



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di Ricerca in Diritto Privato
Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport
Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli" di Roma
IUS/04

DELEGHE DI POTERI E RESPONSABILITA'

IL DOTTORE
Chiara Reina

IL COORDINATORE
Ch.ma Prof.ssa Rosalba Alessi

IL TUTOR
Ch.mo Prof. Carlo Bavetta

CICLO XXV
2015

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
--------------	---

PARTE PRIMA

LA DELEGA DI POTERI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA NORMATIVA DELL'ATTIVITÀ DELEGATA

1. Dal passato al presente: l'evoluzione della disciplina sulla delega di poteri	10
1.1. Le peculiarità della regolamentazione normativa dopo la riforma del diritto societario	22
1.1.1. (<i>segue</i>): il consenso dei soci alla delega di poteri	24
1.1.2. (<i>segue</i>): attribuzioni delegabili e limiti della delega	28
1.1.3. (<i>segue</i>): il nuovo regime delle responsabilità gestorie	33
2. La posizione del consiglio di amministrazione	39
2.1. (<i>segue</i>): il presidente del c.d.a.	47
2.2. (<i>segue</i>): gli organi delegati	55

CAPITOLO SECONDO
TRATTI DI SPECIALITÀ NELLA DELEGA DEI POTERI DI
GESTIONE

1. La questione della nomina degli organi delegati nei diversi sistemi di amministrazione	62
1.1. (<i>segue</i>): la nomina dei delegati nelle società a responsabilità limitata	68
2. La non delegabilità della redazione del bilancio di esercizio	70
3. Il flusso informativo endoconsiliare come elemento di raccordo tra consiglieri deleganti e organi delegati	74
3.1. (<i>segue</i>): tempi e forme dell'interazione informativa	86
3.2. (<i>segue</i>): l'oggetto dell'informativa endoconsiliare	88
3.3. (<i>segue</i>): il dovere di agire in modo informato	93
4. Il parametro di valutazione della diligenza nell'esercizio della delega	98
5. Il regime di responsabilità <i>ex art.</i> 2392 c.c. nell'attività gestoria delegata. Considerazioni introduttive	108
5.1. I limiti al rapporto tra responsabilità solidale e collegialità	112
5.2. Come si atteggia la regola della responsabilità solidale in presenza di deleghe gestorie	116
5.3. Considerazioni conclusive in tema di responsabilità di deleganti e delegati	121
6. I comitati interni	123
6.1. Il sistema dei controlli interni	126

PARTE SECONDA
PROFILI PENALI DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ATTIVITÀ
GESTORIA DELEGATA

CAPITOLO PRIMO
L'INCIDENZA DEL DIRITTO PENALE SULLE DINAMICHE
DELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA SOCIETARIA

1. Premesse	132
2. Il diritto penale di fronte all'organizzazione d'impresa. I criteri di individuazione dei soggetti responsabili	137
2.1. La posizione di garanzia per i soggetti dell'impresa societaria	143
2.2. Il contenuto degli obblighi di protezione prima della riforma societaria	144
2.3. I contributi apportati dalla riforma societaria del 2003	149
3. La portata dell'obbligo giuridico di impedire l'evento oggi	150
4. I termini dell'incidenza del diritto penale nella delega gestoria: considerazioni conclusive	156
4.1. La delega e il d. lgs. n. 231/2001	160

PARTE TERZA
LA DELEGA DI POTERI NEL SISTEMA SOCIETARIO
ANGLOSASSONE

CAPITOLO PRIMO
CENNI GENERALI

1. Premessa	167
2. La disciplina della delega nel <i>Companies Act 2006</i> e nei “ <i>Model Articles 2008</i> ”	169
3. L’evoluzione della disciplina nel sistema anglosassone di <i>governance</i> societaria: dalla “ <i>Table A</i> ” ai “ <i>Model Articles</i> ”	171
4. Distribuzione di ruoli e poteri tra esecutivi e non-esecutivi in consiglio di amministrazione	176

CAPITOLO SECONDO
TRATTI DI SPECIALITA’ NEL RAPPORTO TRA DELEGANTI E
DELEGATI

Sezione Prima

1. Presupposti della gestione delegata ed assetto del consiglio di amministrazione	180
--	-----

Sezione Seconda

2. Introduzione	185
3. Variabili della delega di autorità decisionale del <i>CEO</i> nel sistema di <i>common law US</i> . Le posizioni della dottrina	187
4. Gli obblighi giuridici degli organi delegati e la delega in relazione alla complessità della società	191
4.1. La delega in relazione alle opportunità di crescita dell'impresa	194
4.2. La delega in relazione alle decisioni strategiche	195
5. La delega in relazione all'incertezza delle condizioni ambientali	196
6. La delega in relazione ai flussi di informazione tra deleganti e delegati	197
7. La delega in relazione ai compensi degli amministratori	200
7.1. Lo stanziamento del capitale sociale in relazione alla reputazione manageriale degli esecutivi	202
8. Conclusioni	203

Sezione Terza

9. Gli amministratori non-esecutivi (<i>NEDs</i>) e la consapevolezza del loro ruolo sul campo	205
9.1. Il caso <i>Newcastle International Airport ltd v Eversheds llp</i> [2012]	207
9.2. La condotta degli amministratori non-esecutivi	208

9.3. Rimedi	209
10. Motivi di tensione nel rapporto tra il <i>board</i> e gli amministratori esecutivi: possibili soluzioni e considerazioni conclusive	210
10.1. (<i>segue</i>): criteri ultimi per una forte <i>partnership</i> tra <i>board</i> ed <i>executive</i> <i>directors</i>	218
INDICE DELLE OPERE CITATE	220

INTRODUZIONE

Gli ultimi decenni sono stati teatro della esponenziale crescita delle riflessioni e delle dispute in tema di *corporate governance*, sulla scorta del proliferare di normative comunitarie ed internazionali volte al potenziamento ed al più efficace funzionamento dei sistemi di governo delle società.

Conformandosi alla tendenza, il panorama legislativo, ma anche dottrinale e giurisprudenziale, italiano non è stato da meno, oltre che nel suo intervento di valorizzazione massima dell'autodisciplina – il sistema che, primo fra tutti, ha dato significativo riconoscimento alle indicazioni provenienti dalle esperienze giuridiche internazionali –, principalmente con la riforma organica delle società di capitali – che ha dedicato i suoi sforzi ad innovare, più di ogni altro, il profilo dell'amministrazione, nei suoi principi base ispiratori, così come in molte norme di dettaglio, in specie quelle relative al suo ruolo, alle sue articolazioni interne ed al suo funzionamento.

Proprio in tale contesto si colloca la modalità tipica di organizzazione della gestione pluripersonale delle società per azioni, la *delega di poteri*.

Ed è l'ampia e penetrante attenzione che non solamente il legislatore, ma anche Autori e giurisprudenza, vi hanno profuso alla base della scelta di dedicare a tale tema la trattazione, con seppur umili propositi di riordino.

Il decentramento del potere all'interno del consiglio di amministrazione attraverso il rilascio delle deleghe connota l'organizzazione di gran parte delle società per azioni nel nostro ordinamento giuridico da tempo.

E senza riserve può giungersi financo ad affermare che essa rappresenta, non già uno strumento, ma lo strumento grazie al quale la possibilità di distinguere i ruoli e le responsabilità dei componenti dell'organo amministrativo troverà attuazione in misura sempre più frequente, al punto tale da far ipotizzare che il modello della gestione delegata diverrà la consueta forma di articolazione delle funzioni gestorie nelle imprese azionarie *post-riforma*.

Ciò perché la *ratio* sottesa all'istituto è realmente rispondente alle obiettive esigenze imprenditoriali, consistenti nel bisogno di creare centri decisionali in costante attività, che siano in grado di compiere scelte operative tempestive e che, all'occorrenza, dimostrino specializzazione in determinate funzioni strategiche.

E così la strutturazione dell'organo nel binomio consiglio di amministrazione ed organi delegati, o persino, specie nelle imprese societarie di notevoli dimensioni, nella triade consiglio di amministrazione, amministratore delegato e comitato esecutivo, ha provocato un mutamento alle radici del compito del c.d.a. inteso nella sua collegialità rispetto al modo in cui era tradizionalmente concepito: il *day to day running*, la gestione diretta e quotidiana dell'attività sociale, è transitata nella mani dei soli organi delegati, con conseguente deferimento del monitoraggio e della valutazione nel merito di quella gestione agli amministratori in consiglio.

Il tutto, ad eccezione di poche materie, per le quali l'avvertita esigenza del legislatore di affidarle alle cure di una decisione collegiale ne ha escluso l'assoggettamento all'esercizio della delega.

Durante la vigenza del codice del 1942, anteriormente alla riforma organica, si è pure assistito al frequente ricorso al modello della gestione delegata, ma non senza dubbi ed incertezze in punto di responsabilità dei componenti dell'organo.

La sussistenza di una cornice normativa per certi versi carente, e per altri recante elementi di incoerenza, apriva la strada ad un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale; nondimeno, propendendo per l'equiparazione del trattamento riservato agli amministratori privi di deleghe a quello riconosciuto agli amministratori delegati, finiva con l'espone tutti gli amministratori, indistintamente, al rischio indiscriminato di responsabilità per atti di *mala gestio*.

Di contro, la lacunosità e la gracilità del dettato legislativo, produceva, come contro-effetto positivo, l'ampliarsi dello spazio dell'autonomia statutaria nella

determinazione delle regole di organizzazione interna del consiglio di amministrazione, e soprattutto dei rapporti tra deleganti e delegati, e conferiva una buona dose di elasticità all'impianto gestorio.

La menzione di un numero circoscritto di materie indelegabili, peraltro, consentiva di ritenere ammissibile il conferimento mediante delega dell'intera gestione societaria, riservando agli amministratori privi di deleghe dei doveri di mero controllo; non senza incertezze quanto, però, ai rapporti di tali ultimi con l'organo di controllo societario, a causa del pericolo che si realizzasse una duplicazione dei controllori.

Il legislatore del 2003 ha compiuto scelte nuove al fine di garantire la migliore funzionalità del sistema di gestione delegata. Alcune delle quali in evidente continuità con la regolamentazione normativa previgente, altre effettivamente innovative, ma parzialmente ambivalenti, discutendosi se, al di là dell'effettivo carattere innovativo della lettera della legge, esse mostrino una reale capacità di adattamento al moderno contesto amministrativo societario, risolvendo i dubbi dell'impianto passato.

L'istituto della delega, che, oltre a rappresentare un'eccellente garanzia della snellezza, della tempestività e dell'efficienza dell'attività amministrativa, è anche sinonimo di "professionalizzazione" della stessa nella misura in cui opera una selezione degli amministratori destinatari delle deleghe, valorizzando le rispettive peculiari qualità e capacità, deve alla riforma il suo carattere di innovatività soprattutto per ciò che concerne la disciplina delle responsabilità gestorie: la nuova dettagliata spartizione di ruoli e compiti tra consiglieri deleganti e amministratori delegati (intendendo come tali sia i singoli amministratori delegati, sia il comitato esecutivo nella sua collegialità), infatti, agevola la differenziazione del regime di responsabilità cui l'una e l'altra categoria di amministratori sono assoggettati.

Diventa interessante, allora, approfondire quale sia lo spazio che la riforma abbia riservato alla responsabilità gestoria, se si considera che il tratto della solidarietà ha rappresentato un caposaldo della previgente normativa, ed ivi ha contribuito a generare la ferma convinzione per cui essa costituisce un riflesso del principio dell'agire collegiale dei membri del c.d.a.; diventa interessante, insomma, coglierne la nuova *ratio* rispetto ai pregiudizi ed ai condizionamenti del passato.

Quale risvolto della medaglia, il mutamento dell'atteggiamento del legislatore nei riguardi della materia *de qua* – connotato da maggiore cura nel delineare i tratti caratterizzanti il modello legale – sebbene indicativo di un reale cambiamento sostanziale, oltre che formale, non è riuscito a celare una certa rigidità nell'atteggiarsi dell'autonomia statutaria, rispetto al passato.

L'intervento sempre più penetrante del legislatore in quasi tutti i profili della delega gestoria, infatti, è andato a ridurre in misura sempre più consistente la flessibilità della delega – che in passato conseguiva all'ampio potere di autoregolamentazione – ed ha quindi posto i confini entro cui i soci possono adattare lo schema organizzativo societario alle esigenze e circostanze concrete.

Ormai da tempo le strutture ed i processi decisionali che connotano la gestione delle imprese organizzate in forma di società per azioni sempre più raramente somigliano al modello dell'amministrazione collegiale che la nostra cultura giuridica ha tradizionalmente utilizzato.

E la dissociazione tra la realtà ed i testi giuridici ha frequentemente prodotto esiti paradossali, quali quello, prima citato, tendente alla configurazione di una responsabilità quasi oggettiva, indistintamente a carico di tutti i membri del c.d.a., operativi e non, con conseguenti scoraggiamento all'assunzione di ruoli specializzati, e dunque privazione del sistema della possibilità di avvalersi di professionisti con competenze raffinate e settoriali.

Ed allora, il tentativo di colmare detto *deficit* si è concretato nell'introduzione di aggiustamenti e correzioni – ed è così che si spiega proprio l'incidenza dell'intervento legislativo sul tema delle responsabilità gestorie – volti a rendere più somigliante il regime giuridico ai modelli propri delle realtà aziendali.

E così, per ovviare alle problematiche pratiche, cui prima si è fatto cenno, a proposito della responsabilità solidale indifferenziata, si è cercato di adeguare la normativa, mediante l'introduzione della differenziazione delle responsabilità individuali dei gestori quale normale esito delle vicende di *mala gestio*, e mediante la conservazione della regola della responsabilità solidale per le sole ipotesi di omesso o negligente adempimento dei compiti di alta amministrazione e di monitoraggio,

entrambi i quali costituiscono il minimo comune denominatore degli amministratori di s.p.a.

L'esigenza di superamento della regola in tema di solidarietà era avvertita ormai da tempo; ed il suo mutamento trova la sua *ratio* nel convincimento acquisito che solamente l'elaborazione e la permanenza di regole e principi adeguati alla disciplina degli incarichi gestori incide e condiziona la funzionalità e l'appetibilità del modello della delega.

Si intende dire che soltanto la trasparenza e la precisione delle regole giuridiche in tema di responsabilità degli amministratori possono essere di ausilio alla corretta valutazione del loro operato e della loro condotta nel concreto del contesto societario, laddove, si badi bene, non gli si può imputare il mero insuccesso economico della società da parte dei soci, pur potendo essi sperare che i consiglieri riescano nel loro compito.

Le argomentazioni sull'importanza di una normativa di dettaglio in tema di delega di poteri e di conseguenti responsabilità acquistano valore a maggior ragione se si considera che l'istituto si presta per dare rilievo o attuazione, altresì, ad alcuni altri istituti civilistici, quali, *in primis*, quello degli amministratori indipendenti – la cui nomina esige, e presuppone, la prospettiva di una gestione divisionale in seno all'organo amministrativo.

Ma la suddivisione gestionale dei compiti assume valore anche in considerazione di un contesto socio-economico sempre più spesso caratterizzato da un organo amministrativo a composizione eterogena, formato ad esempio da amministratori espressione degli azionisti di minoranza.

La riflessione sull'istituto della delega è stata indotta anche dalla sua operatività nell'ambito dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, che tutto inducono a pensare fuorché ad una contrazione dell'ambito di utilizzabilità di tale modello; il suo carattere polivalente, così, permette di ampliare la gamma delle strutture di *governance* che alle parti sociali è consentito adottare.

Tuttavia, appare quasi naturale pensare alla delega gestoria nell'ambito del sistema monistico – ove essa è oggetto di specifica previsione legislativa – il quale la pone a perno dell'organizzazione societaria ed a parametro per misurarne la stessa

funzionalità. Mentre sono differenti le considerazioni che valgono per il sistema dualistico, ove le incertezze che emergono nel definire l'identità dell'istituto si ripercuotono anche in ordine alla rilevanza esterna della delega, piuttosto che interna (ossia nei termini di una mera suddivisione interna dei compiti tra i componenti dell'organo di gestione).

E' evidente che il chiarimento di questi interrogativi non potrà che aversi spingendosi oltre nella indagine, e considerando le posizioni in tema della dottrina e della giurisprudenza, dal punto di vista della possibilità di pensare la delega come un istituto a carattere unitario, a prescindere dai modelli di amministrazione adottati, piuttosto che nei termini di un istituto che abbisogna di una trattazione separata, in virtù della sua estensione ai sistemi alternativi, e quindi in stretta relazione al contesto in cui essa è chiamata ad operare.

La trattazione che segue è stata pensata in una struttura in tre parti, ognuna delle quali dedicata ad un diverso profilo della materia.

La prima parte si impernia sui profili propriamente civilistici dell'istituto, e si snoda in capitoli dedicati, intanto, alla analitica descrizione della normativa codicistica, prima e dopo la riforma del diritto societario, con particolare attenzione alle implicazioni emerse nel passaggio dalla vecchia alla nuova regolamentazione. Ed, in secondo luogo, alla analisi di alcuni tratti di specialità del tema, fra i quali la questione della nomina degli amministratori delegati, il diritto-dovere di informazione endoconsiliare, che mira a garantire la trasparenza societaria nel conferimento di incarichi di tal tipo, il parametro per la valutazione della diligenza degli amministratori in relazione all'esercizio delegato di funzioni amministrative, ed infine l'acquisizione del potere-dovere di controllo e monitoraggio in capo agli organi "deleganti" in presenza di funzioni delegate.

La seconda parte mira a dare cenni sui risvolti di natura penale che produce la violazione degli specifici obblighi che ai consiglieri deleganti e agli amministratori delegati sono imposti dalle disposizioni di legge.

Il tema merita attenzione, innanzitutto per il peculiare modo in cui si atteggia il diritto penale a fronte della complessità di un'organizzazione di impresa, che non è certo la persona fisica con la quale tale branca del diritto è solita trattare. Ed in

secondo luogo, perché non sempre risulta agevole l'identificazione del soggetto a cui ascrivere la responsabilità penale – tra i tanti che, grazie alla delega, sono incaricati di compiti e funzioni settoriali – quando questi concorrono alla commissione di fatti illeciti.

Una terza ed ultima parte si incentra, infine, sui profili di tipo comparatistico dell'istituto oggetto di esame, e trova realizzazione alla luce degli approfondimenti effettuati sul tema, a seguito dell'esperienza di studio estera, svolta in Inghilterra.

Nei relativi capitoli si dà evidenza dei caratteri differenziali tra le discipline, e si affrontano, nello specifico, temi quali la sovrapposizione delle figure dell'amministratore delegato (*CEO*) e del presidente del consiglio di amministrazione (*Chairman*) in seno al c.d.a. in molti degli assetti di *corporate governance* propri di sistemi di *common law*; la tendenza a ricorrere ad assetti delegati nei sistemi societari inglesi e statunitensi, più o meno spiccata in relazione ad alcune variabili, quali le dimensioni e la complessità della struttura societaria, o il sistema dei compensi incentivanti per gli esecutivi, o ancora le opportunità di crescita delle imprese societarie; alcuni spunti di riflessione, di approccio più pragmatico, frutto di indagini e studi effettuati sul campo dei contesti societari di *common law*, che danno evidenza dello spaccato quotidiano dei consigli di amministrazione.

V'è da constatare che spesso, nel contesto giuridico nazionale, nonché in quelli internazionali, un'ondata di scetticismo e di apprensione si è registrata in ordine alla reale capacità del consiglio di amministrazione di assolvere i suoi nuovi compiti efficacemente.

Ci si è preoccupati, in particolare, che la “effettiva” partecipazione di tutti quanti i consiglieri alla gestione dell'impresa, per alcuni in via diretta, per altri in via indiretta, se idonea, da un lato, a compensare il maggiore costo della collegialità, possa lasciare, dall'altro, l'organizzazione manageriale senza controllo e gli investitori privi da ogni forma di tutela.

Ciò non toglie, tuttavia, che la norma cardine in tema di delega, l'art. 2381 c.c., pur non senza una certa disorganicità di base, resta il contributo più importante che la riforma organica delle società di capitali ha offerto alla vasta area tematica

dell'amministrazione delle società per azioni, la novità di maggior rilievo, e la presa d'atto che, con tutte le sue incertezze applicative, il ricorso alle deleghe di gestione nella società per azioni è del tutto normale.

Si auspica, pertanto, che nel tempo possa esprimere al meglio, sempre più, la sua carica innovativa.

PARTE PRIMA
LA DELEGA DI POTERI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA NORMATIVA DELL'ATTIVITA' DELEGATA

SOMMARIO: 1. Dal passato al presente: l'evoluzione della disciplina sulla delega di poteri. – 1.1. Le peculiarità della regolamentazione normativa dopo la riforma del diritto societario. – 1.1.1. (*segue*): il consenso dei soci alla delega di poteri. – 1.1.2. (*segue*): attribuzioni delegabili e limiti della delega. – 1.1.3. (*segue*): il nuovo regime delle responsabilità gestorie. – 2. La posizione del consiglio di amministrazione. – 2.1. (*segue*): il presidente del c.d.a. – 2.2. (*segue*): gli organi delegati.

1. Dal passato al presente: l'evoluzione della disciplina sulla delega di poteri.

L'attuale e vigente normativa sull'istituto della delega del potere gestorio nelle società di capitali trova la sua culla nella riforma del diritto societario, attuata con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, la nota "riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366".

Con l'intenzione di tracciare le coordinate di un assetto del governo societario in cui trovassero bilanciamento le due esigenze, di evitare di deprimere la propensione al rischio per il *management* una, e quella di garantire un efficace

sistema di controlli sul suo operato l'altra (¹), la legge delega da ultimo citata aveva suggerito i criteri per procedere ad una rivisitazione dei principi chiave introdotti dal codice civile del 1942, e si era ispirata all'ambizioso obiettivo di garantire l'efficienza della gestione societaria e l'efficacia dei controlli, nel pieno convincimento che la realizzazione di profitti e la redditività degli investimenti acquistassero per l'impresa societaria un valore aggiunto solo ove tali traguardi fossero stati conseguiti nella trasparenza e nella correttezza dell'operato dei soggetti coinvolti.

Tali ambiziosi propositi, accostati a quello altrettanto primario di cui all'art. 2 della stessa legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, di <<ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti>>, riuscirono, poi, però, ad essere rispettati solo parzialmente nella successiva novellazione delle disposizioni in materia di amministrazione societaria.

E' ciò che si evince propriamente dalla disciplina delle funzioni delegate – la materia che rileva ai nostri fini – dove quella capacità di autoregolamentazione cui anche si ispirava la previgente disciplina, che sarebbe dovuta scaturire dall'ampio campo d'azione riconosciuto all'autonomia statutaria, non si è rivelata da sola idonea a garantire una corretta ed utile gestione societaria, ed ha reso necessario, pertanto, un nucleo stabile di norme, inderogabili; quelle stesse, appunto, che ha provveduto a dettare in modo nuovo il legislatore della riforma nel 2003 con il decreto legislativo n. 6.

Questi, infatti, nel tentativo di essere il più conforme possibile ai principi generali della legge delega, ha mosso i suoi passi nel senso di prospettare un quadro normativo chiaro e preciso delle funzioni ed articolazioni interne tra il consiglio di amministrazione ed i consiglieri esecutivi, e delle relative responsabilità; e nel senso di dettare regole procedurali e comportamentali atte ad assicurare la partecipazione di tutti i consiglieri alla gestione della società (²).

E' opportuno fare un passo indietro però.

¹ MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, 423.

² ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 172: si sostiene che lo scopo della riforma del diritto societario sia quello di garantire la effettiva partecipazione di tutti gli amministratori alla gestione sociale, a prescindere dal conferimento di deleghe.

Estremamente semplice e sintetica si presentava la disciplina della delega *ante* riforma. Trovava pur sempre la sua collocazione sistematica all'art. 2381 c.c., ma si limitava a prevedere genericamente la facoltà, per gli amministratori del c.d.a., di delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo ovvero a singoli consiglieri, condizionandone l'esercizio ad una clausola statutaria o ad una delibera assembleare; menzionava alcune, poche, materie insuscettibili di essere delegate ⁽³⁾, e sanciva un seppur elementare e poco preciso regime di responsabilità per i pregiudizi causati da atti di *mala gestio* degli amministratori alla società, ai soci, o a terzi.

Ricco è il novero degli autori che orientarono i loro sforzi alla possibile soluzione dei problemi interpretativi ed applicativi che generava, in un siffatto contesto, l'assenza di una regolamentazione dettagliata e specifica sulla ripartizione in concreto dei compiti e delle responsabilità tra il consiglio e gli organi delegati ⁽⁴⁾. E le difficoltà traevano la loro origine proprio dal fatto che l'istituto della delega, pur concepito già come strumento imprescindibile per una razionale organizzazione dell'attività amministrativa endosocietaria, appariva connotato da una flessibilità eccessivamente ampia, frutto del largo spazio ceduto all'autonomia statutaria.

Peraltro, se con grande *favor* il legislatore del 1942 aveva accolto l'idea che fosse necessaria una settorializzazione nell'esercizio delle funzioni gestorie ed una conseguente maggiore snellezza e tempestività, al punto tale da assicurare all'istituto oggetto di trattazione la massima estensione possibile, si preoccupava di garantire, di contro, che ciò non comportasse un ridimensionamento, in negativo, del ruolo del consiglio di amministrazione in qualità di organo delegante, ma soprattutto in qualità di naturale depositario del potere amministrativo della società.

³ La specificazione delle poche materie insuscettibili di delega implicava la possibilità per gli amministratori di poter trasferire ad altri, esecutivi, la gestione della totalità delle restanti attribuzioni, ossia l'intera gestione dell'impresa sociale, con la conseguenza che avrebbero ben potuto circoscrivere le funzioni del consiglio di amministrazione ad un mero controllo sul generale andamento della gestione, alla redazione del progetto di bilancio, ovvero all'adozione delle misure necessarie ove il capitale avesse subito delle perdite. Ed in tal senso, CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 58 ss.; ID., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Tratt. s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, UTET, Torino, 1991, p. 298.

⁴ BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Nardini, Firenze, 1986, p. 57 ss.; CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, cit., p. 10 ss.; ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 75 ss.; CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 93 ss.; FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1952.

E allora, nell'impianto del codice civile di nuova costituzione, si era giunti ad un compromesso tra le due manifestate esigenze proprio nella testuale formulazione dei previgenti artt. 2381 e 2392 c.c., compromesso che era stato per larga parte ispirato dalle indicazioni della dottrina precedente alla codificazione del 1942 (⁵).

La prima norma, dal carattere certamente più succinto rispetto alla formulazione in vigore, si limitava a legittimare la facoltà per il c.d.a. di trasferire proprie competenze ad altri membri e di individuarne i limiti, a condizione che la facoltà medesima trovasse previsione nello statuto societario o in una delibera dell'assemblea (⁶); ed a menzionare le attribuzioni, dal numero decisamente circoscritto, che non potevano costituire oggetto di trasferimento.

Ma a ciascuno degli elementi del disposto normativo, erano strettamente connesse varie questioni, le quali venivano fatte oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel tempo, proprio per la scarsa attenzione che il legislatore vi aveva prestato.

Prima tra tutte, la questione concernente le "deleghe generali": nel silenzio della legge, era stata la dottrina, infatti, ad ammettere la possibilità che a costituire oggetto di trasferimento potesse essere la totalità delle attribuzioni proprie della competenza gestoria, fatta eccezione per quelle per le quali il divieto è espressamente

⁵ Era abbastanza frequente la pratica consistente nella costituzione di organi delegati all'interno del consiglio fin dalla vigenza del Codice di Commercio del 1882, che pure sanciva la possibilità di affidare <<per patto sociale o per deliberazione dell'assemblea generale...la parte esecutiva delle operazioni sociali>> ad un direttore <<estraneo al consiglio di amministrazione>>, il quale avrebbe assunto, dinanzi a soci e terzi la stessa responsabilità propria degli amministratori: v. SCIALOJA, *Rassegna critica della giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni*. I, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, Soc. ed. del Foro Italiano, 1928, 162. Ed anche con riferimento a tali pratiche, si manifestava problematico stabilire che posizione avessero gli amministratori privi di delega, o se per questi dovesse essere contemplato un esonero da responsabilità. La dottrina maggioritaria tendeva a riconoscere un generale dovere di vigilanza in capo a costoro (v. SALANDRA, voce *Società commerciali*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, UTET, Torino, 1940, p. 501; DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, UTET, Torino, 1938, p. 338); e tale orientamento trovava, poi, accoglimento nel successivo codice del 1942, quando il legislatore introdusse all'art. 2392 c.c. il generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione sociale in capo agli amministratori non investiti di un particolare ufficio.

⁶ E si riteneva che dovesse trattarsi di delibera dell'assemblea *ordinaria*: CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 299.

previsto nella norma ⁽⁷⁾; e qualcuno si era anche spinto ad affermare, addirittura, la presunzione che il contenuto della delega potesse essere l'intera gestione sociale, in mancanza di diverse e più specifiche indicazioni nell'atto di nomina degli organi delegati ⁽⁸⁾.

Ancora, sebbene il sistema si limitasse semplicemente a distinguere il regime di responsabilità degli amministratori a seconda che questi amministrassero collegialmente o individualmente mediante poteri delegati, nessun cenno si faceva invece all'ammissibilità delle "deleghe atipiche", o "interne", cioè delle deleghe relative all'ipotesi in cui, benché mancasse il consenso dei soci, gli amministratori potessero provvedere ugualmente a ripartirsi le competenze al loro interno.

Ebbene, la dottrina, quasi unanime, aveva risolto il problema ammettendo l'utilizzazione della delega anche in assenza di autorizzazione dei soci, poiché l'istituto avrebbe consentito di sfruttare al meglio le capacità e le competenze di ciascun membro, rendendo maggiormente apprezzabile il suo lavoro alla luce dell'interesse sociale ⁽⁹⁾.

Quanto, peraltro, all'oggetto delle deleghe interne, c'era chi sosteneva che esse dovessero attuarsi nei limiti delle materie delegabili di cui all'art. 2381 c.c. ⁽¹⁰⁾, chi, invece, che non potessero essere oggetto di trasferimento interno, senza il consenso dei soci, neppure le attribuzioni rientranti nella <<sfera politica della gestione sociale>> ⁽¹¹⁾. Ma, a dispetto di queste piccole divergenze di vedute, la dottrina riteneva anche, del tutto pacificamente, che il rilascio delle deleghe atipiche fosse ininfluenza ai fini della determinazione del regime di responsabilità degli amministratori, poiché la ripartizione di funzioni non autorizzata avrebbe

⁷ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., p. 101, nt. 64; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 59; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 120; FERRI jr., *Le deleghe interne*, in AA. VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Libonati, Milano Giuffrè, 1995, p. 196.

⁸ BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 177.

⁹ BORGIOI, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 731 ss; ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, op. cit., p. 105; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 290; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 225; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, op. cit., p. 154 ss; FERRI jr., *Le deleghe interne*, op. cit., p. 172.

¹⁰ GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, op. cit., p. 156.

¹¹ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, op. cit., p. 106.

assoggettato i consiglieri alla responsabilità *ex art.* 2392, comma 1, c.c., prevista per l'ipotesi della gestione collegiale ⁽¹²⁾.

Di opposto avviso era la giurisprudenza, che concludeva sempre nel senso della inammissibilità delle “deleghe atipiche”, e pertanto della responsabilità solidale dell'intero consiglio per gli atti posti in essere dagli organi delegati ⁽¹³⁾.

E, da ultimo, proprio con riguardo al necessario consenso dei soci per la regolamentazione delle modalità di composizione e funzionamento degli organi delegati, consenso da esprimere nell'atto costitutivo o in sede di riunione assembleare, altra questione sollevata dalla previgente normativa era giusto quella legata all'ampiezza dello spazio riconosciuto ai soci nel deliberare in materia di poteri delegati. Qui, differenti gli orientamenti dottrinali manifestatisi, nessuno dei quali, tuttavia, idoneo a valorizzare la portata della possibile lettura della norma.

Nello specifico si discuteva, fino a che punto avrebbe potuto spingersi la collettività dei soci nel deliberare sulla composizione ed il funzionamento degli organi delegati, nel rispetto del sistema di amministrazione legalmente disciplinato.

Secondo alcuni, erano da ritenersi illegittime clausole statutarie, quali quelle che prevedevano l'obbligatorietà della nomina di organi delegati, o che predeterminavano i soggetti destinatari dei poteri delegati, poiché queste avrebbero finito per sottrarre al consiglio la facoltà di revocare la delega o gli organi delegati stessi; quindi avrebbero inciso sul disposto legislativo, compromettendo l'esercizio dei doveri di vigilanza e di intervento che la legge poneva in capo agli amministratori privi di delega. Quei doveri – si argomentava – erano, peraltro, posti a garanzia del buon funzionamento dell'organo amministrativo nella sua collegialità, e costituivano un contrappeso al potere degli organi delegati, essendo finalizzati ad evitare l'esercizio di un'attività delegata fuori da ogni controllo ⁽¹⁴⁾. Si reputavano, di

¹² ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, op. cit., p. 106, nt. 76, in cui afferma la necessità di una diretta relazione tra <<l'attenuazione dell'obbligo di vigilanza disposto dall'art. 2392 c.c.>> ed <<il consenso previsto dai soci al conferimento della delega>>.

¹³ Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, 328, ove si legge <<sono inammissibili deleghe atipiche o di fatto, attuate attraverso una mera ripartizione di compiti e comportanti, 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 cui il metodo collegiale è strumentale>>; Cass., 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giur. it.*, 2004, 557.

¹⁴ CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, op. cit., p. 146 ss; ID., *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 302.

contro, legittime clausole statutarie il cui contenuto fosse limitato alla regolamentazione delle competenze, o dei criteri di organizzazione e funzionamento dei consiglieri delegati.

A fronte di tale orientamento, molti altri, di opposto avviso, sostenevano la piena autonomia dell'intervento dei soci nella gestione del potere delegato, al punto da legittimare le clausole statutarie che sottraevano al c.d.a. la facoltà di nomina degli amministratori delegati ⁽¹⁵⁾. Ed altri ancora, continuando su questo filone, aggiunsero che un tale assetto non avrebbe alterato la disciplina così come era stata concepita dal legislatore, dal momento che gli amministratori deleganti, anche se avessero perso la facoltà di revoca degli organi delegati e dei relativi poteri, non avrebbero certo perso il potere di sostituirsi agli organi medesimi e di intervenire per impedire il compimento di atti pregiudizievoli ⁽¹⁶⁾.

Nella varietà delle opinioni manifestate, la maggior parte degli autori dimostrava, però, di non avere sufficiente consapevolezza delle implicazioni che derivavano dal riconoscimento di ampio potere ai soci, pur mantenendo comunque un certo grado di sensibilità nel rispettare la dimensione unitaria e collegiale della gestione sociale, cosciente che la privazione del consiglio collegialmente inteso dei poteri di controllo, in presenza di delega, lo avrebbe spogliato della posizione di supremazia nei confronti dei destinatari della stessa ⁽¹⁷⁾.

Quanto, poi, all'art. 2392 c.c. – l'altra norma cardine nella disciplina della delega e di tutte le sue implicazioni in punto di responsabilità – sembrava che la presenza nel dettato normativo, al comma 2, di un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione – del quale oggi non si fa più alcuna menzione – e della responsabilità conseguente alle omissioni degli amministratori nel mancato impedimento di fatti pregiudizievoli per la società commessi dai delegati, escludeva la possibilità di configurare la responsabilità solidale in capo ai consiglieri privi di delega ai sensi dell'art. 2392, comma 1, c.c., ma non li rendeva certo del tutto esenti.

¹⁵ FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, op. cit., 1952, p. 37; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Milano, 1985, p. 47 ss, nt 89 e 90; CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 96.

¹⁶ BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 137.

¹⁷ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 32.

Benché, infatti, il legislatore volesse introdurre un regime di favore per gli amministratori deleganti, dal grado di responsabilità sicuramente attenuato e meno severo ⁽¹⁸⁾, certamente non avrebbe dovuto e potuto consentire loro di trovare una scorciatoia per fuggire alle proprie responsabilità ⁽¹⁹⁾, a maggior ragione in un sistema imperniato sulla dimensione collegiale dell'organo amministrativo, ove è previsto il coinvolgimento di tutti nella gestione societaria.

Pertanto, da un lato, qualche autore, applicandosi ai profili applicativi della normativa, si era pronunciato a favore di una lettura unitaria dell'art. 2392 c.c., ed aveva manifestato l'idea che il dovere di vigilanza di cui al comma 2 dovesse essere interpretato unitamente ai doveri che sono imposti a tutti gli amministratori ai sensi del comma 1; rappresentava anzi l' «esteriorizzazione dei doveri che sono imposti dalla legge o dall'atto costitutivo a tutti gli amministratori e che non possono venir delegati» ⁽²⁰⁾. Ciò avrebbe implicato che, se la responsabilità degli amministratori era diretta conseguenza dell'inadempimento degli obblighi loro imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, anche l'inadempimento del dovere di vigilanza doveva essere letto nella stessa prospettiva, rappresentando esso il tipo di condotta richiesto ai consiglieri deleganti nelle materie di propria competenza.

Reagendo contrariamente a questa dottrina minoritaria, si è sostenuto, di contro, da parte di molti altri che la norma in esame prescriveva «un autonomo dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, indipendentemente da ogni altro dovere degli amministratori» ⁽²¹⁾. Infatti, lungi dal considerare che i doveri di vigilanza ed intervento potessero essere «obblighi nuovi» derivanti dal conferimento della delega ⁽²²⁾, essi avrebbero rappresentato una manifestazione del più generale dovere di amministrare posto a carico di ciascun membro del c.d.a., dunque del principio generale secondo cui tutti gli amministratori sono chiamati a

¹⁸ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Milano, 1957, p. 442; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, X, 3, UTET, Torino, 1987, p. 713.

¹⁹ Affermavano che la previsione del generico dovere di vigilanza sull'andamento della gestione fosse finalizzata ad impedire uno «svuotamento» dei poteri e delle responsabilità proprie dell'organo di amministrazione, FRE' – SBISA', *Della società per azioni*, 1, *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli – Soc. ed. del foro italiano, Bologna - Roma, 1997, p. 842; DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. Soc.*, 1981, 82.

²⁰ MURTULA, *Sul dovere di vigilanza degli amministratori di società di capitali (art. 2392, comma 2, c.c.)*, in *Dir. Fall.*, 1968, I, p. 69 ss.

²¹ Esemplicativamente, CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, cit., p. 87.

²² BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 214, e nt 118.

gestire l'impresa sociale, ed il concorso di ognuno di loro si realizza in diversi modi: per i delegati direttamente, per i deleganti indirettamente, vigilando sull'operato dei primi.

Ulteriore argomento connesso alla disposizione *de qua* – indirettamente, a causa del silenzio del legislatore –, il dibattito vertente sull'opportunità che tra gli amministratori fosse garantito uno scambio di informazioni tale da attribuire un potere di acquisizione delle notizie in capo ai deleganti, ed un corrispondente dovere di fornirle in capo ai delegati. Varie le questioni di volta in volta dibattute: se il potere individuale di informazione potesse spettare a ciascun singolo amministratore, o all'organo collegialmente considerato; e nell'ambito della prima ipotesi, se ciascun amministratore avrebbe potuto esercitarlo, o meno, anche al di fuori delle riunioni consiliari, o senza l'autorizzazione del consiglio ⁽²³⁾.

Un passo avanti sul tema fu fatto con l'emanazione della comunicazione della Consob, nel 1997, che nel dettare <<raccomandazioni in materia di controlli societari>>, introduceva il dovere, in capo agli organi delegati, di fornire <<un resoconto sull'attività svolta nell'esercizio delle deleghe>> con cadenza periodica. Ed ancor prima la Banca d'Italia aveva suggerito di impennare l'assetto organizzativo interno delle società bancarie su un adeguato scambio di informazioni tra il consiglio ed i delegati.

Questi orientamenti sono stati recepiti dal legislatore del t.u.f. per quanto riguarda le società quotate, ma al contempo sono stati anche valutati favorevolmente dalla dottrina, sul presupposto che una costante circolazione di informazioni avrebbe permesso di assolvere il generale dovere di vigilanza di cui all'art. 2392 c.c. in modo più consapevole ⁽²⁴⁾.

²³ FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, op. cit., p. 667, partendo dal presupposto che ciascun amministratore non ha poteri di alcun tipo al di fuori del contesto consiliare, neppure quello di consultare i documenti sociali, sostiene che per ciò stesso non può chiedere informazioni agli organi delegati al di fuori del collegio. D'altro lato, GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, I, 3 ss. riconosceva che il potere di informazione, seppur spettasse individualmente ad ogni consigliere, non potesse essere esercitato autonomamente, non tenendo conto dei <<vertici della struttura operativa della società>>.

²⁴ RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. Soc.*, 1997, 768; PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 1997, 746 ss. Non è mancato tuttavia chi, pur ritenendo presupposto per una più efficace opera di controllo il dovere dei delegati di rendere informazioni al consiglio, ha evidenziato come ciò avrebbe potuto implicare <<il rischio di un ultroneo ed abnorme coinvolgimento in responsabilità degli amministratori non

Questo il sistema anteriore alla riforma del diritto societario. Un sistema intriso di imprecisioni ed ambiguità. Da una mera ricognizione delle norme citate – che, ai fini della materia che a noi interessa, vanno lette in combinato disposto – non ci si impiega molto a desumere l'esistenza di una contraddizione interna al sistema: come si può arrivare ad affermare che l'utilizzo delle deleghe gestorie può giungere a prevedere financo il trasferimento, non di singole funzioni, ma dell'intera gestione societaria in capo agli amministratori delegati e/o al comitato esecutivo, affermando nello stesso tempo che gli amministratori deleganti mantengono una propria personale responsabilità anche rispetto alle attribuzioni delegate, sebbene attenuata rispetto a quella di cui all'art. 2392, comma 1, c.c., senza però preoccuparsi di stabilire le specifiche condizioni mediante cui essi avrebbero potuto assolvere alle funzioni loro affidate ⁽²⁵⁾?

Il sistema così strutturato, cioè, si contraddiceva nella misura in cui, pur volendo contemplare una “graduazione” della responsabilità ⁽²⁶⁾ rispetto a membri del consiglio di amministrazione lasciati estranei alla gestione dell'impresa societaria a causa del conferimento delle deleghe, di fatto conduceva a considerare le responsabilità dell'intero c.d.a. in maniera unitaria, poiché il riconoscimento della responsabilità in capo agli organi delegati induceva tendenzialmente a riconoscere una corrispondente responsabilità in capo a tutti gli altri amministratori, seppur privi di potere gestorio, in assenza di puntuali indicazioni sulle loro specifiche prerogative.

Le considerazioni sin qui esposte sono emerse dagli approcci dottrinali e giurisprudenziali al tema delle deleghe di poteri e delle relative responsabilità, che in prevalenza tendevano a leggere congiuntamente gli artt. 2381 e 2392 c.c., ed a considerare in modo unitario il relativo regime.

Era inevitabile che l'interprete, in un siffatto sistema, si muovesse entro ampi margini di discrezionalità nella valutazione della responsabilità degli amministratori

delegati>>: così MONTALENTI, *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. Soc.*, 1997, p. 730.

²⁵ Propendevano per l'esclusione del vincolo di solidarietà previsto dall'art. 2392, comma 1, c.c. in capo agli amministratori privi di poteri delegati BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 42 ss; CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, cit., p. 83; BORGIOLI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1978, 1075.

²⁶ Espressione utilizzata da DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, op. cit., 82.

non delegati, poiché, essendo labile il confine disegnato dalla normativa tra responsabilità dei delegati e responsabilità dei deleganti, finiva spesso col formulare un'imputazione generalizzata ed automatica dei danni cagionati, indistintamente a tutti i componenti dell'organo amministrativo.

Questo ciò che emerge dall'esame della giurisprudenza, la quale sempre più spesso, quando chiamata a giudicare la condotta omissiva o negligente di un amministratore delegato, finiva col presumere la violazione del dovere di vigilanza da parte degli amministratori deleganti (²⁷). La responsabilità dell'organo amministrativo – secondo quanto emerge dalle pronunce della Corte – andava ricollegata non solamente alla diretta partecipazione al compimento delle concrete operazioni sociali pregiudizievoli, ma anche all'omissione dei doveri di vigilanza che, nel caso di amministrazione pluripersonale, incombevano su ciascun amministratore a norma dell'art. 2392 c.c., conservando comunque questi ultimi la facoltà di ingerirsi nell'attuazione delle materie delegate (²⁸).

Peraltro, sebbene la norma sancisse in generale il dovere di vigilanza e di intervento dei consiglieri in presenza di delega, né provvedeva, poi, a specificare le regole relative all'espletamento di tali doveri, né indicava di quali poteri gli amministratori disponevano per l'adempimento degli stessi.

La verità è che, con ogni probabilità, la lacunosità del sistema anteriore alla riforma trova la sua spiegazione in tutta una serie di fattori strettamente connessi al contesto temporale nel quale la codificazione del 1942 ha trovato nascita. La formulazione testuale originaria, *in primis*, riservava una posizione prioritaria, in materia di diritto societario, all'assemblea dei soci – organo deputato all'espressione della volontà sovrana dei soci – piuttosto che all'organo amministrativo, a cui erano invece dedicate poche norme volte a reprimere gli abusi e i comportamenti opportunistici dei suoi membri (²⁹). *In secundis*, a fronte della nascita di assetti societari sempre più corposi dal punto di vista dimensionale, il codice si sviluppava, invece, in un contesto caratterizzato dalla presenza di piccole e medie imprese societarie, contesto che, quindi, esulava dalle problematiche proprie della moderna

²⁷ Cass., 24 marzo 1998, n. 3110; principi poi ripresi in Cass., 13 gennaio 2004, n. 269; Cass., 29 agosto 2003, n. 12696.

²⁸ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 442; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 41 ss.

²⁹ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., nt. 91.

economia industriale, e che manifestava una maggiore tendenza ad accentrare l'esercizio delle funzioni gestorie, invece che a decentrarle mediante la delega ⁽³⁰⁾; infine, si faceva fatica a maturare una concezione individualistica dell'organo gestorio, essendo radicata presso la dottrina e la giurisprudenza l'idea tradizionale che il destinatario delle funzioni amministrative sia l'organo considerato nella sua collegialità, e non il singolo di membro di esso.

Tutto ciò indubbiamente ostacolava l'istituto della delega nel pieno spiegamento dei suoi effetti, nei termini dell'affidamento a terzi dell'esercizio della gestione societaria, trasferendo contestualmente incombenze e responsabilità. Soprattutto se, in prospettiva comparatistica, veniva posto in relazione ai nuovi assetti che si andavano affermando nelle altre esperienze giuridiche, ove di fatto l'attenzione si spostava sempre di più sulla necessità di un rafforzamento delle funzioni di controllo mediante il riconoscimento di poteri sempre più incisivi in capo ai relativi consiglieri. Nei sistemi giuridici ove il modello di amministrazione era di tipo unitario (*one-tier board system*), peraltro, si iniziava a valorizzare e rafforzare il ruolo dei cc.dd. "amministratori non esecutivi" attraverso la previsione di regole volte a garantire la loro indipendenza (*independent non-executive directors*) – regole inserite soprattutto nell'ambito dei codici di buona condotta – ed, in alcuni casi, a riservare a costoro almeno la metà dei posti disponibili nel *board*.

Gli assetti e le considerazioni suesposte, insomma, orientavano la riflessione sempre più verso la separazione delle funzioni di gestione rispetto a quelle di controllo ⁽³¹⁾ – e non è un caso che questi stessi sono i temi su cui si suggeriva una riforma da parte della legge delega n. 366 del 2001 – ed imponevano un ripensamento della disciplina in tema, specie in termini di maggiore coerenza per ciò che concerne il ruolo degli amministratori non delegati ⁽³²⁾.

³⁰ FERRI, *La disciplina delle società nel Codice di Commercio del 1882*, in *1882-1892. Cento anni dal codice di commercio*, Giuffrè Milano, 1982, 105.

³¹ MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 2, Cedam Padova, 2004, 232 ss; ID, *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno*, in *Riv. soc.*, 2002, 826 ss; DE MARI, *La quotazione di azioni nei mercati regolamentati: profili negoziali e rilievo organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2004, 118.

³² ABBADESSA, *Intervento*, in *Costituzione, finanziamento, strutture dell'organo amministrativo e legge di riforma delle società di capitali*, Atti della Tavola Rotonda, Palermo, 10-11 maggio 2002, Ed. Salerno, Palermo, 2002, 64.

1.1. *Le peculiarità della regolamentazione normativa dopo la riforma del diritto societario.*

La riforma delle società di capitali ha dato il suo contributo al diritto societario in vari modi: a volte provvedendo ad introdurre istituti nuovi; altre volte inserendo istituti già esistenti nell'impianto codicistico in contesti nuovi, o modificati; altre volte ancora ridisegnando l'intera disciplina dal punto di vista sistematico ed operativo; infine – e non sono mancati casi – limitando il suo intervento alla mera correzione di una regola, all'accoglimento di un'interpretazione, o alla legittimazione di una prassi (³³).

Di questa stessa prospettiva risente anche quel complesso di regole sulla delega del potere gestorio, pure oggetto di riforma: anche sul tema, cioè, il legislatore ha innovato in modo sensibile alcuni profili, ma, relativamente ad altri, si è limitato a marginali interventi volti a rendere precisazioni opportune, o ad accogliere soluzioni interpretative consolidate.

Intanto, per ciò che concerne la *sedes materiae*, in continuità con il codice del 1942, essa resta l'art. 2381 c.c.; ma i soli due commi che costituivano il disposto *ab origine* finiscono col diventare sei.

L'intervento riformatore prende corpo su più piani. Conferma l'impianto normativo relativo alle modalità di conferimento della delega ed accresce il novero delle attribuzioni non suscettibili di costituire oggetto di delega; altresì, da chiarimenti e soluzioni alle problematiche emerse sotto la vigenza della vecchia normativa, come accade per l'esplicito riconoscimento di un potere di direttiva in capo ai consiglieri deleganti in seno al c.d.a.; disciplina in modo rigido e dettagliato la ripartizione delle competenze gestorie nei rapporti interorganici tra deleganti e delegati; ed introduce espressamente il potere-dovere di informazione per i membri del consiglio.

Strettamente correlato alla suesposta operazione riformatrice, è il ripensamento del dato testuale di cui all'art. 2392 c.c., dal quale sparisce ogni riferimento al generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione, sostituito dal richiamo ai poteri-doveri di cui all'art. 2381, comma 3, c.c.

³³ CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Le Società*, 2003, I, 801.

Tale ultimo cambiamento è stato definito da alcuni come una mera operazione di carattere aritmetico, in base alla quale ciò che si è tolto all'art. 2392 c.c. è stato aggiunto all'art. 2381 c.c. (³⁴); mentre secondo altri, il legislatore ha trasfuso il contenuto del previgente art. 2392 c.c. nell'art. 2381 c.c. (³⁵). Ma, a prescindere dalla divergenza di tali interpretazioni, ciò che l'intervento del legislatore ha permesso di segnalare è che la responsabilità degli amministratori deleganti deve obbedire a regole diverse rispetto a quelle dei consiglieri provvisti di delega (³⁶), ma soprattutto viene a trovare un fondamento più solido di quello che si identificava nella "*culpa in vigilando*" (³⁷), poiché <<è molto meglio che gli amministratori non esecutivi si concentrino su un compito importante e assolvibile (quello del controllo degli assetti) piuttosto che disperdere le loro forze nel tentativo di assolverne uno impossibile (quello del controllo delle singole operazioni societarie)>> (³⁸).

Prima di procedere oltre, è opportuno soffermare l'attenzione su alcune delle questioni che, più delle altre, hanno animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sotto il vigore della precedente regolamentazione normativa, e che sono state *supra* menzionate, appunto in relazione al previgente contesto.

³⁴ CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contr. Impr.*, 2003, 153, nt 22.

³⁵ CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 803.

³⁶ BONELLI, *L'amministrazione della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 708.

³⁷ MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 95/1.

³⁸ CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, op. cit., 154.

1.1.1. (segue): *il consenso dei soci alla delega di poteri.*

E' chiaro che il conferimento delle deleghe gestorie rientra nella competenza del consiglio di amministrazione, per ciò che concerne la determinazione del suo oggetto e la definizione dei limiti e delle eventuali modalità di esercizio, ai sensi dell'art. 2381, comma 3, c.c.

E' il c.d.a., dunque, che può materialmente scegliere e nominare i componenti delegati tra gli stessi membri del consiglio, e fissare la "struttura" dell'organo delegato, quando questo sia pluripersonale.

Tuttavia, a monte, il conferimento della delega da parte del consiglio è il risultato di una <<fattispecie a formazione progressiva, i cui passaggi costitutivi sono appunto rappresentati dall'autorizzazione statutaria o assembleare, dalla deliberazione di conferimento da parte dell'organo collegiale e dall'accettazione della carica da parte dei componenti del consiglio chiamati ad assumere le funzioni delegate>> (³⁹).

Emerge con tutta evidenza, pertanto, come la legittimità della delega (legittimità intesa come conformità al modello legale prestabilito) venga a dipendere da una preventiva determinazione dei soci che l'autorizzi.

Anche la scelta di procedimentalizzare il modello di costituzione degli organi delegati necessita, però, di alcune riflessioni.

La norma rivisitata, l'art. 2381, comma 2, c.c., si pone in linea di continuità con la formulazione testuale precedente quanto al contenuto; se ne differenzia per la sostituzione della locuzione <<atto costitutivo>> con quella di <<statuto>>, indubbiamente più pertinente poiché lo statuto è l'atto contenente le clausole relative al funzionamento della società (⁴⁰). D'altra parte, sembrano potersi desumere proprio dall'attuale dettato codicistico degli spunti, che si prestano ad essere utilizzati per dimostrare il ruolo primario che lo statuto riveste: basta osservare il testo dell'art. 2381, comma 5, c.c. laddove si riferisce alla cadenza temporale fissata dallo *statuto*,

³⁹ MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 96/I.

⁴⁰ D'altra parte, il riferimento allo "statuto" è elemento di novità che permea l'intera riforma delle società per azioni, e risulta più appropriato, essendo lo statuto il documento comprensivo delle regole concernenti il funzionamento e l'organizzazione dell'ente sociale, come sostenuto da ROMANO, *Art. 2381*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli Torino, 2003, 405.

come criterio in base al quale gli organi delegati possono assolvere ai doveri informativi.

E' quindi la disciplina statutaria la sede principale nella quale i soci possono esprimere la loro volontà sull'introduzione del sistema delega.

Nondimeno, la citata norma contempla anche un generico riferimento all'«assemblea» ai fini del consenso per l'esercizio della delega, ma non dà, ancora una volta, soluzione alla questione se sia sufficiente una delibera dell'assemblea ordinaria, o se occorra che l'esercizio della delega sia autorizzato dall'assemblea in sede straordinaria.

La dottrina *post-riforma* ⁽⁴¹⁾ si è assestata in continuità con quella *ante-riforma*, ed in più occasioni ha ribadito che il consenso all'introduzione dell'istituto della delega nell'assetto societario possa essere deliberato dall'assemblea ordinaria; e muove dalla considerazione che, quando la legge, pur riferendosi all'organo assembleare, ometta di indicare se si tratta di assemblea ordinaria o straordinaria, la competenza debba essere attribuita all'assemblea in sede ordinaria ⁽⁴²⁾. D'altra parte, la soluzione troverebbe convalida all'art. 2365, comma 1, c.c., quando prevede che l'assemblea straordinaria delibera «su ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza», riconoscendo che in assenza di diverse indicazioni è competente l'assemblea ordinaria.

Di fatto, stante l'importanza del coinvolgimento dei soci nell'assunzione delle decisioni relative alle modalità di espletamento dell'incarico gestorio – di tutta evidenza, dal momento che il modello dell'amministrazione delegata non può essere adottato senza la previa autorizzazione dei soci – alla fine, il dilemma sulle modalità di composizione dell'assemblea ai fini di detta delibera non va sopravvalutato ⁽⁴³⁾, poiché esso assume rilievo esclusivamente al solo scopo di individuare quali siano le maggioranze richieste per l'introduzione della delega, o quale sia l'*iter*

⁴¹ GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, 1, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Cedam Padova, 2006, 456.

⁴² ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3*, Utet Torino, 1994, 3, 17.

⁴³ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Utet, Torino, 2006, nt. 1.

procedimentale: certamente, infatti, ove si tratti del potere autorizzatorio dell'assemblea ordinaria, esso agevolerebbe il ricorso alla delega.

Le deviazioni cui la disciplina in esame potrebbe condurre sul piano procedimentale indirizzano ad altra questione, quella relativa all'ammissibilità delle "deleghe atipiche" ed al regime di responsabilità ad esse conseguente, pure essa affrontata da dottrina e giurisprudenza sotto il vigore del codice abrogato.

Brevemente, a titolo rievocativo, la prima si esprimeva sul versante dell'ammissibilità del conferimento di attribuzioni consiliari pur in assenza di preventiva determinazione statutaria o dell'assemblea, e sulla necessità che ad un siffatto sistema connotato da "informalità" dovesse ricollegarsi il regime di responsabilità solidale *ex art. 2392 c.c.* ⁽⁴⁴⁾. La giurisprudenza, di contro, ribadiva l'inammissibilità di deroghe al regime delle responsabilità così come delineato dall'art. 2392 c.c., precisando che, piuttosto, <<la condotta omissiva per affidamento a terzi, lungi dal comportare esclusione di responsabilità, può costituire invece ammissione dell'inadempimento dell'obbligo di diligenza e vigilanza>> ⁽⁴⁵⁾.

Alla domanda, se in qualche modo la riforma del diritto societario abbia contribuito a dare indirizzo univoco alla vicenda, la risposta potrebbe essere positiva. Intanto, non sembrano emergere dalla norma argomenti testuali contrari al riconoscimento della prassi *de qua*. Se si pensa che il legislatore al primo comma dell'art. 2392 c.c. ha disegnato un regime di responsabilità solidale per gli amministratori, fatta eccezione per l'ipotesi in cui si tratti di <<attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori>>, e che nell'ambito di tale ultima eccezione possa farsi rientrare anche il caso della "delega atipica", in cui il conferimento si sia realizzato "in concreto", in assenza di determina autorizzativa dei soci ⁽⁴⁶⁾, la fattispecie troverebbe pieno riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento, con conseguente esonero

⁴⁴ Si veda p. 14, nt. 9.

