

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO DEGLI AFFARI E DIRITTO TRIBUTARIO DELL'IMPRESA

(XXVII CICLO)

TESI DI DOTTORATO

LA GESTIONE DELEGATA: LA PRESTAZIONE GESTORIA E LA RESPONSABILITÀ

DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI

Tutor

Chiar.mo Prof. Gustavo Visentini

Cotutor

Chiar.mo Prof. Vincenzo De Sensi

Candidato

Dott. Alessandro Iucci

Anno Accademico 2015

Al Prof. Visentini,

cui devo la passione per la ricerca

Tutto l'edificio di una società anonima poggia sulla responsabilità degli amministratori [...]. Ravvivando nell'ordinamento delle società anonime l'energia del vincolo sociale che va sempre più scomparendo nelle mani dei gruppi finanziari, che le considerano semplicemente come masse di capitale aperte alla loro invadenza, spero si riesca a salvarle dai vizi che ne corrodono l'esistenza.

C. VIVANTE, *Sul risanamento delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I.

INDICE

Prefazione	IV
------------------	----

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AI TEMI DELLA RICERCA E PREMESSA DI METODO

1. Il consiglio di amministrazione tra alta amministrazione e funzioni di controllo	1
2. Verso un modello manageriale di società per azioni: l'esaltazione del momento gestionale	6
3. Impostazione della ricerca e premessa di metodo	10

CAPITOLO II

PRINCIPI E DISCIPLINA DELLA DELEGA DI FUNZIONI GESTORIE

1. Funzione e storia legislativa della delega gestoria, dal codice del 1865 al codice del 1942.....	15
2. I malumori per l'estensione della responsabilità solidale e i principi della Riforma del 2003	25
3. L'attribuzione delle deleghe gestorie	30
3.1 <i>L'autorizzazione dei soci</i>	32
3.2 <i>La delibera del consiglio di amministrazione e l'accettazione della nomina</i>	35
4. Il contenuto e gli effetti della delega.....	36
5. I limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega.....	41
6. Sovraordinazione del consiglio nella funzione di gestione: revoca, avocazione, indirizzo	45

CAPITOLO III

DILIGENZA E DOVERE D'AGIRE INFORMATO

1. Premesse indispensabili sulla diligenza nel diritto comune delle obbligazioni: nozione e natura giuridica	52
1.1 <i>La funzione giuridica della diligenza ed il commiato delle Sezioni Unite alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato</i>	56
2. Prestazione gestoria e diligenza	59
3. La diligenza secondo la riforma: riallocazione della diligenza ed oggetto della prestazione gestoria.....	63
3.1 <i>La natura dell'incarico</i>	67
3.2 <i>Le specifiche competenze</i>	72
4. Diligenza, perizia e principi di corretta amministrazione.	75
5. La diligenza nella sua declinazione principale: l'agire informato	86
6. Diligenza e amministratori non esecutivi, amministratori di minoranza, amministratori indipendenti. Una premessa definitoria.....	90
6.1 <i>Alla ricerca di uno statuto degli amministratori privi di deleghe</i>	99

CAPITOLO IV

IL CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE GESTORIA DELL'AMMINISTRATORE PRIVO DI DELEGHE

1. Il contenuto della prestazione gestoria	109
1.1 <i>La prestazione gestoria in ipotesi di deleghe speciali</i>	110
2. L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile: la valutazione dell'adeguatezza.....	114
2.1 <i>"Valutare" e "vigilare": premessa definitoria generale sul significato del controllo</i>	120
2.2 <i>I parametri dell'adeguare: dimensioni e natura dell'impresa</i>	124
2.3 <i>Adeguatezza e concreto funzionamento degli assetti</i>	125
2.4 <i>L'organizzazione come funzione continua e progressiva nella fenomenologia societaria</i>	127

2.5	<i>L'assetto organizzativo e amministrativo adeguato</i>	129
2.5.1	<i>La gestione del rischio organizzativo</i>	134
2.5.2	<i>Principi generali nell'articolazione del consiglio di amministrazione</i>	137
2.6	<i>L'assetto contabile adeguato</i>	142
3.	L'assetto informativo adeguato: l'informazione come momento essenziale, prodromico alla prestazione gestoria	145
3.1	<i>Adeguatezza informativa oggettiva e soggettiva: completezza, tempestività, pluralismo informativo</i>	152
3.2	<i>Digressioni sul pluralismo informativo quale principio immanente di razionalità gestoria</i>	155
4.	La valutazione dei piani strategici	164
5.	La valutazione del generale andamento della gestione e della sua prevedibile evoluzione	168
6.	Deleghe atipiche: riflessi sulla responsabilità esterna e sul contenuto della prestazione gestoria	176

CAPITOLO V

POTERI INDIVIDUALI E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE PRIVO DI DELEGHE

1.	Potere, dovere, responsabilità	183
2.	Critica alla tesi della collegialità nei processi cognitivi	188
3.	La differente disciplina dell'accesso informativo: informazione aggregata e informazione grezza	197
4.	Presunzione di affidamento, autonomia statutaria e assetti adeguati	203
	Conclusioni e prospettive	207
	Bibliografia	215

Prefazione

Se la disciplina della responsabilità degli amministratori costituisce lo strumento elettivo per coniugare potere di governo, risultato della gestione e interesse sociale, solo soppesando l'estensione della responsabilità degli amministratori privi di deleghe è possibile saggiare il grado di effettività di un sistema di *corporate governance* che al *board* ambisce affidare una funzione vitale, quale è quella di "controllo". Il contenuto della prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe merita pertanto attenzione precipua: delineando la prestazione gestoria esigibile è possibile tracciare i presupposti e i confini entro cui far schiudere la responsabilità degli amministratori non esecutivi.

Tale è l'oggetto della presente ricerca.

È stato detto che tutto «l'edificio di una società anonima poggia sulla responsabilità degli amministratori»¹: non v'è chi non veda come l'obbiettivo che ci si propone sia ambizioso. Per affrontare lo studio di un argomento tanto vasto, quanto affascinante, passione e dedizione sono l'armamentario indispensabile.

Lo sguardo non può volgersi solamente alla disciplina positiva e alla regolamentare, alle indicazioni provenienti dall'autodisciplina e al dato comparatistico: è «una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà. Se il diritto ha per iscopo di regolare gli effetti di un istituto, è evidente che lo studio pratico della sua natura deve precedere quello del diritto. Compiute queste indagini *rei*

¹ C. VIVANTE, *Sul risanamento delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I.

Prefazione

veritate, si segua per quanto è possibile la linea storica dell'istituto, sceverandolo dagli istituti affini, e si metta a profitto quella conoscenza pratica e storica per sottoporre ad una critica le fonti giuridiche, come le leggi, la giurisprudenza, le consuetudini»².

Se si condivide l'inadeguatezza di un metodo di indagine che si limiti a discutere della bontà delle dottrine e delle norme (a favore di un'impostazione che fa dello studio del diritto una scienza anche di osservazione), riponendo l'attenzione sulla figura degli amministratori non esecutivi, meraviglia non poco lo scollamento tra la definizione accademica delle loro funzioni e l'angolo ove sovente sono fatti accomodare, nell'ambito della gestione patriarcale degli amministratori delegati. Lo stupore non è prerogativa esclusiva dell'esperienza domestica; un noto e compianto economista americano, in questi termini ha stigmatizzato il consiglio di amministrazione delle maggiori società statunitensi: il *board* «consiste in un certo numero di uomini, con la doverosa aggiunta di una o due donne, la cui conoscenza dell'impresa può essere la più superficiale. Eccezioni a parte, il ruolo dei suoi membri è di semplice assenso. In cambio di una retribuzione e di qualche manicaretto, gli amministratori accettano di essere periodicamente informati dal management sul già deciso e l'universalmente noto»³.

² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Prefazione, IV ed., v. I, 1911, p. VIII; cfr. inoltre ID., *La riforma del codice di commercio*, in *Nuova Antologia*, 1923, p. 161: « nulla vi è di estraneo al diritto, perché composto da tutti gli elementi della vita ».

³ J.K. GALBRAITH, *The Economics of Innocent Fraud. Truth For Our Time*, Boston-New York, 2004, trad. it., *L'economia della truffa*, Milano, 2004, 54 ss., la cui interessante consultazione si deve a F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori*

Prefazione

Lo sguardo alla pratica corrente degli affari, lungi dall'arrestarsi alla contemplazione del tangibile, deve allora muoversi in un'altra direzione: recuperare coerenza e logica in un sistema complessivamente considerato. Se la razionalità è principio immanente se non alla legge, quanto meno al diritto, lo "stato delle cose" certo non può giustificare che l'ufficio di amministratore sia poco più che "decorativo"⁴.

Non possono ammettersi, dunque, comode scappatoie ed ingiusti privilegi: occorre «combattere il malvezzo che l'ufficio di amministratore sia considerato come una comoda e lucrosa sinecura se si vuol restituire la pubblica fiducia all'istituto delle società commerciali»⁵.

senza deleghe nei reati posti in essere dagli amministratori delegati, in *Riv. Soc.*, 2007, ove è riportato il medesimo estratto citato nel testo.

⁴ La celebre espressione è mutuata da C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I ed., v. I, Torino, 1893, p. 481., che oltre un secolo fa già biasimava le voluttà che sovente animano chi esercita l'ufficio di amministratore: «molti di essi, specialmente nei consigli numerosi, vi partecipano solo per profittare degli affari sociali a vantaggio dei propri; altri per la vanità di figurarvi accanto a banchieri e uomini politici influenti; altri ne hanno fatto un vero mestiere sedendo nei consigli di parecchie società dove accumulano senza fatica medaglie di presenza e partecipazioni agli utili. Così questi consigli compiono spesso un mero ufficio decorativo, in balia di un direttore o di un amministratore che fa da padrone».

⁵ Così ancora C. VIVANTE, *Relazione al Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio del 1922*, p. 265, il cui pensiero, non lo si nasconde, costituisce una delle dominanti della presente lavoro.

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AI TEMI DELLA RICERCA E PREMESSA DI METODO

1. Il consiglio di amministrazione tra alta amministrazione e funzioni di controllo

Successivamente all'ondata di scandali finanziari avvenuti all'inizio del nuovo millennio e alla crisi internazionale dei mercati che ne è conseguita, la tendenza riformatrice dei vari ordinamenti nazionali, piuttosto che sulla revisione delle regole dell'intermediazione finanziaria, si è maggiormente concentrata sul rafforzamento dei presidi di *corporate governance*⁶ delle società quotate, secondo una linea direttrice inaugurata negli USA con il *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* del 2002 (più noto come *Sarbanes-Oxley Act*)⁷.

⁶ All'espressione *corporate governance*, la cui fortuna nel lessico giuridico è convenzionalmente fatta risalire al contributo dell'American Law Institute *Principle of Corporate Governance* del 1992, vengono comunemente assegnati due significati: da un lato, in una più ristretta accezione, il sintagma *corporate governance* identifica l'insieme di regole che presiedono alla direzione dell'impresa azionaria ed in particolare al sistema dei controlli sull'amministrazione; dall'altro, in un senso più ampio, la locuzione allude al più vasto insieme di norme funzionali all'allocazione efficiente del controllo sull'impresa, a presidio di tutti coloro i quali appuntano il loro interesse qualificato sull'impresa, nonché ad assicurare una gestione imprenditoriale che possa essere corretta, trasparente ed efficace.

⁷ La regolamentazione dei mercati finanziari assume ruolo preponderante nell'ambito della politica economica solo successivamente: se «la bolla speculativa dei primi anni Duemila e gli scandali finanziari che avevano coinvolto grandi gruppi internazionali (da Enron, Worldcom e Vivendi sino ai nostrani Parmalat e Cirio) avevano evidenziato come il "risparmio" si stesse progressivamente spostando dalle banche al mercato finanziario, la recente crisi dei *subprime* ha sancito il tramonto dell'ideale separazione tra finanza e c.d. "economia reale" » (P. MONTALENTI, in P. MONTALENTI - S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Vol. II, Bologna, 2010, p. 1806).

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

Un quadro comune anche alla nostra legislazione, in cui, tuttavia, alla episodicità e alla frammentarietà degli interventi normativi ha fatto riscontro un sistema ove funzioni e procedure di monitoraggio si sono moltiplicate e financo sovrapposte, facendosi affidamento su di una scala valoriale che sembra aver trovato al suo vertice la quantità dei controlli, piuttosto che la loro qualità⁸.

Una delle dominanti della revisione critica delle legislazioni si rinviene nel rinvigorimento dell'attività di monitoraggio del consiglio di amministrazione⁹, sulla base di

⁸ La disorganicità del sistema dei controlli interni ed esterni è affermazione ricorrente in dottrina; per uno sguardo d'insieme, si rinvia al contributo AA.VV., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010; per una posizione neutra, secondo cui, invece, un sistema di controllo policentrico potrebbe, quanto meno in teoria, responsabilizzare i diversi controllori, visto il rischio che l'attivazione dell'organo concorrente possa essere valutata come negligenza dell'organo inerte, cfr. P. MONTALENTI in N. ABRIANI - P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società per azioni* a cura di N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso e P. Montalenti, Padova, 2010, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, Vol. IV, Tomo I, p. 630; ID., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, p. 294; posizione rimeditata, tuttavia, in P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, I, §§ 21 e 22: «Oltre ad eliminare le sovrapposizioni di funzioni, che, pur operando, in parte come forme di cooperazione sinergica si configurano, per plurimi profili, come vere e proprie duplicazioni, è necessario fornire una soluzione al problema centrale sia sul terreno del riassetto sistematico di una sezione complessa e articolata dell'ordinamento societario sia sul piano della concreta operatività della gestione. E il problema centrale consiste, a mio avviso, nell'individuare regole efficaci per il coordinamento tra organi e funzioni, questione peraltro strettamente connessa al tema delle sovrapposizioni. Gli operatori si chiedono, infatti, come introdurre un nesso funzionale e operativo che conduca ad omogenea se pur articolata unità i diversi segmenti che compongono l'intero meccanismo dei controlli e cioè i rapporti tra funzioni (le diverse fattispecie di controllo) e organi ad esse deputati (sindaci, revisori, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, *leading independent director*, comitato *audit*, preposto al controllo interno, responsabile dei documenti contabili, organismo di vigilanza, responsabile antiriciclaggio, ecc.)».

⁹ Sulla trasformazione del consiglio di amministrazione da *managing board* a *monitoring board*, per tutti cfr. M. EISENBERG, *The structure of corporate governance*, Boston-

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

un armamentario che trova un verbo quasi taumaturgico nell'implementazione di nuove regole su composizione del consiglio e attribuzioni degli amministratori non esecutivi e, precipuamente, degli amministratori c.d. "indipendenti"¹⁰.

L'articolazione del consiglio di amministrazione mediante la delega di funzioni ad uno o più consiglieri, eventualmente raccolti in un comitato, è modalità di strutturazione della funzione amministrativa connaturata alle realtà imprenditoriali di medio-grandi dimensioni: la concentrazione è imposta da elementari esigenze di dinamicità e specializzazione del potere gestorio, in funzione della complessità dei rapporti e degli interessi che sull'impresa si intrecciano.

Anche nelle esperienze continentali si è radicata la concezione del consiglio di amministrazione quale organo deputato all'alta amministrazione dell'impresa societaria, cui

Toronto, 1976, il cui pensiero, ancora oggi attuale, è stato trasfuso negli *A.L.I. Principles of Corporate Governance*, dei quali Eisenberg è stato il principale redattore; per un contributo più recente, cfr. J. R. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton-Oxford, 2008, p. 51 ss.

¹⁰ Che gli amministratori indipendenti siano ormai una realtà anche nel panorama italiano delle società quotate è un dato di fatto: in media quattro amministratori su dieci si fregiano della qualifica di indipendente (cfr. COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Relazione Annuale 2013*, p. 10). Ulteriore dato di fatto, corroborato dai più recenti scandali societari, è che la massiccia presenza degli indipendenti poco abbia giovato ad un "buon governo societario". Il giudizio, tuttavia, almeno su tale ultimo punto, non può che essere parziale, dovendosi considerare anche il condizionamento preventivo che la semplice presenza di indipendenti in seno al consiglio può produrre sulle scelte gestorie. Negli Stati Uniti la presenza degli indipendenti è ancora più massiccia: passa nel periodo 1950-2005 dal 20% al 75%, sino a raggiungere l'82% nel 2008 (S. M. BAINBRIDGE, *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, 2012, p. 77, al quale si rinvia anche per una valutazione d'insieme del ruolo degli *outside directors*).

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

attribuire funzioni strategiche e di controllo sui delegati, confidando nel ruolo garantistico svolto dagli amministratori indipendenti¹¹, secondo una linea d'intervento tracciata in ambito comunitario sin dalla Raccomandazione 2005/162/CE e già preconizzata nel contesto domestico dal Codice di Autodisciplina delle società quotate. Pur nella diversità degli assetti proprietari¹², si assiste ad una sostanziale convergenza

¹¹ Non rientra tra gli oggetti del presente lavoro la verifica teorica e empirica dell'utilità della figura dell'amministratore indipendente. Come si è dato atto della sua crescente presenza in seno ai *board* degli emittenti, così può solo constatarsi che sul tema qui accennato non esiste unanimità di vedute. Per una posizione fortemente critica, cfr. N. SANDULLI – S. RIGHI, *Amministratori indipendenti, bravi e purtroppo inutili*, disponibile su www.conapa.it, ove sono passati in rassegna i principali scandali finanziari dell'esperienza domestica; R. LENER, *Gli amministratori indipendenti, in Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 126 ss.; per uno quadro eterogeneo di contributi, cfr. AA. VV., *La corporate governance e il risparmio gestito*, Assogestioni, Quaderno, 27, Milano, 2006 ed in particolare M. ONADO, *Gli amministratori indipendenti nelle società di gestione del risparmio*, ivi, p. 47 ss., ove è sottolineata in relazione agli scandali finanziari più noti (Enron, Parmalat, Bibop, Bpi) l'esistenza di profonde cointeressenze tra l'emittente e i suoi presunti amministratori "indipendenti"; in senso contrario, cfr. ASSONIME, *Circolare n. 45/2009, L'indipendenza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo nella società per azioni*, consultabile su www.confindustriapa.it; P. MARCHETTI, *L'indipendenza degli amministratori*, in *La corporate governance e il risparmio gestito*, cit., p. 17 ss.; per il diritto americano, cfr. J. GORDON, *The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices*, 59 Stan. L. Rev. 1465, 2007, disponibile su <http://www.stanfordlawreview.org>.

¹² La differente struttura proprietaria dell'emittente si riflette inevitabilmente sulla individuazione dei problemi di *agency*: nelle società con azionariato parcellizzato l'attenzione si concentra sui rapporti tra *shareholders* e *management*; nelle realtà societarie a proprietà concentrata, le criticità vanno più correttamente ricercate nei rapporti tra azionisti di controllo, di cui il *management* è diretta espressione, e minoranza azionaria. A conferma dell'assunto, valgono i richiami alla figura domestica del c.d. "amministratore della minoranza" e alla rubrica del Capo II, Sez. II del titolo III del TUF, che nella sua formulazione originaria emblematicamente titolava "Tutela delle minoranze". Si veda in proposito COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina*, Luglio 2014, Art. 3 - *Amministratori indipendenti, Commento*, ove si legge: «Negli emittenti con azionariato diffuso l'aspetto più delicato consiste nell'allineamento degli interessi degli amministratori esecutivi con quelli degli azionisti. In tali emittenti, quindi, prevale un'esigenza di autonomia nei confronti degli amministratori esecutivi. Negli emittenti con proprietà concentrata, o dove sia comunque identificabile un gruppo di controllo,

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

verso modelli di *governance* societaria in cui alla rottura dell'unità gestoria dell'organo amministrativo, alla diversificazione di ruoli, di competenze e di responsabilità fa da contraltare l'affidamento alla componente non esecutiva di una funzione di presidio all'effettività dei doveri del *plenum*, in primo luogo in punto di vigilanza e controllo sul *management*.

Sganciandosi dalla radice etimologica¹³, la nozione di controllo ha nel tempo sviluppato una natura polisemica¹⁴, essendo plurimi i significati ricollegabili al lessema "controllo".

Da un lato, in assonanza con l'etimologia del termine, secondo una nozione ormai classica nella letteratura giuridica il controllo allude alla «verificazione di regolarità di una funzione propria o aliena»¹⁵.

Dall'altro, il controllo nell'accezione di dominio, signoria, direzione, che si configura nell'ipotesi in cui l'attività di verifica e valutazione sia svolta dal medesimo soggetto che definisce il parametro cui l'attività deve adeguarsi, sicché il controllo, prima ancora di esplicarsi nell'impartire direttive o

pur continuando a sussistere la problematica dell'allineamento degli interessi degli amministratori esecutivi con quelli degli azionisti, emerge altresì l'esigenza che alcuni amministratori siano indipendenti anche dagli azionisti di controllo o comunque in grado di esercitare un'influenza notevole».

¹³ Il lessema "controllo" deriva dal francese *contre-rôle*, a suo volta derivato dal latino tardo medioevale *contra-rotulum*, ossia il registro di riscontro compilato con scopi di verifica e vigilanza di dati e fatti afferenti ad un'attività amministrativa.

¹⁴ Gli interessanti spunti etimologici e semantici sono mutuati da M. STELLA RICHTER, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 2012, IV, p. 663 e P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, *Elementi*, Padova, 2009, p. 40, ove ai fini dello studio dei controlli societari è richiamata la nozione classica di controllo di Massimo Severo Giannini, riportata nel testo.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263 s.

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

nell'avocare a sé la funzione, implica il potere di tracciare la direzione cui la funzione stessa deve tendere.

Entrambe le accezioni sono peraltro accomunate da un postulato operativo: l'effettività del controllo presuppone inevitabilmente che il suo titolare disponga di un bagaglio cognitivo adeguato e di strumenti d'intervento idonei.

La materia del controllo societario è stata oggetto nell'ultimo decennio di un corposo novero di interventi, sia a livello legislativo, che a livello regolamentare e di autodisciplina. Ricco è il dibattito in dottrina, alimentato dalla congenita difficoltà di assoggettare la materia ad un equilibrio di forme e di sostanza.

2. Verso un modello manageriale di società per azioni: l'esaltazione del momento gestionale

Se nel vigore del Codice di Commercio del 1882 Cesare Vivante assegnava all'assemblea il ruolo di *organo supremo della volontà sociale*, con la codificazione del 1942 si è inaugurato un lungo processo che, salvo qualche sporadica sortita di segno contrario, ha determinato un progressivo ridimensionamento del ruolo dell'assemblea, cui è corrisposto un netto potenziamento delle competenze e delle responsabilità

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

dell'organo amministrativo. Un processo evolutivo di «esaltazione del momento gestionale»¹⁶, che ha trovato nella riforma societaria del 2003 la sua più vivida testimonianza¹⁷.

Tralasciando ogni giudizio di valore, in un contesto di marcata e crescente globalizzazione del mercato dei capitali (in ambito comunitario tanto più impellente a seguito delle note sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Centros* e *Uberseering*), il legislatore della riforma ha perseguito il raggiungimento dell'efficienza societaria per mezzo dell'introduzione di un modello manageriale di società per azioni, realizzato spostando il baricentro decisionale dall'assemblea a favore degli amministratori, riducendo i poteri di *voice* e di controllo dei soci e parallelamente potenziando i loro diritti di *exit* (cfr. artt. 2364, n. 5, 2380-*bis*, 2377 s., 2409, 2437 s., c.c.)¹⁸.

¹⁶ L'espressione appartiene a V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 405.

¹⁷ Tra i principi fondanti della riforma del diritto societario rientra proprio la concentrazione nelle mani dell'organo amministrativo del governo dell'impresa societaria: cfr. l'art. 4, c. 8, lett. c) della L. n. 366/2001 di Delega al Governo per la riforma del diritto societario, ai sensi del quale in materia di organo amministrativo la riforma è diretta tra l'altro a «definire le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale».

¹⁸ Trattandosi di un tematica che meriterebbe riflessioni di ben altro respiro, in questa sede sia consentito evidenziare unicamente lo scarto sussistente tra il combinato disposto dei nuovi artt. 2380-*bis* e 2364, n. 4 c.c. e l'art. 122 cod. comm. del 1982, introdotto proprio per astringere gli amministratori al contenuto del proprio mandato. Il codice di commercio, in particolare, dopo aver qualificato nuovamente come mandatari gli amministratori della società (art. 121) e specificato le loro responsabilità (art. 122, cc. 1 e 2), all'art. 122, l'ult. cpv. prescrive che gli stessi non possono fare altre operazioni, *che quelle espressamente menzionate nell'atto costitutivo*. In altri termini, «si volle limitare il mandato degli amministratori a quelle sole operazione che sono autorizzate e menzionate nello statuto» (così la Relazione Mancini, p. 312). Sebbene fossero *in nuce* gli elementi per rinvenire nell'oggetto sociale la vera linea di demarcazione della competenza gestoria degli amministratori (cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, Volume II - Le società*

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

Alla base v'era la convinzione dell'inutilità dell'assemblea, quale momento meramente rituale, ratificativo di una volontà già preconstituita in altra sede. Sul tema merita nuovamente richiamo il pensiero di Cesare Vivante, i cui rilievi si distinguono per l'esemplare incisività: «Nel sistema della legge, come nella pratica, l'assemblea non è un organo amministrativo atto a deliberare sulle singole operazioni: la lentezza, la pubblicità delle sue riunioni vi si oppongono: l'ora utile per l'affare sarebbe passata e trapassata quando giungesse la deliberazione dell'assemblea»¹⁹; se così è, allora, l'assemblea non prende «parte di regola all'amministrazione, se non con un'opera di riscontro sulle operazioni già fatte, mediante l'approvazione del bilancio e il suo giudizio sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci»²⁰.

Nemmeno il recepimento in Italia della c.d. Direttiva Azionisti²¹ sembra poter revocare in dubbio la

commerciali, Milano, 1923, p. 288), l'esistenza dell'organo amministrativo veniva ancora vista quale mera necessità giuridica, in quanto imposta dal diritto, giacché per «un'esigenza logica [...] il solo organo essenziale di una società anonima è l'assemblea dei soci [...] mentre ogni altro organo [...] deriva i suoi poteri da ragioni di opportunità pratiche» (A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio - A. Rocco - C. Vivante, Torino, 1938, p. 209).

¹⁹ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, Volume II - Le società commerciali*, Milano, 1923, p. 288.

²⁰ C. VIVANTE, op. ult. cit., p. 381.

²¹ L'intervento del legislatore comunitario è dichiaratamente votato all'introduzione di «norme minime volte a proteggere gli investitori e a promuovere l'esercizio agevole e effettivo dei diritti» (IV Considerando), sul presupposto che «un controllo effettivo da parte degli azionisti è una condizione preliminare per un buon governo societario e dovrebbe quindi essere agevolato e incoraggiato» (III

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

strada tracciata con la scelta efficientista del 2003. La riscrittura della disciplina assembleare ha indubbiamente inciso sul sistema di *governance* delle società quotate, nel quale un ruolo significativo è assegnato all'attivismo dei soci: l'implementazione di mezzi e strumenti, funzionali a consentire l'esercizio effettivo dei diritti di informazione e di voto, ha reso nettamente più incisiva l'attività di monitoraggio e di *voice* che gli azionisti possono effettuare. Nelle intenzioni del legislatore comunitario l'assemblea deve diventare strumento di governo societario, catalizzatore di informazioni, luogo elettivo per la dialettica amministratori-azionisti e momento essenziale anche per il controllo da parte del mercato, della comunità finanziaria, dell'opinione pubblica.

Vero è che l'assetto generale in materia di competenze degli organi societari rimane saldo e che l'attivismo dei soci, oltre ad essere affidato ad un'episodica coagulazione degli azionisti di risparmio o allo zelo degli investitori istituzionali, difficilmente potrebbe spostare gli equilibri di una disciplina, che assume come modello di *default* un tipo manageriale di società, in cui le funzioni

Considerando). Il recepimento della direttiva 2007/36/CE (c.d. "Direttiva Azionisti") è avvenuto nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 27 gennaio 2010, n. 27, attuativo della delega contenuta all'articolo 31 della L. 7 luglio 2009, n. 88; successivamente alla stagione assembleare 2011, sfruttando l'ulteriore delega contenuta all'art. 1, c. 5 della L. n. 88/2009, il d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91 ha poi realizzato un'ulteriore «serie di interventi, sostanzialmente di *fine tuning*, volti ad agevolare l'operatività del nuovo assetto normativo» (così il documento di consultazione ministeriale del 13.2.2012).

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

gestorie sono concentrate su uno o più amministratori delegati ovvero su un ristretto comitato esecutivo²².

Figurativamente, l'innesto della Direttiva Azionisti nel nostro ordinamento può leggersi come l'ulteriore oscillazione di un pendolo, il cui moto, tuttavia, è scandito da una sempre maggiore attrazione verso uno dei poli del suo oscillare²³.

3. Impostazione della ricerca e premessa di metodo

Nell'architettura manageriale della società per azioni si innesta l'istituto della delega gestoria, quale strumento elettivo di ulteriore concentrazione del potere, per adeguare l'assetto organizzativo alla crescente complessità della realtà d'impresa, sezionando funzioni e competenze e distinguendo tra amministratori esecutivi e amministratori non esecutivi,

²² Già nel vigore del codice di commercio del 1882, guardando alla pratica di affidare la gestione corrente dell'impresa ad una singola persona, si osservava acutamente come egli tenga «spesse volte nelle mani tutta la gestione sociale, e ne diviene il vero padrone. Insofferente di consigli, di freni e di minuti riscontri da parte di chi stima meno esperto di sé, conduce l'impresa sociale dispoticamente alla prosperità o alla rovina, molte volte alla rovina passando per la prosperità» (C. VIVANTE, op. ult. cit., p. 286).

²³ L'evocazione di un "pendolo normativo" è compiuta da P. MONTALENTI in N. ABRIANI - P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, cit., p. 623.

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

onde dare rilievo e ruolo specifici alle diverse personalità e professionalità che siedono nel *board*.

Nell'ambito della rinnovata disciplina civilistica, due sono le disposizioni cardine ai fini della determinazione della prestazione gestoria degli amministratori non esecutivi: l'art. 2381 c.c., che nell'ipotesi di deleghe di potere ripartisce analiticamente competenze e funzioni tra organi delegati e *plenum*, dedicando particolare attenzione alla disciplina dei flussi informativi interorganici ed incentrando sul dovere di agire informato la principale declinazione del comportamento diligente; l'art. 2932 c.c., che vede riformuli i criteri di imputazione della responsabilità solidale e la nozione di diligenza.

Senza trascurare l'opportuna valorizzazione delle ulteriori modifiche normative comunque rilevanti sul tema che qui si discute (cfr. artt. 2380-*bis* e 2403 c.c.), l'obiettivo della ricerca consiste nel verificare, al di là delle cesure testuali, la reale portata delle novità legislative sui giudizi di responsabilità per *mala gestio* e quindi l'esistenza di eventuali soluzioni di continuità rispetto all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale precedentemente sviluppatasi.

Oltre al dato comparatistico e alle discipline speciali applicabili in ragione della quotazione ovvero in funzione dello specifico settore in cui l'attività è esercitata (bancaria, assicurativa, etc.), particolare interesse sarà appuntato sul Codice di Autodisciplina elaborato dal Comitato per la

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

Corporate Governance, da apprezzare sotto un duplice angolo visuale: da un lato, quale paradigma delle *best practices* in materia; dall'altro, quale quadro disciplinare da cui eventualmente estrapolare soluzioni e principi applicabili a prescindere dalla soggezione del singolo emittente all'autodisciplina, sul presupposto che se ne possa scorgere la diretta promanazione da quei criteri di corretta amministrazione, che in ogni caso governano l'agire amministrativo.

L'analisi viene condotta prendendo come modello di riferimento l'ipotesi paradigmatica di società per azioni, utilizzata come modello di *default* dal legislatore della riforma: una società di medio-grandi dimensioni, che abbia adottato il modello tradizionale di amministrazione e controllo e strutturato l'organo amministrativo in maniera articolata, delegando le funzioni di gestione a singoli componenti o ad un comitato esecutivo. È proprio l'accrescimento della complessità organizzativa delle realtà imprenditoriali medio-grandi, cui è a doppio filo legata l'articolazione dell'assetto organizzativo mediante delega di funzioni, ad imporre un significativo sforzo interpretativo nel sindacare il comportamento degli amministratori.

Il Capitolo II sarà dedicato a delineare principi e disciplina essenziali della delega di funzioni. Nelle sue interrelazioni con il tema della responsabilità per *mala gestio* la delega gestoria pone un triplice ordine di problemi: da un

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

lato, il paradigma legale per l'attribuzione di poteri ai delegati e le conseguenze delle sue eventuali deviazioni; dall'altro, la tipologia e l'estensione del controllo sui delegati da parte del consiglio, cui si lega il problema dei flussi informativi intra-consigliari; infine, logicamente distinto, sebbene giuridicamente interconnesso al punto che precede, l'individuazione dei poteri individuali di informazione che eventualmente spettino ai singoli membri del *board* e le ripercussioni della delega di funzioni sul regime della responsabilità solidale degli amministratori.

Nel tracciare l'estensione della responsabilità risarcitoria degli amministratori non esecutivi, coesistente alla determinazione del contenuto della loro prestazione è il tema della diligenza richiesta nell'espletamento dell'incarico, la cui definizione normativa, quanto meno da un punto di vista testuale, è il risultato di un significativo *restyling* normativo. Il Capitolo III si occuperà di indagare il significato della nuova nozione di diligenza; oggetto di approfondimento sarà inoltre il c.d. "dovere di agire informato", nella convinzione che il medesimo rientri non tanto nel contenuto della prestazione gestoria, quanto nei criteri per valutare la correttezza del comportamento tenuto del debitore.

Il contenuto della prestazione gestoria costituisce l'oggetto precipuo del Capitolo IV. In quanto misura della esatta esecuzione di una prestazione, la diligenza

CAPITOLO I

Introduzione ai temi della ricerca e premessa di metodo

presuppone già definita l'estensione di quello che il debitore è tenuto a fare: la sua anticipazione rispetto al tema qui trattato può dunque sembrare illogica. Vero è che introdurre il tema della diligenza prima della trattazione del contenuto - affatto eterogeneo - della prestazione gestoria consente una maggiore precisione nel declinare ciò che, caso per caso, deve ritenersi adempimento diligente.

Nel Capitolo V, infine, si approfondirà il tema dei poteri di informazione - se mai ve ne siano ancora - da riconoscere individualmente ad ogni amministratore, poiché è sul piano dei poteri, in correlazione ai doveri, che può definirsi la prestazione esigibile e, quindi, intendere quali confini ha la responsabilità solidale. Nell'accentramento del governo societario è endemica la nascita di rilevanti asimmetrie informative: i poteri conoscitivi degli amministratori non esecutivi delimitano inevitabilmente - ed in maniera invalicabile - la sfera dei doveri, sicché sulla relativa ampiezza deve accordarsi la responsabilità risarcitoria.

CAPITOLO II

PRINCIPI E DISCIPLINA DELLA DELEGA DI FUNZIONI GESTORIE

1. Funzione e storia legislativa della delega gestoria, dal codice del 1865 al codice del 1942

La delega di competenze gestorie costituisce il modello tipico di organizzazione della funzione amministrativa nella società per azioni non piccola, consentendo all'autonomia statutaria spiccata elasticità nella conformazione e razionalizzazione del potere gestorio²⁴. In particolare, la delega permette di coniugare i vantaggi dell'amministrazione collegiale (pluralismo di competenze e specializzazioni tecnico-professionali, ponderazione delle decisioni) con la flessibilità e la snellezza dell'amministrazione unipersonale: risulta pertanto «evidente come la principale funzione pratico-economica della delega dei poteri consista nel concentrare nelle mani di uno solo o di pochi un certo insieme di attribuzioni che, altrimenti, verrebbero esercitate dal consiglio di amministrazione, unitariamente considerato. Al tempo stesso, il consiglio non viene spogliato dei suoi poteri, per

²⁴ Sul tema si rinvia a G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1952, p. 5, il quale già a metà del secolo scorso osservava essere «noto come il sistema delle deleghe di potere amministrativo sia stato da tempo introdotto dalla prassi statutaria sotto lo stimolo di insopprimibili esigenze di funzionalità e di efficienza amministrativa, sulle quali esigenze non occorre che anche da parte nostra ci si soffermi, essendo sufficiente rilevare [...] come tale sistema costituisca da tempo una naturale conseguenza dello sviluppo dimensionale delle imprese sociali, la cui organizzazione, man mano che diviene più complessa, richiede inevitabilmente una maggiore articolazione dell'organo amministrativo, una più adeguata distribuzione di compiti ed una più precisa individuazione di poteri e responsabilità».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

cui può intervenire tutte le volte che lo reputi necessario»²⁵. Nell'impossibilità di assolutizzare un *optimum* organizzativo, il legislatore assegna dapprima ai soci, e poi agli amministratori, il compito di costruire l'assetto organizzativo più consono alle specifiche esigenze della impresa esercitata: se la scelta di fondo tra unipersonalità e pluripersonalità e la stessa possibilità di deleghe di potere è riservata ai soci, la conformazione ottimale per il perseguimento dell'efficienza, della duttilità e della coerenza decisionale è di pertinenza dell'organo amministrativo. Di converso, la segregazione di sfere di potere più o meno estese all'interno del consiglio solleva il delicato problema della fluidità informativa intraorganica, quale imprescindibile garanzia dell'unità gestoria e della diffusione della responsabilità.

Sotto il Codice del 1865, l'istituto della delega si afferma nella prassi di affidare alla «spedizione degli affari quotidiani [...] un direttore, scelto fuori dal consiglio di amministrazione. Mentre questo si raduna a intervalli, quello si dedica per intero, quotidianamente, al servizio della società, facendone di solito la professione della sua vita. Egli deve considerarsi come l'organo esecutivo del consiglio da

²⁵ A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, 1982, p. 63; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., 30 s., secondo cui «la disciplina vigente della delega di potere amministrativo tende quindi [...] ad adeguarsi alla prassi che utilizza l'istituto non solo in funzione di razionalizzazione dell'esercizio del potere amministrativo, ma anche quale strumento di concentrazione (almeno a livello di grande impresa) di tale potere»; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Società*, 2004.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

cui dipende, e come tale è per lo più autorizzato a concludere gli affari ordinari»²⁶.

Dalla pratica di affidare la gestione materiale dell'impresa a soggetti esterni al consiglio nasce la figura del c.d. "direttore generale"²⁷, in relazione alla quale già si intravedeva il delicato problema della distribuzione della responsabilità tra amministratori deleganti e soggetti incaricati delle funzioni esecutive²⁸. La prassi di affidare ad uno degli amministratori il compito di dare esecuzione alle delibere del consiglio si sviluppa solo successivamente: la posizione di amministratore contiene l'ingrediente per la successiva evoluzione dell'istituto, con la trasformazione dei delegati da organo esecutivo in organo sostanzialmente direttivo²⁹. Peraltro, le tracce della mansione originaria dei delegati ancora affiorano nel linguaggio legislativo: il

²⁶ C. VIVANTE, op. ult. cit., p. 285.

²⁷ Sebbene il Codice del 1865 consentisse agli amministratori di nominare delegati e di costituire procuratori speciali solo per affari speciali (art. 183, c. 3), al contempo vietando loro di cedere o delegare ad altri l'amministrazione senza il consenso della società (art. 138, c. 3), vero è che «le società furono larghe nel concedere tali "consensi", con particolare riferimento alla "gestione materiale" dell'impresa, cioè alla direzione dell'attività esecutiva. Ed è appunto da tale prassi che nasce la figura del direttore generale» (P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, p. 80).

²⁸ C. VIVANTE, op. ult. cit., p. 286. Mentre non si dubitava che il direttore generale restasse pur sempre un dipendente della società, subordinato nell'adempimento del proprio mandato all'autorità e alla sorveglianza del consiglio, vista l'assenza di una disciplina specifica nel Codice del 1865, da un lato, i suoi «poteri non potevano certo dirsi inferiori a quelli di un qualsiasi amministratore senza che ne condividesse il severo statuto soggettivo» (P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 80); dall'altro, era ben avvertito il problema di definire presupposti e confini della responsabilità degli amministratori deleganti.

²⁹ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, 1976, p. 10 ss.; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, 1982, p. 57 ss.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

sintagma “comitato esecutivo” disvela chiaramente che, quanto meno all'origine della figura, non v'era intenzione di decentrare poteri di natura direttiva³⁰.

Nonostante l'importanza assunta dal fenomeno e l'attenzione non secondaria dedicata ai rischi di una eccessiva deresponsabilizzazione degli amministratori privi di deleghe³¹, nemmeno il Codice del 1882 dedica alla materia una disciplina organica o perspicua, limitandosi a escludere che la responsabilità solidale potesse estendersi ai doveri *propri esclusivamente di un ufficio determinato e personale*³² (art. 147), nonché parificando quanto a responsabilità amministratori e direttori generali³³ (art. 148): alla differenziazione di funzioni e competenze consegue dunque una segregazione delle responsabilità tendenzialmente rigida, nel timore che l'avversa soluzione potesse provocare «l'effetto morale di allontanare i migliori amministratori

³⁰ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. IV, 1991, Torino, p. 286.

³¹ A. MARGHIERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffo e C. Vivante, Torino, 1907, p. 254.

³² Ai sensi dell'art. 147 Cod. Comm. 1982, gli amministratori «sono solidariamente responsabili verso i soci e verso i terzi: 1. Della verità dei versamenti fatti dai soci; 2. Della reale esistenza dei dividendi pagati; 3. Della esistenza dei libri voluti dalla legge e della loro regolare tenuta; 4. Dell'esatto adempimento delle deliberazioni delle assemblee generali; 5. E in generale dell'esatta osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto e che non siano propri esclusivamente di un ufficio determinato e personale».

³³ Ai sensi dell'art. 148 Cod. Comm. 1982, «se per patto sociale o per deliberazione dell'assemblea generale la parte esecutiva delle operazioni sociali sia attribuita ad un direttore estraneo al consiglio di amministrazione, il direttore è responsabile verso i soci e verso i terzi, al pari degli amministratori, per l'adempimento dei suoi doveri secondo le disposizioni dell'articolo precedente, nonostante qualunque patto contrario, e sebbene egli sia sottoposto all'autorità ed alla sorveglianza degli amministratori stessi».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

dall'«accettare alcuna funzione nell'amministrazione della società»³⁴.

Anche considerando l'assenza di prescrizioni normative sulle materie delegabili, sui presupposti e sugli effetti della delega, il nuovo codice non tardò a manifestarsi incapace a governare un fenomeno che nella pratica degli affari andava assumendo un peso sempre maggiore. In breve tempo il tradizionale schema dell'organizzazione societaria (incentrato sull'assemblea quale organo competente a formare la volontà sociale, che il consiglio ha il compito di dichiarare e uno degli amministratori il dovere poi di trasmettere all'esterno) aveva dimostrato il suo scollamento con i bisogni di una «proficua attività mercantile»³⁵, che sollecitavano il rafforzamento del potere del consiglio di amministrazione e, parallelamente, la sua concentrazione in capo a pochi soggetti nel suo seno delegati.

La lacunosità delle prescrizioni positive, unitamente alla rilevanza pratica del fenomeno delle deleghe gestorie, spiega il particolare interesse attribuito all'istituto nei successivi progetti di riforma della disciplina commerciale e nelle correlate riflessioni della dottrina.

³⁴ Per questi rilievi v. A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 254, la cui singolare consonanza con le preoccupazioni del legislatore della riforma del 2003 può lasciare non poco sorpresi.

³⁵ G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 184, secondo cui «appunto per questo gli statuti tendono ad ampliare l'ambito dei poteri del consiglio di amministrazione consentendo per giunta al consiglio stesso di delegare in tutto o in parte i propri poteri ad uno dei suoi membri, a cui statutariamente viene attribuita la firma sociale», riservando all'assemblea unicamente i poteri che per legge non sono da essa rinunciabili.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Tra i progetti di riforma precedenti l'emanazione del codice del 1942, è sicuramente il progetto preliminare per il nuovo codice di commercio del 1922, redatto dalla commissione presieduta da Cesare Vivante, ad aver tracciato la più severa regolamentazione della responsabilità dei deleganti. Ribaltando completamente l'impostazione del Codice di Commercio del 1982, prevedeva che i deleganti rimanessero responsabili «per gli atti compiuti dal direttore estraneo o appartenente al consiglio e di ogni altro organo esecutivo, nei limiti dei poteri a questo attribuiti, a meno che provino che non potevano prevenire o scoprire gli atti medesimi» (art. 197, c. 3). Peraltro, pur distinguendosi per il rigore della formulazione (e per l'utilizzo di un criterio selettivo della responsabilità di natura marcatamente oggettiva), il Progetto Vivante preconizzava già temi d'indagine, sui quali solo di recente si è posto il migliore interesse: l'addossare al consiglio di amministrazione una responsabilità per l'inefficiente gestione del rischio interno e per la carente strutturazione degli assetti societari.

Analogo rigore non si riscontra nel progetto di codice di commercio D'Amelio del 1925: accanto ad una regolazione espressa della delega di potere, dei suoi limiti e del suo trattamento sul piano economico, in tema di responsabilità l'articolato onerava la società della prova «che il danno non si sarebbe verificato se [gli amministratori

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

deleganti] avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica» (art. 129, c. 2).

Nel dibattito dottrinale, comprensibilmente alimentato dal repentino susseguirsi di due distinti progetti di riforma, tre possono considerarsi i principali orientamenti³⁶. Da una parte, v'era la tendenza a rafforzare l'autonomia dei delegati rispetto al consiglio, auspicando legittimazione positiva alla linea di sviluppo tracciata dalla prassi societaria e limitando la responsabilità dei deleganti alla salvaguardia dell'esistenza e dell'integrità del capitale sociale, a tutela della società e dei terzi³⁷. In senso diametralmente opposto, si premeva per un'attenuazione del potere degli organi delegati, ritenendo opportuna una significativa limitazione delle materie passibili di delega e la permanenza in capo ai deleganti di «quella generica sorveglianza, che non può essere eliminata, anche se si moltiplicano gli uffici o le singole attribuzioni conferite ad

³⁶ La contrapposizione delle posizioni dottrinarie e riassunta in O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., p. 28.

³⁷ Così G. FRÈ, *op. ult. cit.*, p. 189 ss., secondo cui con una «formula comprensiva può dunque ritenersi che, in seguito alla delega di tutti i poteri, il consiglio non abbia più ingerenza nella gestione dell'azienda sociale, né responsabilità per i risultati di essa, ma abbia, ciò nonostante, il dovere di esercitare quel minimo di attività indispensabile per accertare che siano adempiuti gli obblighi e rispettati i divieti espressamente posti dalla legge a tutela della società e dei terzi in ordine alla reale esistenza ed alla integrità del capitale sociale». Significativamente delimitate le competenze del consiglio, ne consegue che «si riduce corrispondentemente la responsabilità degli amministratori [privi di deleghe], e che in questa ipotesi non si può parlare genericamente di una permanente responsabilità solidale di tutti gli amministratori senza precisare come questa si limiti agli adempimenti sopra indicati».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

altri»³⁸. Infine, guardando al crescente fenomeno della delocalizzazione del potere gestorio dal consiglio di amministrazione verso comitati esecutivi costituiti al suo interno, una dottrina riteneva appropriato introdurre un sistema di amministrazione dualistico, di ispirazione germanica, ripartendo funzioni e competenze tra un consiglio e un comitato, i cui membri fossero entrambi di nomina assembleare³⁹.

L'elaborazione era matura per essere tradotta in diritto positivo e ricercare un punto di equilibrio tra l'ampia autonomia decisionale da riconoscere agli organi delegati e la funzione di controllo da riservare al consiglio, quale contrappeso immanente alla inevitabile concentrazione del potere. Fu il progetto di codice di commercio Asquini del 1940 a tracciare la disciplina della delega di funzioni gestorie, di cui la successiva codificazione del 1942 è ampiamente tributaria⁴⁰: sono stabiliti i presupposti della

³⁸ A. DE GREGORIO, op. ult. cit., p. 338; su posizioni analoghe, cfr. E. SOPRANO, *Trattato pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934, p. 313

³⁹ C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 309 ss., che in questi termini promuove la linea riformatrice: «sotto la pressione di una evidente necessità, dagli statuti, dai regolamenti, dalla esperienza è sorta la pratica di un comitato esecutivo che governa senza intermittenze l'azienda sociale. Questa pratica non potrebbe avere un titolo più incalzante, per entrare definitivamente nella legge, della sua costruzione spontanea».

⁴⁰ Cfr. O. CAGNASSO, op. ult. cit., p. 30. Gli artt. 2381 e 2392 sono pressoché identici agli artt. 317 e 329 del Progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro, che a loro volta coincidono con gli artt. 236 e 248 del Progetto Asquini. In particolare, in relazione alla responsabilità solidale degli amministratori, l'art. 248 del Progetto Asquini recita: «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 dell'inosservanza di tali doveri, a meno che non si tratti di doveri propri esclusivamente di uno o più

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

delega e sono posti limiti alla concentrazione di potere, definendo un catalogo di competenze non delegabili; sul presupposto, poi, che «nell'ampio ambito dei poteri delegabili si delinea sempre meglio quella figura dell'amministratore delegato che è nella realtà il vero capo dell'impresa sociale»⁴¹, il correttivo è individuato (con una formulazione non del tutto perspicua⁴²) nella responsabilità solidale dei consiglieri, per mancata vigilanza sull'andamento della gestione e per mancato impedimento, eliminazione o attenuazione delle conseguenze dannose derivanti da fatti lesivi di cui i medesimi siano stati a conoscenza. Permangono le lacune e le incertezze, anche in relazione a temi fondamentali, quali i rapporti tra componente delegata e componente delegante, i poteri individuali da riconoscersi ai consiglieri non delegati nell'esercizio delle funzioni attribuite: questioni, forse, poco prudentemente affidate all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

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».

