998. *ID*, *Riflessioni sulle recenti riforme e sulle proposte di riforma in corso delle società per azioni*, Gennaio 2003, p.3.

C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. Dir. comm.*, 1934, 309. *ID*, *Trattato di diritto commerciale*, II, Vallardi, Milano, 1929.

R. WEIGMANN, *Consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza: le prime applicazioni del modello dualistico*, in *AGE*, 2007, 251. *ID*, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, Torino, 1974.

O. WILLIAMSON, *Corporate Finance and Corporate Governance*, in *Jour. of Fin.*, 3 (1988), 567.

A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, 141.

G.M. ZAMPERETTI, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Le Società*, 2006, 1193. *ID*, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005;

V. ZUCCONI, *Indagine su Enron, Scandali alla Casa Bianca*, in *La Repubblica*, 2004.