⁴⁵ Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, 324. Poi ripreso da Cass., 29 agosto 2003, n. 12696 in *Le società*, 2003, 1481.

⁴⁶ Interpretazione ormai consolidata presso la dottrina, che osserva come <<il potere...di delegare i poteri esecutivi rappresenta ormai una prerogativa propria del consiglio di amministrazione, che può esercitarla a prescindere da qualunque autorizzazione da parte dei soci>>: FERRI *jr.*, *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 631; NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, 5, Giuffrè Milano, 2003, 30.

dalla regola della solidarietà per le suddivisioni interne di funzioni, e previsione di un regime di responsabilità esclusiva del singolo amministratore ⁽⁴⁷⁾.

Alla luce della novellata disciplina, assume rilievo, da ultimo, l'ulteriore questione della ripartizione di competenze tra l'assemblea e gli amministratori, ed i limiti di ammissibilità e legittimità delle clausole statutarie in tema di poteri delegati.

Rispetto ad un sistema anteriore, in cui l'assenza di una rigida determinazione delle attribuzioni tra assemblea e amministratori induceva ad una certa libertà nell'esercizio delle relative competenze ⁽⁴⁸⁾, l'attuale sistema è stato congegnato in modo tale che il dato normativo non lasci adito a dubbi nel prevedere la rigida ripartizione delle relative attribuzioni: all'organo amministrativo spetta la gestione dell'impresa sociale, pertanto il compimento di tutti gli atti necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale; all'assemblea spetta adottare le delibere finalizzate ad autorizzare il compimento dei predetti atti da parte degli amministratori (art. 2364 c.c.).

Pertanto, se l'intervento dei soci, nella nuova disciplina, si compendia esclusivamente nella concessione di autorizzazioni – e non più nell'esercizio di poteri decisori – non v'è ragione di ritenere che possa essere sottratta agli amministratori la facoltà di nomina degli organi delegati per attribuirli all'assemblea ⁽⁴⁹⁾.

E' certo, però, che tale facoltà debba essere preceduta dall'autorizzazione assembleare. E che detta autorizzazione potrebbe implicare la possibilità per l'organo chiamato a concederla di prevedere dei limiti: ad esempio, che la delega non possa

⁴⁷ La dottrina è consolidata anche nel ritenere ormai che l'art. 2392 c.c. non opererebbe più differenze sotto il profilo delle responsabilità tra esercizio della delega autorizzata e non: ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 509; VASSALLI, *Art. 2392*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Nicolini e Stagno d'Alcontres, II, art. 2380-2448 c.c., Jovene, Napoli, 2004, 683; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso, Utet, Torino, 2006, 371; VENTORUZZO, *Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 371 ss.

⁴⁸ CABRAS, *La forma d'impresa*, Torino, 1995, 221 ss; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 299 ss.

⁴⁹ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 509.

superare determinati ambiti, o che il delegato scelto dal c.d.a. debba conseguire il *placet* dell'assemblea medesima (⁵⁰).

In tali circostanze, quindi, resta ferma l'attribuzione del potere di nomina al consiglio, ma il suo esercizio risulta condizionato dall'autorizzazione assembleare.

E tale interferenza non va neppure ad incidere sul potere di revocare gli organi delegati, sempre di spettanza del consiglio, il quale potrà esercitarlo in qualsiasi momento, provvedendo alla sostituzione dell'esecutivo revocato con altro per il quale occorrerà acquisire, analogamente, il *placet* dell'assemblea. Nulla vieta, tuttavia, che lo stesso risultato possa essere conseguito anche dall'assemblea, attraverso la eliminazione del consenso dei soci alla delega: l'esplicito e ripetuto diniego del *placet* rispetto alla scelta dei delegati, ad esempio, potrebbe rendere l'autorizzazione inoperante e paralizzare il potere del consiglio di avvalersi della delega (⁵¹).

1.1.2. (segue): attribuzioni delegabili e limiti della delega.

Nel regime previgente, non mancavano voci della dottrina che asserivano che, fuori dal raggio delle attribuzioni nominativamente indicate come insuscettibili di delega all'art. 2381, comma 4, c.c., tutte le altre avrebbero potuto costituire oggetto di trasferimento; non vi sarebbero stati limiti allo *spatium delegandi*, il quale avrebbe potuto quindi estendersi dalle singole funzioni amministrative all'intera gestione dell'impresa sociale (si parlava, in tale ultimo caso, di *deleghe generali*), prassi frequente nelle società azionarie di notevoli dimensioni.

Soltanto con il tempo si è iniziato a riflettere sull'idea che, se fosse effettivamente possibile l'affidamento di tutte le prerogative gestorie agli organi delegati, il consiglio di amministrazione risulterebbe vuotato dei suoi poteri e delle sue funzioni di gestione attiva, finendo col diventare un semplice organo di controllo sull'operato dei delegati. E questo ruolo non sarebbe certo compatibile con i caratteri

⁵⁰ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1076.

⁵¹ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1077.

propri del sistema di *governance* societaria, elaborati sia nel nostro ordinamento giuridico, sia in chiave comparatistica (⁵²), i quali tendono piuttosto a valorizzare la dimensione collegiale e attiva dell'organo amministrativo.

E ad ogni modo, un ridimensionamento della piena libertà di delegare la competenza gestoria si rinviene proprio nella previsione di una serie di attribuzioni non delegabili, *ex art.* 2381, comma 4, c.c., che dal 2004 troviamo arricchita di tre nuove materie: alle competenze “tradizionali” relative alla redazione del bilancio, all'aumento delegato del capitale sociale, ed agli adempimenti connessi alla riduzione del capitale sociale per perdite ed alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, si aggiungono quelle concernenti l'emissione di obbligazioni convertibili, e la redazione dei progetti di fusione e di scissione.

Si conferma, pertanto, l'impostazione previgente – specie nella forma, consistente in un mero catalogo di materie – ma, dai confini ampliati (⁵³).

Difficile comprendere perché proprio quelle materie, nonché il *leitmotiv* di vicende eterogenee quali quelle menzionate. E in dubbio resta anche il carattere tassativo dell'elencazione, rispetto alla possibilità di integrarla con altre materie; e, se così fosse, in base a quali criteri. Le due questioni sono connesse.

Quanto alla prima, indicazioni utili non possono trarsi dai lavori preparatori.

Probabilmente, però, trattasi di temi, tutti capaci di incidere fortemente sulla vita societaria, e che trovano in ciò la giustificazione del rafforzamento della funzione ponderatoria a scapito della rapidità decisionale (⁵⁴).

⁵² Le riflessioni sul tema sono state affrontate nell'esperienza belga da WYMEERSCH, *Le débat belge relatif au “corporate governance”*, in *Riv. Soc.*, 1999, 314; nell'esperienza spagnola da ESTEBAN VELASCO, *La renovacion de la estructura de la administracion en el marco del debate sobre el gobierno corporativo*, in Esteban Velasco, *El Gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, Barcellona, 1999, 180; nell'esperienza francese da GUYON, *La “corporate governance” en droit français*, in *Riv. soc.*, 1999, 28 ss; nell'esperienza del Regno Unito da CHEFFINS, *Company law. Theory, structure and operation*, Clarendon, Oxford, 1997, 603.

⁵³ Parziali differenze nel catalogo delle materie è dato rinvenire nella disciplina codicistica relativa alle società a responsabilità limitata, ed alle società cooperative. Nel primo caso, sono escluse dal catalogo dell'indelegabilità le materie del prestito obbligazionario – per ragioni ovvie, legate al tipo societario – e della riduzione del capitale sociale per perdite, poiché tale ultima attribuzione è una prerogativa intrinsecamente connessa ai doveri d'ufficio che gravano su ciascun amministratore e che, in quanto tale, non può essere trasferibile mediante delega: v. BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 103. Quanto alle società cooperative, oltre alle attribuzioni menzionate all'art. 2381 c.c., è esclusa la delega anche per i <<poteri in materia di ammissione, di recesso, e di esclusione dei soci>>, e per le <<decisioni che incidono sui rapporti mutualistici con i soci>>: anch'esse trovano la loro giustificazione nel fine mutualistico che caratterizza la gestione del tipo societario in esame.

La dottrina anteriore, infatti, tendeva ad individuare il tratto comune delle materie indelegabili nella circostanza che esse fossero connotate da una valenza tipicamente organizzativa (⁵⁵).

Solo di recente, si è provato invece a spiegare che il legislatore della riforma ha voluto introdurre, come ulteriori limiti alla delega, parametri decisivi per la vita sociale che non erano inclusi nella disposizione *ante-riforma* sol perché introdotti nel codice civile a seguito di leggi sopravvenute (⁵⁶).

Nell'uno e nell'altro caso, tuttavia, ugualmente non si riesce a spiegare la *ratio* di tali divieti, rispetto ad altre materie che, pur avendo la stessa rilevanza, non sono state incluse nell'elencazione di cui al comma quarto.

Anche la seconda questione resta ancora aperta. Tantissimi sono gli autori che reputano di dover attribuire carattere “chiuso” al catalogo di cui all'art. 2381, comma 4, c.c., pur dovendo contemplare, tuttavia, un'eccezione per le attribuzioni di cui all'art. 2365, comma 2, c.c.: attribuzioni che vengono trasferite dall'organo assembleare a quello amministrativo, e per le quali è quindi esclusa la possibilità di delegare agli esecutivi, poiché si tratterebbe di una *sub-delega* (⁵⁷).

Ma, d'altro canto, si è anche discusso sull'opportunità di poter estendere il catalogo ad altre fattispecie relative a prerogative da ricondurre alla collegialità del consiglio, sia in considerazione delle nuove competenze attribuite dalla riforma all'organo amministrativo, sia in considerazione di quelle introdotte da leggi speciali: è così il problema si era manifestato, per esempio, in tema di adozione del regolamento sulle cc.dd. operazioni con parti correlate (⁵⁸), ovvero di approvazione

⁵⁴ ROMANO, *Art. 2381*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs.17 gennaio 2003*, n. 6, op. cit., 406.

⁵⁵ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, op. cit., p. 101, nt. 64; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 59; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, op. cit., p. 120; FERRI jr., *Le deleghe interne*, op. cit., p. 196.

⁵⁶ NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 32.

⁵⁷ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 230 ss.; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 98/I; DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, artt. 2380-2396 c.c., Egea, Milano, 2005, 120; NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 32 ss.

⁵⁸ Ad escludere la delegabilità su questo tema, VENTORUZZO, *Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma*, op. cit., 523 ss.

della relazione sulla *corporate governance* ai sensi dell'art. 124-*bis* t.u.f. (⁵⁹), o di nomina del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili ai sensi dell'art. 154-*bis* t.u.f., quando sia lo statuto societario ad attribuirle all'organo di amministrazione (⁶⁰).

Ad ogni modo, sebbene non si riesca a pervenire a conclusioni propriamente coerenti, si può provare a dare composizione alla controversa questione.

Intanto, è bene escludere qualsiasi discussione in merito alla delegabilità di materie in cui l'organo amministrativo ha il dovere di assicurare la legittimità interna del funzionamento della società.

Tuttavia, se è intuibile che ciò valga per il tema degli adempimenti relativi alla riduzione del capitale sociale per perdite, e per la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, dei quali, peraltro, è il legislatore stesso che espressamente ne contempla l'intrasferibilità, lo stesso avrebbe dovuto dirsi allora di altre attribuzioni consiliari, che tuttavia il comma quarto non contempla: ad esempio, quelle relative alla convocazione dell'assemblea o all'impugnazione delle relative delibere, in quanto prerogative tipiche dell'organo amministrativo pluripersonale, idonee garanzie del buon funzionamento dell'impresa societaria (⁶¹).

La spiegazione potrebbe essere qui identificata nella circostanza che tali prerogative rappresentano per gli amministratori, in qualità di titolari di uffici privati, dei doveri giuridici in senso proprio; non avrebbe senso, pertanto, interrogarsi sulla possibilità di delegare agli esecutivi incombenze connotate dal carattere della doverosità, che cioè *ex lege* costituiscono per gli amministratori doveri d'ufficio (⁶²): d'altra parte, l'eventuale trasferimento delle stesse ad organi delegati non farebbe venir meno il corrispondente dovere in capo a tutti gli altri componenti dell'organo amministrativo (⁶³).

⁵⁹ Il favore per la non delegabilità di entrambe sembra emergere da BORSA ITALIANA, *Codice di autodisciplina*, § 1, C. 1, lett. g e § 9, P. 1.

⁶⁰ RORDORF, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: profili giuridici*, in *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Il Mulino, Bologna, 2007, 72 ss.

⁶¹ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 111.

⁶² BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 165.

⁶³ E anche quest'idea trova le sue origini nella dottrina *pre-riforma*, in BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 165, il quale riteneva che le citate norme prevedono <<obblighi, dal cui adempimento non ci si può sottrarre>>, e relativamente alle quali, <<trattandosi di obblighi di fare, il loro inadempimento risulta, in definitiva, imputabile a tutti>>; e in FERRI jr., *Le deleghe interne*, op. cit., p. 195, il quale, analogamente, sosteneva che le vicende di cui alle norme citate fossero veri e propri

Una spiegazione c'è, in riferimento a quelle attribuzioni che non sono *ab origine* di competenza dell'organo amministrativo, quali l'aumento del capitale sociale *ex art.* 2443 c.c., e la facoltà di emettere obbligazioni convertibili *ex art.* 2420-*ter* c.c., per le quali è ragionevole escludere che possano prospettarsi dubbi in tema di divieti di delega: e ciò poiché trattasi di attribuzioni, si tipicamente proprie dell'assemblea dei soci, ma di cui eccezionalmente può essere investito, per volontà degli stessi soci, l'organo amministrativo, nel qual caso chiamato ad agire nel vincolo della collegialità⁽⁶⁴⁾.

Infine, per ragioni di completezza espositiva, va detto che, benché nel silenzio della legge a riguardo, andrebbe esclusa ogni questione o interrogativo in ordine alla capacità di costituire oggetto di delega, anche per ciò che riguarda i poteri-doveri degli amministratori attinenti alla legittimità dei procedimenti interni al consiglio stesso: ciò varrebbe, in particolare, in relazione al potere di nominare amministratori delegati, alla cooptazione di nuovi membri *ex art.* 2386, comma 1, c.c., ovvero in relazione al potere di nominare il presidente del consiglio di amministrazione, ai sensi dell'*art.* 2380-*bis* c.c.⁽⁶⁵⁾.

Emerge con evidenza come la dottrina, nelle fattispecie citate, abbia inteso riferirsi ad attribuzioni relativamente alle quali i singoli amministratori, lungi dall'essere chiamati a gestire correntemente la società, sono piuttosto chiamati ad assicurare la regolarità procedimentale nella formazione e nel funzionamento dell'organo titolare della funzione gestoria e, più in generale, a disciplinare i criteri di organizzazione della funzione stessa.

E probabilmente la ragione per cui il legislatore della riforma non abbia proceduto ad una tipizzazione *ex lege* di tutte le operazioni economiche rilevanti in tal senso sta nel fatto che questa avrebbe potuto rivelarsi inidonea a coprire l'intera varietà di situazioni attuabili nella pratica, situazioni che solo le imprese sono

obblighi, quindi <<adempimenti assolutamente estranei all'attività gestoria, che risulta caratterizzata da una (maggiore o minore) discrezionalità, qui, invece, del tutto mancante>>.

⁶⁴ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., nt. 91.

⁶⁵ Anche questo orientamento già pacifico anteriormente alla riforma; si veda CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, op. cit., p. 162; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 58; BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 172.

effettivamente in grado di valutare caso per caso secondo le proprie esigenze ed i propri interessi ⁽⁶⁶⁾.

Per concludere sulla casistica, alcun dubbio può essere avanzato in ordine alla indelegabilità delle prerogative che lo stesso legislatore al comma 3 dell'art. 2381 c.c. conserva in capo all'organo delegante, nei termini di valutazione <<dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società>> e di disamina <<dei piani strategici, industriali e finanziari della società>> ⁽⁶⁷⁾.

1.1.3. (segue): il nuovo regime delle responsabilità gestorie.

Il profilo della disciplina della delega di poteri che, più di ogni altro, e con maggiore originalità, ha risentito della revisione apportata al codice nel 2003 – come peraltro anticipato in sede di introduzione – è indubbiamente quello relativo al regime delle responsabilità degli amministratori, per ciò che concerne sia alcuni principi ispiratori, sia alcune norme di dettaglio.

In linea di massima, l'impostazione di base è restata invariata, nel senso che si tiene conto della necessità che essa si atteggi diversamente in capo agli amministratori, a seconda che questi siano *delegati*, dunque incaricati dello svolgimento di specifiche funzioni esecutive, o *deleganti*, titolari, quindi, di una serie di doveri “di controllo” sull'operato dei primi ⁽⁶⁸⁾.

Ma le novità apportate dalla riforma sono invece degne di qualche approfondimento.

Il primo elemento di cambiamento estende la sua operatività a tutti i consiglieri del c.d.a., indipendentemente dai peculiari e differenti incarichi di cui essi

⁶⁶ SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Giuffrè, Milano, 2003, 136.

⁶⁷ NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 32.

⁶⁸ MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di Abriani e Onesti, Giuffrè Milano, 2004, 50; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè Milano, 2004, 46; COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, I, 2, con la collaborazione di Cagnasso, Monteverde e Qautrocchio, Cedam, Padova, 2006, 396, il quale giunge ad affermare che, a seguito della riforma, il dovere di “controllo” dei deleganti sui delegati si è accentuato, a scapito del potere decisionale.

sono investiti e trae ispirazione dagli intenti di cui alla Relazione alla legge di riforma del 2003, in cui la riforma medesima trova spiegazione e giustificazione.

Esso consiste nell'aggravamento del rigore della disciplina sul conflitto di interessi, a livello preventivo e sanzionatorio, di cui all'art. 2391 c.c. (oggi rubricato "interessi degli amministratori"), e trova la sua *ratio* nel tentativo di evitare che l'amministratore, chiunque esso sia, delegante o delegato, in quanto gestore di un patrimonio altrui, abusi della posizione ricoperta nell'ambito della società allo scopo di realizzare per sé dei vantaggi, direttamente o indirettamente.

D'altra parte, mai come in quel momento storico, si avvertiva l'esigenza di valorizzare la trasparenza nella gestione societaria, specie in considerazione del fatto che nel nostro paese quasi sempre riuscivano a restare occultate le violazioni degli amministratori scorretti o disonesti, e quasi mai, dunque, esse potevano essere sanzionate⁽⁶⁹⁾.

La seconda rilevante novità si concreta nella eliminazione dell'«obbligo di vigilanza» di cui al previgente art. 2392, comma 2, c.c., e nell'attenuazione del carico di responsabilità in capo agli amministratori privi di deleghe.

La nuova testuale formulazione della disposizione, se da un lato lascia immutato, rispetto al passato, il "dovere di intervento" posto in capo agli amministratori, la violazione del quale è suscettibile di generare l'insorgere di una responsabilità solidale in capo a tutti i membri del c.d.a., deleganti e delegati, dall'altro, però, non contiene analoga previsione per ciò che concerne il "dovere di controllo".

Ciononostante, l'intervento legislativo in esame non deve indurre a pensare alla rimozione di ogni potere di supervisione in capo ai consiglieri.

Intanto, per l'intuitiva e logica constatazione che non sarebbe plausibile che un amministratore possa efficacemente intervenire a fronte di irregolarità della gestione, se non abbia prima controllato e monitorato il suo svolgimento.

In secondo luogo, si può ritenere che esso abbia apportato un cambiamento più apparente che reale, poiché in esordio al comma 2 dell'art. 2392 c.c. si legge «fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381»; il che sta a significare che, quando il consiglio di amministrazione «valuta, sulla base della

⁶⁹ BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in AA. VV., *Contributi alla riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 3/04, 620.

relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione>> (art. 2381, comma 3, c.c.), non sta facendo altro che svolgere un compito di controllo o di monitoraggio rispetto all'operato degli organi delegati. Non sarebbe inopportuno, pertanto, sostenere che l'eliminazione del dovere di vigilanza di cui *supra* sia soltanto formale ⁽⁷⁰⁾.

La modifica in oggetto, si è detto, ha determinato un affievolimento del carico di responsabilità per gli amministratori senza deleghe, che, pertanto, non sono più chiamati a rispondere sempre, solidalmente, con gli organi delegati. D'altra parte, come accennato in esordio al paragrafo *de quo*, rispetto al precedente regime è rimasta inalterata l'idea che gli amministratori deleganti e i delegati debbano essere assoggettati ad un diverso regime di responsabilità, dal momento che tali ultimi sono posti a capo della struttura societaria, e sono incaricati di lavorare *full time* per la gestione esecutiva quotidiana dell'impresa sociale.

Gli obblighi imposti agli organi delegati sono palesemente diversi e maggiori di quelli imposti agli amministratori deleganti; e allora è corretto che anche le responsabilità degli organi delegati risultino diverse e maggiori di quelle gravanti sugli amministratori senza delega.

E' evidente, a questo punto, la *ratio* della riforma del 2003 relativamente al punto in esame; la previsione di obblighi differenziati a seconda che si tratti di

⁷⁰ COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statuari*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Scuola del Notariato della Lombardia, Milano, Ipsoa, 2003, 182 ss; CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 803; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Giappichelli, Torino, 2003, 64; FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, 25; NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 34; MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, artt. 2380 – 2448 c.c., Jovene, Napoli, 2004, 601, che afferma che <<la sostituzione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione con questi obblighi (quelli di cui al comma 3 dell'art. 2381) non può essere intesa..in senso meccanicistico e formale. Si deve comunque tener conto della evidente interazione tra gli obblighi in questione, e tra essi e l'obbligo di intervento, nonché del principio unificante della diligenza. In definitiva, l'art. 2381, co.3 non pone solo obblighi distinti e sequenziali, ma un obbligo che resta complessivo e continuativo di vigilanza sulla gestione>>. C'è anche chi sostiene che con la riforma il dovere di vigilanza è venuto meno definitivamente: CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, op. cit., 154 ss; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 53 e 159 ss; GAMBINO – SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, II, Giappichelli, Torino, 2007, 120 ss; ABRIANI, *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di Abriani e Onesti, Giuffrè Milano, 2004, 15.

amministratori delegati o di amministratori senza delega comporta, a sua volta, una differenziazione dei rispettivi regimi di responsabilità, al fine di ovviare a quella prassi giurisprudenziale, abusata ed ingiusta, di condannare indiscriminatamente e solidalmente, tutti quanti gli amministratori in seno al c.d.a., in base all'assunto per cui, se l'azione dei delegati ha arrecato un danno alla società, è perché i deleganti non sono stati in grado di vigilare adeguatamente sul loro operato (⁷¹).

All'esonero dalla indiscriminata responsabilità solidale per gli amministratori privi di delega, si accosta, in modo speculare, un ampliamento delle responsabilità formali che gravano sui singoli consiglieri deleganti – quale terzo ed ulteriore effetto della riforma del diritto societario del 2003 –, dovuto alla precisazione dell'ambito dei doveri di controllo previsti a carico del consiglio ed alla più puntuale regolamentazione delle relative modalità di adempimento. La valutazione dell'«assetto organizzativo, amministrativo e contabile» e l'esame dei «piani strategici, industriali e finanziari» della società, sono i due indici dell'arricchimento del quadro normativo per ciò che concerne i nuovi doveri del consiglio a seguito della riforma (⁷²).

La casistica genera non poche perplessità, soprattutto relativamente all'esame dei «piani elaborati», dovuta alla circostanza che la norma non si sofferma a chiarire chi siano coloro ai quali spetta elaborare quei piani, o coloro ai quali compete il potere di decidere se attivare o meno tale prerogativa consiliare, dato che il dettato della norma prevede l'esame di tali piani solo «quando elaborati».

Ad ogni modo, sembrerebbe doversi sostenere, a primo impatto, che l'attività di valutazione e di esame sia imposta al consiglio, in relazione a decisioni e scelte affidate ad altri, e precisamente agli organi delegati. E l'idea confermerebbe l'opinione di chi, in dottrina, ritiene che il legislatore della riforma, volendo ridurre progressivamente le competenze operative dell'organo delegante a favore degli organi delegati, attraverso la delega, ha realizzato un «arretramento» delle funzioni di

⁷¹ BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in op. cit., 621.

⁷² TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in Abriani, Calvosa, Ferri jr, Giannelli, Guerrero, Guizzi, Motti, Notari, Paciello, Regoli, Rescio, Rosapepe, Stella Richter jr, Toffoletto, *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano Giuffrè, 2006, 221.

gestione del consiglio di amministrazione, <<che, da operative che sarebbero state, si configurano, in via di principio, come meramente “valutative”>> (⁷³).

Un’ultima precisazione, di carattere più applicativo che teorico, si rende utile. La responsabilità dell’amministratore *ex art.* 2392, comma 1, c.c. è una responsabilità da inadempimento, insorge, cioè, ove questi non adempia con diligenza agli obblighi legislativi o statutari (⁷⁴). E per obblighi s’intendono sia quelli posti dalle leggi o dallo statuto sociale, sia quelli generali di diligenza e di perseguimento dell’interesse sociale.

Uno tra questi, nello specifico, rileva ai fini della trattazione *de qua*, ed è l’obbligo per l’amministratore di accertare il verificarsi di una causa di scioglimento – che spesso è la perdita che subisce il capitale sociale, sino a giungere al di sotto del minimo legale –, a cui seguono quello di provvedere immediatamente all’iscrizione nel registro delle imprese della relativa dichiarazione, e quello di continuare l’attività gestoria ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale.

Ebbene, su questo tema in particolare, si atteggia diversamente la previsione del regime di responsabilità. A seguito della riforma del diritto societario, infatti, la responsabilità degli amministratori senza deleghe è risultata notevolmente attenuata: dal momento in cui è stato rimosso il generale obbligo di vigilanza *ex art.* 2392, comma 2, c.c. *ante-riforma*, e sono stati definiti con precisione gli obblighi dalla cui violazione deriva la responsabilità degli amministratori senza deleghe, potrà affermarsi la loro responsabilità – per non aver gestito la società nei limiti imposti dal fine della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale –

⁷³ FERRI *jr.*, *L’amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., I, 630; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 224 ss. Altri sostengono, invece, la << sostanziale neutralità >> dell’impianto normativo introdotto dalla riforma, ritenendo che la delega da vita a due differenti sistemi di *governance*, << uno caratterizzato dal rafforzamento della “centralità” del consiglio di amministrazione, l’altro imperniato sul ruolo “egemone” degli organi delegati >>: in tal senso, ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell’amministrazione delegata*, op. cit., 496; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 86 ss.

⁷⁴ Alcuin dubbio esiste sulla qualificazione nei termini di responsabilità da inadempimento, e sull’applicazione dei principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali: SANDULLI, *Art. 2392*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, 1, artt. 2325 – 2422 c.c., Giappichelli, Torino, 2003, 472; CABRAS, *La responsabilità per l’amministrazione delle società di capitali*, Torino, UTET, 2002, 6 ss.

soltanto se e nella misura in cui gli amministratori delegati, tenuti a riferire al consiglio <<sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione>>, abbiano ottemperato ai loro doveri, ed abbiano segnalato senza indugio agli amministratori privi di deleghe che il capitale sociale si era ridotto, o stava riducendosi, al di sotto del minimo legale, a causa delle perdite in corso. Ovvero, sussiste la responsabilità del consiglio di amministrazione ove, in sede di esame ed approvazione del progetto di bilancio, esso abbia apportato modifiche ai dati contabili al solo scopo di celare le perdite subite dal capitale sociale al di sotto del minimo.

Di contro, non sono esposti a responsabilità per inadempimento gli amministratori senza deleghe che abbiano commesso errori nella valutazione dei dati contabili predisposti dalle strutture amministrative e contabili della società, giacché è prerogativa degli organi delegati curare l'adeguatezza dell'assetto contabile ⁽⁷⁵⁾.

Insomma, provando a concludere sul modo in cui la riforma del diritto societario del 2003 possa aver inciso sulla disciplina delle responsabilità gestorie, è possibile operare una sintesi di quanto esposto finora.

Sebbene il regime della responsabilità in vigore a partire dal 2004 in linea di massima corrisponda a quello previgente, specie per ciò che concerne la scelta legislativa in base alla quale la delega comporterebbe la “disapplicazione” ⁽⁷⁶⁾ del regime solidale di responsabilità cui generalmente tutti gli amministratori sono soggetti, la riforma ha nondimeno contribuito ad apportare grossi mutamenti: si è abbandonata l'opinione – pur largamente condivisa prima del d. lgs. n. 6/2003 – per cui la responsabilità degli amministratori *ex art. 2392 c.c.* sarebbe una responsabilità senza colpa e per fatto altrui ⁽⁷⁷⁾, e si è accolta un'impostazione tale per cui la responsabilità solidale, sussistente <<quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione>> (art. 1292 c.c.), può operare diversamente, a seconda che

⁷⁵ BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in op. cit., 631.

⁷⁶ L'espressione veniva utilizzata da FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., 631.

⁷⁷ L'opinione era accreditata anche presso la giurisprudenza: Cass., 11 aprile 2001, n. 5443, in *Giur. comm.*, 2002, II, 437 con nota di MENICUCCI, e in *Società*, 2001, 1061, con nota di COLAVOLPE; Cass., 23 giugno 1998, n. 6244, in *Le Società*, 1998, 1419, con nota di PICONE; Cass. 24 marzo 1998, n. 3110, in *Società*, 1998, 934, con nota di COLAVOLPE; Cass., 29 novembre 1996, n. 10668, in *Società*, 1997, 782, con nota di FERRARI, e in *Dir. Fall.*, 1997, II, 1150, con nota di LAPENNA.

l'attività sociale sia svolta collegialmente o in regime di delega, grazie alla specificazione delle rispettive attribuzioni di deleganti e delegati.

E così, da un lato tutti gli amministratori rispondono solidalmente dell'illecito commesso con l'adozione dell'atto collegiale da parte dell'intero consiglio, o quando non si è provveduto alla nomina di alcun organo delegato, o poiché trattasi di materia non delegabile. Tuttavia, dall'altro, – quale eccezione a tale regola – la solidarietà è esclusa qualora si discuta di un obbligo concernente singoli amministratori, sotto il profilo individuale (quale, ad esempio, l'obbligo di non concorrenza, o l'obbligo di dichiarare la sussistenza di un interesse personale in una certa operazione); così come è parimenti esclusa, nell'ipotesi in cui il consiglio approvi un progetto di bilancio che si rivela falso a causa di errori od omissioni degli elementi contabili elaborati dalle strutture societarie a ciò preposte, non avendo gli amministratori in consiglio l'obbligo di vigilare sulla correttezza degli innumerevoli dati di bilancio.

Viceversa, anche quando l'amministrazione pluripersonale si svolge in regime di delega, gli amministratori privi di deleghe saranno solidalmente responsabili solo ove si dibatta su materie che non siano suscettibili di essere delegate, ovvero che, anche se delegate, siano state portate all'attenzione del consiglio; ancora, in caso di violazione degli specifici obblighi ad essi imposti dal comma 3 dell'art. 2381 c.c.; infine, quando, pur conoscendo fatti pregiudizievoli che stavano per essere portati a compimento, abbiano ommesso di attivarsi per impedirne o attenuarne le conseguenze (⁷⁸).

2. La posizione del consiglio di amministrazione.

L'art. 2381 c.c. è la norma cardine alla quale occorre riferirsi ogni qualvolta si discuta dell'istituto della delega, inteso come modello di organizzazione dell'attività gestoria in seno al consiglio di amministrazione.

In realtà, tuttavia, la struttura della norma non è congegnata in maniera tale da spiegare cos'è la delega, o da chiarire quali siano i precetti impliciti nella nozione di delega, o ancora, in maniera da illustrare il procedimento del conferimento di

⁷⁸ BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in op. cit., 642 ss.

incarichi mediante delega. Piuttosto, essa riflette la scelta del legislatore di esporre i caratteri salienti della delega attraverso una ben precisa e dettagliata distribuzione di competenze tra il consiglio di amministrazione nel suo *plenum*, e gli organi delegati⁽⁷⁹⁾.

Sarebbe legittimo pensare, in base alla formulazione testuale della norma, profondamente modificata, che l'intenzione del legislatore sia stata quella di prendere atto <<del dato di fatto, noto a tutti (ma non considerato dalla precedente legislazione), che l'amministratore delegato ha una posizione sostanzialmente diversa da quella degli amministratori senza delega (poiché soltanto l'amministratore delegato è a capo della struttura, lavora *full time*, è correlativamente retribuito ed è in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali)>> (80).

Va da sé quindi che, in un siffatto contesto, in cui la gestione quotidiana dell'impresa spetta a costoro, gli amministratori senza deleghe vestano sì un ruolo di indubbia rilevanza, ma che, diversamente, si concreta nello svolgimento di compiti di indirizzo, di supervisione strategica nei confronti del momento più propriamente operativo della gestione, e di verifica degli assetti strutturali, ai fini del corretto ed efficace funzionamento della macchina societaria (81).

Lo stesso Codice di Autodisciplina del 2006 commenta, al principio 2., che compito degli amministratori non esecutivi è quello di arricchire <<la discussione consiliare con competenze formate all'esterno dell'impresa, di carattere strategico generale o tecnico particolare>>, e che dette competenze <<permettono di analizzare i diversi argomenti in discussione da prospettive diverse e, perciò, contribuiscono ad alimentare la dialettica che è il presupposto distintivo di una decisione collegiale, meditata e consapevole>> (82).

D'altra parte, detta impostazione si pone assolutamente in linea di continuità con le esperienze giuridiche internazionali, in specie di tipo statunitense, dove il sistema è strutturato in maniera tale che alcuni amministratori (gli esecutivi)

⁷⁹ MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso e Montalenti, 1, artt. 2325-2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 2004, 681.

⁸⁰ BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in op. cit., 621 ss; ID., *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 53 – 54.

⁸¹ MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 441 – 442.

⁸² Comitato per la *Corporate Governance*, Codice di Autodisciplina 2006, commento al principio 2, "Composizione del consiglio di amministrazione". Trattasi del primo codice di autodisciplina emesso dopo la riforma societaria del 2003.

amministrano in concreto la società, ed altri (i non esecutivi) hanno un'importante e tipica funzione di sorveglianza sui primi, allo scopo di assicurare che questi operino in modo corretto ed efficiente.

La sorveglianza, a sua volta, non si esplica nella diretta osservazione degli esecutivi nel *day to day running*, bensì nella predisposizione di sistemi che siano idonei a garantire agli stessi sorveglianti la costante ricezione di informazioni sullo svolgimento dell'azione societaria ⁽⁸³⁾.

Ora, sebbene attraverso il conferimento di deleghe la gestione corrente della società risulti affidata di fatto agli organi delegati – il che, peraltro, per ovvie ragioni, legate ad esigenze di elasticità e tempestività nel governo di imprese di dimensioni medio-grandi – ciò non comporta affatto un affievolimento del ruolo e dell'importanza del consiglio di amministrazione, collegialmente considerato. Viceversa, l'esistenza dell'organo pluripersonale deputato all'esercizio di funzioni di indirizzo strategico e di verifica valorizza il suo peso e rafforza la significatività del suo contributo nel contesto societario, e rende autorevoli i giudizi espressi, essendo esso il risultato della composizione e del confronto dialettico di soggetti dotati di elevate qualifiche professionali.

Ed il rafforzamento della veste che assume il c.d.a. nel suo complesso ⁽⁸⁴⁾, nonché il carattere sovraordinato della competenza consiliare rispetto ai delegati, sono palesati dall'attribuzione *ex lege* del potere di <<impartire direttive agli organi delegati>> e da quello di <<avocare a sé operazioni rientranti nella delega>>: il fatto stesso che agli amministratori parte del consiglio sia offerta la possibilità di partecipare ed ingerirsi nel processo di assunzione delle decisioni è un forte indice del costante coinvolgimento degli amministratori non esecutivi, oltre che nella

⁸³ EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società di diritto americano*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 619.

⁸⁴ MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 594. Si esprime in senso contrario, invece, ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 55 ss, per il quale, dalla nuova disciplina non emerge l'intento del legislatore di voler assegnare un ruolo centrale al consiglio di amministrazione in tutte le società per azioni, come regola generale; tuttavia, sebbene manchi nella norma qualsivoglia indicazione sul ruolo propulsivo del consiglio, ritiene l'A. che esso possa agevolmente ricavarci da un'analisi sistematica delle previsioni di cui all'art. 2381 c.c., in base alla quale il consiglio sarebbe <<il primo e diretto destinatario di tutti i flussi informativi che si sviluppano al suo interno>>.

gestione della società, anche nell'esercizio di un'effettiva vigilanza sull'operato dei delegati ⁽⁸⁵⁾.

Non tutto qui, quanto alle prerogative del consiglio di amministrazione nel suo *plenum*. Esse, infatti, si estendono – prosegue la norma – anche alla valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, sulla base delle informazioni ricevute.

A questo proposito, intanto, si accoglie pacificamente l'idea che la provenienza delle informazioni in base alle quali il c.d.a. è chiamato all'adempimento dei suoi doveri, sebbene nulla abbia statuito il legislatore a riguardo, sia da ricondurre agli organi delegati – a cui peraltro spetta la cura di tali assetti – ma anche ad altri canali, quali il comitato per il controllo interno ⁽⁸⁶⁾, o, se presente, il responsabile della funzione di *internal audit* ⁽⁸⁷⁾.

Inoltre, merita precisare che l'assetto la cui adeguatezza deve essere oggetto di valutazione da parte dell'intero consiglio è stato definito da alcuni Autori nelle sue diverse specificazioni, in modo tale che, se per <<assetto organizzativo>> si intende l'organigramma della società, indicante le funzioni, i poteri e le deleghe di firma dei membri ⁽⁸⁸⁾, l' <<assetto amministrativo>> si riferisce all'insieme delle procedure finalizzate al corretto ed ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle sue singole fasi (quali quelle concernenti gli acquisti, i pagamenti, il carico e lo scarico della merce in magazzino, o ancora il controllo della produzione), mentre con l'espressione <<assetto contabile>> ci si riporta all'intero sistema di rilevazione contabile, comprensivo della redazione dei *budgets* annuali e dei bilanci infrannuali. In tal modo, si consente, dunque, all'organo amministrativo pluripersonale di

⁸⁵ MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 2, artt. 2397-2451 c.c., Cedam, Padova, 2005, 675.

⁸⁶ Quanto al sistema di controllo interno, il Codice di Autodisciplina 2006, al principio 8.P.1. lo definisce come <<l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati>>.

⁸⁷ GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto azionario*, in *Riv. soc.*, 2004, 851, nota 24; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 267.

⁸⁸ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 69, nota 204, e 214 – 215; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 35.

valutare se la struttura interna globale dell'impresa societaria è idonea al soddisfacimento delle esigenze per cui è stata posta in essere.

In secondo luogo, il terzo comma della norma cardine che rileva ai nostri fini assegna al consiglio di amministrazione anche la valutazione del generale andamento della gestione, sulla base della relazione degli organi delegati, e l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società, quando elaborati.

Nel primo caso, v'è da ritenere che, stante il silenzio del legislatore, per ragioni di simmetria rispetto alla previsione di cui al comma 5 della disposizione citata (che, appunto, impone agli organi delegati di riferire periodicamente al consiglio sul <<generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società>>), la valutazione del c.d.a. sia da estendere a tutti gli elementi su cui gli organi delegati siano chiamati a riferire ai sensi del comma quinto, e non da limitarsi, piuttosto, al mero vaglio dell'andamento della gestione in riferimento ad un arco temporale passato; quindi il campo di osservazione comprende, altresì, le concrete prospettive di sviluppo dell'attività di impresa, oltre che il periodico confronto dei risultati, quelli conseguiti e quelli programmati.

E' così che il c.d.a. può efficacemente adempiere l'incarico della supervisione strategica e di definizione degli obiettivi aziendali (⁸⁹).

Non sono mancati, tuttavia, in dottrina, orientamenti di segno opposto, che intravedono nell'"incompletezza" del terzo comma della disposizione una scelta intenzionale del legislatore, e per di più ragionevole, tenuto conto del fatto che eventuali valutazioni del consiglio su previsioni future ed incerte potrebbero dar luogo a responsabilità per prosecuzione della gestione, nei casi in cui, pur essendo l'andamento della gestione negativo, sia stato previsto nelle valutazioni, ma non effettivamente concretizzatosi, un suo futuro riequilibrio (⁹⁰).

Quanto, infine, alla definizione dei <<piani strategici, industriali e finanziari>>, nonostante manchi del tutto un analogo e simmetrico riferimento tra i

⁸⁹ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 503; BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., 114, NOTA 118; MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 599, nt. 37.

⁹⁰ BONELLI, *L'amministrazione della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 707; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 109.

doveri degli organi delegati menzionati al comma 5 dell'art. 2381 c.c., trattasi di prerogativa consiliare da esercitarsi ogniqualvolta detti piani siano elaborati (<<quando elaborati>>).

E nell'incertezza in merito all'individuazione dei soggetti chiamati ad elaborarli, può pacificamente ritenersi che l'elaborazione sia di competenza degli organi delegati ⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾, chiamati alla redazione degli stessi ove li rendano necessari le caratteristiche dimensionali e la complessità organizzativa dell'impresa societaria.

Se anche rispetto ai piani il consiglio di amministrazione è chiamato ad esplicitare il suo generico “dovere di controllo” sulle scelte operate dai delegati, questa volta esso consiste – a detta del legislatore – nell’“esame” dei piani; si pone, pertanto, il quesito, se il consiglio di amministrazione sia realmente chiamato a “verificare”, nel senso di esprimere un giudizio sulle decisioni adottate dagli organi delegati, o se al consiglio spetti un vero e proprio potere di concorrere all'assunzione delle decisioni medesime.

Si tratta, cioè, di capire – come sostenuto da qualche autore ⁽⁹³⁾ – se il consiglio è tenuto all'esercizio di un controllo “debole” o “forte”: il primo implicherebbe che, essendo rimessi i concreti adempimenti in mano agli organi delegati, l'attività del consiglio sarebbe circoscritta all'esercizio di poteri reattivi e/o correttivi; il controllo “forte”, nondimeno, richiederebbe al consiglio una vera e propria approvazione in sede collegiale rispetto alla quale l'attività degli organi delegati avrebbe carattere meramente preparatorio e strumentale.

La risposta sarebbe da trarre dall'interpretazione da dare al verbo “esaminare”: secondo alcuni, la locuzione dovrebbe essere intesa in senso lato, tale da comprendere anche l'approvazione dei piani da parte del consiglio ⁽⁹⁴⁾; ma secondo tanti altri, dato che la funzione dell’“esaminare” consiste nella revisione di

⁹¹ Si veda supra, par. 1.1.3.

⁹² FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., I, 630; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 224 ss.

⁹³ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., nt. 140.

⁹⁴ NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 40; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 263; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 105; MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 599, nt. 32; 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 Abbadessa e Portale, 2, UTET, Torino, 2006, 843-844.

un atto formalmente perfetto, essa può legittimare eventualmente l'intervento correttivo del consiglio di amministrazione, ma non può essere intesa in senso lato fino a comprendere l'atto deliberativo in senso proprio ⁽⁹⁵⁾.

In realtà, se si pensa che durante i lavori della Commissione per la riforma del diritto societario venne proposta la formula <<esamina ed approva>> ⁽⁹⁶⁾, e che la stessa veniva già utilizzata nel Codice di Autodisciplina del 2002, anche se poi essa sia stata definitivamente espunta dal testo dell'art. 2381 c.c., comunque indurrebbe a ritenere che, a dispetto delle improprietà del linguaggio del legislatore, l'atto dell'"esaminare" implicherebbe anche la connessa e successiva fase dell'"approvare". Andrebbe a sminuire il ruolo del consiglio nel suo *plenum* la circoscrizione dei suoi poteri a meri interventi correttivi sui piani strategici, industriali e finanziari, senza la possibilità di esprimersi sulla loro adeguatezza e convenienza, limitandosi a rinviarli all'organo delegato per le opportune modifiche se non lo ritenesse soddisfacente.

E tali considerazioni confermerebbero l'opinione, cui prima si è fatto cenno, di chi ⁽⁹⁷⁾, ipotizzando la sussistenza di una duplice forma di controllo in capo al consiglio di amministrazione, se ravvisa un controllo "debole" per ciò che concerne gli "assetti organizzativi, amministrativi e contabili" (con conseguente potere di curarne la definizione in capo ai delegati), affida, di contro, un controllo "forte" in relazione ai piani strategici, industriali e finanziari.

Il carattere sovraordinato del consiglio di amministrazione, infine, si evince dal comma sesto dell'art. 2381 c.c., ove è imposto il dovere di agire in modo informato in capo a tutti i membri del c.d.a.; esso, a sua volta, comporta il poterdovere dell'organo nella sua collegialità di attivarsi e richiedere chiarimenti e/o informazioni aggiuntive o integrative agli organi delegati; e di riuscire, quindi, a valutare correttamente ed in modo completo i fatti portati all'esame del consiglio, assumendo scelte informate e meditate.

⁹⁵ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 497 – 498; ma anche AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, op. cit., 313; MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 681; SANDULLI, *Art. 2392*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 476.

⁹⁶ Si legge in NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, op. cit., 40.

⁹⁷ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., nt. 142.

Anche questa volta dell'importante tenore della norma prende atto il Codice di Autodisciplina del 2006, ove al principio 1 si legge che <<nello svolgimento dei propri compiti, gli amministratori esaminano le informazioni ricevute dagli organi delegati, avendo peraltro cura di richiedere agli stessi ogni chiarimento, approfondimento o integrazione ritenuti necessari ed opportuni...>>.

Laddove la realtà imprenditoriale sia organizzata in forma di gruppo, l'attività di vigilanza che il c.d.a. nel suo *plenum* è chiamato a svolgere deve tenere nella dovuta considerazione la struttura complessiva del gruppo, creando assetti improntati a criteri uniformi, tali da garantire una coerenza complessiva e globale⁽⁹⁸⁾.

Insomma, non solamente l'immagine che esce dalla riforma del consiglio di amministrazione nella sua collegialità è notevolmente valorizzata e rafforzata – anche nell'ipotesi in cui, attraverso la delega, siano investiti della gestione operativa alcuni suoi componenti –; ma è rivalutata anche la sua autonomia decisionale, specie nei rapporti con l'assemblea dei soci, la quale viene privata, da un lato di ogni competenza gestoria, dall'altro di alcune competenze tipiche per le quali è oggi previsto che sia lo statuto societario ad attribuirle direttamente al consiglio di amministrazione⁽⁹⁹⁾.

Del resto, la definizione degli obiettivi strategici e delle linee programmatiche della società, nonché il monitoraggio degli organi delegati rappresentano quantomeno il nucleo minimo ed essenziale delle competenze affidate al collegio nel suo *plenum*, poiché trattasi di prerogative delle quali il consiglio non può assolutamente spogliarsi in favore di propri singoli componenti, ovvero di comitati ristretti⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁸ ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2010, 90.

⁹⁹ MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 837-838.

¹⁰⁰ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 492, nota 2; BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., 203 – 204 e 210; FRANZONI, *Della società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali – Degli amministratori*, in Galgano (a cura di), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., Bologna-Roma, 2008, sub art. 2381, 93; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit. 100-101; KUTUFA', *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, 714.

2.1. (segue): il presidente del c.d.a.

Nella casistica dei soggetti coinvolti nel processo di gestione della società, non va affatto trascurata la figura del presidente del consiglio di amministrazione, le cui funzioni, oggi, costituiscono oggetto di apposita disciplina nel dettato codicistico riformato di cui al ricorrente art. 2381 c.c.

L'intervento legislativo in materia, tuttavia, non mira tanto a far risaltare l'attribuzione dei poteri gestionali in capo al presidente, seppur non sia esclusa tale possibilità, quanto più a far in modo che il presidente diventi garanzia dell'efficiente funzionamento del consiglio di amministrazione.

E la modifica, peraltro, si pone perfettamente in linea di continuità rispetto ai recenti ed accreditati *standards* internazionali di *corporate governance*, che mirano ad impedire che la sovrapposizione della figura del presidente del consiglio di amministrazione con quella dell'amministratore delegato possa determinare situazioni di conflittualità o confusione di ruoli⁽¹⁰¹⁾.

Invero, il Codice di Autodisciplina delle Società Quotate del 2002 risulta un tantino più flessibile nella misura in cui il Comitato per la *Corporate Governance* delle società quotate – all'art. 4 del documento citato –, riconosce che, «pur ritenendo in linea di principio che la figura del presidente e quella dell'amministratore delegato abbiano ciascuna compiti propri», nella realtà italiana spesso le due cariche si aggregano nella stessa persona, oppure al presidente vengono conferite deleghe operative, pur in presenza di altri amministratori delegati, cosicché, limitatamente alle deleghe conferitegli, il presidente si qualifica anche come a.d.

Ad ogni modo, per evitare che la gestione del consiglio di amministrazione risulti appiattita sull'amministratore delegato, l'art. 2381 c.c. si muove proprio nella direzione di valorizzare la persona del presidente, indicandone segnatamente le funzioni⁽¹⁰²⁾, benché nulla dica sulla separazione delle cariche tra le due predette figure, e benché, in ogni caso, largo spazio venga lasciato all'autonomia statutaria, in

¹⁰¹ E' quanto emerge dal rapporto HIGGS del gennaio 2003, e in particolare dal paragrafo 5 dei relativi «*Principles of Good Governance*», e dal «*Combined Code on Corporate Governance*», entrato in vigore a partire dal 1 novembre 2003, e che ribadisce i principi di separazione del ruolo del presidente e dello *Chief Executive*.

¹⁰² MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 595.

virtù della quale è ammessa la possibilità di derogare all'impianto dispositivo del legislatore.

In altri termini, la circostanza in base alla quale al presidente non sono rilasciate deleghe gestionali non ne svaluta certamente il ruolo nell'ambito dell'organizzazione societaria.

Ai sensi della citata disposizione, compiti del presidente sono la convocazione del consiglio di amministrazione, la fissazione dell'ordine del giorno, il coordinamento dei lavori consiliari, e l'impegno affinché tutti i consiglieri vengano informati adeguatamente sulle materie iscritte all'ordine del giorno: tutti quanti, indice della titolarità in capo al presidente di una serie di poteri cardine finalizzati sia all'organizzazione e al coordinamento dell'attività consiliare, in quanto responsabile della *leadership* del consiglio, sia al raccordo tra consiglio nel suo *plenum* ed organi delegati, da esplicitare fungendo da garanzia per la corretta circolazione delle informazioni a livello endoconsiliare.

L'attività di "convocazione del consiglio di amministrazione" può essere esercitata dal presidente con qualsiasi mezzo purché previsto nello statuto, ovvero, in caso di silenzio dello statuto, con qualsiasi mezzo che garantisca la prova dell'avvenuto ricevimento e con un anticipo congruo per assicurare la partecipazione dei consiglieri (¹⁰³). Qualcuno sostiene persino l'ammissibilità di una <<convocazione verbale, telefonica, elettronica mediante *e-mail*>> (¹⁰⁴), anche se poco opportuna poiché comporterebbe maggiori difficoltà di provarne l'esistenza.

Quanto al potere-dovere di "fissazione dell'ordine del giorno", trattasi di attribuzione tipica del presidente, tra <<quelle necessarie all'utile perfezionamento del procedimento collegiale>> (¹⁰⁵), la quale non vale, tuttavia, a precludere la

¹⁰³ In giurisprudenza, Cass., 26 novembre 1998, n. 12012, in *Società*, 1999, 674 ss., con la quale si è ugualmente asserita la giuridica esistenza di delibere consiliari adottate da un consiglio che, pur convocato al di fuori dei termini previsti dallo statuto per il preavviso, abbia visto la partecipazione della maggioranza degli amministratori.

¹⁰⁴ NAZZICONE, *sub art.* 2388, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 81.

¹⁰⁵ NAZZICONE, *sub art.* 2381, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 25 ss.

possibilità per il singolo amministratore di chiedere che una certa materia sia inserita all'ordine del giorno di una riunione consiliare.

L'esercizio del potere in questione, in se e per sé considerato, sembrerebbe andare a sminuire il ruolo e la posizione dell'amministratore delegato, ove nominato, ogniqualvolta il presidente decida di assegnare all'esame e alla deliberazione dell'intero consiglio di amministrazione decisioni di particolare rilievo su determinate materie, sebbene si tratti di quelle stesse materie che erano state conferite all'a.d. mediante delega. Del resto, il presidente, in quanto membro del consiglio, <<può sempre impartire direttive agli organi delegati>> (art. 2381, comma 3, c.c.), i quali non possono far altro che sottostarvi e conformarvisi.

Per ovviare al ridimensionamento del ruolo del delegato, e garantire l'efficace svolgimento del compito di presidente, allora, è auspicabile che questi coordini le sue iniziative con l'amministratore delegato, e che concordi con tale ultimo le questioni da inserire all'ordine del giorno sulla base delle informazioni da costui ricevute, e da fornire, poi, all'intero consiglio, in sede di riunione consiliare ⁽¹⁰⁶⁾.

Viceversa, la condotta del presidente sarebbe poco conforme a ciò che le norme di legge ed i principi di *corporate governance* prescrivono per delineare la sua figura, poiché non si dimostrerebbe in grado di assolvere efficacemente ai suoi doveri, assicurando il buon funzionamento della macchina societaria.

Il “coordinamento dei lavori”, ancora, implica l'esercizio di una serie di poteri ordinatori e decisorii sullo svolgimento delle operazioni consiliari, e consiste nell'espletamento dei compiti consistenti nel dichiarare aperta la seduta, regolare la discussione sulle materie poste all'ordine del giorno, moderando il dibattito – nel senso di concedere la parola ai consiglieri che desiderano intervenire per cercare di orientare la decisione degli altri, ed allo stesso tempo toglierla –, mettere al voto le varie proposte di volta in volta avanzate, procedere allo scrutinio dei voti e, dopo aver proclamato l'esito della votazione, dichiarare sciolta la seduta ⁽¹⁰⁷⁾.

¹⁰⁶ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 40.

¹⁰⁷ SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, UTET, Torino, 2006, 474.

E' possibile osservare, fin qui, che la codificazione del ruolo e delle funzioni del presidente costituisce certo un elemento di nuova introduzione nel tessuto lessicale della norma, ma della cui valenza innovativa sono stati spesso sollevati dubbi ed incertezze, a partire dalla considerazione che, è come se il legislatore si sia limitato a <<razionalizzare una virtuosa precedente pratica statutaria, propria delle s.p.a. con sistema di *governance* più avanzato>> (¹⁰⁸).

Invero, tra tutti quelli previsti al comma primo dell'art. 2381 c.c., l'incarico oggetto di codificazione che rappresenta la vera novità, la più rilevante, l'incarico su cui più di ogni altro il presidente è chiamato a spendere le sue energie, è indubbiamente l'impegno di <<provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri>>, poiché è soltanto con l'espletamento di questo compito che tutti i consiglieri hanno la possibilità di partecipare alla gestione della società in modo efficace.

A quest'ultimo proposito, è utile sottolineare, intanto, il vantaggio che può avere l'affidamento dell'attività amministrativa di un'impresa societaria ad un organo pluripersonale rispetto ad un amministratore unico, poiché il maggior "costo" della collegialità verrebbe compensato dall'effettivo contributo dell'intero consiglio alla gestione societaria (¹⁰⁹); ed in secondo luogo, la necessità che l'informativa ai consiglieri ai fini della predetta gestione sia coordinata dallo stesso presidente, al quale spetterà, dunque, di reperire la documentazione di supporto alle deliberazioni da adottarsi e metterla a disposizione dei consiglieri.

E' semplice, pertanto, comprendere che la *ratio* sottesa alla disposizione nella parte in cui attribuisce il dovere di sollecitare ed agevolare l'informazione per tutti i consiglieri in capo al presidente nei termini di cui *supra*, è quella di favorire la dialettica interna in seno al c.d.a., specie di fronte al pericolo, costante nelle società per azioni, che la nomina di vari amministratori delegati giunga ad esautorare il consiglio, ed il presidente.

La norma, peraltro, si colloca in un contesto normativo novellato in cui grande peso ed importanza vengono riservati alla circolazione delle informazioni a livello endoconsiliare, quale garanzia imprescindibile di una corretta

¹⁰⁸ SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, op. cit., 463.

¹⁰⁹ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 40.

amministrazione (¹¹⁰): potrebbe dirsi, persino, che la circolazione delle informazioni costituisca il *leitmotiv* della riforma per ciò che riguarda la disciplina sul funzionamento dell'articolato sistema di amministrazione e controllo.

Quanto alle modalità di adempimento dell'incarico *de quo*, v'è da ritenersi che, ad eccezione dell'ipotesi in cui il presidente sia titolare di deleghe gestorie, quindi a diretto contatto con tutto ciò che concerne le dinamiche aziendali, per il resto il suo ruolo debba limitarsi all'emanazione di direttive da indirizzarsi ai responsabili dei diversi settori dell'organizzazione aziendale, in maniera tale che ciascuno di essi sappia selezionare le informazioni rilevanti in ordine alle materie da trattare, e trasmettere quindi i documenti correlati. E' come se per il presidente fosse quindi previsto, non un obbligo di "fare", ma di "far fare" (¹¹¹).

Il fatto, poi, che il legislatore specifichi il connotato dell'"adeguatezza" delle informazioni da far pervenire, con ogni probabilità induce a ritenere che il presidente debba rispettare una certa tempistica nella trasmissione delle stesse, tale che esse pervengano con un congruo anticipo, specie quando la complessità della questione e la copiosità della documentazione lo esigano.

Questo, l'elenco delle prerogative proprie del presidente, oggetto di espressa regolamentazione normativa. Ma l'inciso <<salva diversa previsione dello statuto>>, posto in esordio al comma 1 dell'art. 2381 c.c., pare proprio aprire le porte alla possibilità di un regime convenzionale, al quale tutto è concesso, sia sotto il profilo dell'ampliamento dei poteri o della correlativa riduzione degli stessi, sia rendendo ammissibile il conferimento di deleghe gestorie al presidente (¹¹²).