⁴¹ In questi termini, *Lavori Preparatori del Codice Civile. Relazione*, Roma, 1942, p. 76.

⁴² V. *infra*, § successivo.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

2. I malumori per l'estensione della responsabilità solidale e la Riforma del 2003

Il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, «formula precettiva questa ambigua e suscettibile di interpretazioni anche opposte tra di loro»⁴³, affidava alla dottrina e soprattutto all'elaborazione giurisprudenziale la delicata missione di tracciarne i confini, elaborando un catalogo di «fattispecie che, per quanto necessariamente aperto, consenta alla regola di attingere ad un livello accettabile di certezza applicativa»⁴⁴.

Il banco di prova di un'applicazione ultradecennale, tuttavia, ha mostrato come «non solo tale processo virtuoso è completamente mancato, ma, all'opposto, come tutti sanno, la prassi giurisprudenziale si è

⁴³ V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, cit., 1325, secondo cui nel sistema pre-riforma «l'art. 2392 aveva scarnamente disciplinato il predetto interesse dei soci in relazione al [...] modello di amministrazione collegiale, disponendo solo che gli amministratori non operativi dovevano vigilare sul generale andamento della gestione [...]». Nella prassi corrente, la formula veniva interpretata anche nel senso che il consiglio dei deleganti attendeva alla fine di ogni esercizio un resoconto dei delegati sul quale esprimeva le proprie valutazioni, rinunciando in tal modo sostanzialmente a quella funzione di indirizzo, che la legge e i soci, invece, all'intero consiglio attribuivano. Nemmeno le rigorose prese di posizione della giurisprudenza, in tema di coinvolgimento dei componenti non operativi nella responsabilità verso la società iscritta agli organi delegati servì a correggere l'inveterata abitudine dei consigli di amministrazione di spogliarsi delle proprie competenze. Non servì, nemmeno, ad ammonire i soci perché intervenissero, come certamente potevano, per correggere la suddetta abitudine prescrivendo, con lo statuto, comportamenti più adatti alla realizzazione dei loro intenti e, soprattutto, tali da imporre un assiduo collegamento funzionale fra consiglio e delegati, al fine di assicurare sostanzialmente al consiglio una informazione costante sull'andamento della gestione e la possibilità di interventi o correttivi».

⁴⁴ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, vol. II, 2006, p. 502

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

consolidata nel senso di utilizzare l'obbligo in discorso per estendere, non sarebbe esagerato dire indiscriminatamente, la responsabilità dei delegati a tutti i componenti del consiglio tanto da far parlare, con riferimento agli amministratori non esecutivi, di una responsabilità (quasi) oggettiva»⁴⁵.

Tralasciando in questa sede gli aspetti ed i profili che hanno beneficiato di una soddisfacente messa a punto o le cui ricadute applicative non incidono sul contenuto della prestazione gestoria (che è il nucleo tematico verso cui tendono le presenti digressioni) la maggiori criticità, emerse soprattutto e con maggior vigore in ambito penale⁴⁶, erano

⁴⁵ In questi termini sempre P. ABBADESSA, op. ult. cit., p. 502; su posizioni simili, cfr. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. I, Torino, 2006, p. 851; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., p. 405; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, Bari, 2007, p. 51; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, p. 356; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, p. 16 ss., cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali, secondo cui nella sentenze civili sovente si assiste ad una «automatica e generalizzata imputazione dei fatti dannosi a tutti i componenti dell'organo amministrativo», talché diviene «così oltremodo remota la possibilità per costoro di sfuggire alle responsabilità previste da quella norma», con il risultato di una sostanziale equiparazione delle responsabilità dei diversi consiglieri.

⁴⁶ *Ex multis*, cfr. F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori*, cit., p. 731, ove riferimenti bibliografici ampi e multidisciplinari, secondo cui è «storia antica nel nostro Paese che i dissesti e le bancarotte societarie presentino come inevitabile corollario un'inchiesta, eventualmente un processo penale e spesso anche una condanna a carico di gran parte dei componenti del consiglio d'amministrazione: deleganti e delegati, non esecutivi ed esecutivi, sono destinati a confluire tutti insieme, senza doverose distinzioni tra differenti poteri e doveri in capo agli stessi, nel medesimo circuito dei processi mediatici prima e della giustizia penale poi. Irrilevanti sembrano essere state le fatiche degli studiosi, anche i più autorevoli, impegnati ormai da decenni a denunciare [...] i discutibili orientamenti giurisprudenziali che sfruttano le pieghe di una troppo elastica disciplina legale delle posizioni di garanzia associata alla vaghezza della normativa civilistica di riferimento».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

dovute, da un lato, alla disattenzione mostrata dal legislatore rispetto ai flussi informativi interorganici; dall'altro, all'assenza di ogni indicazione sui poteri individuali di vigilanza degli amministratori non esecutivi. Trascuratezza tanto più colpevole, laddove si consideri che - pur essendo congenita l'impossibilità «di assoggettare questa materia, per il suo carattere fluido, elastico, dinamico, ad una mediazione formale dei contrastanti interessi con regole oggettive»⁴⁷ - nell'accentramento del governo societario è endemica la nascita di rilevanti asimmetrie informative, sicché solo delineando i poteri informativi del singolo amministratore è possibile tracciare i confini della prestazione esigibile e, quindi, determinare l'estensione della relativa responsabilità risarcitoria per mancata vigilanza sulla gestione. In altri termini, i poteri conoscitivi degli amministratori non esecutivi segnano inevitabilmente - ed in maniera invalicabile - la sfera dei doveri, sicché sulla relativa ampiezza si accordano responsabilità risarcitoria e posizione di garanzia⁴⁸.

⁴⁷ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Milano, 1974, p. 192.

⁴⁸ F. CENTONZE, op. ult. cit., ove, attraverso pertinenti richiami dottrinali, è rimarcato come, specialmente nelle elaborazioni della dottrina penalistica, sia connotato il principio della necessaria corrispondenza fra poteri e doveri; in particolare, *ex multis* è richiamata la relazione del c.d. Progetto Grosso, secondo cui la «garanzia dei beni in gioco, là dove esiga la statuizione di doveri di attivarsi, non può che essere affidata a soggetti i quali abbiano il potere (giuridico e fattuale) di assicurare l'adempimento. Correlativamente, i limiti del potere segnano, per ciascun obbligato, il limite invalicabile della garanzia esigibile» (*Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" - Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 596).

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Nonostante il torvo spettro di una severa responsabilità risarcitoria, le cronache giudiziarie hanno posto in luce come, a prescindere dalla struttura proprietaria e specialmente nelle maggiori società, gli amministratori non esecutivi siano stati dominati ed estromessi da ogni funzione, evidenziando uno scollamento, indubbiamente emendabile, tra la definizione accademica delle loro funzioni e l'angoletto ove venivano fatti accomodare, nell'ambito della gestione patriarcale dell'amministratore delegato⁴⁹.

Illustrato quello che, a torto o a ragione, era il sentimento dominante, non può stupire come nel novero dei principi generali della legge delega per la riforma del diritto societario sia rientrato anche quello di *definire con chiarezza e precisione* i compiti e le responsabilità degli organi sociali⁵⁰.

⁴⁹ Nella letteratura straniera, v. M. L. MACEY, *Directors: Myth and Reality*, Boston, 1971; B. MANNING, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, in 39 *Bus. Law.*, 1984, 1482 ss.; nella letteratura domestica, cfr. R. WEIGMANN, *La responsabilità degli amministratori delegati*, in *La responsabilità nel fallimento societario* a cura di M. Ferro, Milano, 2001, p. 305; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, Milano, 1999, 11° ed. aggiornata e integrata a cura di L. Conti, p. 85, secondo cui solo gli amministratori delegati fanno «quello che bolle in pentola e in definitiva fanno quello che vogliono: il bello e il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono molto di più che comparse; nomi risonanti per la loro posizione nella finanza, nella politica e nella professione oppure uomini di fiducia dei padroni dell'impresa»; costoro, infatti, continua l'A., «sanno ben poco della situazione e degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano alcuna influenza sulla gestione sociale. Del resto, in pratica, vengono convocati molto di rado, e precisamente nei casi in cui la legge e lo statuto lo prescrive in modo tassativo e quando – è inutile tacerlo – ai veri gestori dell'azienda torna comodo chiamare altri a condividere la loro responsabilità»; F. CENTONZE, op. ult. cit., al quale vanno attribuiti i riferimenti richiamati nella presente nota.

⁵⁰ Art. 2, c. 1, lett. b) L. 3 ottobre 2001, n. 366; cfr. inoltre la *Relazione* allo Schema di d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, secondo cui l'eliminazione della vigilanza sul generale andamento della gestione sarebbe stata imposta per infrenare la sclerotizzazione di quella giurisprudenza «che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Espressamente riservati all'autonomia statutaria adeguati spazi in relazione all'articolazione interna dell'organo amministrativo, al suo funzionamento e alla circolazione delle informazioni tra i suoi componenti, in tema di deleghe gestorie si predica la necessità di precisarne contenuto e limiti, seppur nell'assenza di criteri direttivi⁵¹.

Nel dare attuazione ai principi della delega, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha inciso significativamente sulla disciplina dell'organo amministrativo ed in particolare, per quanto qui interessa, il legislatore delegato ha:

- 1) introdotto l'art. 2380-*bis* c.c., ove è codificato il principio per cui la gestione dell'impresa spetta *esclusivamente* agli amministratori;
- 2) modificato profondamente la disciplina della delega gestoria dettata all'art. 2381 c.c., confermando il paradigma legale dell'attribuzione delle deleghe (c. 2), ampliando il novero delle materie indelegabili (c. 4), introducendo nuovi

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».

⁵¹ Art. 4, c. 8, lett. *a*) L. 3 ottobre 2001, n. 366; sebbene in controtendenza rispetto alla spiccata propensione della legge delega verso la semplificazione normativa e l'ampliamento degli ambiti lasciati all'autonomia statutaria (art. 2, c. 1, lett. *c*) e *d*)), la scelta legislativa in tema di deleghe - così come le rigidità insite nella disciplina minima dei flussi informativi intraconsiliari posta dal legislatore delegato - si giustifica verosimilmente in ragione della opacità di una eccessiva concentrazione del potere gestorio, ciò che pone la necessità di approntare «un assetto organizzativo idoneo a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale» (art. 4, c. 2, lett. *b*)), giammai potendo essere smarrito l'equilibrio «nella tutela degli interessi dei soci, dei creditori, degli investitori, dei risparmiatori e dei terzi» (art. 4, c. 1).

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

commi al fine di: *i*) assegnare preziose funzioni di coordinamento e garanzia al presidente del consiglio (c. 1); *ii*) ripartire compiti, poteri e responsabilità tra organi delegati e *plenum* e stabilire una disciplina minima dei flussi informativi intraconsiliari (cc. 3-5); *iii*) incentrare sul dovere d'agire informato l'espressione principale dell'agire diligente (c. 6);

- 3) modificato l'art. 2392 c.c., introducendo una nuova nozione di diligenza, eliminando il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione ed agganciando la responsabilità degli amministratori non esecutivi ai doveri valutativi individuati all'art. 2381 c.c.;
- 4) modificato l'art. 2403 c.c., introducendo nel novero dei doveri del collegio sindacale l'obbligo di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione.

3. L'attribuzione delle deleghe gestorie

Ai sensi dell'art. 2381, cc. 2 e 3, c.c., il rilascio delle deleghe gestorie deve essere consentito dall'assemblea ovvero dallo statuto, mentre al consiglio di amministrazione

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

spetta la concreta determinazione del contenuto, dei limiti e delle eventuali modalità di esercizio della delega⁵²: possono essere attribuite sfere di potere più o meno ampie ad uno o più consiglieri (*i.e.* amministratori delegati), eventualmente raccolti in un consiglio ristretto, che operi con metodo collegiale (*i.e.* il comitato esecutivo)⁵³.

Il modello legale assegna alla clausola statutaria ovvero alla deliberazione assembleare funzione abilitativa della delega: il procedimento di nomina dei delegati è una «fattispecie manifestamente complessa ed a formazione successiva»⁵⁴, che si sviluppa nell'autorizzazione dei soci, nella delibera di nomina del consiglio, nell'accettazione dei destinatari delle attribuzioni.

⁵² La formulazione utilizzata riproduce quasi fedelmente la dizione normativa; tuttavia, come verrà illustrato *infra*, analizzando più specificamente il potere conformativo delle deleghe gestorie da parte del consiglio, al di là delle espressioni altisonanti, l'effettiva latitudine della libertà nel determinare contenuto, limiti e modalità della delega va soppesata alla luce della complessiva disciplina e del sistema nel suo insieme, essendo invero rinvenibili un serie di regole e principi, tali da connotare l'istituto di una certa rigidità. Oltre alle materie espressamente indelegabili (art. 2381, co. 4, c.c.), tra gli elementi di rigidità vanno annoverati certamente il catalogo delle funzioni di controllo del consiglio e la disciplina dei flussi informativi intraorganici, contenuti rispettivamente ai commi III e V-VI del medesimo art. 2381 c.c.; sulle ragioni di una simile scelta di politica legislativa, si rinvia alla nota che precede.

⁵³ P. PETTITI, *Struttura del comitato esecutivo e responsabilità solidale del consiglio*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni* a cura di B. Libonati, Milano, 1995.

⁵⁴ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, cit., p. 69.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

3.1 L'autorizzazione dei soci

In mancanza di determinazioni statutarie, la delega gestoria può essere consentita con delibera dell'assemblea ordinaria, l'assemblea straordinaria essendo necessaria solo per modificare un eventuale espresso divieto; invero, non si spiegherebbe altrimenti la contrapposizione tra statuto e assemblea⁵⁵.

In ragione della complessità procedimentale, un'attenzione peculiare va dedicata alle possibili deviazioni dal procedimento legale di nomina. Sotto un primo profilo, si impone il problema delle deleghe non autorizzate, la questione verrà trattata unitamente al tema della determinazione della prestazione gestoria degli amministratori non esecutivi, in quanto temi rilevanti uno in funzione dell'altro⁵⁶.

⁵⁵ O. CAGNASSO, op. ult. cit., p. 299; negli stessi termini, G. FANELLI, op. ult. cit., p. 16, secondo cui «indubbiamente l'art. 2381 si riferisce all'assemblea ordinaria (in caso contrario, si sarebbe limitato a parlare della sola autorizzazione statutaria)»; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 437; A. BORGIOLO, cit., p. 127; *contra*, M. S. DESARIO, cit., p. 17, il quale obietta che, nonostante il silenzio eventualmente serbato sul punto, l'autorizzazione dell'assemblea sarebbe in ogni caso «modificativa dello statuto medesimo, poi su di uno snodo obiettivamente nient' affatto marginale, qual è quello del *modus administrandi* adottabile dall'organo gestorio, che, per quanto attiene alla più gran parte delle proprie competenze, può legittimamente rinunciare al principio della collegialità»; la tesi non convince, opponendovisi i criteri di ermeneutica: nel dettato legislativo «si parla di consenso dell'atto costitutivo o dell'assemblea, si contrappongono atto costitutivo [ora statuto] e deliberazione, e quindi ci si riferisce necessariamente all'assemblea ordinaria» (O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., p. 151, ove la soluzione codificata è ricondotta al generale *favor* del legislatore verso l'istituto in commento).

⁵⁶ Cfr. Cap. IV, § 6.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Sotto un secondo profilo, è discussa l'esistenza di un potere dei soci di intervenire, più o meno incisivamente, sulla conformazione delle deleghe, ad esempio rendendo obbligatorio il modello dell'amministrazione delegata ovvero predeterminando i poteri da attribuire o il delegato da scegliere. Se nel vigore della disciplina previgente l'orientamento prevalente era di segno liberale, la riforma ha alimentato i dubbi sulla legittimità di una simile ingerenza⁵⁷.

La sortita restrittiva va certamente condivisa⁵⁸. Se si consentisse un'invasione di campo da parte dell'assemblea, per recuperare coerenza sistematica, al fine di preservare la centralità della dimensione collegiale nell'esercizio della funzione di gestione è giocoforza ammettere l'esistenza di un'insopprimibile facoltà di intervento del consiglio (*i.e.* la revoca dei delegati) onde

⁵⁷ Cfr. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., p. 302 s., P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., 492 e F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., p. 27 ss., ai quali si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁵⁸ Per la esemplare chiarezza, cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., p. 391, secondo cui il nuovo art. 2381 c.c. «fissa un principio che da sempre avrebbe dovuto essere chiaro a chi abbia ben assimilato i principi generali del nostro ordinamento e che, oltre tutto, risultava chiarissimo anche dal vecchio testo dell'art. 2381: il principio secondo il quale la delega può essere concessa solo da chi è il *dominus* della materia deleganda o, se si vuole, il titolare del *munus*. Accadeva, però, ed in ciò sta l'utilità della norma che ribadisce il principio, che fossero gli statuti non a fissare la possibilità di delegare, come la vecchia norma prescriveva e come anche la nuova nel 2° comma conferma, ma a predeterminare in una clausola dell'atto costitutivo il contenuto della delega, e cioè le materie delegate a singoli amministratori o al comitato esecutivo. Il che non era possibile già alla stregua della disciplina previgente, e tanto più non lo è oggi dopo che il principio è stato ribadito con chiarezza, non solo nel 2° comma che ripete alla lettera quanto stabiliva il vecchio art. 2381, ma anche nel periodo di esordio del 3° comma, il quale, in modo ancor più netto, stabilisce che "il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega" e, così facendo, esclude senza ombra di dubbio la legittimità delle clausole appena indicate».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

correggere eventuali disfunzioni nell'esercizio del potere delegato⁵⁹. Data l'equivalenza formale, si deve concludere poi che quello che ai soci è consentito disporre in assemblea ordinaria è possibile fare con clausola statutaria: se così è, al di là della criticità insita nell'affrancare il consiglio dalle disposizioni dello statuto, sfugge quale sia l'utilità di vestire di panni statuari ciò a cui si è costretti ad attribuire al fine portata quasi esortativa, o comunque non vincolante⁶⁰. Vero è che la gestione dell'impresa sociale (che la riforma ha chiarito spettare in via esclusiva agli amministratori, in quella che è stata plasticamente definita «l'esaltazione del momento gestionale»⁶¹) costituisce un amalgama inseparabile con l'assetto dell'amministrazione, della cui cura ed adeguatezza i consiglieri assumono oggi specifica responsabilità (cfr. artt. 2380-*bis* e 2381, cc. 2 e 3, c.c.).

⁵⁹ In questi termini, cfr. A. DE NICOLA, *sub art. 2381*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 116.

⁶⁰ Con le riflessioni compiute nel testo non si intende certo tenere malcelata la notoria circostanza che l'amministratore delegato, specialmente nell'esperienza domestica, è diretta espressione della maggioranza assembleare, quando non coincide anche fisicamente con il medesimo socio di controllo. Quello che non si condivide, tuttavia, è il motivo di travasare sul piano statutario quello che rimane un vincolo in ogni caso destinato ad operare in via di fatto.

⁶¹ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, op. cit.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

3.2 La delibera del consiglio di amministrazione e l'accettazione della nomina

Alla delibera consiliare è affidato il compito di selezionare coloro ai quali affidare deleghe gestorie, determinandone contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio. La disciplina applicabile è quella ordinaria quanto a *quorum*, verbalizzazione e trascrizione nell'apposito libro; non è richiesta alcuna pubblicità: l'esercizio del potere di gestione non è questione a rilevanza esterna.

Anche l'accettazione degli amministratori designati, che non necessariamente deve essere espressa⁶², non abbisogna di iscrizione nel registro delle imprese, ove peraltro il nominativo di tutti gli amministratori è già iscritto in forza di altre disposizioni di legge.

La necessità che gli amministratori accettino la nomina ha indotto parte della dottrina a ritenere che, con la delega gestoria, viene ad instaurarsi un nuovo rapporto giuridico tra società e delegati, *a latere* del rapporto di amministrazione, come suffragherebbe il compenso aggiuntivo che normalmente è riconosciuto per l'attività esercitata⁶³. L'argomento non sembra decisivo; in senso

⁶² M. S. DESARIO, *La gestione delegata*, cit., p. 29, che indica quale ipotesi di comportamento concludente la distribuzione di biglietti da visita in cui sia menzionata la nuova carica.

⁶³ Così G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 450 ss. secondo cui si tratterebbe 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».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

contrario si è giustamente osservato che, mentre l'accettazione va spiegata nella maggiore concentrazione di responsabilità gestorie, la 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»⁶⁴.

4. Il contenuto e gli effetti della delega

Il contenuto della delega si identifica nell'oggetto della stessa, «ossia con le materie (o la singola materia) già di competenza dell'organo gestorio e da quest'ultimo rimesse, appunto, a un proprio singolo componente»⁶⁵. La conformazione delle deleghe gestorie è competenza del consiglio di amministrazione, peraltro solo tendenzialmente libero nel definirne contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio.

Un primo elemento di rigidità è testuale: ai sensi dell'art. 2381, c. 4, c.c. non possono costituire oggetto di

⁶⁴ A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, cit., 67.

⁶⁵ M. S. DESARIO, op. ult. cit., p. 19.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

delega l'aumento del capitale sociale, la redazione del bilancio e le operazioni necessitate dalla perdita di oltre un terzo del capitale (rispettivamente artt. 2423, 2443, 2446 e 2447), cui sono state aggiunte in sede di riforma l'emissione di obbligazioni convertibili e la redazione dei progetti di fusione e scissione (rispettivamente artt. 2420-ter, 2501-ter e 2506-bis). Trattasi di materie tutte accumulate da uno spiccato impatto organizzativo⁶⁶, nel cui novero, tuttavia, è possibile tracciare una distinzione. Da un lato, materie in cui la dimensione organizzativa, coniugandosi con l'episodicità dell'esigenza e con la necessità di una accurata pianificazione, è senza dubbio preponderante: in questi termini si giustifica la ponderazione connaturata alla collegialità del metodo. Dall'altro, vi sono fattispecie in cui le esigenze di ponderazione e pianificazione, quand'anche sussistenti, cedono il passo al piano della convenienza, essendo appunto opportuno - nella costruzione del legislatore - che di tali operazioni l'intero consiglio se ne assuma la responsabilità. Il riferimento corre inevitabilmente agli artt. 2423, 2446 e 2447 c.c.; parimenti intuitivo sembra il corollario che ne deriva: predicare la non delegabilità di tali

⁶⁶ C. ROMANO, *Sub art. 2381, in La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 406, secondo cui trattasi «di attribuzioni sì eterogenee, che tuttavia presentano un aspetto comune, riguardando tutte le materie che coinvolgono profili organizzativi dell'attività sociale, che esigono il rafforzamento della funzione ponderatoria della collegialità e della responsabilità di tutti i componenti dell'organo gestorio»; per A. BORGIOI, *cit.*, p. 159, si è in presenza «di attribuzioni abbastanza eterogenee fra loro: tuttavia esse 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».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

incombenze significa, «in via di principio, che ciascun amministratore è chiamato direttamente all'adempimento dell'obbligo, senza poter addurre a propria scusante che altri era tenuto, in forza di delega, a tale rilevazione»⁶⁷. Lo spunto merita uno sviluppo di ben altro respiro e verrà successivamente approfondito⁶⁸.

Secondo parte della dottrina, in aggiunta ai limiti espressi sarebbero ricavabili ulteriori funzioni indelegabili in via interpretativa; l'estensione del catalogo, tuttavia, è operazione ermeneutica complessa e dai risultati affatto certi: costituendo eccezione alla regola della libera delegabilità, non è ammesso il ricorso all'analogia⁶⁹.

Contrariamente a quanto comunemente si ritiene in dottrina⁷⁰, le funzioni intestate al consiglio dall'art. 2381, co. 3., c.c. non costituiscono eccezioni implicite al principio, rientrando bensì nel catalogo degli effetti tipici della delega: le attività elencate trovano logica solo successivamente alla concentrazione di potere che la delega determina.

⁶⁷ A. BORGIOLO, cit., p. 165 s.; negli stessi termini, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., p. 294 ss.; ID., *Gli organi delegati*, cit., p. 41 ss.; in relazione al bilancio, cfr. G. E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padova, 1965, p. 257.

⁶⁸ Cfr. Cap. IV, § 5.

⁶⁹ C. ROMANO, *Sub art. 2381*, cit., p. 405; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., p. 294 s., cui si rinvia per le diverse ipotesi prospettabili.

⁷⁰ M. S. DESARIO, *La gestione delegata*, cit., p. 40 s.; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.* 2005, I, § 9; L. NAZZICONE, *Sub art. 2381*, in L. NAZZICONE - S. PROVIDENTI, *Società per azioni: amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 32; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 312.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Sul piano effettuale la delega gestoria produce sempre tre ordini di conseguenze. Sotto un primo profilo, secondo l'opinione più accreditata – che qui si condivide – la delega non implica trasferimento di poteri alcuno, incidendo piuttosto sull'articolazione intraorganica del consiglio di amministrazione: uno o più consiglieri sono autorizzati ad esercitare, individualmente ovvero collegialmente, una o più funzioni, la cui cura spetterebbe di converso all'organo gestorio nel suo complesso⁷¹.

La delega, sotto un secondo profilo, se da un lato condensa sopra i delegati la cura della funzione attribuita e la relativa responsabilità, dall'altro consente agli altri amministratori di non agire, senza che ciò costituisca di per

⁷¹ A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., secondo cui «lo svolgimento dell'attività amministrativa, rispettivamente da parte del consiglio di amministrazione e da parte dei c.d. "organi delegati", si caratterizza per le diverse modalità di esercizio dei relativi poteri» (p. 79); in altri termini, «con la delega non si attribuisce un diverso rilievo reale (diversa efficacia degli atti) o soggettivo (diversa struttura organica) alla vicenda amministrativa. La differenza si ha solo per quanto riguarda il modo di atteggiarsi dell'attività amministrativa». La tesi rielabora con originalità e dovizia di argomenti l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la delega nel c.d.a. presenterebbe i tratti salienti della delega di diritto amministrativo (cfr. 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, indirizzo cui ha aderito anche una parte della dottrina; cfr. A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950), nella quale, tuttavia, il delegato agisce spendendo il proprio nome. Il rapporto tra deleganti e delegati è stato variamente ricostruito in dottrina: come rapporto organico (cfr. G. FANELLI, *La delega*, cit., 21 ss.), come mandato (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società. Società per azioni*, II, Milano, 1948, p. 370) o come rapporto contrattuale atipico (G. MINERVINI, *Gli amministratori*, op cit., 450 ss.; G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972, 415). Per una tesi che concilia teoria organica e teoria dell'autorizzazione, sebbene con una netta predilezione per la prima, cfr. O. CAGNASSO, op ult. cit., 288 s., secondo cui, sul presupposto che la nozione di "organo" non necessariamente richiede l'attribuzione di una sfera autonoma e diversa di poteri, la «tesi organica potrebbe essere intesa come proiezione soggettiva dell'autorizzazione concessa ai delegati».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

sé inadempimento (cfr. art. 2392, c. 1, c.c.), essendo legittimo un tendenziale affidamento sullo zelo e sull'impegno dei delegati.

Infine, proprio perché trattasi di mera redistribuzione intraorganica, senza trasferimento alcuno di funzioni, il consiglio rimane comunque titolare delle attribuzioni, rispetto alle quali esercita attività di supervisione, valutazione ed eventualmente di indirizzo o di rettifica, attraverso gli strumenti della direttiva, dell'avocazione e della revoca della delega. Il catalogo di doveri valutativi dell'art. 2381 c.c. esplicita pertanto il contenuto minimo dell'attività di controllo che spetta al consiglio, ossia il contenuto minimo della prestazione gestoria esigibile dagli amministratori non esecutivi, quale effetto tipico conseguente alla concentrazione dei poteri. In assenza di delega il consiglio decide e gestisce, non valuta: si tratta pertanto di incombenze che, indipendentemente dalla delega, non hanno ragione d'essere, né logica, né tanto meno giuridica.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

5. I limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega

Il legislatore della riforma prescrive che il consiglio di amministrazione, oltre al contenuto, definisca limiti ed eventuali modalità di esecuzione della delega, «chiamandolo con chiarezza ad organizzare l'esercizio del potere delegato»⁷².

Nonostante le perplessità manifestate nei primi commenti alla riforma⁷³, la disposizione si può iscrivere agevolmente entro l'impianto valoriale tracciato dalla legge delega. Seppur in controtendenza rispetto alla spiccata propensione verso la semplificazione normativa e l'ampliamento dell'autonomia statutaria, la puntualità e la precisione cui è richiamato l'organo amministrativo vanno rapportate con l'opacità insita nell'eccessiva concentrazione del potere gestorio: donde la necessità di approntare con chiarezza «un assetto organizzativo idoneo a promuovere

⁷² G. D. MOSCO, Sub. art. 2381, in *Società di capitali: commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 597. La chiarezza nell'articolazione del potere in seno al consiglio è inoltre uno dei requisiti di un assetto organizzativo adeguato; sul tema v. *infra*, Cap. IV, § 7.

⁷³ P. MORANDI, Sub art. 2381, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, I, p. 670; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, IV, 2003, p. 423, il quale giustamente avverte, tuttavia, come sia «indubbio [...] che il problema di evitare che all'interno del consiglio di amministrazione si verifichi un fenomeno di concentrazione di tutto il potere gestorio in organi ristretti o addirittura unipersonali, è questione seria, sotto il profilo sia di un governo efficiente dell'impresa sia di un equilibrato assetto delle responsabilità. Là dove infatti il consiglio deleghi tutte le proprie attribuzioni ai delegati, ad eccezione delle competenze per legge indelegabili, l'organo collegiale rischia di ridursi ad un mero simulacro, che si limita a ratificare o subire decisioni altrui, salvo poi essere eventualmente chiamato in responsabilità».

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale», mai potendo essere smarrito l'equilibrio «nella tutela degli interessi dei soci, dei creditori, degli investitori, dei risparmiatori e dei terzi»⁷⁴.

Se il contenuto della delega coincide con le materie attribuite, la contrapposizione normativa tra contenuto e limiti sta ad indicare che il potere ha capacità espansiva entro i confini, appunto, della materia la cui gestione viene delegata. In altri termini, l'apposizione di limiti serve solo per ritagliare quegli atti o attività, ordinariamente ricompresi nella funzione, che si vogliono riservare al consiglio o ad altro delegato. Non è quindi necessaria l'individuazione analitica delle attribuzioni delegate, dovendosi considerare ricompresi nella delega tutti i poteri necessari per l'esercizio della mansione, con l'avvertenza, tuttavia, che rimane pur «sempre necessario per il consiglio di amministrazione l'individuazione delle attribuzioni delegate, senza che si possa considerare il silenzio al riguardo come attribuzione di tutte le competenze delegabili»⁷⁵. Proprio perché ontologicamente estranea alle funzioni gestorie, nella capacità espansiva della delega non si ritiene compreso il potere rappresentativo⁷⁶.

⁷⁴ Rispettivamente art. 4, c. 2, lett. b) e art. 4, c. 1 della L. n. 366/2001.

⁷⁵ G. D. MOSCO, Sub. *art. 2381*, cit., p. 597; negli stessi termini, cfr. P. MORANDI, Sub. *art. 2381*, cit., p. 672.

⁷⁶ In senso contrario, cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2003, p. 45.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

La delega può essere generale ovvero speciale, a seconda dell'ampiezza delle mansioni attribuite: tutte quelle delegabili nel primo caso e solo una porzione nel secondo. La tesi secondo cui non sarebbe ammissibile una delega generale, che abbracci l'intera funzione di gestione, non può essere condivisa, congiurandovi tre ordini di considerazioni: *i)* è oltremodo fragile il suo appiglio normativo, di natura prettamente testuale, consistente nella eliminazione dell'articolo determinativo "le" nella nuova formulazione dell'art. 2381, co. 2., c.c., che consente ora la delega da parte del consiglio di *proprie attribuzioni*⁷⁷; *ii)* l'effettiva portata precettiva del principio sarebbe pressoché inesistente, essendo facilmente sezionabile, entro formule ampie e generiche, un qualche compito di minima importanza da riservare al consiglio o ad altro delegato; *iii)* la rigidità che ne conseguirebbe non ha alcun fondamento razionale ed è oltre tutto contraria al dato positivo, laddove l'art. 2381, c. 5, c.c. intesta sul delegato una serie corposa di doveri proprio sul presupposto che al medesimo sia stata riservata l'intera gestione della società⁷⁸.

⁷⁷ Nel senso criticato nel testo, cfr. F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 67, secondo cui l'espressione *può delegare proprie attribuzioni* dell'art. 2381, c. 2, c.c. «di per sé esclude la possibilità di un generale trasferimento dei poteri del consiglio».

⁷⁸ Tra i primi a segnalare l'incongruenza normativa, V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., p. 402, il quale sommessamente solleva «qualche perplessità e qualche dubbio» e segnatamente: «Leggendo in sequenza il 3°, 4° e 5° comma dell'art. 2381, si ha, in primo luogo, l'impressione di una certa mancanza di coordinamento, tra il secondo e terzo comma, primo periodo, da un lato, e il 3° comma (secondo periodo) e 5°, dall'altro, perché nel primo blocco di norme si sancisce il principio della sovranità del consiglio di amministrazione, quando lo statuto prevede tale possibilità, nel determinare

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Infine, in relazione alle modalità di esercizio dei poteri delegati, la legge non pone limiti alla concreta conformazione dell'assetto organizzativo, né sembra ragionevole ricavare presunte rigidità ragionando, con metodo astratto, sui modelli di amministrazione ideali: nella poliedricità degli interessi che si appuntano sulla singola impresa non possono accettarsi preclusioni di principio o pregiudizi di sorta⁷⁹. A seconda delle concrete esigenze sollevate dalle dimensioni e dalla tipologia dell'impresa esercitata (e probabilmente, quanto meno nell'esperienza domestica, anche in ragione dei *desiderata* del socio di controllo) il consiglio di amministrazione è dunque libero nel definire l'assetto organizzativo più confacente, nominando uno o più amministratori delegati, con competenze separate ovvero anche concorrenti, che operino in via congiuntiva o

contenuto, limiti e modalità della delega, mentre il secondo gruppo di norme sembrerebbe dare per scontato che agli organi delegati sia riservata *ex lege* l'intera gestione della società: lo si desume in modo abbastanza piano dal secondo periodo del 4° comma e soprattutto dal 5° comma[...] . Desidero precisare che la mia osservazione attiene eminentemente ai profili di tecnica legislativa, e in particolare al modo in cui una norma andrebbe formulata, e non al merito delle statuizioni, potendo anche condividersi, perché aderente alle realtà delle grandi imprese, che l'intera gestione della società sia affidata agli organi delegati. In altri termini, sarebbe stato preferibile che, volendo salvare il principio della delega, si fosse chiaramente detto che agli organi delegati, ove previsti, può essere affidata dagli amministratori la gestione della società o, volendo saltare a piè pari il principio della libertà della delega, che, attivandosi gli organi delegati, a questi va affidata necessariamente la gestione della società, con le esclusioni tradizionali e nuove».

⁷⁹ Relegati nella sfera del patologico gli esempi – invero affatto esigui – in cui il frazionamento del governo gestorio è stato funzionale a realizzare una distribuzione di incarichi e remunerazioni fra più soggetti, «nella prassi si è registrata in passato la forma di delega grazie alla quale la gestione veniva ripartita, per settori, fra più amministratori delegati e, limitatamente ad alcune funzioni espressamente indicate, si prescriveva la necessità di una decisione presa dal collegio dei delegati a maggioranza» (V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, cit., p. 1326).

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

disgiuntiva, eventualmente affiancando loro uno o più comitati esecutivi⁸⁰.

6. Sovraordinazione del consiglio nella funzione di gestione: revoca, avocazione, indirizzo

Come l'attuazione della delega di funzioni è rimessa alla discrezionalità del consiglio, così lo stesso può in ogni momento revocare le funzioni attribuite, *in toto* o anche solo in parte: se la *ratio* della delega è la

⁸⁰ Proprio in relazione al comitato esecutivo si è assistito al dipanarsi di preclusioni di principio e preconetti astratti. Sotto un primo profilo, sul presupposto – o forse sul pretesto – della formulazione letterale dell'art. 2381, c. 2, c.c., che consente la delega ad "un" comitato esecutivo "o" ad uno o più amministratori, si è negata l'ammissibilità della convivenza di amministratori delegati e comitato ovvero di più di un comitato esecutivo in seno alla medesima società. In senso contrario è stato efficacemente obiettato che, «come la pluralità di amministratori delegati, addirittura con identici poteri, esercitabili anche in via disgiuntiva, non contrasta con il principio di una ordinata attività di gestione, ma esalta, attraverso una moltiplicazione dei soggetti con responsabilità amministrativa, la possibilità di una migliore e più attenta percezione delle necessità dell'impresa, così non pare che la presenza di più comitati esecutivi vada a discapito di una lineare e funzionale disciplina dell'attività amministrativa delegata» (I. MAFFEZZONI, *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, Torino, 1998, p. 29). Sotto un secondo profilo, sul presupposto che il principio di collegialità sarebbe coesistente al funzionamento del comitato esecutivo (arg. ex artt. 2421, c. 1, n. 6 e 2405, c. 1, c.c.), secondo una tesi nella delega congiuntiva non vi sarebbe alternativa tra metodo collegiale e principio di unanimità (cfr. G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 455). Sulla questione sembra opportuno sottolineare l'intima contraddizione tra il consentire più delegati legittimati ad operare disgiuntivamente con le stesse funzioni e il negare l'esercizio della medesima funzione da parte di più amministratori congiuntamente, sebbene senza metodo collegiale: l'ammissibilità «della prima modalità di esercizio del potere postula *a fortiori* l'ammissibilità della seconda» (in questi termini, cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 305, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti).

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

concentrazione e razionalizzazione della gestione, escludere il dominio del consiglio sarebbe incoerente con l'essenza sua propria⁸¹. I rilievi svolti sugli effetti tipici della delega costituiscono le basi concettuali della sovraordinazione del consiglio: la delega non implica trasferimento di poteri, incidendo piuttosto sull'articolazione intraorganica delle mansioni, sicché la discontinuità gestoria rispetto all'esercizio collegiale non esclude che l'attività permanga intestata al consiglio nel suo complesso⁸². Ne discende l'intrinseca precarietà del contenuto, dei limiti e delle modalità della delega, sempre assoggettati alle determinazioni del consiglio e alla sua competenza gestoria concorrente e sovraordinata.

Non si conviene con quanti rinvergono il fondamento della soggezione dei delegati anche nel principio di unità della gestione⁸³ ovvero nel dovere di intervento *ex art.* 2392, c. 2, c.c.⁸⁴: se non riescono a spiegare il tutto, ma solo un accidente, allora poco hanno a che fare con il principio che bramano confermare. A confutazione della prima tesi, va considerato che il principio di unità della gestione affonda le sue radici in un valore, quello di collegialità, che è *tout court* antitetico rispetto alla gestione delegata: rinvenire nel principio di unità gestoria la *ratio*

⁸¹ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, cit., p. 18.

⁸² Cfr. A. BORGIOI, cit., p. 64; G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, cit., p. 18; C. ROMANO, *sub art.* 2381, cit., p. 407; M. MARULLI, *La delega gestoria*, cit., p. 103.

⁸³ In questi termini, cfr. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 120.

⁸⁴ G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 442 ss., ripreso da C. ROMANO, *Sub art.* 2381, cit., p. 407.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

della competenza concorrente del consiglio significa assegnarvi un peso ed un ruolo assolutamente marginali. Lo stesso dicasi laddove si ricollegi il fondamento positivo al dovere di intervento: il compimento di atti pregiudizievoli da parte dei delegati costringerebbe la competenza concorrente entro limiti assai angusti⁸⁵.

In realtà, proprio perché l'intera gestione permane intestata al consiglio, la sua competenza concorrente e sovraordinata abbraccia tutti gli atti di gestione e coinvolge anche il merito della stessa. Sembra opportuno precisare, tuttavia, che altro è il profilo del potere, altro è l'estensione del dovere di intervento: è ovviamente solo il secondo a segnare i confini della responsabilità risarcitoria.

Oltre che nella revoca, entro cui è incluso il potere di incidere sugli atti compiuti, revocandoli o modificandoli⁸⁶ - salvi in ogni caso i diritti dei terzi - il potere di intervento può esplicarsi nell'avocare la funzione e nel dare direttive. Tali facoltà, sebbene abbiano beneficiato di riconoscimento positivo solo con la riforma, in quanto implicanti un *minus* rispetto potere di revoca in essa già trovavano legittimazione logica e giuridica⁸⁷.

L'avocazione implica una contrazione temporanea della funzione affidata al delegato: è proprio il profilo della transitorietà a distinguere l'avocazione dalla revoca parziale.

⁸⁵ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 121.

⁸⁶ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., p. 317; G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, cit., p. 85.

⁸⁷ F. GALGANO, *La società per azioni*, Padova, 1988, p. 279 ss.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Con la direttiva il consiglio esercita un potere di coordinamento e di indirizzo, particolarmente utile nel caso in cui esista un pluralità di organi delegati, perché consente la conformazione delle gestioni delegate verso una linea d'azione unitaria⁸⁸. La vincolatività della direttiva non può tuttavia essere esaltata, sino al punto di obbligare il delegato a darvi corso in ogni caso, quasi rinvenendo i connotati di un rapporto gerarchico: direttive ed istruzioni del consiglio in tanto saranno vincolanti, in quanto la loro esecuzione non generi responsabilità a carico degli amministratori investiti dalla delega⁸⁹. Non sembra rispettosa del dato normativo la tesi secondo cui il delegato, laddove «reputi le direttive ricevute pregiudizievoli e deleterie, vi si atterrà compiendo l'atto ma, facendo constatare a verbale il proprio dissenso e informandone per iscritto l'organo interno di controllo, fruirà dello scarico di responsabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2392»⁹⁰.

In senso opposto si impongono almeno quattro ordini di considerazioni. In primo luogo, il rapporto di

⁸⁸ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 133.

⁸⁹ O. CAGNASSO, op. ult. cit., p. 131; A. DE NICOLA, *sub art. 2381*, in *Amministratori*, cit., p. 117, secondo cui il dissenso formale è il prerequisite che consente all'amministratore delegato di non dare poi seguito alla delibera consiliare. Naturalmente, laddove l'astensione risulti ingiustificata, il delegato si espone alla sanzione della rimozione dall'incarico e alla eventuale responsabilità risarcitoria.

⁹⁰ M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società. La nuova disciplina*, in *Società*, 2004, p. 939, il quale aggiunge che da «un'angolazione prettamente ricostruttiva si mostra, invece, interessante sottolineare come le direttive eventualmente impartite debbano stimarsi vincolanti e ciò, perché, diversamente, il legislatore non si sarebbe scomodato con un'espressa previsione»; su posizioni analoghe cfr. M. MARULLI, *La delega gestoria*, cit., p. 104; I. DE FEO, *Sub art. 2381*, in *Codice commentato* Ipsoa, Milano, 2004, p. 381.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

sovraordinazione consiglio-delegati non presenta i connotati peculiari del rapporto gerarchico, così come lo scarto semantico tra "direttiva" ed "ordine" è sensibile e non trascurabile: come si è già posto in luce, il delegato non è *longa manus* del consiglio, bensì è autorizzato ad esercitare individualmente una o più funzioni, la cui cura spetterebbe di converso all'organo gestorio nel suo complesso.

Sotto un secondo profilo, appare quanto meno discutibile che il danno non possa ritenersi imputabile a un delegato che, seppur dissociatosi formalmente dalla direttiva impressa dall'alto, abbia poi posto in essere tutte le operazioni necessarie per darvi attuazione, materialmente realizzando la condotta fonte di danno⁹¹.

Occorre poi considerare che la direttiva impartita dal consiglio si colloca temporalmente a monte dell'attuazione che ne danno i delegati. Mentre il delegato (quanto meno nella sua declinazione unipersonale) è "organo" che non abbisogna di particolari formalità per il suo funzionamento, a governare l'agire del consiglio è il principio di collegialità: tra i due poli ai quali è affidata la gestione complessiva dell'impresa non può dunque esservi interattività. Che l'attuazione della direttiva impressa in sede consiliare generi responsabilità è circostanza che può realizzarsi o della quale ci si può avvedere solo in un secondo momento; in questa ipotesi non può non ammettersi

⁹¹ Negli stessi termini, cfr. A. DE NICOLA, op. ult. cit., p. 118.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

(e anche coloro che esaltano l'assoluta vincolatività delle direttive consiliari si esprimono in tal senso) che il delegato si arresti nel darvi corso. Naturalmente, una cosa è verificare carenze nel procedimento formativo della volontà consigliare, sul presupposto di un bagaglio informativo incompleto o superficiale o di una circostanza rilevante e sopravvenuta, un'altra è sindacare nel merito la determinazione assunta. L'argomento in discussione, sebbene in sé considerato non sia decisivo, rileva laddove consente una erosione certa e significativa della supposta vincolatività delle direttive.

Infine, sfugge quale sia l'utilità di attribuire al consiglio un simile strumento coercitivo. La delega serve a razionalizzare l'esercizio della funzione amministrativa, concentrando sfere di potere più o meno ampie, a favore di soggetti che il consiglio valuta dotati delle capacità richieste. In ipotesi di disfunzioni nella gestione delegata il consiglio è libero di riappropriarsi delle mansioni, tanto in via provvisoria, avocando l'operazione, quanto in via permanente, revocando la delega. In altri termini, immaginare una direttiva vincolante significa attribuire al consiglio uno strumento: *i)* contrario alla *ratio* della delega di potere, poiché inverte il centro decisionale rispetto alla logica sua propria; *ii)* privo di concreta utilità, poiché il consiglio dispone già con la revoca e l'avocazione dei mezzi per riappropriarsi del governo della società.

CAPITOLO II

Principi e disciplina della delega di funzioni gestorie

Problema distinto riguarda il definire quando l'esercizio dei poteri d'intervento del consiglio diviene doveroso: a tal fine è funzionale la successiva trattazione sulla diligenza e sul dovere di agire informato, quale principale declinazione dell'agire diligente.

CAPITOLO III

DILIGENZA E DOVERE D'AGIRE INFORMATO

1. **Premesse indispensabili sulla diligenza nel diritto comune delle obbligazioni: nozione e natura giuridica**

La riforma del 2003 ha inciso significativamente sulla formulazione testuale della diligenza contenuta all'art. 2392 c.c., essendosi sostituita la tradizionale espressione della *diligenza del mandatario* con la innovativa prescrizione secondo cui gli amministratori sono chiamati a svolgere il loro ufficio con la diligenza richiesta dalla *natura dell'incarico* e dalle loro *specifiche competenze*. Nell'indagare se la cesura testuale racchiuda una discontinuità anche concettuale, appare indispensabile anteporre alcune considerazioni generali sulla diligenza nell'adempimento dell'obbligazione⁹². Il rilievo teorico e pratico della questione, i nuclei problematici e l'evoluzione concettuale sono tali, che una trattazione monografia appare appena sufficiente, sicché le essenziali notazioni che seguiranno non potranno non peccare di un indubbio schematismo.

Il ruolo svolto dalla diligenza è centrale nel nostro sistema giuridico; oltre ad essere richiamata o comunque presupposta in numerose disposizioni normative, la diligenza costituisce uno dei capisaldi del diritto generale

⁹² L'impostazione seguita riprende la trattazione monografica di A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Assago, 2010, la cui logicità nell'introduzione alla tematica qui in discussione non permette di discostarsene e alla quale si attribuiscono gran parte delle riflessioni svolte nel presente paragrafo.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

delle obbligazioni: l'art. 1176 c.c. prescrive che, nell'adempiere l'obbligazione, il debitore deve usare la *diligenza del buon padre di famiglia*.

Come nel linguaggio comune, così per il diritto, diligenza è lemma il cui valore semantico è in perfetta assonanza con il senso etimologico. Per diligenza deve intendersi il «complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo»⁹³, in funzione del soddisfacimento dell'interesse creditorio.

La diligenza ha carattere tanto oggettivo, quanto relativo: oggettivo, poiché sganciata da connotazioni soggettive ed individuali; relativo, in quanto commisurata al rapporto dedotto in obbligazione e a tutte le sue concrete caratteristiche fattuali. Come testualmente prescrive l'art. 1176, c. 2., c.c., nel caso di attività professionali la diligenza va misurata con più rigore, in funzione della natura dell'attività esercitata. Unico è comunque il criterio da seguire⁹⁴, poiché la diligenza va sempre graduata, in maniera

⁹³ *Relazione al Codice Civile*, n. 559; su posizioni analoghe, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 2004, p. 90, secondo cui la diligenza è «l'impiego normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore»

⁹⁴ L'unitarietà del concetto di diligenza si contrappone all'estremizzazione della sua graduazione delle elaborazioni medioevali sul diritto romano, che segmentavano tre distinte accezioni di colpa, cui corrispondevano altrettante tipologie di diligenza: il primo luogo, il *dolus*, inteso come volontarietà della condotta nociva; di seguito la *culpa lata*, cui si lega una *nimia negligentia*, ossia la negligenza massima *proxima dolo*, consistente

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

più o meno severa, in ragione di tutte le circostanze del caso specifico⁹⁵. In altri termini, il parametro di riferimento non è rappresentato dall'uomo "medio", non viene in considerazione la diligenza di un generico debitore mediamente diligente, perché il buon padre di famiglia esprime il comando a che la diligenza impiegata sia quella ordinaria, misurata sulle cure e sulle cautele normalmente necessarie a realizzare l'interesse creditorio, in relazione allo specifico rapporto obbligatorio in considerazione⁹⁶. Una diligenza, dunque, relativizzata e «commisurata a un tipo astratto di uomo, preciso metodico puntuale e memore dei propri impegni»⁹⁷.