A tale ultimo proposito, si era già fatto cenno alla questione della sovrapposizione delle due figure, quella del presidente del consiglio di amministrazione e quella dell'amministratore delegato, richiamando, in tema, il Codice di Autodisciplina del 2002, nella misura in cui ammette che, se deleghe

¹¹⁰ MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, op. cit., 680; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 842.

¹¹¹ MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, op. cit., 680.

¹¹² BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 41; GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, 1, op. cit., 455; MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 668; DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, op. cit., 115.

operative siano rilasciate al presidente del consiglio di amministrazione, nulla vieta che questi possa qualificarsi come amministratore delegato, limitatamente alle stesse.

Ed a ben vedere, alla circostanza che il presidente del consiglio di amministrazione cumuli la sua carica con quella di consigliere delegato non osta neppure il dato testuale dell'art. 2381 c.c. La disposizione, infatti, oltre a menzionare un nucleo minimo di compiti e funzioni a costui spettanti, null'altro dispone; ragione per la quale è da ritenere ammissibile la delega, considerato che il presidente è pur sempre un amministratore, e che l'art. 2381 c.c. non contempla alcun divieto sul cumulo di incarichi (¹¹³).

E in effetti, sulla scorta di analisi effettuate sullo stato di attuazione del Codice di Autodisciplina (¹¹⁴), è risultato che la prassi in questione è abbastanza diffusa nelle società per azioni, in coerenza con le apprezzabili esigenze organizzative di queste. Peraltro, non è mancato chi ha apprezzato i profili positivi della compenetrazione tra ruoli gestori ed organizzativi, di modo che un presidente possa svolgere efficacemente le funzioni di cui è incaricato *ex lege*, se dispone di una piena e aggiornata informazione sui fatti gestionali (¹¹⁵).

Invero, come anche *supra* accennato, la prassi citata tende ad essere contrastata nell'ambito delle sole società con azioni quotate nei mercati regolamentati, relativamente alle quali si sostiene essere inopportuna la concentrazione di ruoli, di a.d. e presidente, nella medesima persona, sulla scorta delle regole di *best practice* contenute nei più famosi codici e rapporti internazionali in materia di *corporate governance* (ove si propende per la netta distinzione di ruoli tra *chairman* e *CEO* per garantire un giusto bilanciamento di poteri e per rafforzare l'imparzialità del primo) (¹¹⁶).

¹¹³ ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, op. cit., 78.

¹¹⁴ Trattasi dell'analisi effettuata da ASSONIME sullo stato di attuazione del Codice di Autodisciplina, relativamente all'anno 2009, dalla quale emerge che le società in cui il presidente ha ricevuto delle deleghe gestionali è aumentato tra il 2008 e il 2009, dal 58,1% al 61,6%; che ciò è meno frequente nelle società di maggiori dimensioni, ma più frequente nei settori non finanziari.

¹¹⁵ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 115 – 116.

¹¹⁶ Ad es., in “*The Combined Code on Corporate Governance*” o nel “*OECD Principles of Corporate Governance*” del 2004.

E questa manifestazione induce, allora, a porsi un altro interrogativo; a domandarsi, cioè, se l'autonomia statutaria, all'opposto, possa giungere al punto di privare il presidente del c.d.a. delle prerogative attribuitegli *ex lege*.

Un'eventuale risposta non sarebbe univoca.

Un esame del mero dato testuale che parta dal citato *incipit* <<salva diversa previsione dello statuto>> indurrebbe a rispondere positivamente, giacché se, in virtù della notoria valorizzazione dell'autonomia statutaria introdotta dalla riforma, si consente allo statuto di poter prevedere liberamente delle deleghe gestorie in capo al presidente, non vi sarebbe ragione per negare che, di contro, lo statuto possa privarlo di alcune sue funzioni: le deroghe, cioè, dovrebbero essere ammesse in entrambe le direzioni (¹¹⁷).

Dall'altro, non sarebbe coerente con l'intento del legislatore di assegnare al presidente il compito di coordinare i membri e garantire l'efficiente funzionamento del consiglio, la sottrazione di poteri che naturalmente ineriscono la figura di presidente di un organo collegiale (¹¹⁸).

Sembrerebbe doversi preferire, a questo punto, una soluzione intermedia che ammetta la deroga della disposizione "verso il basso" (nel senso che rende ammissibile la privazione del presidente dei poteri conferitigli *ex lege* mediante previsione statutaria), a condizione, però, che essa non giunga sino al completo esautoramento del ruolo del presidente (¹¹⁹), e che risulti coerente con l'assetto statutario prescelto, evitando che possano coesistere soluzioni organizzative contraddittorie, come quelle che, da un lato riconoscono ad ogni membro del c.d.a. la competenza sulla convocazione del consiglio di amministrazione, mentre al solo presidente il potere di informazione preventiva di tutti i consiglieri (¹²⁰).

¹¹⁷ MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 595; SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, op. cit., 460 ss.

¹¹⁸ Si esprimono a favore dell'inderogabilità verso il basso della previsione ABRIANI, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti delle società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 1303; DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, op. cit., 112, nota 45; GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, 1, op. cit., 454 – 455; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 115 – 116.

¹¹⁹ NAZZICONE, *sub art. 2381*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 25.

¹²⁰ ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, op. cit., 81 – 82.

Da ultimo, la notevole rilevanza del presidente trae origine anche dal fatto che spesso viene statutariamente prevista l'attribuzione del potere di rappresentare la società oltre che a livello processuale, anche nelle relazioni della società con soggetti terzi.

Il potere *de quo*, tuttavia, non può essere considerato il risultato di una delega gestoria nei confronti del presidente. Piuttosto, ove il presidente del c.d.a. di un'impresa societaria non abbia poteri di gestione, ma abbia solo un potere di rappresentanza della società conferitogli in sede statutaria, ciò implica che, ove ponga in essere atti o negozi giuridici in nome e per conto della società, quest'ultima sia responsabile per gli atti o i negozi stipulati, mentre il presidente che abbia esercitato la rappresentanza senza avere poteri di gestione e senza una previa delibera del consiglio sarà responsabile per gli eventuali danni cagionati alla società (¹²¹).

In conclusione, è vero che, sulla base di taluni riscontri, nulla osta a che il presidente del consiglio diventi destinatario di deleghe di gestione nella prassi imprenditoriale, dunque ad assorbire su di sé il duplice incarico di presidente e di esecutivo. Ma è anche vero che, ove le due figure non coincidano – e questo è il risultato cui tende la novellata disciplina in materia – il presidente non solamente rappresenta l'elemento di confronto dell'amministratore delegato, ma funge anche da <<contrappeso di garanzia rispetto a quest'ultimo nel consiglio>> (¹²²).

E' corretto, d'altra parte, sostenere che il suo ruolo di supervisore sulla gestione operativa della società lo fa apparire come il responsabile <<verso l'esterno della bontà del sistema di *governance* adottato dalla società>>; verso l'interno, come il principale interlocutore dell'organo di controllo e di eventuali comitati interni, monitorando ed indirizzando i flussi informativi (¹²³).

¹²¹ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 41.

¹²² MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 595.

¹²³ MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 595.

2.2. (segue): *gli organi delegati*.

Ulteriore importante contributo apportato dalla riforma del diritto societario, si è detto, è la precisa e dettagliata indicazione dei poteri-doveri degli organi delegati rispetto agli altri componenti del consiglio di amministrazione.

L'art. 2381 c.c., difatti, dopo aver disciplinato le funzioni spettanti al presidente del c.d.a. al comma primo, e dopo aver confermato la possibilità di istituire un comitato esecutivo, o uno o più amministratori delegati, cui è possibile trasferire attribuzioni proprie del c.d.a., al comma secondo, prosegue nella direzione di puntualizzare compiti e doveri degli organi delegati nel rapporto con il consiglio di amministrazione ai commi terzo e quinto.

Le regole di cui la disposizione che ai nostri fini rileva si è arricchita rispetto alla disciplina previgente – trattasi delle regole alle quali la concessione e l'esercizio delle deleghe sono sottoposti – sono state dettate in coerenza con il motivo ispiratore della riforma, che è quello di introdurre un potere gestorio delegato “concorrente” rispetto all'attività consiliare, la quale resta pur sempre preponderante a dispetto delle molteplici funzioni di cui sono investiti gli organi delegati.

Entrando nel merito del dettato legislativo, la questione preliminare per ogni qualsivoglia considerazione sugli organi delegati è il tema dell'autorizzazione alla nomina degli stessi, già altre volte intrapreso. Trattasi dell'autorizzazione, rilasciata dai soci al consiglio di amministrazione, a concedere la delega ad alcuni dei suoi componenti, e che, ai sensi dell'art. 2381, comma secondo, dovrà essere frutto di clausola statutaria o di deliberazione assembleare. Del resto, non sarebbe coerente con l'affermazione di cui *supra*, nell'ottica della valorizzazione del ruolo del c.d.a. rispetto ai delegati, che fosse direttamente l'assemblea dei soci a provvedere alla nomina degli organi delegati, o che fossero reputate valide clausole statutarie che li istituiscano (¹²⁴).

Una volta autorizzato al rilascio delle deleghe, il c.d.a. dovrà procedere ad organizzare con chiarezza l'esercizio del potere delegato, definendo il suo contenuto, e le modalità di esercizio, nonché identificando eventuali limiti: dovrà pertanto stabilire se il trasferimento di funzioni avrà come destinatario un organo collegiale (il

¹²⁴ MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 597.

comitato esecutivo, alle cui riunioni assistono i sindaci, e che è obbligato alla tenuta dell'apposito libro delle adunanze e delle deliberazioni) ovvero un singolo amministratore, o più di essi (amministratore/i delegato/i); chi siano gli amministratori investiti di delega, e se siano investiti di tutte le prerogative gestionali, ad eccezione di quelle non delegabili, o soltanto di alcune (¹²⁵); se i poteri conferiti agli amministratori delegati siano da esercitare individualmente o congiuntamente; ed infine se, e quali, operazioni restano nel ventaglio di competenze del consiglio, causa la loro rilevanza e significatività.

A questo punto, fissati tali elementi, gli organi delegati danno concreta attuazione alla delega ricevuta ed amministrano la società attraverso lo svolgimento delle funzioni di gestione corrente che ne costituiscono di volta in volta l'oggetto; e ciò, nel rispetto delle direttive che via via vengono impartite dal consiglio di amministrazione.

Ma, si accostano a tale primario dovere degli organi delegati degli ulteriori precisi incarichi, sanciti dal comma quinto dell'art. 2381 c.c., e valevoli per ciascuno di essi, a prescindere dal contenuto concreto della delega rilasciata.

In primis, quello di dotare la società di un'efficiente struttura organizzativa, appropriata e congeniale alle sue specifiche esigenze e caratteristiche, in particolare, alla natura dell'attività esercitata in relazione al settore di appartenenza, ed alle dimensioni del complesso societario (¹²⁶).

Nello specifico, ci si riferisce al sistema di controllo interno, al sistema amministrativo e contabile, alla definizione dell'organigramma interno, alla predisposizione ed organizzazione dei flussi informativi, e da ultimo, alla creazione di modelli organizzativi e gestori capaci di prevenire talune fattispecie di reato previste nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (¹²⁷).

¹²⁵ D'altra parte, il consiglio è sempre tenuto ad individuare il contenuto della delega ex art. 2381, comma 3, c.c. poiché il silenzio non può considerarsi indice dell'attribuzione di tutte le competenze delegabili: CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 802

¹²⁶ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 49; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 77; MOSCO, MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 598.

¹²⁷ ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, op. cit., 92.

Costituisce ciò l'evidente esplicitazione di tutto quanto è insito nel dovere di curare <<che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa>> di cui al comma quinto della norma citata.

In secondo luogo, il dovere degli organi delegati di fornire periodici chiarimenti ed informazioni al consiglio di amministrazione, in ordine all'andamento della gestione sociale ed alle sue prospettive di sviluppo, si origina dalla constatazione che soltanto gli organi delegati, e in particolare il consigliere delegato, possono essere a conoscenza dell'evoluzione dell'attività sociale o possono avere consapevolezza dei dettagli delle operazioni di maggior rilievo, essendo posti a capo della struttura societaria. E questo stato di cose implica una loro responsabilizzazione, essendo i protagonisti della gestione corrente; ed, a seguire, un dovere di trasmissione di tutto ciò di cui sono a conoscenza – o soltanto di ciò che è meritevole di essere riferito in base alla sua rilevanza per la vita societaria – oltre che al c.d.a., anche al collegio sindacale (¹²⁸).

Gli organi delegati, pertanto, che costituiscono il punto di partenza del flusso informativo destinato a favorire la dialettica interna all'organo amministrativo, creando un adeguato sistema di organizzazione interna in grado di favorire la circolazione di detto flusso, consentono all'organo amministrativo pluripersonale di poter liberamente valutare e deliberare *ex art. 2381, comma 3, c.c.*, sulla scorta di un attendibile e concreto bagaglio di informazioni.

E' evidente la novità del sistema nella misura in cui si agevola la verificabilità dell'operato degli organi delegati da parte del consiglio, e si garantisce maggiore trasparenza e tracciabilità delle decisioni d'impresa; e così – come ha lucidamente rilevato qualche autore – i rapporti tra delegati e consiglio di amministrazione passano dalla fase di reciproca indifferenza, possibile alla luce delle norme del codice civile del 1942, ad una nuova, caratterizzata da un reciproco scambio di informazioni, allo scopo di interagire, collaborando reciprocamente (¹²⁹).

E' palese, qui, il riferimento delle argomentazioni sinora svolte alla seconda parte del comma 5 della norma, laddove recita che gli organi delegati <<riferiscono

¹²⁸ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 49.

¹²⁹ RABITTI – BEDOGNI, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo nelle società per azioni*, in De Tilla – Alpa – Patti (a cura di), *Nuovo diritto societario*, Atti dei seminari tenuti nell'Auditorium della Cassa Forense in Roma, 12 maggio – 10 luglio 2003, Italia Oggi, Roma, 2003, 326.

al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate>>.

A proposito del dato testuale della norma, qualche precisazione si rende opportuna.

La <<prevedibile evoluzione>>, innanzitutto, non è un dato di fatto, ma è l'oggetto di una stima che va eseguita dall'organo delegato, e portata all'attenzione del consiglio e del collegio sindacale, rientrando, poi, nei poteri e nelle responsabilità di tali ultimi l'effettuazione di una valutazione finale, e l'assunzione di eventuali delibere.

L'evoluzione prevedibile sembrerebbe riferirsi alle concrete prospettive di sviluppo dell'attività di gestione dell'impresa sociale, anche per ciò che concerne il posizionamento sul mercato, ed i risultati attesi nel breve-medio periodo (¹³⁰). E così, come sostenuto da qualche autore, è come se si gettasse, <<dunque, un ponte tra informazione *ex post* ed informazione preventiva, consentendo così un più stretto controllo tra *budget* previsionali e *performance* realizzate>> (¹³¹).

Per quanto riguarda, invece, <<le operazioni di maggior rilievo>>, sono da intendersi come tali non soltanto le operazioni di maggior rilievo economico, valutabile quest'ultimo sia in base all'ammontare economico che alle loro conseguenze, ma anche le operazioni che, sebbene meno significative sotto il profilo economico, risultano "anomale" rispetto alla normale attività sociale, quali quelle suscettibili di generare un potenziale conflitto, oppure ancora, le <<operazioni con parti correlate>> (¹³²).

Non sembra emergere dal dettato codicistico l'opportunità che sia informato in via preventiva il consiglio al momento del compimento di operazioni di tal genere; mentre il Codice di Autodisciplina del 2006 raccomanderebbe l'informazione *ex ante*, quando, al principio 1, prescrive al consiglio di amministrazione di esaminare ed approvare <<*preventivamente* le operazioni dell'emittente e delle sue controllate,

¹³⁰ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 246 – 247, nota 104.

¹³¹ MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, op. cit., 681.

¹³² BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 50.

quando tali operazioni abbiano un significativo rilievo strategico, economico, patrimoniale o finanziario per l'emittente stesso, prestando particolare attenzione alle situazioni in cui uno o più amministratori siano portatori di un interesse per conto proprio o di terzi e, più in generale, alle operazioni con parti correlate>>.

Se si tratta delle operazioni di rilievo effettuate da società controllate, ciò implica l'impegno della società controllante di curare, a livello organizzativo, la trasmissione di adeguati flussi informativi infragruppo da parte delle controllate. L'obbligo in questione, alquanto gravoso e pur costoso, sarebbe imposto in capo agli organi delegati della società controllante, e consisterebbe nell'impostare un nuovo modello di *reporting*, dalle controllate alla controllante, individuando quali siano le operazioni di maggior rilievo economico relativamente alle quali essi riferiranno, poi, al proprio consiglio di amministrazione. Quest'ultimo, diventerebbe, così, il centro dell'intero gruppo, situazione che gli consentirebbe di svolgere quell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 c.c. ss. ⁽¹³³⁾.

Ai doveri elencati finora, v'è da accostare, infine, la funzione di procedere all'elaborazione di quei <<piani strategici, industriali e finanziari della società>> di cui al comma 3 dell'art. 2381 c.c., attribuita agli organi delegati, non per esplicita volontà del legislatore, ma in quanto ricavata in via interpretativa dalla disposizione citata ⁽¹³⁴⁾.

In conclusione, l'obbligo prioritario degli organi destinatari di delega è quello di provvedere alla realizzazione di adeguate ed efficienti strutture organizzative, imperniandole su procedure idonee a garantire <<la ricostruibilità e verificabilità del processo di assunzione ed attuazione delle scelte gestorie e a ridurre le possibilità di errore>> ⁽¹³⁵⁾.

E ciò, passando principalmente da quel dovere di informativa da assolvere nei confronti dell'intero c.d.a. e del collegio sindacale, che, più che avere ad oggetto

¹³³ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 50 – 51.

¹³⁴ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 497; FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., 632; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 262; MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 493; MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 599, nota 31.

¹³⁵ ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, op. cit., 94.

analiticamente tutti i singoli atti svolti nell'esercizio quotidiano della delega, può benissimo riguardare, in via più sintetica, solo i chiarimenti che consentano di percepire il complessivo andamento dell'impresa e le sue prospettive di sviluppo, ai fini dei successivi ed opportuni adempimenti del consiglio di amministrazione.

E' sorto, a tal proposito, il dubbio se l'assolvimento delle funzioni operative di cui al comma quinto, ossia la predisposizione degli assetti e l'elaborazione dei piani, debba essere inquadrato, e dunque circoscritto nei limiti delle deleghe parziali, ossia dei singoli settori per i quali di volta in volta viene rilasciata la delega, o se possa estendersi alla funzione amministrativa globalmente considerata.

Sebbene alcuni autori propendano per la prima opzione (¹³⁶), molti altri ritengono che vada preferita la seconda (¹³⁷), argomentando che trattasi di competenze da esercitarsi in modo unitario, poiché per giungere all'individuazione delle prospettive di evoluzione di una società non può non tenersi conto del complesso dei dati relativi a tutti i settori ed a tutte le funzioni in cui si esplica l'attività imprenditoriale, anche qualora gli organi delegati siano stati destinatari di deleghe speciali o parziali (¹³⁸). Fermo restando che le prerogative in questione rimangono di spettanza del consiglio di amministrazione in mancanza di deleghe gestorie.

Nessun dubbio, viceversa, per ciò che concerne l'obbligo di garantire i flussi informativi, per i quali è coerente ritenere che il loro contenuto non vada ad eccedere <<le notizie e le valutazioni prognostiche relative alla specifica area gestionale

¹³⁶ MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario*, op. cit., 600; nello specifico, per quanto riguarda la predisposizione degli assetti, FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2009, 590; CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 802; MORANDI, *Art. 2381, in Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 681 – 682.

¹³⁷ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 258 ss.; nello specifico, per quanto riguarda la predisposizione degli assetti, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 45; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, op. cit., p. 173.

¹³⁸ Non è invece favorevole ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 496 e 498, per il quale la sussistenza di una delega parziale comporterebbe il ritorno dell'obbligo di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, e di elaborare i piani strategici, industriali e finanziari della società al consiglio di amministrazione.

oggetto di delega, poiché solo rispetto ad essa l'organo delegato può disporre concretamente di informazioni dettagliate ed esaurienti>> (¹³⁹).

I chiarimenti di cui *supra* appaiono di notevole rilevanza ai fini della comprensione del regime legislativo della delega gestoria poiché, benché essa sia divenuta nelle moderne realtà imprenditoriali un utile strumento di governo dell'impresa, irrinunciabile, ed indispensabile per un buon assetto di *governance*, va certamente riequilibrata, onde evitare un'eccessiva concentrazione di poteri in capo ai delegati, e mantenere l'autorità primaria dell'organo amministrativo nella sua collegialità.

¹³⁹ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 496 e 501; MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 494; ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, op. cit, 96.

CAPITOLO SECONDO
TRATTI DI SPECIALITA' NELLA DELEGA DEI POTERI DI
GESTIONE

SOMMARIO: 1. La questione della nomina degli organi delegati nei diversi sistemi di amministrazione. – 1.1. (*segue*): la nomina dei delegati nelle società a responsabilità limitata. – 2. La non delegabilità della redazione del bilancio di esercizio. – 3. Il flusso informativo endoconsiliare come elemento di raccordo tra consiglieri deleganti e organi delegati. – 3.1. (*segue*): tempi e forme dell'interazione informativa. – 3.2. (*segue*): l'oggetto dell'informativa endoconsiliare. – 3.3. (*segue*): il dovere di agire in modo informato. – 4. Il parametro di valutazione della diligenza nell'esercizio della delega. – 5. Il regime di responsabilità *ex art.* 2392 c.c. nell'attività gestoria delegata. – 5.1. I limiti al rapporto tra responsabilità solidale e collegialità. – 5.2. Come si atteggia la regola della responsabilità solidale in presenza di deleghe gestorie. – 5.3. Considerazioni conclusive in tema di responsabilità di deleganti e delegati. – 6. I comitati interni. – 6.1. Il sistema dei controlli interni.

1. La questione della nomina degli organi delegati nei diversi sistemi di amministrazione.

<<Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio può delegare proprie attribuzioni>>: è chiara la scelta del legislatore di “procedimentalizzare” il modello di costituzione degli organi delegati.

Essa emerge dalla formulazione testuale della disposizione (art. 2381, comma 2, c.c.) nella misura in cui chiarisce, sulla scorta di una regola già contenuta nella previgente normativa, che presupposto per la costituzione di organi delegati nel sistema di amministrazione tradizionale è l'autorizzazione contenuta in una clausola statutaria o in una delibera assembleare.

Spetterà, poi, al consiglio di amministrazione assumere le scelte relative alla possibilità di ricorrere effettivamente allo strumento della delega, e, in caso positivo, quelle relative alla determinazione delle attribuzioni che ne costituiranno oggetto, delle modalità di esercizio, nonché le scelte sui singoli soggetti destinatari della delega.

Si è affrontato *supra* il tema, ma nei termini generali degli effetti che su di esso ha avuto il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina giuridica, e sotto il profilo degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sull'ammissibilità delle deleghe atipiche. Esso merita, tuttavia, qualche ulteriore riflessione.

Il fatto che il codice novellato ha introdotto una rigida ripartizione delle sfere di attribuzioni tra l'assemblea e l'organo amministrativo – questa, assente nel sistema anteriore – ha consentito di dare una risposta inequivoca, e negativa, al dubbio circa la sussistenza di un potere dei soci di intervenire, più o meno incisivamente, nel procedimento di formazione degli organi delegati, o rendendo obbligatorio il conferimento della delega o riservando all'assemblea la scelta del singolo delegato e la fissazione dei relativi poteri (¹⁴⁰).

Il divieto che il sistema attuale ha posto a riguardo, infatti, è desumibile dal combinato disposto degli artt. 2380-*bis* c.c. e 2364 c.c., nella misura in cui assegna, all'organo amministrativo in via esclusiva (<<spetta esclusivamente agli amministratori>>) la gestione dell'impresa, consistente nel compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, ed all'assemblea ordinaria il rilascio delle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento dei predetti atti da parte degli amministratori, <<ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti>> (¹⁴¹).

¹⁴⁰ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 492.

¹⁴¹ BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 401; NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 28; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 42; MOSCO, *Art.*

E' evidente, pertanto, come il legislatore si sia ampiamente orientato nel senso di deferire all'organo sociale il solo adempimento dei compiti tassativamente attribuitigli dall'art. 2364 c.c. o da altre norme di legge, e quindi, in tema di delega, poteri di tipo autorizzativo; e di lasciare conseguentemente ogni altra competenza di carattere organizzativo o gestionale al solo organo amministrativo (¹⁴²).

Ciò, tuttavia, non esclude che l'«interferenza» dell'assemblea nell'autorizzare la delega possa spingersi sino al punto da prevederne eventuali condizioni e limiti, quali ad esempio, la necessità del consenso assembleare alla scelta del delegato, o la fissazione di limiti per quanto riguarda gli ambiti suscettibili di costituire oggetto di delega: e tale stato di cose, lungi dall'implicare la sottrazione del potere di nomina al consiglio di amministrazione, comporterebbe semplicemente che il suo esercizio risulti condizionato all'autorizzazione assembleare (¹⁴³).

Analogamente, la previsione di una delibera dell'organo sociale che autorizzi l'utilizzo dello strumento organizzativo da parte del consiglio di amministrazione non andrebbe a privare quest'ultimo del potere di revocare in qualsiasi momento l'amministratore delegato, e di provvedere alla nomina di un ulteriore in sua sostituzione, sempre previo *placet* assembleare.

Resta opportuno sottolineare che non sussiste alcuna responsabilità dei soci per il compimento dell'atto che autorizza la delega di potere gestorio, essendo l'organo assembleare per definizione «a-responsabile», mentre la responsabilità non viene meno in capo ai singoli consiglieri amministrativi per il compimento di atti su autorizzazione dell'assemblea.

Se quanto finora asserito vale con riferimento al sistema di amministrazione tradizionale, v'è da chiedersi se lo stesso possa dirsi in relazione al sistema di amministrazione dualistico, o a quello monistico.

In realtà, qualche difficoltà di adattamento della disciplina dettata per il sistema tradizionale viene in luce se si pensa di potere estendere la

2381, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 597; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 234; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 97.

¹⁴² SANDULLI, *Art. 2392*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 400, il quale propende per il carattere rigido delle regole che attribuiscono al c.d.a. compiti organizzativi; CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1075.

¹⁴³ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1076.

“procedimentalizzazione” di cui all’art. 2381, comma 2, c.c. ai modelli alternativi di amministrazione che affiancano, ora, quello tradizionale.

Per quanto riguarda il sistema dualistico, le prime incertezze derivano dal fatto che, indubbia l’ammissibilità delle delega gestoria, se il legislatore all’art. 2409-*novies* c.c. ammette che il Consiglio di gestione (che è l’organo cui è deferita in via esclusiva la gestione dell’impresa) possa delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti, di contro, omette di richiamare il comma secondo dell’art. 2381 c.c., pur rinviando ai commi 3, 4 e 5 della norma.

Ciò potrebbe indurre a pensare, o che non sia necessaria una clausola statutaria o una delibera dell’assemblea come presupposto autorizzativo all’esercizio della delega, e che la stessa sia, quindi, liberamente praticabile (¹⁴⁴), oppure che – essendo la prima ipotesi, pur conforme al diritto scritto, tuttavia difficile da giustificare (¹⁴⁵) – l’autorizzazione sia richiesta; e a quel punto va chiarito quale sia l’organo abilitato a rilasciarla, se l’assemblea o il Consiglio di sorveglianza (¹⁴⁶).

E se volessimo accogliere quest’ultima soluzione, dovremmo fare i conti con una disciplina, quella appunto relativa alla struttura amministrativa dualistica, che si connota per una severa ripartizione di funzioni, a causa della quale non sembrerebbe, almeno all’apparenza, potersi attribuire né all’assemblea dei soci, né al Consiglio di sorveglianza la facoltà di nominare i delegati.

Quanto all’assemblea, infatti, l’art. 2364-*bis* c.c. elenca tassativamente gli adempimenti cui la stessa è tenuta; e tra questi è evidente l’assenza dell’eventuale autorizzazione richiesta dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, nei quali è da includere l’adozione del modello della gestione delegata (¹⁴⁷).

Quanto, invece, al Consiglio di sorveglianza, l’art. 2409-*terdecies* c.c. devolve allo stesso attribuzioni che nel sistema tradizionale sono di appannaggio assembleare, e per le quali occorre verificare se siano da intendere di rigida lettura

¹⁴⁴ FERRI jr., *L’amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., 629, nota 22.

¹⁴⁵ CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 801 ss.

¹⁴⁶ CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 802.

¹⁴⁷ SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, UTET, Torino, 2006, 730; GHEZZI, *Art. 2409-novies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di Ghezzi, artt. 2409-*octies* – 2409-*noviesdecies* c.c., Egea, Milano, 2005, 45, nt 3.

(ossia soltanto quelle elencate dal legislatore) o se possano essere integrate con criteri sistematici (¹⁴⁸). In ogni caso, ammesso anche che le competenze di questo organo non siano rigidamente regolate, l'attenzione si potrebbe focalizzare, ai fini della nostra indagine, sulle funzioni di alta amministrazione, che la lettera *f-bis* del comma 1 gli attribuisce, consistenti nel potere, ove previsto dallo statuto, di deliberare <<in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti>>.

Rispetto al quesito, che anche a fronte di questa norma si pone, se le competenze citate abbiano carattere decisorio o meramente autorizzativo, la dottrina ha concluso che <<in entrambe le ipotesi interpretative il consiglio di sorveglianza interviene, sia pure indirettamente, nella gestione dell'impresa>> (¹⁴⁹). E ove si ritenga che esse abbiano carattere autorizzativo, il Consiglio di sorveglianza non avrà il potere di modificare o integrare i piani (¹⁵⁰).

A questo punto, stando così le cose, la dottrina ha cercato di dare una risposta all'originario interrogativo, ponendo a confronto le "operazioni strategiche" di prerogativa del Consiglio di sorveglianza di cui all'art. 2409-*terdecies* c.c., con "gli atti degli amministratori" che, nel sistema di amministrazione tradizionale, possono costituire oggetto di autorizzazione ai sensi dell'art. 2364 c.c. Ed ha ritenuto che, a prescindere dalle differenze a livello lessicale, le due formule normative siano da ritenere sostanzialmente omogenee, e che entrambi i tipi di attività vadano sottoposti ad autorizzazione statutaria rilasciata, rispettivamente, dal Consiglio di sorveglianza (nel sistema dualistico) e dall'assemblea (nel sistema tradizionale) (¹⁵¹).

Alla luce di tali considerazioni, dunque, sarebbe ammissibile, ma non necessaria, l'introduzione di una clausola statutaria che attribuisca al Consiglio di Sorveglianza la facoltà di autorizzare la scelta dei delegati di competenza propria del Consiglio di gestione (il quale, naturalmente, ne conserva anche il potere di revoca).

¹⁴⁸ CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 802.

¹⁴⁹ SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, op. cit., 725; MONTALENTI, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. Comm.*, 2007, 9 ss.

¹⁵⁰ GHEZZI, *Art. 2409-novies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, op. cit., 47, nt 3.

¹⁵¹ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1078.

Così come sarebbe ammissibile che il Consiglio di sorveglianza medesimo esercitasse da sé tale facoltà (di autorizzare la delega di potere gestorio), con delibera, a prescindere dalla sussistenza di una clausola statutaria in materia (¹⁵²).

A titolo esemplificativo, dalle regole statutarie della società per azioni Intesa Sanpaolo si desume come il meccanismo di designazione del Consigliere Delegato e dei consiglieri esecutivi sia strutturato in modo tale che la nomina spetti al Consiglio di Gestione – insieme alla revoca, ma anche al conferimento, alla modifica ed alla revoca dei poteri – ma sia al contempo “condizionata”, ossia fatta su indicazione del Consiglio di sorveglianza (¹⁵³).

Quanto, poi, al sistema monistico, notevolmente inferiore il numero delle incertezze (¹⁵⁴).

Intanto, l’art. 2409-*noviesdecies* c.c. elenca le norme proprie del tradizionale modello di amministrazione e controllo che trovano applicazione anche al consiglio di amministrazione di una società che abbia optato per il sistema monistico, <<in quanto compatibili>>, e tra queste, espressamente l’art. 2381 c.c.

La mancata introduzione, poi, di una distinzione tra i singoli commi dell’art. 2381 c.c. ai quali la norma intende espressamente rinviare – a differenza di ciò che accade per il sistema dualistico all’art. 2409-*novies* c.c. – esclude che la locuzione <<in quanto compatibili>> rappresenti un elemento ostativo all’integrale richiamo della norma.

Ma, in modo ancora più evidente, l’art. 2409-*octiesdecies* c.c. vieta di nominare come membri del comitato per il controllo sulla gestione, consiglieri che siano già <<membri del comitato esecutivo ed ai quali non siano attribuite deleghe o particolari cariche>>.

¹⁵² CAGNASSO, *Nomina dei delegati e “interferenze” di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1078 – 1079.

¹⁵³ Statuto Intesa Sanpaolo s.p.a., art. 25.

¹⁵⁴ MINERVINI, *Commento ad art. 2380 c.c.*, in *La riforma delle società. Le nuove leggi del diritto e dell’economia*, a cura di Sandulli e Santoro, I, Torino, Giappichelli, 2003, 392 ss.

1.1. (segue): la nomina dei delegati nelle società a responsabilità limitata.

La disciplina dettata per le società a responsabilità limitata si caratterizza per il silenzio del legislatore in tema di delega di potere gestorio.

Considerazioni intuitive potrebbero indurre a pensare che, se l'opportunità di un'organizzazione delegata sia di tutta evidenza nell'ambito delle grandi imprese, per ragioni ovvie che concepiscono l'articolazione dei ruoli come indispensabile in relazione ai notevoli parametri dimensionali, non possa dirsi diversamente per il contesto delle piccole e medie imprese, ove comunque le esigenze di specializzazione (di distinguere, ad esempio, le scelte produttive dalla gestione del personale, o dalla tenuta della contabilità) non scompaiono certo.

Il primo interrogativo che si pone è, però, se essa sia compatibile con il sistema di amministrazione proprio di tale tipo societario – che costituisce il modello di riferimento delle piccole e medie imprese – alla luce della riforma di cui al d. lgs. 6/2003, che ha avvicinato sempre più la struttura amministrativa della s.r.l. alle soluzioni organizzative proprie delle società di persone. E, conseguentemente, se valgano, per la s.r.l., gli stessi limiti previsti per le società per azioni, tenuto conto della maggiore flessibilità organizzativa e dell'ampio spazio riconosciuto all'autonomia statutaria.

E' lecito ritenere che tali ultimi caratteri non hanno un'incidenza tale da privare la s.r.l. della possibilità di utilizzare il modello capitalistico, cosicché in presenza di un organo amministrativo pluripersonale, nulla osta alla possibilità di articularlo in base ai parametri di cui all'art. 2381 c.c.

Un punto fermo è certamente rappresentato dalla previsione per cui non possono costituire oggetto di delega competenze, quali la redazione del progetto di bilancio, la redazione dei progetti di fusione e di scissione, e le delibere di aumento del capitale sociale, le quali inderogabilmente restano <<in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo>>, ai sensi dell'art. 2475, ult. comma, c.c.

Mentre, quanto alla questione della nomina, varie considerazioni si rendono opportune; e se un'autorizzazione risulta necessaria ai fini dell'esercizio della delega, in coerenza con la disciplina dettata per le società per azioni, questa non potrebbe che essere contenuta nell'atto costitutivo, ovvero in una decisione dei soci.

Intanto, il modello societario della s.r.l. si connota per una disciplina che non opera alcuna rigida ripartizione di competenze tra soci ed organo amministrativo.

Altresì, e per di più, l'ampissima libertà ai primi riconosciuta nel riempire di contenuto l'atto costitutivo consente che nello stesso, al di là delle materie inderogabilmente devolute all'organo amministrativo poc'anzi citate, i soci stabiliscano che siano direttamente conferite attribuzioni proprie degli amministratori, ai soci o all'assemblea; oppure che "argomenti" che usualmente sono di competenza propria degli amministratori siano sottoposti ad approvazione dell'assemblea o dei soci stessi, se a farne richiesta sia almeno un terzo del capitale sociale; o ancora che alcuni diritti particolari, consistenti nell'esercizio di competenze amministrative, siano attribuiti in capo ad alcuni singoli soci.

Sembrerebbe, pertanto, che un siffatto contesto normativo, governato dalla massima autonomia statutaria, non frapponga alcun ostacolo alla possibilità che l'assemblea, o i singoli soci, o i soci con decisione, provvedano alla stessa nomina di organi delegati ⁽¹⁵⁵⁾.

Quanto alle conseguenze che una tale impostazione avrebbe sul potere di revoca dei delegati, ci si chiede se questo resti in ogni caso prerogativa propria dell'organo amministrativo.

A tal proposito, sembrerebbe possibile ritenere che ogniqualvolta la nomina di organi delegati sia stata sottoposta ai soci o all'assemblea su richiesta di singoli amministratori o di soci di minoranza, nulla osta a che in capo allo stesso organo amministrativo resti l'esercizio del potere di revoca.

Se, tuttavia, è l'atto costitutivo stesso a prevedere l'attribuzione ai soci, all'assemblea o a singoli soci di diritti particolari, e tra questi la facoltà di nomina dei delegati, allora il potere di revoca dovrebbe essere riconosciuto in capo a costoro, e sottratto all'organo amministrativo ⁽¹⁵⁶⁾.

Si pone un dubbio, se effettivamente sia da ritenere ammissibile la sottrazione della facoltà di revoca al consiglio di amministrazione, essendo

¹⁵⁵ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1081.

¹⁵⁶ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1081.

quest'organo responsabile, anche se indirettamente, dell'attività degli organi delegati, ma soprattutto chiamato ad impedire il compimento di atti pregiudizievoli da parte di questi, adottando gli opportuni provvedimenti.

Ma la risposta potrebbe essere positiva, in considerazione delle peculiarità del contesto normativo delle s.r.l., risultato di profonde modifiche.

E il fatto stesso, prima menzionato, che singoli amministratori o soci di minoranza abbiano il potere di attribuire decisioni proprie dell'organo amministrativo all'organo sociale, potrebbe essere già indice dell'ammissibilità della sottrazione del potere di revoca dei delegati.

Ed in tal caso, la responsabilità, sia pure indiretta, per le singole operazioni compiute dagli organi delegati, potrebbe ricadere sui soci, i quali alla luce della normativa riformata, <<sono solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi>> quando <<hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi>> (art. 2476 c.c.).

In conclusione, dal dettato normativo non sembrano provenire elementi ostativi alla validità, sia di clausole di atto costitutivo che attribuiscono all'assemblea di s.r.l., ai soci, o a singoli soci la facoltà di nomina dei delegati, sia, a maggior ragione, dell'attribuzione agli stessi organi della mera facoltà di autorizzare la nomina di amministratori delegati (¹⁵⁷).

2. *La non delegabilità della redazione del bilancio di esercizio.*

Si era fatto cenno al novero delle materie che il legislatore ha inserito al comma 4 dell'art. 2381 c.c., decidendo che esse dovessero essere insuscettibili di essere delegate; nonché alle difficoltà relative all'individuazione di un filo conduttore al quale riportare le materie di cui trattasi, che le accomunasse sotto il profilo della *ratio* dell'indelegabilità.

Ma maggiormente meritevole di attenzione, tra le altre, è la previsione del divieto di delega per quanto riguarda la redazione del progetto del bilancio, la più rilevante dal punto di vista pratico.

¹⁵⁷ CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, op. cit., 1081.

Anteriormente alla riforma del diritto societario, in dottrina si era cercato di individuare la *ratio* del divieto nella peculiare funzione che è chiamato a svolgere il bilancio di esercizio: trattandosi di un rendiconto sulla gestione, o comunque di un documento oggettivamente in grado di fornire un quadro della situazione patrimoniale della società, era corretto che lo stesso fosse il risultato dell'azione di tutti i componenti dell'organo amministrativo, e che ciascuno di essi fosse chiamato a risponderne (¹⁵⁸).

Tuttavia, attraverso la manifestazione di tale orientamento sembrava che la dottrina *ante*-riforma volesse più porre l'accento sulla tutela del carattere e dell'azione collegiale dell'organo amministrativo, che non sulla ragione del divieto di delega. Nel senso che, il fatto che la redazione del bilancio debba essere svolta collegialmente costituisce una giustificazione al regime di responsabilità solidale, cioè alla circostanza che tali attività debbano essere ascritte a tutti i consiglieri membri del c.d.a.

E in questo modo, anche nell'ipotesi in cui alcune funzioni gestorie costituivano oggetto di delega, si consentiva di estendere la responsabilità anche nei confronti di coloro che non avevano preso parte attiva alla gestione degli affari sociali (¹⁵⁹).

Si rischiava, tuttavia, di entrare in un circolo chiuso in cui il principio della redazione collegiale del bilancio serviva ad affermare il vincolo della corresponsabilità degli amministratori, ma senza individuare quali fossero gli specifici obblighi la cui violazione avrebbe potuto determinare una tal affermazione di responsabilità. Ma soprattutto, si sarebbe espansa eccessivamente, ed indiscriminatamente, l'area delle responsabilità gestorie, facendo in modo che ogni

¹⁵⁸ Sostiene che il divieto di delegare la progettazione del bilancio derivi dalla sua natura di rendiconto: COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni*, Cedam, Padova, 1965, 262 ss; mentre, che il divieto è posto a tutela di "interessi esterni" alla società, che serve dunque ad accertare la consistenza patrimoniale: CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, cit., p. 41; CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, op. cit., p. 81; BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 159.

¹⁵⁹ COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni*, Cedam, Padova, 1965, 257.

amministratore si assumesse la paternità di tale documento (¹⁶⁰), e si esponesse ad ogni conseguenza (¹⁶¹).

Per le suesposte ragioni, è risultata, invece, maggiormente degna di interesse la posizione di chi ha posto l'accento, non più sulla funzione del bilancio d'esercizio, quanto più sulla sua rilevanza nell'ambito della gestione sociale, sostenendo che il divieto di delega sarebbe giustificato dalla circostanza che il bilancio è il più importante "atto di gestione" affidato agli amministratori (¹⁶²).

Sebbene appaia che, ancora una volta, non si riesca a dare risposta all'interrogativo originario, legato alla *ratio* della non delegabilità del documento di bilancio, in realtà l'orientamento era interessante. La valorizzazione, infatti, della natura gestoria del bilancio di esercizio (¹⁶³) poneva il documento in stretta connessione alla politica imprenditoriale che gli amministratori intendono perseguire.

Cioè, benché il bilancio abbia una funzione di oggettiva rappresentazione, consistente appunto nel prospettare un'informazione obiettiva ed imparziale della consistenza dello stato patrimoniale e dei risultati conseguiti nel corso dell'esercizio, resta comunque in capo agli amministratori un certo margine di discrezionalità nella redazione del progetto di bilancio, che si concreta nel potere di valutazione delle poste in ragione degli obiettivi economico-imprenditoriali cui essi mirano (¹⁶⁴).

E pertanto, se una visione dinamica del bilancio implica l'impegno dei titolari delle funzioni gestorie nella fissazione di un certo programma imprenditoriale, è coerente che siano tutti quanti gli amministratori a concorrere alla determinazione delle linee guida della politica dell'impresa societaria, di cui il bilancio è la prima e più importante espressione.

Tuttavia, a voler ammettere che la delibera di approvazione del prospetto contabile debba essere collegiale, ciò non implica automaticamente la sostanziale equiparazione di tutti gli amministratori sotto il profilo delle responsabilità gestorie.

¹⁶⁰ BALZARINI, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, *Il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato*, a cura di Balzarini, Cagnasso, Irrera, Quattrocchio, XVII, Giappichelli, Torino, 2002, I, 263.

¹⁶¹ CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, cit., p. 43.

¹⁶² FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, op. cit., p. 759.

¹⁶³ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, op. cit., p. 102; LIBONATI, voce *Bilancio delle società*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice A-Cod, Utet, Torino, 1980, 809.

¹⁶⁴ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 118 ss.

Del resto, nel caso in cui alcune funzioni relative alla determinazione delle linee guida della politica societaria dovessero essere delegate, il bilancio avrebbe come contenuto il resoconto di un'attività svolta, non già da tutti gli amministratori, ma soltanto da quelli a cui in effetti sia stata affidata la gestione sociale. Ed allora, sarebbe inopportuno andare ad imputare i risultati dell'attività di gestione a tutti quanti i membri indiscriminatamente, anche a coloro i quali ne risultano estranei, se non via sia la prova di un'autonoma responsabilità singolarmente imputabile ad essi (¹⁶⁵).

Quindi, il fatto che il bilancio rifletta le scelte politico-strategiche della gestione sociale permette di spiegare perché la redazione del bilancio debba costituire una prerogativa esclusiva dell'organo gestorio, alla quale non è consentito derogare neppure in caso di inerzia o stallo decisionale (¹⁶⁶). E ciò, avendo cura di precisare che l'inammissibilità della sostituzione del collegio sindacale all'organo amministrativo in caso di mancata attivazione o di "vacanza" di quest'ultimo, non deriva certo dalla natura gestoria del bilancio di esercizio, di cui *supra* si è discusso, quanto piuttosto da una <<evidente incompatibilità tra funzione di controllo e compimento dell'attività (e produzione del documento) oggetto del controllo>> (¹⁶⁷).

Tenendo nella dovuta considerazione le prospettazioni dottrinali antecedenti alla riforma, probabilmente v'è da ritenere che la disciplina novellata non fornisce alcun esplicito *input* ulteriore, nella direzione di confermare la correlazione tra la non delegabilità del potere di redazione del bilancio di esercizio, e la funzione gestoria del bilancio medesimo.

¹⁶⁵ C'è chi equipara la posizione degli amministratori senza deleghe a quella in cui si trovano gli amministratori di una società capogruppo per quanto riguarda la redazione del bilancio consolidato: così come i primi provvedono alla redazione del progetto di bilancio sulla scorta dei dati e delle informazioni fornite dagli amministratori delegati, analogamente per il bilancio consolidato, ove i dati e le informazioni indispensabili ai fini della sua redazione vengono forniti direttamente dagli amministratori della imprese controllate (ai sensi dell'art. 43 d. lgs. n. 127/1991). Pertanto, potrebbe ritenersi riferibile anche agli amministratori senza deleghe l'affermazione elaborata a proposito degli amministratori della società capogruppo, secondo cui essi <<non possono essere chiamati a rispondere per le inesattezze (o falsità) dei dati trasmessi dalle controllate che non siano rilevabili con l'ordinaria diligenza>>: OLIVIERI, *La funzione giuridica del bilancio consolidato*, in Colombo e Olivieri, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7, UTET, Torino, 1994, 651. In giurisprudenza, si veda Cass., 19 ottobre 2000, n. 191.

¹⁶⁶ TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 2397-2408 c.c., Giuffrè Milano, 1992, 163.

¹⁶⁷ COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7, UTET, Torino, 1994, 387.

Probabilmente, un qualche elemento in tal senso potrebbe ricavarsi, sotto il profilo della necessaria collegialità per l'approvazione dei documenti contabili strategici, dalla norma che impone l'esame collegiale dei <<piani strategici, industriali e finanziari della società>> elaborati dagli organi delegati; oppure dalla estensione della non delegabilità alla redazione dei progetti di fusione e di scissione.

A tale ultimo proposito, l'elemento di maggiore rilevanza nella predisposizione di un progetto di fusione o di scissione è la determinazione del rapporto di cambio. Determinazione che, certamente, è frutto di una valutazione discrezionale e di un accordo da parte degli amministratori delle società coinvolte; e pertanto, va effettuata prendendo come base di riferimento i valori accertati nei prospetti contabili, i quali costituiscono un controllo sulla congruità delle scelte operate dagli amministratori (¹⁶⁸).

Tutto ciò per affermare che, probabilmente, la *ratio* sottesa al divieto di delegare la redazione del bilancio di esercizio è analoga a quella che giustifica l'indelegabilità dei progetti di fusione e di scissione, richiedendo anch'essi la predisposizione di una situazione contabile corrispondente ad un bilancio d'esercizio, la quale impone certo un coinvolgimento di tutti i consiglieri dell'organo amministrativo quando si tratta di assolvere compiti di "alta amministrazione", dunque impone il regime inderogabile della collegialità (¹⁶⁹).

3. Il flusso informativo endoconsiliare come elemento di raccordo tra consiglieri deleganti e organi delegati.

Può essere definito il principale elemento normativo che ha contribuito a modificare sensibilmente gli assetti di *corporate governance* della società per azioni a seguito della novella, ed è l'informazione endoconsiliare introdotta dall'art. 2381 c.c., che rappresenta la massima espressione del valore della trasparenza dell'attività

¹⁶⁸ SANTAGATA, *Lineamenti generali dell'istituto della fusione: natura giuridica e procedimento*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società. Profili civili e fiscali*, Ipsoa, Milano, 1993, 53; SPOLIDORO, *Bilancio di fusione*, in Serra e Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società* (Commento al d. lgs., 16 gennaio 1991, n. 22), Giappichelli, Torino, 1994, 32 ss.

¹⁶⁹ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 123.

gestionale <<in tanto libera nei suoi fini, in quanto pienamente percepibile agli interessati nella sua estrinsecazione, quasi “verbalizzata”>> (¹⁷⁰).

Per dovere di informazione endoconsiliare s'intende un complesso di situazioni giuridiche soggettive di sottoposizione (doveri) proprie degli amministratori di società per azioni, ed avente ad oggetto <<profili di diverso contenuto, collegati dal fatto che, nel lessico della nostra lingua..., il termine informazione dispone di una flessibilità polisemica, ricca di implicazioni e direzioni>> (¹⁷¹).

La sua regolamentazione normativa all'art. 2381 c.c. è il risultato della considerazione per cui, se l'informazione non circola in maniera adeguata all'interno del consiglio di amministrazione, che è l'organo gestorio per eccellenza delle s.p.a., essa non potrà mai generare dei flussi informativi adeguati e corretti neppure nei riguardi dell'organo di controllo, o dei soci stessi, o infine del mercato.

L'istituzionalizzazione del sistema di circolazione delle informazioni tra organi delegati ed organi deleganti si realizza, nel sistema del codice civile, mediante l'imposizione di un *obbligo* di informazione in capo ai primi, di un *dovere* di essere informati in capo ai secondi, e mediante la previsione, per entrambe le categorie di amministratori, del principio generale secondo cui tutti costoro <<sono tenuti ad agire in modo informato>>.

E questa impostazione, *in primis*, è espressione della puntuale e ligia attuazione delle direttive della legge delega. Altresì, riflette un concetto di *governance* d'impresa impregnato delle esigenze, sentite in modo sempre più forte nel tempo, della celerità e della speditezza delle procedure, ma anche della correttezza e della trasparenza dell'attività gestoria.

E per tali ragioni, essa identifica nella creazione dei flussi informativi lo strumento più idoneo per attuare un raccordo normativo dell'esercizio delle diverse funzioni amministrative, e per impedire quel rischio – proprio dei sistemi di

¹⁷⁰ L'espressione è utilizzata da LIBONATI, *Riflessioni in tema di corporate governance*, Relazione al convegno *Tutela del risparmio, nuove regole di governance e disciplina delle autorità di vigilanza*, Foggia, 29-30 ottobre 2004.

¹⁷¹ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, 12, 1465 – 1478.

amministrazione delegata – di estraniamento degli amministratori non esecutivi dalla gestione sociale, piuttosto concentrata in capo a quelli esecutivi (¹⁷²).

In passato, infatti, l'assenza di una specifica regolamentazione normativa dei rapporti tra le diverse articolazioni dell'organo amministrativo vedeva spesso gli amministratori privi di deleghe interessarsi della gestione sociale solo ove sollecitati dagli organi delegati, o *in extremis*, quando neppure ciò accadeva, solo in sede di predisposizione del progetto di bilancio.

Pertanto, l'inserimento a livello normativo del dovere di un periodico scambio di informazioni, da parte dei delegati agli organi deleganti ed a quelli di controllo, al di là dei concreti benefici per la materia *de qua* – che non potranno che essere apprezzati e dimostrati solo al momento della concreta applicazione – ha comunque avuto il grande merito di introdurre per la prima volta una compiuta disciplina in forma cogente di un settore dell'amministrazione societaria che ne era totalmente privo (¹⁷³).

Provando ad addentrarsi nella disciplina, il dovere informativo viene posto dal legislatore a carico sia del presidente del consiglio di amministrazione, il cui ruolo risulta decisivo nell'attività di coordinamento dei flussi informativi, sia di tutti gli amministratori – a prescindere dagli specifici incarichi gestionali ricoperti nell'ambito societario – sui quali grava un dovere generale di informarsi e di <<agire in modo informato>>, sia infine degli organi delegati, sui quali incombe invece il dovere di informare tutti gli altri amministratori.

E il rispetto dei menzionati doveri è *condicio sine qua non*, da parte dell'amministratore di società in genere, del diligente adempimento della prestazione cui si è obbligato al momento dell'accettazione dell'incarico.

Tuttavia, per ciò che concerne il consiglio di amministrazione nel suo *plenum*, oltre che un dovere, è legittimo affermare che si pone in capo ad esso anche un potere informativo, il potere cioè di accedere alle informazioni necessarie a garantire il corretto esercizio delle funzioni di controllo sull'attività dei delegati.

¹⁷² MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 105.

¹⁷³ NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., p. 35, nota 24.

A tal proposito, sotto il regime previgente si è esteso davvero tanto il dibattito dottrinale in merito ai poteri informativi del c.d.a., ed ai corrispondenti doveri posti a carico degli organi delegati; esso risultava più che altro orientato a stabilire quali fossero in concreto le informazioni da rendere accessibili ai consiglieri, quali le modalità di acquisizione delle stesse, e se, effettivamente, gravasse sugli amministratori delegati un autonomo dovere di fornire dati o notizie in merito al loro operato.

Una prima riflessione dottrinale ebbe ad oggetto la questione dell'individualità o della collegialità del *potere* di informativa dei consiglieri. Questione che, presentando stretti profili di connessione con quella sulla corretta qualificazione del dovere di vigilanza, divise chi, ritenendo che il dovere di vigilanza avesse natura individuale, propendeva per il riconoscimento del potere di acquisire dati e notizie sulla gestione sociale in capo a ciascun singolo consigliere; da chi, invece, asserendo la natura collegiale del dovere di vigilanza, negava il riconoscimento di una tal prerogativa individuale, al fine di affermare che una corretta circolazione delle informazioni non può che esplicarsi all'interno dell'ambito consiliare (¹⁷⁴).

Marginale, invece, era stata l'attenzione per l'altra faccia della medaglia, ossia il corrispondente *dovere* di informativa in capo agli organi delegati.

Soltanto qualche autore si espresse al riguardo, sostenendo che tale dovere non rappresentava altro che il *pendant* del potere di informazione riconosciuto in capo al consiglio (¹⁷⁵), ma non chiarendo affatto se i delegati avessero un dovere di informazione autonomo, cioè esercitabile anche in assenza di espressa richiesta da parte degli altri amministratori, o se avessero il dovere di fornire informazioni anche diverse ed ulteriori rispetto a quelle derivanti dall'adempimento di specifici obblighi legislativi.

Altri, di contro, premettendo che l'appagamento delle esigenze informative degli amministratori senza deleghe non possa essere affidato alle sole iniziative consiliari o individuali di tali ultimi, ha ravvisato l'esistenza di un vero e proprio

¹⁷⁴ E sulla stretta connessione tra il dovere di vigilanza e quello di informativa, si veda CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 311.

¹⁷⁵ CAGNASSO, *I doveri di informazione degli amministratori investiti di poteri delegato*, in *L'informazione societaria*, Atti del convegno internazionale di studi, a cura di Alvisi, Balzarini e Carcano, Giuffrè, Milano, 1982, 598.

dovere di informativa a carico degli organi delegati, esercitabile attraverso la predisposizione di relazioni periodiche da sottoporre al consiglio, che avrebbe potuto essere suscettibile di regolamentazione statutaria (¹⁷⁶).

Nel tempo, a dare una svolta al tema è intervenuta una comunicazione della Consob – *supra* citata – recante <<raccomandazioni in materia di controlli societari>>, ed esprime – per la prima volta, e seppur con riferimento alle sole società per azioni quotate – la necessità di dotarsi di regole organizzative volte a garantire un’adeguata, e periodica, circolazione delle informazioni in seno al c.d.a. tra deleganti e delegati. Comunicazione che, suscitando le reazioni positive della dottrina, stabiliva come punto fermo l’idea condivisa che soltanto attraverso un costante flusso informativo sull’attività degli organi delegati si sarebbe potuto garantire un efficace e consapevole adempimento del dovere di vigilanza sancito dall’art. 2392 c.c. (¹⁷⁷).

E del resto, l’idea della correlazione tra informazione ricevuta e adempimento del dovere di vigilanza, è quella stessa di cui ha tenuto conto, intanto, il legislatore del Testo Unico della Finanza (d. lgs. 58/1998), all’art. 150, comma 1, ove ha asserito definitivamente l’obbligo preliminare degli organi delegati di riferire al collegio sindacale, tempestivamente e con periodicità almeno trimestrale, sull’attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate; ed *in secundis*, il legislatore della novella, al momento dell’elaborazione testuale dell’art. 2381 c.c., quando ha precisato che il consiglio può operare una valutazione sul generale andamento della gestione <<sulla base della relazione degli organi delegati>>, al comma terzo; o quando ha imposto agli amministratori delegati di informare sul generale andamento della gestione il c.d.a. e il collegio sindacale con periodicità, al massimo semestrale, al quinto comma; o infine quando ha sancito il dovere degli organi delegati di rispondere ad ogni

¹⁷⁶ ABBADESSA, *La gestione dell’impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, op. cit., p. 105; DALMARTELLO – PORTALE, in Scotti Camuzzi, Dalmartello, Portale, Grassetto, Minervini e Abbadessa, *I poteri di controllo degli amministratori di “minoranza” (membro del comitato esecutivo con “voto consultivo”?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 801.

¹⁷⁷ RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, op. cit., 768. Tra gli altri commenti sulla comunicazione Consob, PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, op. cit., 746 ss.

richiesta relativa alla gestione della società avanzata da altri amministratori, nonché il dovere di tutti gli amministratori di agire in modo informato, al comma sesto.

Pertanto, la ridefinizione dei lineamenti e della struttura dell'organo amministrativo operata nel 2003 non si realizza in modo diretto, attraverso la previsione di attribuzioni inderogabilmente assegnate ad un c.d.a. concepito in modo "monolitico" ⁽¹⁷⁸⁾; piuttosto avviene sulla base di una nuova concezione dell'organo di gestione, dinamica, ed articolata in soggetti ognuno dei quali chiamato ad assumere ruoli distinti, ma le cui relazioni ruotano intorno all'informazione – che viene a caratterizzare la legittimità dei protocolli decisionali collegiali – e mediante la stessa si attuano ⁽¹⁷⁹⁾.

Un sistema nuovo, quindi, quello emergente dalla formulazione codicistica, tutto improntato ad un'amministrazione trasparente ed informata, in cui, tuttavia, una buona dose di autonomia statutaria è concessa alle parti nell'adozione dello schema di gestione ritenuto più congeniale.

Se questo è il quadro che il legislatore ha disegnato in linea teorica nell'impianto della delega, non con altrettanto vigore si può affermare che esso sia effettivamente capace di assolvere gli scopi per cui è stato predisposto. Ciò vale, in particolar modo, per la previsione del dovere di agire in modo informato, e per quella del diritto individuale all'informazione spettante a tutti gli amministratori.

Quanto al dovere di agire in modo informato, per la maggior parte della dottrina non rappresenta certo una novità la sua introduzione nel testo della norma novellata.

Nel sistema *ante-riforma* esso si ritrovava più semplicemente incorporato nel generale dovere di diligenza di cui all'art. 2392 c.c. ⁽¹⁸⁰⁾. E, coerentemente con questa impostazione, la giurisprudenza tendeva già ad individuare nella mancata

¹⁷⁸ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1466.

¹⁷⁹ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1466.

¹⁸⁰ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2006, 166; MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 844; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 247.

assunzione delle informazioni un motivo per sanzionare le scelte gestorie degli amministratori (¹⁸¹).

Con la previsione di cui al nuovo art. 2381, comma 6, c.c., poi, il legislatore non ha fatto altro che contribuire a puntualizzare la portata del parametro della diligenza (¹⁸²), rappresentandone, tale dovere, il <<minimo comune denominatore>> (¹⁸³).

Per ciò che concerne, invece, il diritto di informativa degli amministratori, consistente nella facoltà di chiedere chiarimenti e notizie agli organi delegati relativamente alla gestione della società, è stato esso definito <<strumentale>>, poiché <<esprime l'attribuzione agli amministratori di un potere funzionale (o potere-dovere) il cui esercizio è funzionale all'adempimento del dovere stesso>> (¹⁸⁴).

Ebbene, se la finalità del legislatore dell'impianto riformato era quella dell'attenuazione del rischio di responsabilità per gli amministratori non delegati, v'è da considerare che entrambe queste disposizioni hanno certamente una forte incidenza sul tema della responsabilità, soprattutto per ciò che riguarda il comportamento cui sarebbero tenuti gli amministratori deleganti nell'adempimento dei propri compiti di controllo; e ciò solleva seri dubbi sulla possibilità di effettivo perseguimento, in concreto, delle finalità che il legislatore della riforma aveva contemplato.

E' evidente, cioè, che l'introduzione di un dovere di agire in modo informato, nonché la titolarità della facoltà di chiedere in qualsiasi momento notizie e dati sulla gestione societaria, vietano sicuramente agli amministratori deleganti di poter assumere una condotta passiva o meramente "inerte", ossia una condotta consistente nell'attendere la ricezione di quelle stesse informazioni da parte degli organi delegati, e nel verificarne il contenuto (¹⁸⁵).

¹⁸¹ Cass., 28 aprile 1987, n. 3652.

¹⁸² ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 183 e 267.

¹⁸³ RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Giuffrè Milano, 2004, 159.

¹⁸⁴ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 260.

¹⁸⁵ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 507; CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, op. cit., 803; MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 679; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 111; MONTALENTI, *Gli*

Piuttosto, il dovere di informazione imposto dalla nuova disciplina agli amministratori è <<anche di tipo attivo>> (¹⁸⁶).

Nel senso che, non solamente gli amministratori sono tenuti, una volta ricevuta l'informazione, allo svolgimento di un sindacato sulla completezza, veridicità, ed esaustività della stessa; ma, in più, hanno l'obbligo di attivarsi per poter richiedere ogni chiarimento utile ai fini dello svolgimento dell'attività di controllo, ovvero per chiedere integrazioni anche al solo scopo di apprezzare meglio l'informazione ricevuta, o infine per riempire eventuali lacune riscontrate nella documentazione ricevuta.

Questo non comporta, certo, che gli amministratori privi di deleghe non possano ragionevolmente fare affidamento sulle informazioni veicolate dai delegati, ed andare esenti da responsabilità ove queste appaiano, poi, successivamente inesatte; a meno che essi non siano già a conoscenza di motivi tali da far dubitare che le informazioni ricevute siano poco plausibili, o per la fonte da cui provengono, o per il modo con cui sono fornite (¹⁸⁷).

La *ratio* di un sistema così congegnato ha trovato efficace ed incisiva esplicazione nell'idea per cui, benché ai consiglieri in c.d.a. non sia domandato di effettuare un'immane ed infallibile attività di vigilanza, ciò non implica che, di contro, essi possano <<assistere avulsi a quanto transita in consiglio, come se di accadimenti esterni si trattasse e non di processi decisionali che devono coinvolgere la scienza, le specifiche competenze e lo spirito vigile di ciascuno>> (¹⁸⁸).

Ed allora, la portata delle scelte effettuate nel codice riformato, nel senso – di cui *supra* – dell'attenuazione delle responsabilità degli amministratori privi di deleghe, è come se risultasse vanificata dalla previsione di penetranti poteri-doveri di informazione dei membri del consiglio di amministrazione.

obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni, op. cit., 851; SANDULLI, *Art. 2392*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 475.

¹⁸⁶ VASSALLI, *Art. 2392*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, op. cit., 680.

¹⁸⁷ ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 692.

¹⁸⁸ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 140.

Insomma, se anche gli amministratori deleganti si limitassero a svolgere l'attività di controllo che effettivamente loro compete sulla scorta delle informazioni ricevute dagli organi delegati, ciò non basterebbe ad attenuare la loro responsabilità.

Piuttosto, potrebbe essergli imputata la responsabilità per il cattivo operato degli organi delegati qualora, una volta acquisite le informazioni, essi non ne abbiano riscontrato l'attendibilità, oppure se e nella misura in cui, ritenendo le informazioni acquisite carenti, non si siano attivati per assumerne di nuove (¹⁸⁹).

Purtuttavia, qualcuno ha replicato che una tale ipotetica estensione di responsabilità, per gli amministratori deleganti, troverebbe un confine nel limite entro cui il diritto di informativa può essere esercitato, ossia il contesto della riunione consiliare, dunque l'ambito collegiale (<<in consiglio>>, art. 2381, comma 6, c.c.), (¹⁹⁰).

In realtà, a ben vedere, non parrebbe corretto interpretare la norma nel senso che essa introduce una preclusione nei confronti degli amministratori deleganti, i quali quindi dovrebbero essere privati della possibilità di acquisire informazioni in autonomia, senza attendere cioè la riunione consiliare.

Piuttosto che circoscrivere l'ambito di operatività del diritto dei consiglieri ad essere adeguatamente informati sulla gestione sociale, la norma intende, invece, disciplinare e vincolare l'esercizio del corrispondente dovere di informazione degli organi delegati, dettando le modalità attraverso cui questi mettono a disposizione dei deleganti i dati e le notizie richieste (¹⁹¹).

Letta in questa prospettiva, allora, la facoltà degli amministratori di ottenere informazioni <<in consiglio>> viene a rappresentare più un limite per gli

¹⁸⁹ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 504; GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto azionario*, op. cit., 853; SALAFIA, *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, 293, i quali, anche, sostengono che il dovere di agire in modo informato incide sul sistema delle responsabilità gestorie introdotto dalla riforma, alterandone i tratti di fondo: e ciò è evidente ogniqualvolta essi richiamano quel dovere per dimostrare la permanenza di un dovere di vigilanza a carico dei deleganti.

¹⁹⁰ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 153 – 154.

¹⁹¹ La limitazione al potere di acquisizione delle informazioni, da parte degli organi deleganti, al solo contesto delle riunioni consiliari, era stata oggetto di critiche, poiché era evidente il pericolo di andare a comprimere ingiustificatamente il ruolo di controllo dei consiglieri non delegati rispetto ai componenti del collegio sindacale, ai quali spettano poteri di ispezione e di controllo, ma anche di informazione nelle società quotate: in tal senso, ABBADESSA, *Assemblea, amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 1475 ss.

amministratori delegati che non per i consiglieri deleganti; limite in base al quale trova disciplina, non già la modalità attraverso cui i deleganti sono autorizzati ad accedere alle informazioni dei delegati, ma il criterio in base al quale i delegati devono rendere disponibili le informazioni ai deleganti.

E pertanto, il riconoscimento, da parte del legislatore, della centralità della riunione consiliare risponde semplicemente all'esigenza di impedire la circolazione "extra-consiliare" delle informazioni, essendo la riunione medesima la sede deputata allo scambio ed alla valutazione delle informazioni provenienti dagli organi delegati (¹⁹²). E da qui si snoda anche la valorizzazione del nuovo ruolo del presidente del consiglio di amministrazione, chiamato a provvedere <<affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri>>, e finendo quindi col diventare il garante dei flussi informativi endoconsiliari (¹⁹³).

Parte della dottrina è giunta pure ad affermare che una tal impostazione implicherebbe la possibilità per i consiglieri di esercitare il diritto di informativa autonomamente, a prescindere cioè dal momento collegiale, ed individualmente, acquisendo dati, notizie e chiarimenti sulla gestione sociale e procedendo ad atti di ispezione e controllo (¹⁹⁴).

Ma se così fosse, se dunque gli amministratori potessero rivolgersi in ogni momento agli organi delegati, chiedendo la convocazione di un'apposita riunione del consiglio per fornire informazioni, ancor più si dovrebbe dubitare della sussistenza di una dilatazione – e non di un'attenuazione – della responsabilità, che metterebbe, peraltro, il consiglio in una situazione di "debolezza" rispetto, per esempio, ad

¹⁹² ZAMPERETTI, *La convocazione e l'ordine del giorno del consiglio di amministrazione di s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, 284; DE NICOLA, *Art. 2392 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Amministratori, a cura di Ghezzi, *artt. 2380-2396 c.c.*, Egea, Milano, 2005, 562.

¹⁹³ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 105 e 139.

¹⁹⁴ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, op. cit., 367, nt. 31; SALAFIA, *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, op. cit., 292. Ma non tutti sono concordi; infatti escludono questa possibilità, MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, op. cit., 682; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, op. cit., 138; NAZZICONE, *Artt. 2380-2396*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 36; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 250.

un'eventuale inerzia degli organi delegati, o rispetto all'eventuale rifiuto nel fornire informazioni (¹⁹⁵).

Tali ultimi, infatti, hanno ampia libertà di scegliere di quali informazioni rendere edotto il consiglio, o attraverso quali modalità, o addirittura hanno la libertà di decidere di offrire informazioni più ampie rispetto a quelle prescritte per legge (¹⁹⁶).

E in ciò si sostanzierebbero gli ulteriori limiti della formulazione testuale della disciplina codicistica – in tal caso sotto il profilo dei conflitti “intraorganici” – se si considera che l'unico strumento di cui gli amministratori senza deleghe dispongono per sanzionare l'operato dei delegati è la revoca degli stessi; e che la revoca, tuttavia, si rivelerebbe inadeguata poiché non sempre è opportuno rimuovere dalla carica un amministratore esecutivo inerte o riottoso, e poiché comunque il c.d.a. non otterrebbe lo stesso lo scopo desiderato, che è il conseguimento dell'informazione.

E non v'è dubbio che un tale stato di cose non potrebbe evitare un generalizzato coinvolgimento degli stessi consiglieri deleganti nelle responsabilità gestorie gravanti sugli organi delegati (¹⁹⁷).

Un'ultima precisazione si rende opportuna. Si è detto che la valorizzazione del momento consiliare intesa come disciplina dei metodi attraverso cui gli amministratori delegati son chiamati ad offrire informazioni ai consiglieri privi di deleghe porta con sé una rivalutazione del ruolo del presidente del consiglio di amministrazione, a cui poco e modesto interesse veniva riservato nella dottrina e letteratura fino a tempi recenti (¹⁹⁸).

A mano a mano che si dedicava attenzione e studio ai sistemi di *corporate governance*, iniziò a rilevare la sua figura nell'ambito del processo decisionale collegiale, e a maggior ragione nelle società per azioni aperte, ove fondamentale

¹⁹⁵ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 158.

¹⁹⁶ MONTALENTI, *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Soc.*, 1998, 900, in cui tratta dei rischi derivanti da un eccesso di informazione verso il consiglio di amministrazione.

¹⁹⁷ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 160.

¹⁹⁸ In passato, SCALFI, *Il presidente del consiglio di amministrazione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1969, 26; dopo la riforma, MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, op. cit., 679; MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 594.

risulta la sua funzione consistente nell'apportare equilibrio attraverso l'esercizio dei suoi poteri organizzativi (¹⁹⁹).

E da qui la nascita dell'impianto di cui all'art. 2381 c.c. – di cui si è già trattato – in virtù del quale sono oggi al presidente attribuiti la convocazione del c.d.a., la fissazione dell'ordine del giorno, il coordinamento dei lavori, ma soprattutto il potere-dovere di provvedere affinché tutti i consiglieri ricevano adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno in prospettiva di una riunione consiliare.

Alla luce dell'approfondimento sull'importanza dell'informazione endoconsiliare, da queste attribuzioni emerge con evidenza quale rilievo abbia il presidente del c.d.a. nel garantire il rispetto delle regole della collegialità, specie laddove tenuto ad assicurare un'informazione preliminare a tutti i consiglieri rispetto alle questioni deliberative all'ordine del giorno, e nel fungere quindi da fondamento alla funzione ponderatoria del consiglio.

Qualcuno ha emblematicamente definito il presidente del consiglio di amministrazione come il <<“mediatore” nella circolazione dell'informazione che svolga un ruolo in qualche modo neutrale, di una neutralità di tipo professionale, propria di chi ha la responsabilità della retta conduzione di un organismo collegiale>> (²⁰⁰).

E' vero che, in esordio alla norma, il <<salvo diversa previsione dello statuto>> sembrerebbe attribuire carattere di derogabilità alle attribuzioni, tale per cui l'autonomia statutaria è libera nel mutare le competenze del presidente. Ma è anche vero che essa non può certo estendersi fino ad incidere sulle forme e modalità mediante cui si realizzano le attività collegiali della convocazione, della fissazione dell'ordine del giorno e del coordinamento dei lavori; o sino al punto da incidere sull'incanalamento dell'informazione endoconsiliare, finalizzata alla consapevole assunzione delle decisioni collegiali (²⁰¹).

¹⁹⁹ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1466.

²⁰⁰ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1467.

²⁰¹ A proposito di autonomia e inderogabilità, IBBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in AA. VV. (a cura di Cian), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo civile*, Padova, 2004, 153, evidenzia come spesso sussistono interessi esterni alla società che devono

All'autonomia statutaria è possibile, tutt'al più, affidare l'ampliamento dell'ambito delle attribuzioni organizzative del presidente, ma senza prescindere dai caratteri elementari del procedimento collegiale, nonché la determinazione delle modalità mediante le quali il presidente gestisce i flussi informativi endoconsiliari, allo scopo di migliorare le prestazioni degli amministratori.

3.1. (segue): tempi e forme dell'interazione informativa.

Tra le varie questioni che la trasmissione dei flussi informativi solleva, assume rilevanza anche quella relativa alla tempistica nell'arco della quale l'informazione deve circolare, dal presidente del c.d.a. ai consiglieri; i quali ultimi, essendo chiamati ad assumere decisioni sulla scorta del bagaglio delle informazioni ricevute, necessitano di averne conoscenza con un anticipo congruo al punto da permettere loro di elaborarle e di formarsi un proprio convincimento, ai fini della delibera.

Ora, per le società con azioni quotate nei mercati regolamentati, la questione è affrontata dai codici di autodisciplina, i quali prescrivono che la circolazione dell'informazione sia anticipata rispetto alla riunione consiliare, dunque, che essa pervenga <<con ragionevole anticipo rispetto alla data della riunione>>, ad eccezione dei casi di necessità ed urgenza, o di quelli connessi alla natura delle deliberazioni ed alle esigenze di riservatezza ⁽²⁰²⁾.

Ma per le società diverse dalle quotate, il dettato codicistico si limita a prescrivere che lo scambio informativo avvenga <<con la periodicità fissata dallo statuto, ed in ogni caso almeno ogni centottanta giorni>>.

E' di tutta evidenza, qui, l'allusione all'impostazione del Testo Unico della Finanza, art. 150, che, nel contemplare un obbligo di informazione da parte degli amministratori nei confronti dell'organo di controllo in merito ad attività ed eventi

essere salvaguardati dall'imperatività e potenzialmente pregiudicati dalla dispositività di una certa norma.

²⁰² Secondo quanto previsto dal Codice Preda, all'art. 4.

gestionali, impone una periodicità trimestrale, seppur derogabile da diversa determinazione statutaria ⁽²⁰³⁾.

Il richiamo, purtuttavia, non è andato esente da critiche, ma soprattutto da incertezze, sul fatto che la periodicità semestrale stabilita dall'art. 2381 c.c., al cospetto di quella trimestrale appena menzionata, potrebbe apparire eccessivamente lunga ⁽²⁰⁴⁾.

Nondimeno, non è detto che il dovere di informativa non possa assolversi con una cadenza inferiore rispetto a quella semestrale, ma, piuttosto, ciò è consentito sulla base di parametri generali rapportati, di volta in volta, agli argomenti posti all'ordine del giorno, ovvero al carattere di urgenza delle delibere da adottare, che risentono quindi di una certa relatività.

Per ciò che riguarda le ragioni di urgenza, la valutazione deve essere fatta caso per caso, avendo cura di evitare che gli organi delegati studino appositamente di ritardare la trasmissione di informazioni relative al compimento di determinate operazioni economiche al di fuori della riunione del consiglio di amministrazione, in modo che essi giungano ai limiti massimi di tempo per lo svolgimento dell'operazione stessa, e quindi, invocando l'urgenza e fornendo un'informazione superficiale direttamente in adunanza, ivi la fanno approvare ⁽²⁰⁵⁾.

A questo punto, potrebbe ricadere nelle competenze del presidente del c.d.a. lo svolgimento di un'azione di contrasto, consistente nella convocazione del consiglio di amministrazione e nell'invito, rivolto agli organi delegati, di svelare le operazioni economiche in corso di progettazione. Non si pretende certo che questi abbia un assoluto e generalizzato dovere di conoscenza; ma si richiede che abbia consapevolezza, anche in linea di massima, delle operazioni ed attività alle quali gli organi delegati lavorano, e che assuma iniziative volte alla ponderazione o al contrasto, anche per consentire ai consiglieri tutti un più agevole esercizio delle funzioni di controllo.

²⁰³ MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 108.

²⁰⁴ AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, op. cit., 312, nota 24; MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., nt. 33.

²⁰⁵ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1468.

Quanto alle forme dell'adempimento del dovere di informazione, e quindi al suo rapporto con le adunanze consiliari, un'analisi letterale della norma indurrebbe a pensare che l'informazione vada resa dagli organi delegati nel corso dell'adunanza consiliare: è quanto risulta dall'utilizzo del termine <<riferire>> che evoca l'oralità della comunicazione, e dall'identificazione del destinatario della comunicazione nel consiglio di amministrazione, piuttosto che negli altri amministratori, rinviando così all'idea dell'organo amministrativo in riunione, e non all'insieme dei suoi componenti ⁽²⁰⁶⁾.

In realtà, potendo prendere in considerazione detti dati testuali come meri indici, non è consentito trarne la conclusione che la riunione del consiglio di amministrazione sia l'unico luogo nel quale l'informazione può essere resa nella sua periodicità. E neppure è legittimo pensare che il consiglio debba riunirsi tante volte quante viene resa l'informazione periodica.

Sarebbe ammissibile, tutt'al più, che siano lo statuto o la stessa delega a stabilire una certa frequenza dell'informazione periodica, al fine di rendere edotto il consiglio di amministrazione ed il collegio sindacale in modo costante sull'attività degli organi delegati.

E se l'obiettivo può essere agevolmente perseguito attraverso la predisposizione di una relazione da parte degli organi delegati, suscettibile di essere analizzata in ambito collegiale, non sembra doversi interpretare la locuzione <<riferiscono al consiglio di amministrazione>> nel senso della necessità di riunioni formali, ma nel senso che qualsiasi modalità di comunicazione, anche esterna all'adunanza, al presidente ed ai consiglieri può essere ammessa.

3.2. (segue): *l'oggetto dell'informativa endoconsiliare.*

Definita l'importanza della sussistenza di un costante ed adeguato flusso informativo endosocietario, quale fondamentale raccordo dell'operato dei delegati con quello dei deleganti, quale parametro per il diligente adempimento delle attribuzioni ad essi spettanti *ex lege*, e quale nuovo criterio per la definizione della

²⁰⁶ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1471.

responsabilità degli amministratori privi di deleghe (non più soggetti ad oneri probatori in concreto inesigibili – quale quello, vigente sotto la vecchia disciplina, consistente nel dimostrare di aver fatto tutto il possibile per impedire il compimento di atti pregiudizievoli da parte degli amministratori delegati – ma soggetti, ora, a censura esclusivamente in relazione a fatti e situazioni di cui avrebbero dovuto avere conoscenza se avessero correttamente vigilato sull'osservanza dei doveri informativi posti a carico dei delegati), resta da definire quali sono i dati, le notizie, i chiarimenti, gli atti o i fatti che possono perimetrare la fattispecie informativa.

E' chiaro come la questione non potesse trovare confacente regolamentazione in costanza della previgente disciplina, dal momento che alcun cenno si faceva, nel vecchio impianto codicistico, a quali fossero le attribuzioni proprie degli organi delegati, e men che meno ad eventuale espressa definizione dei loro doveri informativi.

Soltanto a seguito della comunicazione Consob 20 febbraio 1997, più volte citata, alla quale va il merito della prima statuizione normativa in materia di dovere informativo, il legislatore ha provveduto, sulla scorta di questa, ad inserire analoga previsione nella regolamentazione normativa (art. 2381 c.c.) dell'organizzazione amministrativa societaria, anche in modo abbastanza articolato.

La prima tra le situazioni suscettibili di trasmissione ai consiglieri senza deleghe è il <<generale andamento della gestione>>, appunto da veicolare sulla base di una relazione *ad hoc* predisposta dagli amministratori delegati.

L'andamento della gestione generale non può che rimandare all'idea della situazione societaria sotto il profilo economico-patrimoniale, ed in prospettiva dinamica: in altri termini, non può che rimandare alla prospettazione dei dati contabili della società, anche sintetici, da parte degli organi delegati, che riassumano l'andamento dell'attività economica nell'arco temporale di volta in volta preso in considerazione ⁽²⁰⁷⁾.

E ovviamente, l'andamento economico dell'impresa societaria non può che relazionarsi strettamente al tema dell'integrità del capitale sociale, ed in modo speculare alle eventuali perdite subite, con tutte le conseguenze che ne derivano, *ex artt. 2446 e 2447 c.c.*

²⁰⁷ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1468.

Non v'è, in realtà, alcuna norma dalla quale emerge che costituiscono attribuzione propria del consiglio di amministrazione nel suo *plenum* gli adempimenti connessi all'accertamento delle perdite. Ma l'inciso <<sulla base della relazione degli organi delegati>> è innovativo e chiarificatore nella misura in cui sembra trasferire il dovere di accertamento e di trasmissione delle relative informazioni in capo all'amministrazione delegata.

Per tali ragioni, spetta agli amministratori esecutivi tenere sotto controllo l'andamento economico-patrimoniale della società – essendo “depositari” in via prioritaria ma non esclusiva, insieme al collegio sindacale, della conoscenza dei dati contabili –, verificare la sussistenza di eventuali perdite, procedere con gli opportuni e necessari adempimenti e provvedimenti, e da ultimo farne rapporto al consiglio.

Dal canto loro, gli amministratori in consiglio hanno l'onere di valutare rigorosamente ed attentamente i dati oggetti di trasmissione da parte degli esecutivi, accertando la coerenza e l'attendibilità della relazione da essi inviata a tale scopo. E, qualora dovessero già conoscere, o successivamente ravvisare, una situazione di crisi dell'attività economica societaria, ovvero dovessero avere coscienza dell'accadimento di eventi idonei a determinare una diminuzione di valore di alcuni cespiti o un'alterazione dei flussi finanziari, hanno il dovere di farli emergere ed intervenire efficacemente e tempestivamente con le azioni di volta in volta più appropriate.

Pertanto, qualora alla società dovessero essere arrecati danni a causa dell'omessa constatazione delle perdite di capitale sociale subite, non opera la presunzione di responsabilità dell'intero consiglio di amministrazione, così come accadeva in passato, bensì occorre preliminarmente verificare se il danno si sia prodotto o perché gli amministratori esecutivi abbiano distorto o alterato le informazioni fornite ai membri del consiglio, senza che questi ultimi potessero ragionevolmente percepirlo, oppure perché una condotta improntata a superficialità da parte degli amministratori non esecutivi ha sottovalutato o sottostimato dati e prospetti contabili che, viceversa, avrebbero preteso indagini più approfondite⁽²⁰⁸⁾.

Non della stessa opinione tutta la dottrina. Qualche voce si è levata, infatti, mostrando perplessità sul fatto che l'inclusione nell'obbligo di informazione anche

²⁰⁸ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 150, nota 129; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1469.

degli indici rivelatori delle perdite subite dal capitale sociale solleverebbe automaticamente il c.d.a. dall'obbligo di monitorare l'integrità del capitale sociale e lo legittimerebbe ad agire soltanto a seguito della ricezione dei *reports* da parte dei delegati.

E tale stato di cose implicherebbe un enorme dispendio di tempo, che potrebbe rivelarsi ben pregiudizievole per lo stato economico-patrimoniale della società: d'altra parte, è notevole il rallentamento della tempistica di reazione rispetto alla gravità di eventi di tal sorta, se si considera il periodo massimo di sei mesi dal verificarsi dell'evento, previsto *ex lege*, entro cui la notizia può pervenire al consiglio di amministrazione, e che ad esso si aggiungono il tempo necessario per redigere la relazione sulla situazione patrimoniale della società, e quello per la ricezione delle osservazioni elaborate dal collegio sindacale ⁽²⁰⁹⁾.

Parte della dottrina ha pure sostenuto che l'identificazione – come contenuto dell'informazione dovuta dagli organi delegati – dell'andamento della gestione societaria <<non aiuta a rendere il circuito dell'informazione societaria più virtuoso di quanto non lo fosse sotto il diritto abrogato>>, se non fosse che può essere scandito da una periodicità più ristretta di quella prevista per legge ⁽²¹⁰⁾. Tutt'al più, la vera novità sarebbe rappresentata dal dovere degli organi delegati di esprimersi anche sulla <<prevedibile evoluzione>> dell'andamento della gestione.

E se l'andamento della gestione va riferito alla situazione patrimoniale della società allo stato degli atti, l'obbligo di *reporting* comprensivo dei dati sulla <<prevedibile evoluzione>> della gestione societaria ha ad oggetto non <<un fatto certo, ma una valutazione che l'organo delegato deve rappresentare al consiglio e al collegio sindacale>> ⁽²¹¹⁾.

Qui, non più fatti certi, basati su situazioni e prospetti contabili elaborati in base a quanto effettivamente accaduto, ma soltanto ipotesi, aspettative e previsioni, insuscettibili di verifica empirica.

²⁰⁹ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 500, nota 30.

²¹⁰ MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 109.

²¹¹ BONELLI, *L'amministrazione della s.p.a. nella riforma*, op. cit., 705.

E' questa la ragione per la quale, ove l'amministratore delegato o il comitato esecutivo trasmettano previsioni sulla prevedibile evoluzione della gestione, dovranno ancorare la realizzazione di siffatto compito alla prudenza, creando delle solide previsioni gestionali; e dovranno cercare il più possibile di porre a fondamento di tale flusso informativo elementi noti, la cui evoluzione conduca ad una marcata probabilità del risultato ⁽²¹²⁾, ossia a quelli che qualche autore ha definito <<gli sviluppi che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono frequentemente connessi a un determinato plesso di circostanze di fatto>> ⁽²¹³⁾.

Si intende, in questo modo, evitare che le prospettive di evoluzione esposte dai delegati al consiglio siano di scarsa attendibilità, poiché riflettono la volontà di tali ultimi di dare la buona impressione di una brillante evoluzione societaria al consiglio di amministrazione, per compensare gli scarsi risultati perseguiti fino a quel momento.

Ancora, l'obbligo informativo è comprensivo anche delle <<operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società>>: è palesemente operato un rinvio a quelle espressioni che, sia la comunicazione Consob, sia il Testo Unico della Finanza all'art. 150 utilizzano quando raccomandano rispettivamente, nel primo caso, <<apposita e puntuale informazione>> laddove le operazioni realizzate <<assumano un'incidenza rilevante sulla situazione economico patrimoniale della società>>, ovvero ove presentino <<elementi di criticità>>; nel secondo caso, un dovere di comunicazione delle <<operazioni di maggiore rilievo economico, finanziario e patrimoniale>>.

La varietà delle locuzioni utilizzate trova un minimo comune denominatore nella categoria dell'operazione rilevante sotto il profilo delle dimensioni o delle caratteristiche, <<anche qualitative, quali ad esempio operazioni atipiche, inusuali, o compiute o deliberate da amministratori interessati>> ⁽²¹⁴⁾, con ciò intendendo assicurare alla previsione un raggio di azione abbastanza ampio, e comprensivo, insomma, di tutte quelle operazioni che <<presentino profili di delicatezza tali da

²¹² MUCCIARELLI, *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>> nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 632.

²¹³ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1469.

²¹⁴ In base a quanto è dato leggere nella relazione ministeriale.

dover essere considerate rilevanti ai fini dell'informazione periodica da parte degli organi delegati>> (²¹⁵).

Da ultimo, il dovere di informazione endoconsiliare trova un'estensione del suo ambito di operatività anche qualora sussistano, tra le società coinvolte nel transito di informazioni, delle relazioni di gruppo. Le operazioni di maggior rilievo suscettibili di essere riportate in consiglio da parte degli organi delegati, infatti, sono anche quelle effettuate dalle società controllate, ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c.

Nel periodo *ante*-riforma, nessun interesse sussisteva e nessuna questione veniva sollevata in merito alla libera circolazione delle informazioni tra società appartenenti ad un gruppo, anche perché si riteneva che, ove la società fosse dotata di un organo di controllo, i soci non avevano alcun diritto di avere notizia sullo svolgimento degli affari sociali da parte degli amministratori, al di fuori delle assemblee (²¹⁶).

Tuttavia, la odierna previsione dell'obbligo di *reporting* in tema trova giustificazione in una delle maggiori innovazioni della riforma del diritto societario, ossia l'introduzione della disciplina sull'attività di direzione e coordinamento di società: si presume, cioè, che l'esercizio di un potere di direzione da parte della società capogruppo nei confronti delle società eterodirette non possa non includere anche il potere di informazione sulle operazioni di maggior rilievo, e sugli esiti di queste, da tali ultime effettuate.

3.3. (segue): *il dovere di agire in modo informato.*

Il flusso informativo che si è fatto oggetto di esame sinora non rappresenta altro che il perno attorno a cui ruotano i vari rami in cui si articola il consiglio di amministrazione, il c.d. *trait d'union* tra le due anime della funzione amministrativa,

²¹⁵ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., 1470.

²¹⁶ ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società*, Atti del Convegno Internazionale di studi, Venezia, a cura di Balzarini, Carcano, Mucciarelli, II, Giuffrè, Milano, 1996, 567.

quella della gestione diretta e quella del controllo, assicurando un dialogo costante tra i suoi protagonisti (²¹⁷).

Qualche autore ha efficacemente evidenziato come dalla lettura della norma cardine in materia, l'art. 2381 c.c., emerge ciò che è lecito definire <<un copione, uno schema delle riunioni consiliari fondato su una precisa e continua giustapposizione e su un gioco (doveroso) delle parti articolato nel ruolo di chi espone ed informa e di chi informazioni richiede sia su aspetti generali della gestione sia su specifiche questioni>> (²¹⁸).

Tuttavia, la parte di tale norma che, più di ogni altra, esprime l'essenza della relazione messa a punto dalla novella per disciplinare i rapporti interorganici, è il comma sesto nella parte in cui prescrive a tutti gli amministratori di <<agire in modo informato>>.

Il suo forte valore precettivo nell'attuale contesto normativo deriva dalla considerazione che il corretto esercizio del potere gestorio non può prescindere dalla conoscenza di una serie complessa di dati di fatto rilevanti per l'esatto adempimento della prestazione (²¹⁹).

Tuttavia, non rende giustizia alla valenza indiscutibilmente ampia che essa assume, la sua collocazione sistematica nell'ambito dell'art. 2381 c.c. Valenza che, oltre che dipendente dalla stretta correlazione esistente tra il dovere di agire in modo informato e il dovere di fedeltà dei componenti l'organo amministrativo, soprattutto trae origine dal fatto che la prescrizione riguarda tutti gli amministratori, indifferentemente dal sistema di amministrazione adottato (²²⁰).

Tuttavia, la collocazione nella disciplina delegata delle funzioni amministrative potrebbe trovare una giustificazione nell'idea per cui, se l'art. 2381 c.c. regola in modo compiuto i rapporti tra organi delegati ed organi deleganti, ancorandoli a quelle informazioni che i delegati sono tenuti a fornire e che i deleganti sono tenuti a ricevere, il dovere di agire in modo informato <<consacra in modo

²¹⁷ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 272.

²¹⁸ MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in Cian (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Cedam, Padova, 2004, 473.

²¹⁹ SCARPA, *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 87-88.

²²⁰ FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., 632; MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, op. cit., 110.

solenne la chiusura del sistema>>, vincolando gli amministratori ad un certo contegno prudente ⁽²²¹⁾. O comunque potrebbe riflettere il bisogno – connesso al nuovo regime della responsabilità degli amministratori *ex art. 2392 c.c.* – che gli amministratori, in presenza di gestione delegata ad alcuni consiglieri, assumano le decisioni di loro spettanza <<in modo consapevole, meditato e sulla base di un rischio calcolato>> ⁽²²²⁾.

La norma oggetto di esame, nello specifico, prescrive che, ai fini dell'agire informato, ogni singolo amministratore possa <

<chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società>>, ma non al semplice andamento della gestione societaria – che è cosa ben diversa ⁽²²³⁾. Informazioni, quindi, relative, così ad aspetti generali della gestione societaria, come anche a specifiche questioni degne di costituire oggetto di approfondimento.

Ad eccezione dell'ipotesi in cui si tratti delle informazioni inerenti quei peculiari compiti e funzioni che il consiglio di amministrazione stesso attribuisce a dirigenti o a dipendenti della società, in linea di massima v'è da escludere che il consigliere del c.d.a. possa avanzare la sua richiesta di informazioni direttamente al *management* ed al personale dipendente della struttura aziendale.

E' quanto si ricava da un'interpretazione letterale del dettato codicistico, il quale contempla la sola possibilità di avanzare la richiesta <<agli organi delegati>> ⁽²²⁴⁾, e che probabilmente trova la sua *ratio* nel tentativo di rifuggire da ingiustificati ed eccessivi carichi di lavoro nei loro confronti, o da intralci al loro concreto operare.

²²¹ AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, op. cit., 312, nota 24; ROMANO, *Art. 2381*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, op. cit., 411.

²²² BONELLI, *L'amministrazione della s.p.a. nella riforma*, op. cit., 707.

²²³ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 505-506; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 335-336.

²²⁴ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 505-506; CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, 362 – 363; FRANZONI, *Della società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. I. Disposizioni generali – Degli amministratori*, op. cit., sub art. 2381, 111; MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 845; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 339.

Analogamente, si ritiene insostenibile per il singolo amministratore, ma non anche per il c.d.a. nel suo *plenum*, che costui, al fine di agire in modo informato, possa intraprendere atti di ispezione o di controllo direttamente presso le strutture aziendali.

Probabilmente, la riforma del diritto societario, nell'operare la sostituzione del generale dovere di vigilanza con le dettagliate prescrizioni di cui all'art. 2381 c.c., ha voluto circoscrivere la responsabilità dei consiglieri alle sole omissioni o violazioni delle prescrizioni *de quibus*, non rendendo ammissibile, pertanto, il compimento di atti ulteriori e diversi da quelli ivi espressamente contemplati. E ciò consentirebbe anche di identificare, più agevolmente, il soggetto al quale può imputarsi un'eventuale carenza informativa ⁽²²⁵⁾.

Viceversa, va ritenuta ammissibile, in quanto non vietata dalla lettera della norma, la formulazione di richieste di informazioni agli organi delegati anche al di fuori della riunione consiliare, a condizione che tali ultimi provvedano comunque ad offrirle opportunamente soltanto in sede di consiglio, allo scopo di favorirne la dialettica tra i membri. E l'idea è accolta favorevolmente in dottrina, ove si sostiene la necessità di dover distinguere il momento della domanda di informazioni, da quello della risposta, dovendo quest'ultimo trovare concretezza solo nell'apposita sede consiliare, a ciò deputata ⁽²²⁶⁾.

Così come, pure, è sostenibile che la richiesta di informazioni, oltre che da parte degli amministratori privi di deleghe, possa essere avanzata anche da parte di alcuni amministratori delegati nei confronti di altri, la cui delega abbia oggetto differente ⁽²²⁷⁾.

In conclusione, nulla osta all'individuazione di una situazione giuridica duplice in capo agli amministratori, che può essere definita "diritto-dovere", e che – come *supra* già affermato – li rende titolari di un diritto alla ricezione delle informazioni da parte degli amministratori delegati da un lato, e titolari di un dovere dall'altro: quello di muoversi ed agire per pretendere ulteriori flussi informativi, ossia la corresponsione di documentazione e *reports* aggiuntivi o integrativi rispetto

²²⁵ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 339.

²²⁶ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 248.

²²⁷ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 335.

a quelli pervenuti, ove si abbia fondato motivo di sospettare che quelli già predisposti siano non esaustivi, non attendibili, non esatti o incompleti.

Tanto è vero che – come emblematicamente sostenuto da qualche autore – se dovesse esservi una carenza di iniziativa da parte di tutti gli amministratori nell'esigere che in consiglio siano messe a disposizione idonee informazioni sulla gestione societaria, tale inerzia legittimerebbe i deleganti a <<restare convitati di pietra di un consesso nel quale i delegati saranno liberi di illustrare o, al contrario, di occultare fatti ed atti relativi alla loro attività gestoria>> (228).

Tutto ciò fa della regola dell'agire in modo informato una regola di carattere generale, che gli amministratori sono tenuti a rispettare nell'esercizio delle loro funzioni, che va ad inserirsi come trave portante di un'attività di gestione diligente e responsabile, e che, infine si specifica di volta in volta alla luce dei concreti assetti organizzativi adottati dalla società e del modo in cui essi garantiscono un adeguato flusso di informazioni (229).

Sebbene non sia spesso agevole predeterminare qualità e quantità delle informazioni che gli amministratori privi di deleghe sono tenuti ad assumere, al fine di andare esenti da ogni responsabilità ove non si siano attivati per chiedere informazioni ulteriori, si potrebbe ritenere, anche sulla scorta delle esperienze giuridiche internazionali, che essi tendenzialmente possano fare affidamento su quanto riferito dai delegati, a meno che fatti specifici o circostanze particolari non facciano sorgere in loro un ragionevole dubbio sull'attendibilità e la completezza delle informazioni ricevute, o a meno che non ne fossero già a conoscenza: è a questo punto che scatterebbe in capo agli stessi l'obbligo di attivarsi (230).

²²⁸ ROSSI, *Art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 2, artt. 2397 – 2451 c.c., Cedam, Padova, 2005, 807; ma anche AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, op. cit., 312; BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., 151-152.

²²⁹ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 166.

²³⁰ Si confrontino i *Principles of Corporate Governance* dell'*American Law Institute*, che, cercando di chiarire la legislazione di diritto societario, si occupano di aspetti centrali della *corporate governance*, tra cui di doveri e responsabilità di *directors* e *officers*.

4. Il parametro di valutazione della diligenza nell'esercizio della delega.

La riforma del diritto societario entrata in vigore nel 2004 è stata profondamente innovatrice, tra le altre materie, anche nella ridefinizione del parametro della diligenza per l'assolvimento degli obblighi statutari e legislativi, cui gli amministratori devono attenersi per non incorrere in responsabilità.

La diligenza del mandatario di cui alla previgente disciplina, infatti, cede il passo alla diligenza <<richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze>> (²³¹) la quale, oggi, viene a rappresentare il nuovo criterio di imputazione della responsabilità alla cui stregua va misurato l'esatto adempimento dell'obbligazione assunta da ciascun amministratore con l'accettazione del relativo incarico.

La ventata innovatrice si rendeva, peraltro, necessaria ed urgente per reagire ad alcune tipologie di inadempimenti degli amministratori; o ancora meglio, per capire come reagire di fronte al compimento di atti dannosi per l'impresa societaria, i quali, pur non configurando inadempimento di doveri imposti dalla legge o dallo statuto *ex art. 2392 c.c.*, si configuravano comunque come inadempimento dell'obbligo generico di amministrare bene la società (²³²). Ed allora andava accertato, in sede giurisdizionale, se siffatte condotte avessero implicato una trasgressione delle regole di diligenza, suscettibili di generare responsabilità.

La giurisprudenza, in passato, ha affrontato il tema in varie occasioni, ma senza mai giungere a soluzioni univoche.

Ha spesso tentato di valutare se la condotta degli amministratori fosse stata diligente o meno, andando a verificare se, nel caso concreto, il danno subito dalla società potesse essere attribuito alla condotta tecnicamente superficiale dell'amministratore, piuttosto che ad un comportamento imprudente.

²³¹ In ogni caso già a partire dal previgente sistema codicistico, sebbene si facesse rinvio alla diligenza del mandatario, il rapporto di amministrazione non era più ricondotto ad un mandato dei soci – a differenza di quanto accadeva nel codice di commercio del 1882 – né tantomeno si dubitava più che i poteri degli amministratori fossero autonomi ed originari rispetto alla volontà dei soci, e non da essa derivati.

²³² VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 26.

E, pur partendo dal principio generale in virtù del quale le scelte operate dagli amministratori non debbano costituire mai oggetto di sindacato giurisdizionale sotto il profilo dell'opportunità o della convenienza delle stesse, di fatto, dopo aver constatato che un danno per la società si era prodotto, ha finito sempre con il valutare proprio l'opportunità tecnica o la ragionevolezza delle decisioni a seguito delle quali si era prodotto il danno, e con il formulare un'imputazione in capo agli stessi per scelte non professionali, incongrue sotto il profilo economico o arbitrarie⁽²³³⁾. La giurisprudenza, dunque, ha considerato negligenti decisioni degli amministratori cagionanti un danno alla società, ogniqualvolta non si potesse stabilire con certezza che questo non fosse dipeso da errore incolpevole.

Ma non sono mancate decisioni di segno contrario, sicuramente più perspicaci⁽²³⁴⁾.

Se questo accadeva prima della riforma, occorre allora chiedersi se il d. lgs. n. 6/2003 ha offerto *input*, a fini chiarificatori, per superare il tradizionale orientamento. In particolare, se l'art. 2381 c.c. – che ai nostri fini rileva – enuclei, con le sue prescrizioni, un modello tipo di condotta cui l'amministratore deve conformarsi, e se il rinvio alla <<natura dell'incarico>> implichi un giudizio di responsabilità *ex art. 2392 c.c.* fondato sulla valutazione del modo attraverso cui l'amministratore è pervenuto ad una determinata decisione.

Le difficoltà nel tentativo di dare definizione ai quesiti, del resto, derivano dalla natura dell'attività di amministrazione societaria, la quale, non potendo essere qualificata come un'attività professionale, del tipo di quelle esercitate dai professionisti intellettuali, non comporta l'individuazione di uniformi caratteristiche nell'esecuzione della prestazione, simili a quelle valide per questi ultimi⁽²³⁵⁾.

E tali difficoltà risultano maggiori per gli amministratori privi di delega, le cui prerogative, seppur meglio identificate rispetto al passato, restano ancora

²³³ Un panorama della giurisprudenza viene offerto da FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in Franzoni, Galgano, Di Pietro, Rossi Vannini, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, XIX, Cedam, Padova, 1994, p. 34 ss.

²³⁴ Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, p. 1389; Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *Fall.*, 1998, p. 666 ss.

²³⁵ DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 1999, 229 ss; VISENTINI, *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore*, in Afferni – Visintini (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Atti del convegno Imperia, Giuffrè, Milano, 2005, 99 ss.

indeterminate per poter ravvisare un modello di condotta da rispettare ai fini dell'esatto adempimento della prestazione gestoria.

Orbene, la novella è intervenuta, in tema, a chiarire che la diligenza richiesta agli amministratori è quella da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata; ragione per la quale è lecito ritenere che, una volta abbandonato il parametro di riferimento ad una diligenza media, gli amministratori di s.p.a. debbano essere muniti di una particolare qualificazione professionale, propria di coloro i quali sono tenuti a svolgere funzioni gestorie di un'altra impresa.

Peraltro, se ad indurre a tali ordini di considerazioni provvede, per un verso, l'art. 2392 c.c. riformato – il quale prescrive letteralmente agli amministratori di adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico – a confermarle pensa, invece, l'ulteriore complesso normativo di cui all'art. 2381 c.c., in relazione al quale, pure, deve essere valutata la condotta diligente degli amministratori.

A tale ultimo, come in più occasioni ribadito, va, innanzitutto, il grande merito di aver puntualizzato gli obblighi specifici facenti capo agli amministratori, e di averli identificati, per un verso, nella valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, nell'esame dei piani strategici, della valutazione dell'andamento della gestione, nella verifica della completezza ed attendibilità dell'informazione societaria ricevuta; e, per altro verso, nella cura degli assetti prima citati e nel dovere di trasmissione delle informazioni sulla gestione, sulla sua prevedibile evoluzione, e sulle operazioni sociali maggiormente rilevanti.

Ognuno di essi si caratterizza per essere strumentale all'obbligo più generale, sempre gravante sugli amministratori, di condurre l'attività economica con metodo più idoneo possibile al perseguimento dell'interesse sociale ⁽²³⁶⁾.

E, pertanto, va adempiuto in modo diligente, integrando, viceversa, la sua violazione gli estremi di un illecito, e costituendo fonte di responsabilità *ex art.* 2392 c.c. ⁽²³⁷⁾, così come accade per la violazione degli altri obblighi imposti dalla legge o

²³⁶ Per una esaustiva trattazione degli obblighi BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in AA. VV., *Contributi alla riforma delle società di capitali*, op. cit., 620.

²³⁷ VASSALLI, *Art. 2392*, in *Società di capitali. Commentario*, op. cit., 679; MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, op. cit., 449; MERUZZI, *L'informativa endsocietaria nella società per azioni*, in *Contr. e impresa*, 2010, 769.

dalla statuto, quali l'obbligo di accertare senza indugio il verificarsi di una causa di scioglimento, dando pubblicità alla relativa dichiarazione, oppure l'obbligo di convocare l'assemblea senza indugio a fronte di perdite del capitale sociale superiori ad un terzo, e così via (²³⁸).

Il secondo merito è rappresentato, poi, dall'ingresso nel complesso normativo del fondamentale dovere di agire in modo informato al comma 6 dell'art. 2381 c.c., – e dalla fissazione fin nel dettaglio delle modalità attraverso le quali codesta informazione debba essere perseguita – come principale presidio per il puntuale ed esatto adempimento dei doveri prima specificati. Presidio la cui *ratio* trova esplicazione nella opportunità che ogni amministratore, delegante o delegato, utilizzando tutte le informazioni, acquisite o ricevute, che reputi idonee, e richiedendone di ulteriori, giunga al punto di assumere una decisione con il massimo bagaglio conoscitivo possibile (²³⁹).

E pertanto, in considerazione di tali profonde innovazioni, e conformemente a quanto prescritto nella Relazione al d. lgs. 6/2003, n. 6, par. III riferendosi al contenuto del criterio della diligenza, indipendentemente dal fatto che sia chiamato a svolgere funzioni delegate, ogni amministratore ha comunque l'onere di adottare <<quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione>>, ed acquisire ogni informazione utile al fine dell'assunzione di una scelta meditata, risultato dell'analisi di tutti gli elementi del caso concreto e di un rischio calcolato.

Accertato che la diligenza non costituisce affatto oggetto di un obbligo né il contenuto della prestazione dedotta nell'obbligazione, bensì il modo di adempiere esattamente all'obbligazione (²⁴⁰), può concludersi che il comportamento dell'amministratore è qualificabile come diligente, ed è quindi improntato a

²³⁸ Sono elencati dettagliatamente da BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 180.

²³⁹ Sostiene che la stretta relazione normativa esistente tra informazione e gestione non è scindibile ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 43.

²⁴⁰ RODOTA', voce *Diligenza*, Diritto civile, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539 ss.

professionalità, ogni qualvolta egli osservi e rispetti quel <<*modus operandi* tipico>> e vincolato nell'assunzione di una determinata scelta gestoria (²⁴¹).

Rapportata alla natura dell'incarico, quindi, la valutazione della diligenza ai fini dell'accertamento della responsabilità tiene conto del modo e delle procedure attraverso cui gli amministratori siano pervenuti a determinate decisioni, mentre resta estraneo ogni giudizio sulla natura della scelta o della relativa delibera: infatti, <<quando si parla di diligenza nell'adempire la mera obbligazione di amministrare nell'interesse della società, si allude esclusivamente al momento prodromico della scelta e all'osservanza delle regole che il legislatore ha predisposto per effettuare quest'ultima>> (²⁴²).

Rapportata, invece, alle specifiche competenze, la valutazione della diligenza segna la presa d'atto dei diversi livelli di professionalità esigibili dagli amministratori nei diversi settori dell'amministrazione societaria.

Se le osservazioni sin qui svolte possono esser ritenute vevoli per gli amministratori tutti, è inevitabile però che nella ricostruzione della diligenza concretamente esigibile dagli amministratori si tenga conto di ogni circostanza relativa all'impresa sociale (dal settore economico di appartenenza alle dimensioni, ed alla struttura organizzativa), e prima fra tutte, della serie di funzioni che, in concreto, ciascun amministratore è chiamato ad esercitare, in virtù del suo ruolo in seno al c.d.a. (²⁴³).

²⁴¹ VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, op. cit., 30; ASSONIME, *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento dell'Assonime*, in *Riv. Soc.*, 2005, 907.

²⁴² VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, op. cit., 31.

²⁴³ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 165; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, op. cit., p. 181 – 183; BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*, in *RDS*, 2/2008, 335; CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. Pen.*, 2008, 113; CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d. lgs. n. 6/2003*, in *Riv. soc.*, 2009, 1425; DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, in *AA. VV.*, *Contributi alla riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 3/04, 647; FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, op. cit., 623; FRANCHI, *La responsabilità di amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario. I principi per una disciplina <<europea>> e i riflessi nell'ambito delle società bancarie*, Giuffrè Milano, 2004, 20, nota 48; STIRPE, *La diligenza come criterio di responsabilità dell'obbligato: evoluzione storica della*

L'assegnazione di poteri e doveri differenti a ciascuna delle categorie di amministratori – presidente del consiglio, amministratore destinatario delle deleghe di gestione ed amministratore privo di deleghe – implica, infatti, la correlativa diversificazione delle posizioni ricoperte all'interno dell'organo collegiale, ragione per la quale ciascuno di loro sarà chiamato a rispondere della sola violazione degli obblighi su di lui gravanti (²⁴⁴), configurandosi una responsabilità per fatto proprio.

Ma ne consegue anche che – contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina, per la quale sarebbe meramente formale, e non sostanziale, l'innovazione legislativa in materia di diligenza (²⁴⁵) – il ruolo e la posizione in seno al c.d.a. da ciascun amministratore rivestiti vengono ad assumere rilevanza anche ai fini della individuazione della misura della diligenza: cioè, l'impianto legislativo riformato opera una differenziazione, e una graduazione, della diligenza esigibile dai membri del c.d.a., in base al tipo di prerogative in concreto esercitate da ognuno di essi nell'ambito della struttura organizzativa societaria (²⁴⁶).

E così il modello unico dell'amministratore che doveva agire con la diligenza del mandatario, valevole in ogni circostanza e utilizzabile dalla giurisprudenza quale criterio indifferenziato di valutazione della condotta di chi gestisce un'impresa societaria, lascia spazio ad una pluralità di modelli tipici di amministratori diligenti, non più riconducibili ad un *unicum* per ogni indistinto

regola giuridica – Gli amministratori di società, 2008, su www.archivioceradi.luiss.it; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, op. cit., 315, che parla di professionalità graduata.

²⁴⁴ CIVERRA, *Inadempimento delle obbligazioni sociali e responsabilità degli amministratori* (commento a Cass. Civ., 26 ottobre 2004, n. 20771), in *Società*, 2005, 1120 afferma che la norma (art. 2381 c.c. in relazione al 2392 c.c.) consente di modulare e variare la responsabilità proprio in ragione della singola posizione specifica assunta in seno all'organo amministrativo. E nello stesso senso, GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 1568; QUATRARO, *L'amministrazione delle società. I regimi previsti dalla riforma*, in Danovi (a cura di), *La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici*, Atti del convegno Milano 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 103, che sostiene la commisurazione della responsabilità dei singoli organi e dei loro componenti ai compiti loro specificamente attribuiti dalla legge.

²⁴⁵ DE CRESCIENZO, *Le azioni di responsabilità. Normativa vigente, riforma societaria e aspetti penali*, Ipsoa, Milano, 2003, 39.

²⁴⁶ L'espressione "in concreto" potrebbe riferirsi tanto alle attribuzioni delegate ad uno o più amministratori ai sensi dell'art. 2381, comma 2, c.c., sia con che senza delibera consiliare, quanto alle funzioni assegnate ad alcuni di loro attraverso l'attuazione di un riparto interno di funzioni. E ciò sarebbe desumibile dall'idea per cui anche con le deleghe atipiche verrebbe meno il vincolo della solidarietà nella responsabilità, sostenuta da ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 509; BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 81 e 196 – 197.

contesto imprenditoriale (²⁴⁷), bensì ai diversi ruoli che costoro sono chiamati ad esercitare.

E così, altresì, rileverà la circostanza di essere un amministratore privo di deleghe piuttosto che un amministratore delegato o il presidente del consiglio di amministrazione, o ancora, piuttosto che un membro del comitato consultivo e propositivo istituito dal consiglio al proprio interno: poiché si esigerà, per l'amministratore delegato che si accinga a compiere un'operazione di rilievo per la società, un'attenzione, una cura ed una informazione maggiore di quella richiesta al consigliere delegante, tenuto più semplicemente a valutare quell'operazione sulla base dei dettagli prospettati dai delegati.

La giurisprudenza stessa avrà la possibilità di pervenire a soluzioni maggiormente aderenti alla realtà e che <<privilegino il *quantum* di coinvolgimento effettivo del soggetto nell'esercizio dell'attività amministrativa>> (²⁴⁸).

In dottrina si è spesso constatata una divergenza di orientamenti in merito alla corretto inquadramento del dovere di agire in modo informato. La questione sorge dalla necessità di distinguere i criteri di valutazione del comportamento dell'amministratore, tra i quali rientra a pieno titolo la diligenza, dai criteri per individuare l'esatto contenuto dell'obbligazione; e di stabilire ove il primo debba essere inquadrato.

E' vero che le prescrizioni analiticamente elencate all'art. 2381, commi 3 e 5, c.c. pongono in capo ai membri del c.d.a. degli obblighi autonomi e strumentali all'attuazione dell'oggetto sociale; e che l'assolvimento degli stessi va valutato assumendo a parametro la <<diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze>>.

Tuttavia, l'agire in modo informato di cui al comma 6 della disposizione citata viene richiamato, in alcune analisi dottrinali, come obbligo contemplato *ex lege*, in aggiunta a quelli *supra* citati; in altre, come specificazioni della clausola generale della diligenza.

²⁴⁷ ROSSI, *Art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 792.

²⁴⁸ ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, op. cit., 175.

Ma è quest'ultima l'opinione maggiormente accreditata ⁽²⁴⁹⁾, innanzitutto per una ragione di tipo sistematico, se si considera che – sulla scorta di quanto già affermato a proposito della trattazione del dovere di agire informati – la prescrizione in esame si pone come regola di chiusura al comma sesto rispetto alle funzioni previamente esplicate ai commi terzo e quinto.

Ma non soltanto per questo. Infatti, se tali ultime non rappresentano altro che i veri e propri obblighi in cui trova articolazione la gestione imprenditoriale, i quali, per tale ragione, concorrono alla determinazione ed alla specificazione del suo contenuto, riferendosi di volta in volta alle diverse fasi dell'attività amministrativa d'impresa (quella operativa o quella valutativa), viceversa, l'agire in modo informato enuncia, all'ultimo comma, un paradigma generale per la valutazione del comportamento del buon amministratore, dunque non limitatamente ad una fase piuttosto che un'altra dell'attività gestoria, ma in relazione all'intero svolgimento della medesima ⁽²⁵⁰⁾.

Ed anche la giurisprudenza, pur occupandosi soltanto marginalmente della questione, ha ritenuto che il decreto di riforma del 2004 ha provveduto alla qualificazione dell'agire informato come criterio direttivo che sostiene il mandato gestorio ⁽²⁵¹⁾. Tuttavia, già da prima della riforma la tendenza era quella di ritenere l'informazione un criterio di valutazione del comportamento dell'amministratore: ed è ciò che emerge dalle molteplici sentenze in cui si legge che «è solo l'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta...che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di

²⁴⁹ E questo è l'orientamento espresso dalla maggioranza della dottrina, FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, op. cit., 591; MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 844; NAZZICONE, *sub art. 2381*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 36 ss; RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, op. cit., 147 e 159; SANTELLA, *Commento all'art. 2381*, in Grippo (a cura di), *Commentario delle società*, I, UTET, Torino, 2009, 484; SCARPA, *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, op. cit., 89 – 90.