Se sulla nozione di diligenza vi è sostanziale concordia di opinioni, non esiste convergenza nell'assegnarle natura giuridica e funzione.

nell'omissione di quelle attenzioni che chiunque avrebbe preso; infine, la *culpa levissima*, rinvenibile nella carenza di attenzione dell'uomo prudente ed avveduto, ossia la *exactissima diligentia* o *diligentia diligentissimi*. Sul tema si rinvia a G. GIORGI, *Effetti delle obbligazioni*, in *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, libro I, parte II, Firenze, 1895.

⁹⁵ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173-1176)*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 421; A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 23 ss., ove ampi riferimenti.

⁹⁶ Cfr. S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 540, secondo cui la diligenza è parametro ampio che consente di «individuare un metro di valutazione della condotta, rapportato ad una varietà di situazioni di fatto»; nello stesso senso, v. A. DI MAJO, op. loc. ult. cit., per il quale il «criterio (legale) della diligenza non esprime un parametro rigido [...] ma uno standard di comportamento tipico-sociale (rapportato alle diverse categorie di rapporti)».

⁹⁷ F. CANCELLI, voce *Diligenza (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 523; negli stessi termini, cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1970, p. 337 ss.; S. RODOTÀ, op. ult. cit., p. 545 s.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

In relazione alla natura giuridica, secondo una prima opinione⁹⁸ la diligenza rientrerebbe a buon diritto tra le c.d. "clausole generali"⁹⁹, ossia tre norme incomplete che consentono la creazione giudiziale della regola da applicare¹⁰⁰, senza le rigidità insite nella precostituzione di una fattispecie normativa astratta, bensì mediante il riferimento a - e dunque la giuridicizzazione di - valori meta-positivi. Secondo altra opinione¹⁰¹, la diligenza andrebbe più propriamente ricondotta nel novero dei c.d. concetti "indeterminati" o "elastici", strumenti elettivi per assoggettare a diritto realtà fluide, sfuggenti, poliformi: rispetto all'elencazione casistica, il concetto elastico consente al giudice di adattare il precetto ad una realtà dinamica e sfaccettata. Mentre le clausole generali sono indeterminate sul piano del valore, i concetti elastici difettano di precisione linguistica; solo le clausole generali hanno capacità creativa

⁹⁸ Riconduce la diligenza alla categoria delle clausole generali A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 5 ss., cui si rinvia per ulteriori e puntuali riferimenti.

⁹⁹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9 ss.; L. CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 315 ss.; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

¹⁰⁰ La concezione c.d. subprimaria delle clausole generali, quali norme di mera sintesi dei doveri primari previsti da norme analitiche contenute in altre disposizioni dell'ordinamento è ormai del tutto recessiva, sia in dottrina, che in giurisprudenza; sul tema cfr. G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 179 ss.

¹⁰¹ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti dell'integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 95; per gli ulteriori riferimenti si rinvia ancora ad A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 5.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

di diritto, perché al concetto elastico è precipua la funzione di delimitare l'ampiezza di un diritto che già preesiste¹⁰².

La distinzione tra clausole generali e concetti indeterminati o elastici tende a sbiadire nel momento applicativo. Come l'incertezza linguistica non può sciogliersi senza operare una scelta di valore, così l'indeterminatezza assiomatica della clausola generale abbisogna pur sempre di uno sviluppo sul piano del linguaggio¹⁰³. In ultima analisi, a prescindere dalla concreta qualificazione e del percorso logico, è sostanzialmente affine il peso assegnato all'operatore del diritto nel riempirle di contenuti¹⁰⁴.

1.1. La funzione giuridica della diligenza ed il commiato delle Sezioni Unite alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato

In relazione alle prestazioni consistenti in un *facere*, l'individuazione della funzione giuridica della diligenza ha lungamente diviso gli interpreti. Da una parte, la diligenza è intesa come «misura del comportamento del

¹⁰² In questi termini, cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 95 ss.

¹⁰³ C. CASTRONUOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede* (Giornata di studio - Pisa, 14 Giugno 1985), Milano, 1987, p. 317 ss.

¹⁰⁴ L. CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche*, cit., p. 317 s.; G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., p. 3 s.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

debitore nell'eseguire la prestazione dovuta»¹⁰⁵; in quanto criterio di imputazione della responsabilità per mezzo del raffronto tra il comportamento tenuto e quello dovuto, secondo questa tesi la diligenza rileva nel definire il c.d. "standard of review" e, come tale, «presuppone già stabilita l'estensione precisa di ciò che il debitore è tenuto a fare»¹⁰⁶.

Secondo una diversa impostazione, che affonda le sue radici nella tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato, alla diligenza deve assegnarsi anche capacità determinativa del contenuto dell'obbligazione¹⁰⁷; in particolare, proprio in relazione alla prima tipologia di obbligazioni, in cui la prestazione dedotta in obbligazione si esaurirebbe nell'agire diligente, può cogliersi la duplicità funzionale della diligenza: non solo canone selettivo della responsabilità, ma anche criterio di individuazione della prestazione dovuta¹⁰⁸.

Come è noto, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, che si intreccia con la questione del coordinamento tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. - e

¹⁰⁵ *Relazione* al Codice Civile, n. 559.

¹⁰⁶ S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, cit., p. 542, il quale sottolinea l'improprietà insita nell'identificare una regola di comportamento con il comportamento stesso, oltre che l'irrazionalità di costruire un'obbligazione in cui sovrapporre il risultato *in obbligazione* l'attività diretta a realizzarlo.

¹⁰⁷ Cfr. la *Relazione* al Codice Civile, n. 63, nel commento all'art. 1175, in cui si contrappongono obbligazioni a contenuto specifico, in cui la diligenza è solo il criterio valutativo dell'adempimento, dalle obbligazioni a contenuto generico, in cui la diligenza rileva anche nel determinare il contenuto della prestazione.

¹⁰⁸ Il riferimento imprescindibile è L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185 ss.; per un panorama delle diverse posizioni, cfr. G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 24 ss.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

dunque con il ruolo che va assegnato alla diligenza nel delimitare la responsabilità da inadempimento – in dottrina è stata recentemente sottoposta ad una severa revisione critica.

Il definitivo “commiato”¹⁰⁹ non ha tardato ad arrivare anche nella giurisprudenza della Corte di legittimità, che in materia di responsabilità civile con due successive sentenze rilasciate a Sezioni Unite¹¹⁰ ha rilevato come «la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata», poiché «in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile».

Secondo la Suprema Corte, pertanto, «siffatta distinzione costituisce, [...] come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata,

¹⁰⁹ L'espressione è di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 872 ss., in nota a Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781; ID., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti.

¹¹⁰ Le citazioni nel testo si riferiscono a Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 781; negli stessi termini cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 788, con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento»¹¹¹.

2. Prestazione gestoria e diligenza

In relazione alla prestazione gestoria, nel silenzio serbato dal codice civile sul suo precipuo contenuto, la giurisprudenza si era sostanzialmente assestata nel distinguere, da un lato, le obbligazioni caratterizzate da contenuto specifico, dall'altro, il dovere generico di gestire la società con diligenza: mentre nel primo caso la diligenza assolveva alla funzione sua propria di misurare l'impegno dell'amministratore, in funzione del giudizio di responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, nel secondo caso «l'agire diligente è compenetrato nel contenuto della prestazione dell'amministratore e, pertanto, la diligente attività del debitore per realizzare l'interesse del creditore esclude direttamente l'inadempimento»¹¹².

¹¹¹ Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824 ss., con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*.

¹¹² Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, in *Riv. notariato*, 2004, II, p. 1571 ss., ove in motivazione si afferma: «configurare diversamente il rilievo della diligenza nelle obbligazioni a contenuto specifico, da un lato, e nella generica obbligazione di amministrare con diligenza, nell'altro. Nel primo caso la diligenza rappresenta la misura dell'impegno richiesto agli amministratori e la responsabilità può essere esclusa, come previsto dall'art. 1218 cod. civ., soltanto se "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"»

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

Negli stessi termini si esprimeva la dottrina dominante, estrapolando dal tessuto normativo gli obblighi specifici ed assegnando funzione definitoria del residuale contenuto della prestazione dell'amministratore alle clausole generali dell'agire con diligenza e in assenza di conflitti di interesse: duplicità funzionale della diligenza, dunque, da un lato quale fattore determinante il contenuto stesso dell'obbligazione, dall'altro come criterio di imputazione della responsabilità¹¹³.

Trasferendo sul terreno societario la contrapposizione già vista in tema di diritto delle obbligazioni, in senso contrario si osservava che l'esame sul grado della diligenza presuppone già definito il contenuto dell'obbligazione¹¹⁴.

Ulteriore contrasto in ambito societario, poi, riguardava il valore da assegnare al richiamo - per il tramite

ovverossia da causa che non possa essere né evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore. Nel secondo caso, invece, la responsabilità non viene collegata alla violazione di un obbligo specifico, ma alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione».

¹¹³ In questi termini, *ex multis*, cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 15, secondo cui il richiamo alla diligenza non solo consente di determinare il concreto contenuto dell'obbligazione di "amministrare con diligenza" (cioè l'esatta prestazione dovuta [...]), ma - nelle obbligazioni il cui contenuto è già specificato con precisione dalla legge [...] - costituisce [...] il criterio per valutare la conformità del comportamento dell'amministratore a quello dovuto e già determinato da una specifica norma di legge». Negli stessi termini, cfr. sempre F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. IV, Torino, 1991, p. 323. ss.

¹¹⁴ A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 240; A. ARRIGONI, *La responsabilità sociale degli amministratori tra responsabilità e principi*, in *Giur comm.*, 1990, II, 127 s., nota a Trib. Milano 26 giugno 1989; G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, p. 31 ss.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

del rinvio alla disciplina del mandato - alla diligenza del buon padre di famiglia¹¹⁵. Secondo una prima tesi¹¹⁶, sul presupposto dell'esistenza di una soluzione di continuità tra diligenza professionale e diligenza del buon padre di famiglia, la diligenza pretesa agli amministratori non poteva essere quella professionale *ex art. 1176, c. 2, c.c.*, anche perché non sarebbe possibile rinvenire l'esercizio di una professione nella funzione di amministratore.

¹¹⁵ La formulazione originaria dell'art. 2392, co. 1, c.c. prescriveva che gli amministratori «devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario». In tema di mandato, l'art. 1710, c. 1, c.c., rubricato *Diligenza del mandatario*, replicando la nozione generale di diligenza contenuta all'art. 1176, c. 1, c.c., stabiliva che il mandatario «è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia».

¹¹⁶ P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, op. cit., p. 79, che reputa opportune le innovazioni introdotte sul punto dalla riforma, sul presupposto che l'utilizzo in ambito societario del parametro della diligenza *ex art. 1176, c. 2, c.c.* fosse il frutto di un'interpretazione non ortodossa, se non proprio ortopedica. In particolare, secondo l'A. in «materia di diligenza degli amministratori, è noto che il parametro previsto prima della riforma per tutte le società, anche quotate, era il canone della diligenza del buon padre di famiglia (cfr. art. 2392, 1° comma): anche l'amministratore del grande gruppo multinazionale si sarebbe dovuto attenere all'equilibrato buon senso dell'onesta massaia! Il che aveva condotto la dottrina e, a ben guardare, nella sostanza dei *dicta*, se non nell'enunciazione dei principi, anche la giurisprudenza, ad interpretazioni antiletterali»; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, I, ove si afferma che «mentre la diligenza media configura un criterio fisso e costante, quanto meno in un contesto storico dato, potendo al più mutare con l'evolversi del grado di cultura e di coscienza dell'uomo medio in relazione allo sviluppo della società civile, la diligenza professionale è graduata in relazione alla natura dell'attività e muta in ragione al parametro di riferimento più o meno ampio che si ritenga di dover accogliere»; nel senso che alla diligenza dell'amministratore non potessero applicarsi i canoni della diligenza professionale, cfr. inoltre G. CABRAS, *La responsabilità*, cit., p. 31; C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992, p. 212; A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, cit., p. 388.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

Di converso, altra impostazione¹¹⁷ sottolineava come la diligenza consista in un criterio elastico e unitario, certamente di natura obbiettiva, ma pur sempre da rapportarsi sia al caso concreto, sia al fine cui dedizione e impegno devono tendere, ossia la realizzazione dell'interesse creditorio¹¹⁸. Nell'esecuzione della prestazione gestoria si pretende dunque la «diligenza che avrebbe usato un amministratore normalmente diligente che si fosse trovato in quella circostanza»¹¹⁹ ossia «quella media diligenza che può attendersi da persone che accettano di far parte di un consiglio di amministrazione, tenendo conto della speciale struttura data alla singola società e al suo stesso consiglio in conformità della legge»¹²⁰. Secondo questa tesi, pertanto,

¹¹⁷ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 145 ss., secondo cui la diligenza va sempre profilata in funzione della natura della prestazione e nell'ottica più favorevole al raggiungimento del risultato; C. SANTAGATA, *Delle obbligazioni del mandatario*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, p. 30, il quale osserva che «qualora il mandato sia conferito a soggetti con specifica considerazione delle loro capacità professionali [...]», il criterio della «diligenza del buon padre di famiglia» deve necessariamente adeguarsi alla peculiare accortezza e perizia che è lecito attendersi da chi sia dotato della correlativa idoneità professionale»; cfr. inoltre V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 170; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 201; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 353; ID., *Gli amministratori*, cit., p. 174 ss.; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 250; in giurisprudenza, cfr. Cass. 24 agosto 2004, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 373.

¹¹⁸ La centralità dell'interesse creditorio (cfr. art. 1174 c.c.) è una costante nella dottrina civilistica; sul punto si richiama C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., p. 90, secondo cui la diligenza è l'impegno «normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore»; in ambito societario, cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 47 e specialmente R. WEIGMANN, op. ult. cit., p. 146.

¹¹⁹ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 352.

¹²⁰ A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 336 s.; negli stessi termini, cfr. G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 838, secondo il quale i doveri degli amministratori

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

l'art. 1176, c. 2, c.c. assume il valore di mera esemplificazione normativa del principio per cui il comportamento diligente va in ogni caso commisurato alla natura della prestazione e al risultato prefigurato.

3. La diligenza secondo la riforma: riallocazione della diligenza e oggetto della prestazione gestoria

Se si pone attenzione alla menzionata distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato, si può agevolmente verificare come, in ambito societario, l'appiglio al criterio della diligenza in funzione determinativa del contenuto della prestazione gestoria sia stato giustificato sulla mancata indicazione, da parte del legislatore, di ciò che costituisce il contenuto effettivo della prestazione gestoria¹²¹.

variano «a seconda delle situazioni, a seconda anche dell'oggetto sociale e forse anche a seconda delle caratteristiche peculiari che ogni impresa presenta».

¹²¹ Si veda, in particolare, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 323, che assegna alla clausola generale della diligenza un ruolo conformativo del contenuto della prestazione gestoria proprio sul rilievo che «la legge non fa un elenco di tutti gli obblighi che gravano sugli amministratori, [sicché] il primo e preliminare problema è quello di individuare gli obblighi degli amministratori, il cui inadempimento determina la loro responsabilità»; negli stessi termini del testo, cfr. M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, disponibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it, p. 6 e 8, secondo cui prima «della riforma, a fronte di una palese carenza di esplicitazione degli obblighi generali degli amministratori, la giurisprudenza era costretta ad interpretare la diligenza in modo diverso nelle

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

Non stupisce che la riforma diritto societario abbia reso recessiva la tesi che, sulla base della distinzione tra obblighi specifici ed obblighi generici, assegna alla diligenza una duplicità funzionale: criterio di responsabilità, da un lato; capacità determinativa del contenuto dell'obbligazione, dall'altro¹²². Assumono a tal fine rilievo il nuovo art. 2380-*bis* c.c., che identifica il contenuto dell'obbligazione degli amministratori nella *gestione dell'impresa*, nonché il riformulato art. 2381 c.c., che nel rinnovare la disciplina della delega gestoria ripartisce tra delegati e *plenum* un nutrito catalogo di attività e correlate responsabilità¹²³.

obbligazioni degli amministratori caratterizzate da un contenuto specifico rispetto al dovere generico di gestire la società - appunto - con diligenza [...] . La difficoltà degli interpreti di attribuire [...] al criterio della diligenza un significato univoco derivava probabilmente dalla "povertà" del dato normativo del codice civile del 1942, in ordine al contenuto generale dell'obbligo di amministrazione, aldilà dei doveri specifici previsti in varie e numerose norme sia del codice, sia di leggi speciali. In assenza di una chiara indicazione circa i caratteri, che l'attività di amministrazione doveva rivestire, la dottrina e la giurisprudenza si erano, in altri termini, "aggrappati" al criterio della diligenza, attribuendo ad essa un significato "variabile" ».

¹²² Nel senso qui sostenuto, cfr. M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 6 ss.; A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 41 ss., la quale critica l'illogicità insita nel «costruire un'obbligazione in cui la prestazione che costituisce l'oggetto si esaurisce nella diligenza, quindi in una regola di condotta e non già - come dovrebbe essere alla luce dei principi generali in materia [...] - in un dare, fare o non fare qualcosa»; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 31, il quale all'indomani della riforma osservava che «il nuovo sistema, se correttamente interpretato, potrà essere in grado di ristabilire il principio [...] secondo cui la diligenza non può mai costituire oggetto di un obbligo o peggio il contenuto della prestazione dedotta nell'obbligazione, bensì soltanto il modo di adempiere esattamente all'obbligazione; G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 764 s.; In senso contrario, dopo la riforma, cfr. G. DE CRESCIENZO, *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, v. I, Bologna, 2010, p. 723 ss.

¹²³ Non si ritiene condivisibile la tesi di M. IRRERA, *La responsabilità degli organi sociali: profili generali, doveri di correttezza ed assetti adeguati*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2008, p. 371 ss., laddove assegna capacità

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

L'oggetto della prestazione dell'amministratore è stato legislativamente appuntato sulla gestione dell'impresa, specificandosi poi nella creazione di un assetto amministrativo, organizzativo, informativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa medesima.

L'attività amministrativa, tuttavia, è per sua natura fluida, dinamica, poliforme, insofferente a rigide definizioni o classificazioni, sicché la pur pregevole specificazione legislativa non sembra comunque capace a descrivere e tipizzare il contenuto della relativa prestazione. Per esemplificare, si consideri la creazione di un assetto organizzativo adeguato: tra gli estremi della multinazionale operante su più mercati geografici e merceologici e la piccola società per azioni, magari altamente specializzata, ma ancora a conduzione familiare, il creare un assetto adeguato alle dimensioni e alla natura dell'impresa perde in pratica ogni seria capacità definitoria di ciò che agli amministratori si richiede di fare. L'obbligo in discorso è pertanto specifico solo nella sua concettualizzazione, poiché sotto un unico sintagma si racchiude, nella poliedricità della realtà

definitoria del contenuto della prestazione anche ai principi di corretta amministrazione. In senso contrario si è giustamente osservato come i principi di corretta amministrazione «siano sostanzialmente un'ipostatizzazione della categoria civilistica della diligenza professionale richiesta dall'art. 2392 c.c. e quindi non siano in grado, in quanto tali, di fornire apporti significativi» (G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 309); la questione sarà diffusamente trattata nel Cap. III, § 4, *Diligenza, perizia e principi di corretta amministrazione*, alla cui lettura si rimanda.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

imprenditoriale, una prestazione dai contorni i più ampi e cangianti.

La creazione di un assetto organizzativo difficilmente si presta ad essere totalmente inadempito, poiché al limite anche l'assetto più elementare potrebbe essere adeguato, essendo piuttosto suscettibile di dar luogo a difformi valutazioni quanto al modo del suo adempimento: cioè, appunto, al grado di diligenza con cui l'amministratore vi ha atteso¹²⁴. «È del resto intuitivo che in astratto non si potrebbe indicare cosa l'amministratore debba fare per comportarsi diligentemente: tale problema può essere risolto solo in concreto, con riferimento a tutte le particolarità delle singole situazioni»¹²⁵.

In definitiva, anche prendendo le distanze dalla tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, se si considera che l'inadempimento dell'obbligazione gestoria raramente sarà constatabile nella carenza *tout court* della prestazione dovuta, quanto piuttosto in un'esecuzione non conforme al modello astratto di

¹²⁴ In questi termini, sebbene in riferimento più in generale al contenuto della prestazione gestoria, Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 373, nel cui percorso argomentativo residuano tuttavia alcuni ambiguità, laddove si conclude che «la diligenza, in presenza di obblighi aventi ad oggetto una prestazione solo genericamente definibile, finisca per assumere una funzione di specificazione dei comportamenti dovuti e quindi, in questo senso, per identificarsi con l'oggetto stesso dell'obbligazione».

¹²⁵ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 353, nt. 72, del quale tuttavia non si condivide il ruolo assegnato alla diligenza nel determinare lo stesso contenuto dell'obbligazione.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

condotta, l'aspetto della diligenza rimane centrale¹²⁶ nel sindacare la responsabilità degli amministratori, inevitabilmente intrecciandosi con – e anzi riverberando le sue conseguenze su – il tema della insindacabilità nel merito delle scelte gestorie.

3.1 La natura dell'incarico

Ai sensi del nuovo art. 2392, c. 1, c.c., gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla *natura dell'incarico* e dalle *loro specifiche competenze*.

Il grado di diligenza esigibile, dunque, va in primo luogo parametrato sulla natura dell'incarico. La specificazione sembra aver positivizzato l'indirizzo interpretativo dominante¹²⁷, che rinveniva nell'amministrare

¹²⁶ Cfr. F. VASSALLI, *Sub art. 2932*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 80, secondo cui la centralità della diligenza si impone «non tanto perché esista un vero e proprio obbligo di diligenza da osservare, ma piuttosto perché la diligenza costituisce una condizione per l'esatto adempimento della obbligazione di amministrare una società con l'osservanza delle regole di legge e di statuto».

¹²⁷ L'intervento chiarificatore del legislatore è dunque senz'altro opportuno, eliminando in radice ogni possibile ambiguità concettuale che il previgente richiamo alla diligenza del buon padre di famiglia faceva sorgere: cfr. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., p. 44; A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza*, cit., p. 165; più diffusamente, v. § 3, nt. 116.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

una società di capitali l'esercizio di un'attività professionale, al quale applicare uno *standard* qualificato di diligenza¹²⁸.

Del resto, secondo parte della dottrina appare ragionevole rinvenire nell'attività amministrativa, ormai avviata verso una sempre maggiore specializzazione tecnica e giuridica, l'esercizio di una "attività professionale", anche considerando che su di essa si appunta una nutrita e variegata congerie di interessi. Sotto un profilo più propriamente giuridico, la difficoltà di ravvisarvi caratteristiche uniformi nell'esecuzione della prestazione¹²⁹ non sembra d'ostacolo alla qualifica dell'attività amministrativa come attività professionale: la professionalità è comune a tutte le attività economiche esercitate con stabilità, continuità e sistematicità¹³⁰ (cfr. art. 2082 c.c.).

¹²⁸ Cfr. A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p. 5, secondo cui oggi «non sembra possano sorgere dubbi circa il fatto che, pur se l'amministratore di S.p.a. non debba essere un "professionista", la diligenza da osservare non corrisponda ad un'oggettiva *medietas* ma, piuttosto, ad un modello di amministratore che va idealmente ricostruito [...] senza che il metro valutativo possa ricondursi *ad unum* per ogni indistinto contesto imprenditoriale e organizzativo».

¹²⁹ Cfr. G. VISENTINI, *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore*, in *Principi civilistici nella riforma del Diritto Societario*, a cura di V. Afferni e G. Visintini, Milano, 2005, p. 100.

¹³⁰ V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 170, secondo cui, quanto «al carattere di continuità, si è visto che la dottrina commercialistica lo ha affermato come principale carattere della professionalità dell'imprenditore»; perviene alla medesima conclusione, sebbene con un diverso percorso argomentativo, G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 201, il quale, richiamando L. Mengoni (L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, op. cit.), ritiene dovuta la *peritia artis* allorché, ponendo attenzione alle circostanze concrete del comportamento tenuto dal debitore all'atto di assumere l'obbligazione, sia «dato desumere la sua promessa, comunque identificabile attraverso un'interpretazione di buona fede del contratto, di eseguire la prestazione a regola d'arte, ossia con le qualità proprie delle prestazioni fornite dal buon professionista di quella

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

La contrapposizione tra quanti escludono la professionalità dell'agire amministrativo e quanti l'ammettono sembra risolversi peraltro in una contesa più propriamente concettuale: da un lato, si esclude che ciò valga ad assoggettare l'attività alle *regole artis*, tipiche delle professioni intellettuali; dall'altro, non si disconosce che la diligenza vada comunque graduata in funzione della specifica prestazione e delle circostanze del caso.

Proprio perché criterio unitario ed elastico, la diligenza *ex art. 2392 c.c.* non può certo profilarsi su un generico paradigma del "buon amministratore": l'esercizio dell'attività non presenta caratteristiche uniformi nell'esecuzione della prestazione, potendo variare in dipendenza di una molteplicità di fattori, sia endosocietari, che esosocietari. Sotto questo punto di vista occorre valorizzare non solo le peculiarità della società e dell'impresa esercitata (tipo di società amministrata, sue dimensioni, strutture e possibilità finanziarie, settore d'attività), ma anche le caratteristiche e le condizioni dell'operazione relativamente alla quale si discute¹³¹

specialità: e ciò a prescindere dalla oggettiva sussistenza, nel debitore, della qualità di professionista»; in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, cit., secondo cui l'attività degli amministratori, «traducendosi nella gestione di un'impresa commerciale cui è connotato il carattere professionale dell'esercizio di un'attività economica organizzata (art. 2082 cc.), assume dunque i colori della professionalità che naturalmente si riverberano anche sul parametro della diligenza (come del resto ora conferma anche il nuovo testo del medesimo art. 2392, riformato dal d. lgs. n. 6 del 2003)».

¹³¹ In relazione alla disciplina pre-riforma cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale,

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

(importanza strategica ed economica, impellenza nell'assumerla, etc.), nonché la funzione concretamente ricoperta da ciascun amministratore¹³². Il pensiero corre inevitabilmente al nuovo testo dell'art. 2381 c.c., con il quale il legislatore della riforma ha delineato «un'articolazione interna del consiglio e del suo funzionamento in cui i rispettivi poteri e doveri del consiglio e degli organi delegati siano delineati con precisione, in modo che anche le rispettive responsabilità possano essere rigorosamente definite»¹³³. Ne consegue l'esistenza di una pluralità di

vol. IV, Torino, 1991, p. 353, secondo cui «[s]arà pertanto il giudice che in definitiva dovrà apprezzare, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso (tipo di società amministrata, sue dimensioni e settore dell'attività esercitata, sue strutture e possibilità finanziarie, importanza e condizioni dell'operazione relativamente alla quale si discute, tempo a disposizione dell'amministratore per prendere la decisione ecc.) [...] se il comportamento dell'amministratore debba o no - alla stregua di come si comportano normalmente gli amministratori in analoghe circostanze - essere qualificato diligente»; negli stessi termini, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, op cit., p. 172 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 152 ss. In relazione alla disciplina posttriforma, cfr. P. MONTALENTI, in P. MONTALENTI - S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, cit., p. 216; ID., *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 838 s.; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 6 s., secondo cui deve «afferinarsi un principio di diretta proporzionalità tra complessità e dimensioni dell'impresa amministrata, dall'un lato, e grado di diligenza del gestore, dall'altro lato»; 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, I, p. 113; v. in particolare A. ZANARDO, cit., p. 107 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³² E. CIVERRA, *Inadempimento delle obbligazioni sociali e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 2005, p. 1120; A. ZANARDO, cit., p. 109 ss.; A. DE NICOLA, cit., p. 555; A. ROSSI, op. ult. cit., p.5; A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 337, secondo cui «dovendosi giudicare dell'estensione dei doveri del singolo amministratore in rapporto ad una determinata azienda ed alla sua complessiva organizzazione amministrativa, il giudizio potrà essere diverso da caso a caso [poiché] c'è tutta una graduazione di attività amministrativa alla quale risponde una graduazione della diligenza dovuta dal singolo amministratore».

¹³³ *Relazione alla Riforma*, § 6.III.2, *Il consiglio di amministrazione e la circolazione delle informazioni*.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

modelli astratti di amministratore diligente¹³⁴, in funzione del ruolo concretamente ricoperto¹³⁵ (amministratore delegato, presidente del consiglio, amministratore non esecutivo, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, etc.) e delle funzioni svolte (ad esempio la partecipazione ad un comitato), sul presupposto della legittima divisione di ruoli e competenze e della necessità di mantenere la responsabilità solidale entro i confini della responsabilità per fatto proprio¹³⁶.

¹³⁴ Per una posizione più sfumata, cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., p. 406 s., secondo cui «l'incarico da considerare è quello dell'amministratore, non suscettibile di diversificazioni che possano influire sulla configurazione della diligenza: unica è la funzione amministrativa - verrebbe di dire, con il compianto Ariberto Mignoli, che la professione di amministratore non è suscettibile di diversificazioni, anche gli eventuali delegati svolgendo, al di là delle attribuzioni specifiche, la medesima funzione gestoria e potendo essere il *quid pluris* da essi svolto apprezzato con un compenso aggiuntivo - e unico deve essere, di conseguenza, il criterio con cui viene valutato il comportamento dell'investito; e tale criterio, in alternativa a quello della diligenza del mandatario, non potrà che essere quello della diligenza professionale di cui al 2° comma dell'art. 1176 c.c. Sarà poi il giudice - ma questo è problema affatto diverso - a valutare in concreto, anche in base a parametri diversificati - si è forse dimenticato che è lo stesso codice civile a indicare, sia pure relativamente ad altri istituti, nella gratuità o nell'onerosità dell'incarico un possibile metro di valutazione del grado di diligenza applicato e della conseguente responsabilità? - il comportamento dell'amministratore per giudicare se egli abbia osservato il criterio prescritto dal codice nell'espletamento dell'incarico».

¹³⁵ La questione è correlata al tema delle deleghe atipiche; per il relativo approfondimento, v. Cap. IV, § 6.

¹³⁶ Esplicitamente in tal senso anche la *Relazione* alla Riforma, § 6.III.4, *Responsabilità*, ove è affermato che la «posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili va valutata distintamente, in relazione alle circostanze di ogni singolo caso e ai diversi obblighi che fanno loro capo».

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

3.2 Le specifiche competenze

L'art. 2392, c. 1, c.c. affianca le specifiche competenze dell'amministratore alla natura dell'incarico, quale ulteriore criterio per misurare la diligenza esigibile dal singolo amministratore¹³⁷. Si è già posto in luce come il riferimento alla natura dell'incarico, se da un lato oggettivizza lo *standard* di diligenza, dall'altro lo relativizza, imponendo una valorizzazione delle singole circostanze in cui si esplica la funzione gestoria del singolo amministratore. Il parametro della natura dell'incarico si iscrive pertanto nel solco della tradizione civilistica, alla quale è estranea la soggettivizzazione della misura della diligenza: la diligenza del buon padre di famiglia si commisura su un tipo astratto di uomo, che sia preciso, metodico, puntuale ed accorto.

Entro i principi generali in materia si iscrive pure il parametro delle specifiche competenze. Vero è che l'accertamento delle specifiche competenze del singolo amministratore impone una valutazione soggettiva del suo bagaglio di conoscenze ed esperienze tecniche e professionali, delle quali il legislatore, rendendole rilevanti nel giudizio di responsabilità, sembra presumerne

¹³⁷ La contrapposizione tra "natura dell'incarico" e "specifiche competenze" esclude che ai due sintagmi possa essere assegnato il medesimo significato; non si condivide, pertanto, la tesi espressa da M. SANDULLI, *Sub art. 2392*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino 2003, p. 473, secondo cui le specifiche competenze alluderebbero ai settori di intervento in concreto assegnati all'amministratore, con ciò risolvendosi, in sostanza, in un doppione del criterio della natura dell'incarico.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

L'incidenza diretta sul conferimento dell'incarico¹³⁸. Se la selezione delle specifiche competenze è procedimento eminentemente soggettivo, la loro incidenza sulla creazione del modello comportamentale di riferimento rimane comunque oggettiva, risolvendosi in un processo di astrazione logica, in base al quale stabilire quale diligenza sia normalmente esigibile da un amministratore dotato di quelle medesime conoscenze ed esperienze. In altri termini, «il procedimento consiste sempre nel ricavare un modello di comportamento tipico da un numero indefinito di casi»¹³⁹. Ne risulta un'ulteriore differenziazione nel grado di diligenza esigibile, in sostanza assegnandosi rilievo positivo anche al "*curriculum vitae*" del singolo amministratore¹⁴⁰.

¹³⁸ Cfr. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p.677.

¹³⁹ R. WEIGMANN, cit., p. 359 s., il quale aggiunge che, sebbene il «il significato del modulo che così viene identificato può cambiare, in relazione alla maggiore o minore ampiezza del gruppo di elementi su cui si conduce l'osservazione, per esempio a seconda che ci si riferisca a tutti gli uomini di normale intelligenza e capacità oppure soltanto ai soggetti dotati di qualifiche professionali [...] al termine di tale delicata operazione concettuale si giungerà comunque ad identificare un modello "medio", che può anche non essere l'uomo medio, bensì il *tipo medio di soggetti qualificati*, ma pur sempre riconducibile a una valutazione di "normalità" entro l'ambito di osservazione definito».

¹⁴⁰ A. ROSSI, *Sub art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, I, p. 793; negli stessi termini, cfr. A. ZANARDO, cit., p. 178 s., secondo cui il risultato è quello di «differenziare il modello di amministratore diligente anche in relazione al fatto che il singolo sia stato nominato perché competente in materia legale o in fiscalità d'impresa, ovvero perché dotato di una lunga esperienza maturata in un dato settore industriale o nel settore finanziario»; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., 2006, p. 163 s., che sottolinea come l'inciso recepisca la prospettiva per cui gli amministratori sono assunti anche nella considerazione delle loro caratteristiche professionali, sicché risulta consequenziale e logico che a ciascuno di costoro «si richieda il grado di diligenza connesso alla competenza in ragione della quale è avvenuta la [...] nomina»; R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

La differenziazione all'interno del *board* in punto di competenza e specializzazione dei singoli amministratori, cui il legislatore attribuisce specifico rilievo positivo, se da un lato legittima la vocazione della società per azioni allo svolgimento di attività complesse, sulla base del principio della divisione del lavoro e della differenziazione professionale, dall'altro impone l'esame di un'ulteriore questione, ossia se le specifiche competenze vadano valutate anche in negativo, nel senso che la loro carenza possa valere ad attenuare e financo escludere la responsabilità. La questione involge un più ampio tema, che sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo, relativo ai rapporti tra diligenza e perizia: la risoluzione in senso negativo del quesito presuppone che sia riconosciuta la necessità di un livello, sia pure minimo, di competenza e specializzazione, *id est* di perizia. Rinviando *infra* ogni approfondimento, in questa sede può solo anticiparsi che le capacità tecniche e professionali del singolo amministratore possono incrementare il livello di perizia esigibile e giammai escludere la responsabilità di chi, in ipotesi, ne sia del tutto privo¹⁴¹.

Società, 2008, p. 1196 s.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 59; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato*, cit., p. 36.

¹⁴¹ Nel senso del teso, cfr. A. ZANARDO, cit., p.189; M. SANDULLI, *Sub art. 2392*, cit., p. 474.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

4. Diligenza, perizia e principi di corretta amministrazione

La perizia, quale «cognizione di regole tecniche caratterizzanti una determinata attività ovvero, più specificatamente, un'arte o professione», non è nozione estranea alla diligenza: che la diligenza «non si limiti semplicemente all'impegno di attenzione e prudenza ma comprenda anche la perizia, è confortato dall'osservazione che proprio in relazione a questo ampio concetto di diligenza può essere costruita la nozione di colpa professionale e intesa la sua disciplina legislativa»¹⁴².

Se si pone attenzione ai rilievi già svolti sul parametro della *natura dell'attività*, si può già intendere la conclusione delle presenti riflessioni, ossia la necessità che alla diligenza si accompagni un certo livello di perizia¹⁴³.

¹⁴² C. M. BIANCA, voce *Negligenza*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 193 s.

¹⁴³ Nel senso del testo, cfr. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, cit., p. 172 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 146 ss.; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2002, p. 303, secondo cui l'imperizia impedisce agli amministratori di fornire la prova liberatoria dell'art. 1218 c.c., ossia, «con un ragionamento meno elegante, la imperizia dell'amministratore (il grave errore compiuto) crea un elemento presuntivo circa la negligenza in cui egli è incorso»; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 678; M. SANDULLI, *Sub. art. 2932*, cit., p. 474, il quale ritiene implicita al momento dell'accettazione della carica una «consapevolezza della funzione e quindi della necessità di un livello di diligenza, la quale non può non comprendere anche la perizia»; F. VASSALLI, *Sub art. 2392*, cit., p. 681; L. NAZZICONE, *Sub art. 2932*, in L. NAZZICONE - S. PROVIDENTI, *Società per azioni: amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 182, sottolineando la rilevanza dell'alterità dell'interesse curato e la necessità che la perizia si radichi non solamente nelle tipiche attività gestorie, ma anche nelle funzioni di controllo; in giurisprudenza, cfr. il principio affermato - sebbene in relazione alle competenze legali dell'amministratore - da Cass 4 aprile 1998, n. 3483, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 253 ss.: «il principio secondo cui il dovere di

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

Delineata la conclusione - e rinviate al prosieguo del discorso alcune opportune precisazioni - non resta che tracciarne il percorso argomentativo.

La tesi negativa poggia sul rilievo che non si potrebbe richiedere «neanche all'amministratore più diligente, che egli sia contemporaneamente un perito in contabilità, in materia finanziaria, nella redazione dei bilanci, nel settore o settori di attività dell'impresa, ecc.»; necessario e sufficiente sarebbe solo che la decisione di gestione sia frutto di rischio calcolato, poiché le lacune tecniche dell'amministratore possono essere colmate facendo affidamento sui contributi tecnico-professionali di soggetti terzi a ciò appositamente incaricati¹⁴⁴.

diligenza non comprende il dovere di perizia [...] non può esonerare il singolo amministratore dalla conoscenza delle regole fondamentali ed essenziali alla professionalità di quella funzione quali sono quelle (tra l'altro espressamente previste dalla legge) in tema di inammissibilità di una delega non formale delle proprie funzioni ad altri amministratori, o di tenuta della contabilità, o di divieto di nuove operazioni»; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., § 2, per il quale «è difficile ipotizzare il rispetto dello standard di diligenza in assenza di un'adeguata se pur sommaria preparazione allo svolgimento dell'incarico, senza la quale il grado professionale della diligenza diviene irraggiungibile».

¹⁴⁴ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 361, secondo cui, peraltro, se fosse necessaria la perizia si determinerebbe un ostacolo alla specializzazione dei consiglieri, con l'effetto di un livellamento verso il basso delle loro competenze. Negli stessi termini, dopo la riforma, cfr. A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 10, per il quale «l'imperizia non aggrava la posizione dell'amministratore, ma, al contrario, appiattisce la diligenza dell'amministratore sullo standard dell'amministratore medio». Su posizioni analoghe si assesta la *Relazione alla Riforma*, § 6.III.4, *Responsabilità*: «Nell'adempimento dei 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 necessariamente essere periti in contabilità, 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»; successivamente alla riforma, cfr. sempre F. BONELLI, *Gli*

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

La tesi non convince già solo su un piano epidermico, laddove consentire la totale mancanza di perizia, ragionando *ad absurdum*, significa accettare che l'amministratore svolga un «mero ufficio decorativo, in balia di un direttore o di un amministratore che fa da padrone»¹⁴⁵.

È certamente vero che, a differenza di quanto previsto per sindaci, liquidatori e revisori¹⁴⁶ (cfr. artt. 2407, c. 1 e 2489, c. 2., c.c. e l'art. 11 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39)

amministratori di S.p.A. dopo la riforma, cit., p. 23 il quale introduce una non condivisibile soggettivizzazione del criterio di diligenza, laddove afferma che il richiamo alle specifiche competenze serve unicamente a «precisare che un amministratore, così come è negligente se prende una decisione senza ponderazione, o senza calcolarne i rischi, o senza utilizzare le informazioni che già abbia e che comunque deve richiedere, parimenti è negligente se prende una decisione senza utilizzare le specifiche competenze che egli abbia»; a favore dell'esclusione della perizia, cfr. inoltre L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, I, p. 6.

¹⁴⁵ L'espressione è mutuata da C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I ed., Torino, 1893, v. I, p. 481; negli stessi termini, cfr. P. MARCHETTI, *Corporate governance e disciplina societaria vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 418 ss.: «i nostri consigli di amministrazione oscillano, nella composizione, tra la presenza di uomini della società o del gruppo, di azionisti di rilievo, di esterni con funzioni troppo spesso "decorative" ed annacquati in pletorici consessi, non adeguatamente coinvolti e facilmente coinvolgibili per il blocco che si forma tra le prime componenti (uomini della società ed azionisti) ed il management»

¹⁴⁶ Ai sensi dell'art. 2407, c. 1., c.c., rubricato *Responsabilità*, i sindaci «devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio». Ai sensi dell'art. 2489, c. 2., c.c., rubricato *Poteri, obblighi e responsabilità dei liquidatori*, i liquidatori «debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico e la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori»; ai sensi dell'art. 11, c. 1, del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, attuativo della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, rubricato *Principi di revisione*, la revisione legale è svolta «in conformità ai principi di revisione adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 26, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/43/CE», mentre il c. 2 della medesima disposizione stabilisce che fino «all'adozione dei principi di cui al comma 1, la revisione legale è svolta in conformità ai principi di revisione elaborati da associazioni e ordini professionali e dalla Consob».

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

il possesso di requisiti di professionalità da parte degli amministratori, salvo specifici settori di attività¹⁴⁷, è opzione rimessa all'autonomia statutaria (art. 2387). Su un piano generale, tuttavia, l'ordinamento fa carico a ciascun amministratore di compiti e responsabilità, il cui diligente adempimento presuppone una specifica preparazione tecnico-professionale: così come nel diritto generale delle obbligazioni si ritiene che il comportamento diligente del debitore imponga l'applicazione – e *a fortiori* la disponibilità – delle cognizioni tecniche appropriate all'attività svolta, così l'amministratore deve possedere le cognizioni e le capacità tecnico professionali necessarie al diligente assolvimento delle sue funzioni¹⁴⁸.

Coglie certamente nel vero chi, opponendosi a quanto qui si assume, lamenta che il richiedere un livello

¹⁴⁷ A titolo esemplificativo, si possono richiamare l'art. 13 TUF, che rinvia alla normativa secondaria la definizione dei requisiti di professionalità degli amministratori di Sim, Sicav e Sgr, così come rinvia alla normativa secondaria l'art. 76 del codice delle assicurazioni private, in relazione ai requisiti professionali che devono avere i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione e di controllo presso le imprese di assicurazione e riassicurazione.

¹⁴⁸ Negli stessi termini, cfr. A. ZANARDO., cit., p. 188 ss., la quale aggiunge che l'amministratore deve, «insomma, essere perito, ove, con il termine perizia, ci si riferisce, propriamente, alla conoscenza e osservanza delle regole tecniche di buona amministrazione (tra cui, in primo luogo, quelle di carattere organizzativo), elaborate dalle scienze aziendalistiche, così come integrate dalle ulteriori regole che di volta in volta impongono il tipo di attività (economica) esercitata»; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 146: «l'imperizia è fonte di responsabilità. Infatti, il soddisfacimento dell'interesse del creditore richiede, in numerosi rapporti, l'impiego di tecniche appropriate. Non bastano la buona volontà e lo sforzo soggettivo perché la prestazione possa ritenersi adempiuta. Non basta neppure addurre che l'imperizia preesista alla nascita del rapporto. [...] In questi casi la responsabilità [...] sussiste in quanto il criterio di condotta che si pretende è oggettivo ed impone di prescindere dalle qualità personali del soggetto».

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

minimo di perizia possa essere d'ostacolo ad una marcata specializzazione dei diversi membri del consiglio, al contrario favorendo coloro i quali abbiano una preparazione ampia, siccome generica¹⁴⁹; in senso contrario, tuttavia, non sembra superabile il principio di autoresponsabilità: «non si pretende certo l'onniscienza, ma solo le cognizioni necessarie per esercitare l'ufficio»¹⁵⁰, sicché chi non sia dotato di tutte le capacità tecnico-professionali necessarie per svolgere l'incarico nemmeno dovrebbe accettare la nomina¹⁵¹.

¹⁴⁹ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 361; negli stessi termini, dopo la riforma, cfr. A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 10, secondo cui «l'imperizia non aggrava la posizione dell'amministratore, ma, al contrario, appiattisce la diligenza dell'amministratore sullo standard dell'amministratore medio».

¹⁵⁰ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 148, ove aggiunge che la prestazione gestoria «importa necessariamente l'uso di cognizioni tecniche, le quali anzi tendono vieppiù a codificarsi in apposite discipline aziendalistiche, oggetto di studio nelle scuole specializzate nella formazione dei dirigenti di impresa». Negli stessi termini, cfr. A. ZANARDO, cit., p. 192, la quale osserva che ragionare «diversamente potrebbe dar luogo a situazioni di sostanziale irresponsabilità degli amministratori, che contrasterebbero con le attuali esigenze di aumento del livello di professionalità di chi amministra s.p.a., soprattutto se di medio-grandi dimensioni od operanti in settori peculiari di attività».

¹⁵¹ Cfr. A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 10, secondo cui sussisterebbe un preciso obbligo del nominato di accettare l'incarico «se e solo se in grado di esercitare la funzione, in particolare dovendo almeno essere in grado di elaborare e valutare le informazioni ricevute»; su posizioni simili cfr. M. SANDULLI, *Sub art. 2392*, cit., p. 474, il quale ritiene che l'accettazione dell'incarico, «in mancanza di un livello di competenza accettabile, è già di per sé indice del difetto di diligenza minima esigibile (diligenza non nell'esercizio dell'attività, ma già dell'accettazione di un determinato incarico)». In giurisprudenza, cfr. Cass 4 aprile 1998, n. 3483, cit., secondo cui la regola dell'inammissibilità di una delega non formale delle proprie funzioni ad altri amministratori, o di tenuta della contabilità, o di divieto di nuove operazioni, costituiscono regole essenziali della professionalità della funzione, la cui ignoranza «da parte di un amministratore prima di assumere la relativa carica costituisce violazione del dovere di diligenza che su lui grava, e lo rende imputabile di ogni forma di responsabilità connessa alla inosservanza dei doveri conseguenti allo scioglimento della società per perdita del capitale sociale, quale quello di astensione dall'assunzione di nuove operazioni».

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

Il problema, lungi dall'essere risolto, è soltanto rimandato: la questione centrale diviene quella di stabilire quale sia il livello minimo di perizia necessario¹⁵² e sul punto non v'è risposta precisa e puntuale, che valga a definire una formula valida per ogni singola realtà societaria.

Quello che si può tentare di fornire, tuttavia, è un metodo di indagine. Segnatamente, se l'amministratore deve possedere le cognizioni e le capacità tecnico professionali necessarie al diligente assolvimento delle sue funzioni, è naturale partire proprio dalle funzioni, volgendo lo sguardo alle attribuzioni minime che in ogni caso connotano la sua prestazione gestoria. Il riferimento corre inevitabilmente all'art. 2381 c.c. ed in particolare: *i*) al IV comma, ove si elencano le materie indelegabili, tra le quali meritano precipua attenzione la redazione del progetto di bilancio e i provvedimenti da assumere in ipotesi di riduzione del capitale oltre il terzo; *ii*) ai commi III e VI, ove si indicano i doveri valutativi ed informativi del *board*. Quella che si propone è in altri termini una prospettiva funzionale: è proprio nella prospettiva della funzione esercitata che va ricercata l'esistenza di un livello minimo di perizia¹⁵³.

¹⁵² Naturalmente, imporre una minima qualificazione professionale non significa che si possa sindacare «una decisione piuttosto che un'altra, bensì soltanto [prescrivere] un particolare modo di comportarsi per giungere alla decisione, quale che essa sarà, secondo regole tali da assicurare che la decisione stessa sia effettuata con il massimo del bagaglio conoscitivo possibile» (F. VASSALLI, op. ult. cit., p. 28).

¹⁵³ Negli stessi termini, cfr. A. ZANARDO, cit., p. 192, secondo cui, anche alla luce del dovere di agire informato, il singolo amministratore potrebbe andare esente da responsabilità per aver concorso all'assunzione di decisioni estranee alla sfera delle proprie competenze solo in casi limite: «solo, cioè, nei casi in cui l'assunzione di una certa

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

Sotto tale profilo, oltre alla predisposizione del progetto di bilancio e all'assunzione dei provvedimenti conseguenti alla perdita di oltre un terzo del capitale, precipua importanza assumono le regole tecniche poste a presidio dell'adeguatezza organizzativa, amministrativa, informativa e contabile, la cui conoscenza è prerogativa necessaria non solo nel momento conformativo, di competenza dei delegati o del consiglio nel suo complesso, ma anche nel momento valutativo, di competenza del *board* in presenza di deleghe: il diligente assolvimento della funzione valutativa presuppone pur sempre conoscenze e capacità tecnico-professionali, tanto più ampie, quanto più complesso sarà l'assetto di cui la società deve dotarsi, in

decisione gestoria richieda l'ausilio di cognizioni tecniche e/ professionali approfondite e altamente specializzate, che si pongono ben al di sopra della soglia di ciò che può ragionevolmente attendersi da un amministratore di s.p.a. nella sua posizione». Ricca di interesse è la prospettiva di R. COSTI, *Ignoto tecnologico e rischio d'impresa*, in Aa. Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico. Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, V, 2002, p. 49 ss., la cui disamina sui rischi collegati all'esercizio dell'attività di impresa, in un contesto di incertezza scientifica e tecnologica, e sulla responsabilità di amministratori e sindaci nel dotare la società di un adeguato apparato di controllo dei rischi apre il varco alla necessità che la perizia si diriga anche verso la compiuta conoscenza e comprensione dello specifico rischio d'impresa rilevante. Per un medesimo rilievo, cfr. A. ZANARDO, cit., p. 189 s.; sul tema, si evidenzia che tanto le *Norme di comportamento del collegio sindacale*, applicabili a tutte le società per azioni norme (Documento redatto dal CONSIGLIO DELL'ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, con la Commissione per le norme di comportamento degli organi di controllo legale delle società, nel testo in vigore dal 1° gennaio 2012, disponibile su www.commercialisti.it), quanto le *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate* (Documento redatto dal GRUPPO DI STUDIO PER LE NORME DI COMPORTAMENTO DEGLI ORGANI DI CONTROLLO LEGALE DELLE SOCIETÀ, Documento in pubblica consultazione - Dicembre 2014, disponibile su www.commercialisti.it), richiedono che gli amministratori «siano consapevoli della rischiosità e degli effetti delle operazioni compiute» (cfr. Norma 3.3. *Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Criteri applicativi*).

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

relazione ai parametri della natura e delle dimensioni dell'impresa¹⁵⁴.

Le riflessioni svolte sembrano trovare conferma positiva nel riformulato art. 2403, c. 1., c.c., che include nell'oggetto della vigilanza del collegio sindacale anche il rispetto dei principi di corretta amministrazione¹⁵⁵, elevati ora a clausola generale di comportamento degli amministratori¹⁵⁶, superando così l'ambito ristretto entro cui tali principi erano precedentemente confinati (cfr. l'art. 149, lett. b), Tuf)¹⁵⁷. L'obbligo di vigilanza da parte del collegio sindacale postula che soggetto passivo del vigilare siano gli amministratori, ai quali pertanto primariamente si impongono la conoscenza e l'applicazione dei principi di corretta amministrazione. Lasciando da parte ogni riserva sulla bontà di una simile tecnica legislativa, si deve assegnare ai principi di corretta amministrazione valore di riconoscimento positivo del fatto che la prestazione gestoria dell'amministratore «importa necessariamente l'uso di

¹⁵⁴ La conformazione e la valutazione degli assetti organizzativi, amministrativi, informativi e contabili saranno oggetto di approfondimento nel capitolo successivo.

¹⁵⁵ Con la riforma del 2003, i principi di corretta amministrazione hanno ricevuto dignità positiva anche in un'altra disposizione e segnatamente nell'art. 2497 c.c., in relazione all'esercizio della attività di direzione e coordinamento.

¹⁵⁶ P. MONTALENTI in N. ABRIANI - P. MONTALENTI, *L'amministrazione*, cit., p. 615; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società: liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 712.

¹⁵⁷ L'art. 149, c.1, lett. b), Tuf, ai sensi del quale il collegio sindacale *sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*, collocandosi nel capo relativo alla *Disciplina delle società con azioni quotate* (capo II del Titolo III, Parte IV del Tuf), ai sensi dell'art. 119 Tuf si applica, «salvo che sia diversamente specificato, alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea (società con azioni quotate)».

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

cognizioni tecniche, le quali anzi tendono vieppiù a codificarsi in apposite discipline aziendalistiche, oggetto di studio nelle scuole specializzate nella formazione dei dirigenti di impresa»¹⁵⁸. La formazione giuridica, tecnica, in una sola parola “professionale” del dirigente d'impresa, sembra dunque aver beneficiato di riconoscimento e rilievo normativi, quale catalogo di standard professionali chiamati a tracciare la strada e i confini del “buon agire gestorio”.

Come è stato già precisato, ciò non significa che l'amministratore della piccola società familiare debba essere perito esattamente come l'amministratore delegato della grande multinazionale: la complessità della prestazione gestoria e con essa la diligenza e la perizia richieste vanno pur sempre graduate in funzione della natura e delle dimensioni dell'impresa, sulle cui particolarità e specificità costruire poi un modello comportamentale astratto quale paradigma di valutazione. In vero, la «diligenza professionale è pur sempre diligenza media, che esige la perizia normale della categoria professionale cui il debitore appartiene o dovrebbe appartenere nell'assumere l'obbligazione»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Così R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 148, che esprimeva il giudizio richiamato nel testo ormai quaranta anni orsono.

¹⁵⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., p. 91 (enfasi aggiunta).

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

Parte della dottrina¹⁶⁰, valorizzando il dato testuale dell'art. 2403 c.c. («Il collegio sindacale vigila [...] sul rispetto dei principi di corretta amministrazione *ed in particolare* sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabili adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»), mediante un'equazione logica tra contenente (i principi di corretta amministrazione) e contenuto (gli assetti) assegna ai principi di corretta amministrazione capacità definitoria del contenuto stesso della prestazione gestoria. L'assunto non può essere condiviso, giacché il percorso logico utilizzato si risolve nell'ipostatizzare¹⁶¹ i principi di corretta amministrazione, ossia nel trasmutare arbitrariamente un'entità fittizia e accidentale, come una parola, un concetto, un principio, in una vera e propria sostanza.

Replicando quanto già osservato sulla duplicità funzionale del criterio della diligenza, appare in primo luogo poco convincente assegnare ai principi di corretta amministrazione - a rigore regola dell'agire - la funzione definitoria dell'agire medesimo. L'oggetto della prestazione gestoria è la creazione degli assetti, la loro adeguatezza rilevando solo nella valutazione dell'esatto adempimento; i principi di corretta gestione, pertanto, sono criterio

¹⁶⁰ M. IRRERA, *La responsabilità degli organi societari*, cit., p. 371 s.; ID., *Gli obblighi degli amministratori*, cit., p. 3 ss.; in senso contrario, cfr. G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria*, cit., p. 765 ss.

¹⁶¹ L'espressione è mutuata da G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 309

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

valutativo dell'adempimento, ossia parametro dell'agire – *i.e.* parametro di diligenza qualificata – necessario per stabilire se l'assetto è adeguato, ossia se è esatto l'adempimento. La fallacia dell'equazione contenente/contenuto può evincersi dall'ulteriore oggetto su cui la vigilanza del collegio sindacale deve dirigersi, ossia il concreto funzionamento degli assetti, parimenti introdotto dalla congiunzione “*ed in particolare*”: il funzionamento dell'assetto non può certamente costituire l'oggetto della prestazione gestoria, bensì valutazione a posteriori di una prestazione gestoria in sé già eseguita (la creazione dell'assetto), della quale si valuta, sotto la lente dei principi di corretta gestione, la corretta esecuzione e dunque l'adeguatezza, tanto su un piano statico (l'adeguatezza iniziale), quanto dinamico (il concreto funzionamento).

Confortano l'interpretazione qui proposta le *Norme di comportamento del collegio sindacale*, applicabili a tutte le società per azioni, e le *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, secondo le quali la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione consiste nella verifica di «conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica»¹⁶², ossia alle regole tecniche di buona e oculata amministrazione¹⁶³.

¹⁶² *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., § 3.3., *Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*. In linea generale, il documento incentra la funzione di controllo nel verificare che: a) le scelte gestionali siano ispirate al principio di corretta

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

5. **La diligenza nella sua declinazione principale: l'agire informato**

Il presupposto d'efficienza e di razionalità dell'agire amministrativo è la conoscenza di una nutrita congerie di dati di fatto, sia aziendali, che extra-aziendali, poiché unicamente la disponibilità di un compiuto bagaglio informativo consente l'assunzione razionale della decisione gestoria¹⁶⁴.

La concentrazione del governo dell'impresa, cui è funzionale la delega di potere, attenuando il principio di collegialità ed affidando la gestione operativa ad un numero ristretto di consiglieri muove poi la questione informativa su

informazione, di ragionevolezza, che siano congruenti e compatibili con le risorse e il patrimonio di cui la società dispone; b) gli amministratori siano consapevoli della rischiosità e degli effetti delle operazioni compiute. Particolare attenzione è posta poi al momento prodromico l'assunzione della decisione (il collegio verifica che «gli amministratori abbiano, in relazione al compimento di operazioni di gestione, acquisito le opportune informazioni, posto in essere le cautele e verifiche preventive normalmente richieste per la scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità»), all'aderenza dell'operazione all'oggetto sociale, alle operazioni più significative.

¹⁶³ Cfr. S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2-bis, 2003, p. 310, che assegna all'espressione il valore di clausola generale, «attraverso cui passa un controllo sulla "diligente" gestione degli amministratori, e quindi su tutti i profili dell'amministrazione in relazione alla specificità dimensionale-qualitativa della singola società, con il limite delle scelte di merito in senso stretto»; il brano è richiamato in A. ZANARDO, cit., p. 153 s., che inoltre sottolinea come la formula riunisca in sé «tutti i canoni comportamentali che devono essere osservati per esercitare un'attività economica realmente efficiente ed efficace», come può evincersi anche dall'utilizzo del lemma "principi" anziché "obblighi", con ciò «evocando un paradigma concettuale che mal si presta ad essere "imbrigliato" in rigide categorie giuridiche». In relazione a tale ultima considerazione, l'A. rinvia a R. VENTURA, in A. BADINI CONFALONIERI - R. VENTURA, *Commento all'art. 2497, in Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2163.

¹⁶⁴ C. AMATUCCI, *L'efficienza dell' "insider control system" e l'informazione "privata" destinata al Consiglio di sorveglianza*, in *AGE*, II, 2007, p. 396; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 43.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

un piano ulteriore, ossia quello delle asimmetrie informative intraorganiche. La fluidità e la completezza dell'informativa endoconsiliare rappresenta pertanto il passaggio obbligato non solo per il regolare funzionamento dell'organo amministrativo, ma anche per l'efficienza dei controlli, della gestione e della diffusione della responsabilità per la gestione¹⁶⁵: l'agire informato assume il ruolo di cardine del buon governo societario¹⁶⁶. Sul tema è stato efficacemente osservato «che il principio di trasparenza funge da comune denominatore degli strumenti di *corporate governance*, e cioè di quelli affidati al mercato e di quelli interni o endosocietari che dir si voglia: così che è proprio la trasparenza della struttura proprietaria e della gestione della società a consentire al mercato, agli "organi" (collegio sindacale, assemblea) interni e agli stessi soci una valutazione, la più possibile corretta, della gestione e dei risultati della stessa»¹⁶⁷. Non è un caso, pertanto, che il grimaldello per accertare la responsabilità degli amministratori sia stato proprio la valutazione del momento prodromico l'assunzione della decisione gestoria¹⁶⁸. A tal fine l'art. 2381

¹⁶⁵ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizione di vigilanza del 4 marzo 2008. Organizzazione e governo societario delle banche*, in *Bollettino di Vigilanza*, 2008, III, ove è posto l'accento sulla necessità che i flussi informativi siano adeguati e tempestivi e si enfatizza che la circolazione informativa intrasocietaria ed intraorganica è «condizione imprescindibile affinché siano effettivamente realizzati gli obiettivi di efficienza della gestione ed efficacia dei controlli».

¹⁶⁶ G. M. ZAMPERETTI, op. ult. cit., p. 323.

¹⁶⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., p. 412.

¹⁶⁸ In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. 27 dicembre 2013, n. 28669: «se è vero che all'amministratore non può essere rimproverato il cattivo uso della discrezionalità

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

c.c. disegna un apposito circuito informativo, assegnando al presidente del consiglio il ruolo di raccordo tra il polo d'origine dell'informazione (i delegati) e il polo d'arrivo (i consiglieri non delegati).

In questa sede si vuole soffermare l'attenzione sull'ultimo comma dell'art. 2381, primo periodo, ai sensi del quale gli amministratori sono tenuti ad *agire in modo informato*. Il precetto dell'agire informato, sebbene calato entro una disposizione più propriamente dedicata alla gestione delegata dell'impresa societaria, diviene caposaldo operativo del "buon amministratore"¹⁶⁹. Prima di essere

imprenditoriale, in quanto il merito dell'agire gestorio resta insindacabile, tuttavia rientra nell'ambito della diligenza esigibile il corredare le scelte medesime con le verifiche, le indagini e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quella natura, alle condizioni di tempo e di luogo e ad alla luce di ogni altra circostanza concreta. Se certamente il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle di merito compiute dall'organo societario, invero, rientra però nei suoi compiti verificare se, nel caso concreto, la scelta gestoria sia avvenuta nel rispetto dei parametri dell'azione adempiente e diligente, così come richiesta nel mondo degli affari, che deve essere connotata da liceità, razionalità, congruità, attenzione e cura particolari, nozioni da integrare alla stregua delle circostanze del caso concreto». In dottrina, cfr. R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza* (I parte), in *Società*, 2008, p. 1195 s., il quale sottolinea come «ai fini dell'eventuale responsabilità dell'amministratore, non rileva tanto ciò che egli fa, quanto il modo in cui lo fa: non, quindi, il grado di rischio che assume prendendo una determinata iniziativa, ma l'eventuale mancata adozione delle verifiche preventive occorrenti per valutare quel rischio in modo professionalmente adeguato (non, per esempio, il fatto in sé che si sia deciso di acquisire la partecipazione in un'altra impresa matrimonialmente pericolante, ma la circostanza che non si siano eventualmente prima passate al setaccio con la dovuta diligenza le condizioni patrimoniali, finanziarie ed economiche di detta impresa)».

¹⁶⁹ Negli stessi termini, sebbene con una formula più efficace, cfr. P. MONTALENTI, *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, Torino, vol. II, 2006, p. 837, secondo cui l'agire informato «assume a paradigma generale di comportamento del buon amministratore».

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

fonte di doveri (riflessivi, transitivi e d'interazione¹⁷⁰), l'agire informato costituisce canone dell'agire: solo un'informazione tempestiva e completa consente l'assunzione razionale della decisione gestoria e l'effettivo svolgimento delle funzioni di controllo. In questo senso, l'agire informato è principio basilare della corretta amministrazione e declinazione primaria della diligenza gestoria¹⁷¹, applicabile a qualsiasi amministratore, a prescindere dalla funzione concretamente esercitata¹⁷².

Improntare l'agire gestorio sul valore dell'informazione solleva quanto meno tre ordini di problemi: *i*) l'individuazione dei requisiti affinché l'assetto informativo possa considerarsi adeguato; *ii*) quando, in

¹⁷⁰ La tripartizione in doveri d'informazione riflessivi, transitivi e d'interazione quale specchio del dovere di informarsi, di informare e di coordinamento dell'informazione è mutuata da G. M. ZAMPERETTI, op. ult. cit. e sulla stessa ci si soffermerà nel capitolo successivo. Il canone dell'agire in modo informato, infatti, nella sua estrinsecazione operativa è generatore di obblighi a contenuto specifico, appunto di informarsi, di informare e di diffusione informativa.

¹⁷¹ Cfr. le *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., § 3.3., *Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione* e le *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, cit., sempre § 3.3., *Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*, ai sensi dei quali «i sindaci devono avere cognizione e vigilare sulla corretta e appropriata formazione del procedimento decisionale degli amministratori e non effettuare la verifica della bontà e convenienza delle scelte gestionali, le quali sono onere e compito primari dell'organo amministrativo».

¹⁷² In altri termini, il canone dell'agire informato «riguarda, indifferentemente dal sistema di amministrazione adottato, tutti gli amministratori, a prescindere dal fatto che la responsabilità della gestione compete ad essi in modo collegiale o in forza di delega» (M. MARULLI, *La delega gestoria*, cit., p. 110), sanzionando ogni scelta di gestione che sia presa «con colpevole improvvisazione, senza soppesare i vantaggi e svantaggi che l'operazione può presentare per la società» (F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 635) e traducendosi poi, per gli amministratori delegati, nel «curare un'adeguata istruttoria e [nel] compiere una congrua ponderazione nelle decisioni da assumere e nelle proposte da presentare al consiglio» (R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 379).

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

ipotesi di deficienza informativa, il paradigma dell'agire informato diviene generatore di obblighi a carico del singolo amministratore e, segnatamente, del dovere di attivarsi per azzerare la carenza esistente; ii) infine, quali siano i mezzi di reattivi consentiti, poiché e sempre e solo sul piano dei poteri che deve misurarsi l'effettività del precetto comportamentale. Mentre l'adeguatezza dell'assetto informativo sarà oggetto di esame nel Capitolo IV, per l'approfondimento dei poteri informativi del singolo amministratore si rinvia al Capitolo V.

6. Diligenza e amministratori non esecutivi, amministratori di minoranza, amministratori indipendenti. Una premessa definitoria

La concentrazione del potere gestorio all'interno dell'organo amministrativo, decentrando competenze e funzioni gestorie, fa emergere anche a livello soggettivo la duplice anima del consiglio di amministratore¹⁷³, ove convivono funzioni gestionali e funzioni di *monitoring*, poiché anche il controllo è fattore «coessenziale dell'impresa

¹⁷³ L'espressione è di M. REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 658.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

e del potere amministrativo»¹⁷⁴. Si sviluppa in questi termini la tradizionale distinzione tra amministratori esecutivi, in quanto destinatari di deleghe gestionali, e amministratori non esecutivi, ai quali al contrario non sono appunto attribuite specifiche funzioni gestorie. Sulla distinzione, di matrice anglosassone¹⁷⁵ e ormai penetrata anche nell'ordinamento domestico¹⁷⁶, si innestano altre due nozioni di amministratore: l'amministratore c.d. "di minoranza" e l'amministratore c.d. "indipendente". L'evoluzione del nostro diritto societario, sotto la spinta di istanze eterogenee,

¹⁷⁴ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 51.

¹⁷⁵ L'affermazione nell'esperienza inglese della distinzione è intuibilmente connotata alla conformazione monistica del sistema di amministrazione e controllo, dove, pur nell'assenza di definizioni legislative, la categorizzazione delle due figure di amministratori si è tosto affermata nella prassi societaria. Sul tema si rinvia a J. LOWRY – A. DIGNAM, *Company Law*, Oxford University Press, 2006, p. 287, ove così sono definiti amministratori esecutivi ed amministratori non esecutivi: «Executive directors are generally full-time officers of the company who carry out the management of the company's business. The articles typically give extensive management powers to them and they will usually have separate service contracts with the company. The articles will also usually provide for the appointment of managing director, often referred to as chief executive, who has overall responsibility for the running of the company. Non-executive directors are normally appointed to the boards of larger companies to act as monitors of the executive management. They are typically part-time appointments. The corporate governance committees (the Cadbury Committee, the Greenbury Study Group, the Hampel Committee and more recent Higgs Review) view non-executive directors as holding the potential to perform a monitoring role over their executive brethren, ensuring that they act strictly in the interest of the company».

¹⁷⁶ Se la *Raccomandazione* Consob 20 febbraio 1997, DAC/RM/97001574 appunta la funzione di controllo indistintamente sul consiglio, è con la prima versione del Codice di Autodisciplina del 1999 che la nozione di "amministratore non esecutivo" si affaccia nell'ordinamento domestico; per la sua codificazione nel diritto positivo, invece, occorre attendere la riforma del 2003, che all'art. 2409-*octiesdecies* c.c., nell'ambito del sistema monistico, prescrive che i componenti del comitato per il controllo sulla gestione «non svolgano, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società che la controllano o ne sono controllate».

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

ha così assistito all'emersione di una pluralità di categorie di amministratori.

Nell'ambito di una ricerca finalizzata a delineare il canone dell'agire amministrativo, la moltiplicazione di figure stimola a verificare se ad una diversa "etichetta" corrisponda uno statuto proprio e particolare, in punto di omogeneità di poteri, funzioni, diligenza e professionalità. In altri termini, bisogna saggiare se alla pluralità di figure si accompagni una disciplina giuridica propria e differenziata: in un'ultima analisi, una differente identità ed una particolare missione.

In primo luogo, occorre affrontare l'aspetto definitorio, perché alle diverse nozioni non corrisponde affatto una fattispecie unitaria.

Solo in via di prima approssimazione la nozione di "amministratore non esecutivo" coincide con quella di amministratore sprovvisto di deleghe: in realtà vi sono ricompresi anche gli amministratori che, seppur tributari di deleghe, siano privi di incarichi attinenti alla gestione, ben potendosi conferire a titolo individuale o collettivo competenze altre rispetto alla materia gestoria. In questo senso si esprime il Codice di Autodisciplina, che individua il discrimine definitorio nel «coinvolgimento *sistematico* [...] nella gestione corrente dell'emittente»¹⁷⁷. Sulla base di tali

¹⁷⁷ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina*, Luglio 2014, Art. 2 - *Composizione del consiglio di amministrazione*, 2.C.1. (enfasi aggiunta); più nel dettaglio, l'attribuzione della qualifica di non esecutivo va attribuita agli amministratori:

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

rilievi, si è preferito ricorrere alla locuzione “amministratori deleganti”, assumendo che tale espressione meglio distinguerebbe gli amministratori sprovvisti di deleghe in senso assoluto¹⁷⁸. In realtà, anche tale nozione pecca di precisione, poiché a rigore la qualifica di delegante spetta ai tutti i membri del *board*: è il consiglio ad essere titolare della gestione, che decentra con l'attribuzione delle deleghe di gestione, sicché anche l'amministratore delegato è delegante rispetto agli altri titolari di attribuzioni. Non v'è pertanto altra via, che l'espressione “amministratori privi di deleghe”.

Financo più complesso è delineare la fattispecie “amministratore indipendente”, figura che ha percorso un lungo cammino, che affonda i suoi primi passi sul terreno

i) «quando ad essi vengano attribuite deleghe individuali di gestione o quando essi abbiano uno specifico ruolo nell'elaborazione delle strategie aziendali», anche se in una società controllata avente rilevanza strategica; ii) quando «ricoprono incarichi direttivi nell'emittente o in una società controllata avente rilevanza strategica, ovvero nella società controllante quando l'incarico riguarda anche l'emittente»; iii) ai componenti del comitato esecutivo dell'emittente «quando manchi l'identificazione di un amministratore delegato o quando la partecipazione al comitato esecutivo, tenuto conto della frequenza delle riunioni e dell'oggetto delle relative delibere, comporti, di fatto, il coinvolgimento sistematico dei suoi componenti nella gestione corrente dell'emittente». Come indicato nel testo, da tale ultima nozione è possibile estrapolare il criterio generale su cui costruire la definizione, consistente nell'effettivo e sistematico coinvolgimento nell'assunzione di decisioni gestorie, al di là degli eventuali incarichi formali (ad esempio partecipazione ad un comitato esecutivo *a latere* di un delegato con poteri gestori pieni, oppure poteri vicari di gestione di fatto mai esercitabili).

¹⁷⁸ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, cit., p. 379, nt. 4: «Uso l'espressione “amministratori deleganti”, anziché quella “amministratori non esecutivi”, in quanto quest'ultima presenta margini di ambiguità, anche alla luce della scelta, compiuta dal codice di autodisciplina del Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa italiana s.p.a. (2.C.1.), di non escludere *a priori* che componenti del comitato esecutivo siano amministratori non esecutivi». La nozione è ripresa da D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2014, p. 1125.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

dell'autodisciplina, per poi insinuarsi nelle pieghe della regole di quotazione e quindi affacciarsi, in ordine sparso e con geometria variabile, anche nel sistema legislativo¹⁷⁹. Alla mancanza di un disegno preciso e sistematico è conseguita una pluralità di nozioni di indipendenza disomogenee, affastellate sia a livello legislativo e regolamentare, che di autodisciplina: può risultare operazione complessa addirittura elencarle tutte senza dimenticarne nessuna¹⁸⁰. Il quadro normativo altamente disorganico che ne risulta stupisce non poco, se solo si consideri il ruolo fondamentale che agli amministratori si assegna nella funzione di *monitoring* non soltanto a livello nazionale¹⁸¹. È certamente vero che possono esistere tante e diverse forme di indipendenza, perché la nozione di indipendenza va costruita in funzione del differente problema di *agency* caso

¹⁷⁹ P. MARCHETTI, *L'indipendenza degli amministratori*, cit., p. 17 ss.

¹⁸⁰ La difficoltà di individuare una definizione unitaria di indipendenza non è problema esclusivo dell'esperienza italiana; sul tema cfr. D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, vol. II, 2006, p. 407 s., al quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti.

¹⁸¹ Cfr. Raccomandazione 2005/162/CE, specialmente art. 4, che, in assonanza con lo strumento utilizzato, adotta un approccio meramente esortativo, limitandosi ad osservare che nel «consiglio d'amministrazione o di sorveglianza di una società dovrebbe essere eletto un numero sufficiente di amministratori senza incarichi esecutivi o di membri del consiglio di sorveglianza indipendenti, in maniera da garantire che eventuali conflitti di interessi rilevanti che coinvolgano degli amministratori siano affrontati correttamente». La verifica teorica e empirica dell'utilità della figura dell'amministratore indipendente non costituisce oggetto del presente lavoro; per un panorama sulle diverse posizioni in dottrina, v. Cap. 1, § 1, nt. 10.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

per caso rilevante¹⁸²; quello che sfugge, tuttavia, è quale criterio sorregga le diverse nozioni volta per volta utilizzate.

Rinviando al paragrafo che segue ogni considerazione sull'effettività della funzione e rimanendo ora sul piano concettuale, all'interno della categoria è possibile tracciare alcune distinzioni a seconda del tipo di indipendenza sancito. Tralasciata ogni opportuna perplessità sull'assenza di un coordinamento legislativo e regolamentare e sulla razionalità di una definizione a geometria altamente variabile, già solo a livello legislativo è possibile rinvenire plurime nozioni di indipendenza¹⁸³. La prima è contenuta all'art. 2409-*septdecies* c.c., che rinvia alla definizione di indipendenza coniata per i sindaci (art. 2399, c. 1, c.c.) ed è applicabile agli amministratori di società con sistema monistico, sia aperte sia chiuse. Segue l'indipendenza applicabile ai consiglieri di sorveglianza delle società che non ricorrono al mercato del capitale di rischio, che parimenti riproduce, sebbene in maniera non completa, la formula propria dei sindaci (cfr. art. 2409-*duodecies*, c. 10, c.c.). Una terza nozione è fornita dall'art. 148 Tuf, sempre ricalcante l'indipendenza dei sindaci (salvo allargarne un poco le maglie), applicabile agli emittenti che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in relazione ai consiglieri

¹⁸² F. DENOZZA, *I requisiti di indipendenza*, 2005, consultabile su www.nedcommunity.com, secondo cui esistono «tante, diverse forme di indipendenza, e [...] l'indipendenza rilevante è quella che consente al soggetto in questione di svolgere al meglio la sua funzione».

¹⁸³ Sulle varie nozioni di indipendenza, cfr. N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc.1, 2008, p. 1 ss.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

di sorveglianza e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione (cfr. cc. 4-*bis* e 4-*ter*), oltre che ad una porzione dei componenti dell'organo amministrativo nel sistema tradizionale e del consiglio di gestione nel sistema dualistico (rispettivamente artt. 147-*ter*, c. 4 e 147-*quarter* Tuf)¹⁸⁴. Ulteriore nozione è quella relativa alle società che esercitano attività di assicurazione e riassicurazione (art. 76 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209)¹⁸⁵. Infine, la nozione "atipica" di indipendenza, il cui contenuto è liberamente plasmabile dall'autonomia statutaria (artt. 2387, 2409-*duodecies*, c. 6 e 2409-*octiesdecies*, c. 2, c.c.).

A livello autoregolamentare il Codice di Autodisciplina¹⁸⁶, vincolante a seguito della volontaria adesione da parte dell'emittente¹⁸⁷, accanto ad un

¹⁸⁴ Sebbene solo in tali due ultime ipotesi la nozione di indipendenza sia testualmente coniabibile verso un maggior rigore, mediante il riferimento agli ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, tale possibilità è già concessa all'autonomia statutaria con norma avente valenza generale (art. 2387 c.c.).

¹⁸⁵ La disciplina è contenuta nel Regolamento 11 novembre 2011, n. 220, cui l'art. 76 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 rinvia.

¹⁸⁶ La qualificazione dell'amministratore non esecutivo come indipendente non esprime un giudizio di valore, bensì indica una situazione di fatto: sono indipendenti quegli amministratori che «non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l'autonomia di giudizio» (*Codice di Autodisciplina*, Luglio 2014, Art. 3 - *Amministratori indipendenti*).

¹⁸⁷ L'art. 123-*bis*, c. 2, lett. a) Tuf e l'art. 89-*bis* del Regolamento Emittenti ha istituzionalizzato nel nostro ordinamento il funzionamento tipico dei sistemi di *soft law*, basato sul meccanismo del c.d. *comply or explain*, imponendo agli emittenti di includere nella relazione sulla gestione le informazioni riguardanti l'adesione ad un codice di comportamento e di motivare le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni. La rilevanza reputazionale dei codici di comportamento spiega perché, come rileva il Comitato per *la Corporate Governance*, la «quasi totalità delle società italiane con azioni quotate ha scelto di aderire formalmente al Codice di Autodisciplina» (cfr.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

elencazione casistica di situazioni presuntive della non indipendenza fornisce una definizione in positivo, il cui cuore concettuale è costituito dalla conservazione dell'autonomia di giudizio, da accertarsi avendo riguardo più alla sostanza, che alla forma.

Nonostante il disordine sistematico e qualunque sia la nozione di indipendenza rilevante, il sistema è comunque affidato ad un meccanismo autoreferenziale: la valutazione della sussistenza del requisito è effettuata sulla base delle informazioni provenienti dagli stessi interessati o già nella disponibilità dell'emittente¹⁸⁸.

Accanto ad amministratori non esecutivi e amministratori indipendenti figurano i c.d. "amministratori di minoranza", così appellati per essere la loro nomina riservata alla minoranza azionaria la cui lista abbia ottenuto il maggior numero relativo di voti e non sia collegata in alcun modo, neppure indirettamente, con i soci che hanno presentato o votato la lista su cui si è coagulata la maggioranza azionaria (art. 147-ter, c. 3, Tuf).

Costituiscono un ibrido tra le figure da ultimo analizzate gli amministratori nominati dai possessori degli

COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Relazione annuale 2013 - Rapporto sull'applicazione del Codice di Autodisciplina*, § 2.1, p. 7). L'adesione al Codice di Autodisciplina può poi essere prerequisito per la quotazione su particolari mercati.

¹⁸⁸ In tal senso cfr. il criterio applicativo 3.C.4 del Codice di Autodisciplina: «Dopo la nomina di un amministratore che si qualifica indipendente e successivamente, al ricorrere di circostanze rilevanti ai fini dell'indipendenza e comunque almeno una volta all'anno, il consiglio di amministrazione valuta, sulla base delle informazioni fornite dall'interessato o a disposizione dell'emittente, le relazioni che potrebbero essere o apparire tali da compromettere l'autonomia di giudizio di tale amministratore».

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

strumenti finanziari diversi da azioni ed obbligazioni, ai quali può essere riservata la nomina di un amministratore (artt. 2346, c. 6, 2349, c. 2 e 2351, c. 5). Nonostante la testuale menzione dell'indipendenza, tale tipologia di amministratori presenta strette consonanze con gli amministratori di minoranza, laddove anche qui il potere di nomina è estraneo alla maggioranza azionaria, consonanza tanto più profonda, quanto la titolarità degli strumenti risulti concentrata nelle mani di uno o di pochi investitori¹⁸⁹, con il rischio quindi, tutt'altro che remoto, che l'amministratore "indipendente" divenga nei fatti il portavoce in consiglio degli interessi della categoria.

¹⁸⁹ Ai sensi dell'art. 2346, c. 6, c.c. lo statuto deve disciplinare le condizioni di emissione e le caratteristiche tipologiche degli strumenti e, *se ammessa*, la legge di circolazione: l'ipotesi tipica è dunque quella che lo strumento non circoli. Se la circolabilità non è connotato tipologico, se ne intuisce la possibilità - come tale considerata fisiologica nella costruzione legislativa- che gli apporti a patrimonio che giustificano l'emissione dello strumento siano effettuati da un numero alquanto ristretto di investitori, con l'ulteriore corollario che è più che probabile l'esistenza di una forte contiguità dell'amministratore così nominato alle ragioni e agli interessi di coloro che ne hanno determinato la nomina. Sul mutamento in senso compositivo del consiglio di amministrazione, cfr. F. H. EASTERBROOK - D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, London, 1991, p. 69 s.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

6.1 Alla ricerca di uno statuto degli amministratori privi di deleghe

Come è stato già anticipato, ricercare uno statuto disciplinare, che possa qualificare differentemente gli amministratori non esecutivi, indipendenti o di minoranza, in punto di poteri, doveri, professionalità, significa in definitiva associare a tali figure un maggior rigore nel valutare l'adempimento diligente dei compiti loro assegnati. Il tema meriterebbe altro spazio ed altra attenzione, essendo le questioni da affrontare molteplici e di importanza non secondaria.

Volgendo l'attenzione agli amministratori di minoranza, ogni riflessione si esaurisce nella constatazione che la disciplina loro applicabile si conclude nel definirne le modalità di elezione. Gli amministratori di minoranza non sono pertanto destinatari di poteri o doveri particolari¹⁹⁰, né sono di necessità anche indipendenti. Al rischio di cattura del singolo consigliere indipendente, l'amministratore di

¹⁹⁰ Problema certamente più serio è quello relativo alla opportunità in sé di un consigliere il cui statuto, eccezion fatta per le modalità della nomina, in nulla si differenzi da quello ordinario. Forte è il sospetto, pertanto, che tale figura, anche considerando la necessità di una percentuale azionaria rilevante per la formazione delle liste, possa divenire quello che con ironia è definito l'amministratore "delle locuste", per essere egli il fiduciario diretto in seno al consiglio degli investitori istituzionali. Sul tema, si rinvia a F. DENOZZA, *L' "amministratore di minoranza" e i suoi critici*, in *Giur. comm.*, 2005, VI, p. 767 ss.; M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza e dintorni*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 853 ss.; G. PRESTI - F. F. MACCABRUNI, *Gli amministratori indipendenti tra mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *AGE* n. 1/2003, p. 95 ss.; G. OLIVIERI, *Amministratori "indipendenti" e di "minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, in *AGE*, 2006, p. 23 ss.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

minoranza sostituisce il rischio di accordi collusivi¹⁹¹ tra il *management* e quei soci di minoranza abbastanza forti da essere rappresentati in seno al *plenum*, i quali, rispetto agli azionisti di maggioranza, scontano un potenziale disallineamento tra interessi propri e interesse sociale ancora più profondo¹⁹².

In relazione agli amministratori indipendenti, il discorso deve partire da una constatazione piuttosto banale: la diligenza esigibile si parametrizza sui criteri della natura della prestazione e delle specifiche competenze e l'indipendenza non è fattispecie in ciò rilevante. Il tentativo di edificare un vincolo fiduciario più solido sull'aspettativa - che sembra di mero fatto - di una maggiore indipendenza di giudizio non convince¹⁹³. L'indipendenza di giudizio, come

¹⁹¹ Sulla distinzione tra collegi a funzione "ponderatoria" e collegi a funzione "compositoria", cfr. P. M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nella società per azioni*, Torino, 2000, p. 93 ss.

¹⁹² M. BELCREDI, op. ult. cit., § 7, il quale rileva che, «proprio per il fatto di aver investito minori risorse nell'azienda, [...] essi incorporano [...] una quota minore dei costi da deviazione dalla strategia ottimale, che - in ordinamenti giuridici minimamente efficienti - sono potenzialmente un multiplo dei possibili costi "da distrazione" e rappresentano, quindi, un problema molto più serio».

¹⁹³ In senso contrario, cfr. D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, cit., p. 385 ss., secondo cui sarebbe possibile «ricostruire sistematicamente un unico statuto speciale, che fissi un insieme di principi e di regole di condotta applicabili a qualsiasi amministratore che si qualifichi come indipendente», fondandolo su ciò, che la qualifica di indipendente importa un vincolo fiduciario rafforzato, reagendo sul livello di diligenza esigibile e sul dovere di fedeltà, «inteso quest'ultimo come dovere di presidiare l'interesse sociale, con particolare riferimento a quelle situazioni dove è forte il rischio di condizionamenti da parte degli amministratori esecutivi o del socio di controllo»; U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti, "sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro?"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, V, p. 506 ss., §4, il quale ritiene che «la necessaria opera di "concretizzazione" del dovere generale di gestire l'impresa con la diligenza richiesta dalla "natura dell'incarico" (art. 2392, comma 1°, c.c.) può certamente configurare, in relazione al singolo caso, (se non "doveri fiduciari rafforzati", quantomeno) "doveri di

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

correttamente sottolinea il codice di Autodisciplina, non è prerogativa esclusiva degli indipendenti, ma dovere che accomuna – seppure entro certi limiti e non lo si nasconde – pure amministratori non esecutivi ed esecutivi: l'indipendenza di giudizio «è un atteggiamento richiesto a tutti gli amministratori, esecutivi e non esecutivi [poiché] l'amministratore consapevole dei doveri e dei diritti connessi alla propria carica opera sempre con indipendenza di giudizio»¹⁹⁴. Lo stesso dicasi per il dovere di fedeltà, che pure connota uniformemente ogni amministratore. La capacità di «accorgersi dell'esistenza di un problema, di un rischio, e la capacità di sollevare la questione, "indipendentemente" dagli interessi specifici coinvolti»¹⁹⁵ non è prerogativa dell'indipendente: essa è attributo della funzione. Se una simile propensione abbisogna di un determinato livello di professionalità, nessuno degli

comportamento specifici" a carico dell'amministratore indipendente, contribuendo così ad arricchire lo "statuto normativo" di questa figura».

¹⁹⁴ *Codice di Autodisciplina*, cit., art. 3 – *Amministratori indipendenti, Commento*, ove si legge inoltre che «gli amministratori non esecutivi, non essendo coinvolti in prima persona nella gestione operativa dell'emittente, possono fornire un giudizio autonomo e non condizionato sulle proposte di deliberazione» (enfasi aggiunta). Per quanto riguarda invece gli indipendenti, il Comitato ritiene «che la presenza in consiglio di amministratori qualificabili come indipendenti sia la soluzione più idonea per garantire la composizione degli interessi di tutti gli azionisti, sia di maggioranza, sia di minoranza», sia nelle strutture a proprietà diffusa (quale presidio all'allineamento degli interessi degli amministratori esecutivi con quelli degli azionisti), sia nelle società a proprietà concentrata (in cui si sostituisce o comunque si aggiunge l'esigenza che alcuni amministratori siano indipendenti anche dagli azionisti che controllano o che sono in ogni caso in grado di esercitare un'influenza notevole).

¹⁹⁵ In questi termini, ma in relazione agli amministratori indipendenti, P. FERRO LUZZI, *Indipendente...da chi; da che cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 208.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

amministratori deve essere estraneo a tale bagaglio di competenze.

Indipendenza, del resto, non è sinonimo, né indice di professionalità o competenza: l'indipendenza è una qualifica, non già una missione. Affinché l'indipendenza di giudizio si traduca in funzione di *monitoring* effettiva, l'attenzione va spostata più a monte e più a valle: più a monte, poiché esiste un problema di selezione ottimale; più a valle, onde evitare che gli indipendenti siano "catturabili" dal *management*¹⁹⁶, e non c'è incentivo più affidabile di una seria responsabilità risarcitoria¹⁹⁷. Se la selezione ottimale è al momento affidata allo zelo del singolo emittente, l'inesistenza a livello legislativo di uno *standard of review* più

¹⁹⁶ L'analisi viene condotta sotto la prospettiva che connota le presenti riflessioni, ossia la prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe, sicché è proprio sotto tale angolo visuale che sarà commentata la disciplina degli amministratori indipendenti. Non si intende peraltro tenere malcelato che la tutela dell'effettività dell'indipendenza abbraccia temi e questioni ulteriori, del tutto irriducibili alla sola responsabilità risarcitoria: si pensi ad esempio alla determinazione del compenso e alla durata dell'incarico. Su tali e sugli ulteriori profili rilevanti, si rinvia a D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, cit., p. 385 ss.; M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti*, cit., p. 853 ss.

¹⁹⁷ Altro profilo cui non è possibile dare il rilievo che meriterebbe è quello relativo alla responsabilità reputazionale. Sul tema si rinvia a M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti*, cit., § 3: «gli amministratori indipendenti devono, anzitutto, essere nominati attraverso una procedura trasparente [...] e devono operare nel desiderio di conservare (e accrescere) la propria reputazione; perché il sistema sia efficace i benefici corrispondenti (o i costi in termini di perdita di reputazione, in caso di eventi negativi) devono essere superiori ai benefici derivanti da un'eventuale cattura. L'elemento imprescindibile, che rende efficace il rispetto degli standard è l'esistenza di un'adeguata pressione sociale. Se la pressione non si manifesta, forse sarebbe il caso di domandarsi se il vero problema da risolvere non risieda altrove, ossia nell'inerzia degli investitori, degli intermediari e/o dei media e, quindi, se altri siano i provvedimenti opportuni». La trasparenza delle nomine, tramite il meccanismo di diffusione *ex art. 144-novies* del Regolamento Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 è certamente misura positiva, ma certo non sufficiente in un contesto, quale quello domestico, in cui il valore reputazionale, quanto meno a livello manageriale, stenta ad assumere effettiva capacità selettiva e promozionale.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

rigoroso è confermato dal fatto che alla qualifica di indipendente non consegue l'attribuzione di speciali poteri o di particolari funzioni: il loro statuto normativo risulta indifferenziabile da quello degli amministratori non esecutivi.

Parecchi passi in avanti sono stati compiuti nell'autoregolamentazione, ove agli indipendenti è attribuito peso specifico significativo all'interno dei comitati da costituire in seno al consiglio¹⁹⁸. In particolare, ai componenti dei comitati interni, composti in maggioranza da indipendenti, va garantito¹⁹⁹: *i)* l'accesso alle informazioni e alle funzioni aziendali necessarie per lo svolgimento dei compiti; *ii)* il potere di avvalersi di consulenti esterni, nei termini stabiliti dal consiglio di amministrazione; *iii)* un sostegno finanziario adeguato per lo svolgimento delle mansioni, sia pure nei limiti del *budget* approvato dal consiglio.

Sebbene accesso informativo pieno, consulenze esterne e disponibilità finanziarie costituiscano una significativa deviazione rispetto alla disciplina legale²⁰⁰, la

¹⁹⁸ I comitati la cui istituzione è raccomandata dal Codice di Autodisciplina sono il comitato per le nomine, il comitato remunerazione ed il comitato controllo e rischi, la cui regolamentazione è contenuta rispettivamente agli artt. 5, 6 e 7 del Codice di Autodisciplina, per quanto riguarda la disciplina particolare, e all'art. 4, per i profili comuni.

¹⁹⁹ *Codice di Autodisciplina*, cit., Art. 4 - *Istituzione e funzionamento dei comitati interni al consiglio di amministrazione*.

²⁰⁰ Concorde G. MERUZZI, cit, p. 185, che osserva come si apra così la strada all'emancipazione dalla dipendenza informativa verso i delegati, realizzando per tale via «la divergenza operativa probabilmente più vistosa [...] rispetto al regime di diritto

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

figura dell'amministratore indipendente non si erge quale tipologia di amministratore particolarmente qualificato: non v'è soluzione di continuità tra la diligenza esigibile dagli indipendenti e dagli altri amministratori che con i primi compongono il comitato, sicché lo scarto con la disciplina di legge si incentra sulla natura delle funzioni esercitate, piuttosto che sulla qualifica in sé di indipendente²⁰¹.

Lo stesso giudizio è estensibile all'organismo di vigilanza *ex d.lgs. n.231/2001* e nelle discipline settoriali d'impresa: non v'è attribuzione di compiti specifici e deferenziati rispetto ai non esecutivi, bensì mera regolazione dei requisiti di composizione del *board* e dei vari comitati²⁰².

La situazione è nettamente diversa a livello regolamentare. In primo luogo, l'art. 39-*bis* del Regolamento Emittenti²⁰³, nelle specifiche ipotesi di offerte pubbliche di

comune dell'organo amministrativo, nel cui ambito [...] è preclusa ai deleganti ogni autonoma possibilità di acquisire informazioni dal management della società con iniziative dirette nei suoi confronti».

²⁰¹ Negli stessi termini, cfr. M. BELCREDI, *La questione del ruolo «specifico» degli indipendenti nei sistemi di governance*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010, p. 82: «non è rintracciabile nel sistema una funzione specifica attribuibile agli indipendenti (a tutti gli indipendenti), in quanto tali. È frequente il richiamo a requisiti di composizione del Cda e dei comitati consiliari; è pacifica una distinzione di ruoli tra esecutivi e non esecutivi; ma un ruolo specifico degli indipendenti non è ancora stato formalizzato».

²⁰² cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e di governo societario delle banche* del 4 marzo 2008; cfr. inoltre BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle Banche – Resoconto della consultazione*, maggio 2014, in particolare p. 19, in cui si dà atto del non accoglimento della proposta di «disciplinare in modo più puntuale taluni compiti da assegnare ai componenti indipendenti dell'organo con funzione di supervisione strategica, da traslare poi nei "Comitati controlli interni e rischi" », ritenendosi che tale materia vada regolata a livello di comitato.

²⁰³ Regolamento adottato con delibera Consob n. 11971 del 14 maggio 1999.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

acquisto ivi previste (tutte caratterizzate per essere promosse da soggetti qualificati rispetto alla società bersaglio o al fondo le cui quote si intendono acquistare²⁰⁴) assegna agli amministratori indipendenti che non siano parti correlate dell'offerente, ove presenti, la redazione di un parere motivato e non vincolante, da diffondere al pubblico assieme al comunicato dell'emittente e contenente le valutazioni sull'offerta e sulla congruità del corrispettivo, con possibilità di avvalersi, a spese dell'emittente, dell'ausilio di un esperto indipendente dagli stessi individuato.

In secondo luogo, merita richiamo l'art. 8 del Regolamento Operazioni con Parti Correlate²⁰⁵, che nelle operazioni interessate di maggiore rilevanza riserva la competenza deliberativa al *board* e attribuisce agli indipendenti, raccolti in un comitato appositamente

²⁰⁴ In particolare, ai sensi dell'art. 39-bis, c. 1 del Regolamento emittenti il parere degli indipendenti è necessario in caso di: «A) offerte aventi ad oggetto titoli promosse, direttamente o indirettamente, da: 1) soggetti che detengono una partecipazione superiore alla soglia prevista dall'articolo 106, comma 1, del Testo unico; 2) aderenti a un patto parasociale che detengono una partecipazione complessiva superiore alla soglia indicata al numero 1); 3) amministratori o consiglieri di gestione o di sorveglianza dell'emittente; 4) persone che agiscono di concerto con i soggetti indicati ai precedenti numeri 1, 2 e 3. B) offerte aventi ad oggetto quote di fondi comuni di investimento chiusi promosse, direttamente o indirettamente, da: 1) soggetti che detengono più del 30 per cento delle quote del fondo; 2) il soggetto o i soggetti che detengono, anche congiuntamente, il controllo ovvero esercitano una influenza notevole sulla SGR che gestisce il fondo; 3) amministratori o consiglieri di gestione o di sorveglianza della SGR che gestisce il fondo; 4) persone che agiscono di concerto con i soggetti indicati ai precedenti numeri 1, 2 e 3; C) offerte concorrenti con quelle indicate alle precedenti lettere a) e b) ».

²⁰⁵ Regolamento adottato con delibera Consob n. 17221 del 12 marzo 2010; non viene presa in considerazione la disciplina relativa alle operazioni di minore rilevanza, che sconta la medesima parificazione di funzioni tra indipendenti e non esecutivi già vista in relazione ai comitati raccomandati dall'autodisciplina.

CAPITOLO III

Diligenza e dovere d'agire informato

costituito, un ruolo di primo piano sia nella fase delle trattative e nella fase istruttoria, sia in sede deliberativa. Segnatamente, gli indipendenti devono essere destinatari di un flusso informativo completo e tempestivo e possono richiedere informazioni ulteriori, nonché formulare osservazioni agli organi delegati e ai soggetti incaricati della conduzione delle trattative o dell'istruttoria. L'approvazione dell'operazione è condizionata al parere favorevole del comitato, che deve motivare puntualmente sull'interesse della società al suo compimento, oltre che sulla sua convenienza²⁰⁶. Sebbene il veto rimanga comunque superabile con delibera assembleare assunta a maggioranza dei soci non correlati (c.d. "*whitewash*"), il clamore che susciterebbe anche solo una convocazione dell'assemblea sembra ampiamente sufficiente per condannare in via definitiva un'operazione non gradita.

In entrambe le discipline regolamentari richiamate la nozione di indipendenza rilevante è quella dell'art. 148 Tuf²⁰⁷. Agli amministratori indipendenti è indubbiamente affidata dalla normativa regolamentare una funzione di

²⁰⁶ Le operazioni di maggiore rilevanza sono quelle individuabili in forza dell'Allegato 3 del Regolamento, alle quali si aggiungono quelle che l'organo amministrativo volontariamente predetermini (art. 4, c. 1, lett. a) del Regolamento). La relativa disciplina, che non si esaurisce nella schematica descrizione del testo, essendo molto più complessa, viene analizzata solamente nei limiti in cui è funzionale alla definizione di uno *standard* di diligenza più qualificato degli amministratori indipendenti.