²⁵⁰ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 166 si riferisce prima ad un generico obbligo di agire in modo informato, ma ne mette in luce, poi, la natura di «obbligo di portata generale, intrinseco ad ogni valutazione di comportamenti in termini di diligenza».

²⁵¹ Cass. Pen., sez. V, 19 giugno 2007, n. 23838, in *Società*, 2008, 900.

amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società» (252).

In conclusione, la scarsità che connotava il dato legislativo nel precedente impianto codicistico può dirsi oramai superata grazie alla disciplina sull'amministrazione delegata di nuova introduzione, alla luce della quale il concetto di diligenza, calato nel contesto del rapporto amministrativo, può riflettersi nella osservanza «di un protocollo istruttorio, predeterminato e verificabile, nella formazione, attuazione e valutazione delle scelte d'impresa» (253).

Qualche riflessione merita, altresì, la valutazione della diligenza dell'amministratore alla luce del principio della «continuità aziendale», con specifico riguardo agli amministratori privi di deleghe, nell'esaminare la condotta diligente dei quali ci si chiede se, nel silenzio del dato legislativo (art. 2381 c.c.), si debba tener conto anche della valutazione, da parte degli stessi, della permanenza di tale presupposto (254).

Il principio della continuità aziendale – conosciuto nei contesti giuridici internazionali come principio del *going concern* –, che va osservato in sede di redazione del bilancio di esercizio, o di redazione del bilancio consolidato, postula la continuazione dell'attività d'impresa per un periodo indefinito, o comunque nel futuro prevedibile, in assenza di specifiche evidenze del contrario, in modo tale che essa possa consentire l'assolvimento delle obbligazioni ed il conseguimento dei propri obiettivi.

Come qualcuno lo ha efficacemente definito, trattasi di criterio che, in presenza di normali condizioni, «postula l'emissione di un giudizio tecnico positivo

²⁵² Cass. Civ., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, 1389 ss; ma anche Trib. Milano, 14 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2004, 1897 ss con nota di Bertolotti; Trib. Milano, 20 febbraio 2003, in *Società*, 2003, 1268 ss con commento di Piselli; Trib. Milano 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.* 2001, II, 326 ss. con nota di Tina.

²⁵³ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 288.

²⁵⁴ SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, op. cit., 147, sostiene che è compresa nel generale dovere di diligenza la valutazione della permanenza del presupposto. NAZZICONE, *sub art. 2381*, in NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, op. cit., 186 sostiene che l'amministratore che riscontri il venir meno del presupposto della continuità aziendale ha l'obbligo di intervenire, e tale obbligo va ricondotto nell'ambito del generale dovere di diligenza ex art. 2392 c.c.

sulla capacità economico-finanziaria dell'impresa di autogenerare (nel futuro prevedibile) le condizioni per il proprio equilibrio economico>> (255).

Il nostro ordinamento giuridico consacra il principio all'art. 2423-*bis* c.c., ove la prospettiva della prosecuzione dell'attività d'impresa rappresenta uno dei principali elementi cui riferirsi nella valutazione delle voci di bilancio.

Ed allora, coerentemente con la scelta legislativa della differenziazione dei ruoli e delle funzioni delle due categorie in seno all'organo amministrativo – consiglieri deleganti ed amministratori delegati – ci si interroga sul modo in cui il principio possa rispettarsi da parte degli stessi nell'esercizio della funzione amministrativa.

Intanto, è vero che il principio della continuità aziendale nasce in ambito contabile, dunque in stretta relazione alla elaborazione del bilancio di esercizio, o consolidato. Ma è anche vero che, essendo la formulazione legislativa generica, esso può essere calato nel contesto della funzione amministrativa, e trovare quindi un suo spazio tra gli obblighi degli amministratori, consistenti nel valutare, e successivamente riferire al c.d.a., le concrete circostanze da cui dipende la capacità della società di continuare ad operare come entità in funzionamento (256), esprimendo un giudizio sul futuro esito di circostanze ed eventi per loro natura incerti.

E, se è certo che la valutazione e la trasmissione al c.d.a. delle relative risultanze vada effettuata ad opera degli amministratori delegati, coinvolti in prima persona nella gestione corrente, è altrettanto certo che il supporto normativo di quanto appena sostenuto, in riferimento agli stessi delegati, vada rinvenuto nell'ambito della categoria degli obblighi a contenuto specifico di cui all'art. 2381, comma 5, c.c.: *in primis*, ove sancisce l'obbligo di trasmissione periodica al c.d.a. di dati e notizie ed ogni elemento utile per consentire al collegio di effettuare le proprie considerazioni ed assumere le proprie decisioni; *in secundis*, nella misura in cui impone di riferire, oltre che sull'andamento della gestione, anche sulla sua <<prevedibile evoluzione>>. Tale ultima, infatti, non può che rimandare alle

²⁵⁵ MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in Balzarini, Carcano, Ventrone (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 2006, Milano Giuffrè, 2007, 531.

²⁵⁶ RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, op. cit., 85.

prospettive di sviluppo dell'attività gestoria di prerogativa dei delegati, ed ai risultati attesi nel breve-medio periodo.

Fermo restando, pertanto, che siano i delegati a dover assumere che la società che essi gestiscono continuerà nel futuro prevedibile la sua esistenza operativa – ove non si tratti di gestione limitata alla mera conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale –, spetterà poi all'organo nella sua collegialità considerare le eventuali iniziative di carattere gestionale da intraprendere, nonché provvedere alla redazione del progetto di bilancio sulla scorta delle informazioni trasmesse dai delegati.

E se nulla è dato rinvenire nella lettera della legge in relazione ai consiglieri deleganti, potrebbe comunque sostenersi che le funzioni valutative di loro prerogativa includano tutti gli elementi che emergono dai *reports* dei delegati, quindi anche quelli conseguenti ad una visione prospettica.

E pertanto, se e nella misura in cui i delegati riferiscano sul presupposto della continuità aziendale, anche a tali elementi troverà estensione la valutazione consiliare. E non solamente una valutazione consiliare episodica, ma la valutazione sistematica e continua che essi debbono fare sulla permanenza delle condizioni di continuità dell'impresa, potendo venir meno in qualsiasi momento la sussistenza del *going concern* ⁽²⁵⁷⁾: ovviamente, ove accertato irreversibilmente il venir meno della continuità aziendale, costoro dovranno procedere ai necessari adempimenti pubblicitari, in ottemperanza a quei doveri ad essi imposti dalla legge *ex art. 2392 c.c.*, pena la violazione della regola della diligenza.

5. Il regime di responsabilità ex art. 2392 c.c. nell'attività gestoria delegata. Considerazioni introduttive.

Si è detto che la nuova disciplina dell'amministrazione e del controllo delle società di capitali, e al suo interno, della responsabilità degli amministratori e dell'azione sociale di responsabilità – quale deriva dall'assetto datole dal d. lgs. 6/2003 –, al di là dei pochi profili di continuità mantenuti, ha evidenziato parecchi

²⁵⁷ RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 217.

profili di discontinuità rispetto al regime previgente; e tra questi, i più rilevanti, i temi della diligenza rapportata alla natura dell'incarico ed alle specifiche competenze *ex art. 2392 c.c.*, e dell'analitica distribuzione delle competenze tra amministratori delegati e consiglieri deleganti *ex art. 2381 c.c.*, entrambi i quali finalizzati alla trattazione dei nuovi profili di responsabilità nell'ambito della gestione delegata.

Partendo dalla prima, si segnala la norma per l'attribuzione di una responsabilità solidale in capo agli amministratori qualora essi non adempiano i doveri ad essi prescritti dalla legge e dallo statuto con la diligenza professionale, ad eccezione dell'ipotesi in cui si tratti di <<attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori>>.

Chiarito che la disposizione è applicabile all'organo amministrativo pluripersonale, ossia al consiglio di amministrazione, il rinvio espresso alle funzioni da esso attribuite "in concreto" al singolo consigliere induce ad asserire che, anche in presenza di deleghe di gestione interne, la responsabilità dei membri dell'organo amministrativo vada rapportata alla vicinanza o alla lontananza del singolo inadempimento dannoso, alla sfera di attribuzioni professionali specificamente assegnate a ciascun consigliere (²⁵⁸).

Rispetto, cioè, ad una impostazione *ante-riforma* in cui la regola della solidarietà della responsabilità veniva intesa in termini molto rigidi e contemplava come unica ipotesi di esonero quella in cui il consigliere dissentisse rispetto alla delibera e facesse constatare senza indugio il proprio dissenso (²⁵⁹), la nuova normativa concede la possibilità di scindere le responsabilità degli amministratori, non solamente dal punto di vista interno dell'azione di regresso tra coobbligati, ma

²⁵⁸ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 123; SANDULLI, *Art. 2392*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 473, che si riferisce ad una responsabilità per fasce; FERRI jr., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Giuffrè, Milano, 2003, 39, per il quale si propone <<il venir meno non soltanto della solidarietà, ma prima ancora, e più radicalmente, della stessa responsabilità>>. Di avviso opposto è invece VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, op. cit., 36, secondo cui va escluso che i livelli di competenza degli amministratori possano avere rilevanza sul piano esterno della responsabilità verso la società.

²⁵⁹ La dottrina si allineava nel non ammettere alternative alla regola della solidarietà; si veda BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 4, Torino, UTET, 1991, 391 ss; BORGIOLO, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1978, 1056; FARENGA, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni. Profili sostanziali e processuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 333 ss. Neppure in giurisprudenza si ammettevano eccezioni a tal principio.

anche dal punto di vista esterno, con la conseguenza che ciascuno dei consiglieri potrebbe persino essere esposto ad una diversa quantificazione del danno da risarcire. A titolo esemplificativo della possibilità che un fatto dannoso risulti imputabile ad alcuni soli componenti del c.d.a., e non a questo nella sua interezza, si può vagliare una delibera contenente una valutazione errata delle prospettive di mercato di un dato prodotto, con conseguenze negative per le successive scelte gestionali: la stessa non potrebbe certo essere addebitata a chi, dell'organo amministrativo della società, abbia specifiche competenze professionali in relazioni industriali o in fiscalità d'impresa ⁽²⁶⁰⁾.

Osservato da questa angolatura, l'impianto normativo, allora, potrebbe essere stato strutturato in modo tale da riservare alla regola della solidarietà un valore residuale, non più implicante una totale identità delle posizioni dei membri del c.d.a., ma applicabile, in via presuntiva, ogniqualvolta non si riuscisse a provare una effettiva diversificazione dei ruoli e delle funzioni tra i consiglieri nel processo decisionale. Ma rientrerebbe nella competenza del singolo consigliere l'onere di dimostrare la assenza di propria colpa ⁽²⁶¹⁾.

L'interpretazione svolta potrebbe essere avvalorata dalle condizioni della odierna realtà socio-economica, e dalle esigenze di coordinamento di questa con le regole normative. Nel senso che, l'opportunità di ricorrere all'istituto della delega, e di attuare un'articolazione di funzioni e competenze in seno al c.d.a., non risponde soltanto ad esigenze propriamente societarie – connesse alla peculiare composizione del collegio amministrativo, affinché esso sia costituito da soggetti rappresentativi del gruppo di comando o dell'intero azionariato, e favorisca, quindi, il “controllo” da parte dell'assemblea – ma risponde, altresì, ad esigenze pratiche, legate alla necessità che il consiglio goda di una composizione diversificata sotto il profilo professionale, in grado di apportare competenze varie, ma tutte utili per la gestione d'impresa.

Difatti, considerando che ormai tutti i contesti amministrativi societari, ma in specie quelli di maggiori dimensioni, fruiscono della presenza, oltre che di *managers* specializzati nella gestione, anche di consulenti fiscali, consulenti

²⁶⁰ DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, op. cit., 649.

²⁶¹ Il tema è stato affrontato da WEIGMANN, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto commerciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 797 ss.

finanziari, giuristi con esperienza in diritto societario, e via dicendo (²⁶²), le singole decisioni assunte dall'organo amministrativo, sebbene formalmente addebitabili allo stesso nella sua collegialità, non potranno che essere il risultato di osservazioni e valutazioni realizzate da alcuni soltanto dei membri dell'organo.

Ed allora, è corretto che le conseguenze giuridiche a cui dette decisioni conducono debbano rapportarsi alla diversa consapevolezza ed intensità di partecipazione al fatto stesso.

Non regge più il convincimento che, anche qualora il fatto dannoso sia commesso da uno solo, o da alcuni amministratori, debba asserirsi la responsabilità solidale dell'organo nella sua interezza, ad esso imputabile per non aver vigilato adeguatamente ed impedito le conseguenze pregiudizievoli del fatto; si pensi, ad esempio, alla falsificazione, da parte di un singolo amministratore, di documentazione bancaria sulla cui base il consiglio di amministrazione predispone un progetto di bilancio falso, ovvero effettua investimenti che sarebbero inammissibili alla luce della reale situazione finanziaria della società: sarebbe iniquo addossare la responsabilità all'intero c.d.a.

Del resto, l'esposizione indifferenziata dei consiglieri ad un regime di responsabilità solidale andrebbe a costituire anche un deterrente all'accettazione di incarichi di amministrazione nel contesto societario, ove il timore di vedersi imputati fatti commessi effettivamente da altri, a prescindere da una reale partecipazione all'assunzione della relativa decisione, rischia di privare il sistema di soggetti dalle professionalità specializzate e settoriali (²⁶³).

E detto rischio, assolutamente fondato a partire dall'eliminazione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione e dalla sua sostituzione con specifici obblighi ben individuati, era stato avvertito già in sede di Relazione alla legge di riforma n. 6.III.4, ove era già chiaro che l'abolizione del dovere di vigilanza tendeva, <<pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che...finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o

²⁶² DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, op. cit., 650.

²⁶³ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 123.

mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza>> (²⁶⁴).

Degli spunti interessanti sul tema provengono da chi suggerisce l'abbandono della regola della solidarietà nel suo rigore tipico, e nell'incentivare la prassi degli amministratori indipendenti, che permetterebbe di valorizzare in ruoli concreti ed attivi gli amministratori non esecutivi, con grande pregio per il sistema di *corporate governance*: basterebbe dare uno sguardo veloce ai contesti giuridici internazionali, per rilevare che tutti i moderni sistemi hanno affievolito la portata della solidarietà, evitando che il suo spazio fosse illimitato, ed hanno fatto propria sempre più spesso la figura del consigliere indipendente (²⁶⁵).

5.1. I limiti al rapporto tra responsabilità solidale e collegialità.

Storicamente, il *focus* della riflessione sull'amministrazione delegata è stato rappresentato dalla stretta relazione biunivoca esistente tra il regime di responsabilità solidale ed il funzionamento collegiale dell'organo amministrativo pluripersonale; nel senso che, poiché l'ordinamento giuridico prescriveva un sistema di amministrazione delle s.p.a. di natura collegiale – e tendenzialmente non derogabile, nella misura in cui si occupava della tutela di interessi indisponibili da parte dell'autonomia privata – si sosteneva che la regola della responsabilità solidale dovesse restare connessa all'operare di quel regime.

Partendo da questa idea dominante, tuttavia, non v'era possibilità di spiegare se la libertà dei soci o degli amministratori potesse incidere sulla disciplina relativa al funzionamento dell'organo amministrativo, e sulle conseguenti responsabilità, ed eventualmente entro quali limiti.

²⁶⁴ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 52 – 53.

²⁶⁵ DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, op. cit., 651 – 652.

La dottrina maggioritaria sosteneva che, in caso di amministrazione pluripersonale, gli amministratori dovessero agire collegialmente, e riteneva tale regola inderogabile; ma ciò non avveniva certamente sulla base di dati di diritto positivo, essendo l'art. 2380, comma 2, c.c. inidoneo ad offrire dimostrazione dell'assunta inderogabilità (e quindi dell'indisponibilità da parte di privati) dell'adozione del metodo collegiale (²⁶⁶).

Ma non è mancato chi, di diverso avviso, iniziava a sostenere che il sistema della solidarietà della responsabilità previsto all'art. 2392 c.c. si "autogiustificasse" ogniqualvolta la società scegliesse di dotarsi di un consiglio di amministrazione e non facesse ricorso alle deleghe gestorie (²⁶⁷).

E' evidente che nel tempo si è assistito ad una rivisitazione di questi principi, alla luce delle innovazioni testuali e sistematiche introdotte dalla riforma, non fermandosi su concezioni aprioristiche, ma pur non negando gli importanti legami che intercorrono tra solidarietà e collegialità.

L'evidenza di un primo passo in tal senso può trarsi da un'approfondita analisi della regola principe in tema di responsabilità nella gestione delegata – la responsabilità solidale – nel suo confronto con la disciplina della responsabilità propria degli amministratori di società di persone.

A dispetto delle formulazioni testuali non propriamente coincidenti (l'art. 2392, comma 1, c.c. per gli amministratori di s.p.a. si riferisce alla responsabilità da inadempimento dei *doveri*, rispetto all'art. 2260, comma 2, c.c. per gli amministratori di società di persone, che tratta dell'inadempimento degli *obblighi* della legge e del contratto sociale) (²⁶⁸), è chiara l'identità del contenuto delle due previsioni, oltre che il loro scopo: il presupposto della responsabilità è in entrambi i casi la colpa, e pertanto, così come nelle società di persone la dimostrazione dell'assenza di colpa

²⁶⁶ Il primo Autore che affermò la natura inderogabile dell'originario disposto dell'art. 2380, comma 2, c.c. fu MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Milano, 1957, p. 387.

²⁶⁷ FERRI jr., *Le deleghe interne*, op. cit., p. 237, per il quale risultava più giusto individuare il fondamento della inderogabilità del metodo collegiale sul disposto dell'art. 2392 c.c., in modo tale da sottrarsi alle critiche cui erano esposti quanti facevano esclusivo affidamento alla regola di cui all'art. 2380, comma 2, c.c.

²⁶⁸ BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, op. cit., 1066; FERRI jr., *Le deleghe interne*, op. cit., p. 245.

può comportare l'esonero da responsabilità, analogamente nelle società per azioni ai sensi dell'art. 2392, comma 3, c.c.

Ora, il fatto che modelli di amministrazione dalla configurazione giuridica così diversa si connotino per uno stesso regime di responsabilità evoca l'idea che la solidarietà possa rappresentare <<nell'ambito del diritto societario, un connotato trasversale ai vari tipi di amministrazione pluripersonale, anziché un connotato caratterizzante...dell'amministrazione collegiale o di un qualsivoglia altro modello specifico di amministrazione>> (²⁶⁹).

Se dunque gli amministratori di società di persone sono solidalmente responsabili, a prescindere dal modello di amministrazione adottato – quindi a prescindere da quali siano le modalità di esecuzione delle prestazioni di cui sono incaricati – è possibile ritenere che anche gli amministratori di società per azioni siano solidalmente responsabili indipendentemente dalle modalità di svolgimento delle loro mansioni, siano esse collegiali o no: la “neutralità” del regime di responsabilità solidale si mostra, infatti, compatibile con qualsivoglia articolazione delle funzioni gestorie.

Un secondo passo nel senso della indipendenza della responsabilità solidale dalle modalità di esplicazione dell'incarico gestorio è rappresentato dall'esame comparatistico dell'art. 2392 c.c. rispetto al regime di responsabilità degli amministratori delle società a responsabilità limitata.

Le profonde rivisitazioni che tale tipo societario ha subito a seguito della riforma ne hanno accentuato il carattere personalistico, ed hanno riconosciuto ai soci un penetrante potere di incidenza rispetto alle decisioni concernenti la direzione dell'impresa sociale (²⁷⁰), ma anche sancito il tendenziale abbandono del metodo collegiale come tecnica di assunzione delle decisioni.

²⁶⁹ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 171.

²⁷⁰ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 105, il quale ha emblematicamente evidenziato la differente posizione del socio di s.p.a. rispetto a quella rivestita in una s.r.l.: nella s.p.a. <<il socio in quanto tale è fondamentalmente estraneo ai temi dell'amministrazione sociale e contribuisce all'attività partecipando a procedimenti che riguardano soprattutto momenti organizzativi della società>>; nella s.r.l., invece, <<viene riconosciuta rilevanza ad un suo interesse direttamente volto alla gestione ed è inoltre possibile che egli, proprio in quanto socio e non necessariamente sulla base di un titolo ulteriore, assuma un ruolo attivo nel suo svolgimento>>.

Pertanto, sotto il primo profilo, sia l'assenza nella disciplina delle s.r.l. di una norma quale quella che nelle società per azioni riserva ai soli amministratori la gestione dell'impresa societaria, sia il riconoscimento della facoltà di devolvere ogni tipo di decisione, anche gestionale, alla competenza decisionale dei soci, da parte di singoli amministratori o di soci che detengono partecipazioni pari ad un terzo del capitale sociale, valgono a confermare l'incondizionata ingerenza dei soci, sotto forma di potere di direzione e di controllo, nell'attività d'impresa. Quanto al secondo aspetto – fermo restando che, in assenza di determinazione convenzionale, trova applicazione il metodo collegiale – si registra come sempre più frequente il ricorso alle procedure consultive scritte, più snelle, piuttosto che al procedimento collegiale, che resta, quindi, tipico delle organizzazioni interne delle strutture più propriamente capitalistiche.

Orbene, evitando di proseguire in riflessioni che potrebbero indurre ad una deviazione rispetto ai temi che rilevano ai nostri fini, ciò che ancora una volta si intende dimostrare è che lo spazio, abbastanza ampio, riservato alle nuove modalità di assunzione delle decisioni, diverse da quelle collegiali, non altera il regime della responsabilità propria delle società a responsabilità limitata, che rimane solidale in capo ai titolari delle funzioni gestorie ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c.

Ancora una volta, dunque, può essere smentita l'idea che la regola della responsabilità solidale debba essere tipicamente ricondotta al solo profilo della collegialità amministrativa. E può confermarsi quanto prima si è anticipato, a proposito della applicabilità della stessa a prescindere dalle modalità di esercizio delle funzioni gestorie.

Per di più, nello specifico nelle s.r.l., il vincolo della solidarietà della responsabilità "da concorso nella gestione" va ad estendersi pure ai soci, ove essi, indipendentemente dalle modalità di espletamento dell'attività, abbiano comunque apportato un contributo causalmente rilevante al compimento dell'atto dannoso ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c.

5.2. *Come si atteggia la regola della responsabilità solidale in presenza di deleghe gestorie.*

Le argomentazioni prima sviluppate sono funzionali ad avvalorare la considerazione per cui la regola della solidarietà *ex* all'art. 2392, comma 1, c.c., reciso ogni legame con la collegialità consiliare, trova la propria ragione d'essere in se stessa, essendo regola "neutra" rispetto a qualsivoglia modalità prevista per lo svolgimento dell'incarico gestorio (²⁷¹).

Essa può ritenersi, tutt'al più, conseguenza della creazione, a seguito dell'affidamento dell'incarico gestorio, di una *eadem res debita* tra gli amministratori, ossia, una situazione di contitolarità debitoria, in cui ogni membro del c.d.a. è contitolare dell'obbligo di eseguire la prestazione promessa.

La istituzione di una *eadem res debita* tra gli amministratori è frutto di una riflessione sulla disciplina del mandato, rapporto a contenuto gestorio per il quale la legge stabilisce una regolamentazione espressa, valevole ed applicabile a tutti quei rapporti caratterizzati da una "gestione per conto altrui"; e pertanto, anche a quello che si instaura tra amministratori e società (²⁷²). Ciò che maggiormente interessa della disciplina *de qua*, ai fini della trattazione, è la figura del mandato con pluralità di mandatari: del resto, in regime di amministrazione pluripersonale, si ricrea una situazione analoga a quella della collettività dei mandatari, per cui un unico mandante affida l'esecuzione di un medesimo incarico di gestione ad una pluralità di amministratori.

In quest'ottica, anche la disciplina della delega viene, allora, a risentire di una differente prospettiva; nel senso che, più che come strumento che serve a legittimare un diverso modo di adempiere alla medesima prestazione gestoria, la si inizia a guardare come <<chiave per suddividere e differenziare in più aree (o

²⁷¹ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 192.

²⁷² LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione, commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, Milano, 1984, 41 ss; SANTAGATA, *Del mandato, delle obbligazioni del mandatario, delle obbligazioni del mandante*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1998, 252 ss. Alcuni sostengono che la circostanza che il rapporto tra amministratori e società non sia riconducibile in tutto e per tutto alla disciplina sul mandato, non impedisce, purtuttavia, l'applicabilità al primo di alcune delle disposizioni dettate per il mandato: ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., p. 72.

segmenti) la tendenziale unitarietà che altrimenti la legge postulerebbe sussistere tra gli obblighi (o doveri) degli amministratori>> (²⁷³).

Se, in condizioni normali, ovvero in assenza di delega, l'obbligo di dare esecuzione alla prestazione gestoria costituisce una *eadem res debita*, invece, in presenza di delega, e dunque di una traslazione di porzioni delle funzioni gestorie, ciascun amministratore è chiamato a svolgere una sola parte del predetto incarico, dando espletamento ai soli compiti affidatigli; e pertanto, la situazione condebitoria viene a cessare, ed il vincolo si scioglie.

La delega segna il frazionamento della prestazione, dunque il momento di passaggio dall'unitarietà e contitolarità della stessa, alla moltiplicazione delle prestazioni, ciascuna autonoma, ma unificata alle altre dalla presenza di un fine comune.

L'intervento della delega nei termini siffatti, pertanto, produce un mutamento anche nel regime di responsabilità che ha accomunato i componenti dell'organo gestorio fino al momento antecedente la sua introduzione, comportando che, nel momento stesso in cui la contitolarità debitoria viene a mancare, cessa, a seguire, anche la solidarietà della responsabilità. Se, infatti, come prima asserito, la regola della solidarietà si spiega come conseguenza della creazione di una *eadem res debita* in capo agli amministratori, è inevitabile che ove essa venga a mancare, neppure la solidarietà potrà più trovare applicazione.

Anche il comma secondo dell'art. 2392 c.c., tuttavia, viene ad assumere una nuova configurazione. Allorché, stando alla lettera della legge, la responsabilità solidale persiste anche in presenza di incarichi delegati, v'è da ipotizzare evidentemente che la prestazione gestoria non possa essere considerata interamente divisibile, e che quindi non si assista ad una integrale cessazione della situazione di contitolarità debitoria: ed allora, il riferimento qui è chiaro, a tutto quel plesso di funzioni che non sono suscettibili di essere trasferite solamente ad alcuni amministratori mediante conferimento di delega, le quali, pertanto, proprio perché indelegabili, <<rappresentano quel nucleo minimo e non disponibile della loro posizione di condebitori>> (²⁷⁴).

²⁷³ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 193 – 194.

²⁷⁴ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 196 ss.

Del resto, se il dovere primario degli amministratori è il controllo sull'andamento dell'impresa, lo stesso può trovare assolvimento solo ove gli amministratori abbiano provveduto a determinare previamente il contenuto della politica imprenditoriale che intendono perseguire, con i relativi obiettivi ⁽²⁷⁵⁾.

La loro previsione nel dettato normativo serve, di fatto, a porre un limite alla suddivisione di compiti gestori tra gli stessi amministratori, i quali, nonostante la delega, conservano la posizione di coobbligati verso la società.

Prescrive il legislatore, all'art. 2392, comma 1, c.c., l'esonero dalla responsabilità solidale ove si tratti di <<attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori>>. Ed a proposito di tale ultima locuzione, si è già affermata la piena equiparazione tra le deleghe tipiche e le deleghe "atipiche", quanto agli effetti, consistenti nella capacità di derogare alla responsabilità solidale, provvedendo alla sua disapplicazione.

Pertanto, tanto l'ipotesi in cui sussista una specifica autorizzazione dei soci alla ripartizione delle funzioni gestorie, quanto l'ipotesi in cui manchi il consenso dei soci, trattandosi di funzioni attribuite "in concreto", vengono ad incidere sulla regola della responsabilità solidale, determinandone l'esonero per gli amministratori destinatari delle deleghe.

Ci si chiede, a questo punto, però, quale sia la differenza tra la prima tipologia di trasferimento di incarichi e la seconda, atteso che entrambe incidono alla stessa maniera sulla solidarietà ⁽²⁷⁶⁾.

Ripercorrendo brevemente quanto prima si è detto a proposito della delega gestoria, la sua valenza "organizzativa", attribuitale per agevolare l'espletamento della prestazione gestoria attraverso la "tipizzazione" dei compiti spettanti agli organi delegati ed al consiglio, e delle loro modalità di svolgimento, mira ad attenuare le responsabilità dei consiglieri, proteggendoli dal rischio di un

²⁷⁵ FERRI jr., *Le deleghe interne*, op. cit., p. 209 ss; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, op. cit., 86.

²⁷⁶ Secondo alcuni autori la differenza sarebbe da cogliere sul piano del *quantum* di potere delegabile; e pertanto DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, op. cit., 560 sostiene che le deleghe "atipiche" possono avere ad oggetto soltanto il conferimento di incarichi occasionali, mentre FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., 631 ss. esclude la conferibilità, senza il consenso dei soci, dei <<poteri organizzativi>> che la legge attribuisce al consiglio. Infine, ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 510, sostiene che la delega senza autorizzazione non può incidere sull'<<area della gestione strategica>>.

indiscriminato coinvolgimento nelle responsabilità gestorie imputabili agli organi delegati.

Ma se è certo che le regole enunciate valgano allorché sussista l'autorizzazione dei soci, si dubita che lo stesso possa dirsi qualora difetti tale prescrizione, con la conseguenza che i consiglieri senza deleghe sarebbero tenuti a prestare un contributo più intenso ed assiduo nell'adempimento dei propri incarichi.

D'altra parte, la ricostruzione troverebbe conferma nello stesso art. 2392 c.c. nella parte in cui mantiene la configurazione di una responsabilità solidale per tutti quegli amministratori che, pur avendo conoscenza di fatti potenzialmente dannosi e lesivi per la società, non si siano attivati tempestivamente per impedirne la realizzazione o per attenuarne le conseguenze dannose. Il legislatore, infatti, utilizza la locuzione <<in ogni caso>> al fine di ribadire che resta fermo il dovere di intervento a carico degli amministratori (²⁷⁷).

Sulla scorta di tali considerazioni è lecito desumere che, se in capo agli amministratori deleganti si pone il dovere di *intervento*, la cui omissione è sanzionabile ove essi non abbiano ostacolato o evitato il propagarsi delle conseguenze pregiudizievoli di un atto dannoso per la società posto in essere dai delegati, ancor prima dell'intervento essi abbiano un dovere di controllo o di vigilanza sul loro operato.

Ed allora, se in presenza di delega autorizzata dall'organo assembleare gli amministratori privi di deleghe possono esimersi da responsabilità solidale invocando le prescrizioni di cui all'art. 2381, comma 3, c.c., e quindi l'adempimento dei doveri ivi contemplati ed il rispetto delle regole procedurali ivi previste, non altrettanto può dirsi in assenza di autorizzazione dei soci – non essendoci nella lettera della norma alcun indizio della volontà del legislatore di estendere alle deleghe non autorizzate l'accurata disciplina di cui all'art. 2381 c.c. – dal momento che gli amministratori privi di deleghe, non potendo invocare il sistema “tipizzato” di cui al comma terzo della norma citata, non potranno andare esenti da responsabilità, ma

²⁷⁷ Sostiene che detto dovere di intervento va a corroborare l'idea che nel nuovo sistema sia ancora previsto il previgente dovere di vigilanza, seppur sotto altre vesti, FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, op. cit., 26

resteranno <<in ogni caso>> responsabili solidalmente dell'operato dei delegati ove non ne abbiano impedito gli effetti pregiudizievoli.

Se il dovere di controllo assume in regime di delega “non autorizzata” una portata più pregnante rispetto a quella assunta in regime di delega “autorizzata”, di conseguenza, va ad atteggiarsi diversamente anche il dovere di intervento.

Infatti, ove la delega sia stata autorizzata, gli amministratori senza deleghe conservano ampi poteri di intervento, rispetto all'espletamento dell'attività delegata, consistenti nel condizionarne l'esercizio a determinati limiti e modalità di esercizio, o nell'impartire loro direttive, oppure ancora nell'avocare a sé operazioni rientranti nella delega, e persino nella stessa revoca degli amministratori delegati.

Pertanto, seppur ereditata dal sistema previgente la distinzione tra le deleghe, tipiche ed atipiche, nell'odierno contesto normativo essa non assume più valore solo sotto il profilo della sua rilevanza interna o esterna – determinando una maggiore o minore intensità del dovere di controllo degli amministratori privi di deleghe ⁽²⁷⁸⁾ – bensì viene a rilevare dal punto di vista dell'accertamento della responsabilità in sede di valutazione del comportamento dovuto dai consiglieri deleganti, in ragione dei differenti criteri utilizzabili ⁽²⁷⁹⁾.

Parte della dottrina ha riflettuto sulla circostanza che la necessità di valutare la condotta gestoria cui l'amministratore è tenuto assumendo a parametro la diligenza qualificata richiesta <<dalle specifiche competenze>> sembra rappresentare una specie di “contrappeso” al riconoscimento delle deleghe atipiche.

In altri termini, l'attribuzione di funzioni da esercitare “in concreto” è stata introdotta dal legislatore per <<valorizzare, in generale, la fluidità operativa del consiglio>> ⁽²⁸⁰⁾. Ma, una volta esclusa la necessità che ogni amministratore, esercitando le funzioni “in concreto”, debba dare attuazione all'incarico della gestione utilizzando tutte le competenze e tutte le conoscenze e le capacità di cui dispone, e che le prerogative di cui al comma terzo dell'art. 2381 c.c. richiederebbero – necessità esclusa proprio in presenza di delega non autorizzata –, di contro, la legge

²⁷⁸ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 511.

²⁷⁹ BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, op. cit., p. 201.

²⁸⁰ ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit., 509.

ha voluto preservare la “qualità” della prestazione stessa e lo ha fatto attraverso l’accrecimento dello *standard* della diligenza nell’ambito della delega tipica ⁽²⁸¹⁾.

E dette argomentazioni, peraltro, permettono di rilevare come, a differenza delle società per azioni – ove la delega assume valore organizzativo, e in ragione di questo si differenzia a seconda che sia stata autorizzata o meno – nelle società a responsabilità limitata, ove invece è assente ogni tipo di riferimento al parametro della diligenza professionale, non è possibile configurare una delega tipica: seppur nulla osti all’ammissibilità della delega, la regolamentazione di tale tipo societario non prescrive alcuna preventiva autorizzazione dei soci, ed induce pertanto gli amministratori senza deleghe – che non possono avvalersi di un sistema “tipizzato” e “procedimentalizzato” quale quello di cui al comma terzo dell’art. 2381 c.c. – a vigilare continuamente ed assiduamente sull’attività dei delegati, cioè a prestare <<quella medesima vigilanza assidua e analitica che l’organo amministrativo è tenuto ad esercitare nei confronti di tutti i collaboratori dell’impresa>> ⁽²⁸²⁾.

5.3. Considerazioni conclusive in tema di responsabilità di deleganti e delegati.

Un’opera di sintesi si rende, a questo punto, opportuna.

Essa parte dalla considerazione per cui l’assenza di delega non genera rilevanti questioni teoriche o applicative in ordine alla natura ed ai profili della responsabilità cui gli amministratori membri del consiglio di amministrazione vanno incontro in caso di omesso o negligente adempimento dei doveri ad essi imposti, *ex lege* o statutariamente.

Trattandosi di una situazione in cui tutti i membri del c.d.a. risultano condebitori della medesima prestazione gestoria, nulla osta a che ciascuno di essi risponda solidalmente, insieme agli altri, di eventuali inadempimenti.

²⁸¹ ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060, nt. 3; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 165.

²⁸² ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell’amministrazione delegata*, op. cit., 511.

Viceversa, il conferimento di una delega gestoria in seno al c.d.a. comporta l'immediata traslazione di una porzione, o di più porzioni, dell'intera attività gestoria in capo ad alcuni soli amministratori; con essa, pertanto, viene a cessare il vincolo di contitolarità debitoria cui *supra* si faceva cenno, per la chiara ragione per cui un amministratore delegato è tenuto all'espletamento della sola porzione di attività gestoria assegnatagli, e risulta perciò stesso responsabile limitatamente agli incarichi di sua prerogativa, o alle funzioni attribuitegli in concreto.

Pertanto, gli amministratori in consiglio che hanno provveduto al conferimento di incarichi delegati, e che quindi non sono più tenuti all'esecuzione della *eadem res debita* con gli altri (i delegati), non andranno esenti dalla responsabilità solidale alla quale, nell'ipotesi di cui prima, erano soggetti; ma concorreranno <<in ogni caso>> con gli organi delegati in una responsabilità che trae origine dall'omesso impedimento di fatti compromettenti la corretta gestione societaria, ad opera dei secondi.

In realtà, questa seconda forma di responsabilità prevista in capo agli organi deleganti, è anch'essa solidale; ma, a differenza della prima – che trovava il suo fondamento nella violazione dell'obbligo di adempiere una prestazione comune –, essa trova le sue radici nei principi generali della responsabilità risarcitoria, *ex art. 2055 c.c.*, che stabilisce un legame di natura solidale tra i responsabili del medesimo fatto dannoso ⁽²⁸³⁾. Ma si ritiene essa possa trovare applicazione anche ove l'unicità riguardi l'evento dannoso ⁽²⁸⁴⁾, ove cioè ciascuno dei soggetti abbia contribuito alla realizzazione di uno stesso evento lesivo.

In questo modo, la responsabilità implicherà l'obbligo risarcitorio in capo a tutti quegli amministratori che abbiano commesso i <<fatti che sono concorsi alla produzione dell'evento, i quali possono considerarsi causa di esso, in base ai principi della causalità giuridica>> ⁽²⁸⁵⁾.

Alla luce delle suesposte considerazioni, in conclusione, si spiega meglio il fondamento della responsabilità indiretta degli amministratori privi di delega, ed il

²⁸³ DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 321 ss.

²⁸⁴ BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1974, 143 ss.

²⁸⁵ MAZZONI C. M., *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, I, UTET, Torino, 1999, 765.

perché la circostanza che deleganti e delegati siano chiamati ad assolvere incarichi di tipo diverso non sia di ostacolo all'applicabilità, ad entrambi, di un regime di responsabilità solidale laddove la società abbia patito danni a causa dei loro inadempimenti, purché la corresponsabilità sia subordinata alla condizione che le rispettive condotte abbiano concorso a cagionare lo stesso medesimo evento lesivo.

6. I comitati interni.

La menzione dei “comitati interni” al consiglio di amministrazione evoca realtà complesse e diversificate, ma tutte riconducibili a due denominatori comuni: la pluripersonalità ed il metodo collegiale del loro funzionamento (²⁸⁶).

L'inammissibilità di un comitato composto da una sola persona è chiaramente affermata, oltre che nella Raccomandazione CE 2005/162/CE e nel Codice di Autodisciplina, il quale, a proposito della struttura del comitato, ne sancisce la normale articolazione in un numero minimo di componenti pari a tre, pure dalla normativa codicistica, laddove permette di desumere implicitamente la pluripersonalità del comitato esecutivo dalla previsione ad essa alternativa, di un organo amministrativo monocratico, ossia l'amministratore delegato.

Assumendo a parametro la funzione esercitata, i comitati interni possono assolvere funzioni decisorie o consultive.

I comitati esecutivi sono proprio quei comitati istituiti nei complessi di *governance* amministrativa societaria, ai cui membri il consiglio di amministrazione, mediante l'atto formale della delega, trasferisce talune attribuzioni di carattere prettamente esecutivo, che dai componenti dovranno essere adempiute con metodo collegiale, o in alternativa o congiuntamente ad un amministratore delegato.

Dal punto di vista funzionale, rientrano a pieno titolo nella categoria degli organi decisori (così come il comitato per il controllo sulla gestione, proprio del sistema monistico), e perciò vanno tenuti scissi dai comitati interni con funzioni

²⁸⁶ In merito all'affermazione che i comitati, sia quello per il controllo sulla gestione, proprio del sistema monistico, sia quello esecutivo, funzionano collegialmente, TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, op. cit., 246; MORELLO, *Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale e autonomia funzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 741 ss.

consultive (quali i comitati di controllo interno, i comitati per le nomine, i comitati per la remunerazione, raccomandati tutti dal Codice di Autodisciplina delle società quotate), i quali vanno più opportunamente classificati come ufficio, se si distingue tra organo ed ufficio in base alla rilevanza esterna o meno dei rispettivi atti posti in essere ⁽²⁸⁷⁾. E se si tiene conto anche del fatto che, se l'istituzione del comitato esecutivo presuppone, così come quella di qualsiasi organo, la previsione di legge, rientra invece nella piena libertà organizzativa dell'autonomia statutaria la previsione e l'istituzione dei comitati-ufficio ⁽²⁸⁸⁾.

La loro creazione, per legge, deve essere oggetto di espressa autorizzazione in virtù di delibera assembleare, oppure può essere rimessa all'autonoma iniziativa del consiglio di amministrazione, aprendo le porte, in tal caso, all'annosa questione delle deleghe interne e delle deleghe non autorizzate: difatti, se è certo che una delibera consiliare occorra anche qualora la creazione di un comitato esecutivo sia prevista per legge, statutariamente, o per deliberazione assembleare, sorgeva il dubbio se fosse sufficiente, da sola, un'autonoma iniziativa del consiglio, al di fuori di qualsivoglia concorso con altre fonti.

Ma la questione pare ormai risolta, alla luce della riforma organica del diritto delle società, ed in particolare dell'art. 2392 c.c. nella misura in cui riconosce espressamente l'attribuzione di funzioni in concreto ad organi delegati, siano essi monocratici o collegiali ⁽²⁸⁹⁾.

L'importanza dei comitati esecutivi in seno al c.d.a. è cresciuta vertiginosamente nel tempo; in dottrina si è giunti ad affermare, a tal proposito, che si considera la presenza di comitati esecutivi <<come una articolazione del tutto normale nella amministrazione della nuova società per azioni>>, poiché essa provvede alla realizzazione di <<un bilanciamento tra l'esigenza di efficienza e duttilità dell'azione amministrativa, e quella della sua imprescindibile coerenza ed unitarietà>> ⁽²⁹⁰⁾.

²⁸⁷ STELLA RICHTER jr., *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. Soc.*, 2007, 261.

²⁸⁸ GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1981, 45 nt. 3.

²⁸⁹ FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., I, 627 ss. e 630 ss.; ID., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, op. cit., 39 ss.

²⁹⁰ FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., I, 629 e 636.

Tale rilevanza è strettamente congiunta alla circostanza per cui l'assemblea dei soci è andata via via perdendo il ruolo originario nel tempo, transitando dal ruolo di organo di assunzione delle decisioni a quello di organo di mera ratifica di decisioni prese altrove.

Pertanto, a fronte della constatata incapacità di svolgere efficacemente le funzioni di indirizzo che le si addicono, e quelle ad esse consequenziali di sorveglianza, la titolarità delle stesse si è nel tempo trasferita in capo all'organo amministrativo, che è andato cumulando dette funzioni con quelle tipicamente esecutive e gestionali.

Ne è conseguita la necessaria pluripersonalità dell'organo amministrativo – dovendo presentarsi con una composizione professionalmente diversificata allo scopo di assolvere le menzionate svariate funzioni –; e la correlata necessità di ricorrere ad articolazioni interne, al duplice scopo di rendere la gestione dell'impresa sociale maggiormente efficiente – e da qui, il ricorso alla creazione di comitati esecutivi ovvero di amministratori delegati si è visto diventare sempre più frequente – e di migliorare l'opera di sorveglianza ed indirizzo, tramite la creazione dei comitati interni ⁽²⁹¹⁾.

A proposito della composizione dei comitati esecutivi, generava qualche dubbio la previgente disciplina, in merito alla possibilità che a farvi parte fossero gli amministratori esecutivi o i consiglieri non esecutivi: il fatto che tra i componenti del comitato esecutivo non erano annoverati amministratori esecutivi trovava la sua giustificazione nell'idea che il comitato svolgesse sì una funzione esecutiva, ma la quale avrebbe dovuto esercitarsi collegialmente.

Il ragionamento, che ha subito profonde modifiche alla luce del Codice di Autodisciplina, appariva già allora a qualcuno poco convincente poiché, se la funzione esecutiva dell'amministrazione societaria è per legge deferita all'organo amministrativo, e questo opera in forma collegiale, non possono, allora, che essere tutti i suoi membri degli amministratori esecutivi; ad eccezione dell'ipotesi in cui venga nominato un amministratore delegato: sarà questi, in tal caso, ad assumere

²⁹¹ FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, op. cit., I, 631.

funzioni esecutive, a scapito degli altri consiglieri che resteranno amministratori non esecutivi (²⁹²).

Il Codice di Autodisciplina, a fini chiarificatori, oggi individua il componente del comitato esecutivo o <<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>>.

6.1. Il sistema dei controlli interni.

L'importanza del tema dei controlli interni nel nostro ordinamento giuridico è via via cresciuta negli anni, a partire dal momento in cui i gravi scandali finanziari internazionali e non, a tutti noti, hanno colpito ed intaccato irrimediabilmente i sistemi gestionali e finanziari, così come statunitensi anche europei. Il tema ha, perciò, ha iniziato a trovare spazio nel Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana del 2002, ove il relativo sistema è stato definito nei termini di un <<insieme di processi diretti a monitorare l'efficienza delle operazioni aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti, la salvaguardia dei beni aziendali>> (²⁹³).

Orbene, senza volersi perdere nella vastità del tema dei sistemi di controllo interno, ciò che è meritevole di interesse e va approfondito, in quanto rilevante ai fini della trattazione *de qua*, è il punto relativo alla distribuzione delle competenze sui controlli interni.

²⁹² STELLA RICHTER jr., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca Impresa Società*, 2005, 172, nt 19.

²⁹³ Il Codice di Autodisciplina del 2002 rinvia, a sua volta, alla *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno*, documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, che definisce il sistema di controllo interno come <<l'insieme delle direttive, delle procedure e delle tecniche adottate dall'azienda, allo scopo di raggiungere i seguenti obiettivi: – la conformità delle attività degli organi aziendali all'oggetto che l'impresa si propone di conseguire ed alle direttive ricevute; – la salvaguardia del patrimonio aziendale; – attendibilità dei dati>>; ed individua tre diversi aspetti del controllo interno aziendale: il controllo di gestione, il controllo amministrativo – contabile; il controllo di conformità alle leggi.

Premettendo brevemente che, per primo, il sistema statunitense ha avvertito il bisogno di riformare la disciplina giuridica dei controlli in epoca immediatamente successiva agli scandali finanziari scoppiati a seguito delle gravi irregolarità riscontrate nei bilanci e negli altri documenti informativi (Enron, *in primis*), è stato il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 a dare impulso alla regolamentazione normativa sul tema, seppur limitatamente al settore della rendicontazione finanziaria, e seppur rimettendo alla *SEC* il compito, cui il *SOX* non è riuscito ad adempiere, di definire i controlli interni.

Tale predecessore, che già definiva il controllo interno come un processo “disegnato” dall’amministratore delegato dell’emittente (*CEO*), o dal direttore finanziario (*CFO*), ma “attuato” dal consiglio di amministrazione o dall’alta direzione, ha costituito il parametro di riferimento per l’introduzione del tema dei controlli interni nel nostro ordinamento societario – fino a prima dei recenti scandali trattato soltanto dal T.U.F., che, nelle società quotate, lo affidava al collegio sindacale – nel sistema di amministrazione monistico, all’art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, c.c. (ove la materia in esame viene a costituire una delle prerogative del comitato per il controllo sulla gestione); ed altresì, indirettamente, nel sistema tradizionale di amministrazione e di controllo, ove, pur non essendovi alcuna espressa menzione del sistema di controllo interno, è lecito ritenere che il riferimento di cui all’art. 2381 c.c. all’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia idoneo ad includere anche i controlli interni, che in misura notevolissima determinano la qualità di tale assetto⁽²⁹⁴⁾; a condizione, però, che tali ultimi siano specificamente progettati, attuati, e monitorati solo quando lo richiedano la complessità o le dimensioni dell’impresa⁽²⁹⁵⁾.

Del resto, il sistema amministrativo – contabile non potrà dirsi completo in assenza di controlli interni di tipo finanziario; mentre l’attività d’impresa non sarebbe ben organizzata se mancasse un adeguato sistema di *risk management*⁽²⁹⁶⁾.

²⁹⁴ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 68 ss; VENTORUZZO, in *Commentario Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari, Sistemi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, 3 ss.

²⁹⁵ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 68, nt. 24.

²⁹⁶ FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, op. cit., 14.

E allora, essendo gli organi delegati gli incaricati di curare che i predetti assetti siano adeguati alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, non potranno che essere individuati in loro i responsabili dell'istituzione del sistema di controllo interno, ove richiesto; mentre al c.d.a., il compito, tipicamente di propria spettanza, di effettuare le valutazioni sulla adeguatezza di esso.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è posto il Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, il quale viene ad allinearsi alla normativa statunitense ed alla *Turnbull Guidance* inglese – che pure assegna rispettivamente, al consiglio di amministrazione la fissazione delle *policies* in materia e la verifica periodica del funzionamento dei controlli interni, ed al *management* l'attuazione delle politiche stabilite dal consiglio – ed attribuisce, così, la responsabilità per il sistema di controllo interno al consiglio di amministrazione, chiamato a verificarne periodicamente l'adeguatezza ed il corretto funzionamento, e <<la progettazione, la gestione ed il monitoraggio>> del sistema agli amministratori delegati, in aggiunta, nello specifico, alla c.d. mappatura dei rischi aziendali, dei rischi cioè ai quali è esposta l'impresa nei diversi settori di attività.

Della triade dei sistemi di amministrazione contemplati dal nostro ordinamento giuridico, resta da affrontare il tema della competenza sui controlli interni in quello dualistico e monistico.

Quanto al primo, esso è strutturato *ex lege* in maniera tale che i compiti di gestione siano affidati al consiglio di gestione, e quelli di controllo al consiglio di sorveglianza. Tuttavia, l'ammissibilità della delega in seno al consiglio di gestione fa in modo che si legittimi al suo interno una suddivisione tra alcuni amministratori esecutivi, destinatari della delega – a cui spetterebbero il disegno e l'attuazione del sistema di controllo interno –, ed altri non esecutivi, in capo ai quali restano pur sempre compiti di monitoraggio, ed in specie, di valutazione collegiale dell'adeguatezza del sistema dei controlli interni (²⁹⁷). Il consiglio di sorveglianza, invece, conserverebbe le stesse funzioni che nel sistema tradizionale spettano al collegio sindacale.

Il sistema monistico, invece, che a livello amministrativo si vede formato da un consiglio di amministrazione, al cui interno viene costituito il comitato per il

²⁹⁷ FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, op. cit., 15 – 16.

controllo sulla gestione (come già detto, un tipo di comitato-organo con funzioni decisorie), assegna l'attuazione del sistema dei controlli interni ad un amministratore delegato o al comitato esecutivo, ove nominato, mentre la vigilanza sul suo funzionamento al comitato prima citato.

Ciò non implica che, ove dovessero essere conferite deleghe gestorie, gli amministratori non esecutivi in consiglio siano privati dei poteri di monitoraggio: il loro ruolo sarà, tuttavia, circoscritto ad una supervisione sul sistema dei controlli interni, da effettuare sulla scorta delle informazioni fornite sia dal *management* che dal comitato di controllo, il quale però resta il responsabile ultimo della vigilanza⁽²⁹⁸⁾.

Una volta fissate le competenze, la trattazione non può essere scissa dall'esame della responsabilità per mancata osservanza dei doveri inerenti il sistema di cui si discute.

La riforma del diritto delle società ha specificato i doveri degli amministratori in una maniera tale che, per ciò che concerne la vigilanza dei sistemi informativi e di controllo, essi si allineano all'impianto normativo statunitense.

Laddove siano conferite deleghe gestorie, spetta agli amministratori non esecutivi, si è detto, valutare l'adeguatezza degli assetti – e in quanto in essi compresi, anche dei controlli interni dei quali va indagata la loro idoneità al perseguimento degli obiettivi aziendali.

A dispetto di un opposto orientamento dottrinale⁽²⁹⁹⁾, c'è chi esclude che possa correre una differenza di intensità tra il dovere di valutare l'adeguatezza degli assetti, ed il dovere di vigilanza; sostenendo anche che tale ultimo non può trovare un'attenuazione nella prescrizione in base alla quale la valutazione degli amministratori privi di deleghe sia da farsi in base alla relazione degli organi delegati⁽³⁰⁰⁾.

²⁹⁸ FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, op. cit., 16.

²⁹⁹ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, op. cit., 255, nt. 24; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 159.

³⁰⁰ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, op. cit., 258; FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, op. cit., 25.

Certo è che gli amministratori non esecutivi avranno reali possibilità di espletamento del loro incarico di vigilanza soltanto se e nella misura in cui ricevano informazioni da parte di chi ha un bagaglio conoscitivo maggiore in materia; ma è anche vero che gli stessi sono tenuti ad agire in modo informato, dunque a richiederle ove il sistema di comunicazione delle stesse risulti insoddisfacente ai fini di una loro tempestiva trasmissione, oppure ove i delegati non le forniscano di propria sponte (³⁰¹).

Se questi sono i limiti della responsabilità gravante in capo agli amministratori non esecutivi, spetterà, di contro, agli organi esecutivi attivarsi allo scopo di predisporre le idonee strutture e le adeguate procedure, volte a consentire ai primi l'adempimento del dovere di vigilanza di loro spettanza, tenendo a mente che il giudice non avrà il potere di pronunciarsi sul merito delle scelte imprenditoriali intraprese al riguardo, ma solamente sul rispetto, da parte loro, delle procedure istruttorie che a quelle scelte hanno condotto.

³⁰¹ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, op. cit., 52, ritiene che le informazioni vadano fornite in consiglio evitando la trasmissione di informazioni selettive ad alcuni soli consiglieri.

PARTE SECONDA
PROFILI PENALI DELLA RESPONSABILITÀ NELL'ATTIVITÀ
GESTORIA DELEGATA

CAPITOLO PRIMO

L'INCIDENZA DEL DIRITTO PENALE SULLE DINAMICHE
DELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA SOCIETARIA

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il diritto penale di fronte all'organizzazione d'impresa. I criteri di individuazione dei soggetti responsabili. – 2.1. La posizione di garanzia per i soggetti dell'impresa societaria. – 2.2. Il contenuto degli obblighi di protezione prima della riforma societaria. – 2.3. I contributi apportati dalla riforma societaria del 2003. – 3. La portata dell'obbligo giuridico di impedire l'evento oggi. – 4. I termini dell'incidenza del diritto penale nella delega gestoria: considerazioni conclusive. – 4.1. La delega e il d. lgs. n. 231/2001.

1. Premesse.

Delle vicende clamorose che all'inizio del nuovo millennio hanno sconvolto il panorama globale, in quanto primi passi verso la crisi deflagrata, poi, nel 2008 a livello globale, tutti sono a conoscenza.

Viene alla luce per primo il caso statunitense Enron – società operante nel settore dell'energia e crollata nel 2001 – che si pone all'inizio della lunga serie di *crack* societari e finanziari che interessano la rovina della nuova economia imperniata sulle tecnologie informatiche.

Nello specifico, la società citata era ormai in dissesto da tempo, quando gli amministratori, agli inizi del 2001, rivedevano ancora al rialzo le previsioni degli

utili e vedevano risalire gli investimenti nei derivati da 2 a 12 miliardi di dollari, per poi assistere al suo repentino crollo proprio nel dicembre dello stesso anno.

A nulla possono rilevare le opinioni dottrinali che mirano ad individuare nell'accadimento una prova di efficienza del mercato nella misura in cui è in grado di "fare pulizia" da solo, attraverso l'eliminazione delle "mele marce dal cesto", giacché il numero troppo elevato di vittime e l'eccessivo ammontare dei danni non può che provare l'inefficienza del mercato nel distruggere le frodi (³⁰²).

Mentre è più plausibile l'opinione di chi ritiene di dover imputare il disastro alla completa inefficienza dei controlli ed al tradimento dei *gatekeepers* (³⁰³), in considerazione del depotenziamento del sistema delle autorità di vigilanza avutosi negli Stati Uniti con la deregolamentazione, e con il contestuale rafforzamento dell'autoregolamentazione.

Il clima di euforia creato negli anni precedenti dalla *new economy*, infatti, aveva indotto i controllori ad abbandonare l'esercizio delle loro funzioni, sotto la spinta di un percepito declino della deterrenza; e per di più, i protocolli frutto dell'autoregolamentazione di cui Enron, ma anche le altre società crollate, si erano dotati prevedevano la presenza di amministratori indipendenti la cui dimostrazione di integrità morale era riscontrabile solamente sulla carta (³⁰⁴), non essendo questi muniti di apprezzabili capacità di informativa rispetto a temi le cui decisioni erano rimesse ai *managers*, né di possibilità di opporsi utilmente rispetto a tali ultime.

Peraltro, anche l'intervento dei *whistleblowers* si era rilevato di scarsa adeguatezza poiché, sebbene la loro presenza fosse fondamentale risorsa nella lotta alle frodi a partire dal contesto interno (³⁰⁵), nessuno di questi si era indirizzato alla SEC o alla magistratura, con ogni probabilità per il timore di licenziamenti o di costrizioni a dimettersi.

A fronte di questo scenario, un primo tipo di interventi fu messo a punto con il *Sarbanes-Oxley Act* nel 2002, che sotto il profilo penale ha operato una

³⁰² MATTEI e SARTORI, *Conflitto continuo. A un anno da Enron negli Stati Uniti e in Europa*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 181.

³⁰³ COFFEE, *Gatekeepers: The professions and corporate governance*, Oxford University Press, 2006.

³⁰⁴ COLANGELO, *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti e i fallimenti dell'affare Enron*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, p. 459.

³⁰⁵ FORTI, <<Doppio standard>> e <<doppio vincolo>> nella decisione di delinquere o di <<blow the whistle>>, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del XXV convegno di studio De Nicola, Milano, Giuffrè, 2009, 173 ss.

specificazione delle figure incriminatrici già esistenti, ed inasprito le pene edittali già in vigore.