²⁰⁷ Per la nozione di indipendenza rilevante l'art. 35 del Regolamento Emittenti rinvia proprio all'art. 3, c. 1, lett. h), del Regolamento Operazioni con Parti Correlate, il quale a sua volta rinvia alla nozione di indipendenza contenuta all'art. 148 Tuf.

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

primo piano - con annessi poteri²⁰⁸ - nel presidiare la correttezza sostanziale e procedurale di operazioni caratterizzate da elementi di seria criticità. Vero è che trattandosi di funzioni eventuali, che nella realtà societaria potrebbero non esercitarsi mai, è seriamente lecito dubitare che su ciò possa erigersi uno statuto speciale degli amministratori indipendenti. In altri termini, non può ritenersi esigibile una conoscenza ed una preparazione altamente specializzate sul presupposto che esiste una attribuzione episodica ed incerta nel suo effettivo esercizio, anche considerando, da un lato, che i penetranti poteri riconosciuti sono espressamente condizionati allo svolgimento attuale di quelle funzioni e, dall'altro, che è solo l'effettivo svolgimento della mansione che può incidere sulla graduazione della diligenza esigibile²⁰⁹.

In definitiva, quanto meno allo stato normativo attuale, non sembra si possa tracciare una significativa distinzione tra amministratori non esecutivi, indipendenti e

²⁰⁸ Non si conviene pertanto su quanto affermato in U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti*, cit., § 4, secondo cui, comprendendo nel giudizio anche l'autodisciplina, afferma che «non sono espressamente previsti (a livello di normazione primaria o secondaria) poteri/doveri per gli amministratori indipendenti diversi o comunque ulteriori rispetto a quelli gravanti sui "non esecutivi"»; come ritenuto nel testo, tuttavia, non è tanto il potere/dovere a mancare, quanto l'attualità nel suo esercizio o la differenziazione di situazione rispetto a chi indipendente non sia.

²⁰⁹In senso contrario, cfr. D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, cit., p. 385 ss.; U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti*, cit., §4, secondo cui «la necessaria opera di "concretizzazione" del dovere generale di gestire l'impresa con la diligenza richiesta dalla "natura dell'incarico" (art. 2392, comma 1°, c.c.) può certamente configurare, in relazione al singolo caso, (se non "doveri fiduciari rafforzati", quantomeno) "doveri di comportamento specifici" a carico dell'amministratore indipendente, contribuendo così ad arricchire lo "statuto normativo" di questa figura».

CAPITOLO III *Diligenza e dovere d'agire informato*

di minoranza, tutti quanti essendo in pari modo astretti al medesimo parametro di diligenza. L'accettazione della carica da parte di un amministratore indipendente non comporta l'assunzione di una funzione di garanzia diversa da quella degli altri amministratori: l'indipendenza è unicamente il presupposto soggettivo di eleggibilità e se maggiore garanzia vi deve essere, essa opera in via di fatto, poiché è solamente dal potenziamento delle funzioni in concreto esercitate che consegue un'elevazione dello *standard* di diligenza esigibile. In altri termini, anche «ove gli indipendenti siano previsti come quota essenziale dell'organo di gestione ed indipendentemente dalla autonoma previsione statutaria (come, ad esempio, nel caso del consiglio e del comitato di controllo di gestione per il modello monista, *ex* articoli 2409 *septesdecies* e *octesdecies* c.c. o ai sensi dell'articolo 147^{ter} TUF) ad essi non deriva alcun complesso di poteri/doveri specifici che non siano quelli derivanti dal ruolo ricoperto, rispetto al quale la indipendenza è solo il predicato soggettivo di eleggibilità. Cioè, anche qui non è la indipendenza che fonda un distinto *status* dell'amministratore»²¹⁰.

²¹⁰ In questi termini Trib. Milano, Sez. I pen., 18.12.2008 (caso Parmalat), disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

CAPITOLO IV

IL CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE GESTORIA DELL'AMMINISTRATORE PRIVO DI DELEGHE

1. Il contenuto della prestazione gestoria

Il contenuto della prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe²¹¹ si ricava dall'art. 2381 c.c. e segnatamente dalle funzioni assegnate al *plenum* quale conseguenza del ricorso alla gestione delegata, nonché dall'elenco delle materie indelegabili. È stato già posto in luce che la funzioni che l'art. 2381, c. 3, c.c. attribuisce al *board* rappresentano il contenuto minimo dell'attività di controllo, demandata al consiglio quale effetto tipico per controbilanciare concentrazione e delocalizzazione del potere gestorio²¹². Tali attività, in particolare, consistono:

- i) nel valutare, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile;
- ii) nel valutare, sempre sulla base delle informazioni ricevute, il generale andamento della gestione;
- iii) nell'esaminare i piani strategici, industriali e finanziari.

²¹¹ Come è stato precisato nel Capitolo introduttivo (cfr. § 3), il commento della prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe è articolato sul modello di una società per azioni, di medio-grandi dimensioni, che abbia adottato il modello tradizionale di amministrazione e controllo e strutturato l'organo amministrativo in maniera articolata, delegando tutte le funzioni gestorie a singoli componenti o ad un comitato esecutivo.

²¹² Cfr. Cap. II, § 4.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

Tra le materie indelegabili particolare importanza assumono la redazione del progetto di bilancio e gli adempimenti conseguenti alla riduzione del capitale per perdite, trattandosi di funzioni non episodiche (a differenza ad esempio dell'emissione di obbligazioni convertibili o delle operazioni straordinarie) o che comunque concorrono a dare sostanza alla funzione di *monitoring* affidata al *board*.

1.1 La prestazione gestoria in ipotesi di deleghe speciali

L'attribuzione al *plenum* di una competenza d'ordine valutativo presuppone ovviamente che la cura degli assetti e l'elaborazione dei piani siano effettuate altrove. Prima di riempire di contenuto le formule utilizzate dal legislatore occorre svolgere alcune brevi riflessioni sulla intestazione degli obblighi gestori in ipotesi di deleghe parziali. La ripartizione di competenze gestorie e competenze valutative contenuta nell'art. 2381 c.c. è invero compiuta sull'implicito presupposto che al delegato sia stata attribuita una competenza gestoria piena: *quid iuris* in caso di deleghe speciali?

Si possono immaginare due situazioni diverse: nella prima la gestione è ripartita tra più soggetti, ognuno

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

titolare di una propria competenza gestoria; nella seconda la delega di poteri abbraccia solo una porzione della gestione, affidata ad uno o più delegati, che per il resto rimane di competenza del *board*.

Nel primo caso l'elaborazione dei piani e la cura degli assetti e degli obblighi informativi vanno intestati collettivamente a tutti i delegati: l'intera gestione è loro competenza. La sola soluzione di continuità rispetto all'unico delegato è la frammentazione soggettiva dei compiti gestori, ciò che impone che tra i vari delegati vi sia coordinamento: si tratta di funzioni che per loro natura necessitano di un indirizzo unitario e che giammai potrebbero essere il risultato della sommatoria di contributi indipendenti.

Nel secondo caso la competenza gestoria è ripartita tra *plenum* e delegati: rispetto alla situazione immaginata dal legislatore la discontinuità è evidente. La necessità di un indirizzo unitario rimane ferma: non può dunque ammettersi che i singoli delegati vedano compressi i loro obblighi nei limiti imposti dall'oggetto della delega²¹³,

²¹³ La ricostruzione qui contesta poggia sul postulato che le singole deleghe, sebbene parziali, coprano settori operativi autonomi ed autosufficienti. Mentre in questo caso la frammentazione soggettiva degli obblighi in discorso può certamente avere una sua logica – potendo ogni delegato curare in autonomia l'adeguatezza degli assetti della funzione rispettiva – immaginando un'ulteriore spezzettamento del potere gestorio essa viene meno. La critica è ancor più convincente, se si pone l'attenzione all'elaborazione dei piani, che già intuitivamente rifuggono una visione settoriale. Piani e assetti seguono nel disegno del legislatore la medesima soluzione: si impone dunque un indirizzo unitario tanto nell'elaborazione dei piani, che nella cura degli assetti. A favore della tesi qui avversata, cfr. O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di*

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

così segmentando tra delegati e consiglio la cura degli assetti e, soprattutto, l'elaborazione dei piani. L'alternativa, dunque, è tra l'intestazione piena sui delegati o sul consiglio.

La tesi secondo cui, a prescindere dall'ampiezza della delega, gli obblighi in discorso sarebbero sempre di pertinenza degli amministratori delegati non persuade. Al di là della carenza di argomentazioni decisive²¹⁴, ciò che davvero non convince è proprio l'addossare una impegnativa responsabilità su chi non necessariamente è in grado di assolvere il compito che gli si vuole demandare. Ragionando *ad absurdum*, si dovrebbe immaginare che qualsiasi delega gestoria, anche la più insignificante, includa quale immancabile effetto di legge la cura dell'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile, con ogni conseguente aggravamento di poteri e, soprattutto, di

capitali, in *Società*, 2003, p. 802; P. MORANDI, Sub art. 2381, cit., p. 682; G. D. MOSCO, Sub art. 2381, p. 600; P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni*, cit., p. 296.

²¹⁴ A favore criticata nel testo, cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 259 ss.; secondo cui militerebbero a favore dell'intestazione in ogni caso sui delegati i seguenti argomenti: *i*) la lettera della legge, secca nell'attribuire gli obblighi in oggetto sui delegati *tout court*, senza eccezioni; *ii*) l'esistenza di altri casi di titolarità di poteri gestori anche esterni alla delega (*i.e.* il caso della rappresentanza legale); *iii*) la posizione più congeniale in cui si troverebbe il delegato per l'assolvimento degli obblighi in discorso, in quanto a "contatto" con la gestione. In senso contrario può replicarsi che: *i*) come è stato precedentemente chiarito (cfr. Cap. II, § 5, in particolare i sagaci dubbi e le serie perplessità di V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, cit., richiamate alla nt. 78), l'art. 2381 c.c. è stato costruito sul postulato di una delega gestoria piena; *ii*) altro è il potere gestorio, altro è il potere di rappresentanza, e la titolarità del secondo procede autonomamente dalla titolarità del primo (P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 109); *iii*) il delegato non sempre è in grado di tenere sotto controllo l'intero apparato aziendale, ciò dipendendo dall'oggetto della delega, che può essere più o meno ampio, a seconda dei casi. I rilievi qui richiamati appartengono a P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 496.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

responsabilità²¹⁵: una rigidità del tutto contraddittoria con la razionalizzazione e la flessibilità che sono l'essenza della delega di funzioni.

La questione merita migliore impostazione. Il punto di partenza è una constatazione di per sé banale: la delega gestoria è modalità eventuale di articolazione dell'assetto organizzativo, sicché non possono esservi pregiudizi sull'attribuire funzioni prettamente gestorie in capo all'organo amministrativo. Altro è un assetto irrazionale alla gestione operativa, come tale non concepibile a livello anche normativo, altro è un assetto inadeguato, secondo un giudizio che va pur sempre calato nella concreta realtà d'impresa²¹⁶: come è stato già posto in luce²¹⁷, nella complessità e poliedricità degli interessi che si appuntano sulla singola impresa non possono accettarsi preclusioni di principio. In caso di deleghe parziali, pertanto, gli obblighi di curare gli assetti, i flussi informativi e l'elaborazione dei

²¹⁵ M. IRRERA, op. ult. cit., p. 256 ss., secondo cui il legislatore avrebbe impresso una conformazione inderogabile della gestione delegata, improntata a due livelli: impellenze operative in capo ai delegati, funzioni valutative di spettanza del consiglio. Si richiamano anche qui i puntuali rilievi di P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 496 s., che osserva essere fortemente contraddittorio «interdire al consiglio di ritenere o avocare una funzione che, in difetto di delega (generale), gli sarebbe tranquillamente imputata».

²¹⁶ Non coglie nel segno pertanto l'affermazione secondo cui «la gestione operativa, *day by day*, dell'attività d'impresa non può essere assegnata *tout court* ad un organo collegiale quale il consiglio di amministrazione», non fosse altro perché la gestione dell'attività corrente non necessariamente deve essere prerogativa quotidiana dell'organo amministrativo, che a tal fine potrebbe strutturare un assetto organizzativo ed amministrativo autosufficiente, deputandovi direttori generali o altri dipendenti dell'impresa. Peraltro, una simile ricostruzione sarebbe del tutto contraddittoria con le istanze di razionalizzazione e flessibilità, che sorreggono per secolare tradizione l'istituto della delega gestoria.

²¹⁷ Cfr. Cap. II, § 5, *I limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega*.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

piani - e le relative responsabilità - permangono in capo al consiglio, che potrà assolverli direttamente, coordinando i vari delegati e facendosi collettore dei diversi contributi, ovvero farne oggetto di apposita delega²¹⁸. Del resto, il coordinamento tra delegati e consiglio, ossia tra i protagonisti della gestione, non può che trovare nel secondo la sua sede operativa: la distanza con la tesi che assegna ai delegati la cura degli assetti e l'elaborazione dei piani, comprimendola nei limiti dell'oggetto della delega, è dunque più apparente, che reale.

2. L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile: la valutazione dell'adeguatezza

Ai sensi dell'art. 2381, c. 3, c.c., gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. L'adeguatezza degli assetti è poi fatta oggetto del sovrapporsi delle attenzioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale: mentre i delegati curano, il board valuta (art. 2381, c. 5, c.c.) ed il collegio sindacale vigila (art. 2403, c. 1, c.c.). Salutata come la «novità

²¹⁸ Negli stessi termini, P. ABBADESSA, op. ult. cit., p. 497.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

più "nuova" della recente riforma delle società di capitali»²¹⁹, la riforma eleva a principio legislativo di carattere generale l'adeguatezza degli *interna corporis* societari, campo per tradizione tendenzialmente²²⁰ lasciato all'autonomia privata.

Assetto organizzativo amministrativo e contabile è formula priva di un'effettiva capacità rappresentativa per il giurista²²¹. Curare l'adeguatezza degli assetti significa, in via di prima approssimazione, scomporre le diverse fasi in cui si articola la singola realtà aziendale e (pre)definire il complesso delle direttive e delle procedure entro cui le singole funzioni vanno poi a strutturarsi: in buona sostanza, procedimentalizzare l'attività di impresa. Lo sguardo deve volgersi ai risultati della scienza aziendalistica, il cui rilievo è ormai istituzionalizzato a livello normativo, essendo le sue regole anche tecniche fonte e sostanza di quei principi di corretta gestione, che costituiscono oggi clausola generale di comportamento del buon amministratore²²². Le innovazioni

²¹⁹ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2391, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, §1, che ne esalta la novità nel confronto con le novità più "rumorose", identificate nei sistemi alternativi di amministrazione, negli strumenti finanziari e nei patrimoni e nei finanziamenti destinati: «l'assetto organizzativo costituisce [...] nerbo e *corpus* dell'ente società: in una parola, opzionali sono le novità "rumorose", ineludibile è l'adeguatezza, *recte* l'adeguamento».

²²⁰ Discorso diverso riguarda le discipline di settore: si pensi all'art. 149 Tuf o alla disciplina bancaria, finanziaria ed assicurativa.

²²¹ M. IRRERA, *Profili di corporate governance*, cit., p. 16 s.

²²² P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, § 2, per il quale «il paradigma degli assetti organizzativi adeguati, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori. Le regole organizzative escono dunque dall'area meramente fattuale della tecnica aziendalistica, al più recuperabile a giuridica rilevanza

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

in termini di prodotto, di finanza e mercato, l'emersione a livello normativo di *stakeholders* tanto nuovi, quanto numerosi, il crescente decentramento decisionale della struttura aziendale, sono tutti fattori che hanno favorito una crescita esponenziale del rischio organizzativo: con la riforma del 2003 la procedimentalizzazione è divenuta la risposta generale dell'ordinamento.²²³.

attraverso la clausola generale della diligenza (ora professionale), superano i confini dei settori vigilati (banche, assicurazioni, società quotate), dove erano state già prima contemplate in sede di regolazione secondaria, e si estendono a tutte le società azionarie come regola generale di diritto comune»; ID., Sub art. 2381, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)*, diretto da G. Cottino e altri, I, Bologna, 2004, p. 682; R. PEROTTA - L. BERTOLI, *Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. La corporate governance a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, IV, § 4; V. BUONOCORE, op. ult. cit., § 1, il quale avverte che «dei risultati della dottrina aziendalistica, quella giuridica non può e non potrà non tener conto per capire come, d'ora in avanti, dovranno comportarsi gli amministratori per evitare di incorrere in responsabilità»; M. IRRERA, *Profili di corporate governance*, cit., p. 16 s., che pone l'accento sulla connaturata ritrosia del legislatore a recepire gli istituti di derivazione tecnica.

²²³ Cfr. M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società: liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 729 ss., sottolineando come, «di fronte al rischio organizzativo la risposta dell'ordinamento si è tradotta nell'imposizione di ulteriore e specifica organizzazione»; M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2009, III, p. 51 ss.; M. IRRERA, *Profili di corporate governance*, cit., il quale sottolinea come la procedimentalizzazione dell'attività d'impresa sia una tendenza costante nella più recente legislazione d'impresa, richiamandosi alle disposizioni in tema di sicurezza sul luogo di lavoro (d.lgs. 9 aprile 2009, n. 81), all'apparato legislativo sulla privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) alla disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), rinviando poi al contributo monografico di M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004. Il giudizio è perfettamente predicabile anche in materia più propriamente societaria: si pensi agli artt. 2391 e 2497-ter, o all'art. 39-bis del Regolamento Emittenti e all'art. 8 del Regolamento Parti Correlate.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

Sebbene già presente in forma parziale in altri provvedimenti legislativi a carattere settoriale²²⁴, la novità legislativa non può essere sottovalutata. Certamente non può dubitarsi che l'adeguatezza degli assetti sia valore ricavabile in via interpretativa dalla clausola generale di diligenza²²⁵, della quale sono manifestazione particolare quei principi di corretta amministrazione, entro cui va ricondotto il principio di adeguatezza e che con il secondo hanno condiviso il medesimo cammino legislativo. Vero è che nonostante la dignità positiva, il principio di adeguatezza è stato oggetto di un lungo processo di "metabolizzazione"²²⁶: la riprova è

²²⁴ Il pensiero corre inevitabilmente alla materia bancaria, finanziaria ed assicurativa. Per una individuazione delle principali "fonti" dell'adeguatezza, cfr. V. BUONOCORE, op. ult. cit., § 3.2; M. IRRERA, *Assetti adeguati*, cit., p. 100 ss.; M. MOZZARELLI, cit., 732 s.

²²⁵ In questi termini, cfr. G. E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo in Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 175 ss., secondo cui la riforma non direbbe nulla di nuovo, essendo il principio già implicito nella funzione che è assegnata all'amministratore.

²²⁶ L'espressione appartiene a V. BUONOCORE, op. ult. cit., p. 5 ss., che così motiva il suo giudizio: «Mi sono dato la briga di procedere a tre accertamenti, che hanno dato i seguenti risultati: a) fatta salva l'adeguatezza patrimoniale e i commenti all'art. 149 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 [...], nonché qualche riferimento all'adeguatezza tecnica, alla non più vigente l. 2 gennaio 1991, n. 1 e all'assetto organizzativo degli intermediari finanziari, in nessun volume giuridico, manualistico o monografico, del dopo codice e fino all'entrata in vigore della riforma del 2003, il tema dell'assetto organizzativo, contabile, finanziario e tecnico "adeguato" è trattato nei suoi aspetti di principio generale; b) il medesimo risultato negativo ha dato un'analoga indagine giurisprudenziale; c) ho intervistato, infine, una ventina di amministratori, equamente disseminati sul territorio nazionale, di società per azioni di varie dimensioni e ho esaminato, pescando nel mio archivio personale, fotocopie di intere annate di verbali di consigli di amministrazione di cui nel corso della mia vita ho fatto parte, e non mi sono mai imbattuto in vocaboli che richiamassero sul piano concettuale "adeguatezza", "adeguamento", "adeguare" *et similia*, con qualche eccezione per le delibere di aumento del capitale sociale». Il tema dell'adeguatezza patrimoniale, oltre che la materia bancaria e finanziaria, richiama il celebre lavoro di G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3 ss. e le sue successive rielaborazioni; il riferimento all'indagine sull'adeguatezza tecnica rimanda invece a R. COSTI, *Ignoto tecnologico*, cit., p. 49 ss.,

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

che solo di recente è stata assegnata all'adeguatezza l'attenzione che merita²²⁷: terreno fertile entro le cui pieghe si annida forse l'eredità lasciata dal precedente dovere di vigilanza. In altri termini, lungi dal configurarsi come mera esplicitazione di compiti già implicitamente e indiscutibilmente ricompresi nella funzione amministrativa o come meccanica traslazione di prassi aziendali consolidate, il principio di adeguatezza innova la regolamentazione nei compiti dei gestori, articolandoli nel contenuto e nelle tecniche, coerentemente con gli sviluppi e le complessità dell'organizzazione d'impresa²²⁸.

La procedimentalizzazione della funzione amministrativa diviene regola di sistema, strumento essenziale anche in funzione della trasparenza dei processi decisionali e delle correlate responsabilità di gestione²²⁹, secondo una tripartizione già illustrata: i delegati *curano*, il consiglio *valuta*, il collegio sindacale *vigila*. In poche e più

mentre per lo studio sull'adeguatezza nei suoi aspetti di principio è richiamato M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, 363 ss.

²²⁷ I primi contributi, a quanto consta, sono quelli di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., e di V. BUONOCORE, op. ult. cit.

²²⁸ I rilievi nel testo adattano al principio di adeguatezza le riflessioni effettuate da P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., § 1, che esprime analogo giudizio volgendo lo sguardo anche ad ulteriori istituti e cogliendo in tale direttrice uno degli assi portanti della riforma.

²²⁹ Negli stessi termini, cfr. ancora P. MONTALENTI, op. ult. cit., § 3: «il paradigma degli assetti organizzativi adeguati, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori»; V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., § 6..

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

efficaci parole: «presidio avanzato della corretta gestione»²³⁰. Nella valutazione degli assetti emerge chiaramente la nuova collocazione sistematica del controllo del *board*: se curare gli assetti significa proceduralizzare e programmare l'attività gestoria, anche il controllo deve dividerne la predisposizione verso il futuro²³¹. Un controllo, pertanto, che sembra potersi affermare compiutamente emancipato dalla sua accezione tradizionale, della quale la radice etimologica è testimonianza immutabile: un controllo quale momento intrinseco alla funzione gestoria, coesistente nell'esercizio dell'attività di impresa, non più verifica postuma di regolarità, bensì dominio e signoria, ragione di legalità, opportunità ed efficienza, in funzione della programmazione e pianificazione dell'attività dell'impresa e delle sue singole funzioni²³².

²³⁰ G. CAVALLI, *Sub art. 149 Tuf*, in *Testo Unico della Finanza*, commentario diretto da G. F. Campobasso, II, *Emittenti*, Torino, 2002, p. 1241.

²³¹ A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, op. cit., p. 145: «Stando così le cose, la valutazione degli amministratori non delegati [...] guarda necessariamente al futuro (perché l'esercizio dell'impresa è attività dinamica, indissolubilmente legata alla programmazione)».

²³² La dottrina giuridica americana è concorde nell'affermare che la funzione primaria del *board* consiste «not to manage the business of the corporation, but [...] to monitor the conduct of the corporation's business to evaluate whether the business is being properly managed» (A. EISENBERG, *Corporation and Other Business Organizations: Cases and Materials*, New York, 2000, p. 204; il medesimo profilo è sottolineato nei *Principles of Corporate Governance* elaborati dall'ALI). I rilievi nel testo riprendono P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., alla cui lucida analisi si aderisce convintamente: «Un assunto deve essere in ogni caso ribadito con chiarezza: il controllo si emancipa dall'accezione tradizionale di "verifica ex post" (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo. [...] Di là dalle formule, questa "mutazione sistematica" e la conseguente nuova ricostruzione teorica del concetto di controllo segnano un'evoluzione profonda di cui la pratica ma forse ancor più la dottrina non hanno ancora colto appieno significato e

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

2.1 "Valutare" e "vigilare": premessa definitoria sul significato del controllo

Nelle pagine che precedono la funzione di *monitoring* del consiglio di amministrazione è stata definita spesso con termini aventi valore semantico non perfettamente coincidente: più spesso "controllo", talora "vigilanza" o "supervisione", ma sempre e solo se affiancate a lemma "controllo". Il legislatore, tuttavia, non impiega nessuna delle espressioni appena indicate: il consiglio *valuta* gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Onde apprezzarne la portata, è necessario impostare un confronto sistematico con l'attività che sul medesimo oggetto è demandata al collegio sindacale, ossia la vigilanza.

Lo scarto semantico tra valutazione e vigilanza è notevole: vigilare significa sorvegliare, stare all'erta, seguire con attenzione e controllare lo svolgimento di un'azione o di un processo, verificandone la sua conformità ad un parametro; valutare significa apprezzare, stimare, assegnare ad una cosa il valore che sembra giusto. Mentre la vigilanza del collegio sindacale si iscrive appieno nella radice etimologica del controllo, quale verifica della regolarità di una funzione, l'attività valutativa che appartiene al consiglio racchiude in sé anche una funzione propositiva, che non si

potenzialità». Il pensiero dell'A. da ultimo citato, nella speranza di averne colto il senso più profondo, ha rappresentato il pungolo per le presenti riflessioni, che del primo sono ampiamente tributarie, seppur calate in una prospettiva di più modesto respiro.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

esaurisce in un mero giudizio censorio, potendosi risolvere pure in una critica (ri)costruttiva²³³. Il giudizio sull'adeguatezza non può arrestarsi ad una verifica di regolarità/irregolarità, ma si accompagna – quanto meno in potenza – ad un'opera conformativa, giacché il consiglio è *dominus* della funzione gestoria: la delega non implica trasferimento di poteri, incidendo piuttosto sull'articolazione intraorganica del consiglio, che rimane il titolare delle funzioni²³⁴.

Il controllo conformativo che compete al consiglio si esprime anche nella verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione dei delegati: controllo anche di merito, dunque, «in forma di *potere di indirizzo, di condizionamento* e anche di *contrapposizione antagonistica*»²³⁵. In termini più concreti, a differenza del collegio sindacale, laddove il *board* riscontri una lacuna negli assetti o una criticità nei piani industriali, non può arrestarsi ad un giudizio negativo, ma deve – o quanto meno dovrebbe – utilizzare tra gli strumenti a

²³³ Cfr. M. S. DESARIO, *La gestione delegata*, cit., p. 54, per il quale l'attività valutativa si accompagna a «un'ineliminabile componente critica, cioè finisce col risolversi in un giudizio, a sua volta suscettibile di duplice concretizzazione: positiva (approvazione) o negativa (disapprovazione)»; A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, a cura di C. Amatucci e V. Buonocore, Milano, 2008, p. 145, secondo cui i deleganti sarebbero la «coscienza critica, ma pur sempre imprenditoriale, dei delegati». La mancata menzione di un'approvazione da parte del consiglio degli assetti è allora problema privo di alcun rilievo pratico: v. R. SACCHI, *Amministratori deleganti*, cit., p. 382: «in presenza di criticità [...] degli assetti, dei piani o del generale andamento della gestione, una responsabilità appare configurabile anche in assenza di una deliberazione di approvazione del consiglio, ove non vi sia stata un'attivazione, ad esempio impartendo direttive agli organi delegati».

²³⁴ Sul tema della delega gestoria v. *supra*, Cap. II, in particolare §§ 4 e 6.

²³⁵ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., §5.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

disposizione (revoca, avocazione o direttiva) quello più confacente per conformare in maniera adeguata l'assetto risultato carente²³⁶: ciò che disvela il significato del controllo quale momento intrinseco alla funzione gestoria²³⁷.

Nella vigilanza, che spetta al collegio sindacale, e nella valutazione, che spetta al consiglio, assumono concretezza i plurimi significati riconducibili al lessema controllo, già illustrati in apertura del presente lavoro: da un lato, controllo quale «verificazione di regolarità di una funzione propria o aliena»²³⁸; dall'altro, controllo nell'accezione di dominio, signoria, direzione, quale attività di verifica, valutazione e programmazione da parte del soggetto cui spetta definire la direzione verso cui deve tendere la funzione.

A differenza della vigilanza, che è compito senza particolari soluzioni di continuità, «la valutazione – seppur

²³⁶ Negli stessi termini, cfr. V. SALAFIA, *Gli organi delegati*, cit., p. 1327, sostenendo che dall'impianto normativo risulta chiaramente il coinvolgimento del consiglio nella gestione: «Questo, infatti, non può limitarsi a ricevere le notizie inviategli, ma, come prescrive il terzo comma dell'art. 2381 c.c., deve valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile realizzato dai delegati e, di conseguenza, comunicare a questi ultimi l'esito di questa valutazione e, secondo i casi, invitare alla modifica o aggiustamento o miglioramento dell'organizzazione stessa»; G. D. MOSCO, *Sub art. 2381*, cit., p. 599; M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato*, cit., p. 939.

²³⁷ Sul mutamento sistematico della nozione di "controllo" si rinvia al § che precede; per un'analisi e un tentativo di classificazione tipologico e funzionale dei controlli societari, cfr. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riferimento ai c.d. sistemi alternativi*, in *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2014, p. 1065 ss.; P. MONTALENTI, *I controlli societari*, cit., p. 535 ss.

²³⁸ Questa è la nozione classica di controllo, propria del diritto amministrativo, di M. S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, op. cit., 1263 s.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

ripetibile periodicamente – sembra alludere ad un'attribuzione che si esercita *una tantum*»²³⁹, anche se con cadenza periodica²⁴⁰. Tale distinzione di compiti e di funzioni non può essere assolutizzata, poiché altro è il controllo demandato periodicamente al *board*, altro è la vigilanza individuale che spetta ad ogni amministrare, nei limiti in cui tale vigilanza – a seguito della modifiche apportate all'art. 2392 c.c. – ancora sussista²⁴¹.

²³⁹ M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 244 s.

²⁴⁰ Sul punto cfr. Codice di Autodisciplina, cit., 1.C.1., lett. g), ai sensi del quale il *plenum* «effettua, almeno una volta all'anno, una valutazione sul funzionamento del consiglio stesso e dei suoi comitati nonché sulla loro dimensione e composizione, tenendo anche conto di elementi quali le caratteristiche professionali, di esperienza, anche manageriale, e di genere dei suoi componenti, nonché della loro anzianità di carica». La cadenza della valutazione dovrà essere parametrata, entro l'orizzonte massimo annuale, in funzione di tutte quelle caratteristiche dell'attività che potrebbero consigliare una verifica su basi temporali più ravvicinate (ad esempio una spiccata sensibilità all'evoluzione tecnologica, un settore d'attività soggetto a periodici adeguamenti regolamentari, etc.).

²⁴¹ Il tema della poteri di informazione individuali degli amministratori sarà oggetto di approfondimento nel Cap. V. Già su un piano intuitivo, comunque, appare evidente come gli amministratori non possano assumere un atteggiamento di completo disinteresse nel periodo intercorrente tra una riunione e l'altra, specialmente nell'ipotesi in cui sussistano perspicui segnali d'allarme, che non necessariamente devono essere provenienti e cristallizzati nelle relazioni dei delegati.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

2.2 I parametri dell'adeguare: dimensioni e natura dell'impresa

L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve essere appropriato alla *natura* e alle *dimensioni* dell'impresa (art. 2381, c. 5, c.c.). Natura e dimensione sono parametri di classificazione tradizionali del diritto commerciale, sicché per la loro comprensione non risulta necessario alcun particolare sforzo interpretativo.

La natura dell'attività allude in primo luogo all'elencazione che l'art. 2195 c.c. opera tra le imprese soggette a registrazione; ulteriori specificazioni possono poi imporsi nei limiti in cui ad una diversa specializzazione d'impresa corrispondano problemi ed esigenze omogenei, alla luce di distinzioni individuate a livello normativo o comunque ricavabili secondo parametri valutativi nuovamente mutuati dalla scienza aziendalistica²⁴².

In relazione al parametro dimensionale, codificato all'art. 2083 c.c., è intuitivo come l'allontanamento dal criterio della prevalenza qualitativo-funzionale del lavoro

²⁴² Per l'esemplificazione di una distinzione operativo-aziendalistica cfr. R. PEROTTA - L. BERTOLI, *Assetti organizzativi*, cit., §4: «la struttura organizzativa di una società caratterizzata da un ciclo attivo (ovverosia tutte le operazioni di cessione di beni e servizi prodotti dall'impresa nonché i relativi regolamenti monetari ad esse riconducibili) e/o da un ciclo passivo (ovverosia tutte quelle attività accomunate dalla circostanza di essere ordinate, secondo una predefinita sequenza logica e temporale, all'acquisizione di beni e servizi e al correlato pagamento dei debiti nei confronti dei fornitori) contraddistinti da numerose controparti (clienti o fornitori) internazionali, dovrà comportare una articolazione delle strutture commerciali e amministrative adeguate alla dimensione internazionale e alla numerosità degli operatori con cui la società deve quotidianamente interfacciarsi».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

progressivamente si accompagni con una sempre maggiore complicazione della realtà d'impresa, a motivo sia della crescente eterogeneità dei fattori produttivi, sia della congerie di interessi che sull'impresa man mano si appuntano.

Ad una maggiore complicazione della realtà societaria, che l'assetto è chiamato a procedimentalizzare, deve dunque corrispondere una maggiore analiticità e complessità dell'assetto medesimo.

2.3 Adeguatezza e concreto funzionamento degli assetti

Tra l'oggetto della valutazione del consiglio e l'oggetto della vigilanza del collegio sindacale sussiste un vistoso disallineamento, poiché solo nel secondo è ricompreso anche il *concreto funzionamento* degli assetti (cfr. artt. 2381, c. 3 e 2403, c. 1, c.c.). Lo scarto testuale non deve essere sopravvalutato, poiché anche al consiglio compete valutare, quanto meno a cadenze periodiche, che nel suo concreto operare la procedimentalizzazione aziendale risponda al principio di adeguatezza.

Una dottrina ha evidenziato come nell'adeguare sia connaturata un'incessante tensione verso il parametro di

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

riferimento cui protende l'azione. Ne consegue che, «se adeguare significa commisurare, rendere idoneo o conveniente un *quid*, l'obbligo dell'impresa è anche quello di “aggiornare” [...] costantemente l'assetto organizzativo alle sopravvenienze normative, scientifiche e tecnologiche»²⁴³. Tensione e perfezionamento che trovano ulteriore pungolo in ciò, che «il verbo “adeguare” [...] non è pienamente autosufficiente ed ha, perciò, bisogno di essere “rapportato” a un *quid* - categorie, grandezze, valori - che, nella specie, è appunto rappresentato dalla “natura” e dalle “dimensioni” dell'impresa»²⁴⁴.

Per dare conforto all'affermazione è sufficiente portare a conclusione le riflessioni precedentemente esposte. Se il controllo del consiglio è momento intrinseco all'attività gestoria, della medesima deve dividerne l'aspetto operativo-funzionale. Del resto, solo guardando al concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile è possibile esprimere un giudizio sulla sua adeguatezza, intesa come corrispondenza della procedimentalizzazione aziendale alle esigenze concrete dell'attività d'impresa.

²⁴³ V. BUONOCORE, op. ult. cit., § 3.1.1; per M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 266, gli assetti sono figurativamente immaginabili come una «creatura in perenne movimento».

²⁴⁴ V. BUONOCORE, op. loc. ult. cit.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

2.4 L'organizzazione come funzione continua e progressiva nella fenomenologia societaria

L'istituzionalizzazione di regole tecniche da parte dell'ordinamento difficilmente avviene al livello di normazione primaria, se non con l'ausilio di clausole generali o di concetti elastici, in quanto strumenti elettivi che, rifuggendo dalla rigidità di una fattispecie normativa astratta o dalle strettoie dell'elencazione casistica, consentono di assoggettare a diritto una realtà dinamica.

La necessità di costruire assetti adeguati abbraccia trasversalmente tutta la fenomenologia della società per azioni²⁴⁵: al combinarsi dei criteri della dimensione e della natura dell'impresa consegue il variare dell'assetto adeguato, dunque doveroso, secondo una direttrice di progressiva complicazione, che procede senza particolari soluzioni di continuità: dalla piccola società per azioni a conduzione familiare, alla società altamente specializzata a vocazione transnazionale fino alla grande multinazionale.

L'assetto adeguato è un imperativo costante, idoneo ad incidere in maniera diretta, penetrante e progressiva sulle regole dell'organizzazione aziendale, che

²⁴⁵ In realtà, il rilievo potrebbe centrarsi su un orizzonte più ampio, collocando il principio di adeguatezza tra le norme che nella disciplina delle società riguardano l'impresa-società, piuttosto che l'impresa-persona. Sul tema cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., § 4, il quale ritiene che anche alla società a responsabilità limitata sia predicabile il principio di adeguatezza; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 207, secondo cui «sarebbe ben strano che, sol perché di sembianze diverse, due imprese omologhe per oggetto ricevessero un trattamento differenziato».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

era campo per tradizione tendenzialmente lasciato all'autodeterminazione dell'imprenditore. In questo senso, quanto all'organizzazione interna dell'impresa, il principio in commento può essere apprezzato come il più importante fattore avvicinamento organizzativo tra società chiuse ed aperte, quotate e non quotate. Non si tratta, come è ovvio, di una riduzione delle barriere più propriamente normative, poiché il principio incide altrove: sulla struttura degli *interna corporis* societari, prescrivendone appunto l'adeguatezza ai principi di corretta amministrazione. L'attenzione del legislatore si appunta sulle modalità concrete, operative, di svolgimento dell'attività. Lo sguardo scende nel vivo dell'organizzazione e ne conforma nel senso voluto i profili operativi e gestionali²⁴⁶: non c'è più cesura organizzativa tra società chiuse o aperte, quotate e non, poiché le regole dell'organizzazione guardano oggi alla sostanza dell'impresa esercitata²⁴⁷.

La portata sembra dirimpente e per apprezzarne l'impatto è sufficiente un esempio. Si pensi ai principi e ai

²⁴⁶ Cfr. F. ANNUNZIATA, *Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: i profili organizzativi interni*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, I, p. 636, sebbene in relazione alla portata innovativa della L. 2 gennaio 1991, n. 1 (c.d. "Legge SIM"); il brano è citato in V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., § 1.

²⁴⁷ Cfr. le *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., Norma 3.4 - *Criteri applicativi*: «Data la relazione di interdipendenza tra le dimensioni aziendali e l'assetto organizzativo, al crescere della dimensione aziendale la struttura organizzativa dovrebbe divenire più articolata e, conseguentemente, la società dovrebbe avvertire particolarmente l'esigenza di adottare procedure volte a monitorare i diversi processi aziendali. La modesta dimensione della società può consentire una minore formalizzazione degli assetti organizzativi in ragione della semplicità dei processi sia in termini di numero degli stessi sia con riferimento alla tipologia delle attività e al numero delle persone coinvolte».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

criteri applicativi dettati in materia dall'autodisciplina: laddove espressione particolare dei più generali principi di corretta gestione (dei quali, come più volte rilevato, l'adeguatezza è manifestazione specifica) essi si emancipano dall'ambito applicativo tradizionale per imporsi, in forza del principio di adeguatezza, a tutte le società azionarie, sebbene con forza e geometria variabili, in correlazione alla dimensione e alla natura specifiche della singola impresa.

Le declinazioni applicative della prospettiva adottata saranno illustrate più nel dettaglio in funzione dei singoli istituti.

2.5 L'assetto organizzativo e amministrativo adeguato

Per il giurista, la nozione di assetto organizzativo ed amministrativo, oltrepassando i confini delle discipline tecnico-aziendalistiche, è formula solitamente carente di specifica capacità rappresentativa²⁴⁸: per riempirla di contenuti è proprio alla prassi e alle elaborazioni aziendalistiche che bisogna dirigere l'attenzione²⁴⁹. Un utile

²⁴⁸ M. IRRERA, *La responsabilità degli organi sociali*, cit., p. 373.

²⁴⁹ V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., § 5, il quale richiama la disamina sui fondamenti dell'organizzazione di G. DACCÒ, *L'organizzazione aziendale*, Padova, 1997, p.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

ed agevole punto di riferimento in materia sono le norme di comportamento del collegio sindacale, elaborate dal Consiglio dell'ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e differenziate tra società per azioni *tout court* e *quoted*. Tali norme, richiamate o parafrasate in quasi tutti i contributi in tema di assetti adeguati, forniscono una specifica definizione di cosa si intende per assetto organizzativo e quali siano i requisiti della sua adeguatezza. In particolare, per assetto organizzativo si intende il «complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità»²⁵⁰.

Nella variabilità delle singole imprese e salvi gli ulteriori e specifici requisiti richiesti da disposizioni di

71, la cui chiarezza espositiva rende opportuna la trascrizione dell'estratto: «una determinata unità sociale può essere considerata validamente organizzata quando esiste un'autorità (criterio gerarchico) che coordina (criterio del coordinamento) le diverse attività e le diverse mansioni (criterio funzionale), svolte possibilmente in modo convenientemente specializzato (criterio della specializzazione produttiva e della dimensione dei compiti) e standardizzato (criterio della standardizzazione), in vista del raggiungimento di determinati obiettivi (criterio dei fini comuni oppure convergenti o, quantomeno, non incompatibili), essendo l'attività complessiva opportunamente preordinata (criterio della pianificazione e della programmazione) e disciplinata da specifiche norme (criterio delle regole di condotta) oltre che informata ai criteri della responsabilità personale, della collaborazione e dell'equità ed inoltre allorché esistono un adeguato sistema informativo come presupposto essenziale per le decisioni (criterio delle decisioni "informate"), nonché un acconcio sistema di controlli (criterio del controllo) sia formali (osservanza delle regole, validità e rispetto delle procedure, esecuzione degli ordini, adeguatezza delle tecniche e dei metodi di rilevazione dei fatti nonché puntuale riscontro di quanto rilevato), sia sostanziali (realizzazione degli obiettivi e impiego delle risorse, vale a dire efficacia ed efficienza) ».

²⁵⁰ *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., 3.4., *Principi*; negli stessi termini, anche le *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quoted*, cit., Q.3.4., *Principi*.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

settore²⁵¹, secondo le norme di comportamento gli elementi essenziali di un assetto appropriato possono individuarsi²⁵²:

- i)* nella redazione di un organigramma aziendale, che identifichi con chiarezza funzioni, compiti e linee di responsabilità;
- ii)* nell'esistenza di procedure di coordinamento e supervisione dei singoli processi e delle diverse mansioni, onde accrescere l'efficienza delle diverse strutture;
- iii)* nella corrispondenza tra l'architettura della struttura aziendale e l'effettivo esercizio del potere decisionale;
- iv)* nell'allocazione di personale adeguato alle funzioni assegnate, in termini di capacità ed esperienza.

Al fine di conferire ordine ed efficienza all'operatività aziendale, sempre nell'alveo del presente lavoro - ossia la definizione della prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe - va evidenziato come l'assetto organizzativo costituisca un amalgama inscindibile con il c.d. assetto amministrativo, il cui fulcro consiste nell'individuare le singole funzioni aziendali, articolandole in processi atti a garantire il corretto ed ordinato

²⁵¹ Si pensi, ad esempio, al d.lgs. n. 231/2007 in materia di antiriciclaggio o ai settori bancario ed assicurativo.

²⁵² Pressoché negli stessi termini, cfr. *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., 3.4., *Criteri applicativi* e *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, cit., Q.3.4., *Criteri applicativi*.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

svolgimento delle singole fasi in cui si sviluppano, separando e contrapponendo compiti e responsabilità²⁵³.

L'accento si pone sull'evitare un accentramento di potere gestorio cui non corrispondano controlli adeguati: il sistema organizzativo e amministrativo, «pur declinato secondo la dimensione e complessità dell'impresa, deve individuare in maniera sufficiente chiara l'attribuzione delle responsabilità, le linee di dipendenza gerarchica, la descrizione dei compiti e la rappresentazione del processo aziendale di formazione e attuazione delle decisioni»²⁵⁴.

L'idoneità del sistema organizzativo è poi inscindibilmente legata alla «capacità della struttura organizzativa di garantire l'attribuzione e l'esercizio dei poteri gestori al massimo livello di competenza e responsabilità»²⁵⁵. Tale abilità deve sussistere anche a livello

²⁵³ Cfr. M. IRRERA, *Profili di corporate governance*, cit., p. 17, per il quale gli assetti amministrativi sono «i processi formalizzati ossia le procedure atte ad assicurare il corretto ed ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle sue singole fasi: ad esempio, le procedure concernenti gli acquisti, quelle riguardanti i cicli produttivi; gli iter autorizzativi concernenti i pagamenti; le procedure di carico e scarico delle merci di magazzino»; negli stessi termini, L. NAZZICONE, *Sub. art. 2381*, cit., p. 38: l'assetto amministrativo ricomprende i «processi atti ad assicurare il corretto svolgimento delle singole ed anche minute attività aziendali».

²⁵⁴ *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., Q.3.4., *Commento*, sebbene in relazione al solo assetto organizzativo; negli stessi termini, anche le *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, cit., Q.3.4., *Commento*, ove sono inclusi anche il processo di informativa finanziaria e la concreta operatività dei diversi livelli di controllo (quest'ultimo da ritenersi essenziale anche in nelle società non quotate - v. § successivo)

²⁵⁵ P. MAGNANI, *Sub art. 149*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58: commentario*, a cura di P. Marchetti e L. A. Bianchi, II, Milano, 1999, p. 1716; alla medesima citazione è attribuito specifico risalto in G. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi, e contabili nella SPA: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in *Le clausole generali nel diritto*

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

apicale, poiché in ogni società azionaria occorre che gli amministratori accettino la carica solo se siano in grado di assolvere alle loro funzioni, tenendo conto della loro professionalità ed esperienza e dell'impegno connesso alle proprie attività lavorative e professionali²⁵⁶. Come non esonera da responsabilità la mancanza del livello minimo di perizia esigibile o comunque l'incapacità soggettiva del singolo amministratore a svolgere le funzioni in concreto attribuite, così gli altri amministratori saranno solidamente responsabili nel caso in cui tale incapacità, nota o comunque diligentemente percepibile, sia fonte di danno al patrimonio sociale: a livello di *board* un'autovalutazione, con particolare riguardo alla dimensione, alla composizione e al funzionamento dell'organo e dei comitati in cui esso si articola, non può mancare²⁵⁷ (c.d. *board evaluation*).

societario, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2011, p. 151.

²⁵⁶ Cfr. *Codice di Autodisciplina*, 1.C.2.

²⁵⁷ Cfr. *Codice di Autodisciplina*, *Commento all'art. 1*.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

2.5.1 *La gestione del rischio organizzativo*

Seppur con connotati di variabile complessità, in funzione della dimensione e della tipologia dell'impresa²⁵⁸, anche nelle società non quotate²⁵⁹ è necessario un sistema di *risk management*, nella misura in cui un «efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli. Esso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne»²⁶⁰.

L'obbligatorietà del sistema di controllo interno va dunque riconosciuta come principio generale del diritto societario comune, in quanto elemento strettamente necessario ai fini dell'adeguatezza organizzativa²⁶¹: altro è l'essenzialità della funzione, altro è la complessità della sua articolazione, che

²⁵⁸ Cfr. *Le Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., 3.5, ove la valutazione del sistema di controllo interno rientra espressamente nei doveri di vigilanza del collegio sindacale, con «un giudizio che tenga conto delle dimensioni aziendali, della complessità del settore in cui la società opera, nonché degli obiettivi che si propone di conseguire».

²⁵⁹ Nelle società quotate l'esistenza di un adeguato sistema di controllo interno è prescritta indirettamente, essendo inclusa tra i doveri di vigilanza del collegio sindacale (cfr. art. 149, c. 1, lett. c) e c. 4-bis, Tuf).

²⁶⁰ *Codice di Autodisciplina*, cit., 7.P.2.

²⁶¹ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., §; non può pertanto stupire che le *Norme di comportamento del collegio sindacale* includano nell'orizzonte della vigilanza dei sindaci anche il sistema di controllo interno.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

sola si lega alle dimensioni aziendali e alla struttura organizzativa.

Per "rischio organizzativo" si intende il rischio connaturato ad ogni struttura imprenditoriale, derivante dalla «presenza di punti di debolezza nelle variabili del sistema che possono determinare effetti negativi sulla situazione economica, finanziaria e patrimoniale»²⁶². Come tale, esso è fattore ineludibile nell'attività d'impresa, seppure con misura variabile: trascurabile nelle realtà imprenditoriali con struttura organizzativa limitata e attività elementare, il rischio organizzativo diviene protagonista di rilievo con il crescere degli snodi decisionali e delle istanze esterne che sull'impresa si appuntano, generando un problema di *governance* che abbisogna di soluzione proprio a livello di maggiore organizzazione e controllo²⁶³. Il rischio organizzativo cui deve far fronte l'assetto organizzativo non si riduce al rischio da reato: l'adozione di un modello *ex* d.lgs. 231/2001 non è adempimento sufficiente.

Richiamando nuovamente le norme di comportamento del collegio sindacale, il sistema di controllo interno costituisce momento essenziale del più generale assetto organizzativo e di governo societario e può essere definito come «l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere,

²⁶² BANCA D'ITALIA, *Bollettino di vigilanza*, n. 10, ottobre 1999, richiamato in M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., p. 728.