Da più parti l'intervento, tuttavia, fu oggetto di critiche – da parte di chi continuava a sostenere la maggiore efficacia dell'autoregolamentazione del mercato, o da chi giudicava eccessivi i costi che così gravavano sulle imprese –; e, certamente, gli esiti cui esso consentì di pervenire sotto il profilo delle sanzioni effettivamente comminate furono davvero sproporzionati, se si valuta che le pene venivano commisurate sia all'entità delle perdite subite, sia al numero delle vittime.

La concreta rappresentazione della detenzione quale conseguenza delle violazioni societarie, in sostanza, anziché spiegare tutta la sua efficacia deterrente nei confronti di amministratori fortemente propensi a frodare, ha comportato il proliferare di richieste di patteggiamento e di collaborazioni processuali, anche per gli stessi *whistleblowers* i quali, anziché procedere a denunce preventive, finivano col rivelare illeciti ed imbrogli soltanto a partita conclusa (³⁰⁶).

Sulla scorta di questi eventi a sfondo internazionale, anche il nostro sistema giuridico ha conosciuto clamorosi fallimenti, non meno rilevanti dei primi: basta pensare, tra i tanti, a quelli maggiormente esemplari, Cirio e Parmalat.

Invero, la diversa conformazione degli assetti proprietari e delle strutture di governo societario propria dell'ordinamento giuridico italiano, rispetto a quella dei sistemi di *common law*, ha manifestato le diversità dello svolgimento degli eventi.

Intanto, seppur gli autori dei tragici eventi siano, anche qui come nel panorama internazionale, identificabili negli esponenti del gruppo di controllo, le condotte attraverso le quali i fatti sono stati da essi perpetrati (falsificazioni dei bilanci, distorsione delle informazioni al mercato, occultamento della posizione debitoria, distrazione di risorse delle società per scopi personali) si sono svolte in una realtà imprenditoriale in cui i margini di profitto erano bassissimi e non si intravedeva alcuna prospettiva seria di innovazione – se paragonata alla realtà del caso Enron, nel quale gli investimenti aumentavano anche a ridosso del crollo.

In secondo luogo, se i problemi che il contesto statunitense si trovava a dover affrontare rinvenivano la loro origine nei comportamenti opportunistici dei *managers*

³⁰⁶ COMEY, *Go directly to jail: White collar sentencing after the Sarbanes-Oxley Act*, in *Harvard Law Review*, 2009, 122, 1728 ss.

a danno degli azionisti, viceversa, la causa dei recenti crack italiani è stata la sussistenza di un governo societario fatto di azionisti di maggioranza che tentano di spogliare la società, e di fronte al quale il *management*, invece, non ha abbastanza forza per opporsi utilmente alle sue iniziative, mentre gli azionisti di minoranza sono tenuti del tutto all'oscuro delle violazioni perpetrate (³⁰⁷).

Ultimo, ma non per importanza, elemento di novità nelle vicende *de quibus* che è dato riscontrare come carattere differenziale rispetto al passato, ma non rispetto al carattere transfrontaliero delle esperienze di declino, concerne la tipologia delle vittime: se le perdite di valori e le distruzioni di patrimoni venivano prima sopportate dallo Stato o dalle banche, con implicite ripercussioni su platee di contribuenti, inconsapevoli delle peso economico che su di essi ricadeva, le crisi del nuovo millennio vedono cadere direttamente sui risparmiatori le gravi conseguenze dei dissesti, esattamente, cioè, su tutti coloro che avevano riposto fiducia sulle iniziative imprenditoriali, e scommesso sulla solidità delle imprese, attraverso la sottoscrizione di azioni o di obbligazioni (³⁰⁸).

Senza dilungarsi oltre nei caratteri degli scandali menzionati a titolo esemplificativo, la ragione per cui se ne tratta, scendendo di tanto in tanto nei dettagli dei fatti, è legata alla necessità di individuare, in primo luogo, i soggetti a cui qualche responsabilità va ascritta – coincidenti nelle fattispecie con gli organi chiamati ad effettuare controlli –; *in secundis*, quale ruolo possono ricoprire – ed in che modo esso rileva per il diritto penale – i soggetti tenuti a svolgere incarichi esecutivi all'interno dei contesti societari di fronte ai sospetti, o alla conoscenza, di gravissime irregolarità gestionali suscettibili di degenerare; infine quali strumenti sono stati apprestati per farvi fronte. La necessità di scoprirlo, poi, va ad amplificarsi, se si osserva che la manifestazione dei dissesti finanziari citati ha rappresentato un insieme di tanti piccoli focolai, poi degenerati, e sfociati in quella situazione che si può definire come vera e propria crisi sistemica, che ha messo in serie difficoltà le

³⁰⁷ TARGETTI, *Crac finanziari e norme sul risparmio*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 247, ha individuato le quattro caratteristiche tipiche dei recenti crack italiani, oltre che in quella appena menzionata, anche nei meccanismi di revisione interna (collegio sindacale) o esterna inceppati da conflitti di interesse; in un sistema bancario incapace di esercitare uno scrutinio efficace; ed infine in un <<disegno finanziario truffaldino su scala internazionale a fronte di regolamentazioni nazionali>>.

³⁰⁸ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 106.

capacità degli stati interessati di offrire delle risposte soddisfacenti ad eventi epocali di questo genere.

La crisi finanziaria, che poi si riverberò in quella economica, e l'enorme distruzione di ricchezza che ne è seguita, in un momento storico in cui, peraltro, era più attuale che mai la globalizzazione, hanno comportato un'alterazione degli equilibri su tutti i fronti: dalla sfiducia di coloro che investivano i propri risparmi, alla sfiducia delle banche che paralizzavano la concessione di credito alle imprese.

Se, da un lato, si guardava allo Stato come al soggetto che avrebbe potuto offrire una concreta possibilità di salvezza dalle frodi e dagli inganni – cosa che, del resto, si tentò, soprattutto negli Stati Uniti, con svariati piani e misure di emergenza – dall'altro non si poteva non pensare all'intervento del diritto penale, sia con i suoi strumenti di deterrenza, sia con i suoi meccanismi punitivi.

Il tutto, nella consapevolezza che il ruolo delle autorità di vigilanza nei contesti societari era pressoché esaurito, data la inadeguatezza rispetto a fenomeni speculativi di una certa rilevanza, ma soprattutto data la insensibilità mostrata rispetto a preventive denunce di eventi che poi si sono realmente verificati (ci si riferisce, fra i tanti, al caso Madoff, che aveva costituito oggetto di apposita denuncia alla *SEC*, senza che a questa fosse seguito alcun tipo di intervento reattivo).

In realtà, però, neppure il sistema repressivo del diritto penale, che pure ha spiegato la sua efficacia nella gravissima pena esemplare comminata nei confronti di Madoff, ha manifestato una forte capacità di far desistere.

Probabilmente, il fatto di aver strumentalizzato una singola vicenda per mostrare alla generalità dei consociati il grado di intimidazione e di reattività dell'ordinamento giuridico, non è riuscito a conformarsi ai canoni di una giustizia rapida ed incisiva, non solamente perché, nello specifico dell'ordinamento giuridico italiano, è difforme al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), giacché sfrutta vicende del singolo per fini che non hanno a che fare con la rimproverabilità personale della sua condotta, ma perché, altresì, contribuisce a svilire il principio di proporzionalità tra reato e sanzione; proprio ciò che Kant prescriveva di non fare: non considerare mai un uomo come un mezzo per fini altri ⁽³⁰⁹⁾.

³⁰⁹ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op. cit., p. 113.

Del resto, la necessità di far ricorso all'applicazione di straordinarie sanzioni penali è evidente sintomo del cattivo funzionamento di un sistema basato sull'applicazione di pene ordinarie in ambito economico.

2. Il diritto penale di fronte all'organizzazione d'impresa. I criteri di individuazione dei soggetti responsabili.

Un'attenta riflessione potrebbe indurre a pensare che l'inefficacia degli strumenti penalistici nella soluzione delle questioni economiche sia potuta derivare dalla mancata considerazione che il diritto penale, rispetto al paradigma del rapporto tra due soggetti persone fisiche, deve lì scontrarsi con una realtà ben diversa, che è quella dell'organizzazione d'impresa, con le sue caratteristiche differenti e con i suoi problemi di adattamento.

Trattasi di entità in cui i soggetti sono intercambiabili, la cui soggettività giuridica varia a seconda dell'ordinamento in cui essa prende forma, ed i cui effetti dell'agire si producono all'esterno, nel mercato, impersonalmente attraverso l'offerta di beni e servizi. Sono tutte ragioni che spiegano perché non è agevole il confronto con una tale realtà, in cui i soggetti, spesso dalle competenze diversificate, non sono agevolmente identificabili.

E la criticità di questa argomentazione è stata ampiamente valutata in dottrina⁽³¹⁰⁾.

Le indagini sulla criminalità d'impresa, pertanto, devono prendere le mosse dalla presa d'atto dell'esistenza di una struttura organizzata e coordinata, di per sé lecita, ma non scevra dalla possibilità di accogliere le condotte illecite di chi vi appartiene, condotte che quasi sempre si pongono in rapporto di strumentalità rispetto alla sua attività.

E successivamente – ulteriore passo da compiere ai fini di un riscontro positivo dell'efficienza della disciplina penale nel settore economico – le indagini

³¹⁰ GRANDORI, *Organizzazione e comportamento economico*, Bologna, Il Mulino, 1999; MONTESANO (a cura di), *Teoria economica dell'organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1996; DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, Apogeo, 2008; HATCH, *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2006.

devono procedere con l'elaborazione di un modello di responsabilità che, liberandosi dalle imprecisioni e dagli eccessi (specie a livello sanzionatorio) del passato, sia prima di tutto conforme alla legislazione costituzionale, e punisca solo chi è colpevole di aver commesso il fatto (³¹¹).

Innegabile, che la riforma del diritto societario – per ciò che interessa ai fini della nostra trattazione – con l'introduzione di un sistema articolato in deleghe gestorie, e con la specificazione di funzioni e posizioni ricoperte da ciascuno, sia delegante, sia delegato, offre un notevole contributo a tal fine, specie nel senso della individuazione della particolare area funzionale nella quale l'amministratore di società cui eventuali indagini possono rivolgersi, opera.

La prima condizione per l'applicabilità della sanzione penale è, infatti, che essa si fondi su una rimproverabilità comprensibile e mirata sul soggetto effettivamente coinvolto (³¹²).

Ed a tal proposito, dinanzi ad un fatto posto in essere nel contesto di un'attività economica, non avrebbe senso irrogare la pena nei confronti di chi non ha alcuna possibilità di controllare la fonte di pericolo che ha cagionato il danno. Viceversa, è suscettibile di ricevere il rimprovero penalistico solamente quel soggetto che ha un potere di incidenza sul dinamismo causale all'esito del quale si produce l'evento dannoso, e che, al contempo, sia munito di quelle qualità professionali e di quelle competenze che siano idonee a prevenire il suo verificarsi e che egli non è stato in grado di utilizzare a scopi preventivi, per la tutela degli interessi in pericolo (³¹³).

Se è vero che l'organizzazione d'impresa si presenta caratterizzata da una forte "spersonalizzazione" da un punto di vista sociologico, è anche vero che, al momento di fare i conti col diritto penale, questo poco importa, poiché occorre comunque andare ad identificare, sulla scorta dei citati suggerimenti, il responsabile

³¹¹ ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1, Cost.*, in Branca e Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna Zanichelli, 1991; FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: <<prima lettura>> della sentenza*, in *Foro it.*, I, 1385 ss.; PALAZZO, *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003. In giurisprudenza, Corte Cost., n. 364/1998, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385; Corte Cost., n. 1085/1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1378.

³¹² PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *riv. med. leg.*, 1992, p. 821.

³¹³ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 137.

di una fattispecie criminosa che sia stata commessa nel suo ambito, ove pur molteplici contributi convergono.

Alcuni *input* in tema sono stati lanciati dalle recenti normative nei settori della sicurezza sul lavoro e dell'igiene sul lavoro (d. lgs. n. 624/1994, d. lgs. n. 81/2008) ove, se per alcuni reati comuni l'uso del termine <<chiunque>> aveva posto sino ad allora non pochi problemi interpretativi, in merito ai soggetti attivi delle fattispecie incriminatrici, per altre, il legislatore ha iniziato ad adottare formule più specifiche, quale quella di datore di lavoro, di imprenditore, di responsabile, di amministratore, e così via.

Al di là di tali odierne considerazioni, però, un passo indietro si rende opportuno.

La giurisprudenza, già in passato, aveva direzionato il suo *focus* sulla ricerca di coloro ai quali potesse essere imputata la condotta illecita, identificandoli, poi, nei soggetti che rappresentavano l'ente all'esterno, i quali, in forza del principio *respondeat superior*, avrebbero dovuto sopportare per intero le conseguenze sanzionatorie (³¹⁴).

Se quest'orientamento, si è detto, è risalente, non molto lontano da esso era approdata una successiva giurisprudenza, che, dando ordine alle considerazioni precedenti, aveva introdotto soluzioni qualificabili come "responsabilità per posizione", asserendo che il disvalore del reato commesso nel contesto dell'organizzazione d'impresa non può che essere fatto ricadere su chi si trova al vertice della società. Quest'idea, peraltro, trovava terreno fertile nel modello del processo penale, ove nella prassi l'amministratore al vertice veniva immediatamente iscritto nel registro degli indagati, con la successiva possibilità di dimostrare la sua totale estraneità ai fatti.

Tuttavia, di idee diametralmente opposte, ma analogamente non del tutto convincenti, un altro filone giurisprudenziale riteneva opportuno identificare i responsabili dei pregiudizi derivanti dalla condotta illecita in coloro che, alla base

³¹⁴ Cass., 6 marzo 1968, sanciva che <<i>i datori di lavoro ed i dirigenti sono i diretti ed esclusivi destinatari delle norme antinfortunistiche la cui osservanza non può essere demandata ad altri, anche se capaci tecnicamente<>>. E così anche Cass., 8 giugno 1989, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 145.

della struttura aziendale, svolgevano le mansioni immediatamente precedenti il fatto⁽³¹⁵⁾.

Ora, sebbene non consentivano di percepire il senso della giustizia nel comminare la sanzione penale, e neppure, di conseguenza, di incentivare comportamenti conformi alla legge, i due orientamenti citati avevano in ogni caso provato, in modo molto semplicistico, o, se si vuole, superficiale, a fornire quella risposta che il diritto penale doveva dare a fronte di fatti commessi nella complessa organizzazione imprenditoriale.

Cioè, ci si è resi conto che un'indagine accurata, ed effettivamente in grado di provvedere all'individuazione dei soggetti responsabili nell'impresa, non poteva che partire sempre dall'obiettivo di muovere un rimprovero di tipo personale, ma prendendo atto della circostanza che ogni soggetto opera tra le maglie di una rete organizzativa, che spesso fruisce di deleghe di potere, nell'ambito, dunque, di un'attività coordinata e dinamica della quale partecipano anche altri soggetti.

Quest'ultimo fattore acquista forte rilevanza, perché è quello che, di fatto, può condizionare la libertà di scelta del singolo, e in certi casi comprimerla sino al punto da annullarla.

La circostanza di agire nel contesto di una struttura organizzata, in altri termini, implica che le manifestazioni di volontà del singolo siano libere fino al punto in cui non incontrino il volere contrario di chi sta al gradino superiore della piramide organizzativa, e quindi cedano, per conformarsi al volere superiore ed evitare di incorrere in conseguenze estreme, quali l'espulsione dalla stessa organizzazione.

Ragionando in quest'ottica, allora, la conformazione al volere altrui nell'organizzazione societaria potrebbe anche tradursi e concretarsi nella commissione di reati dolosi o colposi, a seconda dell'imperiosità con cui una certa condotta è richiesta.

³¹⁵ Cass., 17 gennaio 1986, in *Giust. pen.*, 1987, II, p. 37, in cui si legge che l'individuazione dei destinatari delle norme in tema di prevenzione degli infortuni deve essere fatta caso per caso, considerando non tanto le qualifiche rivestite nell'organizzazione, quanto più «le reali ed effettive mansioni esercitate, che importano automaticamente le assunzioni di fatto delle responsabilità a quelle inerenti». Analogamente, Cass., 11 aprile 1987, in *Cass. Pen.*, 1988, p. 1096; Cass., 22 marzo 1989, n. 4239, in *Riv. pen.*, 1990, p. 89.

Ed allora, riservando al tema un approfondimento successivo, alla luce di tali argomentazioni, ciò che si rende basilare è valutare se il singolo ha possibilità di reazione ed opposizione rispetto ad orientamenti e prescrizioni non condivisi, prima ancora di poter formulare un'imputazione di responsabilità nei suoi riguardi (³¹⁶).

Benché si facciano tanti sforzi per allontanare dal diritto penale questioni di etica, questa torna periodicamente a ripresentarsi, oltre che nel diritto penale comune, anche in quello d'impresa (³¹⁷): si pensi alla valutazione, ai fini dell'affermazione di responsabilità, della condotta di tutti quegli attori, amministratori delegati-conduttori dei grandi affari finanziari ed industriali, che, pur pensando da soli le condotte fraudolente da porre in essere, non hanno potuto fare a meno di dividerle con altri membri dell'organizzazione d'impresa, ad esempio gli amministratori non esecutivi in consiglio, con la finalità di ottenere un indebolimento dei controlli e realizzare quell'uniformità di comportamenti nel contesto societario capace da sé, senza nessuna particolare indicazione formale, di perseguire lo scopo fraudolento.

Tornando alle recenti discipline, che pur hanno risentito delle elaborazioni dottrinali di cui *supra*, è vero che, nel contesto dei reati societari, ne sono stati introdotti parecchi propri o esclusivi, che consentono cioè l'individuazione tipologica dei possibili soggetti attivi, gli unici che, se pongono in essere la condotta illecita tipizzata dalla norma, realizzano un fatto integrante gli estremi della fattispecie penale incriminatrice.

E' anche vero, però, che la costante proliferazione normativa avutasi nel tempo, soprattutto della disciplina penale di settore, ha finito con l'accantonare i menzionati tratti di esclusività, al punto tale che la tipizzazione degli stessi amministratori di società ha perso gran parte della sua rilevanza a causa del costante ricorso alle figure degli amministratori di fatto – a cui, anche senza formale atto

³¹⁶ ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, Einaudi, 2004; ID., *Alcune questioni di filosofia morale*, Torino Einaudi, 2006; ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 141.

³¹⁷ Sul rapporto tra il diritto penale e la laicità, FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991, 165 ss; FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in Dolcini e Paliero (a cura di), *Studi in onore di Marinucci*, Milano, Giuffrè, p. 283; STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in Marinucci e Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano Giuffrè, p. 45 ss.

d'investitura, vengono sempre più spesso assegnate mansioni esecutive – ed alla loro crescente importanza nelle dinamiche societarie.

La giurisprudenza ha affrontato diverse volte il tema, soprattutto nel configurare la responsabilità degli amministratori per i reati di bancarotta *ex artt. 223 e 216 l. fall.* (³¹⁸). In particolare ha sostenuto che, sebbene le norme della legge fallimentare individuino espressamente i destinatari della disciplina nelle figure degli amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali – identificati come tali in relazione alla concrete funzioni inerenti tali qualifiche –, la circostanza non rileva affatto in sede penale, ove ciò che rileva è piuttosto la relazione che intercorre tra il bene oggetto di distrazione e la persona titolare del potere di gestire l'azienda, quella, cioè, che è stata in grado di sottrarre con la propria condotta le garanzie ai creditori. Pertanto, sotto il profilo penale, amministratore può essere sia colui che ha ricevuto la formale investitura, sia colui che, a prescindere da essa, esercita un potere decisionale sulla gestione del patrimonio. In quest'ultimo caso potrà essere penalmente responsabile sia quale *extraneus* al reato, in concorso con gli organi legali della società, sia in via diretta, quale destinatario della fattispecie penale di cui alla legge fallimentare (³¹⁹).

Peraltro, nella stessa pronuncia, la Corte si esprimeva a favore dell'esonero da responsabilità per il legale rappresentante qualora l'attiva partecipazione nello svolgimento di compiti esecutivi della gestione da parte dell'amministratore di fatto sia stata totalizzante al punto da sostituire l'amministrazione legale (³²⁰).

Non si trascuri che a queste evoluzioni si sono venute accostando nel tempo le profonde riforme della disciplina civilistica – di cui si è già ampiamente trattato – che hanno fornito l'importante contributo di differenziare e specificare le diverse figure che si stagliano in seno al consiglio di amministrazione (amministratori delegati e comitati esecutivi), ognuna di esse dalla specifica professionalità, al fine –

³¹⁸ Cass., 19 ottobre 1999, in *Giust. pen.*, 2001, II, p. 169; Cass., 17 gennaio 1996, in *riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 942; Cass., 9 ottobre 1962, in *Cass. Pen. Mass.*, 1963, p. 108;

³¹⁹ Per ciò che concerne la responsabilità dell'amministratore di fatto, si vedano le recenti pronunce: Cass. Pen., 9 luglio 2014, n. 41167; Cass. Pen., 12 aprile 2012, n. 20678; Cass. Pen., 13 marzo 2014, n. 22846; Cass. Pen., 5 giugno 2013, n. 24493; Cass. Pen., 27 marzo 2012, n. 11649.

³²⁰ In tal senso, Cass., 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 828; Trib. Milano, 11 dicembre 1997, in *Società*, 1998, p. 802, nota di Fattori. In dottrina, ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998; FATTORI, *Attribuzione della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità*, in *Società*, 1995, p. 926 ss; ID., *Amministratore di fatto di società di capitali: natura e responsabilità*, in *Società*, p. 802; PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. pen.*, 1962, p. 232.

anch'esso in più occasioni ribadito – di impedire indebite e generalizzate estensioni di responsabilità, specie a fronte di fattispecie omissive penalmente rilevanti.

2.1. La posizione di garanzia per i soggetti dell'impresa societaria.

D'accordo sul fatto che la responsabilità nell'ambito di un'organizzazione d'impresa non possa ricadere, senza alcuna indagine preventiva, su chi sta al vertice, piuttosto che su colui che sta alla base della struttura, solamente in virtù della loro posizione, occorre allora procedere oltre, e chiedersi chi siano i soggetti dotati di un autonomo potere di intervento sulle fonti di pericolo, al fine di prevenire o impedire la realizzazione del fatto tipico di reato.

L'indagine, nondimeno, dovrà essere finalizzata non solamente all'individuazione delle concrete fonti di pericolo proprie di quell'attività di volta in volta presa in considerazione, ma anche alla verifica se esse siano davvero in grado di arrecare danni, e in caso positivo, alla identificazione di ogni azione utile a contenerne e circoscriverne la pericolosità.

Trattasi, insomma, dell'indagine volta ad individuare il soggetto titolare della posizione di garanzia, su cui tantissimi autori si sono pur espressi ⁽³²¹⁾, e che trova la sua fonte normativa all'art. 40 c.p. E l'obbligo di garanzia è stato efficacemente descritto come <<uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità (totale o parziale) del titolare a proteggerlo autonomamente>> ⁽³²²⁾.

Non è agevole, tuttavia, l'individuazione del titolare in relazione ad un illecito accaduto nell'ambito di un'attività di impresa, soprattutto perché la norma di riferimento del codice penale nulla dice a proposito del suo contenuto.

³²¹ ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, VI, II, c. 222; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss; ID., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 904 ss; ROMANO, *Art. 40*, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, p. 361; STELLA, *Sub art. 40 c.p.*, in Crespi, Stella e Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, Cedam, 2003; VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

³²² FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna Zanichelli, 2009, p. 610 – 611.

Così la dottrina ha elaborato l'idea secondo la quale, a fronte della lacunosità del dettato legislativo per ciò che concerne le qualifiche, l'interprete non può che partire da quella che è la disciplina interna dell'organizzazione, ossia, nel nostro caso, l'ordinamento stesso dell'impresa societaria ⁽³²³⁾. Ai fini di una migliore comprensione delle posizioni assunte dai diversi soggetti nel contesto della rete imprenditoriale, cioè, è logico che non si possa prescindere da quelle regole proprie dell'organizzazione, che prevedono l'attribuzione di poteri e l'imposizione di doveri nei loro riguardi.

E su questo incide notevolmente la sussistenza di un eventuale trasferimento di funzioni mediante delega nell'ambito della struttura organizzativa.

In questo modo, una volta commesso l'illecito, ed individuata l'area funzionale illecitamente governata, diventa meno complesso risalire al titolare del potere originario, tenendo nella dovuta considerazione anche gli effetti dell'eventuale presenza di deleghe gestorie.

Insomma, dal momento che organizzazione significa <<divisione del lavoro, ripartizione di compiti e valorizzazione di competenze differenziate>> ⁽³²⁴⁾, sarebbe inopportuno cercare una soluzione che si fermasse all'imprenditore, o all'amministratore dell'impresa societaria, in sé e per sé considerato.

Ciò che l'indagine in tal senso condotta non dovrà trascurare sono le peculiarità della struttura dell'organizzazione d'impresa di volta in volta presa in considerazione, che il più delle volte si palesa già dallo statuto societario.

2.2. Il contenuto degli obblighi di protezione prima della riforma societaria.

Quando si tratta di tracciare i limiti della doverosità dell'intervento protettivo, *nulla quaestio* se l'amministratore, o comunque il soggetto dotato del potere originario, abbiano agito commettendo un reato con condotte commissive, se non per l'individuazione di eventuali concorrenti.

³²³ D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam, 1989.

³²⁴ PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 125.

Qualche perplessità in più, invece, sorge qualora si debba procedere all'individuazione del contenuto della garanzia e dei confini in caso di omesso impedimento; qualora, cioè, si debba determinare quando sia lecito pretendere dall'amministratore garante l'impedimento di reati ad opera di altri soggetti pur facenti parte della struttura d'impresa (³²⁵).

Il quesito è già abbastanza importante in generale, ma assume connotati maggiormente problematici ove le posizioni di sorveglianza e di garanzia debbano essere inquadrare nell'impresa.

Sicuramente, un indubbio contributo è provenuto, in tal senso, dalla riforma organica delle società di capitali, nella misura in cui, novellando gli artt. 2381 e 2392 c.c., ha dato chiarezza e specificazione ai poteri-doveri degli organi coinvolti nell'amministrazione societaria, agevolando così il compito del penalista nella ricostruzione dell'oggetto dei predetti controlli.

D'altra parte, sono proprio i componenti del consiglio di amministrazione gli organi rispetto ai quali si è maggiormente discusso – con esiti non sempre univoci – sui contenuti dell'obbligo di garanzia.

La normativa antecedente la riforma, con il suo generale ed indefinito obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione (*ex art. 2392 c.c.*), finiva per sancire un fascio di responsabilità sostanzialmente oggettive; e, sotto il profilo dell'oggetto della trattazione – il contenuto dell'obbligo di protezione – finiva con l'attribuire agli amministratori non esecutivi dei poteri impeditivi quasi illimitati, tali per cui ognuno di loro avrebbe dovuto informarsi su ogni evento relativo alla vita della società, ed intervenire ove avesse avuto il sospetto che qualcuno di questi potesse generare delle conseguenze pregiudizievoli.

Ne conseguiva che l'omessa vigilanza – la quale avrebbe potuto concretarsi nella indifferenza alla gestione attuata dagli organi delegati, ovvero nella negligenza adottata nello svolgimento dei loro propri incarichi – sarebbe stata di per sé sufficiente ai fini dell'imputazione della responsabilità, giacché essa integrava la condotta tipica dell'amministratore volontariamente inerte rispetto all'adempimento

³²⁵ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, op. cit., p. 337 ss.

degli obblighi di legge, che, per esempio, disertando le riunioni consiliari, si abbandonava alle altrui decisioni (³²⁶).

Ma ciò che destava maggiori perplessità, in questo impianto, era il ricorso all'elemento soggettivo del dolo eventuale, quando, in realtà, la disposizione di cui all'art. 2392 c.c. fonda il rimprovero sulla natura colposa della condotta illecita (³²⁷), poiché ricollega la responsabilità alla violazione o all'inosservanza di obblighi cautelari: nella fattispecie, il dovuto preventivo controllo affinché l'attività degli altri amministratori non sia di pregiudizio per gli interessi sociali e dei soci.

Le attestazioni giurisprudenziali (³²⁸), peraltro, si conformavano ad una tale impostazione: in particolare, in molte sentenze si è manifestato il convincimento che l'omissione di vigilanza – anche ove consistente, ad es., nella omessa richiesta di chiarimenti da parte dei consiglieri privi di deleghe – sarebbe stata equivalente alla volontà degli amministratori di non vedere, dunque alla passiva accettazione del rischio, che è il connotato proprio del dolo eventuale (³²⁹).

La risposta della dottrina giunse presto, rispetto a questo stato di idee (³³⁰).

Essa partiva dalla constatazione per cui la condotta inerte degli amministratori, tipica dei non esecutivi in consiglio di amministrazione, consistente nella mancata attivazione per richiedere i chiarimenti e le informazioni più opportuni, implicava una situazione di mancata conoscibilità, la quale è del tutto inconciliabile con la nozione di dolo; ai fini del quale rileva, piuttosto, la conoscenza

³²⁶ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 149.

³²⁷ MARINUCCI – ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni. Il diritto penale delle società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 692 ss.

³²⁸ Si veda, Cass. Pen., 8 giugno 2012, n. 42519, in cui si legge: <<occorre segnare il limite operativo dell'art. 40, comma 2, c.p. quando sia correlato ad incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo, o peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa, incompatibile con la lettera delle fattispecie incriminatrici, che configurando comportamenti modulati su consapevolezza dolosa non consentono di addebitare all'autore di volontaria omissione, con argomentazione propria della colpa (e cioè con rimprovero di imperizia, o di negligenza, o di imprudenza), l'evento che egli ha l'obbligo giuridico di impedire>>.

³²⁹ Cass., 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 747, in cui si afferma che <<l'art. 2392 c.c. regola la responsabilità civile>> e che <<tali disposizioni assumono rilievo penale allorché gli amministratori con colpevole inerzia abbiano reso possibile il perpetrarsi di fatti di reato che recano pregiudizio alla società, per la norma di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p. secondo la quale non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo>>; App. Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 571.

³³⁰ STELLA – PULITANO', *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 551 ss.

effettiva di elementi o situazioni tali da generare ragionevoli preoccupazioni sulla gestione degli affari societari.

Ed è da queste argomentazioni che prese spunto la teoria dei cc.dd. “segnali di allarme”, ossia di quei sospetti relativi ad operazioni societarie anomale o atipiche o straordinarie che dovevano essere percepiti dagli amministratori, come spie di irregolarità della gestione societaria, e stimoli per approfondimenti. E quindi, l’indifferenza perdurante anche a fronte della manifestazione dei “segnali di allarme”, e l’omessa richiesta di informazioni o l’omesso compimento di ulteriori indagini a fronte di indici di tale ambiguità o rilevanza, questi sì, che avrebbero costituito comportamenti idonei a generare una responsabilità penale in capo agli amministratori.

Riflettendo, se pur è vero che il corretto funzionamento dell’organo amministrativo inteso nella sua collegialità si fonda, principalmente, sulla comune disponibilità delle informazioni, nella prassi quotidiana si assiste ad una realtà ben più peculiare, poiché accade raramente che al dibattito consiliare si confronti su un certo tema all’ordine del giorno la pluralità dei consiglieri del c.d.a., ognuno dei quali con piena consapevolezza e conoscenza della materia oggetto di dialettica.

Si è ormai usciti, dopo tanti sforzi, dallo stereotipo dell’amministratore dalla conoscenza perfetta. Si pensi al contesto di un’impresa bancaria ove i funzionari dell’ufficio fidi si occupano di selezionare i dati relativi alla futura solvibilità del cliente, mentre quelli addetti all’antiriciclaggio si concentrano sulla natura delle operazioni economiche e finanziarie realizzate dal cliente, e sulla loro congruità rispetto al profilo bancario. E’ evidente, pertanto, come – anche a fronte dei rapporti che i funzionari delegati pongono all’attenzione del c.d.a. – gli stessi organi di vertice posseggono inevitabilmente conoscenze parziali delle singole operazioni, a meno che non ne abbiano seguito personalmente gli sviluppi.

E’ più realistico pensare, invece, che alcuni solamente dei membri del c.d.a., magari in stretto collegamento operativo con il *management*, hanno un’effettiva cognizione del sottobosco di ciascuna delibera alla cui assunzione poi provvedono.

Gli stessi amministratori indipendenti, a dispetto della decantata imparziale posizione in seno al consiglio, sono i primi ad essere inevitabilmente vittime di

un'asimmetria informativa, tale per cui viene a risultare, poi, limitato il loro contributo alla trasparenza delle decisioni.

Risente di queste considerazioni il sistema dei controlli nella sua globalità, che sempre più spesso viene chiamato ad operare tenendo conto del principio dell'affidamento su cui gli amministratori fanno leva, relativamente ai flussi informativi trasmessi dagli organi delegati, a loro volta autoresponsabili della correttezza e della attendibilità di quanto comunicano. E' necessario prendere atto di questa realtà mutata, in cui il giudizio sull'adeguatezza si fonda, non più sulla puntuale verifica delle singole informazioni, bensì sulla attendibilità del meccanismo di produzione ed elaborazione delle informazioni; e ciò vale soprattutto per il diritto penale, che è ancora fortemente legato alla visione della società come di un organismo a piramide, con continui e completi flussi informativi e con la possibilità, e l'obbligo, degli amministratori di cogliere ogni lacunosità informativa⁽³³¹⁾.

Si è fatto prima cenno alla teoria dei “segnali d'allarme”, grazie ai quali gli amministratori possono adempiere al loro dovere di agire in modo informato (*ex art.* 2381 c.c.), e prevenire o ostacolare la commissione di fatti dannosi per la società.

E se ciò vale indubbiamente per i consiglieri deleganti, rispetto all'operato degli esecutivi, nulla osta che possa affermarsi anche per gli amministratori esecutivi medesimi, relativamente all'opera di altri organi pur deputati allo svolgimento di incarichi esecutivi afferenti altre aree della gestione.

In dottrina, sono stati definiti come un tema rilevante per il sistema probatorio⁽³³²⁾, poiché la loro manifestazione nella forma di anomalie della gestione consentirebbe di accertare se effettivamente ad essa sia seguita l'acquisizione di ulteriori notizie, dati, o informazioni, o se piuttosto la lacuna conoscitiva non sia stata volontariamente colmata dagli amministratori.

La loro idoneità a fondare un impianto probatorio, tuttavia, deve essere subordinata all'accertamento che i segnali siano stati realmente percepiti dagli amministratori nei termini di spie di presunte irregolarità, e che magari non siano

³³¹ NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, Bononia University Press, 2009.

³³² PULITANO', *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, p. 904.

stati accompagnati da rassicurazioni dell'intero consiglio volte a coprirli. Inoltre, essi non avrebbero alcuna valenza probatoria, laddove venissero utilizzati come uno strumento per l'automatica imputazione di responsabilità in capo a tutti i consiglieri⁽³³³⁾.

Ciò dimostra quanto sia complessa l'operazione di accertamento delle relative responsabilità in capo agli amministratori; nonché il motivo per cui la giurisprudenza ha spesso preferito risolvere i casi in termini più semplicistici.

2.3. I contributi apportati dalla riforma societaria del 2003.

La sostituzione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione di cui al previgente art. 2392 c.c. con un complesso di obblighi e doveri specificamente individuati – avutosi con la riforma organica delle società di capitali, entrata in vigore nel nostro ordinamento giuridico nel 2004 – ha rappresentato una mossa importante verso il riconoscimento che l'organo amministrativo nella sua collegialità non è un cumulo di incarichi contenutisticamente identici di cui tutti i suoi membri sono investiti, ma è distribuzione di incarichi diversificati, in relazione alle qualità personali di ciascun amministratore ed alle sue <<specifiche competenze>>⁽³³⁴⁾.

Tale profondo mutamento ha comportato l'abbandono della concezione accentratrice dell'amministratore, dell'idea, cioè, dell'amministratore onnisciente, in grado di assumere qualsivoglia decisione poiché dotato di un bagaglio conoscitivo totale ed indifferenziato in relazione alle materie poste all'ordine del giorno, a pena di responsabilità; ma ha anche mutato il contenuto del dovere di controllo che – non più esteso al generale andamento della gestione – consiste ora nell'impedimento di fatti pregiudizievoli per la società ove l'amministratore ne fosse a conoscenza.

E' vero che il comma terzo dell'art. 2381 c.c. carica gli amministratori deleganti del dovere di valutare il generale andamento della gestione, sembrando con ciò riprendere la formulazione della vecchia normativa, ma è anche vero che stavolta, alla luce della riforma, la valutazione non sarà più onnicomprensiva ed indistinta,

³³³ Sul tema si veda PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.

³³⁴ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 152.

bensi circoscritta al bagaglio conoscitivo di cui gli stessi amministratori si dotano a seguito della presentazione della relazione da parte degli organi delegati.

Se a questa previsione si accosta il dovere di agire in modo informato, posto in capo a tutti gli amministratori a prescindere dagli specifici incarichi ricoperti, se ne deduce che l'espletamento del potere decisionale proprio dell'organo amministrativo non può che avvenire sulla scorta dei dati rappresentati e forniti da parte degli organi delegati, ma anche sulla base di quelli ulteriormente richiesti, a fini integrativi, dagli stessi amministratori deleganti ai delegati, ove li reputino necessari per completare, o quantomeno incrementare, il materiale conoscitivo per l'assunzione di un certa delibera.

E' espressione, d'altra parte, dell'amministratore diligente quello che concorrerà alla formazione delle decisioni consiliari sulla scorta di conoscenze i cui livelli e quantità sono la somma di quelle messe a sua disposizione dal *management* con quelle personali, le quali tutte contribuiscono a creare la sua professionalità.

3. La portata dell'obbligo giuridico di impedire l'evento oggi.

Si è detto che il fatto tipico omissivo di cui all'art. 40 c.p. è l'omesso impedimento dell'atto o del fatto pregiudizievole. Ma non è detto che ogni qualvolta un soggetto omette di impedire un atto o fatto pregiudizievole è perciò stesso assoggettato a responsabilità: la condotta omissiva diviene tipica, e rientra nell'ambito di operatività dell'art. 40 c.p., infatti, solo se è stata posta in essere da un soggetto sul quale grava l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Poco, o per nulla, aiuta la formulazione letterale della norma citata nel comprendere qual è il contenuto dell'obbligo di impedire l'evento, quindi, quando una condotta inerte vada considerata tipica; e perciò si rende necessario guardare altrove, fuori dal dettato del codice penale, per individuare la portata di tale obbligo.

Non di rado, anche la legislazione speciale si dimostra imprecisa nell'assolvere tale compito, limitandosi all'indicazione di una qualifica alla quale corrispondono precisi poteri e doveri.

La giurisprudenza ha dedicato attenzione al tema abbastanza recentemente, con particolare riguardo alla responsabilità penale per omesso impedimento in capo alla categoria degli amministratori privi di delega (³³⁵). Dopo aver ribadito che la riforma societaria ha attenuato oneri e responsabilità dei consiglieri senza deleghe, i quali pertanto rispondono nei confronti della società nei limiti delle proprie attribuzioni previste *ex lege*, e quindi anche quando non agiscono in modo informato, afferma, poi, che dal punto di vista del diritto penale, tale <<premessa riconfigura (o meglio giunge a conferma di approdi interpretativi già acquisiti dalla dottrina) la “posizione di garanzia” del consigliere non operativo, posto che l’obbligo di impedire l’evento, disciplinato quale tramite giuridico causale, dall’art. 40 c.p., comma 2, si parametrizza su una fonte normativa che costituisce il dovere di intervento>>. Prosegue, poi, nell’analisi dei due tradizionali elementi in cui, dal punto di vista soggettivo, si scompone l’art. 40 c.p., della rappresentazione dell’evento nella sua portata illecita – stando bene attenti a distinguere la conoscenza dalla conoscibilità – e della omissione consapevole di impedirlo, che trova la sua fonte in un preciso obbligo giuridico.

Ma alla luce di queste considerazioni di ordine generale, è opportuno compiere un passo preliminare, e distinguere meglio l’ipotesi di un reato commissivo da quella del reato omissivo.

Nel primo caso, un soggetto pone in essere una condotta attiva, percepibile dal punto di vista materiale, nella sua realizzazione e nei suoi effetti: il problema è, qui, andare ad individuare i soggetti concorrenti, ossia tutti coloro i quali hanno fornito un contributo causale, materiale o morale, alla commissione del reato, secondo le norme sul concorso di persone.

Si ipotizzi che un amministratore abbia redatto una falsa comunicazione sociale: dovranno essere individuati, in tal caso, eventuali concorrenti in coloro che hanno fornito i dati contabili o in coloro che hanno escogitato gli artifici contabili, e così via.

³³⁵ Cass., 4 maggio 2007, in *Società*, 2008, p. 902 con nota di PULITANO; Cass. Pen., 8 giugno 2012, n. 42519.

Ai fini del suo rilievo penale, però, la condotta concorrente deve essere valutata alla luce dell'organizzazione societaria all'interno della quale i concorrenti diversi dall'amministratore hanno apprestato il loro contributo partecipativo.

E, non essendo ciò ancora sufficiente per ritenere il concorso della persona penalmente rilevante, si richiede, altresì, di accertare la consapevolezza che il soggetto ha di prender parte alla realizzazione di un illecito; accertare cioè che il soggetto si sia liberamente autodeterminato a contribuire alla partecipazione al reato⁽³³⁶⁾.

La discussione assume grande importanza se si valuta che la scelta comportamentale di un soggetto facente parte di un contesto amministrativo societario può sfociare in due direzioni diametralmente opposte: alla responsabilità penale derivante dal concorso al reato – e quindi dalla libera scelta di contribuire alla commissione dell'illecito – si contrappone, infatti, la condotta – implicante, invece, l'esonero dalla responsabilità penale – del componente dell'organizzazione che, a fronte di certe richieste dal contenuto illecito provenienti dal *management* ovvero dal gruppo azionario di comando, sia in grado di dire “no” nelle ipotesi più estreme, o quantomeno di fare una segnalazione sui sospetti di irregolarità di cui ha avuto percezione alle competenti autorità di vigilanza.

Ci si riferisce ai cc.dd. *whistleblowers* propri del contesto statunitense; ma ci si riferisce anche ai flussi informativi diretti all'organismo di vigilanza di cui al d. lgs. 231/2001 nel nostro ordinamento giuridico, che pure impone ai membri interni alla struttura la tempestiva segnalazione di anomalie, in modo tale da sollecitare un altrettanto tempestivo intervento.

Questi temi inerenti la possibile cooperazione dall'interno, a loro volta, sono di una certa delicatezza, se accostati ad una serie di considerazioni etiche.

Si sa che i componenti dell'organizzazione societaria frequentemente sono a conoscenza di atti o fatti critici inerenti la gestione dell'impresa, giacché svolgono una attività a diretto contatto con gli operativi. Tuttavia, per essere incentivati alla denuncia delle criticità, o anche solo del mero sospetto di irregolarità, è necessario che essi siano assicurati dalla prospettiva della immunità penale. Del resto, il solo fatto della rivelazione, infatti, non può comportare l'automatica configurazione di

³³⁶ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 156.

una responsabilità penale in capo agli stessi, a maggior ragione laddove manchino gli estremi della partecipazione in concorso, o laddove risulti che la loro partecipazione alla condotta criminosa sia stata la conseguenza della compressione, ad opera degli effettivi responsabili, dei margini di autodeterminazione necessari per opporsi.

Ciò non significa che vada esclusa a priori, e totalmente, la rilevanza penale dell'agire di tali soggetti, ma sicuramente, lungi dall'essere automatica, essa è condizionata ad un vaglio volto ad accertare gli effettivi confini della libertà operativa lasciata al singolo.

Quanto ai reati omissivi, il fenomeno appare più complesso, presentandosi nei termini di un concorso omissivo in un fatto doloso o colposo altrui.

E l'obbligo giuridico di impedire un evento di cui all'art. 40 c.p. grava, in tal caso, in capo a quel soggetto, definito il titolare della posizione di garanzia, chiamato a proteggere quei beni o interessi alla cui tutela contro possibili aggressioni l'effettivo titolare non è in grado di provvedere. Può trattarsi anche di beni fondamentali della persona, quali la vita e l'incolumità per i lavoratori nell'ambito dell'impresa, sottoposti quotidianamente a una miriade di fonti di rischio, vuoi a causa degli effetti della tecnologia impiegata, vuoi a causa delle crisi economiche e finanziarie, e per questo affidati alle cure ed alla diligenza di un soggetto terzo.

Il soggetto terzo è il "garante", la figura apprestata dal diritto penale, caricata di obblighi di controllo e protezione, come già affermato, l'amministratore nel diritto societario. Costui, diventa, pertanto il soggetto responsabile della cura e della tutela dei beni altrui non solamente tutte le volte in cui abbia posto in essere un comportamento attivo che ha cagionato l'evento dannoso, ma anche quando un evento dannoso si è realizzato a prescindere dalla sua azione, ma egli non sia stato in grado di attivarsi per impedirne l'accadimento (art. 2392, comma 2, c.c.).

Parte della dottrina e della giurisprudenza sono persino giunte ad affermare – ma la questione non può essere approfondita in tal sede – che la posizione di garanzia si fonderebbe anche su un obbligo di ingerenza nell'altrui attività: l'esempio classico è quello degli amministratori di una società controllante che, in virtù della pretesa che essi abbiano un potere di ingerenza nell'attività delle società controllate,

sono stati ritenuti responsabili per non essersi mossi allo scopo di impedire la commissione di reati da parte della controllata (³³⁷).

Ad ogni modo, il garante, per poter assolvere efficacemente l'obbligo giuridico, non solamente deve essere dotato di poteri che gli consentano di intervenire sulle fonti di pericolo, ma deve possedere anche adeguati strumenti conoscitivi.

Laddove siano, viceversa, insufficiente la professionalità e inadeguati i mezzi a sua disposizione, l'indagine volta all'individuazione del responsabile dovrebbe risalire verso colui che ha attribuito in concreto i poteri a quel determinato "garante". Può cioè accadere, facendo un ragionamento inverso, che il garante originario non sia riuscito a dotarsi di garanti delegati, efficienti e professionali: è su di lui che, in tal caso, ricadrà la responsabilità.

A questo punto, una volta definiti i tratti dell'istituto, si rende fondamentale, ai fini della trattazione *de qua*, comprendere qual è la portata dell'obbligo giuridico di impedire l'evento posto in capo agli amministratori di una impresa societaria, in considerazione anche dell'eventuale conferimento di deleghe gestorie.

Non si può certo non partire dall'analisi della pedissequa enumerazione dei poteri attribuiti ai diversi organi, deleganti e delegati, a seguito delle modifiche intervenute con la riforma del 2003; dalla quale emerge che, in linea di massima, se ai delegati è attribuita la gestione della società, ai primi è affidato un potere di vigilanza, e talvolta di impedimento.

Ogniquale volta in seno al consiglio di amministrazione siano state rilasciate delle deleghe gestorie, la predisposizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società – in assenza di deleghe, affidata al c.d.a. nel suo *plenum* – transita nelle mani degli amministratori esecutivi, rispetto ai quali i consiglieri deleganti non fanno che vigilare continuamente ed adeguatamente affinché gli assetti non mutino nel tempo in relazione delle mutevoli esigenze.

³³⁷ D'ALESSANDRO, *Art. 40*, in Dolcini e Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, II ed., Milano, Ipsoa, 2006, 365; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, op. cit., p. 125; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Indice pen.*, 1985, p. 17.

Si tratta, dunque, dell'esplicazione di un dovere di vigilanza degli amministratori non esecutivi rispetto alle scelte degli organi delegati, che nulla ha a che vedere con il potere impeditivo.

Ed allora, rispetto all'originario interrogativo – su quale possa essere in concreto la condotta impeditiva degli amministratori non esecutivi – l'espressione del voto contrario in sede di approvazione di una delibera consiliare dai contorni non leciti, potrebbe essere concepita come una prima risposta in tal senso (³³⁸). Ma il potere impeditivo può, ben più efficacemente, essere esercitato mediante la trasmissione dell'informazione pervenuta da parte dei delegati, alle altre istanze di controllo, ed in particolare, al collegio sindacale – che potrà opportunamente procedere alla convocazione assembleare – ovvero al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo sulla gestione, negli sistemi alternativi di amministrazione, rispettivamente dualistico e monistico.

Non è consentito, invece, agli amministratori non esecutivi denunciare irregolarità o atti di *mala gestio* direttamente al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., non essendo essi compresi nel novero dei legittimati, e costituendo il ricorso alla procedura citata prerogativa propria dell'organo di controllo delle s.p.a.

Si evince la limitatezza del novero delle iniziative concesse agli amministratori dal punto di vista dell'impedibilità, che tuttavia non può che essere tratteggiata sulla sola scorta della normativa di taglio civilistico.

E' bene non trascurare che l'attivazione di tali, seppur esigui, poteri impeditivi deve essere subordinata al sospetto di anomalie percepibili già al momento della trasmissione dei flussi informativi ad opera dei delegati.

Se, peraltro, i sospetti dovessero persistere o accentuarsi anche a seguito dell'esercizio del potere di richiesta di ulteriori approfondimenti da parte dell'amministratore in consiglio, la eventuale successiva inerzia di questi integra gli estremi di una condotta punibile penalmente – per omesso impedimento di un evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire – a condizione, però, di dimostrare che l'amministratore si fosse effettivamente rappresentato la possibilità che un reato

³³⁸ Fin dalle interpretazioni dottrinali più risalenti, si riteneva comunque che il voto contrario fosse soltanto un semplice indizio, a causa della sua ambiguità: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari: i reati fallimentari e societari*, Milano, Giuffrè, 1959.

venisse commesso, acquisendo tale idea nel suo orizzonte prognostico, ma l'abbia ignorata⁽³³⁹⁾.

In conclusione, relativamente al contesto di un organo amministrativo collegiale dotato di ampi poteri decisorio, l'autorità giurisdizionale, sempre partendo dalle informazioni e dai dati messi a disposizione dai membri operativi della struttura, non va più alla ricerca della presunta realizzazione di un reato collegiale, essendosi ormai definitivamente abbandonata l'idea⁽³⁴⁰⁾, bensì, procede nella valutazione degli elementi di un eventuale concorso attivo di persone, in ipotesi di reati commissivi; ma, nella valutazione del corretto esercizio dei poteri impeditivi da parte del soggetto garante, in ipotesi di reati omissivi.

Così si connota di maggiore complessità l'accertamento della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe; ma ciò è per larga parte attribuibile all'esiguo numero di spunti offerti dalla regolamentazione normativa civilistica, nonché alla rigidità degli istituti penalistici.

4. I termini dell'incidenza del diritto penale nella delega gestoria: considerazioni conclusive.

E' opportuno operare un preciso inquadramento dell'istituto della delega, e chiarirne gli effetti, rispetto alla responsabilità penale riferibile al titolare della posizione di garanzia.

Si è detto che nel nostro ordinamento giuridico, la discussione sull'istituto *de quo* ha avuto inizio presso la giurisprudenza, in relazione al tema della sicurezza sul lavoro, quando l'atteggiamento emergente da molte sentenze era abbastanza prudente rispetto alla possibilità di ricorrere alla delega, a causa del timore che l'individuazione di soggetti ulteriori rispetto all'imprenditore, sui quali far ricadere le responsabilità in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, avrebbe potuto creare dei "parafulmini" per proteggere chi stava al vertice. In questo modo si spiegava anche

³³⁹ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 169 – 170.

³⁴⁰ CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 15.

perché, tra le sporadiche ipotesi in cui si faceva ricorso alla delega, per lo più trattavasi di imprese di grandi dimensioni (³⁴¹).

Nel periodo successivo, tuttavia, l'attenzione in materia di delega iniziò a spostarsi sul reale contenuto del trasferimento di poteri che la delega comporta, allo scopo di verificare se l'istituto fosse solamente uno strumento elusivo della disciplina delle responsabilità, ovvero se rispondesse all'effettiva esigenza di trasferire poteri.

A fronte di questo interrogativo, due i filoni di pensiero sviluppatisi in dottrina.

V'era chi, partendo dalla premessa dell'indisponibilità del precetto penale, riteneva che se la norma penale contemplava una determinata qualifica, questa non avrebbe potuto essere trasferita in virtù di una manifestazione dell'autonomia privata; pertanto, ogniqualvolta il soggetto qualificato coinvolgeva altri in occasione della distribuzione di competenze nell'ambito dell'organizzazione, non provvedeva a trasferire anche la sua qualifica, ma semplicemente andava a mutare la modalità di adempimento dello stesso precetto (³⁴²). Secondo parte di questa dottrina, poi, il trasferimento avrebbe prodotto effetti solamente sul piano della colpevolezza, dato che il garante originario, affidando l'adempimento del compito al soggetto delegato, non risponde dell'eventuale violazione per mancanza dell'elemento soggettivo (³⁴³).

Reagiva a quest'orientamento un'impostazione di stampo "funzionalistico", che invece ammetteva che il trasferimento di funzioni portasse con sé anche il trasferimento della qualifica, incidendo esso sulla titolarità del precetto penale: sulla scorta di quest'interpretazione, il garante originario veniva spogliato di ogni obbligo e responsabilità, i quali transitavano in capo al soggetto destinatario della delega, anche per ciò che concerne gli effetti penali (³⁴⁴).

In realtà, gli orientamenti citati sorgevano e si sviluppavano in un contesto caratterizzato dall'assenza di dati normativi univoci; per questo si rende opportuna la

³⁴¹ Cass., 6 luglio 1993, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 698; Cass., 31 agosto 1993, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2006; Cass., 15 luglio 1994, in *Dir. prat. Lav.*, 1994, p. 2547; Cass., 23 aprile 1996, in *Foro it.*, 1997, II, c. 489, n. di La Spina; Cass., 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, II, c. 247, nota di Carbone.

³⁴² PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, op. cit., p. 232 ss; PULITANO', *Diritto penale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 492.

³⁴³ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., Milano, Franco Angeli, 1983; PULITANO', *Diritto penale*, op. cit., p. 492.

³⁴⁴ FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985.

trattazione cui si faceva cenno, cosicché essa tenga conto del mutamento del contesto.

Intanto, a proposito della diatriba dottrinale prima menzionata, sembra potersi affermare oggi, anche alla luce degli orientamenti sviluppatasi negli altri ordinamenti giuridici, che sia da condividere il primo filone: il trasferimento di poteri, cioè, non comporta né lo spostamento della qualifica di cui alla norma penale, né dei relativi obblighi.

Ne costituisce riprova l'insieme dei recenti interventi legislativi, in materia di sicurezza sul lavoro, ma anche in tema di poteri-doveri degli amministratori.

Ma sebbene grandi perplessità si siano sviluppate nell'ambito dei reati propri, in cui è tipizzato il soggetto attivo dell'illecito – che coincide con un soggetto dotato di una determinata qualifica o che riveste una determinata posizione – in realtà, non va esente da incertezze neppure il ricorso alla delega nei reati comuni, che possono essere posti in essere da <<chiunque>>, a maggior ragione se realizzati nello svolgimento dell'attività d'impresa.

In quest'ultimo caso, diventa sempre meno agevole, infatti, andare ad identificare il soggetto dell'organizzazione d'impresa cui la condotta illecita va ascritta.

Di norma, la funzione di organizzare i fattori della produzione nell'interesse dell'impresa – individuale o societaria che sia – e dei terzi che con essa instaurano dei rapporti, è affidata agli organi di vertice, ai quali vengono pure assegnati adeguati poteri ed autonomia di risorse.

Gli organi di vertice, a loro volta, attuano l'organizzazione d'impresa, servendosi di soggetti dotati delle necessarie professionalità proprie degli specifici settori cui le stesse vanno preposte: per citarne alcuni, la gestione delle risorse finanziarie, la gestione del personale, lo svolgimento dei servizi informatici, o la cura dei rapporti con i clienti, e così via.

In questo modo si semplifica l'individuazione, tra i vari centri decisionali autonomi cui le funzioni sono state delegate, del titolare della funzione coinvolta nella commissione dell'illecito.

Benché spesso si manifesti una certa riluttanza all'affidamento di poteri economici o finanziari ad organi delegati, è ormai matura la consapevolezza

dell'opportunità del decentramento organizzativo, non solamente per l'incapacità di un solo soggetto, o di pochi soggetti, di occuparsi di ogni funzione che si richiede di assolvere nella gestione societaria, ma anche perché la delega consente di impiegare meglio le risorse produttive disponibili, affidandone la gestione ai soggetti che si dimostrino maggiormente e più efficacemente in grado di assolverla.

A questo punto, il diritto penale interviene non per sindacare la scelta delle soluzioni da adottare per massimizzare i risultati della produzione; bensì per sindacare il rispetto, da parte dei soggetti titolari dei poteri di gestione, dell'impegno ad esercitare gli stessi – e dunque ad utilizzare le risorse produttive – in modo da tutelare gli interessi meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento penale.

Ovviamente, l'incidenza penalistica è strettamente congiunta al concetto di autonomia, nel senso che un decentramento di funzioni non può che rilevare penalmente ove effettuato in favore di soggetti dotati di autonomia: l'intero modo organizzato di gestire l'impresa, cioè, assume rilevanza nell'ordinamento penale solo nella misura in cui la dislocazione di poteri si concreti in nuclei autonomi. Non rilevarebbe certo un decentramento di poteri meramente esecutivo.

In relazione al tipo di autonomia, se totale o parziale, se illimitata o definita, varia l'ampiezza dei compiti delegati, ma soprattutto la capacità del delegato di farsi carico del rispetto degli interessi penalmente tutelati. E a sua volta ne consegue, pertanto, che il variare dell'ampiezza del controllo delle fonti di pericolo, per il singolo delegato, determina la correlativa variazione dell'ampiezza della responsabilità che in capo a costui può configurarsi ⁽³⁴⁵⁾.

Ed allora, letta in questa prospettiva, la delega non è altro che <<un modo di adempiere agli obblighi che l'ordinamento penale impone>> ⁽³⁴⁶⁾, soprattutto <<quegli obblighi che impongono di impiegare e controllare i fattori produttivi, in modo che essi non si traducano in fonti di pericolo per gli interessi che l'ordinamento penale intende proteggere>> ⁽³⁴⁷⁾.