²⁶³ M. MOZZARELLI, op. ult. cit., p. 729.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, i seguenti obiettivi:

- obiettivi strategici, volti ad assicurare la conformità delle scelte del *management* alle direttive ricevute e all'oggetto che la società si propone di conseguire, nonché a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale e a tutelare gli interessi degli *stakeholders*;
- obiettivi operativi, volti a garantire l'efficacia e l'efficienza delle attività operative aziendali;
- obiettivi di *reporting*, volti a garantire l'attendibilità e l'affidabilità dei dati;
- obiettivi di conformità, volti a assicurare la conformità delle attività aziendali, alle leggi e ai regolamenti in vigore»²⁶⁴.

L'oggetto del controllo non riguarda dunque solo la legalità della gestione, ma comprende anche il riscontro della coerenza e dell'effettività dell'ordine gerarchico-organizzativo tracciato nell'organigramma e nel funzionigramma aziendali²⁶⁵.

L'adeguatezza si misura sulla capacità di individuare, monitorare e gestire i diversi fattori di rischio,

²⁶⁴ Norme di comportamento del collegio sindacale, cit., 3.5 - Principi e Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate, Q.3.5 - Principi; negli stessi termini cfr. inoltre la definizione del sistema di controllo interno del *Codice di Autodisciplina*, cit., 7.P.1.

²⁶⁵ P. MAGNANI, op. loc. ult. cit., secondo cui precipua attenzione va dedicata alla «analisi del grado di separazione tra le funzioni operative, di custodia dei beni, di registrazione e di controllo: nell'ottica del controllo interno è, cioè, fondamentale evitare che una medesima funzione possa effettuare e controllare tutte le fasi di un'operazione senza l'intervento di un'altra funzione indipendente».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

rilevanti non solo per i soci, ma anche per tutti coloro che intrattengano rapporti di rilievo con la società, in modo da «assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali [...] , il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne»²⁶⁶.

2.5.2 Principi essenziali nell'articolazione del consiglio d'amministrazione

Il canone dell'adeguatezza impone di commisurare l'assetto organizzativo alla realtà aziendale. Sotto questo punto di vista non c'è significativa cesura tra società chiuse ed aperte, quotate o meno, poiché i fattori da tenere in considerazione sono quelli riconducibili alla dimensione e al settore di attività dell'impresa, che, come tali, abbracciano trasversalmente tutta la fenomenologia azionaria.

Impostata la gestione del rischio organizzativo sotto tale angolo visuale, le raccomandazioni presenti nel Codice di Autodisciplina non possono ritenersi confinate alle sole società quotate: il sistema di controllo interno del rischio, la *board evaluation*, l'adeguatezza della composizione, della dimensione

²⁶⁶ Codice di Autodisciplina, cit., 7.P.2.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

e del funzionamento del consiglio di amministrazione sono il *prius* logico nel governmentation del rischio. In altri termini, il Codice di Autodisciplina elaborato dal Comitato per la Corporate Governance è da apprezzare sotto un duplice angolo visuale: da un lato, quale paradigma delle *best practices* in materia; dall'altro, quale quadro disciplinare da cui estrapolare soluzioni e principi applicabili a prescindere dalla soggettazione del singolo emittente all'autodisciplina, sul presupposto che se ne possa scorgere la diretta promanazione da quei criteri di corretta amministrazione, che in ogni caso governano l'agire.

Se si considera che il rischio organizzativo è endemico di qualsiasi realtà societaria di dimensioni non piccole, diventa fisiologicamente essenziale approntare un sia pur embrionale sistema di controllo e gestione del rischio; ebbene, affinché la funzione di controllo interno sia effettiva e non meramente formale, si ritiene possibile enucleare alcuni requisiti organizzativi minimi ed imprescindibili, poiché logicamente dipendenti dallo svolgimento della funzione, in estrema sintesi individuabili: nella separazione dei compiti e delle responsabilità; nell'esistenza di diversi livelli di controllo, anche incrociato; nell'indipendenza e nella qualificazione dei principali protagonisti delle funzioni di *audit*; nella dotazione di specifica organizzazione; nella disponibilità di risorse adeguate.

Più nel dettaglio - e sempre secondo un grado di complessità dipendente dalle molteplici variabili - i principi

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

enucleabili per una appropriata gestione del rischio organizzativo sono:

- i) una supervisione ed una funzione di indirizzo generali da parte del consiglio;
- ii) l'articolazione della funzione di controllo su più livelli;
- iii) l'individuazione di un responsabile, eventualmente titolare di deleghe gestorie più o meno ampie, cui affidare la progettazione, realizzazione e gestione del sistema di controllo interno²⁶⁷;
- iv) l'affidamento del compito di verificare l'operatività e l'idoneità del sistema (c.d. *internal audit*) ad un responsabile privo di incarichi operativi e dotato di adeguata professionalità, indipendenza e organizzazione, nonché di un pieno potere d'accesso alle informazioni e alle funzioni aziendali necessarie per lo svolgimento dell'incarico, gerarchicamente dipendente dal solo consiglio;
- v) la destinazione al responsabile della funzione di *internal audit* di risorse finanziarie sufficienti;

²⁶⁷ Il Codice di Autodisciplina individua (cfr. art. 7, *Commento*) tre diversi livelli di articolazione della funzione di controllo: i) al primo livello, i controlli effettuati dai responsabili delle aree operative; ii) al secondo livello, i controlli affidati alle funzioni aziendali e volti a monitorare e gestire i rischi tipici d'impresa, quali il rischio operativo, il rischio finanziario, il rischio di mercato, il rischio di (non) conformità, etc.; iii) al terzo livello, l'attività apicale di pianificazione e controllo del *business* aziendale, comprensiva della revisione interna (*internal audit*), intesa come attività di verifica generale sulla struttura e sulla funzionalità del sistema dei controlli interni.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

- vi) compatibilmente con la struttura aziendale²⁶⁸, la formazione di un comitato controllo e rischi²⁶⁹, con una presenza preponderante di amministratori indipendenti, con funzioni istruttorie, consultive e di monitoraggio, anche in relazione allo svolgimento della funzione di *audit*;
- vii) un sistema di flussi informativi e specifiche modalità di coordinamento tra tutti i principali attori del sistema di controllo, al fine di massimizzarne l'efficienza e ridurre le duplicazioni di attività.

L'art. 19 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, dando attuazione alla Direttiva 2006/43/CE in materia di revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati, per gli enti di interesse pubblico²⁷⁰ ivi individuati ha prescritto la costituzione

²⁶⁸ Tra i fattori rilevanti, a titolo esemplificativo si possono prendere in considerazione: la natura dell'attività svolta e l'appartenenza a un settore regolamentato, il fatturato o l'attivo di bilancio, il numero dei dipendenti, la diffusione dei titoli sul mercato, il numero e la collocazione geografica dei soggetti giuridici partecipati o controllati, lo svolgimento di attività di impresa in regioni o stati che presentano fattori di rischio, il numero di componenti del consiglio di amministrazione, le loro qualifiche professionali e la loro disponibilità di tempo (cfr. Codice di Autodisciplina, art. 4, *Commento*).

²⁶⁹ La *Relazione Annuale 2013* del Comitato per la Corporate Governance, cit., § 2.1.5, evidenzia che il comitato Controllo e Rischi è stato costituito dalla quasi totalità delle società quotate: 218 società (pari al 91%). Più nel dettaglio, 115 società (pari al 53% di quelle che hanno istituito tale comitato) hanno una composizione di soli indipendenti; 81 società (pari al 37% del totale) hanno un comitato formato da non esecutivi, con maggioranza di indipendenti e presidente scelto tra essi.

²⁷⁰ La nozione di enti di interesse pubblico è contenuta all'art. 16 del d.lgs. n. 39/2010; si v. in particolare il co. 1, ai sensi del quale sono «enti di interesse pubblico: a) le società italiane emittenti valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati italiani e dell'Unione europea e quelle che hanno richiesto tale ammissione alla negoziazione; b) le banche; c) le imprese di assicurazione di cui all'articolo 1, comma 1, lettera u), del codice delle assicurazioni private; d) le imprese di riassicurazione di cui all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del codice delle assicurazioni private, con sede legale

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

di un comitato per il controllo interno e la revisione contabile, al quale è affidato tra l'altro il controllo sull'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna, se applicabile, e di gestione del rischio, specificando inoltre che tale comitato «si identifica con [...] il collegio sindacale». Sorvolando sulla bontà di una simile tecnica legislativa, non sembra che tale disposizione possa valere a sostituire il Comitato per il controllo interno dal Codice di Autodisciplina, vista la maggiore estensione dei compiti ad esso attribuiti, anche di ausilio e di supporto istruttorio del *plenum*²⁷¹.

In relazione agli ulteriori comitati che il Codice di Autodisciplina raccomanda di costituire all'interno del *board*, sembra opportuno distinguere tra il comitato remunerazioni²⁷²

in Italia, e le sedi secondarie in Italia delle imprese di riassicurazione extracomunitarie di cui all'articolo 1, comma 1, lettera cc-ter), del codice delle assicurazioni private; e) le società emittenti strumenti finanziari, che, ancorché non quotati su mercati regolamentati, sono diffusi tra il pubblico in maniera rilevante; f) le società di gestione dei mercati regolamentati; g) le società che gestiscono i sistemi di compensazione e di garanzia; h) le società di gestione accentrata di strumenti finanziari; i) le società di intermediazione mobiliare; l) le società di gestione del risparmio; m) le società di investimento a capitale variabile; n) gli istituti di pagamento di cui alla direttiva 2009/64/CE; o) gli istituti di moneta elettronica; p) gli intermediari finanziari di cui all'articolo 107 del TUB».

²⁷¹ Per una lucida analisi delle differenze tra Comitato Audit e comitato per il controllo interno cfr. A. PROVASOLI, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni dopo il D.Lgs. 39/2010*, in AA. VV., *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, Milano, 2008, p. 103 ss.

²⁷² Nella *Relazione Annuale 2013*, cit., § 2.1.5, si apprende che il comitato per la Remunerazione è stato istituito dalla quasi totalità delle società quotate: 214 società (pari al 90% del totale). In relazione alla sua composizione, in 91 società (pari al 43% di quelle che lo hanno istituito) il comitato è composto di soli indipendenti, mentre 71 società (pari al 33% del totale) hanno costituito un comitato formato da non esecutivi, con maggioranza di indipendenti e presidente scelto tra essi.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

ed il comitato nomine²⁷³, poiché le esigenze organizzative che consigliano l'istituzione del primo sono in parte legate alla quotazione dell'emittente (o comunque all'esistenza di un mercato liquido della partecipazione sociale). Dimensioni e natura dell'impresa potrebbero comunque richiedere la costituzione di entrambi o quanto meno l'affidamento delle relative funzioni ad un amministratore indipendente (ad esempio quando le esigenze dell'organizzazione aziendale ed in primo luogo il numero dei consiglieri impediscano la formazione di un apposito comitato).

2.6 L'assetto contabile adeguato

Secondo le Norme di comportamento del collegio sindacale l'assetto contabile è un tutt'uno con l'assetto amministrativo, entrambi consistendo nell'insieme «delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di

²⁷³ A differenza del Comitato Controllo e Rischi e del Comitato Remunerazioni, il Comitato Nomine sconta una minore percentuale di costituzione, essendo stato raccomandato in sede di autoregolamentazione solo dal 2011. La *Relazione Annuale 2013*, cit., § 2.1.5, indica che il Comitato Nomine è stato costituito da 106 società, pari al 44% del totale (nel 73% dei quali è unificato con il comitato per le Remunerazioni). Ove istituito, il comitato è composto quasi sempre esclusivamente da amministratori non esecutivi e con maggioranza di indipendenti (solo 8 società - come nel 2012 - hanno un comitato con presenza di esecutivi).

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa»²⁷⁴. La definizione richiamata non distingue tra le due componenti, al contrario appiattendo la matrice amministrativa su quella contabile, come è reso evidente dalla successiva indicazione dei criteri di adeguatezza: «la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione; la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale; la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio».

Onde restituire dignità concettuale e specifico rilievo organizzativo, l'assetto amministrativo può essere definito quale insieme di processi atti a formalizzare il corretto ed ordinato svolgimento delle diverse funzioni aziendali e delle singole fasi in cui le medesime si sviluppano. L'assetto amministrativo riguarda pertanto la struttura procedimentale della funzione gestoria e dei suoi diversi momenti operativi e come tale costituisce un unico amalgama con l'assetto organizzativo, che delle sfere di potere decisionale assicura più propriamente l'allocazione ad un appropriato livello di competenza e responsabilità. L'adeguatezza dell'assetto organizzativo ed amministrativo

²⁷⁴ *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., 3.6, *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile*, *Principi* (la norma in materia di società quotate è identica).

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

è stata già oggetto di approfondimento unitario nei paragrafi che precedono, ai quali si rinvia.

Il rilievo di un efficace sistema contabile è immediatamente intuibile: l'esistenza di un apparato idoneo ad assicurare, completezza e correttezza dei dati economico-finanziari è il presupposto d'efficienza e di razionalità dell'agire amministrativo, poiché unicamente la disponibilità di un compiuto bagaglio informativo consente l'assunzione razionale della decisione gestoria.

Un sistema efficiente di rilevazione contabile solleva poi il profilo dell'adeguatezza tecnica, intesa come disponibilità di strumenti tecnologici idonei alla corretta, tempestiva ed attendibile rilevazione dei fatti contabili, nonché alla loro aggregazione e rielaborazione periodica, anche in funzione previsionale²⁷⁵.

²⁷⁵ M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori*, cit., p. 22, secondo cui «ciò significa avere la disponibilità di strumenti informatici efficienti (i cosiddetti programmi di contabilità), gestiti da personale competente ed affidabile. Occorre, altresì, che i *software* relativi, sul piano consuntivo, permettano sia la riclassificazione dei dati contabili, sia l'analisi del bilancio per indici, sia – ancora – una rendicontazione dei risultati (seppur provvisori) su base – perlomeno – mensile. Con riguardo al profilo “preventivo”, è necessario – invece – che i sistemi contabili siano in grado di elaborare *budget* e previsioni, con riferimento sia all'ordinaria attività d'impresa, sia ai possibili esiti di investimenti consistenti. Non debbono, da ultimo, essere trascurati gli aspetti finanziari ovvero la capacità per l'impresa di possedere idonei flussi monetari al fine di sostenere e garantire la continuità aziendale»

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

3. L'assetto informativo adeguato: l'informazione come momento essenziale, prodromico alla prestazione gestoria

L'esistenza di asimmetrie informative intraconsiliari è conseguenza diretta della concentrazione del potere gestorio, cui la delega è funzionale. Sebbene la costruzione di un assetto informativo adeguato non trovi esplicita menzione nel dettato normativo, la sua importanza è immediatamente ricavabile dal fatto che tutti i poteri valutativi del consiglio di amministrazione (adeguatezza degli assetti, valutazione dell'andamento della gestione, esame dei piani strategici) si esercitano sulla base di un bagaglio informativo alla cui cura provvedono – quanto meno in via principale – i delegati.

Il generico riferimento all'agire in modo informato abbisogna pertanto di essere declinato da un punto di vista più spiccatamente operativo, perché è solo nella dimensione informativa che si può cogliere il nesso tra poteri, doveri e responsabilità. Da un punto di vista dinamico, il canone dell'agire informato si estrinseca in quel complesso di condotte che sono funzionali all'assunzione di una decisione il più possibile ponderata e meditata. L'acquisizione dell'informazione, tuttavia, non è momento lasciato allo zelo del singolo consigliere: la società per azioni è un'organizzazione complessa e l'organizzazione dell'attività

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

riguarda anche il momento informativo nella sua dimensione statica²⁷⁶.

Con la riforma del 2003 il legislatore ha istituzionalizzato per tutte le società per azioni un sistema di flussi informativi minimi²⁷⁷, di carattere periodico (cadenza almeno semestrale per il codice civile, non superiore al trimestre per le società quotate²⁷⁸) i cui tratti salienti possono identificarsi²⁷⁹:

²⁷⁶ Cfr. G. MERUZZI, *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna della società per azioni*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2011, p. 113: «l'assunzione di una decisione informata [...] implica [...], di norma, una preliminare attività organizzativa, dato che l'acquisizione dell'informazione, momento preparatorio rispetto al successivo agire, non può essere frutto, in un'organizzazione complessa, di improvvisazione o mera iniziativa individuale, ma dev'essere la conseguenza di un'attività istituzionalmente dedicata, che attiene *al modo* di fare impresa».

²⁷⁷ Lo schema delineato dal legislatore costituisce solo lo scheletro minimo dell'assetto informativo, che gli ulteriori atti organizzativi interni dovranno dettagliare sulle specifiche esigenze della singola realtà societaria.

²⁷⁸ V. l'art. 2381, c. 5, c.c., ove è prescritto il principio - espressamente riferito al generale andamento della gestione, alla sua prevedibile evoluzione e alle operazioni di maggior rilievo, ma chiaramente applicabile anche alla cura degli assetti aziendali - secondo cui gli organi delegati «riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi»; in tema di società quotate, v. l'art. 150, c. 1, Tuf, ai sensi del quale gli «amministratori riferiscono tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale»; la responsabilità del flusso informativo intraorganico è intestata sugli amministratori e la riguarda l'attività svolta, senza distinzione tra compiti prettamente gestori e competenze valutative: se ne deduce che la disponibilità di informazioni intraconsiliari deve avvenire con periodicità almeno pari a quella dei flussi interorganici. Sul tema si veda inoltre il Codice di Autodisciplina, 1.C.1., che assegna al consiglio di amministrazione il compito di stabilire «la periodicità, comunque non superiore al trimestre, con la quale gli organi delegati devono riferire al consiglio circa l'attività svolta nell'esercizio delle deleghe loro conferite».

²⁷⁹ G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, XII, p. 1465 ss.; per un'esposizione più articolata, v. ID., *Il dovere di informazione*, op. cit.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

- i)* nel dovere di tutti gli amministratori di informarsi (dovere riflessivo di informazione);
- ii)* nel dovere degli organi delegati di informare gli altri amministratori (dovere transitivo di informazione);
- iii)* nel dovere del presidente del consiglio di amministrazione di coordinare i flussi informativi, garantendone l'adeguatezza (dovere di interazione informativa).

L'esaltazione del momento informativo recepisce indicazioni ormai ampiamente sedimentate nella dottrina, oltre che nella giurisprudenza, che proprio nelle pieghe delle carenze informative rinveniva il fattore catalizzatore della responsabilità per *mala gestio*²⁸⁰.

Rinviando al Capitolo successivo l'esame dei poteri informativi del singolo amministratore, in questa sede preme analizzare il sistema dei flussi informativi sotto il profilo della sua adeguatezza, ossia verificando se possano rinvenirsi principi e criteri regolanti il flusso informativo periodico che deve pervenire al consiglio, al di là, dunque, delle occasionali integrazioni d'informazione che siano

²⁸⁰ La giurisprudenza sul punto è copiosa; *ex multis*, v. Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, cit. e Cass. 12 febbraio 2013, n. 3409: «il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

diligentemente sollecitate dagli amministratori privi di delega.

Fermo ovviamente che i delegati devono curare un flusso informativo costante, completo e veritiero, ci si intende soffermare sul contenuto e sulle caratteristiche del dovere di interazione informativa, che l'art. 2381, c. 2, c.c., intesta sul presidente del C.d.A., assegnandogli il potere di convocare il consiglio di amministrazione, fissarne l'ordine del giorno, coordinarne i lavori e soprattutto provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

Il ruolo del presidente va apprezzato non tanto per l'impulso procedimentale o per i poteri ordinatori, tipicamente associati alla figura, bensì per il compito curare che il flusso informativo unidirezionale dai delegati al consiglio sia *adeguato* alle materie iscritte all'ordine del giorno: è proprio su tale adeguatezza che si gioca l'effettività della funzione di controllo del *board* e dunque la diffusione delle responsabilità di gestione²⁸¹. Il presidente del C.d.A. diviene dunque baluardo della collegialità e anello di

²⁸¹ Cfr. G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare*, cit., p. 1467, il quale osserva come la disposizione realizzi l'affioramento normativo «della note regole della collegialità, quali la scintilla cinetica della convocazione, l'informazione preliminare e la delimitazione dei margini deliberativi attraverso l'ordine del giorno, l'esplicita assegnazione del potere procedimentale e di direzione e di coordinamento; accanto ad esse la norma ha configurato - in modo originale - una funzione che realizza una versione evoluta della collegialità nella quale l'informazione [...] è [...] piedistallo della funzione ponderatoria del consiglio»

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

raccordo tra organi delegati e *board* nella dimensione informativa²⁸².

Guarentigia, tuttavia, il cui grado di effettività va misurato indagando due diversi profili: da un lato, il valore da assegnare all'inciso salvo *diversa previsione dello statuto* che testualmente introduce i poteri *ex lege* attribuiti al presidente; dall'altro, se siano enucleabili specifiche modalità dell'informazione adeguata e segnatamente se esista un principio di necessaria alterità soggettiva tra delegati e presidente, ovvero, allargando l'angolo visuale, se il presidente debba essere indipendente.

Mentre non vi sono dubbi di sorta sulla possibilità di un ampliamento delle funzioni attribuite al presidente, sulla derogabilità *in peius* non può condividersi un comodo "automatismo interpretativo"²⁸³, tale per cui tanto i poteri ordinatori e coordinatori, quanto le responsabilità informative possano essere liberamente soppressi dall'autonomia statutaria: gli uni e gli altri sono invero momenti essenziali del metodo collegiale, anche in funzione della coerenza amministrativa, di guisa che lo statuto può

²⁸² P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 841, il quale accanto ai poteri tipici della presidenza (impulso procedimentale e direzione) sottolinea la funzione di garanzia del presidente; negli stessi termini, P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, vol. II, 2006, p. 442; P. MORANDI, *Sub art. 2381*, cit., p. 666; A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 76.

²⁸³ La clausola di salvezza a favore dell'autonomia statutaria vanno sempre soppesate alla luce degli interessi concretamente in gioco; sul tema cfr. C. IBBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 153.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

diversamente regolare l'attribuzione soggettiva delle funzioni o predeterminarne entro certi limiti l'esercizio, ma non eliminarli *tout court*²⁸⁴. Invero, il procedimento, che secondo il metodo collegiale presiede alla formazione della volontà comune, impone l'attribuzione ad ogni componente del collegio del diritto ad essere previamente e compiutamente informato della convocazione e delle materie iscritte all'ordine del giorno, a partecipare ed intervenire nel dibattito, esprimendo le proprie opinioni, in contraddittorio e su una posizione di parità con gli altri intervenuti, al fine di orientare la decisione finale nel senso auspicato.

Ulteriore limite all'autonomia statutaria deve rinvenirsi nella inscindibilità di quelle funzioni che naturalmente ineriscono alla figura del presidente, nel senso che si qualifica come presidente di un collegio chi nei fatti quelle funzioni è legittimato ad esercitare, le quali per elementari esigenze di coerenza dell'azione amministrativa esigono un esercizio unitario: si pensi ad esempio alla competenze ordinarie del dibattito consiliare o alla

²⁸⁴ G. M. ZAMPERETTI, op. loc. ult. cit., secondo cui «mentre restano libere [...] le modalità attraverso cui il presidente [ovvero il diverso soggetto a cui lo statuto attribuisca un ruolo equivalente] può occuparsi dei flussi informativi endoconsiliari, sulla necessità degli stessi appare sceso un vincolo, derivante dal fatto, ricevuto dalla legge, che l'informazione endoconsiliare [...] è divenuta momento inscindibilmente legato alla stessa prestazione degli amministratori»; A. ZANARDO, op.cit., p. 81 ss., la cui soluzione "intermedia" rispecchia, ad eccezione di alcuni profili, quanto esposto nel testo; L. NAZZICONE, Sub art. 2381, cit., p. 25, per la quale la clausola di libera derogabilità deve essere temperata con la «preservazione dei connotati neutrali ed organizzativi della funzione propria di tale ruolo».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

proclamazione dei risultati della votazione²⁸⁵. Lo statuto potrà pertanto regolare diversamente la materia, ad esempio attribuendo una legittimazione concorrente in materia di convocazione, predeterminando modalità del dibattito o ancora delegando a un membro diverso dal presidente l'istruzione preventiva sulle materie iscritte all'ordine del giorno²⁸⁶.

Ferma pertanto la necessità del momento informativo, l'attenzione deve ora appuntarsi sulle sue modalità ed in particolare sui requisiti, oggettivi e soggettivi, dell'adeguatezza informativa.

²⁸⁵ I limiti all'autonomia statutaria si pongono pertanto su due livelli: da un lato, è impedita la soppressione di funzioni essenziali nello svolgimento del procedimento collegiale; dall'altro, è logicamente impossibile scindere dalla presidenza quelle attribuzioni che connotano naturalmente la figura del presidente e che si giustificano per assicurare coerenza ed unità all'azione amministrativa.

²⁸⁶ A favore di una più rigida inderogabilità verso il basso, sul presupposto che l'art. 2381 c.c. definirebbe il contenuto minimo di poteri del presidente, cfr. A. DE NICOLA, *Sub art. 2381*, cit., p. 112; N. ABRIANI, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti di società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 1303; F. GALGANO in F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 262.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

3.1 Adeguatezza informativa oggettiva e soggettiva: completezza, tempestività, pluralismo informativo

L'adeguatezza informativa può essere misurata sotto un duplice angolo visuale, a seconda che l'attenzione si appunti sull'informazione in sé, valutandone contenuto e modalità di divulgazione, ovvero sul soggetto che ne curi la diffusione, verificando se, nel silenzio del legislatore, per lo svolgimento di tale mansione siano enucleabili a livello di sistema determinati requisiti soggettivi. Il primo aspetto attiene più propriamente all'esercizio diligente della funzione²⁸⁷, mentre l'eventuale esistenza di requisiti soggettivi del presidente rileva in materia di assetto adeguato e interferisce quindi con il contenuto della prestazione gestoria di tutti gli amministratori.

Sotto il primo profilo, si risolve in una petizione di principio l'affermazione che l'informativa adeguata debba essere un'informativa completa. A fronte della mancanza di una risposta precisa e puntuale, che valga a definire il contenuto informativo minimo per ogni riunione consiliare, soccorre una formula sintetica, idonea a definire il metro di

²⁸⁷ Che il presidente assuma una specifica responsabilità per la funzione è dato assodato in dottrina: cfr. P. MORANDI, *Sub art. 2381*, cit., p. 667; P. MONTALENTI, *Sub. art. 2381*, cit., p. 680, per il quale si deve ritenere che il presidente «abbia un dovere specifico di far sì che l'informazione venga messa a disposizione dei consiglieri e che, in caso di *default*, sorga, in caso al presidente, una specifica responsabilità»; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003, p. 65; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., p. 469; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, op. ult. cit., p. 1467.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

giudizio: l'informativa adeguata è quella che, in relazione a tutte le circostanze del caso, consente agli amministratori di agire e deliberare in maniera cosciente e meditata²⁸⁸. Nella prospettiva funzionale tracciata, l'informativa a disposizione dell'organo amministrativo dovrebbe quanto meno illustrare: la tematica oggetto della proposta o della valutazione; le motivazioni che ne consigliano ovvero ne impongono l'adozione, in relazione alle alternative eventualmente praticabili; le conseguenze endosocietarie ed esosocietarie dell'adozione della delibera.

La medesima prospettiva funzionale consente di chiarire quali siano le modalità idonee alla diffusione informativa. Sul tema il Codice di Autodisciplina dispone che il presidente del C.d.A. si "adoperi" «affinché la documentazione relativa agli argomenti all'ordine del giorno sia portata a conoscenza degli amministratori e dei sindaci con congruo anticipo rispetto alla data della riunione consiliare»²⁸⁹. Nonostante il carattere meramente "esortativo", che l'informazione vada divulgata in via anticipata rispetto alla seduta consiliare deve ritenersi dovere implicito del presidente, anche nelle società non

²⁸⁸ Il principio, che si impone con il rigore della logicità, è ricavabile anche dal Codice di Autodisciplina, laddove dispone che «gli amministratori esaminano le informazioni ricevute dagli organi delegati, avendo peraltro cura di richiedere agli stessi ogni chiarimento, approfondimento o integrazione ritenuti necessari od opportuni per una completa e corretta valutazione dei fatti portati all'esame del consiglio» (enfasi aggiunta). Se è dovere degli amministratori privi di deleghe sollecitare l'approfondimento delle carenze informative, tale dovere *a fortiori* riguarda il presidente o il diverso soggetto eventualmente incaricato di curare l'adeguatezza informativa consiliare.

²⁸⁹ Codice di Autodisciplina, cit., 1.C.5.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

quotate: l'informazione abbisogna di tempo per essere soggettivamente elaborata in conoscenza, sicché, nella prospettiva di un voto cosciente e meditato, un congruo anticipo nella *disclosure* sugli argomenti all'ordine del giorno è essenziale. Salvo ragioni di motivata urgenza deliberativa²⁹⁰ ed in mancanza di un'apposita regolamentazione, la congruità dell'anticipazione dovrà ponderarsi caso per caso in ragione della complessità della questione e della voluminosità della documentazione²⁹¹, da distribuire sempre in forma integrale (eventuali compendi, certamente opportuni, possono servire solo da supporto²⁹²).

In relazione al secondo profilo, l'adeguatezza soggettiva viene soprattutto²⁹³ in rilievo in collegamento con l'eventuale attribuzione di deleghe gestorie al presidente²⁹⁴:

²⁹⁰ La salvezza dei casi di necessità ed urgenza, sebbene testualmente contenuta nelle versioni del Codice di Autodisciplina precedenti alle modifiche del 2006, è il portato dei principi generali in materia.

²⁹¹ A. DE NICOLA, *Sub. art. 2381*, cit., p. 114; P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione*, cit., p. 464 s.; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 842; R. SACCHI, *Amministratori deleganti*, cit., p. 381.

²⁹² Cfr. *Codice di Autodisciplina*, cit., *Commento* all'art. 1: «Nel caso in cui la documentazione messa a disposizione sia voluminosa o complessa, la stessa può essere utilmente corredata da un documento che ne sintetizzi i punti più significativi e rilevanti ai fini delle decisioni all'ordine del giorno, fermo restando che tale documento non può essere considerato in alcun modo sostitutivo della documentazione completa trasmessa ai consiglieri».

²⁹³ L'adeguatezza soggettiva può venire in rilievo anche relativamente alle caratteristiche di competenza e professionalità del presidente o dell'altro soggetto cui sia stata statutariamente intestata la cura della diffusione di un'adeguata informativa preconsiliare; tale tema, tuttavia, attiene ad un profilo diverso da quello qui in discussione, ossia alla perizia degli amministratori e all'eventuale responsabilità da assetto inadeguato per assegnazioni di specifiche funzioni a soggetti privi della capacità di svolgerle adeguatamente: v. § 2.5.

²⁹⁴ Per comodità espositiva, nel prosieguo delle riflessioni si assume convenzionalmente che non vi sia discontinuità tra il presidente del C.d.A. ed il

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

il nodo concettuale è se possa rinvenirsi un principio che vuole nel presidente un garante indipendente della trasparente circolazione dei flussi informativi²⁹⁵. Considerando i dati che emergono dalla prassi societaria, il quesito è di importanza non secondaria: il cumulo delle funzioni in capo al presidente del C.d.A., in ipotesi di *mala gestio* e di deficienza informativa, potrebbe essere imputato agli amministratori privi di delega quale assetto (informativo) inadeguato.

La questione sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo.

3.2 Digressioni sul pluralismo informativo quale principio immanente di razionalità gestoria

Il quesito formulato in limine del paragrafo che precede è stato agevolmente risolto in dottrina rilevando che l'art. 2381 c.c. non prevede limiti di sorta, sicché il presidente, in quanto amministratore, può senz'altro essere destinatario di deleghe gestorie. Del resto si è evidenziato

responsabile del dovere di interazione informativa. L'eventuale dissociazione della funzione dalla figura del presidente, infatti, non assume alcun particolare rilievo nell'economia del discorso, in cui l'oggetto precipuo dell'attenzione concerne l'assenza di deleghe gestorie e l'indipendenza del responsabile della funzione, a prescindere dalla qualifica in sé di presidente del C.d.A.

²⁹⁵ In senso negativo, cfr. A. ZANARDO, cit., p. 81.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

che il cumulo di cariche è prassi frequente nelle società per azioni quotate, "tollerata", sebbene con alcuni correttivi, anche in sede di autoregolamentazione²⁹⁶.

La questione merita migliore impostazione. Sul fatto che il presidente possa essere destinatario di deleghe, quanto meno secondo il codice civile²⁹⁷, certamente non sorgono dubbi, ma questo non è il tema dell'indagine: la questione è se al conferimento di deleghe debba seguire la disarticolazione della funzione di interazione informativa; in altri termini, se il pluralismo sia valore rilevante ai fini dell'adeguatezza dell'assetto informativo, intendendosi con ciò un pluralismo informativo effettivo, non come semplice moltiplicazione algebrica dei flussi, bensì quale portato di una loro discontinuità anche qualitativa, per essere provenienti da una fonte diversa dal gestore e da esso indipendente.

Che il legislatore abbia previsto una pluralità di contributi nella gestione dei flussi informativi è dato di fatto difficilmente contestabile: l'art. 2381 c.c. è chiaro nel prescrivere che il presidente intervenga per dare il suo apporto a che il flusso informativo proveniente dai delegati sia adeguato.

²⁹⁶ Cfr. Codice di Autodisciplina, cit., 2.C.3. e 2.C.4., oltre a *Commento* all'art. 2, i cui principi e criteri saranno oggetto di attenzione nel prossimo §.

²⁹⁷ In tema di *governance* bancaria le disposizioni della Banca d'Italia vietano lo svolgimento di mansioni esecutive da parte del presidente: la circolare Banca d'Italia del 4 marzo 2008 prescrive che «per svolgere efficacemente la propria funzione, il presidente deve avere un ruolo non esecutivo e non svolgere, *neppure di fatto*, funzioni gestionali» (enfasi aggiunta).

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

Chiarita l'esistenza di una pluralità quantitativa, si deve ritenere che anche la pluralità qualitativa sia valore irrinunciabile, quanto meno in una realtà societaria non piccola. La provenienza dell'informativa dal medesimo soggetto che sulla base di quella informativa deve essere valutato crea infatti un vistoso cortocircuito.

Una oggettiva rappresentazione della realtà è già impossibile a livello inconscio, poiché da parte del delegato è inevitabile una rappresentazione soggettivizzata delle operazioni che egli ha compiuto: se si è compiuta una determinata operazione credendola vincente, è presumibile che anche nella sua rappresentazione l'operazione sia palesata tale (sempre che già non sia in atto un esito infausto). Il contenuto informativo, in altri termini, non può che essere una *finzione*: finzione nell'accezione propria della sua radice etimologica, ossia plasmare, forgiare, rappresentare una cosa; darne forma, soggettivizzandola²⁹⁸. In questo caso l'apporto valutativo del consiglio si riduce nella valutazione della razionalità intrinseca di un'informativa puramente cartacea²⁹⁹, la cui effettiva utilità è

²⁹⁸ La digressione nel testo rievoca il finzionalismo adleriano, sebbene se ne pieghi sensibilmente il senso allo scopo di raggiungere il significato voluto. Cfr. F. PARENTI, *La Psicologia Individuale dopo Adler*, Roma, 1983, ove la finzione è definita come una «modalità, in vario grado non obiettiva, di valutare se stessi e il mondo, elaborata al servizio di finalità prevalenti che l'individuo persegue».

²⁹⁹ Sul tema cfr. i rilievi di R. WEIGMANN, *La responsabilità degli amministratori delegati*, cit., p. 305: «per lo più la conoscenza che i semplici amministratori hanno della loro società è puramente cartacea, nel senso che prima delle riunioni essi ricevono la documentazione illustrativa e su di essa maturano le proprie convinzioni e scelte di voto.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

racchiusa in ciò, che eventualmente siano *ex se* riscontrabili incoerenze, reticenze o lacune, ad esempio per la rappresentazione di dati o elementi che, sebbene adeguatamente ponderati dal delegato, siano comunque parte - verrebbe da dire accidentale - della relazione.

La situazione muta radicalmente laddove la finzione sia cosciente: in questo caso l'effettività del momento valutativo del consiglio è affidata alla minore o maggiore capacità del delegato di nascondere ciò che si vuole serbare celato; in altri termini, alla *bravura* dell'amministratore infedele o incapace!

Situazione tanto più preoccupante, laddove si acceda alla tesi, dominante in dottrina, che esclude l'esistenza di un potere informativo extraconsiliare da parte degli amministratori privi di deleghe³⁰⁰.

Prima di portare a conclusione le presenti riflessioni, nonostante la singolare lunghezza della citazione, sia consentito all'uopo richiamare quanto rilevato da uno dei magistrati inquirenti del caso Enron: «per procedere penalmente contro gli *outside directors* il *prosecutor* deve provare che essi erano pienamente consapevoli delle reali condizioni finanziarie della società e del divario esistente tra le attestazioni pubbliche fatte dagli esecutivi agli investitori e le effettive condizioni finanziarie della compagnia. Ma

Va sottolineato che il dossier è predisposto dagli organi delegati, con l'ausilio dello staff che sta alle loro dipendenze».

³⁰⁰ Sul tema, v. Cap. V, § 2.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

questa prova si rivela solitamente quasi impossibile, per una semplicissima ragione. Quando gli esecutivi tentano di commettere una frode, a loro personale vantaggio, di regola essi trovano ben più semplice mentire al consiglio sulla effettiva situazione patrimoniale della società piuttosto che coinvolgere il consiglio nella realizzazione della frode. In breve, i consiglieri sono molto spesso circuiti dai loro esecutivi»³⁰¹.

La lunga digressione introduce il tema tratteggiato sul finire della prefazione del presente lavoro: la necessità di recuperare logica e coerenza in un sistema, quello della società per azioni complessivamente considerato, essendo razionalità e logica principi immanenti se non alla legge, quanto meno al diritto.

Prestazione e responsabilità gestoria degli amministratori privi di delega sono intimamente legate all'efficienza dell'assetto informativo. Più in generale, si è osservato come fluidità e completezza dell'informativa endoconsiliare rappresentino il passaggio obbligato non solo per il regolare funzionamento dell'organo amministrativo, ma anche per l'efficienza dei controlli, della gestione e della diffusione della responsabilità gestionali: l'agire informato è cardine positivizzato del buon governo societario³⁰².

³⁰¹ R. KROGER, il cui pensiero è riportato da F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione*, § 2, ove il medesimo brano è indicato bibliograficamente come e-mail all'autore del 14 marzo 2006.

³⁰² Tutti i poteri valutativi del consiglio di amministrazione (adeguatezza degli assetti, valutazione dell'andamento della gestione, esame dei piani strategici) si

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

Mutuando una incisiva metafora, se deleganti e delegati, in quanto ingranaggi di un più ampio sistema, devono funzionare intersecandosi l'uno con l'altro, «occorre dotare gli stessi di un idoneo meccanismo di lubrificazione che - nel nostro caso - è rappresentato dalla presenza di flussi informativi tra i due organi»³⁰³.

Il presupposto d'efficienza e di razionalità dell'agire amministrativo, tuttavia, non è soltanto la disponibilità di un compiuto bagaglio informativo, ma anche l'indipendenza dal gestore nel momento formativo-aggregativo dell'informazione: attribuire al controllato la disponibilità piena delle informazioni sulle quali il suo agire deve essere valutato genera un sistema - come si è cercato di dimostrare - totalmente irrazionale³⁰⁴.

esercitano infatti sulla base di un bagaglio informativo alla cui cura provvedono - quanto meno in via principale - i delegati. Sul canone comportamentale dell'agire informato, v. Cap. III, § 5; sul valore della dimensione informativa nella funzione gestoria, oltre alla nota che segue, v. Cap. IV, §§ 3, 3.1 e 3.2.

³⁰³ La metafora richiamata nel testo appartiene a M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 239. Per l'esaltazione della dimensione informativa, v. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza* 4 marzo 2008: «la circolazione di informazioni tra gli organi sociali e all'interno degli stessi rappresenta una condizione imprescindibile affinché siano effettivamente realizzati gli obiettivi di efficienza della gestione di efficacia del controllo»; G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 638, ove al momento informativo è assegnato il ruolo di punto di equilibrio complessivo della nuova disciplina dell'amministrazione; A. ZANARDO, cit., secondo la quale solamente flussi informativi adeguati «consentono al consiglio il corretto ed efficiente esercizio delle sue funzioni [...] mettendolo nella condizione di assumere decisioni ponderate e, se del caso, di adottare i correttivi ritenuti necessari, nonché l'efficace raccordo tra l'attività di gestione corrente e l'attività di valutazione della stessa».

³⁰⁴ La carenza di indipendenza del presidente rileva pertanto anche nell'inficiare la presunzione di affidamento sulle adeguatezza dei flussi informativi. Sul tema in oggetto, cfr. Capitolo V, § 4.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

Un organismo che smarrisce la sua ragione è un organismo "corrotto nell'esistenza"³⁰⁵, come tale destinato a perire.

Il caposaldo generale di un idoneo assetto organizzativo-amministrativo è la separazione e la contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni³⁰⁶: separazione e contrapposizione non possono mancare nemmeno a livello apicale. Se il cumulo dei ruoli può rispondere, specialmente nelle società di minori dimensioni, ad apprezzabili esigenze organizzative, alla concentrazione dei poteri devono seguire adeguati contrappesi. In tutte le società, quotate o meno, in cui natura e dimensioni dell'impresa consentano una separazione e contrapposizione di funzioni, gestione della società e garanzia dell'adeguatezza dei flussi informativi devono essere necessariamente disaggregate: è necessario l'intervento di un soggetto indipendente, il quale sostituisca ovvero quanto meno affianchi il presidente nel momento formativo-aggregativo del flusso informativo.

Il Codice di Autodisciplina, dopo aver rilevato come la *best practice* internazionale³⁰⁷ raccomandi di evitare

³⁰⁵ C. VIVANTE, *Sul risanamento delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I.

³⁰⁶ *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, cit., Norma Q.3.4., *Vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo - Criteri applicativi*.

³⁰⁷ Restringendo l'ambito della comparazione al Regno Unito, cfr. il *Rapporto HIGGS* del gennaio 2003, § A.2.1.: «The roles of chairman and chief executive should not be exercised by the same individual. The division of responsibilities between the chairman and chief executive should be clearly established. It should be set out in writing and agreed by the board». Il principio è stato poi trasfuso nel § A.2.1 del *The UK Corporate Governance Code*, approvato nel settembre 2012 e in vigore dal 1.10.2012.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

la concentrazione di cariche in una sola persona senza adeguati contrappesi, nel caso in cui il presidente coincida soggettivamente con il *principale responsabile della gestione* ovvero sia la *persona che controlla l'emittente*, raccomanda che in tale eventualità sia istituita la figura del *lead independent director*, con funzioni da un lato di coordinamento e aggregamento degli amministratori non esecutivi, dall'altro di ausilio al presidente nel curare l'adeguatezza dei flussi informativi.

La natura di *best practice* presta il fianco ad una facile obiezione: altro è l'assetto adeguato, altro è l'assetto ottimale. La forza con cui deve imporsi la separazione delle funzioni è un'altra: è la razionalità dell'agire che costituisce il nucleo unificante dei principi di corretta amministrazione, dei quali l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile è particolare manifestazione. Per la stessa ragione non può essere condivisa l'angusta elencazione delle fattispecie che secondo l'autoregolamentazione richiederebbero la separazione della gestione dall'informazione: occorre allargare le maglie dell'indipendenza, sulla base di quella medesima nozione di indipendenza fatta propria dall'autoregolamentazione, basata sull'inesistenza di relazioni tali da condizionare nell'attualità l'autonomia di giudizio e sulla prevalenza della sostanza sulla forma³⁰⁸.

³⁰⁸ *Codice di Autodisciplina*, cit., 3.P.1. e 3.C.1.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

In conclusione, nell'ipotesi in cui il presidente del C.d.A. sia privo di deleghe gestorie, il suo compito si sostanzia nel valutare l'adeguatezza dei flussi informativi provenienti dai delegati, interagendo e coordinando i responsabili dei vari settori aziendali, affinché siano selezionate informazioni pertinenti alle materie da trattare³⁰⁹, assicurandosi inoltre che, ove necessario, intervengano alle riunioni consiliari i dirigenti responsabili delle funzioni aziendali competenti secondo materia, onde fornire gli opportuni approfondimenti sugli argomenti da trattare³¹⁰. Nel caso in cui il presidente sia partecipe della gestione o comunque privo della necessaria autonomia di giudizio, la funzione di coordinamento e interazione dovrà essere delegata ad altro responsabile (ovviamente laddove ciò sia compatibile con le dimensioni e la natura dell'attività) il quale potrà sostituire o comunque affiancare il presidente nel momento formativo-aggregativo dell'informazione.

³⁰⁹ Cfr. P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio*, cit., p. 470, per il quale l'attività del presidente consiste «nell'approntare le direttive idonee alla struttura amministrativa di base, previo necessario coordinamento con gli organi delegati, affinché selezionino le informazioni adeguati per la materia da trattare in consiglio». La funzione del presidente non è tuttavia meramente passiva: l'interazione informativa non si esaurisce in un'attività valutativa dell'informazione, bensì comprende anche il confronto ed il coordinamento con i delegati, da un lato, e con i dirigenti delle varie funzioni aziendali, dall'altro. Appare pertanto un poco riduttiva la tesi di P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 470, secondo cui al presidente sarebbe richiesta non tanto un'obbligazione di "fare", quanto un'obbligazione "far fare".

³¹⁰ *Codice di Autodisciplina*, cit., 1.C.6, ove si afferma un criterio di organizzazione della riunione il più delle volte essenziale per dare corpo e sostanza al disposto dell'art. 2381, c. 6, ult. periodo, c.c. e quindi, più in generale, per permettere agli amministratori di agire e deliberare con cognizione di causa (cfr. *Codice di Autodisciplina*, cit., 1.P.1.) e dunque consentire l'efficace svolgimento delle funzioni consiliari (cfr. *Codice di Autodisciplina*, cit., 1.P.2.).

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

4. La valutazione dei piani strategici

Ai sensi dell'art. 2381, c. 3, c.c., il consiglio di amministrazione *esamina*, quando elaborati, i piani strategici della società.

L'esame dei piani avviene sulla base delle *informazioni ricevute*: se ne arguisce che siano predisposti *aliunde*, ossia dai delegati³¹¹ (sempre che i medesimi siano titolari di una delega gestoria piena³¹²).

In merito al significato da assegnare al lemma "esamina", la disputa se trattasi di approvazione di un semplice progetto ovvero della revisione di un atto in sé già perfetto è contrapposizione di sapore teorico. L'esame dei piani strategici non presenta discontinuità con le ulteriori funzioni valutative demandate al consiglio, con le quali condivide la medesima natura, essendo tutte espressione della funzione di controllo intesa quale dominio sulla gestione: l'attività valutativa che spetta al consiglio racchiude in sé anche una funzione propositiva, che non si esaurisce in un mero giudizio, potendosi risolvere pure in una critica (ri)costruttiva³¹³.

³¹¹ G. D. MOSCO, *Sub art. 2381*, cit., p. 599, nt. 31; G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op.cit., p. 632; P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 499.

³¹² Sul tema della intestazione degli obblighi *ex art. 2381*, c. 4, c.c. in ipotesi di deleghe speciali v. § 1.1.

³¹³ L'approvazione del piano è pertanto implicita nel suo esame senza rilievi. Sul significato della funzione di controllo del consiglio, quale strumento di indirizzo, di condizionamento e di eventuale contrapposizione antagonistica anche sul merito della gestione si rimanda alle osservazioni già svolte nel § 2.1. Sul tema specifico dell'esame dei piani strategici, cfr. *Codice di Autodisciplina*, cit., 1.C.1., ove si prevede che il consiglio di

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

La competenza del consiglio non si esaurisce nel solo esame (*rectius*, nell'analisi e nel controllo) del piano, ma si estende anche al suo *follow up*³¹⁴: una volta che sia stata definita e formalizzata la strategia aziendale, i suoi sviluppi rientrano nel dovere dei delegati di illustrare - e specularmente nel dovere del consiglio di valutare - l'andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione.

In dottrina si discute se la predisposizione dei piani strategici debba considerarsi obbligo dei gestori³¹⁵. La programmazione dell'attività è certamente un requisito di corretta gestione e sotto tale profilo la predisposizione di

amministrazione esamina e approva i piani strategici, industriali e finanziari dell'emittente e del gruppo di cui esso sia a capo. Negli stessi termini del testo, cfr. P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 123 s., secondo cui « in via di interpretazione pare poi ragionevole ritenere che l'esame non può prescindere da una valutazione, quindi, quantomeno, da un giudizio che, se favorevole, non può coinvolgere la responsabilità degli amministratori. In conclusione: il dovere di "esame" non è così distante da un dovere di « approvazione » come *prima facie* potrebbe sembrare»; in senso contrario, cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi*, cit., p. 261, la cui tesi sui rapporti tra deleganti e delegati è stata già oggetto di obiezioni nel § richiamato al principio della presente nota.

³¹⁴ Cfr. *Codice di Autodisciplina*, cit., 1.C.1.; negli stessi termini, cfr. R. PEROTTA - L. BERTOLI, *Assetti organizzativi, piani strategici*, op. cit., § 5.