E l'attività di controllo, dinanzi ad una gestione delegata e decentrata, non può esaurirsi al momento stesso del conferimento: viceversa, va esercitata in modo

³⁴⁵ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 188.

³⁴⁶ PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, vol. III.

³⁴⁷ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 189.

dinamico, continuo nel tempo e proteso a verificare l'adeguatezza degli assetti in divenire.

La creazione dell'organizzazione come modalità di adempimento dei compiti richiede all'amministratore delegante preposto al vertice che lo svolgimento dell'incarico avvenga nel rispetto della diligenza, il cui parametro varia con la modifica dei compiti da assolvere. Ma in capo allo stesso delegante resta, altresì, l'obbligo di mantenere e conservare detta organizzazione, quale conseguenza della intrasferibilità della titolarità originaria dei poteri: questo lo legittima ad apportare in ogni momento mutamenti all'organizzazione, anche revocando i delegati qualora opportuno, sempre in ottemperanza ad eventuali nuove esigenze di tutela dei valori propri dell'ordinamento penale.

4.1. La delega e il d. lgs. n. 231/2001.

Nel panorama delle novità legislative dell'inizio del nuovo secolo un posto di rilievo prioritario è stato occupato dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il quale, ponendosi al crocevia di disposizioni di diritto privato, penale ed amministrativo, ha introdotto la responsabilità dell'ente in conseguenza di alcune tipologie di reati commessi da persone fisiche all'ente stesso legate.

Non sono state certo di poco conto le questioni sollevate a tal riguardo, a partire dalla più elementare osservazione che il diritto penale, fino a quel momento, aveva conosciuto la contrapposizione dialettica tra due persone fisiche – l'aggressore e l'offeso –, tutt'al più nella variante della pluripersonalità di una delle due parti, ricorrente negli istituti tipici del concorso di persone e del reato associativo, ma non certo il coinvolgimento di una persona giuridica.

Una volta, poi, superato ogni dubbio sulla compatibilità della responsabilità penale con la persona giuridica a partire dalla stessa Carta Costituzionale, nella misura in cui all'art. 27 con il termine "responsabilità personale" allude all'esclusione di una responsabilità per fatto altrui, e non alla responsabilità della

persona fisica (³⁴⁸), ad attrarre l'attenzione sono state altre implicazioni della normativa di cui al decreto; tra le altre, quella – che rileva ai nostri fini – della sua relazione con la disciplina positiva delle società commerciali, per verificare in che modo potessero intrecciarsi istituti di interesse sociale con il reticolo dei protagonisti all'interno delle società.

Elaborato il decreto, più sulla forte spinta di prassi e normative internazionali (soprattutto della Gran Bretagna dove già da tempo si era affermato il principio dell'immedesimazione, seppur con tutti i suoi limiti – principio in virtù del quale, a fronte di un reato, la società si identificava con i funzionari di vertice che per essa avevano agito, parlato o pensato) che su sollecitudine del legislatore, esso aveva accantonato il brocardo latino “*societas delinquere non potest*”, ed aveva assunto come punto di partenza la scissione tra l'ente e l'impresa (³⁴⁹): l'impresa non è menzionata all'art. 1 del citato decreto, mentre l'ente cui la norma si riferisce, che può anche non possedere personalità giuridica, deve porsi <<in una situazione di alterità dialettica con la gestione dell'attività e le persone fisiche che la svolgono>> (³⁵⁰).

Si è iniziato a prendere atto, insomma, che il comportamento illecito realizzato all'interno di un'organizzazione imprenditoriale complessa trova origine quasi sempre nell'ente, e non solamente nella persona fisica che materialmente lo ha posto in essere agendo; la quale, peraltro, non in modo infrequente, si conforma alle regole, ma è poi impossibilitata a sottrarsi agli imperativi di adeguamento provenienti dall'ente medesimo (per la realizzazione di un suo proprio interesse o a suo proprio vantaggio), per non incorrere nell'emarginazione dalla struttura. Il profitto dell'attività criminosa (il c.d. *benefit* cui si riferisce la normativa anglosassone dei corrispondenti *compliance programs*, come requisito della responsabilità degli enti (³⁵¹)), del resto, resta sempre all'ente medesimo, anche se

³⁴⁸ TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel D. Lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Società*, 2001, p. 1305. In giurisprudenza, fin dalla seconda metà del secolo scorso, Corte Cost., 8 luglio 1957, n. 107; Corte Cost., 21 dicembre 1972, n. 190; Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 167.

³⁴⁹ Cass., 3 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, II, c. 22 e in *Cass. Pen.*, 2004, p. 4046, nota di Di Geronimo.

³⁵⁰ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 209.

³⁵¹ WELLS, *Corporation and criminal responsibility*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2001.

l'attore persona-fisica, può pure conseguire un vantaggio personale, in termini economici o di carriera.

L'illecito, insomma è imputabile all'ente in quanto costituisce il risultato della politica aziendale o di una colpa di organizzazione o di una colpa per inosservanza di obblighi di direzione e di vigilanza. Ed in ciò consiste la colpevolezza dell'ente, ovverosia nell'aver determinato o consentito il reato del singolo con la propria carente regolamentazione interna.

Ora, si è detto che il punto di partenza per l'attribuzione della responsabilità amministrativa alla società, è la commissione di uno dei reati dolosi di cui all'art. 24 del decreto, ad opera di <<soggetti in posizioni apicale>> – che nella struttura societaria corrispondono agli amministratori, ai direttori generali, o ai preposti a sedi secondarie – ovvero di <<soggetti sottoposti all'altrui direzione>>, che operano nell'ente in posizione anche non formalmente inquadrabile in un rapporto di lavoro dipendente, qualora abbiano violato gli obblighi imposti dalla direzione e dalla vigilanza dei soggetti in posizione apicale, e qualora abbiano, così, commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo.

Ma l'aspetto innovativo della disciplina consiste proprio nella previsione di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati, sulla scorta dei *compliance programs* che conosce la cultura giuridica americana, la cui preventiva creazione costituisce un onere – ma non un obbligo – che, se efficacemente assolto, è in grado di escludere la responsabilità dell'ente: è la legge che chiede, cioè, di predisporre dei modelli di regole procedurali interne, solidi e razionali, che, se attuati mediante la cooperazione dei soggetti collocati nell'organizzazione, lanciano il segnale che l'attività d'impresa può svolgersi efficacemente anche senza la commissione di reati da parte dei soggetti di vertice o di quelli sottoposti.

Tale previsione, nondimeno, deve fare i conti con la complessità della organizzazione societaria, nelle sue articolazioni orizzontali e verticali, e nella sua estensione ad aree di attività tra loro profondamente differenti, con esigenze di saperi e conoscenze altrettanto differenti. A ciò si accosta pure la pluralità di statuti e di protocolli, numerosi in rapporto ai diversi livelli dell'organizzazione medesima.

E' pertanto gravosa la prescrizione del legislatore di adottare un modello di organizzazione e gestione. Prescrizione che, nell'ambito del diritto societario, non

può che rivolgersi agli organi di vertice titolari di poteri originari, identificabili con il consiglio di amministrazione nel suo *plenum*, e che ha ad oggetto l'obbligo per costoro di creare una regolamentazione dell'intera vita della società, tenendo nella dovuta considerazione il concorso dei componenti delegati e l'esigenza di rispettare gli interessi di terzi.

Nella prassi sarà difficile, quasi impossibile, riuscire a prevenire o anticipare tutte le possibilità di reato, in considerazione della molteplicità delle figure criminose e degli interessi in gioco.

C'è di positivo, però, che il modello concepito in questi termini prende atto dell'esistenza della delega, e delle reti delegate, quale fondamentale e moderna modalità di organizzazione dell'impresa societaria. E l'organizzazione mediante delega, a sua volta, implica una regolamentazione delle attività in funzione prudenziale cosicché il suo contenuto operativo non possa essere scisso dall'impegno prevenzionistico (³⁵²).

E' per queste ragioni che l'ambito delle funzioni delegate si presta all'elaborazione di regole cautelari, ed accoglie al contempo la possibilità di esercitare un controllo sulla loro osservanza e sulla loro conformità nel tempo all'attività lavorativa svolta in concreto.

E in un modello articolato sulla delega, la responsabilità per una prudente organizzazione non può che imputarsi all'organo di vertice – così come nella recente legislazione inglese al *senior management* –, imperniandosi essa sull'inadeguatezza funzionale dell'organizzazione in confronto a ciò che sarebbe stato ragionevole attendersi per la tutela dei molteplici interessi esposti a pericoli dall'attività di impresa.

In presenza di un'organizzazione adeguatamente progettata ed attuata, sarebbe ragionevole invocare l'operatività del principio di affidamento, da intendersi nel senso che gli organi di vertice, responsabili della creazione del modello di cui si discute, debbano affidarsi ai delegati, maturando l'aspettativa che le direttive da essi impartite possano trovare opportuna attuazione nelle singole aree di attività a ciascuno di essi affidate.

³⁵² ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op cit., p. 225 – 226.

E' inevitabile, insomma, che alla fine la specificazione dell'attività di redazione del modello in regole più minuziose dovrà gravare sui soggetti nei cui confronti la delega opera un'attribuzione di poteri per governare quegli specifici settori che di volta in volta ospitano la realizzazione di una condotta illecita.

E' recentissima la sentenza della Corte di Cassazione che ha annullato una delle più importanti pronunce assolutorie di un ente, chiamato a rispondere dell'illecito amministrativo dipendente dai reati di cui agli artt. 25-*ter*, lett. a) ed r), 5, e 44, d. lgs. 231/2001 (³⁵³).

L'accusa formulata nei confronti della società si imperniava sul vantaggio che l'ente aveva tratto dalla condotta di aggioaggio posta in essere dal presidente del consiglio di amministrazione e dall'amministratore delegato, per non aver predisposto ed attivato un modello organizzativo idoneo a prevenire i suddetti reati.

I giudici di prime cure, così come la Corte d'appello, avevano sostenuto l'adeguatezza del modello organizzativo, e l'imputabilità dell'elusione fraudolenta in via esclusiva ai due soggetti posti in posizione apicale: a fronte della previsione di un complesso *iter* formativo delle comunicazioni rivolte al mercato – che prevedeva la predisposizione della prima bozza ad opera della funzione aziendale, il coinvolgimento dell'ufficio relazioni esterne, ed infine l'approvazione da parte delle più alte figure aziendali, appunto il presidente del c.d.a. e l'amministratore delegato – la frode consumatasi, e concretatasi nella manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società, secondo i giudici, è stata messa in atto dai due apicali nei confronti degli altri attori coinvolti nell'*iter* di formazione dei comunicati, ossia di quelli che avevano correttamente elaborato la bozza, poi manipolata dal presidente del c.d.a. e dall'a.d.

Di contro, la Suprema Corte, dopo aver chiarito che l'aggioaggio è un "delitto di comunicazione", e che pertanto è proprio sul versante comunicativo che va valutata l'efficacia del modello organizzativo e del relativo controllo, ha accolto il ricorso e rinviato ad altra sentenza della corte d'appello, chiarendo la necessità che dovesse essere effettuata una successiva verifica anche della versione definitiva del comunicato destinato alla diffusione, da parte dell'organo preposto al controllo del modello di organizzazione.

³⁵³ Cass. Pen., 30 gennaio 2014, n. 4677.

Viceversa, il controllo rischierebbe di risultare meramente “cartolare”, non effettivo, dunque non idoneo ad assolvere il ruolo di scusante.

PARTE TERZA
LA DELEGA DI POTERI NEL SISTEMA SOCIETARIO
ANGLOSASSONE

CAPITOLO PRIMO

CENNI GENERALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina della delega nel *Companies Act 2006* e nei “*Model Articles 2008*”. – 3. L’evoluzione della disciplina nel sistema anglosassone di *governance* societaria: dalla “*Table A*” ai “*Model Articles*”. – 4. Distribuzione di ruoli e poteri tra esecutivi e non-esecutivi in consiglio di amministrazione.

1. Premessa.

Globale, massiccia ed incisiva: è così possibile definire l’azione riformatrice intrapresa dal Parlamento Britannico, culminata nell’approvazione del “*Companies Act 2006*”, relativamente ad un sistema societario quasi esclusivamente composto, sino a quel momento, da *Private Limited Companies (Ltd)* con capitale sociale versato di 100 GBP o meno, e soltanto in minima percentuale da *Public Limited Companies (Plc)*.

La presenza di una situazione tale per cui la forma *Ltd* – società commerciale di capitale inglese per molti versi assimilabile alla società a responsabilità limitata del sistema societario italiano – era adottata dal 96% delle società britanniche, a fronte di *PLCs* (società per azioni inglesi) nella ridotta misura dello 0,4%, accostata alla necessità di sollecitare l’intervento e l’iniziativa degli azionisti, di semplificare la

gestione delle società commerciali, nondimeno di accentuare la flessibilità del sistema, hanno fatto da stimolo a quell'iniziativa parlamentare sfociata nell'entrata in vigore, in varie tappe, del corpo legislativo più lungo mai approvato nella storia del Parlamento Britannico, con la sua ripartizione in 1300 sezioni e 16 allegati.

Foriero di grandi cambiamenti e novità sotto tantissimi profili del diritto societario del Regno Unito, il Codice del *Companies Act 2006* ha avuto certamente il pregio di codificare alcuni principi di *common law* (in particolare, relativi ai doveri degli amministratori (*directors' duties*), di dare esecuzione alle direttive dell'Unione Europea in materia di obblighi di trasparenza, di introdurre ulteriori nuove previsioni legislative vevoli per le compagnie sia private che pubbliche. Ha confermato per certi versi, ma emendato per altri, quasi l'intero previgente "*Companies Act 1985*" a vari livelli.

Tuttavia, come per tutte le innovazioni di simile portata, ai profili positivamente significativi se ne sono affiancati ulteriori, di opposta natura; sebbene la necessità di una globale revisione del diritto societario avesse strappato al Parlamento una promessa di riforma, una volta poi attuata nel *Companies Act 2006*, questa si è rivelata eccessivamente dettagliata – per la pretesa di esaustività, dettata dall'intento di coprire tutte le questioni, anche quelle varie ed eventuali –, nonché parzialmente confusionaria, con la conseguenza di aver reso più difficoltosa l'attività per le società di piccole dimensioni.

Si rende pregiudizialmente opportuna qualche specificazione in merito ad atti e documenti propri della struttura societaria anglosassone, cui di seguito si farà rinvio, essendone la comprensione preliminare ai fini della disciplina in oggetto.

In epoca precedente l'entrata in vigore del nuovo impianto codicistico, il procedimento di costituzione delle società inglesi ruotava attorno a due fondamentali documenti costitutivi: il *memorandum of association*, ossia l'atto costitutivo, e gli *articles of association*, lo statuto sociale. Questi ultimi si rinvenivano in un prototipo chiamato *Table A*, un modello di articoli per le società a responsabilità limitata, oggi applicabile in via residuale alle sole iscrittesi alla *Companies House* (corrispondente all'italiano Registro delle Imprese) anteriormente al 1 Ottobre 2009.

Il nuovo *Companies Act* ha provveduto, tuttavia, a riformare, tra le altre, anche la disciplina sulla costituzione della società, nella Parte terza; e pertanto, abolito il tradizionale *memorandum of association*, ha disposto il trasferimento di tutte le previsioni in esso contenute esclusivamente nello statuto societario, *articles of association*.

Divenuto, pertanto, il principale documento costitutivo di ogni società, è questo l'unico atto nel quale è possibile rinvenire ogni disposizione relativa al funzionamento della società, nonché ogni regola relativa alla gestione della stessa, nelle sue varie articolazioni. Il nuovo prototipo in cui le norme dello statuto sono contenute va sotto il nome di "*Model Articles*", che è stato elaborato ed approvato, in sostituzione della *Table A*, nel 2008, per le sole società registrate a partire dal 1 Ottobre 2009.

Ogni società è tenuta a predisporre uno proprio statuto, in relazione alle proprie esigenze organizzative e funzionali; se, tuttavia, nessuno statuto è stato redatto, sono applicabili di *default*, alle società sia pubbliche che private, tutte le disposizioni dei "*Model Articles*", a meno che specifiche circostanze ne rendano l'applicazione incompatibile.

2. La disciplina della delega nel *Companies Act 2006* e nei "*Model Articles 2008*".

Pur nella sua pretesa di esaustività, il *Companies Act 2006* ha mantenuto pressoché il silenzio sul tema "poteri del consiglio di amministrazione" nel contesto societario, ed, analogamente, su quello correlato dei poteri delegabili ad amministratori o comitati esecutivi.

Una regolamentazione in materia, seppur parziale ed essenziale, può essere però rinvenuta all'interno dei *Model Articles*, Parte seconda – dedicata ai poteri ed alle responsabilità degli amministratori – ove trova collocazione la disciplina statutaria sulla delega di poteri, agli artt. 5 e 6, rubricati rispettivamente "*Directors may delegate*" e "*Committees*".

La normativa *ex art. 5* autorizza gli amministratori (*directors*) a delegare ogni potere loro spettante *ex lege* ad ogni altro soggetto od organo collegiale (comitato esecutivo) che sia ritenuto maggiormente adeguato, con la possibilità di decidere discrezionalmente i mezzi di conferimento della delega, l'estensione, le aree e le tematiche che ne formano oggetto, nonché i termini e le condizioni. Ove anche gli amministratori abbiano disposto in tal senso, il conferimento di una delega ad amministratori delegati non ne preclude un ulteriore, legittimando espressamente eventuali sub-deleghe.

All'ultimo comma, poi, la norma da legittimazione al potere dell'amministratore delegante di revocare la delega, interamente o in parte, quando essa comporta un'alterazione delle condizioni in base alle quali era stata rilasciata o, più radicalmente, di sostituire l'amministratore (³⁵⁴).

La successiva disposizione, ammettendo la creazione di organi collegiali ai quali poteri e funzioni gestorie possono essere delegati, prescrive il rispetto e l'osservanza, da parte loro, delle stesse procedure che disciplinano l'assunzione delle decisioni degli amministratori in consiglio, per quanto applicabili, rinvenibili nei *Model Articles*, artt. 7-19, Parte seconda. Gli amministratori deleganti, tuttavia, possono anche provvedere alla fissazione di regole procedurali a cui i comitati dovranno strettamente attenersi, regole alle quali verrà riconosciuta applicazione prioritaria rispetto alle disposizioni degli *articles*, in caso di difformità (³⁵⁵).

³⁵⁴ Testualmente recita l'art. 5, *Companies (Model Articles) Regulations 2008, Part 2*: "(1) Subject to the articles, the directors may delegate any of the powers which are conferred on them under the articles – (a) to such person or committee; (b) by such means (including by power of attorney); (c) to such an extent; (d) in relation to such matters or territories; and (e) on such terms and conditions; as they think fit. (2) If the directors so specify, any such delegation may authorise further delegation of the directors' powers by any person to whom they are delegated. (3) The directors may revoke any delegation in whole or part, or alter its terms and conditions".

³⁵⁵ Testualmente recita l'art. 6, *Companies (Model Articles) Regulations 2008, Part 2*: (1) Committees to which the directors delegate any of their powers must follow procedures which are based as far as they are applicable on those provisions of the articles which govern the taking of decisions by directors. (2) The directors may make rules of procedure for all or any committees, which prevail over rules derived from the articles if they are not consistent with them.

3. *L'evoluzione della disciplina nel sistema anglosassone di governance societaria: dalla "Table A" ai "Model Articles"*.

Risultano peculiari, nel contesto societario anglosassone, le dinamiche e le relazioni intercorrenti tra la figura degli azionisti (*shareholders*) e quella degli amministratori (*directors*).

In termini semplicistici, i primi sono definiti i membri (*members*) della società e di essa posseggono le azioni, mentre gli amministratori si occupano della gestione societaria sulla scorta di un programma su base giornaliera (*day-to-day running of the company*) che si realizza mediante l'accesso alle informazioni relative agli affari di volta in volta trattati, ma sono chiamati, altresì, ad esercitare un'opera di controllo e monitoraggio, anche sulle attività dell'assemblea degli azionisti.

Sebbene non espressamente contemplata in alcuna disposizione codicistica, insomma, tale ultima menzionata duplicità di funzioni è indice di quella diarchia che, tra gli amministratori, ha assunto sempre maggiore rilievo pratico nel tempo, e che consiste nella distinzione tra gli "esecutivi" ed "i non esecutivi": i primi tenuti a ricoprire incarichi e ruoli propriamente esecutivi ed operativi in ambito societario, mentre i secondi ad adempiere regolarmente ai loro doveri di vigilanza nei confronti della società, presenziando sempre alle riunioni del consiglio di amministrazione.

I tratti di specialità in relazione al riferito rapporto corrente tra azionisti ed amministratori risultano a volte connotarsi di ambiguità, soprattutto nelle società non quotate.

Quando a costituire la società sono solamente due o tre soggetti, essi, decidendo di amministrarla da sé, tendono a reputarsi "*partners*" in affari, ed a vedersi, ciascuno, nel duplice ruolo di azionista e di amministratore.

Non potrebbe essere sollevata alcuna obiezione, se non fosse che il diritto societario del Regno Unito impone che certe decisioni siano assunte dagli azionisti nell'assemblea generale, mentre certe altre dagli amministratori in consiglio di amministrazione.

E se non fosse che particolari delibere, quali, ad esempio, quelle relative alle transazioni societarie in cui gli amministratori abbiano un interesse personale o

quelle relative all'emissione di azioni, possono essere assunte dagli amministratori soltanto dopo aver ottenuto il consenso degli azionisti: se gli amministratori non dovessero ottenere l'approvazione da parte dell'assemblea generale, certamente richiesta come necessaria, l'adottare egualmente le relative delibere sarebbe fonte di imputazione di responsabilità in capo agli stessi.

Pertanto, da un lato gli amministratori sono soggetti al generale dovere fiduciario di agire nell'interesse della società (“*duty to act in the company's best interests*”), conservando una certa autonomia decisionale nella gran parte delle materie, al contempo con l'impegno di rendere conto agli azionisti della gestione societaria da essi condotta attraverso dei resoconti annuali; dall'altro si può ritenere che gli azionisti detengano la fonte di potere ultima, disponendo della facoltà di rimuovere gli amministratori dall'ufficio mediante decisione ordinaria (³⁵⁶).

Premessi tali cenni, si rileva quindi che nel sistema di distribuzione del potere delle società del Regno Unito, analogamente a quello italiano, il depositario centrale del potere decisionale è pur sempre il consiglio di amministrazione nella sua unitarietà, il quale, ad ogni modo, ha il dovere di agire nel rigoroso rispetto degli interessi societari.

Stando così le cose, è come se operasse una delega a due livelli.

Da un canto, se l'autorità originaria per poter agire per conto della società è posta sul corpo degli azionisti che operano nell'assemblea generale, gli azionisti stessi possono liberamente decidere di delegare questo potere al consiglio, benché assoggettandolo a riserve costitutive e statutarie. Ed in tal caso, l'autorità degli amministratori deriverebbe da una concessione di delega da parte degli azionisti, che troverebbe la sua fonte nello statuto sociale.

Dall'altro, si è già visto, nulla preclude la facoltà del consiglio di amministrazione di delegare, a sua volta, alcuno dei suoi poteri ad amministratori delegati o a comitati esecutivi.

Con la creazione dei *Model Articles*, qualcosa in questo quadro è venuta a cambiare.

³⁵⁶ Companies Act 2006, section 168.

Si è significativamente espansa, con il *Companies Act 2006*, l'area dei destinatari della delega oltre le sole figure di amministratori – *directors, managing director* o *any director holding any other executive office* – che venivano menzionate all'art. 72, *Table A*, includendovi adesso, altresì “ogni persona che il consiglio ritiene opportuna” (*any person [the board] thinks fit*).

Il mutamento ha offerto una risposta all'esigenza di superare il limite intrinseco di cui al previgente cit. art. 72, *Table A*, che individuava il destinatario della delega nelle sole figure amministrative che erano già membri necessari del consiglio di amministrazione e che partecipavano alle riunioni del medesimo, svolgendo gli incarichi assegnati *ex lege*, e che pertanto, avrebbero corso il rischio di esercitare i poteri delegati in parallelo con, o in sostituzione de, i poteri appunto propri del consiglio di amministrazione.

In tal modo, cioè, si rischiava di far coincidere la persona del delegante con quella del delegato, mettendo in discussione l'essenza stessa della nozione di delega di autorità: l'idea, cioè, che il “delegante” deleghi i suoi poteri ad un “delegato”, come soggetto distinto dal primo, e poi ne monitori l'esercizio del potere, o lo ritiri quando lo ritenga male esercitato.

I limiti dell'impostazione precedente la riforma del 2006 derivavano dall'assenza di consapevolezza per ciò che concerne il ruolo degli amministratori non esecutivi, che dava luogo ad ambiguità che neppure dottrina e giurisprudenza riuscivano a risolvere, nel senso di chiarire i rapporti intercorrenti tra consiglio ed organi delegati.

E' possibile constatare, infatti, che la previgente normativa, se da un lato consentiva di affidare l'esercizio dell'intera gestione sociale ai delegati, dall'altro non escludeva che il *board of directors* continuasse a disporre del potere-dovere di esercitare le funzioni delegate, mantenendo così inalterate le proprie prerogative gestorie. Era chiaro che, cioè, lungi dall'adottare un modello di amministrazione delegata fondato su una chiara ripartizione tra le funzioni assegnate agli amministratori deleganti e delegati, alla fine tutti i componenti dell'organo gestorio – quindi anche quelli sprovvisti di poteri delegati – erano tenuti a partecipare alla gestione dell'attività d'impresa, con la conseguente probabilità di insuccessi o scarsità di esiti nei contesti societari dalle maggiori dimensioni.

L'inadeguatezza di quest'impianto, ancora, avrebbe finito con l'essere percepita anche sul versante delle responsabilità degli amministratori, poiché, non essendo chiari i modi di adempimento degli incarichi di ciascuno, anche i non esecutivi sarebbero stati esposti al rischio di rispondere indiscriminatamente con i delegati del loro operato.

Orbene, in concomitanza alla tendenza che pian piano si manifestava nella riflessione internazionale sul governo societario, consistente nella necessità di operare un rafforzamento del sistema dei controlli in seno all'organo amministrativo, si è accolta l'idea di dover elaborare delle regole che rendessero più penetrante ed incisivo il ruolo di coloro i quali, pur chiamati allo svolgimento di funzioni di amministrazione, non risultassero effettivi titolari delle funzioni gestorie.

Ed allora, la possibilità per il *board* di delegare le funzioni sue proprie a chiunque sia in grado di adempierle più efficacemente e professionalmente, per poi monitorarne l'esercizio (³⁵⁷), si è posta in perfetta coerenza con la sempre più moderna e manifesta tendenza del sistema societario britannico di mettere maggiormente in rilievo la delega come strumento di distinzione della funzione di monitoraggio e controllo del consiglio collegialmente inteso, rispetto a quella di gestione.

E parallelamente si è intrapresa, la strada della valorizzazione del ruolo degli amministratori non esecutivi nella duplice veste di *non executive directors* e di *outside directors*, e del rafforzamento della loro posizione mediante regole volte a garantire l'indipendenza – trattasi delle regole contenute per lo più nell'ambito dei cc.dd. codici di buona condotta (³⁵⁸) –, nella convinzione, comune ai contesti giuridici internazionali, che la presenza in consiglio di soggetti esterni alla gestione potesse risultare essenziale al fine di garantire l'effettivo controllo sull'operato di quanti direttamente investiti di compiti gestori (³⁵⁹).

Non sarebbe insensato guardare con un po' di diffidenza l'enfasi che spesso viene posta alla rilevanza di tali cambiamenti. Non senza trascurare, ad ogni modo,

³⁵⁷ KERSHAW, *Company Law in context: texts and materials*, Oxford University Press, 2012, Chap 7.

³⁵⁸ OECD *Principles of Corporate Governance*, Sect. VI.E.1.

³⁵⁹ CHEFFINS., *Tendenze attuali di corporate governance: da Londra a Milano via Toronto*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 161.

che non si tratta, nel sistema societario britannico, di regole obbligatorie, ma di un sistema di *default (model default articles)*.

Ciò perché, varie volte le imprese societarie, specie di maggiori dimensioni, nella prassi hanno manifestato di voler adeguarsi alla moderna tendenza evolutiva in ordine al funzionamento e all'articolazione del consiglio di amministrazione, e si sono aperti al conferimento della delega nei confronti di “*qualunque persona*”, ma di fatto, poi, alcuna modifica hanno apportato alle disposizioni dei rispettivi statuti, che sono rimasti quindi ancorati all'idea previgente che “gli affari siano gestiti solo da amministratori (*directors*)”⁽³⁶⁰⁾: è emblematico in tal senso il caso della *Ltd Vodafone*.

D'altra parte sono pochi gli spunti per poter approfondire tali questioni sulla base del dato legislativo, poiché, al di là della consacrazione del potere di delega, e dell'attribuzione della facoltà di revocarla, i *Model Articles* null'altro aggiungono.

Osservando nuovamente, a titolo esemplificativo, lo statuto societario della cit. *Ltd Vodafone*, gli artt. 82 e ss. si limitano a disporre semplicemente che <<è in potere agli amministratori nominare i “*directors*” da destinare al ruolo esecutivo che essi decidono, stabilendo termini e condizioni della nomina. E' altresì in potere agli amministratori delegare loro alcuni dei poteri conferitigli, potendo ancora una volta decidere termini e condizioni dell'esercizio della delega, ovverosia che i relativi poteri siano esercitati in parallelo con, o in sostituzione de, i poteri del consiglio di amministrazione>>⁽³⁶¹⁾.

Peraltro, seppur si evince che responsabilità e poteri delegati ad un'amministrazione esecutiva costituiscono esclusivo oggetto di giudizio e di discrezionalità del consiglio (*board of directors' discretion*), alcunché è disposto o specificato sulle fonti delle responsabilità di chi è stato nominato ad una specifica funzione esecutiva come quella di direttore generale o di amministratore delegato (*chief executive officer* o *managing director*).

³⁶⁰ “*The company's business will be managed by the directors*”, art. 107.1.

³⁶¹ Asof11October2011(http://www.vodafone.com/content/dam/vodafone/investors/corporate_governance/vgplc_articles_2010_agm.pdf).

4. *Distribuzione di ruoli e poteri tra esecutivi e non-esecutivi in consiglio di amministrazione.*

Alla luce delle svolte considerazioni, alcun dubbio emerge sul fatto che il principale attore della *governance* societaria nel sistema britannico sia il consiglio di amministrazione – non solamente perché al centro delle legislazioni societarie di molti altri ordinamenti giuridici, ma anche perché oggetto privilegiato di attenzione di una vasta letteratura giuridica, economica e, più di recente, persino di altri campi, quali quello contabile, gestionale, sociologico, ecc.

Trattasi, del resto, dell'organo chiamato a <<stabilire gli obiettivi strategici della società, assicurare la presenza delle necessarie risorse finanziarie ed umane per consentirle il raggiungimento degli scopi, e verificare i risultati della gestione; [...] a stabilire i valori e gli *standard* della società, e garantire che i suoi obblighi nei confronti degli azionisti e di tutti gli altri siano soddisfatti>> (³⁶²).

Tuttavia, come in precedenza accennato, non tutti gli amministratori in seno al consiglio, indistintamente, si occupano propriamente della gestione delle società, a dispetto di quanto spesso disposto dagli statuti societari.

Si è già accennato al fatto che la prassi societaria britannica è stata una delle prime ad aprirsi all'individuazione di una bipartizione intrinseca al consiglio, identificando e differenziando i componenti al suo interno.

E il sistema è oramai orientato al recepimento del modello organizzativo fondato sulla separazione delle funzioni di gestione, che vengono riservate al *management*, rispetto a quelle di controllo, spettanti al *board*.

Alla valorizzazione delle funzioni di direzione strategica e di controllo del *board of directors*, viene a corrispondere una riduzione delle prerogative più strettamente operative spettanti a tale organo, le quali, con sempre maggiore frequenza, transitano ai vertici della struttura manageriale (*officers*) o a membri esecutivi dello stesso *board*.

Nel funzionamento dell'amministrazione societaria, dunque, i *non executive directors* provvedono a delegare i loro poteri gestionali a degli esecutivi a tempo

³⁶² GOWER and DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell 2008, p. 365.

pieno (*full-time executives*), ad alcuni dei quali soltanto è consentito sedere al consiglio; nondimeno, assumono le principali decisioni in chiave politica ed sovrintendono alle operazioni della società su base giornaliera.

Il grado di coinvolgimento degli amministratori nei contesti societari varia considerevolmente, dal momento che gli amministratori esecutivi gestiscono in concreto le operazioni societarie quotidiane, e posseggono un livello di conoscenze inerenti gli affari interni che la società ha a trattare di gran lunga superiore a quello dei componenti non-esecutivi; tra i cui compiti, invece, quello di assumere una visione globale del funzionamento della società, di prestare l'esperienza personale nei processi decisionali sulla politica societaria, nonché di “suonare il campanello d'allarme” a fronte di ogni tipo di sospetto sull'andamento della gestione societaria (³⁶³).

Insomma, nonostante il persistente silenzio della legislazione societaria del Regno Unito, e nonostante struttura, funzionamento e modalità di adempimento delle prestazioni siano suscettibili di variazioni da società a società, è lecito ritenere che ovunque il consiglio abbia il compito di monitorare e sovrintendere alle prestazioni del *team* gestionale.

Il processo di monitoraggio, a sua volta, implica tutta una serie di valutazioni, aventi ad oggetto la circostanza che il *team* dia mostra di adeguate capacità imprenditoriali, che agisca in conformità alle normative, che utilizzi affidabili meccanismi di controllo finanziario, che adotti misure appropriate per assicurare che tutto funzioni correttamente rispetto al livello dell'operazione, che non agisca in modo egocentrico o immorale.

Poi, in un siffatto apparato, in capo agli amministratori in consiglio, che fungono idealmente da “sistema di allarme”, è posto, altresì, il dovere di rilevare e risolvere i problemi che di volta in volta si materializzano, facendo pressioni sul *team* gestionale in carica per intraprendere dei cambiamenti di strategia, di approccio, di condotta. E logicamente, dovrebbero procedere alle valutazioni del caso, nel modo più imparziale e distaccato possibile.

Certamente se fossero alcuni amministrativi non esecutivi ad essere rivestiti del ruolo di esecutivi a tempo pieno, dunque di membri del *team* gestionale,

³⁶³ DINE J. and KOUTSIAS M., *Company law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009.

sarebbero i soggetti meno adatti all'espletamento di un simile incarico, soprattutto per il fatto che sarebbero proprio le loro condotte a dover essere valutate e rivalutate.

Mentre è realistico che i non esecutivi restino ad assolvere efficacemente i predetti incarichi di vigilanza e monitoraggio, agendo in modo imparziale, con la dovuta oggettività, non avendo ulteriori doveri da rispettare di carattere tipicamente gestionale. La loro indipendenza di giudizio dovrà, insomma, dipendere dal fatto di non aver mai avuto con la società alcun legame diverso dal "posto" in consiglio di amministrazione (³⁶⁴).

Per di più, per ciò che concerne gli amministratori non esecutivi, trattandosi spesso di soggetti che hanno già ricoperto incarichi di dirigenti esecutivi in altre imprese o società, dovrebbero possedere maggiori capacità e professionalità per introdurre una più ampia e nuova prospettiva di assunzione di deliberazioni in merito a questioni strategiche ed operative. Dovrebbero essere in grado di agevolare, incoraggiare e promuovere il successo della società, aiutandola ad evitare errori ed a ristrutturare quei programmi che, seppur colmi di difetti, abbiano, tuttavia, ottime prospettive di crescita. Ed ultimo, ma non meno importante, dovrebbero esser sempre pronti ad offrire agli esecutivi a tempo pieno consulenze e pareri su questioni di politica e strategia societaria (³⁶⁵).

Nonostante, quindi, gli amministratori in consiglio non si occupino della gestione operativa della società, giocano ugualmente un importante ruolo nell'assistere l'esecuzione della politica societaria e nel monitorare gli esecutivi in modo tale da tutelare anche gli interessi degli azionisti.

Questa è la teoria.

In realtà, fino alla fine degli anni '90, gli scarsi risultati prodotti dall'economia degli ultimi decenni del Regno Unito erano, a parer di molti, possibilmente e parzialmente attribuibili alle carenze in seno al consiglio di amministrazione: secondo alcuni, in particolare, il problema era riconducibile ad amministratori incapaci di monitorare gli esecutivi con sufficiente rigore, o a

³⁶⁴ CHEFFINS B.R., *Company Law: theory, structure and operation*, Oxford, Clarendon Press, 1997, Chap. 13.

³⁶⁵ DINE J. and KOUTSIAS M., *Company law*, op. cit., 2009.

consiglieri troppo restii ad approvare misure volte a correggere i fallimenti della gestione.

E se un amministratore non è più in grado di gestire gli aspetti organizzativi connessi alla guida di una società, né di intraprendere azioni correttive, la società lotta, sprofonda e spesso sparisce del tutto.

E peraltro, poiché l'economia di una nazione dipende in buona misura dall'avanzamento e dall'efficienza delle sue imprese societarie, inevitabilmente la *performance* economica complessiva del Regno Unito ne ha risentito (³⁶⁶).

Queste sono le considerazioni che hanno ispirato la riforma, nel senso di un approccio diverso, più radicale, che sicuramente sotto il previgente *Companies Act 1985* non era possibile riscontrare, e che ha provato a trovare concretezza, a prescindere dagli esiti, nel *CA 2006*, frutto del difficile lavoro di ricerca di uno *standard* di condotta, valevole per tutti i tipi di amministratori, indipendentemente dal loro grado di coinvolgimento nell'azienda.

³⁶⁶ CHEFFINS B.R., *Company Law: theory, structure and operation*, Oxford, Clarendon Press, 1997, Chap. 13.

CAPITOLO SECONDO
TRATTI DI SPECIALITA' NEL RAPPORTO TRA DELEGANTI E
DELEGATI

Sezione Prima

SOMMARIO: 1. Presupposti della gestione delegata ed assetto del consiglio di amministrazione.

1. Presupposti della gestione delegata ed assetto del consiglio di amministrazione.

La gestione delegata è un attributo di quasi tutte le imprese di grandi, medie o anche piccole dimensioni, per la sua capacità di realizzare una decentralizzazione dell'apparato societario ai fini del migliore coordinamento delle attività produttive.

Quando la delega ha ad oggetto il conferimento del potere decisionale nei confronti di specifici individui, è necessario rendere edotti i terzi che entrano in contatto con la società su chi nell'impresa ha l'effettiva autorità di stipulare accordi per essa vincolanti.

Nel sistema societario anglosassone, a volte appaiono poco delineati i tratti sulla questione della titolarità dell'autorità – chi ne dispone ed a chi è stata delegata –

nell'ambito di una società all'interno della quale non risulta agevole distinguere gli azionisti "proprietari" rispetto a chi la gestisce, come nel caso di una grande società in nome collettivo in cui non si riesce a raggiungere un accordo sull'assegnazione delle relative autorità, né di conseguenza a rendere chiara tale assegnazione ai terzi. Si è ipotizzata *supra*, a tal proposito, la circostanza che la società venga costituita da alcuni soci, che, provvedendo di fatto anche allo svolgimento di funzioni amministrative, si reputano *partners* in affari, quindi azionisti ed amministratori nello stesso tempo.

E tuttavia, è proprio in base alle diverse modalità di assegnazione delle funzioni e di esercizio della delega del potere gestionale, del potere decisionale e di vigilanza, che prendono vita le diverse forme organizzative.

Ad esempio, la società in accomandita di *common law* o il *trust* (tipico istituto del sistema giuridico anglosassone) investono di diritti di pieno controllo rispettivamente il socio accomandatario o l'amministratore fiduciario (*trustee*), i quali, tra l'altro, non possono essere rimossi dall'incarico senza giusta causa.

Mentre, di contro, la differenza delle società per azioni rispetto alle altre forme associative è da ricondurre alla loro peculiare struttura di *governance* societaria, in cui l'autorità di assumere tutte le decisioni fondamentali inerenti l'amministrazione degli affari sociali è rimessa nelle mani di un consiglio di amministrazione, eletto esclusivamente o principalmente dagli azionisti, e che presenti almeno quattro caratteri basilari, la cui sussistenza risulta imprescindibile ai fini di una corretta gestione delegata (³⁶⁷).

Ciò non vuol dire che enti giuridici, come la società in nome collettivo, il *business trust*, o le società a responsabilità limitata (*Ltd*), non possano dotarsi di un consiglio di amministrazione simile a quello di una società per azioni tipica; tanto è vero che spesso ne sono provviste. Ma dette forme societarie, a differenza della s.p.a., non presuppongono un consiglio di amministrazione analogo a quello disciplinato *ex lege*.

³⁶⁷ HANSMANN H. and KRAAKMAN R., *What is Corporate Law?*, 25.2.2004, in *Social Science Research Network (SSRN)*.

Per ciò che concerne i predetti requisiti, la gestione delegata di una società per azioni nel contesto del sistema societario britannico, deve, *in primis*, manifestarsi nella formale separazione del consiglio di amministrazione rispetto ai *managers* che si occupano della gestione della società azionaria.

La natura di questa separazione varia a seconda che il consiglio di amministrazione sia inserito in una struttura monistica (*single-tier board*), ovvero in un contesto dualistico (*two-tier board*), dove i *managers* assunti dall'impresa per lo svolgimento delle funzioni di gestione sono generalmente assenti dal consiglio di sorveglianza, da esso indipendente. Di contro, nella struttura monistica, possono persino essere membri del consiglio di amministrazione stesso.

Indipendentemente dall'effettiva allocazione del potere tra gli amministratori ed i *managers* di una società, chiamati alla guida della stessa a livello esecutivo in base ad un programma giornaliero, la distinzione giuridica tra gli stessi serve a suddividere formalmente tutte le decisioni societarie che non richiedono l'approvazione degli azionisti, in – da un lato – quelle che richiedono ugualmente un'autorizzazione, ma stavolta del consiglio di amministrazione, e – dall'altro – quelle che invece possono essere liberamente e direttamente assunte dai *managers* in base all'autorità delegatagli.

Ed a tale formale distinzione, peraltro, corrisponde la scissione funzionale tra, da una parte, l'assunzione e l'esecuzione delle decisioni inerenti il *business* commerciale delle società, i quali rientrano nella sfera delle competenze proprie dei *managers*; dall'altra, invece, l'esercizio di attività di monitoraggio e di ratifica delle decisioni, di competenza propria del consiglio di amministrazione.

Tale ultima scissione risponde, in realtà, alla fondamentale esigenza di garantire un'efficiente verifica sulla qualità delle decisioni assunte dai *managers* (³⁶⁸). Ma assolve altresì alla funzione chiave – prima menzionata – di consentire ai terzi di fare affidamento su un'istituzione ben definita ogniqualvolta questa si impegna formalmente in rapporti esterni.

Il secondo carattere è la formale distinzione dei membri del consiglio di amministrazione rispetto agli azionisti della società. Come prima accennato, essa

³⁶⁸ Si veda, FAMA E. and JENSEN M., *Agency Problems and Residual Claims*, 26 *Journal Of Law And Economics* 327 (1938).

rappresenta il primo livello nel quale si assiste alla delega del processo decisionale, da parte dei “proprietari” della società verso chi è chiamato ad amministrarla.

Per ciò che riguarda l’obiettivo che tale dissociazione mira a perseguire, non solamente economizza i costi del processo di assunzione delle decisioni, poiché consente di evitare che gli azionisti siano di volta in volta informati, e diano il loro assenso alle singole delibere sociali di una certa importanza.

Ma la sussistenza di un consiglio separatamente costituito consentirebbe, anche, una verifica su eventuali comportamenti opportunistici degli azionisti di controllo – sia nei confronti dei loro colleghi, sia nei confronti di terze parti che abbiano a trattare con l’impresa, come i creditori o altri dipendenti – che intendono avvalersi di un comodo bersaglio per la responsabilità personale delle decisioni assunte dall’impresa.

Altresì, la presenza di un consiglio di amministrazione societario potrebbe prestarsi a costituire, per gli azionisti di minoranza, o per i dipendenti e creditori, uno strumento idoneo per ottenere un accesso credibile all’informazione o una diretta partecipazione all’assunzione delle decisioni.

Ulteriore requisito richiesto, che il consiglio di amministrazione di una società sia eletto – almeno in una sua parte considerevole – dagli azionisti.

E’ ovvia l’utilità di questo approccio, consistente nella garanzia che il consiglio resti sensibile agli interessi dei “proprietari” dell’impresa, ossia di coloro che sopportano i costi e i benefici delle decisioni societarie, ma i cui interessi, a differenza di quelli delle altre parti societarie, non sono strenuamente tutelati dal contratto sociale.

Peraltro, l’assegnazione dello specifico compito di *decision-making*, di assunzione delle decisioni, in nome e per conto dell’impresa ad individui designati dagli azionisti potrebbe rafforzare le probabilità che essi agiranno in conformità agli interessi di tutte le parti societarie, semplicemente in virtù dei principi morali e della pressione sociale, al di là della formale responsabilità giuridica.

Il requisito di un consiglio di amministrazione così eletto distingue la forma societaria da altre forme giuridiche, quali le associazioni senza scopo di lucro o i

trust commerciali, che pur potendo prevedere la sussistenza di un consiglio di amministrazione, non prevedono che esso sia eletto dagli azionisti.

Infine, una corretta gestione delegata è intrinsecamente connessa, quale ultimo requisito, alla presenza di una pluralità di membri in consiglio di amministrazione.

Questa struttura – opposta rispetto a quella di molti *trusts* privati, ove l'autorità è concentrata nelle mani di un singolo amministratore fiduciario – oltre a favorire la capacità di delegare l'esercizio delle attribuzioni proprie agli esecutivi, agevola finanche il monitoraggio reciproco e la verifica sul processo di assunzione di peculiari decisioni.

Non mancano eccezioni al principio, quali quelle rappresentate dagli statuti societari che disciplinano la *GmbH* (³⁶⁹) in Germania, o la *SARL* (³⁷⁰) in Francia, i quali consentono, in sede di redazione dello statuto, di rinunciare ad un consiglio di amministrazione pluripersonale, per prediligere, piuttosto, un unico amministratore generale o altre forme di amministrazione unipersonale.

Palesi sono le ragioni di una simile scelta, legate al fatto che in una società di dimensioni più modeste la maggior parte delle funzioni giuridiche proprie di un consiglio, incluso il suo ruolo di rappresentante degli azionisti e di centro di imputazione della responsabilità, può essere effettivamente ed efficacemente adempiuta anche da un singolo amministratore eletto, che assuma al contempo la veste di principale *manager* dell'impresa.

³⁶⁹ *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*: corrisponde al modello di società a responsabilità limitata dell'ordinamento giuridico tedesco.

³⁷⁰ *Société à responsabilité limitée*: corrisponde al modello di società a responsabilità limitata dell'ordinamento giuridico francese.

Sezione Seconda

SOMMARIO: 2. Introduzione. – 3. Variabili della delega di autorità decisionale del *CEO* nel sistema di common law *US*. Le posizioni della dottrina. – 4. Gli obblighi giuridici degli organi delegati e la delega in relazione alla complessità della società. – 4.1. La delega in relazione alle opportunità di crescita dell'impresa. – 4.2. La delega in relazione alle decisioni strategiche. – 5. La delega in relazione all'incertezza delle condizioni ambientali. – 6. La delega in relazione ai flussi di informazione tra deleganti e delegati. – 7. La delega in relazione ai compensi degli amministratori. – 7.1. Lo stanziamento del capitale sociale in relazione alla reputazione manageriale degli esecutivi. – 8. Conclusioni.

2. Introduzione.

L'interesse che hanno acquistato nel tempo le considerazioni, e di carattere teorico e di carattere pratico, in merito al ricorso all'esercizio della delega di poteri e di funzioni, non è solamente l'esito dell'evoluzione di un contesto in cui la distribuzione delle competenze e delle responsabilità nella gestione dell'attività sociale è stata inevitabilmente imposta dalla articolata realtà delle imprese di grandi dimensioni. Invero, la necessità di specializzazioni settoriali e di riparti di competenze, è divenuta, in via progressiva, quasi un imprescindibile corollario della globalizzazione dei mercati, della liberalizzazione nella circolazione dei capitali e delle merci, e per ultimo ma non meno importante, delle esigenze di speditezza del commercio e di trasparenza nei confronti dei terzi.

Ed è proprio in considerazione della *eadem ratio*, che pressoché analoghe le regole di disciplina dell'istituto risultano essere nei diversi ordinamenti giuridici, così di *civil law* come di *common law*, quanto alle esigenze da soddisfare, ai presupposti di applicabilità o agli elementi caratterizzanti.

Il tutto, – da non trascurare –, a dispetto di contesti nazionali economici in buona parte differenti, e non solo per la massiccia presenza di *public companies*, società aperte ad azionariato diffuso tra il pubblico, in territorio statunitense.

Quanto al ruolo di fatto assunto dal consiglio di amministrazione nei rispettivi contesti, infatti, ad un sistema italiano in cui esso rappresenta il fulcro dell'attività amministrativa, prima di tutto deputato all'adempimento di doveri di vigilanza sulla gestione attiva della società, si contrappone, oltreoceano, un *board* in cui il potere è per lo più concentrato nelle mani degli “esecutivi” e dei dirigenti di alto livello (*top managers*) a cui è affidata la formulazione delle strategie concretamente praticabili.

In disparte ogni considerazione circa la diversità delle tradizioni giuridiche, più o meno rigide, più o meno vicine, il dato di fatto è che, a prescindere dal contesto nazionale di riferimento, non soltanto per le imprese rilevanti sotto il profilo dimensionale, ma, sempre più negli ultimi anni, anche per le piccole e medie imprese si è palesata la necessità di cristallizzazione di regole idonee a definire con precisione il ruolo, nonché i poteri e i doveri, di tutti i soggetti che all'interno dell'impresa operano, nonché di individuare coloro che assolvono all'essenziale funzione di porre in essere atti validamente imputabili alla società.

All'amministratore delegato, nel sistema di *corporate* italiano, membro del consiglio di amministrazione, e destinatario di quell'atto unilaterale recettizio con il quale gli organi deleganti, gli amministratori non-esecutivi in c.d.a., conferiscono i poteri e i doveri, delegabili, di cui sono titolari in forza di legge, corrisponde, nel sistema societario di *governance* statunitense, il *CEO* (*Chief Executive Officer*), o il *COO* (*Chief Operative Officer*, direttamente subordinato al *CEO* nelle imprese di maggiori dimensioni), presidente esecutivo della società e figura della cui distinzione rispetto al presidente del consiglio di amministrazione (c.d. *Chairman*) sono state avanzate differenti interpretazioni, il quale può delegare, a sua volta, ad *employees o managers*.

Se, tuttavia, in Italia, l'organo da cui proviene il conferimento dei poteri gestori è lo stesso consiglio di amministrazione, il quale, oltre a definire contenuto e limiti della delega, ha un generale potere di valutazione ed esame dei complessivi risultati della gestione – grazie al costante flusso informativo *ex lege* prescritto –, nel sistema US si assiste all'accentramento dell'intera attività concernente sia la gestione a livello esecutivo, sia la concreta adozione della strategia aziendale, nelle mani del *CEO*, il quale potrà, poi, scegliere di condividere o meno l'esercizio dei poteri attribuitigli con i membri del *top management* (*managers, employees, ecc.*), operanti anch'essi in qualità di *executive directors*.

E proprio a tal proposito, di grande interesse sono risultati, *in primis*, lo studio che la dottrina, italiana ma anche straniera, ha da tempo avviato, ed oggi protrae, circa le condizioni (caratteristiche dell'impresa, regime dei compensi, livelli informativi), la presenza delle quali induce un amministratore ad una maggiore propensione a delegare la propria autorità agli esecutivi a lui sottoposti, piuttosto che trattenerla presso di sé; ed *in secundis*, i risultati della ricerca intrapresa da due Università americane in diversi ambienti imprenditoriali, statunitensi e non, le quali hanno sperimentato le predette teorizzazioni dottrinali, quindi vagliato direttamente sul campo le varie propensioni circa l'autorità decisionale dell'amministratore delegato o del *CEO*.

Di maggiore interesse dovrebbe risultare, quindi, in tema, l'accostamento delle implicazioni teoriche alle evidenze empiriche, assumendo come punto di partenza le caratteristiche di tipo giuridico, con le quali il legislatore ha dato connotazione all'esercizio della delega.

3. Variabili della delega di autorità decisionale del CEO nel sistema di common law US. Le posizioni della dottrina.

E' alquanto semplice l'accessibilità ad informazioni e a dati di carattere di generale sullo svolgimento delle operazioni societarie; basti pensare che dalla banca dati della famosa agenzia di *rating* "Standard and Poor's" è possibile sapere che negli ultimi anni le società statunitensi hanno investito complessivamente più di un

trilione di dollari, che hanno pagato altrettanto tra dividendi ed acquisto di azioni proprie, che hanno completato fusioni ed acquisizioni dal valore stimabile di circa 500 miliardi di dollari.

E sono sempre stati in tanti ad occuparsi dello studio delle cause e delle conseguenze di tali politiche societarie.

Ciò di cui invece si sa davvero molto meno, essendo sempre stato minore il relativo interesse, è il modo in cui le decisioni societarie in merito a tali operazioni vengano assunte in concreto – ma soprattutto da chi – e nondimeno, il modo in cui l'autorità decisionale sia delegata all'interno dei vari gruppi.

Sono di ampia portata le implicazioni teoriche del tema, desumibili dalla letteratura esistente in materia; di contro, praticamente scarse, le evidenze empiriche in merito all'iniziativa propria dell'amministratore delegante – utilizzando tale espressione in termini generali, in modo tale da indicare simbolicamente il ruolo di costui a prescindere dai diversi ordinamenti giuridici a livello globale – di assumere decisioni o di delegarle ad esecutivi di livello inferiore o ad altri soggetti del *team* di gestione, questi ultimi detti anche *employees*. Evidenze di cui si è occupata la summenzionata ricerca ad opera delle Università Americane rispettivamente delle città di Durham e Cambridge, della quale nell'agosto del 2010 sono stati pubblicati i risultati, relativi al modo in cui l'autorità di assumere decisioni possa essere delegata, all'interno delle imprese, da parte dell'organo delegante nei confronti dei diversi *managers*, ovverosia i dirigenti esecutivi incaricati in concreto della guida della gestione societaria, sulla base di un programma giornaliero (³⁷¹).

Ciò che la ricerca si è proposto di portare alla luce, nello specifico, sono delle considerazioni su chi sia effettivamente coinvolto nel “*decision-making*” societario (con conferma, al tempo stesso, di gran parte delle posizioni dottrinali sviluppatesi nel tempo), conducendo empiricamente l'esame mediante assunzione, a parametro di valutazione, di tutta una serie di fattori, che si ritiene che, in un senso o in un altro, possano condizionare la propensione e/o la volontà del *CEO* di condividere l'esercizio dei propri poteri decisionali con gli altri esecutivi del *team* di gestione, piuttosto che trattenerli presso di sé.

Sono tante le teorizzazioni economiche in materia.

³⁷¹ GRAHAM J.R., HARVEY C.R., PURI M., *Capital Allocation and Delegation of Decision-making Authority within Firms*, 2010, in Social Science Research Network (SSRN).

In ordine cronologico, nel 1997, Aghion e Tirole (³⁷²), avevano orientato la loro attenzione sul compromesso che il *CEO* si trova a dover stipulare con i *managers*, tale per cui se egli trae beneficio dall'iniziativa e dall'attività esecutiva dei secondi, deve rinunciare, in cambio, ad un severo controllo nei loro riguardi.

Sostengono, pertanto, che le probabilità che il *CEO* deleghi aumentano tutte le volte in cui la sua mole di lavoro sia eccessiva, e tale da dover essere delegata a chi è più efficacemente in grado di gestirla; tutte le volte in cui gli *employees* siano pagati con compensi incentivanti che fungano per costoro da stimolo; ma ancora, ogniqualvolta si manifesti la necessità di assumere decisioni di minore rilevanza, quali quelle sui progetti a basso flusso monetario, in cui la poca consistenza dell'operazione non richiede una rigorosa supervisione degli esecutivi da parte del *CEO*, che purtuttavia beneficia della loro iniziativa.

Anche in Italia sono stati condotti diversi studi empirici sulla delega, da Colombo e Delmastro, nel 2004 (³⁷³), aventi ad oggetto 438 unità produttive italiane. Lo studio era incentrato, in particolare, sulla probabilità che ogni stabilimento ha di cambiare la dimensione della piramide organizzativa (ovvero il numero di livelli gerarchici), e di redistribuire i poteri, dopo un certo numero di anni dall'ultimo cambiamento; ed è stato condotto in considerazione di alcune variabili del cambiamento organizzativo, tra le quali, i costi implicati dal cambiamento e le c.d. attività di influenza, ovvero tutte quelle attività dei dipendenti di una azienda tese ad influenzare il processo decisionale dei più alti livelli gerarchici in modo da evitare che il cambiamento organizzativo influenzi negativamente il loro *status* lavorativo.

Quanto agli esiti della ricerca, i due studiosi sono pervenuti alle conclusioni per cui tanto più è costoso ridefinire i ruoli e le mansioni dei dipendenti chiamati a svolgere operazioni a livello esecutivo, quanto meno probabile sarà il cambiamento della piramide gerarchica, con conseguente accentramento dei poteri nelle mani dei più alti vertici, senza possibilità di delegarli; sostenendo, inoltre, che l'organizzazione dei compiti interna ad un'unità produttiva sarà più connotata da stabilità quanto più colui che all'interno dell'azienda prende la decisione su un

³⁷² AGHION P., TIROLE J., *Formal And Real Authority In Organizations*, in *The Journal Of Political Economy*, Vol. 105, N. 1, Feb., 1997.

³⁷³ COLOMBO M., DELMASTRO M., *Delegation of Authority in Business Organizations: an Empirical Test*, in *Journal of Industrial Economics*, Blackwell, 2004, vol. 52.

eventuale cambiamento dell'organizzazione è soggetto all'attività di influenza dei propri subordinati.