³¹⁵ A favore della natura obbligatoria, V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 646; M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato*, cit., p. 939; G. D. MOSCO, op. ult. cit., p. 599, nt. 31, secondo cui «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»; critica su tale ultimo punto A. ZANARDO, cit., p. 88, secondo cui «non sarebbe stato affatto necessario che il legislatore inserisse tale inciso nel testo della disposizione, ove la sua intenzione fosse esclusivamente quella di richiedere l'elaborazione dei piani»; in senso contrario alla non obbligatorietà, oltre alla dottrina da ultimo citata, cfr. P. ABBADESSA, *Profili tipici*, cit., p. 498 s.; V. SALAFIA, *Gli organi delegati*, cit., p. 1328; P. MORANDI, *Sub art. 2381*, cit., p. 493 s.; A. DE NICOLA, *Sub art. 2381*, cit., p. 119.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

budgets annuali o di *business plans* pluriennali risulta opportuna e financo doverosa.

Occorre tuttavia precisare cosa si intende per piano strategico: se identificabile in una programmazione deformalizzata delle strategie imprenditoriali, allora la sua predisposizione è certamente necessaria³¹⁶, non fosse altro perché il *management* definisce periodicamente gli obiettivi aziendali, monitorando l'andamento economico dell'attività³¹⁷, e avanti al *plenum* è dovere dei delegati, nel riferire prospetticamente sulla prevedibile evoluzione della gestione, illustrare le strategie pianificate.

Al contrario, se il *proprium* del piano consiste in un documento formalizzato, che programmi minuziosamente le iniziative da intraprendere in materia industriale e finanziaria, pur rientrando nel contenuto della prestazione gestoria la sua predisposizione non può considerarsi in ogni caso dovuta, perché le modalità del relativo adempimento sono rimesse alla diligenza del delegato. In altri termini, la predisposizione dei piani diviene doverosa - e quindi la mancata messa a punto configura inadempimento - *quando* (ossia nel momento in cui) fattori endogeni (natura o dimensioni dell'attività) ed esogeni all'impresa (ad esempio

³¹⁶ Negli stessi termini, cfr. G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 86, secondo cui il carattere non obbligatorio della redazione dei piani «non significa, naturalmente, che l'azione gestionale debba essere aprogrammatica e possa risolversi in una navigazione a "vista": "gestione" è anzi certamente programmazione e rappresentazione di vie di sviluppo, la cui estrinsecazione formale rimane tuttavia nelle forme, non dovendo [...] precipitare in documenti di portata formale»

³¹⁷ V. *infra*, § 5.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

una situazione di crisi) rendano necessaria una programmazione prospettica dell'attività, dettagliata, puntuale e formale.

Considerando le innovazioni normative dell'ultimo decennio, sono molteplici gli esempi che hanno attribuito sempre più rilievo alla redazione dei piani strategici, in relazione alle operazioni straordinarie ed altresì nell'ambito dei processi di *turnaround aziendale*³¹⁸: si pensi al *leverage buy out*³¹⁹ o al ventaglio di alternative concesse al debitore in situazione di sovraindebitamento, crisi od insolvenza³²⁰.

³¹⁸ R. PEROTTA - L. BERTOLI, *Assetti organizzativi, piani strategici*, op.cit., § 5, ove si aggiunge che la predisposizione dei piani industriali risulta essenziale anche «nell'ambito della comunicazione finanziaria di impresa, specialmente in tema di bilancio e di *impairment test* dell'avviamento; si evidenzia, infatti, che per le società che redigono il bilancio secondo i principi contabili internazionali lo Ias 36 richiede che la verifica di tenuta del valore dell'avviamento iscritto in bilancio debba essere effettuata assumendo a riferimento piani approvati dall'organo amministrativo e aventi a riferimento un orizzonte temporale di almeno cinque anni».

³¹⁹ Ai sensi dell'art. 2501-bis, c. 3, c.c., in ipotesi di fusione a seguito di indebitamento la relazione dell'organo amministrativo deve tra l'altro contenere *un piano economico e finanziario* con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere.

³²⁰ Restringendo l'elenco alla legge fallimentare, vi sono: i piani attestati (art. 67), il concordato fallimentare (art. 124), il concordato preventivo (art. 161), gli accordi di ristrutturazione (art. 182-bis).

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

5. La valutazione del generale andamento della gestione e della sua prevedibile evoluzione

Ai sensi dell'art. 2381, c. 3, c.c., il consiglio di amministrazione valuta, *sulla base delle informazioni ricevute*, il generale andamento della gestione.

La norma marca una forte discontinuità rispetto alla disciplina previgente³²¹, laddove condiziona testualmente l'attività valutativa del *board* al flusso informativo proveniente dai delegati, nonché alle ulteriori informazioni che i deleganti devono - o comunque avrebbero dovuto - richiedere in presenza di informazioni insufficienti, omesse o inattendibili (art. 2381, c. 6, c.c.). Controllo periodico sulla legalità, sull'efficienza e sull'efficacia dell'azione dei delegati³²², che affianca, ma non sostituisce la vigilanza continuativa affidata ai singoli consiglieri, nei ristretti limiti in cui tale vigilanza - in seguito alla modifica dell'art. 2392 c.c. - sia ancora configurabile³²³.

La coerenza formale ed intrinseca della relazione dei gestori non comporta tuttavia un automatico esonero da

³²¹ Per l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, v. Cap. II, §2.

³²² Sul mutamento della nozione di controllo e per un confronto sistematico tra la valutazione affidata al *board* e la vigilanza affidata ai sindaci, v. § 2.1.

³²³ Sull'esistenza dei poteri informativi individuali, v. Cap. V.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

responsabilità dei deleganti³²⁴, poiché la valutazione dell'attività economica nel suo profilo dinamico presuppone una corretta rilevazione e rappresentazione dei fatti di gestione, sia nel momento più propriamente contabile, sia nel momento informativo intraorganico: emerge in tutta la sua decisività il tema dell'adeguatezza degli assetti. Presupposto di attendibilità della relazione, infatti, è la coerenza dell'assetto contabile e dell'assetto informativo: l'ignoranza degli amministratori privi di deleghe può essere scusabile solo nei limiti in cui la società si sia dotata di un assetto contabile idoneo a rilevare e rappresentare in maniera completa, tempestiva e attendibile i fatti di gestione; parimenti, solo nel caso in cui sia stato approntato un assetto informativo idoneo ad assicurare completezza, veridicità e attendibilità dei flussi informativi agli amministratori privi di deleghe non può essere imputata la mancata valutazione di atti o fatti gestionali rilevanti. In altri termini, non è tanto - o comunque non solo - sulla percepibilità della distorsione informativa che bisogna appuntare l'attenzione, bensì, *a fortiori*, sull'esistenza di un assetto adeguato a garantire il fluire di un'informazione non distorta, né mutilata.

La norma in commento circoscrive il perimetro dell'attività valutativa al generale andamento della gestione, inteso quale controllo di natura sintetica sull'attività gestoria

³²⁴ Non possono pertanto condividersi le impostazioni dottrinarie che fanno dei delegati gli assoluti «signori dei numeri» (l'espressione è di G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 1469).

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

dei delegati e non analitico sui singoli atti di gestione³²⁵, realizzando una vistosa asimmetria tra l'oggetto del controllo del *board* e l'informazione ricevuta, la quale comprende anche la prevedibile evoluzione dell'andamento gestorio e le operazioni di maggior rilievo, per dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate (cfr. art. 2381, c. 5, c.c.).

In relazione alla prevedibile evoluzione della gestione, secondo una tesi³²⁶ la carenza di specularità tra informazione e controllo sarebbe giustificabile sulla base dell'assunto che non potrebbe essere di pertinenza del consiglio la valutazione - e la conseguente responsabilità - di una informazione inverificabile: a differenza della *hard information* la prevedibile evoluzione della gestione è priva

³²⁵ Oggetto del controllo è la gestione nel suo profilo dinamico, senza che assumano rilevanza, in linea generale (v. *infra*), i singoli atti di gestione. Sotto tale profilo l'oggetto del controllo non si distingue dal significato che dottrina e giurisprudenza assegnavano al precedente dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione; cfr., in particolare, 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. 798 s.; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 96 s.; ID., *L'amministrazione collegiale*, op. cit., p. 96 s.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 104 s.; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, cit., p. 231 s.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 195; sulla natura sintetica del controllo, dopo la riforma, cfr.: A. ZANARDO, cit., p. 147 s.; C. ROMANO, *Sub art. 2381*, cit., p. 412; L. NAZZICONE, *Sub art. 2392*, cit., p. 180 s.; P. MORANDI, *Sub art. 2381*, cit., p. 678.

³²⁶ Così F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 707, che ritiene la scelta «ragionevole, per evitare che il consiglio debba comunque esprimersi su previsioni future ed incerte, con possibili responsabilità per prosecuzione della gestione nei casi in cui pur essendo l'andamento della gestione negativo, sia stata fatta una previsione - poi non realizzatasi - di suo riequilibrio futuro»; accede alla medesima ricostruzione anche M. MARULLI, *La delega gestoria*, cit., p. 109; ritengono ricompresa nell'attività valutativa anche la prevedibile evoluzione della gestione P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 503; G. D. MOSCO, *Sub art. 2381*, cit., p. 599, nt. 37; A. ZANARDO, cit., p. 87 s.; F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., p. 144, nt. 118.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

di incontri numerici concreti ed attuali, sviluppandosi in una rappresentazione previsionale in termini di «nidificazione di probabilità»³²⁷.

La tesi non persuade e in senso contrario si impongono due ordini di considerazioni.

Premesso che la prevedibile evoluzione della gestione comprende quegli sviluppi «che, secondo *l'id quod plerumque accidit* conseguono a un determinato plesso di circostanze di fatto, secondo un metodo che si fonda su elementi gravi (nel senso di ponderalmente consistenti), precisi e concordanti e non, meramente, su astratte e generali considerazioni di geopolitica»³²⁸, le riunioni del consiglio d'amministrazione non sono un mero rituale, un momento ratificativo di una volontà già precostituita in altra sede³²⁹: il controllo abbraccia tutti gli elementi della gestione e si materializza in un dominio - quanto meno formale - sui delegati: il potere gestorio appartiene al consiglio e nella delega non v'è abdicazione, né trasferimento di funzioni³³⁰. Il controllo è momento intrinseco alla funzione gestoria, di guisa che non può non dividerne la predisposizione verso il futuro: la ricezione passiva di informazioni non è

³²⁷ L'espressione è presa da G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare*, cit., p. 1469.

³²⁸ G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 198.

³²⁹ Sul punto l'intenzione del legislatore storico è esplicitata: «il maggior "costo" della collegialità è compensato da un'effettiva partecipazione di tutti i consiglieri alla gestione della società» (*Relazione alla riforma*, 6.III.2).

³³⁰ Sugli effetti della delega di funzioni v. Cap. II, § 4, mentre sulla posizione sovraordinata del consiglio rispetto ai delegati v. Cap. II, § 6.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

tollerabile, perché nell'ipotesi in cui risultino criticità il *board* ha il dovere di intervenire³³¹, utilizzando tra gli strumenti a disposizione (revoca, avocazione o direttiva) quello più confacente nella situazione concreta, pena la responsabilità *ex art. 2932, c. 2, c.c.*

La tesi proposta trova ulteriore conferma nella riserva di collegialità per la redazione del progetto di bilancio e per l'assunzione dei provvedimenti opportuni o necessari in ipotesi di riduzione in conseguenza di perdite di oltre un terzo del capitale (art. 2381, c. 4, c.c.).

Se in linea generale è impossibile valutare l'andamento della gestione senza assumere la prospettiva che la società, quanto meno nel medio periodo, continui ad operare come entità in funzionamento, in sede di redazione del progetto di bilancio il principio della continuazione dell'attività³³² è la premessa logica della scelta dei criteri di

³³¹ Sul controllo quale momento intrinseco alla funzione gestoria si rinvia nuovamente al Cap. II, § 2.1.; sul tema qui in oggetto, cfr. inoltre A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in cit., p. 145, secondo cui gli amministratori privi di delega sono «la coscienza critica, ma pur sempre imprenditoriale, dei delegati, valutano il come dell'esercizio dell'impresa durante il suo fluire, i risultati prodotti quelli conseguibili, la posizione sui mercati merceologico e finanziario, la corretta individuazione e l'effettivo rispetto dell'interesse sociale e dunque l'assenza di conflitti di interesse».

³³² Il principio di continuazione dell'attività (c.d. "*going concern concept*"), ricavabile nel sistema codicistico dall'art. 2423-bis, trova nei principi contabili internazionali la sua più puntuale emersione normativa; v. IAS 1: «25. Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento. Un'entità deve redigere il bilancio nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interromperne l'attività, o non abbia alternative realistiche a ciò. Qualora la direzione aziendale sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze relative ad eventi o condizioni che possano comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

valutazione; in altri termini, il controllo sulla probabile evoluzione della gestione è «l'indispensabile presupposto (o postulato) su cui si fonda l'intero sistema di valutazioni del bilancio di esercizio che deve essere redatto annualmente»³³³. Del resto, se nella relazione sulla gestione gli amministratori riferiscono della prevedibile evoluzione della gestione (art. 2428, c. 3, n. 6, c.c.), è intuitivo che tale previsione evolutiva debba essere oggetto di preventiva valutazione, appunto perché obbligo strumentale alla formazione dei documenti contabili.

In ipotesi di riduzione del capitale o comunque in presenza di criticità aziendali, parimenti intuitivo è il dovere degli amministratori intervenire ogni qual volta siano in atto o si preveda l'incombere di situazioni tali da mettere in

in funzionamento, l'entità deve evidenziare tali incertezze. Qualora un'entità non rediga il bilancio nella prospettiva della continuazione dell'attività, essa deve indicare tale fatto, unitamente ai criteri in base ai quali ha redatto il bilancio e alla ragione per cui l'entità non è considerata in funzionamento. 26. Nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività è applicabile, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, dodici mesi dopo la data di chiusura dell'esercizio. Il grado dell'analisi dipende dalle specifiche circostanze di ciascun caso. Se l'entità ha un pregresso di attività redditizia e dispone di facile accesso alle risorse finanziarie, si può raggiungere la conclusione che il presupposto della continuità aziendale sia appropriato senza effettuare analisi dettagliate. In altri casi, la direzione aziendale può aver bisogno di considerare una vasta gamma di fattori relativi alla redditività attuale e attesa, ai piani di rimborso dei debiti e alle potenziali fonti di finanziamento alternative, prima di ritenere che sussista il presupposto della continuità aziendale».

³³³ S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2002, p. 1322; C. SASSO, *Principio di continuità e irregolarità nei bilanci di esercizio e consolidati*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 692; A. ZANARDO, *cit.*, p. 126 ss., ove sono citati gli Autori richiamati nella presente nota.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

pericolo la continuità aziendale³³⁴, considerando l'ampio ventaglio di soluzioni alla crisi alternative al fallimento.

La specularità tra informazione e controllo concerne anche l'ulteriore oggetto dell'obbligo informativo dei delegati, che non trova riscontro nei doveri valutativi del consiglio, ossia le operazioni di maggior rilievo effettuate dalle società e dalle sue controllate. Alla medesima conclusione si era d'altronde pervenuti anche nel vigore della precedente disciplina, ritenendosi che il carattere sintetico del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione subisse un'eccezione «quando un *singolo* atto per le *sue* dimensioni o per le dimensioni dell'impresa sia tale da influire sulle sorti di questa»³³⁵.

La formula utilizzata dal legislatore riprende quella già impiegata all'art. 150 Tuf, che a sua volta mutuava la raccomandazione della Comunicazione Consob 20 febbraio 1997. La rilevanza dell'operazione va misurata alla luce di due parametri, rispettivamente quantitativo e qualitativo. Sotto il primo profilo, il criterio dimensionale va inteso solo in senso assoluto, ma anche relativo, ponendo attenzione alla capacità dell'operazione di incidere sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della

³³⁴ A. ZANARDO, cit., p. 126 ; L. NAZZICONE, *Sub art. 2392*, cit., p. 186.

³³⁵ A. DALMARTELLO - G. B. PORTALE, cit., p. 799, condividendo la tesi esposta da R. WEIGMANN, *Responsabilità*, cit., p. 195; negli stessi termini, O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 97; A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 3.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

società³³⁶. Sotto il secondo profilo assumono rilevanza le criticità relative all'oggetto dell'operazione ed il fatto che la medesima sia posta «in essere nei confronti di soggetti che non costituiscono "terze economie" rispetto alla società»³³⁷.

L'informazione sulle operazioni di maggior rilievo è testualmente circoscritta alle operazioni effettuate. Il dato testuale non deve essere sopravvalutato: il compimento di un'operazione rilevante difficilmente può essere frutto di improvvisazione, pertanto, quando non sia l'esito di un più ampio disegno strategico³³⁸ (*i.e.* l'oggetto di un piano), l'operazione rilevante rientra a buon diritto tra le

³³⁶ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, op.cit., p. 50, occorre guardare all'operazione «sia per l'ammontare in gioco sia per le loro conseguenze»; P. MORANDI, *Sub art. 2381*, p. 683.

³³⁷ *Norme di comportamento del collegio sindacale*, cit., Norma 3.3, *Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*, *Commento*, ove è inoltre sottolineata l'importanza che le operazioni maggiormente significative trovino riscontro negli strumenti di pianificazione e controllo e soprattutto nei piani strategici aziendali; in termini, v. la *Relazione alla riforma*, 6.III.2; in dottrina, cfr. G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 202 secondo cui devono essere oggetto di relazione «tutte le operazioni che, per la natura dell'oggetto o delle parti, presentino profili di delicatezza tali da dover essere considerate "rilevanti" ai fini dell'informazione periodica da parte degli organi delegati»; F. BONELLI, op. loc. ult. cit.; R. SACCHI, *Amministratori deleganti*, cit., p. 381: «il riferimento alle caratteristiche delle operazioni consente di includere fra le operazioni oggetto di informazione al consiglio anche quelle non particolarmente significative sul piano economico, ma anomale rispetto alla normale operatività o caratterizzate dalla presenza di interessi rilevanti ai sensi dell'art. 2391 c.c. o di parti correlate; in questo modo è possibile coordinare la disciplina delle società non quotate con le espresse previsioni dell'art. 150, 1° comma, t.u.f., che menziona, tra l'altro, le operazioni nelle quali gli amministratori abbiano un interesse per conto proprio o di terzi o che siano influenzate da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento».

³³⁸ Si esprime a favore della necessità di una preventiva approvazione il *Codice di Autodisciplina*, cit., 1.C.1., lett. f), secondo cui il consiglio di amministrazione «delibera in merito alle operazioni dell'emittente e delle sue controllate quando tali operazioni abbiano un significativo rilievo strategico, economico, patrimoniale o finanziario per l'emittente stesso; a tal fine stabilisce criteri generali per individuare le operazioni di significativo rilievo»; in dottrina, cfr. V. SALAFIA, *Gli organi*, cit., p. 1328.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

informazioni essenziali in tema di probabile evoluzione dell'andamento della gestione.

6. Deleghe atipiche: riflessi sulla responsabilità esterna e sul contenuto della prestazione gestoria

La natura di fattispecie a formazione progressiva del procedimento di nomina dei delegati solleva il problema delle conseguenze delle deviazioni dal paradigma legale.

Prima della riforma del diritto societario l'ammissibilità e la rilevanza delle c.d. deleghe atipiche erano questioni ampiamente dibattute. Mentre la giurisprudenza era recisamente contraria alla loro "ammissibilità"³³⁹, ritenendo che soltanto il procedimento formale potesse derogare al metodo collegiale

³³⁹ Il richiamo alla inammissibilità è fortemente impreciso: altro è l'inammissibilità, altro è l'illiceità, altro ancora è l'illegittimità; nei termini del testo si esprime Cass. 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, p. 324: «Sono inammissibili [...] deleghe atipiche o di fatto, attuate attraverso una mera ripartizione di compiti e comportamenti, nella sostanza, un sistema disgiuntivo di gestione, posto che tanto comporterebbe la limitazione del metodo di collegialità diretto ad assicurare una gestione unitaria e responsabile e, appunto, comprometterebbe i valori (appunto l'unità della gestione e la sua imputabilità in solido agli amministratori) cui il metodo collegiale è strumentale. D'altra parte, quando la complessità della gestione renda necessaria la ripartizione delle competenze specifiche e delle attività, l'ordinamento societario prevede istituti specifici, quali le deleghe di funzioni [...] attraverso una procedura formalizzata secondo la previsione dell'art. 2381 Cod. civ., dalla quale soltanto consegue l'attenuazione della responsabilità degli altri amministratori giusta il disposto dell'art. 2392 comma 1 Cod. civ.». Negli stessi termini, Cass. 29 agosto 2003, n. 12696, in *Foro it.*, 2004, I, p. 3176.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

dell'amministrazione pluripersonale, la dottrina³⁴⁰ maggioritaria si orientava in senso liberale. In particolare, sebbene la divisione del lavoro realizzata sia fenomeno indubbiamente libero di operare in via di fatto, la sostituzione non autorizzata del debitore era ritenuta illegittima e pertanto incapace³⁴¹ ad alterare il regime di responsabilità dei consiglieri (responsabilità diretta per i delegati e indiretta da omesso controllo per i non delegati).

Con la riforma irrompe sulla questione il nuovo art. 2392, c. 1, c.c., che esclude testualmente la responsabilità solidale quando la violazione di legge o di statuto riguardi «attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori». Il

³⁴⁰ G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p. 172; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, cit., p. 43, secondo cui la deroga alla responsabilità solidale «sussiste solo se la delega è stata consentita dai soci [...] : in caso contrario, se cioè manca il consenso dei soci, gli amministratori non possono autolimitarsi la loro responsabilità, procedendo a - seppur lecite - ripartizioni interne nell'ambito dei propri membri [...] , o affidando determinate funzioni e poteri a direttori generali»; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile*, cit., p. 22.

³⁴¹ A. BORGIOLO, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 739: «In effetti, anche il debitore che si avvale dell'opera di terzi nell'adempimento delle obbligazioni compie un atto perfettamente lecito (art. 1228 c.c.), eppure è chiamato a rispondere del dolo o della colpa del terzo. Lo stesso deve dirsi del mandatario [...] (art. 1717¹ c.c.). Solo se la sostituzione era autorizzata, allora la responsabilità viene limitata alla *culpa in eligendo* (art. 1717² c.c.) (e, verosimilmente *in vigilando*). Non diversa sembra la posizione degli amministratori, i quali ricorrono all'aiuto di collaboratori nello svolgimento delle attività di loro competenza. Quando essi affidano ad altri compiti che rientrano nelle loro funzioni tipiche (non quindi lo svolgimento di attività o il compimento di atti di natura puramente esecutiva) lo fanno a proprio rischio e pericolo, in quanto risponderanno dell'eventuale inadempimento di costoro. Analoga soluzione deve, evidentemente, ammettersi anche nel caso in cui i compiti di gestione vengano affidati ad alcuni soltanto degli amministratori, in assenza di una regolare delega: gli altri amministratori risponderanno degli inadempimenti dolosi o colposi di questi ultimi, con il che risulta confermato il principio della responsabilità solidale».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

riferimento alle funzioni *in concreto attribuite* ha dato nuova linfa al dibattito, laddove sembrerebbe aver attribuito alle deleghe rilasciate in assenza di autorizzazione statutaria la capacità di incidere sul contenuto della prestazione gestoria.

L'interpretazione della norma contenuta all'art. 2392, c.1, c.c. è operazione resa complessa da una tecnica legislativa approssimativa³⁴²: ne è testimonianza il ventaglio di confliggenti opinioni dottrinarie, la cui rassegna difficilmente non assume le sembianze di un elenco.

La disposizione non si applica alle articolazioni di funzioni non esecutive, pena altrimenti l'erosione del contenuto minimo della prestazione gestoria degli amministratori, delineato dall'art. art. 2381, c. 3, c.c. quale effetto legale e tipico della delega di potere. L'attribuzione ad appositi comitati ovvero a singoli consiglieri di specifiche competenze istruttorie o consultive non è comunque indifferente sul regime della responsabilità, poiché da un lato incide sulla natura delle funzioni esercitate e quindi sulla diligenza specificatamente esigibile, dall'altro attenua la responsabilità degli altri amministratori, nei limiti in cui consente di fare affidamento sulla bontà degli esiti dell'attività demandata ai primi.

Sebbene la locuzione "deleghe atipiche" attenga propriamente alle deleghe rilasciate in assenza di

³⁴² Imprecisa è in primo luogo la formulazione testuale, laddove formalmente sembra escludere dal suo ambito di applicazione le deleghe tipiche: cfr. L. NAZZICONE, op. ult. cit., p. 188; F. VASSALLI, op. ult. cit., p. 683.

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

autorizzazione da parte dei soci, va considerato che la fattispecie della nomina del delegato si articola in tre momenti successivi; autorizzazione dei soci, delibera di nomina del consiglio, accettazione del destinatario delle attribuzioni.

L'accettazione della nomina non è atto a forma vincolata, sicché anche un comportamento concludente perfeziona la nomina: non v'è spazio sotto tale profilo per funzioni *in concreto attribuite*.

In relazione alla delibera consigliare, per esservi "attribuzione" di funzioni è necessaria quanto meno l'esistenza di una deliberazione: una delega meramente di fatto non è giuridicamente concepibile³⁴³. Quando manca *tout court* una deliberazione, ovvero se la deliberazione in ipotesi viziata è stata già rimossa, non v'è attribuzione, bensì esercizio in fatto di mansioni, consentito o comunque tollerato dagli altri amministratori³⁴⁴ e come tale irrilevante ai fini dell'esonero da responsabilità solidale.

³⁴³ Cfr. M. SANDULLI, Sub *art.* 2392, cit., p. 474: «il riferimento al "concreto" probabilmente può riguardare la definizione della delega, mentre non si può pensare ad un esercizio di fatto, che di per sé escluderebbe l'esistenza della delega».

³⁴⁴ Ritiene invece che l'art. 2392 c.c. riguarderebbe l'esercizio in fatto delle attribuzioni F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, cit., p. 49: «L'espressione "in concreto" usata dal riformatore significherebbe, quindi, "solo che - per aversi limitazione della responsabilità degli amministratori senza delega - non è necessaria una formale delibera del consiglio [...] , ma è sufficiente che "in concreto" determinate funzioni siano attribuite ad uno o più amministratori (e siano da loro effettivamente esercitate: se l'amministratore delegato, come spesso avviene, fa decidere al consiglio di amministrazione materie od operazioni che pur rientrano nella sua delega, l'intero consiglio è responsabile, senza alcuna limitazione, dell'operazione portata al suo esame)»; per una condivisibile critica di tale impostazione, cfr. A. DE NICOLA, cit., p. 129: secondo cui «la lettura della norma non sembra avallare quest'ultima interpretazione: se

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

Secondo la maggioranza della dottrina la disposizione si applica anche alle deleghe atipiche in senso proprio, ossia non autorizzate dai soci, essendo ormai ribaltata la *communis opinio* formatasi nel vigore del sistema previgente³⁴⁵.

Il sistema continua tuttavia a condizionare l'adozione della delega all'esistenza di un'autorizzazione statutaria o assembleare, sicché è parso naturale indagare se e quali discontinuità disciplinari siano ricollegabili alle deleghe atipiche. Nonostante l'ammirevole sforzo, i tentativi della

il legislatore avesse voluto limitare la responsabilità solo nel caso in cui gli amministratori delegati siano effettivamente tali e non sulla carta, avrebbe dovuto utilizzare l'espressione "in concreto esercitate" e non "attribuite": *ubi lex voluit, dixit* ».

³⁴⁵ P. ABBADESSA, *Profili tipici*, cit., p. 509 s.; G. FERRI JR., op. ult. cit., p. 631; F. BARACHINI, cit., p. 171; L. NAZZICONE, Sub art. 2381, cit., pp. 30 e 188; F. VASSALLI, op. ult. cit., p. 683; A. GAMBINO - D. U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2006, 125; V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità*, cit., p. 647. In senso contrario, parte minoritaria della dottrina esclude che la disposizione possa applicarsi anche alle deleghe atipiche, poiché - si sostiene - in assenza di un'autorizzazione da parte dei soci non può esserci alcuna limitazione della responsabilità; in questi termini, cfr. M. S. DESARIO, *La gestione delegata*, cit., p. 36: «Tutto, a ben guardare, pare dovuto a un equivoco, ossia al fatto che la locuzione "funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" (di cui all'art. 2392, primo comma, secondo periodo, cod. civ.) venga considerata afferente, appunto alla figura della delega atipica avendosi - come detto - unicamente quando manchi "a monte" l'autorizzazione dei soci, laddove "funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" sono quelle accordate senza il ricorso ad un apposito deliberato consiliare ma pur sempre su *placet* dei sodali, allora in una costruzione in cui le conclusioni tornano ad essere congruenti con le rispettive premesse: (i) nella delega atipica, difettando il *placet* dei soci, permane l'eventuale responsabilità solidale di tutti i consiglieri, mentre, (ii) in caso di "funzioni in concreto attribuite", mancando soltanto il deliberato consiliare e non il detto *placet*, è ragionevole ritenere che la responsabilità solidale venga meno»; su posizioni analoghe, F. FERRARA JR. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 611, secondo i quali «l'espressione "in concreto" sembra alludere alla possibilità di una sorta di delega di fatto, non formalizzata, la quale presuppone comunque che sia consentita dallo statuto o dall'assemblea. Si ricadrebbe altrimenti nel fenomeno delle deleghe c.d. atipiche [...] le quali tuttavia non potrebbero come tali, escludere la responsabilità degli altri, quanto piuttosto eventualmente attenuarla (nell'ottica della ricercata graduazione) in considerazione di un affidamento di fatto consolidatosi nell'ambito del consiglio stesso».

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

dottrina per recuperare coerenza nel dettato codicistico non persuadono, poiché la disciplina della delega gestoria, ad eccezione del nucleo dei poteri di controllo, è costruita per esclusione delle materie non soggette a delega, sicché qualsiasi ulteriore distinzione che si pretenda di introdurre (incarichi stabili od occasionali, poteri organizzativi e poteri gestori, area dell'alta gestione³⁴⁶) non ha alcuna legittimazione positiva. Nemmeno si può condividere la tesi secondo cui la delega atipica, positivamente parificata quanto agli effetti sulla responsabilità gestoria, non avrebbe invece valenza organizzativa, nel senso che sulle funzioni concretamente attribuite non sarebbe applicabile il controllo procedimentalizzato *ex art. 2381, c. 3, c.c.*, bensì un controllo analitico e continuo ovvero, secondo un'altra impostazione, un controllo di estensione analoga all'abrogato obbligo di vigilanza³⁴⁷. Nonostante la ricostruzione sistematica e la

³⁴⁶ Nell' assenza di un'autorizzazione assembleare ritiene l'area della gestione strategia di pertinenza esclusiva del consiglio P. ABBADESSA, op. ult. cit., p. 510: «il costo in termini di sicurezza applicativa [...] sia sopravanzato dal vantaggio di evitare che l'organo collegiale, in difetto dell'autorizzazione dei soci, possa spogliarsi di decisioni di così rilevante importanza»; a favore dell'indelegabilità delle decisioni relative all'area organizzativa, G. FERRI JR., op. ult. cit., p. 628; restringe le deleghe atipiche solo all'ipotesi di incarichi occasionali, legati a circostanze particolari A. DE NICOLA, op. ult. cit., p. 560.

³⁴⁷ Per un controllo sostanzialmente paragonabile all'abrogato dovere di vigilanza sull'andamento generale sulla gestione, cfr. F. BARACHINI, cit., p. 198 ss.; si esprime a favore di un controllo analitico e continuo P. ABBADESSA, op. ult. cit., p. 511: «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

CAPITOLO IV

Il contenuto della prestazione gestoria dell'amministratore privo di deleghe

dovizia di argomentazioni, la tesi sembra contraddetta dal dato testuale. La responsabilità solidale *ex art. art. 2392, c. 2, c.c.* non distingue tra deleghe tipiche ed atipiche, bensì affianca alla conoscenza del fatto pregiudizievole unicamente gli obblighi *ex art. 2381, c. 3, c.c.*: nel disegno del legislatore queste sono le uniche fattispecie che attivano il dovere di intervento dell'amministratore.

In conclusione, l'unica discontinuità rilevabile è quella insita nella caratteristica precipua della delega atipica: la mancanza di un'autorizzazione dei soci. Se in materia di responsabilità non vi sono differenza, la disapplicazione del metodo collegiale che la delega di fatto determina rimane comunque illegittima, sicché può probabilmente ritenersi che la fattispecie costituisca giusto motivo di revoca degli amministratori. Nel vigore della precedente disciplina la revoca per giusta causa era ritenuta inconfigurabile proprio argomentando dalla insensibilità della responsabilità solidale alle deleghe rilasciate in via di fatto³⁴⁸: venuto meno il presupposto anche il ragionamento viene meno e si impone l'opposta conclusione.

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».

³⁴⁸ Cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale*, cit., p. 290 s.; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 44, nt. 79.

CAPITOLO V

POTERI INFORMATIVI INDIVIDUALI

DELL'AMMINISTRATORE PRIVO DI DELEGHE

1. Potere, dovere, responsabilità

Il contenuto della prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe non è autonomamente sufficiente per tracciare i presupposti e i confini entro cui far schiudere la responsabilità degli amministratori non esecutivi: è sul piano dei poteri, in correlazione ai doveri, che può definirsi la prestazione esigibile e, quindi, intendere quali confini ha la responsabilità solidale.

Nell'accentramento del governo è endemica la nascita di rilevanti asimmetrie informative: i poteri conoscitivi degli amministratori non esecutivi segnano inevitabilmente – ed in maniera invalicabile – la sfera dei doveri, sicché sulla relativa ampiezza deve accordarsi la responsabilità risarcitoria.

Nella disciplina pre-riforma la delega di funzioni realizzava una significativa discontinuità nel regime della responsabilità degli amministratori, poiché sottraeva i consiglieri privi di deleghe alla responsabilità solidale per gli illeciti commessi dai delegati: «i deleganti rispondevano soltanto se, all'illecito dell'amministratore delegato o del componente del comitato esecutivo, fa[ceva] riscontro un illecito proprio, quello di non aver adempiuto all'obbligo generale di vigilanza e di intervento»³⁴⁹.

³⁴⁹ G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, X, III, Torino, 1987, p. 731.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

La ricostruzione dei poteri individuali degli amministratori si avviava necessariamente da una constatazione: il totale disinteresse del legislatore sul tema. Accanto alla generica previsione del dovere di non v'era alcun riferimento alle prerogative a tal fine esercitabili³⁵⁰. Non può pertanto stupire se, soprattutto in dottrina, si assisteva a prese di posizione spesso antitetiche in merito alla individuazione dei compiti, dei poteri e delle responsabilità degli amministratori.

Le riflessioni si intrecciano, com'è intuitivo, con il carattere collegiale dell'amministrazione pluripersonale, ossia, più correttamente, con i limiti applicativi del principio di collegialità. L'intimo nesso tra gli istituti in oggetto rende problematico comprendere se, nelle elaborazioni della dottrina, i confini della responsabilità solidale siano l'esito di un ragionamento improntato a rigore dogmatico, o piuttosto l'assioma sul quale confezionare il ragionamento: nella mancanza di un conforto legislativo, l'alto valore delle tematiche e degli interessi in gioco non può non sedurre l'interprete e trovare nella sua sensibilità su alcuni tra i grandi temi del diritto societario un fattore di indubbia perturbazione. Nei contributi della dottrina sul tema la

³⁵⁰ Cfr. F. BARACHINI, cit., p. 19: «la disciplina del codice civile si limitava a menzionare i *doveri* che gravavano sugli amministratori in caso di delega, disinteressandosi invece di indicare quali fossero i *poteri* o, più in generale, le modalità per farvi fronte. Più precisamente, nell'ambito di quella disciplina [...] mancava ogni riferimento alle prerogative di cui gli amministratori privi di delega (o, comunque, il consiglio di amministrazione) avrebbero potuto (e dovuto) avvalersi al fine di vigilare sull'operato dei delegati».

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

correlazione tra doveri, poteri e responsabilità non di rado fa capolino in forma esplicita: non sfuggiva certamente che, se all'esaltazione dei poteri individuali consegue una più intensa partecipazione alla gestione e dunque un aggravamento del regime di responsabilità, di converso la procedimentalizzazione in senso collegiale della vigilanza comporta un ostacolo non trascurabile alla diffusione della responsabilità solidale³⁵¹.

A favore del carattere individuale della vigilanza si valorizzano due distinti argomenti, l'uno teorico-sistematico, l'altro pratico-operativo: sotto il primo profilo, si osserva che «proprio perché è *personale e solidale* la responsabilità che la legge pone a carico di ogni singolo amministratore, non può non essere solidale e personale (*dal lato attivo*) il mezzo che l'amministratore deve avere per non intercorrere in *quella* responsabilità»³⁵²; dal punto di vista operativo, invece, nella vigilanza individuale è identificato lo strumento elettivo per dare corpo ad un efficiente controllo sulla gestione, riservando alla collegialità solo le funzioni più propriamente gestorie (*i.e.* i poteri di intervento)³⁵³.

³⁵¹ Cfr. A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 264 s.: «affermare il carattere collegiale dell'attività di vigilanza non significa altro che esonerare i singoli da tale incombenza e dalla relativa responsabilità»; analogamente, P. ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 817.

³⁵² A. DALMARTELLO - G. B. PORTALE, cit., p. 798; la posizione è condivisa da P. ABBADESSA, op. ult. cit., p. 816 s.

³⁵³ A. BORGIOI, op. ult. cit., p. 265, il quale sottolinea che «la vigilanza del singolo è senza dubbio più agile di una vigilanza collegiale»; si schiera inoltre a favore della natura individuale del potere/dovere di vigilanza C. GRASSETTI, *I poteri di controllo degli*

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

Gli argomenti utilizzati a favore della natura collegiale del dovere di vigilanza sono parimenti duplici nella natura: teorico-sistematici, da un lato, pratico-operativi, dall'altro. Sotto il primo profilo l'argomento che si avvia dalla natura solidale della responsabilità è capovolto negli esiti: se la responsabilità colpisce tutti i componenti del collegio - si sostiene - alla base non può esservi la violazione di un dovere avente carattere individuale³⁵⁴. Ulteriore confronto alla tesi si scorge nell'art. 2403 c.c., ove è testualmente prevista per ogni sindaca la legittimazione ad atti di ispezione e controllo, sicché - se ne arguisce - il silenzio del legislatore in tema di amministratori non può essere sottovalutato. Sotto il secondo profilo, è contestata l'opportunità di un esercizio individuale in relazione a poteri che recano intralcio all'azione amministrativa, perché «non vi è impresa che possa reggere allo stress della vigilanza di un amministratore particolarmente sollecito, anche soltanto per "eccesso di amore" »³⁵⁵.

Dal carattere individuale della vigilanza consegue tendenzialmente la natura individuale dei poteri informativi, in quanto è nella dimensione del potere che si radica «il necessario presupposto per l'adempimento del dovere in

amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?), in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 807.

³⁵⁴ V. ALLEGRI, op. ult. cit., p. 232; G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, p. 123.

³⁵⁵ G. MINERVINI, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 814; A. GAMBINO, cit., p. 3 ss.; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 667.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

discorso»³⁵⁶. Pur nella variabilità di ampiezza e di intensità che inevitabilmente risulta a seguito di un'elaborazione di matrice dottrinale, due sono le costanti nel catalogo dei poteri: il potere di informazione, finalizzato all'acquisizione di dati e notizie tramite la collaborazione dei delegati e del personale aziendale; il potere di ispezione, funzionale all'acquisizione diretta della documentazione sociale.

Identificati i poteri, i confini tracciati sulle modalità del loro esercizio non possono essere più distanti: da un lato, si rinveniva nel singolo amministratore l'arbitro di un potere quasi assoluto, «estendendosi al controllo analitico sui singoli atti e abbracciando la facoltà di esaminare scritture contabili e documento, nonché di procedere ad ispezioni»³⁵⁷; dall'altro, vi era chi qualificava la vigilanza un diritto individuale ad esercizio necessariamente collegiale³⁵⁸; nel medio, si sosteneva l'esistenza di un diritto

³⁵⁶ A. BORGIOI, *L'amministrazione*, cit., p. 266; O. CAGNASSO, *Gli organi*, cit., p. 100.

³⁵⁷ Così A. DALMARTELLO – G. B. PORTALE, cit., p. 799, secondo i quali, a differenza del dovere, nell'esercizio del potere di vigilanza il singolo amministratore è arbitro nel «fissare egli stesso anche il limite fino a cui spingere la conoscenza sulla gestione [...] il che significa che [...] se ha tempo e voglia [...] ha persino la facoltà di trasformare il suo controllo da "sintetico" in "analitico" ».

³⁵⁸ Sembrerebbe questo il pensiero di S. SCOTTI CAMUZZI, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 788, secondo cui l'iniziativa istruttoria, essendo funzionale al voto, ne condivide la natura di diritto individuale, così come condivide l'assoggettamento al metodo collegiale nel momento del suo esercizio: «pur essendo vero che l'istruttoria occorrente all'esercizio della vigilanza sul generale andamento della gestione è un diritto individuale di ogni amministratore, resta però che è nel consiglio che tale istruttoria deve svolgersi»; C. GRASSETTI, cit., p. 808, il quale, pur considerando individuale il dovere di vigilanza, ritiene che l'attività extra collegio non sia ammissibile, perché «se tutti i membri dell'organo esecutivo ritenessero essere loro diritto-potere procedere in tal modo, l'esecutivo cesserebbe di occuparsi della gestione aziendale per dedicarsi all'informativa degli amministratori»; G. FERRI, op. ult. cit., p. 667, secondo cui «il potere

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

individuale strettamente funzionalizzato all'assunzione di una specifica deliberazione e senza possibilità di contatto diretto con la struttura aziendale di base³⁵⁹.

Gli autori che propugnavano la natura consiliare del dovere di vigilanza sono invece più compatti nel farne derivare la natura parimenti consiliare dei poteri di informazione, talora facendo salva l'azione individuale in situazioni patologiche³⁶⁰.

2. Critica alla tesi della collegialità nei processi cognitivi

Con la riforma del diritto societario il mutamento di prospettiva in materia di responsabilità degli amministratori privi di deleghe è radicale: «la condotta dei deleganti si presta - almeno in astratto - ad essere censurata *solo ed esclusivamente* in relazione a quei fatti e/o situazioni

dei singoli amministratori, salvo che non siano ad essi singolarmente attribuite particolari funzioni o competenze, si esplica nell'ambito del collegio», perché fuori da esso il singolo non è titolare di alcun potere, «neppure quello di chiedere direttamente informazioni o di consultare personalmente i documenti».

³⁵⁹ A. GAMBINO, cit., p. 3 ss., secondo cui il potere di informazione non può assumere i connotati di un'attività ispettiva, si dirige unicamente verso i vertici della struttura operativa della società, deve presentare un significativo grado di specificità ed essere funzionale all'esercizio del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione.

³⁶⁰ Così V. ALLEGRI, op. ult. cit., p. 233, ricomprendendo nel giudizio anche il diritto di intervento.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

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 forse, prima ancora, sull'*esistenza* di un'adeguata regolamentazione di quei doveri e dei relativi flussi informativi»³⁶¹. La responsabilità solidale dei deleganti, infatti, permane nei limiti in cui, *fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381*, gli amministratori siano a conoscenza di fatti pregiudizievoli e non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, c. 2, c.c.).

Diligenza, doveri e poteri sono gli elementi necessari per tracciare la prestazione esigibile e dunque i confini della responsabilità. Il contenuto della prestazione gestoria e il parametro della diligenza sono stati già affrontati nei Capitoli precedenti; in questa sede ci si intende soffermare precipuamente sul contenuto dei poteri/doveri informativi del singolo amministratore.

La norma fondamentale in materia di poteri individuali è contenuta all'art. 2381, c. 6, c.c., ai sensi del quale «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che *in consiglio* siano fornite informazioni relative alla gestione della società».

³⁶¹ F. BARACHINI, cit., p. 149.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

La Corte di legittimità³⁶² e la dottrina³⁶³ pressoché unanime hanno rinvenuto nella disposizione il riconoscimento positivo della natura del diritto d'informazione quale diritto individuale a *necessario esercizio consiliare*: il canone d'agire informato trova la sua estrinsecazione operativa in sede consiliare, stimolando gli amministratori privi di delega, ivi chiamati ad adempiere la prestazione gestoria, a richiedere informazioni integrative nel caso in cui il flusso informativo proveniente dai delegati presenti carenze, insufficienze o sia altrimenti inattendibile. Per dare conforto al dato testuale sono variamente richiamati l'interesse alla riservatezza, la necessità di garantire la parità informativa dei consiglieri e lo spettro dell'intralcio e dell'appesantimento delle strutture aziendali, che un potere

³⁶² Cfr. Cass. 4.5-19-6.2007, n. 23838, in giur. comm., 2008,II, 369 ss.: «salvo diversa previsione statutaria, i singoli amministratori delegati non possono chiedere informazioni direttamente ai dirigenti e non possono compiere atti individuali di ispezione e controllo presso le strutture aziendali, essendo questi poteri riservati al consiglio, che può esercitarli direttamente oppure delegando il loro esercizio».

³⁶³ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, cit., p. 52; ID., *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Milano, 2013, p. 45; L. CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione della società per azioni*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società: liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 362 s.; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 337 ss.; A. DE NICOLA, *Sub art. 2381*, cit., p. 118; P. ABBADESSA, ribaltando l'impostazione individualizzante precedentemente sostenuta in ID., *Pareri*, op. ult. cit., p. 816 s.; F. CENTONZE, op. ult. cit., p. 751, secondo cui è «stabilito il divieto, per gli amministratori, di esercitare poteri *individuali extraconsiliari* di informazione o di ispezione dal momento che nella fase di ricezione dei rapporti informativi degli esecutivi i singoli deleganti hanno, per legge, solo il potere, funzionale all'esercizio del dovere di valutare, di "chiedere agli organi delegati che *in consiglio* siano fornite informazioni relative alla gestione della società" »; L. NAZZICONE, *Sub art. 2381*, cit., p. 36; G. OLIVIERI, *Prime osservazioni sui controlli "Interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Il collegio sindacale*, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, serie *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2007, p. 294.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

individuale d'accesso ed un potere ispettivo illimitati determinerebbero.

Confortare l'esegesi testuale dell'art. 2381 c.c. assumendo l'esistenza di prevalenti vincoli assiomatici non è la strada che bisogna percorrere³⁶⁴. L'impostazione non può essere condivisa e sul tema si fanno propri i rilievi di una dottrina minoritaria, secondo cui si tende a far dire alla norma più di quanto essa effettivamente affermi. In altri termini, non sembra che la norma valga ad escludere l'esistenza di poteri informativi ulteriori: «il suo scopo, cioè, non è quello di “contenere” l'ambito del diritto dei singoli consiglieri ad essere adeguatamente informati sulla gestione sociale, quanto semmai quello di “vincolare” l'esercizio del corrispondente dovere di informazione degli organi delegati, ossia le modalità con cui costoro sono tenuti a mettere a disposizione degli altri amministratori le informazioni richieste»³⁶⁵.

La tesi è suggestiva, ma abbisogna di più puntuale dimostrazione sistematica, essendo fondata sul dogma della (pre)esistenza di un potere di informazione di ogni amministratore, rispetto al quale la disposizione regola

³⁶⁴ Negli stessi termini G. PERONE, *L'accesso degli amministratori “non esecutivi” alle informazioni sociali nell'ordinamento italiano*, in *Meritum* (Belo Horizonte, Brazil), 2013, v. 8, n. 2, p. 334, le cui conclusioni, tuttavia, sono opposte a quelle cui qui si perviene.

³⁶⁵ F. BARACHINI, cit., p. 157; su posizioni analoghe, V. SALAFIA, *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, p. 292, secondo cui la disposizione attribuirebbe il diritto ai deleganti di ottenere dai delegati l'acquisizione di informazioni complesse, che necessariamente richiedono le conoscenze di chi è coinvolto nella gestione in prima persona.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

solamente una delle possibili modalità di esercizio: appunto il canale informativo proveniente dai delegati. Nel dibattito dottrinale anteriforma il principale argomento a favore dell'esistenza di un potere individuale d'informazione era costituito dal dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione: nel nuovo contesto normativo bisogna chiaramente cercare altre vie.

La tesi che nega l'esistenza di poteri informativi individuali muove da una concezione eccessivamente antropomorfa del consiglio di amministrazione, quale essere fatto di carne e di membra, nel cui seno si collocano processi cognitivi e volitivi, depositario unico di ogni potere: «fuori del consiglio il singolo amministratore non ha poteri, neppure quello di chiedere direttamente informazioni o di consultare personalmente i documenti sociali», talché sarebbe «assurdo ipotizzare che i singoli amministratori, per effetto della delega di funzioni proprie del consiglio ad alcuni tra essi, si vedano attribuiti poteri che altrimenti non hanno³⁶⁶».

La collegialità ha ragione di predicarsi unicamente in relazione al profilo volitivo: è nella determinazione volitiva che si impone la riconduzione ad unità del metodo collegiale. Il dibattito è momento essenziale per il confronto dialettico, per la condivisione di competenze, esperienze e conoscenze, non per apprendere cosa c'è da sapere.

³⁶⁶ G. FERRI, *Le società*, cit., p. 667.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

Applicare il metodo collegiale anche ai processi cognitivi significa imporre un limite ingiustificabile alla funzionalità del consiglio, rendendolo oltremodo macchinoso e farraginoso, tanto più se l'amministrazione pluripersonale non si avvale della delega di funzioni. In questa ipotesi negare ad ogni amministratore l'accesso alle funzioni aziendali significa negare *tout court* il modello di gestione pluripersonale, poiché, sull'assunto che i poteri istruttori non hanno esistenza al di fuori del consiglio, gli amministratori - *tutti* gli amministratori - dovranno istruirsi e determinarsi sempre e solo come collegio³⁶⁷.

Sotto questo profilo l'argomento sistematico ricavabile dall'art. 2403 c.c. non è affatto dirimente; come si è correttamente osservato, il riconoscimento espresso di un diritto di accesso informativo e di ispezione per i sindaci si giustifica perché sono legittimati soggetti esterni all'organo amministrativo, mentre è superfluo per coloro che dell'organo sono membri³⁶⁸.

³⁶⁷ Se il potere di accedere alle funzioni aziendali non è di pertinenza di ogni amministratore, l'unico cui tale potere deve necessariamente spettare è il presidente del consiglio, che oltre all'ordine del giorno provvederà anche a fornire adeguate informazioni agli altri consiglieri: il presidente diviene nella sostanza il delegato alla gestione, poiché l'unico in grado di istruire gli altri consiglieri e - tendenzialmente - l'unico in grado di decidere le materie da trattare.

³⁶⁸ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 102; G. M. VISCONTI, *Il collegio sindacale*, Milano, 1965, p.39 s.; V. GIORGI, *Poteri, doveri degli amministratori e principio della collegialità nell'amministrazione pluripersonale di società per azioni*, in *Riv. not.*, 1990, I, p. 328; in giurisprudenza, cfr. Trib. Lecce 2 dicembre 2010, ord., in *Vita not.*, 2011, p. 379: «Il diritto di informazione autonoma sui dati aziendali è implicito nella figura di amministratore (sia pure di minoranza sprovvisto di delega), essendo a tale figura riconosciuto per legge il potere di amministrazione, il cui effettivo esercizio non è immaginabile separato dall'approfondita conoscenza dei dati aziendali»; negli stessi termini Trib. Lecco, 22

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

Il disposto dell'art. 2476, c. 2, c.c. è decisamente più concludente: pur con tutte le riserve che l'allontanamento tipologico della s.r.l. impone, la disposizione è chiara nel riconoscere al socio un diritto d'accesso informativo pieno sui libri sociali, oltre che su tutti *i documenti relativi all'amministrazione*. Se si considera che il sistema di amministrazione pluripersonale di *default* è quello collegiale, nell'attribuire ad socio - terzo rispetto alla società - il pieno accesso alla documentazione aziendale, la norma è chiara nel ritenere che *a fortiori* un pari diritto spetti indistintamente a tutti i membri del consiglio di amministrazione. La società per azioni sarebbe pertanto l'unico tipo societario in cui è precluso agli amministratori l'accesso alle funzioni aziendali e ai documenti dell'amministrazione.

Su un piano più generale, l'occasione per una riconsiderazione del ruolo - e dei correlati poteri - degli amministratori privi di delega è offerta dal mutamento sistematico del controllo del *board*, non più verifica postuma di regolarità, bensì momento intrinseco alla funzione gestoria, coesenziale nell'esercizio dell'attività di impresa. Impostato in questi termini, ad ogni amministratore, in quanto compartecipe della funzione gestoria - *sub specie* di

agosto 2008, ord. e Trib. Lecco 15 ottobre 2008, inedite, richiamate in G. PERONE, *L'accesso degli amministratori*, cit., p. 305; *contra*, cfr. A. GAMBINO, cit., p. 646; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., § 8: «è vero che gli amministratori non possono procedere ad atti individuali di ispezione, ma possono certamente proporli e deliberarli come collegio».

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

doveri di controllo - non può essere negato lo strumento elettivo per saggiare legalità, correttezza ed efficienza della gestione³⁶⁹. Escludere l'esistenza di un diritto individuale di informazione, interponendo il possibile setaccio del *management* anche in ipotesi di informazioni incomplete e fuorvianti, significa rendere i deleganti "convitati di pietra"³⁷⁰ e impedire *de facto* ogni effettività nel controllo, anche considerando che - quanto meno in ipotesi di richieste formulate direttamente in sede consiliare - pure la funzione di garanzia del presidente viene a mancare.

L'elaborazione di una conoscenza autonoma della realtà aziendale è il principale presupposto per verificare la correttezza di flussi informativi eteroformati. In assenza di un confronto diretto con le funzioni aziendali, la percezione di lacune o incongruenze nella relazione dei delegati, oltre che arrestarsi alla coerenza intrinseca del documento, non può che assumere i contorni del mero sospetto. L'ipotesi di errori, carenze o falsità macroscopiche è quella statisticamente più marginale, di guisa che l'unico modo per

³⁶⁹ In senso contrario, cfr. G. PERONE, *L'accesso degli amministratori*, cit., p. 305, per il quale la prestazione gestoria degli amministratori privi di deleghe si inserisce in un sistema di flussi informativi monodirezionale, poiché soltanto gli amministratori esecutivi sono a contatto con i dati e gli elementi necessari a rappresentare lo stato della gestione e dell'organizzazione sociali. La tesi muove si sviluppa assumendo che il controllo degli amministratori non esecutivi sarebbe limitato ad una verifica di regolarità dei flussi provenienti dai delegati, rispetto alla quale si rinvia ai dubbi e alle perplessità già sollevati (cfr. Cap. IV, §§ 3, 3.1 e 3.2).

³⁷⁰ Cfr. A. ROSSI, *Sub art. 2381*, cit., p. 807, secondo cui il sistema delineato dal legislatore della riforma ha reso gli amministratori privi di deleghe «convitati di pietra di un consesso nel quale gli amministratori deleganti saranno liberi di illustrare o, al contrario, di occultare fatti ed atti relativi alla loro attività gestoria».

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

raggiungere una qualche certezza sull'esistenza di una criticità informativa è il riscontro con la contabilità e le funzioni aziendali. Al di là di anomalie gargantuesche, pertanto, impedire l'accesso alla documentazione sociale significa impedire il controllo, non fosse altro perché il mero sospetto di irregolarità è movente probabilmente troppo debole perché il singolo consigliere si contrapponga apertamente ai delegati. In ultima analisi, ne risulterebbe svilita la funzione stessa di controllo, poiché spetterebbe ai delegati «decidere se, quanto e quando far correre il rischio della responsabilità per *culpa in vigilando*, fornendo loro adeguate informazioni, agli amministratori privi di deleghe»³⁷¹.

Senza che si possa tacere l'illogicità di un organo che, in ipotesi di informazioni inattendibili, dovesse decidere di "ispezionare se stesso", *quid*, poi, quando la percezione della deficienza informativa è maturata dopo o a prescindere dalla riunione? L'esercizio del diritto *ex art. 2381, c. 6, c.c.* è infatti condizionato all'esistenza di una riunione consiliare già in essere - o comunque già convocata - e presuppone la

³⁷¹ A. ROSSI, Sub *art. 2392*, cit., p. 806 s.: «dal combinato disposto degli artt. 2392, comma 2°, e 2381, comma 3°, scaturisce dunque l'inesistenza di alcun obbligo di autonoma attivazione in capo agli amministratori deleganti: questi sono passivi destinatari di informazioni e la loro *culpa in vigilando* può sorgere solo all'esito della mancata reazione a "fatti pregiudizievoli" che gli stessi organi delegati decidano di portare a conoscenza del consiglio di amministrazione [...] . Resta, quindi, la valutazione del "generale andamento della gestione" da parte di tutti gli amministratori, ma assolutamente condizionata, appunto, dalla "relazione degli organi delegati". Saranno questi a decidere se, quanto e quando far correre il rischio della responsabilità per *culpa in vigilando*, fornendo loro adeguate informazioni, agli amministratori privi di deleghe».

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

pertinenza dell'informazione integrativa all'ordine del giorno.

3. La differente disciplina dell'accesso informativo: informazione aggregata e informazione grezza

I rilievi e gli argomenti che precedono rendono doverosa una diversa lettura dell'art. 2381, c. 6, c.c., che collochi i poteri informativi degli amministratori all'interno del nuovo quadro sistematico.

Nella prospettiva della funzione di monitoraggio anche agli amministratori spettano pieni poteri, poiché il potere di acquisizione e verifica diretta delle informazioni rientra nel «*nécessaire* di tutti i soggetti funzionalmente orientati al *monitoring* e alla verifica di *compliance*»³⁷². Non ne risulta un potere assoluto ed illimitato, poiché permane pur sempre la corrispondenza logica e giuridica tra potere e dovere³⁷³: il diritto all'informazione si misura sul contenuto della prestazione gestoria.

³⁷² D. REGOLI, op. ult. cit., p. 1143, il cui giudizio, circoscritto agli amministratori indipendenti, sembra in equilibrio tra prospettiva *de jure condendo* e analisi *de iure condito*; l'indipendenza non sembra criterio concorrente con la natura delle funzioni e le specifiche competenze nel definire la misura della diligenza con la natura delle funzioni e le specifiche competenze e sul tema v. Cap. III, § 6.1.

³⁷³ Sulla corrispondenza tra potere e dovere, cfr. A. GAMBINO, cit., p. 644; negli stessi termini, D. REGOLI, op. ult. cit., p. 1126, secondo cui «non è logicamente e

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

Mutuando una distinzione notoria nel campo informatico, l'informazione sulla gestione va scissa in due tipologie: l'informazione nel senso di *dato*, quale elemento conoscitivo grezzo ed elementare, al più codificato secondo indici di appartenenza ad una funzione comune (elenco clienti, elenco fornitori, ordini di acquisto, documenti aziendali, etc.); l'*informazione in senso stretto*, quale esito di un'operazione di estrazione e di elaborazione sui dati. Informazione e dati, in misura tra loro variabile, sono i presupposti di ogni processo cognitivo, perché è sulla interazione delle informazione e dei dati che si sviluppa l'assunzione di decisioni consapevoli³⁷⁴.

L'accesso degli amministratori ai dati è pieno ed incondizionato, nei limiti in cui sia funzionale al controllo sugli assetti, sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione, al voto sulle materie non delegabili o comunque non oggetto di delega (v. *infra*).

L'accesso all'informazione complessa è invece limitato ed il confine discende proprio dall'art. 2381, c. 6, c.c.: le informazioni relative alla gestione possono essere fornite dagli organi delegati solamente in sede consiliare, sicché l'esercizio effettivo del diritto all'informazione presuppone l'avvenuto espletamento delle formalità necessarie per la convocazione del consiglio. La formulazione testuale è

giuridicamente possibile riscontrare un'eccedenza della dimensione del potere rispetto al dovere»; in senso contrario, cfr. A. DALMARTELLO – G. B. PORTALE, cit., p. 799.

³⁷⁴ Per analoghi rilievi, cfr. V. SALAFIA, op. ult. cit., p. 292.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

doppiamente imprecisa: per difetto, poiché l'informazione ricevibile non può ridursi alla gestione, ma abbraccia tutte le materie all'ordine del giorno; per eccesso, perché le informazioni richieste devono essere pertinenti alle materie in discussione realizzandosi altrimenti una loro surrettizia integrazione (la cui ammissibilità, oltre ad essere questione complessa, precede logicamente la facoltà qui in discussione³⁷⁵).

La norma positivizza il diritto dei delegati di disporre, entro determinati limiti e condizioni, dell'ampiezza e della sufficienza dell'informativa fornita dai delegati, al fine di consentire un esercizio meditato e ponderato del diritto di voto. L'obbiettivo è evidentemente quello di stimolare, nell'ambito delle relazioni intraorganiche, un confronto dialettico e virtuoso nell'immissione di informazioni: al flusso informativo preconfezionato dal

³⁷⁵ L'iniziativa in un procedimento collegiale si può scindere in due elementi: l'atto di iniziativa, con il quale si richiede la convocazione del consiglio, e l'atto strumentale, che perfeziona la convocazione già richiesta. Se logicamente i due elementi sono sempre distinguibili, è solo la partizione della loro titolarità fra più soggetti che conferisce rilevanza anche giuridica alla contrapposizione. Mentre il potere di perfezionare la convocazione spetta - quanto meno secondo il modello di *default* - unicamente al presidente, l'atto di iniziativa è prerogativa di ogni consigliere, essendo implicito nel suo ruolo partecipativo in seno al consiglio. La questione si sposta quindi sui limiti del sindacato del presidente sulla richiesta di convocazione, certamente ammissibile (ad es. in ipotesi di materie estranee alla competenza deliberativa consiliare) e sugli strumenti concessi al singolo amministratore per superare un eventuale ed ingiustificato blocco. Sotto questo profilo, la tesi più condivisibile ritrova nell'art. 2258, c. 3, c.c. la codificazione di un principio avente valenza transtipica: la surroga nell'atto di convocazione sarà dunque possibile quando vi sia *urgenza di evitare un danno*. Per questi rilievi, cfr. P. M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., p. 454 ss., ove puntuali riferimenti.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

delegato si sommano le ulteriori informazioni integrative che i deleganti abbiano richiesto³⁷⁶.

L'istanza di chiarimenti dei deleganti può essere formulata direttamente in consiglio o prima della riunione, deve essere attinente alle materie iscritte all'ordine del giorno ed avere un minimo di specificità; non abbisogna di puntuale motivazione: necessaria e sufficiente è l'esistenza e la rilevanza del *gap* informativo lamentato³⁷⁷. L'ammissibilità di una richiesta preconsiliare di informazioni non solo non è impedita dal dato testuale - ove «solo la legittimazione passiva a riceverle è riservata al *plenum*»³⁷⁸ - ma è certamente opportuna, consentendo ai delegati di anticipare la raccolta e la predisposizione delle informazioni integrative, senza appesantire eccessivamente i lavori del consiglio.

Non sono sufficienti risposte sommarie, inadeguate o meramente assertive: la risposta alle domande dell'amministratore, «seppur modulata sul tipo, sulla quantità e sullo scopo delle informazioni richieste, deve essere concreta ed adeguata, vale a dire idonea a dissipare le

³⁷⁶ Cfr., in relazione alla disciplina pre-riforma, P. ABBADESSA, *I poteri*, cit., p. 816, secondo cui l'esercizio individuale dei poteri istruttori non espone «la società a rischio alcuno di condotta incoerente, [...] ma consente piuttosto di acquisire ulteriori elementi di giudizio, destinati a meglio orientare le decisioni del consiglio».

³⁷⁷ Il principio è stato affermato dalla Corte di legittimità nella sua massima composizione in una notoria sentenza in tema di bilancio; in particolare secondo la Suprema Corte il «socio che, avvalendosi del suo diritto di informazione, richieda chiarimenti in assemblea [...] non è tenuto, per ottenerle, ad illustrare agli organi sociali i dubbi e i sospetti che egli possa o meno nutrire in proposito» (così Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2000, n. 27). Non sembrano esserci ostacoli sistematici decisivi per impedire l'estensione del principio alla sede consiliare.

³⁷⁸ D. REGOLI, op. ult. cit., p. 1130

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

insufficienze, le incertezze, i punti di carente chiarezza [...] . In altre parole, il diritto all'informazione deve trovare una realizzazione effettiva e non già ricevere una risposta di mera apparenza».³⁷⁹

In conclusione, solo in relazione alla richiesta di informazioni complesse - intese quale elaborazione soggettiva di dati elementari - l'interesse a colmare il *gap* informativo trascende la dimensione puramente individuale. Legittime devono inoltre ritenersi tutte quelle «attività proprie della vita "quotidiana" dell'amministratore di società, vale a dire i contatti e gli incontri informali o le visite episodiche presso gli uffici della società che, di massima, non paiono di nocumento alcuno alla regolare gestione della società»³⁸⁰.

Le informazioni non aggregate, invece, non abbisognano della dimensione collegiale per essere fruite, poiché liberamente disponibili da tutti i membri del *board*. L'accesso deve naturalmente avvenire con modalità tali da non arrecare ostacolo o intralcio alle funzioni aziendali.

La lettura proposta elimina in radice il paventato rischio di asimmetrie informative, poiché l'asimmetria non riguarda la disponibilità di informazioni, rispetto alle quali ogni consigliere ha parità di diritti: accesso individuale alle informazioni grezze, fruizione consiliare delle informazioni

³⁷⁹ In questi termini si è espressa la già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 27/2000.

³⁸⁰ D. REGOLI, op. ult. cit., p. 1131.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

complesse. Come non può biasimarsi un amministratore per le sue maggiori capacità, così non può rimproverarsi il consigliere che abbia svolto le sue mansioni con più zelo. Il rischio paventato, peraltro, è sfornito di solide fondamenta, essendo contraddetto a livello normativo e di autoregolamentazione, laddove si prevedono espressamente poteri informativi pieni ad alcuni amministratori, piuttosto che ad altri³⁸¹.

In relazione agli ulteriori interessi che si assumono prevalenti rispetto ad un potere informativo individuale, è stato giustamente osservato che, per quanto attiene alla riservatezza, l'utilizzo improprio delle informazioni aziendali è fattore di rischio che si non misura in ragione delle mansioni attribuite³⁸². Del resto appare evidente il vizio metodologico insito nel costruire una disciplina sul suo risvolto nella patologia: l'accesso individuale deve essere funzionale alla prestazione gestoria e l'abuso nel suo esercizio è sanzionabile in primo luogo con il negare la disponibilità dell'informazione (ad esempio, la pretesa di ottenere un segreto industriale è chiaramente irricevibile).

³⁸¹ Cfr. Cap. III, § 6.1.

³⁸² D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo*, cit., p. 1134; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 156 ss. e 336; A. DALMARTELLO – G. B. PORTALE, cit., p. 803, i quali sottolineano come la delega gestoria «ha la sua *ratio* e la sua giustificazione solo nella esigenza [...] di non impegnare tutti gli amministratori a una prestazione di attività gestoria a tempo pieno [...] : è, perciò, completamente estranea [...] l'idea che una qualsiasi delega interna [...] comporti l'attribuzione di una sfera di riservatezza e segretezza a favore degli amministratori investiti di delega nei confronti (e a carico) di quelli che non ne sono investiti»

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

Quanto al rischio di intralcio delle funzioni gestorie, anche in questo caso desta perplessità la pretesa di «desumere [...] la regola applicabile dalla volontà di prevenire le criticità associate a manifestazioni patologiche della fattispecie»³⁸³. Ribadito che l'equazione controllo uguale peso risponde ad una visione sistematica oramai in via di superamento - se non proprio del tutto abbandonata - non sembra che un l'accesso individuale possa essere d'ostacolo ad una gestione ordinata e spedita, anche alla luce delle modalità d'esercizio sopra delineate. In ogni caso, qualsiasi turbamento delle funzioni aziendali sembra molto minore di quello che deriverebbe dall'appesantire il momento collegiale, condensando nel suo seno ogni processo cognitivo.

4. Presunzione di affidamento, autonomia statutaria e assetti adeguati

L'attribuzione di un potere d'accesso individuale degli amministratori, funzionale all'esecuzione della

³⁸³ G. PERONE, cit., p. 333, secondo cui se veramente vi fosse stato il timore dell'abuso del diritto informativo, «sarebbe stato certamente più appropriato, pena un eccesso assiologico della disciplina, apprestare rimedi atti a prevenire o sanzionare possibili abusi nell'impiego delle prerogative sociali [...] piuttosto che inibire in via generale ed indiscriminata l'esercizio dei poteri ispettivi individuali degli amministratori privi di deleghe».

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

prestazione gestoria, non sembra possa portare ad un'estensione incontrollata della responsabilità: altro è l'ampiezza teorica del potere, altro è il suo esercizio doveroso. L'esistenza di una presunzione di affidamento³⁸⁴ su correttezza, veridicità e integrità dei flussi informativi dei delegati è principio d'efficienza che discende dalla divisione del lavoro e che, spesso in maniera inespressa, la dottrina non manca di predicare in relazione al potere *ex art. 2381, c. 6, c.c.* Analoga conclusione va estesa anche al potere d'accesso documentale, considerando l'omogeneità funzionale ed assiologica. In presenza di "segnali di allarme"³⁸⁵ gli amministratori non possono rimanere inerti, ma devono affrontare il problema, utilizzando lo strumento più appropriato tra quelli a disposizione. Laddove risulti una criticità seria, i delegati diano risposte evasive, incomplete o inaffidabili o comunque nel caso in cui il consiglio decida di soprassedere rispetto ad una fattispecie

³⁸⁴ Per un riconoscimento in forma espressa, cfr. A. ZANARDO, *cit.*, p. 256 ss., la quale richiama il dato comparatistico per corroborare la forza del principio, affiorato per lo più in maniera inespressa nella giurisprudenza e nella dottrina domestiche; cfr. inoltre M. DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 224 ss.; G. M. ZAMPERETTI, *op. ult. cit.*, p. 329 s.; P. MONTALENTI, *Sub art. 2381, cit.*, p. 683; cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance*, § 4.02, relativo più in generale all'affidamento sul lavoro altrui, sul presupposto che l'amministratore, il dipendente o il collaboratore esterno «reasonably [...] merit confidence».

³⁸⁵ La percepibilità dei segnali d'allarme è chiaramente correlata al ruolo che il consigliere ricopre all'interno dell'organigramma societario (ad es. perché membro di un comitato con funzioni istruttorie o consultive) e alle sue esperienze e capacità tecnico-professionali. Sul tema si rinvia alle riflessioni svolte nel Cap. III. Per una rassegna evolutiva della giurisprudenza penale in materia di "segnali di allarme", cfr. F. BONELLI, *Presidente del consiglio di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 215 ss., ove sono analizzati i casi Sindona, Calvi, Franzese, Bipop-Carire e Parmalat.

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

che meriterebbe migliore approfondimento, è dovere di ogni amministratore verificare autonomamente la situazione, consultando personalmente i documenti e le funzioni aziendali interessate. Al di fuori di queste ipotesi l'amministratore è legittimato ad astenersi dal procedere ad autonome verifiche e indagini.

Non è tuttavia sufficiente l'assenza di segnali di allarme affinché l'affidamento possa considerarsi pienamente legittimo: occorre che l'assetto informativo, compatibilmente con le peculiari caratteristiche della realtà aziendale, sia idoneo: *i)* ad assicurare l'allocazione di personale adeguato alle funzioni assegnate, in termini di capacità ed esperienza; *ii)* a garantire imparzialità e pluralismo dei flussi, separando anche a tale livello la responsabilità nei compiti e nelle funzioni..

Il tema degli assetti adeguati assume rilievo anche sotto un altro profilo: la moltiplicazione delle funzioni di controllo, attraverso la costituzione di appositi comitati, influisce inevitabilmente sulla prestazione esigibile, innalzando il rigore valutativo per i membri del comitato e correlativamente attenuando la responsabilità degli amministratori che del comitato non facciano parte, i quali potranno fare affidamento sugli esiti delle funzioni istruttorie o consultive che sono state affidate ai primi.

Nonostante il ribaltamento di impostazione, la presunzione di affidamento riallinea la tesi qui sostenuta alle

CAPITOLO V

Poteri informativi individuali dell'amministratore privo di deleghe

conclusioni cui giunge quella dottrina che riduce i poteri informativi alla facoltà *ex art. 2381, c. 6, c.c.* Taluni Autori, infatti, ritengono che, in situazioni patologiche ed emergenziali, diviene obbligo dell'amministratore superare le "pareti" aziendali, *bypassando* un amministratore reticente ed un consiglio inerme³⁸⁶. Se da un punto di vista operativo le alternative ricostruttive sono sostanzialmente omogenee, la prospettiva è diametralmente opposta e l'esistenza di un potere, che nasce e perisce in funzione del carattere patologico/fisiologico della fattispecie lascia perplessi: è l'esercizio del potere ad essere doveroso, non già il potere a venire ad esistenza.

³⁸⁶ D. REGOLI, *op. ult. cit.*, pp. 1129 e 1131; cfr. in particolare L. CALVOSA, *cit.*, p. 375 s.: «Diverso può essere il grado di attivazione individuale del singolo amministratore quando siano emersi concreti elementi da cui scaturisca il fondato sospetto che le informazioni in seno al consiglio non siano state esaustive o siano state addirittura erronee e/o inattendibili. In questo caso, e solo in questo caso, possono forse giustificarsi poteri individuali in capo al singolo»

CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

QUALCHE SPERANZA, MOLTE INCERTEZZE

Le conclusioni della ricerca si avviano da una constatazione: la cronaca giornalistica e giudiziaria non è stata parca nell'offrire testimonianze di *board failures* anche eclatanti. Nei recenti fallimenti del *monitoring model* la letteratura giuridica³⁸⁷ ha rinvenuto criticità sovente ricorrenti: flussi informativi interorganici insufficienti; consiglieri non esecutivi scarsamente dediti a profondo impegno e capacità; mancanza di incentivi idonei alla funzione di controllo; gestione del rischio organizzativo per mezzo di strutture inefficienti e pletoriche. In ultima analisi: accentramento del potere gestorio in assenza di un adeguato ed effettivo contrappeso, ossia assetti organizzativi, amministrativi, informativi e contabili inadeguati.

Un quadro comune anche al panorama domestico, ove il processo evolutivo di esaltazione del momento gestionale ha acuito le criticità del sistema. Fluidità e completezza dell'informativa endoconsiliare rappresentano il passaggio obbligato non solo per il regolare funzionamento dell'organo amministrativo, ma anche per l'efficienza dei controlli, della gestione e della diffusione delle responsabilità gestionali. Se l'agire informato è cardine positivizzato del buon governo

³⁸⁷ L. BEBCHUCK – J. FRIED, *Pay without Performance. The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge, 2004; J. R. MACEY, *Corporate Governance*, cit.; S. BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, New York, 2008; ID., *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, 2012; in ambito nazionale, tra i contributi più recenti sul tema, cfr. U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti*, cit., p. 506; a livello comunitario, v. REFLECTION GROUP ON THE FUTURE OF EU COMPANY LAW, *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Brussels, 5 aprile 2011, disponibile su <http://ec.europa.eu>, ove si prende atto che, nonostante la significativa presenza degli amministratori indipendenti nelle società dell'Unione, la funzione di monitoraggio svolta è stata insoddisfacente, a causa soprattutto della mancanza di specifiche competenze e delle asimmetrie informative con il *management*.

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

societario, i flussi informativi intraconsiliari si basano tuttavia sul principio dell'autoreferenzialità: specialmente quando il presidente del consiglio partecipa alla gestione, il delegato domina l'informazione e decide quantità e qualità dei flussi informativi. Nel caso di gestioni illegali, infedeli o inefficienti l'effettività del *monitoring* è affidata in ciò, che nella informativa del delegato siano *ex se* riscontrabili incoerenze, reticenze o lacune, per la rappresentazione di dati o elementi che, sebbene adeguatamente ponderati dal delegato, siano comunque parte - verrebbe da dire accidentale - della relazione. L'effettività del momento valutativo del *board* è dunque affidata alla minore o maggiore capacità del delegato di nascondere ciò che si vuole serbare celato, ossia alla...*bravura* dell'amministratore infedele o incapace!

L'allocazione efficiente dei processi decisionali ed informativi è il caposaldo di un sistema di *corporate governance*; riprendendo le parole di Ariberto Mignoli, il «problema centrale della società per azioni è quello dell'attribuzione e della disciplina del potere, e quindi in definitiva della legittimità del potere stesso, nell'ambito della comunità sociale: problema comune non solo a tutte le comunioni contrattuali di interessi, ma anche alla massima delle collettività umane organizzate, allo Stato»³⁸⁸.

L'attenta valorizzazione dei dati normativi consente di recuperare logicità, coerenza ed effettività al controllo

³⁸⁸ A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della "Company" inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 633.

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

conformativo del *board*. Ci si riferisce, in particolare, al principio di adeguatezza degli *interna corporis* societari. L'organizzazione diviene funzione continua e progressiva nella fenomenologia azionaria: i principi aziendalistici della corretta organizzazione si emancipano dal loro eventuale ambito applicativo - in primo luogo la *soft law* - e si impongono indistintamente, in forza del principio di adeguatezza, a tutte le società azionarie, sebbene con forza e geometria variabili, in correlazione alla dimensione e alla natura specifiche della singola impresa.

La portata è dirompente e le sue declinazioni non hanno ancora beneficiato della dovuta attenzione, in dottrina come in giurisprudenza. L'organizzazione diviene procedimento: la conoscenza deve essere reattiva e l'informazione completa e trasparente; l'assunzione della decisione di gestione è pianificata e scomposta nei processi prodromici, separando e contrapponendo le responsabilità nei compiti e nelle funzioni. Sotto tale profilo emerge appieno il nuovo ruolo del *board*: il controllo conformativo sugli assetti diviene momento coesistente nella gestione, non più verifica postuma di regolarità, bensì ragione di legalità, opportunità ed efficienza, in funzione della programmazione e pianificazione dell'attività dell'impresa e delle sue singole articolazioni.

Dal punto di vista più propriamente organizzativo, si è dato rilievo al principio di adeguatezza specialmente in materia di gestione del rischio e nel sostenere la necessità di disarticolare dal gestore la verifica della completezza informativa, oggi affidata per *default* al presidente del consiglio.

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

Il tema dell'organizzazione non è ovviamente fine a se stesso: una compiuta dottrina ha acutamente rilevato che il principio in oggetto «ha un senso se collegato al tema della responsabilità, proprio perché il terreno applicativo di elezione dell'adeguatezza è quello della responsabilità da "inadeguatezza" organizzativa, contabile, amministrativa, patrimoniale e tecnica: forse, la nuova frontiera della responsabilità degli amministratori e della stessa impresa»³⁸⁹. L'assetto adeguato è invero obbligo caratterizzato da una spiccata strumentalità³⁹⁰, presidio avanzato della corretta gestione, referente oggettivo del *decision making process*: «the due care standard in a corporate context is applied not to the decision of the director, but rather to the decision-making process»³⁹¹.

Ulteriore campo elettivo è la crisi d'impresa: il censimento dei rischi economici, patrimoniali e finanziari, la predisposizione di indicatori di allerta per singoli rischi o aree di rischio e di efficienti strumenti di *reporting* sono l'armamentario necessario per una tempestiva diagnosi della crisi, non solo nell'ottica del diligente assolvimento degli obblighi ex artt. 2446, 2447 e 2484, c. 1, c.c.³⁹², bensì anche per

³⁸⁹ V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., p. 29.

³⁹⁰ M. IRRERA, *La responsabilità degli organi*, cit., p. 387;

³⁹¹ C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project: of the Duty of Care and the Business Judgment rule, a Commentary*, in 41, *Bus. Law.*, 1986, p. 1237; la correlazione tra assetti adeguati e *business judgment rule* è affermazione ricorrente nella letteratura giuridica; per una analisi approfondita, cfr. A. ZANARDO, cit., p. 241 ss., ove si ritiene che l'accento legislativo sulla procedimentalizzazione dell'attività abbia «fornito un chiaro fondamento normativo a detta regola».

³⁹² La strumentalità rispetto agli obblighi ex artt. 2446, 2447 e 2484, c. 1, c.c. è sottolineata da M. IRRERA, op. ult. cit., p. 375 ss.

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

consentire la praticabilità delle soluzioni anticipatorie del fallimento. Nell'ottica di una pronta rilevazione e reazione ai segnali di crisi, il sistema di *risk management* diviene elemento necessario nella salvaguardia del patrimonio aziendale: altro è l'essenzialità della funzione, altro è la complessità della sua articolazione, che sola si lega alle dimensioni e alla struttura aziendali³⁹³.

La responsabilità da inadeguatezza organizzativa copre praticamente ogni ambito dell'attività di impresa. L'obiettivo verso cui tendono la cura dei delegati e la valutazione dei deleganti non va tuttavia confuso con il contenuto dell'obbligo³⁹⁴. Stemperare il rischio organizzativo per mezzo di ulteriore organizzazione ha un costo per la società: l'assetto adeguato non è l'assetto ottimale.

L'imputazione di un danno agli amministratori presuppone in primo luogo l'accertamento che l'assetto realizzato non rientri tra quelli astrattamente adeguati alla natura e alle dimensioni dell'attività: non esiste «un assetto adeguato ideale e universalmente valido, ma, come ci insegna la scienza aziendalistica, esistono assetti organizzativi adeguati fra i quali l'imprenditore deve scegliere, tenendo presenti i parametri legali della "natura" e delle "dimensioni" e gli altri criteri che si riterrà di applicare per giustificare la scelta medesima»³⁹⁵. In secondo luogo, occorre ricostruire *ex ante* la presenza di un nesso causale tra la mancata predisposizione

³⁹³ Per tali rilievi cfr. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo*, cit., § 6.

³⁹⁴ Nello stesso senso, M. MOZZARELLI, cit., p. 738; M. IRRERA, op. ult. cit., p. 379 s.

³⁹⁵ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., p. 203.

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

degli assetti ed il danno: l'assetto adeguato doveva essere idoneo a prevenire nel caso concreto il danno verificatosi³⁹⁶.

Per quanto attiene più propriamente ai deleganti, il dovere valutativo e conformativo degli assetti e la correlata responsabilità non possono semplicisticamente circoscriversi alla relazione dei deleganti. Non solo le criticità aziendali sono percepibili anche al di fuori dei flussi informativi provenienti dal gestore e del contesto aziendale, ma l'ignoranza degli amministratori privi di deleghe può essere scusabile solo nei limiti in cui sia stato approntato un assetto informativo idoneo ad assicurare completezza, veridicità e attendibilità dei flussi informativi: non è tanto - o comunque non solo - sulla percepibilità della distorsione dell'informativa proveniente dai delegati che bisogna appuntare l'attenzione, bensì, *a fortiori*, sull'esistenza di un assetto adeguato a garantire il fluire di un'informazione non distorta, né mutilata. Il limite non è l'assetto irrazionale, ma l'assetto irragionevole: la *business judgment rule* riguarda unicamente le scelte gestorie ed inizia ad operare dopo che gli amministratori abbiano correttamente realizzato il protocollo strutturale e informativo imposto dal legislatore³⁹⁷.

³⁹⁶ M. IRRERA, op. ult. cit., p. 387.

³⁹⁷ Sul tema v. N. ABRIANI, *Assetti proprietari, modelli di governance e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 6 s.: «certamente anche nel livello di adeguatezza dell'assetto adottato e dell'informazione acquisita c'è un tasso di discrezionalità dell'amministratore, ma è una discrezionalità che non fa trascolare il sindacato del giudice dal piano della legittimità a quello del merito. La *business judgment rule* - e dunque la discrezionalità "piena" che caratterizza l'attività di amministrazione della società per azioni - inizia allorquando gli amministratori abbiano assolto agli obblighi di protocollo strutturale e informativo loro imposti dalla normativa societaria»; escludono l'applicabilità della *business judgment rule*

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

La clausola generale di adeguatezza affida pertanto all'elaborazione giurisprudenziale, con il conforto della dottrina anche aziendalistica, la delicata missione di elaborare un catalogo di fattispecie che, per quanto necessariamente aperto, consenta alla regola di attingere ad un livello accettabile di certezza applicativa.

Solo il banco di prova dei tribunali potrà mostrare quanto i confini della responsabilità risarcitoria degli amministratori saranno definiti con rigore dogmatico, con attenzione alle particolarità della singola realtà societaria e con l'opportuna valorizzazione delle funzioni e delle competenze specifiche di ogni singolo amministratore, ovvero se, all'opposto, tale processo virtuoso verrà parzialmente o completamente a mancare: il rischio è che la prassi giurisprudenziale ripercorra il cammino già seguito con il dovere di vigilanza, consolidandosi «nel senso di utilizzare l'obbligo in discorso per estendere, non sarebbe esagerato dire indiscriminatamente, la responsabilità dei delegati a tutti i componenti del consiglio tanto da far

alla realizzazione degli assetti anche M. MOZZARELLI, cit., p. 740; D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo*, cit., p. 1145; G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013, p. 49; più in generale sull'argomento, cfr. C. ANGELICI, *Diligentia*, cit., p. 688, per il quale afferma che solo in relazione la scelta gestoria si manifesta «l'esigenza di (una sorta di) *business judgment rule* e che, se con essa si persegue l'obiettivo di fornire agli amministratori una sorta di *safe harbour*, ciò può valere esclusivamente nei limiti in cui di scelte imprenditoriali si tratta e non in generale per il complesso dei loro doveri. Il tema è in definitiva circoscritto alle ipotesi nelle quali gli amministratori hanno esercitato la propria competenza decisionale nella gestione dell'impresa e non riguarda in via generale i criteri per la loro responsabilità in cui abbiano violato specifici obblighi». In senso contrario, A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 139 s.; I. KUTUFA, cit., p. 725.

Conclusioni e prospettive. Qualche speranza, molte incertezze

parlare, con riferimento agli amministratori non esecutivi, di
una responsabilità (quasi) oggettiva»³⁹⁸.

³⁹⁸ In questi termini P. ABBADESSA, *Profili topici*, p. 502, con un giudizio espresso in relazione all'abrogato dovere di vigilanza, ma che è perfettamente estensibile tema qui in discussione.

BIBLIOGRAFIA

- AA. Vv., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010.
- ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975.
- ABBADESSA P., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 816.
- ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. Portale, Torino, vol. II, 2006, p. 489.
- ABETE L., *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 5.
- ABRIANI N., *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti di società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 1301.
- ABRIANI N., *Assetti proprietari, modelli di governance e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, I, p. 543.
- ABRIANI N. - MONTALENTI P., *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società per azioni* a cura di N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso e P. Montalenti, Padova, 2010, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottinino, Vol. IV, Tomo I.
- ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.
- AMATUCCI C., *L'efficienza dell' "insider control system" e l'informazione "privata" destinata al Consiglio di sorveglianza*, in *AGE*, II, 2007, p. 395.
- AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 308.

BIBLIOGRAFIA

- AMBROSINI S., *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, p. 354.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., 2006.
- ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675.
- ANNUNZIATA F., *Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: i profili organizzativi interni*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, I, p. 634.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, Milano, 1999
- ARRIGONI A., *La responsabilità sociale degli amministratori tra responsabilità e principi*, in *Giur comm.*, 1990, II.

- BADINI CONFALONIERI A. – VENTURA R., *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004.
- BAINBRIDGE S. M., *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, 2012
- BARACCHINI F., *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008.
- BEBCHUCK L. – FRIED J., *Pay without Performance. The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge, 2004.
- BELCREDI M., *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza e dintorni*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 853.
- BELCREDI M., *La questione del ruolo «specifico» degli indipendenti nei sistemi di governance*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010, p. 67.
- BIANCA C. M., voce *Negligenza*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 2004.
- BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. IV, Torino, 1991, p. 321.

BIBLIOGRAFIA

- BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2003.
- BONELLI F., *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 700.
- BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 620.
- BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Milano, 2013.
- BONELLI F., *Presidente del consiglio di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 215.
- BORGIOLO A., *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982.
- BORGIOLO A., *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 726.
- BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società. Società per azioni*, II, Milano, 1948.
- BAINBRIDGE S., *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, New York, 2008.
- BAINBRIDGE S., *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, 2012.
- BUONOCORE V., *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 389.
- BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006.
- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2391, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5.
- CABRAS G., *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002.
- CAGNASSO O., *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, 1976.
- CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. IV, Torino, 1991, p. 241.
- CALCATERRA L., *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 315.

BIBLIOGRAFIA

- CALVOSA L., *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione della società per azioni*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società: liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 356.
- CAMPOBASSO M., *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002.
- CASTRONUOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in Aa. Vv., *Il principio di buona fede* (Giornata di studio - Pisa, 14 Giugno 1985), Milano, 1987, p. 21.
- CENTONZE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza deleghe nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 722.
- CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. Pen.*, 2008, I, p. 109.
- CIVERRA E., *Inadempimento delle obbligazioni sociali e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 2005, p. 1117.
- COLOMBO G. E., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padova, 1965.
- COLOMBO G. E., *Amministrazione e controllo in AA. VV., Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 175.
- CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003.
- CORSI F., *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003.
- COSTI R., *Ignoto tecnologico e rischio d'impresa*, in Aa. Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico. Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, V, 2002, p. 49.
- D'AMICO G., voce *Negligenza*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995.
- DACCÒ G., *L'organizzazione aziendale*, Padova, 1997.
- DALMARTELLO A. - PORTALE G. B., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 795.
- DE CRESCIENZO G., *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, v. I, Bologna, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- DE FEO I., *Commento sub art. 2381*, in *Codice commentato Ipsoa*, Milano, 2004.
- DE GREGORIO A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio - A. Rocco - C. Vivante, Torino, 1938.
- DE GREGORIO A., *Responsabilità degli amministratori*, in *Il codice di commercio commentato*, vol. IV, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938.
- DE MARI M., *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2009, III, p. 51.
- DE NICOLA A., *Sub art. 2381*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 99.
- DELLACASA M., *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contratto e impr.*, 1999, p. 209.
- DENOZZA F., *L' "amministratore di minoranza" e i suoi critici*, in *Giur. comm.*, 2005, VI, p. 767.
- DENOZZA F., *I requisiti di indipendenza*, 2005, www.nedcommunity.com.
- DESARIO M. S., *L'amministratore delegato nella riforma delle società. La nuova disciplina*, in *Società*, 2004, p. 938.
- DESARIO M. S., *La gestione delegata nelle società di capitali. La nuova disciplina*, Bari, 2007.
- DI CATALDO V., *Problemi nuovi in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 644.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale (art. 1173-1176)*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988.
- DI NANNI C., *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992.

BIBLIOGRAFIA

- EASTERBROOK F. H. – FISCHER D. R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, London, 1991.
- EISENBERG M., *The structure of corporate governance*, Boston-Toronto, 1976.
- EISENBERG A., *Corporation and Other Business Organizations: Cases and Materials*, New York, 2000.

- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.
- FANELLI G., *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1952.
- FERRARA F. JR. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006.
- FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, X, III, Torino, 1987.
- FERRI G. JR., *Le deleghe interne*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p. 165.
- FERRI JR. G., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 625.
- FERRO LUZZI P., *Indipendente...da chi; da che cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 204.
- FIORENTINO A., *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950.
- FORTUNATO S., *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2002, p. 1317.
- FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2-bis, 2003, p. 330.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti dell'integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, I, p. 83.
- FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2002.
- FRÈ G., *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938.
- FRÈ G., *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972.
- FRÈ G., *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997.

BIBLIOGRAFIA

- GALBRAITH J. K., *The Economics of Innocent Fraud. Truth For Our Time*, Boston-New York, 2004, trad. it., *L'economia della truffa*, Milano, 2004.
- GALGANO F., *La società per azioni*, Padova, 1988.
- GALGANO F. – GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 460.
- GAMBINO A., *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 1.
- GAMBINO A. – SANTOSUOSSO D. U., *Società di capitali*, Torino, 2006.
- GIANNINI M.S., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263.
- GIORGI G., *Effetti delle obbligazioni*, in *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, libro I, parte II, Firenze, 1895.
- GIORGI V., *Poteri, doveri degli amministratori e principio della collegialità nell'amministrazione pluripersonale di società per azioni*, in *Riv. not.*, 1990, I.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Milano, 1970.
- GORDON J., *The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices*, 59 *Stan. L. Rev.* 1465, 2007, disponibile su <http://www.stanfordlawreview.org>.
- GRASSETTI C., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 807.
- GRIPPO G., *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979.
- HANSEN C., *The ALI Corporate Governance Project: of the Duty of Care and the Business Judgment rule, a Commentary*, in 41, *Bus. Law.*, 1986.
- IBBA C., *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2004.
- IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

BIBLIOGRAFIA

- IRRERA M., *La responsabilità degli organi sociali: profili generali, doveri di correttezza ed assetti adeguati*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2008, p. 371.
- IRRERA M., *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, disponibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società: liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 707.
- LENER R., *Gli amministratori indipendenti*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 115.
- LIBERTINI M., *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riferimento ai c.d. sistemi alternativi*, in *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2014, p. 1064.
- LOWRY J. - DIGNAM A., *Company Law*, Oxford University Press, 2006.
- MACEY M. L., *Directors: Myth and Reality*, Boston, 1971.
- MACEY J. R., *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton-Oxford, 2008.
- MAGNANI P., *Sub art. 149*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58: commentario*, a cura di P. Marchetti e L. A. Bianchi, II, Milano, 1999, p. 1682.
- MAFFEZZONI I., *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, Torino, 1998.
- MANNING B., *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, in *39 Bus. Law.*, 1984.

BIBLIOGRAFIA

- MARCHETTI P., *L'indipendenza degli amministratori*, in *La corporate governance e il risparmio gestito*, Assogestioni, Quaderno, 27, Milano, 2006, p. 17.
- MARGHERI A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffo e C. Vivante, Torino, 1907.
- MARULLI M., *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.* 2005, I, p. 805.
- MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 21.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I.
- MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.
- MERUZZI G., *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna della società per azioni*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2011, p. 105.
- MIGNOLI A., *Idee e problemi nell'evoluzione della "Company" inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 633.
- MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- MINERVINI G., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 812.
- MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, IV, 2003, p. 65.
- MONTALENTI P., *Sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario: commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)*, diretto da G. Cottino e altri, I, Bologna, 2004, p. 678.
- MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, p. 294.

BIBLIOGRAFIA

- MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. I, Torino, 2006, p. 833.
- MONTALENTI P. – BALZOLA S., *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Vol. II, Bologna, 2010.
- MONTALENTI P., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 535.
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, I, p. 42.
- MORANDI P., *Sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 664.
- MOSCO G. D., *Sub art. 2381*, in *Società di capitali: commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 593.
- MOSCO G. D., *Sub art. 2392*, in *Società di capitali: commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 676.
- M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società: liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 729.
- NAZZICONE L., *Sub art. 2381*, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni: amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 1.
- NAZZICONE L., *Sub art. 2932*, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni: amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003.
- NICOLUSSI A., *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 797.
- NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 872.

BIBLIOGRAFIA

- OLIVIERI G., *Amministratori "indipendenti" e di "minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, in *AGE*, 2006, p. 23.
- OLIVIERI G., *Prime osservazioni sui controlli "Interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Il collegio sindacale*, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, serie *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2007, p. 289.
- ONADO M., *Gli amministratori indipendenti nelle società di gestione del risparmio*, in *La corporate governance e il risparmio gestito*, Assogestioni, Quaderno, 27, Milano, 2006, p. 47.
- PARENTI F., *La Psicologia Individuale dopo Adler*, Roma, 1983.
- PERONE G., *L'accesso degli amministratori "non esecutivi" alle informazioni sociali nell'ordinamento italiano*, in *Meritum (Belo Horizonte, Brazil)*, 2013, v. 8, n. 2, p. 303.
- PEROTTA R. – BERTOLI L., *Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. La corporate governance a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, IV, p. 863.
- PETTITI P., *Struttura del comitato esecutivo e responsabilità solidale del consiglio*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni* a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p. 97.
- PORTALE G. B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3.
- PISANI MASSAMORMILE A., *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, a cura di C. Amatucci e V. Buonocore, Milano, 2008, p. 121.
- PRESTI G. – MACCABRUNI F. F., *Gli amministratori indipendenti tra mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *AGE* n. 1/2003, p. 95.

BIBLIOGRAFIA

- PROVASOLI A., *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni dopo il D.Lgs. 39/2010*, in Aa. Vv., *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, Milano, 2008.
- RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004.
- REBOA M., *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 658.
- REGOLI D., *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2014, p. 1121.
- RIOLFO G., *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi, e contabili nella SPA: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2011, p. 139.
- RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- ROMANO C., Sub art. 2381, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 402.
- RORDORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, p. 1193.
- ROSSI A., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, I, p. 790.
- ROSSI A., *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p. 1.

BIBLIOGRAFIA

- SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 379.
- SALAFIA V., *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Società*, 2004, p. 1325.
- SALAFIA V., *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, p. 290.
- SALANITRO N., *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc.1, 2008, p. 1.
- SANDULLI M., *Sub art. 2392*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino 2003, p. 470.
- SANDULLI N. - RIGHI S., *Amministratori indipendenti, bravi e purtroppo inutili*, disponibile su www.conapa.it.
- SANFILIPPO P. M., *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nella società per azioni*, Torino, 2000.
- P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, vol. II, 2006, p. 439.
- SANTAGATA C., *Delle obbligazioni del mandatario*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998.
- SASSO C., *Principio di continuità e irregolarità nei bilanci di esercizio e consolidati*, in *Giur. comm.*, 2000, I.
- SCOTTI CAMUZZI S., *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 785.
- SOPRANO E., *Trattato pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934.
- SPADA P., *Diritto commerciale, II, Elementi*, Padova, 2009.
- STELLA RICHTER M., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 663.
- STRAMPELLI G., *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013.

BIBLIOGRAFIA

- TOMBARI U., *Amministratori indipendenti, "sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro?", in Banca borsa tit. cred.*, 2012, V, p. 506.
- VASSALI F., *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003.
- VASSALI F., *Sub art. 2932*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 676.
- VICARI A., *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 128.
- VINCIGUERRA G., *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 793.
- VISENTINI G., *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore*, in *Principi civilistici nella riforma del Diritto Societario*, a cura di V. Afferni e G. Visintini, Milano, 2005, p. 99.
- VISCONTI G. M., *Il collegio sindacale*, Milano, 1965.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, I ed., v. I, Torino, 1893.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, Prefazione, IV ed., v. I, 1911.
- VIVANTE C., *Sul risanamento delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 59.
- VIVANTE C., *Relazione al Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio del 1922*.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale, Volume II – Le società commerciali*, Milano, 1923.
- VIVANTE C., *La riforma del codice di commercio*, in *Nuova Antologia*, 1923.
- VIVANTE C., *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 309.
- WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Milano, 1974.

BIBLIOGRAFIA

- WEIGMANN R., *La responsabilità degli amministratori delegati*, in *La responsabilità nel fallimento societario* a cura di M. Ferro, Milano, 2001.
- ZAMPERETTI G. M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.
- ZAMPERETTI G. M., *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, XII, p. 1465.
- ZANARDO A., *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Assago, 2010.