Nel 2005, due studiosi dell'università di Chicago, Harris e Raviv (³⁷⁴), si sono focalizzati sull'analisi del *trade-off* in cui si imbatte inevitabilmente il *CEO*, tra il beneficio che egli trae dall'acquisire informazioni dai *managers* responsabili dei singoli settori d'impresa, ed il desiderio di tali ultimi di disporre di proprie informazioni e di mantenerle private, realizzando così un loro piccolo impero.

E, sulla scorta di quanto teorizzato precedentemente da Aghion e Tirole, hanno dimostrato la minore probabilità di delega, in ordine alle decisioni le cui conseguenze si sviluppino nel lungo periodo, o i cui maggiori effetti si producano all'esterno.

E', infine, più recente la teorizzazione dell'economista turco Acemoglu (2007) (³⁷⁵), imperniata sull'idea che è più verosimile che una società progetti le sue unità come centri di profitto – è questa la definizione da lui elaborata della delega – quando si trovi di fronte a processi decisionali connotati da un alto grado di incertezza, che l'autore sostiene che si verifichino nelle imprese vicine alla frontiera tecnologica, o nei settori industriali con grandi variazioni della capacità tecnologica. Insomma, laddove si tratti di lanciare sul mercato nuove linee di produzione dall'incerta riuscita, o di introdurre delle produzioni in un mercato dal difficile accesso, e non è possibile stabilirne le probabilità di successo.

Le riflessioni di teoria economica sin qui esposte hanno offerto, certamente, numerosi spunti di riflessione sul tema della delega, e delle variabili che condizionano il suo esercizio, ma specialmente rappresentato un interessante parametro nell'evoluzione della ricerca del 2010, della quale si rende opportuna una più specifica trattazione, ancorata pur sempre alla disciplina giuridica.

³⁷⁴ HARRIS e RAVIV, *Allocation of Decision-Making Authority*, in *Review of Finance*, 2005, 9(3), p. 353 ss.

³⁷⁵ ACEMOGLU, *Technology, Information and the Decentralization of the Firm*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2007, 122(4), pp. 1759 ss.

4. Gli obblighi giuridici degli organi delegati e la delega in relazione alla complessità della società.

Le riforme susseguitesi nel tempo, in ambito nazionale, in tema di delega, si sono orientate nel senso di distribuire ed individuare precisi ruoli e compiti nella diarchia organi deleganti – organi delegati, sancendo specifici obblighi in capo ai secondi, quale quello di curare che <<l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa>> – includendo in tale locuzione l'intera struttura interna dell'impresa – o quello di riferire al c.d.a. ed al collegio sindacale sul generale andamento della gestione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società.

E' lecito sollevare qualche dubbio, tuttavia, in ordine alla compatibilità della consistente entità degli obblighi summenzionati con i limiti della delega, poiché, essendo il solo c.d.a. a disporre del potere di fissazione di contenuto, limiti e modalità di esercizio della delega nei confronti dei *managers* esecutivi, e spettando a ciascuno di essi il trasferimento di una sola porzione dell'attività gestoria, sembrerebbe difficile, per costoro, poter efficacemente adempiere agli obblighi *ex lege* impostigli a seguito del conferimento di deleghe dall'oggetto limitato a specifici settori o aree; a maggior ragione nel caso in cui la cura dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile debba costituire il frutto di un progetto esecutivo unitario e coerente, piuttosto che un *collage* fatto dall'intervento di esecutivi parzialmente delegati e del c.d.a., eventualmente chiamato a colmare le lacune di un sistema così impostato.

Una soluzione alla questione potrebbe essere quella prospettata in dottrina, tale per cui ove il conferimento delle deleghe da parte del c.d.a. sia soltanto parziale, la cura dell'intera struttura societaria non può che restare di competenza collegiale, ed essere assolta attraverso quei dati conoscitivi e valutativi offerti dai delegati. Viceversa il c.d.a. potrà scegliere di fare di quest'obbligo l'oggetto di una delega piena, affidandolo per intero agli esecutivi gestionali, e limitando il proprio potere ad una dimensione valutativa (³⁷⁶).

³⁷⁶ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, op. cit.

L'eventuale frazionamento di deleghe parziali in capo a diversi esecutivi circa la cura dei fondamentali assetti imprenditoriali, del resto, finirebbe con il depotenziare l'idea che la dotazione di un'organizzazione strutturale efficiente debba essere l'esito di un disegno unitario che, a fronte di deleghe parziali, soltanto il c.d.a. unitariamente considerato sarebbe in grado di assolvere.

La ricerca condotta dalle Università americane ha proprio messo in luce, in termini generalizzanti, quali elementi, condizioni, o fattori siano in grado di influenzare la decisione degli organi deleganti in un senso o nell'altro in merito all'alternativa di cui *supra*, dunque alla capacità espansiva del potere delegante; partendo pur sempre dalla situazione presupposta in cui a fronteggiarsi sono consiglio di amministrazione ed amministratori delegati in un contesto di *civil law*, mentre *Chief Executive Officers* ed *employees*, in un contesto giuridico di matrice anglosassone, ma ognuno dei quali con propri obiettivi personali e in pieno possesso di proprie specifiche informazioni. E dove, ad ogni modo, i deleganti si trovano a dover bilanciare il "costo" consistente nella cessione del controllo dell'informazione agli esecutivi di livello inferiore (il costo, quindi, di monitoraggio dell'operato del *management*) – che, d'altra parte, aspirerebbero a costruirsi un proprio mini-impero – con il "beneficio" di poter apprendere tali loro informazioni private, coinvolgendoli nella gestione.

Ciò che è emerso, è che, in un siffatto sistema, la propensione a conferire deleghe piene certamente diminuisce alla presenza di fattori che accrescono il valore degli interessi propri del delegante o del livello di informazione di cui egli dispone; mentre aumenta in presenza di fattori, quale, ad esempio, la sussistenza di un gran numero di divisioni all'interno dell'impresa, che provocherebbero un aumento del costo del monitoraggio delle attività societarie e dei *managers* esecutivi, oppure di fattori, quali, ad esempio, la mancanza di compensi ad incentivo, che affievolirebbero il desiderio degli *employees* di instaurare un rapporto di agenzia.

A livello teorico, già lo svedese Jennergren (³⁷⁷), aveva asserito come fosse naturale per un'impresa decentralizzarsi, delegando in modo pieno il processo di assunzione delle decisioni sempre più frequentemente, a mano a mano che essa divenga più grande.

³⁷⁷ JENNERGREN, *Pitfalls of analysis: Majone and Quade, International Series on Applied Systems Analysis*, in *Journal of Policy Modeling*, Elsevier, 1981, p. 272 ss.

E successivamente, Aghion e Tirole nel 1997 avevano persino cercato di individuare a quale grado di potere il presidente della società o il Consiglio di amministrazione trattengono l'autorità decisionale formale, mentre delegano l'autorità decisionale reale ad un esecutivo, cercando di bilanciare il "costo" della rinuncia al controllo, col "beneficio" della promozione delle iniziative da parte del dipendente, per agire in base alla sua informazione. Avevano teorizzato, altresì, che la delega risulta tanto più probabile quanto più il delegante sia oberato di lavoro, come nell'ipotesi in cui sia chiamato a gestire grandi imprese, o imprese in via di espansione, poiché avrebbe "troppo poco tempo per acquisire informazioni rilevanti per ogni attività" (³⁷⁸).

In conclusione – e qui gli esiti dell'indagine empirica confermano le teorizzazioni economiche – in tutte le ipotesi in cui gli amministratori deleganti si trovino di fronte ad una gran mole di attività da gestire, poiché trattasi di imprese multisetoriali, maggiormente complesse o grandi nei loro assetti complessivi, od ogniqualvolta si siano realizzate fusioni o acquisizioni che accrescano le dimensioni e la complessità societarie a carico del *management*, si espande la propensione a delegare, anche parzialmente, le proprie attribuzioni.

Ed a tale ultimo proposito, è risultato che i vertici delle imprese che abbiano proceduto a realizzare almeno due o più fusioni o acquisizioni nei due anni antecedenti (c.d. *multiple acquisitions*) siano maggiormente disposti a condividere l'autorità decisionale, specie per ciò che concerne la struttura e lo stanziamento del capitale della nuova, più grande e più complessa, impresa.

Ci si rende conto della coerenza di tale risultato con la visione, ormai diffusa, che gli esecutivi di imprese che acquisiscono o che si fondono trascorrono una sproporzionata quantità del loro tempo all'integrazione delle nuove unità commerciali nella loro impresa.

E' bene, tuttavia, precisare che i *CEO* non sono inclini a condividere o delegare la decisione stessa della fusione o dell'acquisizione in sé e per sé, neppure nell'ipotesi delle summenzionate acquisizioni multiple che la sovraccaricano di lavoro.

³⁷⁸ AGHION P., TIROLE J., *Formal And Real Authority In Organizations*, op. cit., 1997.

4.1. La delega in relazione alle opportunità di crescita dell'impresa.

Sono strettamente connesse alla variabile della complessità sociale, quelle relative alle opportunità di crescita dell'impresa ed all'assunzione di decisioni "strategiche", ai fini della definizione della inclinazione del delegante al conferimento di pieni incarichi agli esecutivi, stante naturalmente l'ampiezza del suo potere nella determinazione di <<contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega>>.

Quanto alla prima, gli studi teorici *in thesi* sono pervenuti all'individuazione di una relazione di carattere negativo tra il potenziale di crescita di un'impresa e la delega delle funzioni aziendali ad essa connesse; secondo Taggart (³⁷⁹), in un'impresa con ottime prospettive di sviluppo ed evoluzioni, i diversi comparti settoriali necessitano, spesso simultaneamente, di ingenti capitali allo scopo dell'esercizio delle rispettive opzioni di crescita. E non è raro che una tale esigenza possa anche superare la reale capacità della sede centrale dell'impresa di far fronte ad un tale aumento di capitale. Pertanto, tale ultima generalmente si riserva il potere di controllare e monitorare gli assetti divisionali, nonché le decisioni in merito agli investimenti da perseguire, nel tentativo di supervisionare, al contempo, la tempistica degli esercizi sociali durante i quali si assumono le decisioni finalizzate allo sviluppo dell'impresa.

Più recentemente, nel 2005, piena adesione alla teorizzazione di cui *supra* hanno espresso Marino e Matsusaka (³⁸⁰), secondo i quali il *CEO* preferisce delegare in contesti quali quelli, ad esempio, dei progetti a basso profitto, o quelli in cui l'aspetto quantitativo della produzione prevale su quello qualitativo; con la conseguenza che si riduce a zero l'attitudine a delegare i progetti con un alto tasso di crescita, desiderando, in tali casi, la sede centrale della società, riservarsi il diritto di approvazione dei progetti medesimi.

³⁷⁹ TAGGART e CARROLL, *Cockpit Resource Management, A tool for improved flight safety*, 1987.

³⁸⁰ MARINO e MATSUSAKA, *Decision Processes, Agency Problems, And Information: An Economic Analysis Of Capital Budgeting Procedures*, in *Review of Financial Studies*, 2005, Vol. 18, p. 301 ss.

Non dissimili sono stati i risultati di quella ricerca che costituisce il *leit-motiv* dello studio intrapreso in sede, sull'attitudine, più o meno ampia, all'esercizio della delega negli ambienti imprenditoriali, la quale si è attestata – come unità di misura dello sviluppo e della crescita – sulle auto-dichiarazioni, rese dalle imprese sottoposte ad analisi, in merito all'incremento delle vendite delle rispettive produzioni nell'arco temporale dei successivi tre anni.

E' tuttavia opportuno – ci sarebbe da aggiungere – accostare alle auto-dichiarazioni, la difficoltà di stimare il tasso di attualizzazione delle pianificazioni aziendali, poiché il valore di un progetto orientato alla crescita dipenderà comunque dalla esposizione al rischio nel mercato di riferimento.

4.2. La delega in relazione alle decisioni strategiche.

Analogamente, negativa risulta essere la relazione delega – assunzioni di determinazioni strategiche. Si intendono tali quelle decisioni che, dal punto di vista contenutistico, investono gli aspetti di fondo di un'attività d'impresa, mirando a definire i rapporti di questa con l'ambiente di operatività, ed affrontando problematiche sempre nuove, complesse ed imprevedibili; mentre dal punto di vista della tempistica, dispiegano i loro effetti in un arco temporale di lungo termine, stante la profondità e la criticità dei loro contenuti, più che la formale durata. A livello gerarchico, è demandata agli alti vertici aziendali la competenza circa l'adozione di decisioni strategiche, tenuto conto della loro attitudine a fornire un concreto ed unitario indirizzo all'impresa, che sia anche coerente con l'evoluzione del contesto ambientale in cui essa si trova ad operare.

Secondo Harris e Raviv (³⁸¹), le decisioni strategiche, quali, ad esempio, quelle relative all'apertura dell'impresa verso un nuovo settore industriale o verso una nuova linea di produzione di incerto successo, o l'apertura di un nuovo ramo d'azienda, sono più strettamente legate alla prospettiva ed all'informativa globale del consiglio di amministrazione o del *CEO*. Per decisioni di questo tipo, quindi, l'attitudine dell'amministratore alla delega di funzioni decresce, stante che il "costo"

³⁸¹ HARRIS e RAVIV, *Allocation of Decision-Making Authority*, op. cit., p. 353 ss.

che sarebbero chiamati a sostenere per acquisire le informazioni preliminarmente necessarie all'approvazione di scelte strategiche sarebbe inferiore per il c.d.a. o per il *CEO*, piuttosto che per gli *employees*.

5. *La delega in relazione all'incertezza delle condizioni ambientali.*

Dall'esame empirico delle circostanze ambientali in cui le imprese si trovano ad operare emerge un'odierna difficoltà nell'assunzione del ruolo di adottare decisioni strategiche anche per il c.d.a. o il *CEO*, poiché la velocità con cui variano le condizioni ambientali e l'incertezza dei dati previsionali (in particolare, di poter prevedere le conseguenze delle determinazioni strategiche) rendono gli esiti delle decisioni più aleatorie, con conseguente innalzamento del rischio di deliberare in modo errato sulle strategie d'impresa.

In tema di incertezza delle condizioni ambientali, varie le teorizzazioni che vedono crescere la possibilità che un consiglio di amministrazione o un *CEO* possano delegare le proprie attribuzioni in un tal contesto.

Aveva sostenuto Taggart, a proposito del *budget* degli investimenti di capitale, che la sede centrale della società avrebbe più da guadagnare se delegasse, quando è più alto il livello di incertezza su quali saranno gli assetti futuri, a seguito degli investimenti.

E ad analoghe implicazioni conducono gli studi del 2004 di Colombo e Delmastro (per i quali la delega aumenta al crescere dell'incertezza del commercio, particolarmente elevata nei settori industriali ad alta tecnologia) ⁽³⁸²⁾, e del 2005 di Van Den Steen ⁽³⁸³⁾, che pone l'accento su come la forte autorevolezza di un amministratore delegante sia ancora più importante nelle situazioni e nei settori industriali caratterizzati da particolare incertezza, come nel campo dell'*high-tech*: la forte presenza, in tal contesto, significherebbe "certezza sul corretto corso dell'azione", ed indurrebbe ad assumere dipendenti che condividano la sua visione in

³⁸² COLOMBO M., DELMASTRO M., *Delegation of Authority in Business Organizations: an Empirical Test*, op. cit., vol. 52.

³⁸³ VAN DEN STEEN, *Organizational Beliefs and Managerial Vision*, in *Journal of Law, Economics & Organization*, 21, 2005, 256 ss.

tutto e per tutto. Non appena venutasi a creare, quindi, una certa omogeneità nella forza lavoro, la propensione alla delega nei loro riguardi cresce.

La conclusione della ricerca ha, ancora una volta, dato conferma alle teorie sviluppate in dottrina. Giungendo a provare che, maggiore è il grado di incertezza delle condizioni ambientali, dunque l'aleatorietà dei risultati cui potrebbe pervenire un'attività imprenditoriale a seguito di certi investimenti, maggiore sarà il "costo" che dovrà sostenere l'organo titolare dell'autorità decisionale per la raccolta e per la verifica delle informazioni in merito alle conseguenze delle decisioni strategiche, maggiore sarà la propensione alla delega delle relative attribuzioni agli esecutivi ai fini di una coadiuvazione.

6. La delega in relazione ai flussi di informazione tra deleganti e delegati.

Di non minore rilievo, rispetto all'aspetto della complessità o multi-settorialità della società, è il profilo dei flussi informativi e dei relativi obblighi, posti *ex lege* in capo agli organismi delegati, in modo tale da garantire un costante flusso di notizie sull'andamento della gestione societaria.

Ciò che si prospetta oggi nel sistema giuridico nazionale – rispetto ad una previgente disciplina che imponeva ai deleganti un dovere di continuativa vigilanza sull'operato dei delegati al fine di prevenire il compimento di atti pregiudizievoli alla società – è un obbligo informativo di tali ultimi nei riguardi del collegio circa gli esiti della gestione societaria, ma anche un dovere informativo da parte dei membri del collegio; i quali, dovendo agire in modo informato, non potranno più addurre a pretesto, ai fini dell'esenzione da responsabilità, l'insufficienza qualitativa e quantitativa dell'informazione pervenutagli, né potranno sostenere l'ignoranza di atti pregiudizievoli di cui sarebbero potuti venire a conoscenza se avessero esercitato il potere di reclamare informazioni più circostanziate e approfondite.

Anche nei sistemi giuridici di *common law* l'aspetto informativo gioca un ruolo chiave nella propensione, che sia del *board* o anche del *CEO*, a delegare, ai rispettivi esecutivi, compiti o poteri inerenti la trattazione di specifici affari, in

relazione all'importanza dell'informazione di cui dispongono, ed al costo da sostenere per poterla acquisire.

Sebbene il rapporto che si instaura tra delegante e delegato sia tale per cui, il primo conferisca un generale potere di utilizzo delle risorse al secondo, a condizione che questi operi rappresentando gli interessi del delegante, è alquanto inevitabile che si generi un'asimmetria informativa a vantaggio del *manager* delegato, che induce l'organo delegante a dover sostenere degli ingenti costi per l'applicazione di sistemi di monitoraggio e incentivo sull'operato degli esecutivi, nel tentativo di ridurre il comportamento opportunistico.

Ed anche a tal proposito non sono mancati gli studi dottrinali in merito.

Dalle teorizzazioni di Aghion e Tirole (1997) ⁽³⁸⁴⁾, che provavano ad individuare la relazione tra la delega e il livello di conoscenza da parte del delegante degli affari societari, cioè tra la delega e la quantità e la qualità delle informazioni da costui possedute, emerge che sono maggiori le probabilità che l'amministratore decida di delegare le proprie attribuzioni, quando è più alto il "costo" dell'informazione che è tenuto ad acquisire. Viceversa, tenderà a trattenere le proprie competenze quando sia ben informato, specie in merito ad attività che ha appreso per esperienza personale.

Harris e Raviv ⁽³⁸⁵⁾ hanno successivamente analizzato la situazione in cui a possedere informazioni private siano entrambi, il *board* o il *CEO* ed i *managers* esecutivi. Nonostante il desiderio dei primi di sapere ciò di cui sono a conoscenza gli *employees* tramite la delega, sono comunque tenuti ad equilibrarlo con il "costo" rappresentato dalla volontà dell'*employee* di costruirsi un suo impero, pur nel rispetto di quel "*duty of loyalty*" che ha tipicamente per oggetto gli atti della gestione societaria.

D'altra parte, incombono in capo ad entrambe le categorie di soggetti societari rispettivamente un dovere di agire informati ed un obbligo informativo – espressioni del principio di diligente amministrazione a qualsiasi livello dell'organizzazione societaria –, i quali trovano riflesso nella ragionevolezza dell'*iter* decisionale e nella garanzia di decisioni ponderate e consapevoli, sia che siano assunte dai vertici, sia che siano delegate al *management*.

³⁸⁴ AGHION P., TIROLE J., *Formal And Real Authority In Organizations*, op. cit., 1997.

³⁸⁵ HARRIS e RAVIV, *Allocation of Decision-Making Authority*, op. cit., p. 353 ss.

La ricerca del 2010 ha confermato ancora una volta le logiche sottese alle riflessioni dottrinali sul punto, pervenendo alla dimostrazione che un *CEO* delegherà meno tutte le volte in cui la sua informazione privata sarà particolarmente importante.

E ciò, in considerazione del fatto che esistono diversi fattori che contribuiscono a definire l'importanza, anche sotto il profilo quantitativo, del bagaglio di conoscenze dei deleganti. Non solamente il tipo di incarico assegnatogli, ma anche il fatto di aver conseguito, o meno, una laurea in *MBA* (³⁸⁶), stante che essa dota il *CEO* di maggiori competenze per poter meglio processare o interpretare l'informativa.

Ad esempio, ogni qualvolta il *CEO* sia tenuto ad assumere decisioni di natura finanziaria, ai fini di una valutazione qualitativa del suo bagaglio di conoscenze, è stato anche considerato se costui abbia avuto precedenti esperienze lavorative nell'ambito della finanza o della contabilità, ed acquisito pertanto le relative specifiche competenze, che lo pongano in possesso di informazioni di tipo professionale.

Come già sostenuto da Aghion e Tirole, infatti, se l'amministratore delegato dovesse aver sviluppato delle competenze mediante esperienza personale, la delega di potere decisionale in merito a quel tipo di attività sarà certamente meno probabile (³⁸⁷).

In definitiva, ancora una volta le risultanze della ricerca comprovano le teorizzazioni letterarie, per le quali, più elevato è il livello di informazioni conoscitive del delegante, più debole diverrà la tendenza a delegare, ed a condividere con altri le decisioni sulla struttura societaria; specie, nei contesti di *common law*, se si tratti di *Chief Executive Officers* che abbiano una lunga carriera alle spalle.

³⁸⁶ Master of Business Administration.

³⁸⁷ GRAHAM J.R., HARVEY C.R., PURI M., *Capital Allocation and Delegation of Decision-making Authority within Firms*, 2010, in Social Science Research Network (SSRN).

7. La delega in relazione ai compensi degli amministratori.

Di decisivo impatto per lo svolgimento di peculiari operazioni societarie, ai fini della scelta di conferire delega in modo più o meno limitante, è il tema dei compensi degli amministratori, soprattutto per ciò che concerne la parte variabile spettante a ciascuno di essi in relazione agli incarichi assunti.

Nel nostro continente si sono susseguite diverse Raccomandazioni della Commissione Europea finalizzate alla promozione di un adeguato regime concernente la remunerazione degli amministratori, recepito nel nostro ordinamento nazionale sia in via di autoregolamentazione (Codice di Autodisciplina, art. 7), sia in via legislativa.

E grazie a questi interventi sono stati individuati i criteri cui uniformare i compensi degli amministratori in maniera tale da garantire un adeguato bilanciamento della componente fissa e di quella variabile; nondimeno è stata prevista la creazione, nell'ambito del c.d.a. di ciascuna società, di un Comitato per la remunerazione, sulla scorta del modello della *Remuneration Committee* dei sistemi societari di *common law*. Il Comitato, composto da amministratori non-esecutivi, indipendenti, avrebbe il compito di avanzare al consiglio proposte per la remunerazione degli amministratori delegati ed esecutivi, per i quali si prevede che una parte significativa del compenso sia legata ai risultati economici conseguiti; mentre per i non-esecutivi dovrebbe essere commisurato all'impegno richiesto, più che ai successi ottenuti.

A livello teorico, nel 2002 ha affermato Prendergast ⁽³⁸⁸⁾ quanto fosse positiva la relazione intercorrente tra la delega del potere decisionale ed i compensi incentivanti; in settori industriali ad alto tasso tecnologico, ad esempio, l'incertezza delle condizioni ambientali favorisce la delega di poteri, ma anche l'opportunità di un compenso che sia legato alla loro capacità di rischiare in quelle aree, e quindi al rendimento dei lavoratori, stimolandoli a rendere sempre meglio.

³⁸⁸ PRENDERGAST, *The Tenuous Tradeoff Between Risk And Incentives*, 2002.

Tanto è vero che – come confermato da Aghion e Tirole – nei settori industriali in cui è difficile erogare compensi incentivanti per i lavoratori, gli organi deleganti mantengono un maggiore controllo e delegano meno (³⁸⁹).

A riprova di tali teorizzazioni, è stato dimostrato dalla ricerca che aumentano le probabilità che gli obiettivi degli organi deleganti e degli esecutivi coincidano – e che, pertanto, si riduca il desiderio della costruzione di un piccolo impero per tali ultimi – tutte le volte in cui essi vengono pagati con “compensi incentivanti”, in base ad un sistema di retribuzione, cioè, volto ad allineare il comportamento delle risorse umane alle aspettative dell’organizzazione, incentivando i comportamenti desiderati e disincentivando quelli non desiderati.

Se dette previsioni sono risultate valide per le retribuzioni degli esecutivi dipendenti, ci si è chiesti se lo stesso possa dirsi per il compenso spettante ai non-esecutivi.

In base ai modelli teorizzati da Aghion e Tirole, Harris e Raviv, Hart e Holmstrom (2009), in via generale, emerge, piuttosto concordemente, l’idea che più l’amministratore di vertice si interessa delle conseguenze che possano derivare da una certa decisione, minore sarà la sua tendenza a delegarla, privilegiando l’esigenza di potersene prendere cura da sé.

E ciò accade, ai fini del discorso *de quo*, ogniqualvolta la sua retribuzione sia prevalentemente basata su incentivi: in tali casi, egli si preoccuperà di seguire e curare in prima persona gli esiti e le conseguenze delle decisioni da lui stesso assunte. Rappresenta ciò un ottimo motivo, per costui, per trattenere il controllo del potere decisionale sulla propria persona, inducendo ad affermare una relazione negativa tra la delega e la proporzione della sua retribuzione, quando basata su incentivi.

In definitiva, come da evidenze empiriche ad esito della ricerca, la corresponsione di compensi incentivanti agli esecutivi favorisce la facoltà dei membri di c.d.a., o del *CEO*, a seconda dei contesti di riferimento, di delegare ai primi poteri e responsabilità, a condizione però che il fatto che il compenso sia variabile non produca l’effetto antitetico di indurre gli esecutivi a trattenere il

³⁸⁹ Allo stesso modo, VAN DEN STEEN, *Interpersonal Authority In A Theory Of The Firm*, in *American Economic Review*, 100, 2010, 466 ss., sostiene che l’autorità del *CEO* nei riguardi dei dipendenti diminuisce all’aumentare dei loro compensi incentivanti.

controllo del potere decisionale; a conclusione opposta si perviene, per ciò che concerne l'erogazione di una retribuzione ad incentivi per i deleganti, la quale, invece, costituirà per costoro uno stimolo ad attendere in prima persona alle conseguenze delle decisioni assunte.

7.1. Lo stanziamento del capitale sociale in relazione alla reputazione manageriale degli esecutivi.

Di indubbio stimolo, come si è detto, sono i compensi incentivanti rispetto all'inclinazione degli esecutivi allo svolgimento di operazioni di successo, che possano avvalorare la loro credibilità e la reputazione all'interno del *team* manageriale.

Tale dinamica solleva, tuttavia, la questione relativa allo stanziamento del capitale d'impresa all'interno dei vari comparti aziendali, assumendo un ruolo fondamentale in tal senso la meritevolezza dei *managers* esecutivi ai fini dell'accaparramento delle risorse disponibili.

Jennergreen (³⁹⁰) aveva sostenuto che il decentramento è spesso attuato mediante la settorializzazione nell'allocazione del capitale. Pertanto, per comprendere se la delega sia effettivamente legata alla reputazione dei *managers*, ed al successo da questi ottenuto in passato, è necessario verificare se è legata al successo del passato la distribuzione del capitale interno.

Ma anche gli studi di Stein (2003) si sono focalizzati sul tema della distribuzione del capitale tra i diversi settori, in relazione alla reputazione manageriale; giungendo a ritenere che la presenza di vari responsabili di settore, in possesso di preziose informazioni sulle prospettive di investimento, va conciliata con l'esistenza di una sede centrale chiamata a stanziare il capitale in base all'importanza delle informazioni private di cui i primi dispongono.

Nel modello di allocazione del capitale interno teorizzato da Ozbas' (2005), invece, i singoli responsabili di settore manifestano una più ampia tendenza a gonfiare i profitti dei rispettivi progetti, nelle materie di propria competenza, per

³⁹⁰ JENNERGREN, *Pitfalls of analysis: Majone and Quade, International Series on Applied Systems Analysis*, op. cit., p. 272 ss.

orientare l'allocazione delle risorse a loro vantaggio. E qualora non producano i risultati attesi, ciò comporterà delle ripercussioni *ex post* sul loro talento e, a seguire, sulla loro remunerazione.

In definitiva, come d'altra parte emerso dai contesti imprenditoriali oggetto di analisi empirica, posto che il successo ottenuto in passato da un responsabile sia generalmente legato a delle aspettative su ulteriori successi futuri, lo stanziamento del capitale, dunque la delega, sono più probabili tutte le volte in cui i responsabili di settore abbiano sviluppato una certa credibilità legata alla presentazione di meritevoli progetti in passato (ovverosia, quando vantano un trascorso di record di successi).

Pertanto, i *managers* dalla più alta credibilità – coloro i quali hanno certamente da perdere se non soddisfano le aspettative – dovrebbero essere maggiormente incentivati a prodigarsi in una leale collaborazione con l'organo collegiale o con il *CEO*, specie sotto il profilo dello scambio informativo, poiché un'informazione veritiera in sé e per sé rappresenta valido motivo per la sede centrale, per direzionare lo stanziamento del capitale sociale.

8. Conclusioni.

Le dimostrazioni empiriche che è stato possibile trarre dall'indagine condotta nei confronti di più di mille organi deleganti di imprese aventi sede non soltanto negli Stati Uniti, ma anche in Europa e in Asia, sono riusciti a dar prova, intanto, del modo in cui è stanziato il capitale sociale all'interno delle grandi imprese, ma, nondimeno, del modo e delle circostanze in cui l'autorità di assumere decisioni possa esser delegata al *team* manageriale.

Ogni qualvolta, tuttavia, c.d.a. e/o *CEO* si risolvono per la delega di settori di intervento, non va mai trascurata l'attività di monitoraggio: i controlli interni di governo societario nei confronti dei *managers*, infatti, sono altamente indispensabili, poiché servono a tenere sotto controllo le attività, per poi intraprendere, se necessario, azioni correttive per raggiungere gli obiettivi aziendali.

E l'attività di monitoraggio del consiglio di amministrazione può essere posta in essere attraverso i più svariati interventi: grazie alla possibilità di assumere,

licenziare e retribuire i *managers*, si salvaguarda il capitale investito; oppure si indicano riunioni regolari, cosicché l'identificazione in tempo utile di potenziali problemi sia agevolata, ed i problemi si discutano e si evitino.

Inoltre, l'abilità del consiglio nel monitorare gli *executive* rappresenta anche una modalità di accesso alle informazioni: i consiglieri interni possiedono, infatti, conoscenze superiori in merito ai processi decisionali, per cui monitoraggio è anche valutazione del *top management* sulla base della qualità delle decisioni da essi assunte.

Al di là di questo, è notevole comunque evidenziare come gli esiti cui le indagini empiriche hanno condotto si discostino soltanto parzialmente dalle previsioni teoriche elaborate in dottrina, per cui gli amministratori tendono maggiormente a conferire ad altri le proprie peculiari attribuzioni quando la complessità della società importa un consistente carico di lavoro; meno, quando le loro specifiche conoscenze siano di particolare valore; ed ancor meno, quando un'impresa mostri ingenti prospettive di crescita.

E le considerazioni sono valedoli in via generalizzata per qualunque forma di impresa societaria, in modo quasi indipendente dal contesto economico di riferimento, o dal territorio in cui essa è dislocata, siano le imprese in territorio statunitense, siano quelle europee ed asiatiche.

Sezione Terza

SOMMARIO: 9. Gli amministratori non-esecutivi (*NEDs*) e la consapevolezza del loro ruolo sul campo. – 9.1. Il caso *Newcastle International Airport ltd v Eversheds llp* [2012]. – 9.2. La condotta degli amministratori non-esecutivi. – 9.3. Rimedi. – 10. Motivi di tensione nel rapporto tra il *board* e gli amministratori esecutivi: possibili soluzioni e considerazioni conclusive. – 10.1. (*segue*): criteri ultimi per una forte *partnership* tra *board* ed *executive directors*.

9. Gli amministratori non-esecutivi (NEDs) e la consapevolezza del loro ruolo sul campo.

Può essere interessante un'analisi degli spunti di riflessione che il tema oggetto di trattazione offre anche sotto il profilo di un approccio più pragmatico, consistente nell'immergere i soggetti dei cui tratti caratterizzanti si è finora parlato in termini giuridici, nella concretezza della realtà dei consigli di amministrazione, che è pure quella che gli stessi sono tenuti ad affrontare nella quotidianità.

Ed *in primis*, per ciò che concerne gli amministratori non esecutivi (*NEDs*), la cui assenza alla guida delle operazioni societarie condotte su base giornaliera rende, nondimeno, la loro presenza fondamentale ed indispensabile nel contesto del consiglio di amministrazione societario, per garantire un efficace ed assiduo controllo sul *team* di gestione degli esecutivi delegati.

Si sa, del resto, che quello degli amministratori non-esecutivi è un incarico chiave nella interazione dei diversi soggetti e meccanismi: le assemblee e le relazioni con i soci, il ruolo ed il funzionamento del consiglio, il sistema di attribuzione ed esercizio delle deleghe, il sistema dei controlli.

L'impostazione della disciplina in questi termini, pertanto, lungi dal trascurare l'importanza della posizione che essi rivestono, tende ad assicurare, piuttosto, che essi abbiano una forte coscienza e consapevolezza del loro ruolo nella vita pratica dell'organo amministrativo, e che si impegnino a svolgerlo con grande attivismo, adempiendo ogni tipo di obbligo che esso comporta.

Un consiglio ha bisogno di essere molto più di un semplice "conclave di amici" disposti a timbrare le decisioni gestionali; si richiede piuttosto che sia <<un gruppo informato di pensatori indipendenti che si immergano nella vita societaria, giocando un ruolo chiave nella realizzazione della strategia>> (³⁹¹).

E' questo il motivo per cui esistono delle linee guide e degli orientamenti che offrono consigli sul modo in cui gli amministratori non-esecutivi debbano essere supportati, attraverso degli utili procedimenti che li avviano al lavoro, ed altrettanto utili processi di formazione costante, per poi essere effettivamente messi in grado di far fronte alle rispettive responsabilità (³⁹²).

Emblematico dell'essenzialità, per i *NEDs*, di comprendere appieno le responsabilità che il loro incarico comporta, e le conseguenze che possono derivare dalla mancanza di quelle qualità e di quel rigore necessari all'adempimento dei loro obblighi, è il recente caso giurisprudenziale, deciso dalla *High Court* britannica, che da evidenza di cosa può accadere quando gli amministratori non esecutivi non comprendono pienamente le responsabilità potenzialmente ascrivibili.

³⁹¹ LUMSDEN A., *The role and responsibilities of directors on board sub-committees*, in Social Science Research Network (SSRN), June 2007.

³⁹² Ne costituisce esempio l' *Institute of Chartered Secretaries and Administrators*, che fornisce informazioni dettagliate sui contenuti del loro ruolo e dei loro obblighi <http://www.icsaglobal.com/resources/guidance>).

9.1. *Il caso Newcastle International Airport ltd v Eversheds llp [2012].*

Nella fattispecie, la NIAL (*Newcastle International Airport Ltd*) aveva citato in giudizio i suoi avvocati per la negligenza mostrata in relazione ai nuovi contratti di servizio che la società aveva stipulato con i suoi amministratori esecutivi nel 2006. La NIAL sosteneva, in particolare, che gli avvocati fossero responsabili di avere preso istruzioni sulla conclusione dei contratti citati direttamente dagli stessi amministratori esecutivi, piuttosto che dal presidente non-esecutivo che pure era alla guida del comitato per la remunerazione.

La NIAL è una *joint venture* tra autorità locali nel Nord Est dell'Inghilterra, dotata, all'epoca in cui si sono svolti i fatti, soltanto di due amministratori esecutivi, un amministratore delegato (*CEO*), ed un direttore finanziario.

E i contratti di servizio che li riguardavano, quegli stessi, cioè, al centro dell'indagine, autorizzavano gli amministratori esecutivi a percepire straordinariamente ingenti premi, al ricorrere di particolari circostanze – sino ad 8 milioni di sterline totali da ripartire fra loro – ed esoneravano uno di loro dalle clausole restrittive del suo contratto.

Al di là degli esecutivi, costituivano il consiglio di amministrazione della società anche cinque amministratori non-esecutivi; uno di loro, peraltro, il presidente del consiglio di amministrazione, era un'economista, *ex presidente* di una società di revisione contabile internazionale, mentre gli altri *NEDs* erano imprenditori di esperienza.

All'interno del consiglio, poi, era istituito un comitato per la remunerazione, composto dalla presidente e dagli altri amministratori non esecutivi, il quale avrebbe avuto responsabilità per l'esame e l'approvazione dei termini dei contratti di assunzione dei due amministratori esecutivi, in materia retributiva. Tuttavia, non disponendo la NIAL di risorse umane o di personale adeguato per affrontare l'attività del comitato, ha dovuto ingaggiare dei consulenti esterni affinché si pronunziassero proprio in tema di remunerazione.

Nel portare il caso dinanzi la corte, la NIAL sosteneva che gli avvocati erano perfettamente a conoscenza del conflitto di interessi con la società degli

amministratori esecutivi, e della circostanza che tali ultimi intendevano ottenere le migliori condizioni possibili con i loro nuovi contratti.

Per tale ragione – continuava NIAL – essi avrebbero dovuto accertare le volontà del comitato per la remunerazione attraverso una diretta corrispondenza col suo presidente, avvisandola espressamente delle modifiche che stavano per essere apportate ai contratti degli amministratori esecutivi, piuttosto che prendere istruzioni direttamente dagli esecutivi stessi.

Cionondimeno, il ricorso della NIAL è stato respinto.

La Corte ha ritenuto che i legali della società avrebbero ben potuto contare sull'autorità dei due amministratori esecutivi, a dispetto del conflitto di interessi in cui versavano in quella situazione.

Tutt'al più, ha aggiunto il giudice che si è occupata del caso, Mrs Proudman, non erano certamente i legali a dover verificare che i *NEDs* avessero adeguatamente compreso i termini dei contratti; piuttosto <<il vero motivo delle perdite subite dalla NIAL risiedeva nel fatto che i suoi amministratori non-esecutivi avevano fallito nell'adempimento dei loro obblighi nei confronti della società>> (³⁹³).

9.2. La condotta degli amministratori non-esecutivi.

Nel caso di cui *supra*, quindi, la Corte ha imputato al comitato per la remunerazione gravi omissioni, nell'assolvimento dei propri doveri relativamente alla stipula dei contratti di servizio.

In particolare, ha posto in rilievo tutta una serie di gravi carenze nel processo da esso seguito per la valutazione delle modifiche da apportare alle condizioni di assunzione degli esecutivi.

Nel corso del processo, fu chiaro che vi era stata scarsa considerazione, da parte del comitato ma soprattutto del presidente del consiglio di amministrazione, dei documenti di proposta, così come dei dettagli giuridici dei contratti. E a ciò si aggiungeva la scarsa comunicazione tra i membri del comitato.

³⁹³ *Newcastle International Airport Ltd v Eversheds LLP* [2012] All ER (D) 20 (Oct).

Il precedente giurisprudenziale costituisce un esempio, ed al contempo un monito, del fatto che quello di amministratore è un incarico che non dovrebbe essere preso alla leggera, come invece, purtroppo, sempre più spesso accade, a causa dei doveri e degli obblighi intrinseci che esso implica.

Non solamente, ma il fatto che l'incarico potrebbe non essere remunerato non dovrebbe comportare alcuna differenza rispetto alla posizione assunta.

E' davvero imbarazzante la posizione in cui una società ed il suo consiglio di amministrazione si vengono a trovare ogniqualvolta gli amministratori non-esecutivi non riescano a cogliere ciò che viene loro richiesto di fare, o falliscano nello svolgere la loro attività in modo strutturato, ponderato, scrupoloso – come è palesemente risultato dal rigetto della pretesa della NIAL dinanzi alla corte (³⁹⁴).

Ma c'è di più; affrontare l'incarico in modo seriamente sbagliato potrebbe determinare anche gravi conseguenze sul piano personale e finanziario per i *NEDs*. Ragione per la quale il presidente della società, nel caso giurisprudenziale esposto, aveva pensato bene, al momento in cui aveva rassegnato le dimissioni, di negoziare un accordo nel quale si stabiliva che ella non avrebbe potuto essere citata in giudizio dalla società per alcun fatto che fosse stato commesso durante la sua carica di presidente.

Ma è probabile che non tutti gli amministratori non-esecutivi siano astuti al punto da assicurarsi con un tale accordo in simili circostanze.

9.3. Rimedi.

Non è importante soltanto superare un processo selettivo ed ottenere dei risultati positivi quando si ricoprono ruoli non-esecutivi, ma è altrettanto fondamentale garantire che un eventuale candidato comprenda le dinamiche e l'organizzazione del suo incarico e che gli sia offerta un'adeguata formazione su base continuativa.

Non soltanto ai membri del consiglio è richiesto di possedere le abilità e l'esperienza necessaria per sorvegliare e per scrutinare il complesso delle attività

³⁹⁴ ELLERY D., *Supporting Non-Executive Directors*, in *Company Secretary's Review*, 19 dicembre 2012, Lexis Library.

societarie poste in essere dagli organi delegati. Ma, anche, ai *NEDs* è domandata un'ideale competenza per la gestione degli affari sociali.

La formazione cui dovrebbero essere sottoposti, in particolare, deve avere per contenuto capacità specifiche tali da poter comprendere appieno la specificità delle operazioni messe in atto dai delegati; e fra queste, la comprensione dei resoconti finanziari, o qualsiasi altra, peculiare del settore di attività commerciale in cui l'azienda opera.

Dal momento che tanta enfasi si pone sulla necessità di dotarsi di una buona *corporate governance*, è davvero fondamentale garantire che i rispettivi consigli di amministrazione siano composti da individui ben preparati per prendersi cura degli interessi societari, e di tutti coloro che abbiano un interesse agli affari societari. Ed è proprio alla luce di quest'esigenza che, in aggiunta ai programmi introduttivi, molte organizzazioni pianificano dei corsi di formazione periodici nonché di aggiornamento su temi di base, quali i doveri cui sono tenuti gli amministratori.

Questo metodo, che crea via via nel tempo la necessaria esperienza, ha dato prova di essere davvero efficace nei sistemi di *common law* e non solo, ed in quanto tale suscettibile di applicazione tutte quelle volte in cui è meno probabile che gli individui provengano da un *background* propriamente commerciale.

10. Motivi di tensione nel rapporto tra il board e gli amministratori esecutivi: possibili soluzioni e considerazioni conclusive.

Un'attenta e completa analisi dell'istituto oggetto di trattazione non può esonerarci dall'onere di effettuare delle valutazioni sul campo, come è già stato fatto in precedenza, che, più che ripercorrere il tema nelle sue grandi linee teoriche, si soffermi ad esaminare l'incidenza che la delega ha in seno all'organo amministrativo societario nella quotidianità degli eventi.

Il ruolo di supervisore del *board of directors*, infatti, benché realizzato in adempimento di un dovere previsto *ex lege* spesso comporta il sorgere di tensioni nel rapporto con gli amministratori esecutivi.

E qui spontaneo sorge l'interrogativo su chi debba essere considerato in ultima analisi il responsabile, preso atto che non esistono delle linee guida per l'impresa societaria che stabiliscano dove il *board* debba cedere e dove deve iniziare la gestione esecutiva. Resta, questa, una zona grigia, in cui spesso si manifestano lotte per il potere e per l'autorità.

Prima ancora di poter dare risposte, si rende pregiudizialmente opportuno inoltrarsi nel terreno delle cause dei dissidi, e delle ragioni a partire dalle quali i due organi possono entrare in conflitto, svolgendo tutta una serie di considerazioni di ordine pragmatico (³⁹⁵).

Il primo fondamento dei dissidi potrebbe rinvenirsi nella generale mancanza di informazioni o di chiarezza nella trasmissione delle stesse.

E le cause, svariate, sono da ricercare proprio nel contesto dei flussi informativi.

Intanto, ai membri del consiglio non sempre sono chiare le differenze tra *governance* e gestione. Di solito le questioni gestorie risultano più familiari e maggiormente comprensibili rispetto alle questioni di *governance*: è palese che l'assunzione di personale, la gestione dei progetti, o la modifica degli stessi sono più semplici da capire, per il loro impatto concreto sull'attività amministrativa quotidiana, rispetto ad attività più concettuali, come la definizione delle politiche, delle strategie e l'esercizio della supervisione.

Allora, a fronte della continua richiesta di informazioni dettagliate sulla gestione societaria da parte del *board* – informazioni di cui in realtà non ha bisogno poiché esse esulano dall'adempimento della sua funzione principale, che è da rinvenirsi, piuttosto, nella *governance* societaria – gli amministratori esecutivi spesso lamentano l'onere su di essi incombente di dover assolvere a tali continue richieste, poste in essere solo per permettere agli amministratori in consiglio di adempiere alle loro responsabilità sotto il profilo fiduciario, gestionale, e di vigilanza, trascurando però le loro prioritarie competenze.

Altra ragione dell'imprecisione informativa come causa di eventuale conflittualità *board* – *executives*, potrebbe rinvenirsi, ponendosi nella opposta

³⁹⁵ *Governance Matters Board Leadership Tools*, Board Leadership - Executive Director Conflict, Board Executive Directors Tension.

prospettiva, nella mancata comprensione, da parte di tali ultimi, dell'effettivo ruolo del consiglio. Di conseguenza, rispetto a quanto prima asserito, un amministratore esecutivo potrebbe male interpretare le richieste di informazioni avanzate dal *board*, individuandovi una mancanza di fiducia nelle proprie competenze, una mancanza di rispetto, o una mancanza di apprezzamento per il proprio lavoro.

E ciò accade perché gli amministratori esecutivi non sempre arrivano a comprendere la reale portata delle responsabilità del consiglio, e si risentono per la richiesta di informazioni di cui questo legittimamente abbisogna per l'esercizio dell'attività di vigilanza.

In terzo luogo, poi, i membri del *board* potrebbero non avere familiarità con lo scopo del lavoro di organizzazione e con le questioni della gestione quotidiana: nel senso che non sono adeguatamente formati sull'organizzazione d'impresa, sui suoi programmi e sul suo ambiente, e quindi avanzano continue istanze di informazioni agli esecutivi, non dedicando tuttavia del tempo a cercare di conoscere e studiare da sé l'organizzazione per conto proprio, ritrovandosi così privi di informazioni effettivamente indispensabili per offrire un adeguato modello di controllo.

Il secondo fondamento alle tensioni societarie potrebbe essere cercato ed identificato nel cambiamento, inteso sia nei termini dello spostamento di ruoli tra membri del *board* ed *executives*, sia nel senso del mutamento delle esigenze proprie dell'organizzazione.

Sotto il primo profilo, amministratori che si sono sempre occupati di assumere decisioni all'ordine del giorno non si adatteranno certo agevolmente al passaggio all'esercizio di funzioni di monitoraggio. Il tutto avrebbe, peraltro, delle ripercussioni su un eventuale nuovo amministratore esecutivo, laddove i membri transitati al consiglio gli imponessero di svolgere i suoi nuovi incarichi alla stessa maniera in cui erano da essi espletati precedentemente. Stesse medesime considerazioni varrebbero per l'ipotesi inversa.

Quanto al secondo profilo, un amministratore che ha guidato l'evoluzione dell'organizzazione d'impresa in una certa fase, non sempre dimostra, poi, di avere le capacità richieste anche per condurre l'organizzazione d'impresa alla fase

successiva: ciò poiché avverirebbe la pressione di dover affrontare nuove situazioni delle quali non si sente parte, e per le quali non sentirebbe di averne le competenze. Del resto, le nuove sfide e le nuove esigenze organizzative potrebbero disorientare i membri del *board*, lasciando così in essi una sensazione di insoddisfazione, e la percezione che le misure adottate fino a quel momento siano insufficienti per il progresso.

Altresì, può verificarsi che le pratiche del *board* non siano idonee all'adempimento del monitoraggio; e ciò crea tensioni.

Frequentemente, infatti, i membri del consiglio non hanno la capacità di metter a fuoco. Dunque, in termini piuttosto semplicistici, quando non sanno dove guardare, si concentrano sulla prima cosa che vedono; ovverosia quando non hanno una chiara comprensione di ciò che dovrebbero fare, ma tanta voglia di essere coinvolti, spesso afferrano la prima questione più familiare che gli si presenta e cercano di esercitare l'autorità in quella area o settore, e poco importa se sia utile per lo sviluppo societario.

L'inadeguatezza degli *standard* di vigilanza, tuttavia, potrebbe anche scaturire dall'assenza di appropriati meccanismi per la valutazione dell'amministratore esecutivo: cioè, in assenza di misure concordate e di un procedimento predefinito per la valutazione delle sue prestazioni, i membri del consiglio non possono che fare affidamento solo su giudizi soggettivi, che non difficilmente sono suscettibili di degenerare in giudizi controproducenti e persino dannosi.

Infine, varie altre ipotesi di incompatibilità e tensioni potrebbero essere una diretta conseguenza delle peculiarità dei rispettivi incarichi.

Si pensi agli amministratori esecutivi che devono gestire il personale, sforzarsi di capire come raggiungere gli obiettivi del programma, raccogliere fondi, equilibrare il bilancio e rappresentare l'organizzazione al mondo esterno: si tratta di una responsabilità enorme, la loro. Come *leader* organizzativi, hanno pure bisogno di libertà e flessibilità nell'assumere decisioni fondate sul loro giudizio e sulla loro esperienza professionale; e lamenterebbero la presenza di un consiglio che intende

operare una continua e penetrante supervisione nei loro confronti. Ed allora, per garantirsi una propria indipendenza, alcuni di essi cercano di “controllare” il consiglio sancendo delle “alleanze”, o monitorando il flusso di informazioni.

Altre volte, invece, gli amministratori in consiglio si esprimono mediante degli atteggiamenti, volutamente arroganti, che inevitabilmente ostacolano il dialogo e rendono difficile la collaborazione: assumono, cioè, dei comportamenti, all’interno ed all’esterno della sede consiliare, che in alcun altro contesto potrebbero mai essere tollerati.

E non in modo infrequente, ciò accade perché il membro del consiglio, approfittando del suo ruolo di supervisione, lo utilizza e lo sfrutta come un pretesto, giustificando se stesso con la pretesa di “essere il capo”.

Nulla impedisce di poter parlare, in relazione ad episodi del genere, di “bullismo”; ed allo stesso modo sarebbe qualificabile la loro condotta quando consiste nell’esigere informazioni inappropriate o inutili e in tempi irragionevoli, oppure nella formulazione di frequenti critiche nei riguardi dell’amministratore esecutivo.

Infine, molto più semplicemente – ed è ciò che di più realistico potrebbe verificarsi in seno alle riunioni del consiglio di amministrazione – la tensione tra il *board* e gli amministratori esecutivi non è altro che il frutto di personalità altamente forti ed inconciliabili fra loro: a volte, cioè, il loro mero problema è quello di non riuscire a trovare un accordo a causa di personali stili o valori troppo differenti.

Ad ogni problema, corrisponde quasi sempre una soluzione.

Ed anche stavolta, non v’è nulla che non si possa fare per gestire le relazioni conflittuali o prevenirle.

Intanto, prima ancora che manuali o grandi teorie possano pronunciarsi sul tema, la soluzione più a portata di mano è, sul piano etico, di indurre ogni singolo componente al dialogo civile, ed all’ascolto reciproco. Ciò comporterebbe la mutua comprensione delle problematiche quotidiane, come primo preliminare e fondamentale passo per un ragionevole confronto tra deleganti e delegati.

Poi, in base alla natura della causa principale, vari approcci potrebbero essere idonei alla risoluzione dei conflitti.

Ciò che sarebbe opportuno, *in primis*, è chiarire la funzione di vigilanza del consiglio, e sviluppare meccanismi che permettano ai membri il pieno e corretto adempimento delle relative responsabilità, senza dover necessariamente ingerirsi, con l'assidua richiesta di informazioni, nell'attività esecutiva quotidiana degli amministratori delegati. Ed un primo modo, sarebbe quello di coinvolgere il consiglio in una autovalutazione, come strumento per educare i membri del consiglio sulle funzioni che dovrebbero assolvere.

L'autovalutazione può realizzarsi mediante un questionario con cui si chiede ai membri di votare sul modo in cui il *board* adempie le sue funzioni di *governance*.

Anche agli amministratori esecutivi viene richiesto di completarne uno – nel quale si chiede pure di individuare le più importanti aree che presentano prospettive di evoluzione e di miglioramento – cosicché gli stessi possano essere poi confrontati, per verificare che idea hanno gli esecutivi sull'efficienza nell'esecuzione dei compiti consiliari.

Una volta tratte le risultanze, avviene l'incontro tra consiglio ed esecutivi per discutere di ciò che il consiglio adempie con efficienza e regolarità, e di ciò che, invece, necessita di miglioramento; richiedendo, nell'occasione, agli esecutivi il loro contributo e sostegno in tutte quelle aree di cui il *board* medesimo ne abbisogna per affinare l'adempimento delle funzioni di *governance*. A tal fine, vengono spesso consultati dei professionisti esterni per contribuire alla creazione di un piano d'azione sulla scorta dei risultati dell'autovalutazione.

In secundis, è importante che tutti quanti i componenti dell'organo amministrativo dedichino del tempo alla discussione sulle strategie e sulle politiche imprenditoriali, dunque sulle funzioni di *governance* propriamente intesa.

Troppo spesso, nell'ambito delle riunioni consiliari la gran parte del tempo trascorre nella disquisizione sui rapporti svolti dagli amministratori esecutivi, in ordine allo svolgimento di, od alla possibilità di intraprendere, operazioni economiche rilevanti. E non v'è, quindi, da meravigliarsi se i *board directors* si focalizzano e si specializzano solamente sulle questioni di spettanza propria del *management*, poiché è soltanto questo tutto ciò di cui sentono parlare!

Ed allora, per focalizzare l'attenzione altrove, amministratori esecutivi e *chairman* (o presidente del comitato esecutivo) necessitano di una cooperazione finalizzata ad individuare le questioni strategiche ed organizzative; provando ad indagare, piuttosto, su quali siano le tendenze emergenti per l'ambiente (sotto il profilo demografico, economico, politico, e così via) che potrebbero interessare e condizionare le future operazioni sociali; ovvero su come potrà essere classificata – dai giudizi di *rating*, ad esempio – l'organizzazione societaria nei successivi cinque anni, se si desse spazio e realizzazione agli obiettivi teorizzati nel programma; oppure su quali relazioni l'organizzazione necessita di coltivare ed incrementare; o su come può il consiglio continuare a crescere e svilupparsi sulla stessa lunghezza d'onda rispetto a quel momento, per sostenere il successo dell'organizzazione d'impresa.

Argomentati questi punti, il consiglio dovrebbe indicare le modalità attraverso cui i membri possono meglio dare attuazione alle proprie competenze, alle reti ed alle risorse, allo scopo di aiutare l'organizzazione societaria ad assicurarsi un adeguato *standard* di vigilanza.

Molti dei consigli di amministrazione che hanno costituito oggetto di studio ai fini dell'elaborazione, poi, di linee guida di tal sorta, hanno menzionato l'importanza di una regolare, e concorde, pianificazione strategica come un modo per ritagliarsi tempo su tali questioni. I processi di pianificazione strategica, in diverse occasioni, infatti, si sono rivelati idonei ad aiutare il consiglio a costruire un quadro globale ed a selezionare una serie di priorità, che vengono poi condivise e dal consiglio e dal suo *staff*. Al di là delle formali disquisizioni su un processo di pianificazione su un piano generale, le organizzazioni d'impresa hanno scoperto, e rivalutato, quanto sia importante integrare proprio le riunioni consiliari di vere e proprie sessioni di strategia nel corso dei costanti incontri del consiglio con gli esecutivi.

Infine, è consigliabile che le sedute consiliari siano dedite anche, o meglio, per una buona parte, alla dialettica sulle attività ed i ruoli dei membri del consiglio. Si era già detto di tale avvertimento, ma esso acquista maggiore valore ogniqualvolta si attraversi un periodo di transizione, dovuto all'assunzione di nuovi componenti da inserire nel *team* gestionale esecutivo, il quale comporta la rinegoziazione e la

riassegnazione dei ruoli che ciascuno giocherà nel prosieguo dell'attività per raggiungere gli obiettivi organizzativi.

La soluzione seconda consiste nel prendere atto degli obiettivi verso cui l'organizzazione è orientata, e sul tipo di *leadership* necessaria per passare alla fase successiva.

La peculiare importanza di questo avvertimento si manifesta a fronte di domande sul reale possesso da parte degli amministratori esecutivi delle capacità e qualità necessarie per porsi alla guida di un'impresa societaria verso fasi successive di sviluppo ed evoluzione. Domande le quali, peraltro, non possono che essere soddisfatte se non all'esito di un esame preliminare sugli obiettivi dell'organizzazione e sulle capacità tecniche richieste per perseguirli.

E' bene, pertanto, che consiglio ed esecutivi si riuniscano e, anche con l'aiuto di consulenti esterni, ripensino insieme il futuro dell'organizzazione ed il modo in cui quel futuro possa modellare il lavoro dell'esecutivo.

Sulla scorta di queste considerazioni di ordine generale, al consiglio di amministrazione viene chiesto di crearsi delle nuove aspettative sull'attività d'impresa; sulla cui base potrà, poi, procedersi alla valutazione del *team* esecutivo, al quale è invece richiesto di dar mostra di adeguate capacità di sviluppare nuove competenze a quelle aspettative correlate, e di padroneggiarle.

La discussione consiliare su questi temi, tuttavia, potrà trovare evoluzione in vari modi: può accadere, in primo luogo, che l'amministratore esecutivo riconosca che il futuro dell'organizzazione dipenda dalla sua capacità di sviluppare competenze che sono totalmente al di fuori della sua area di interesse, ed in quel caso, sceglierà di mollare, ed andarsene, preferendo trovare un'organizzazione più confacente alle sue proprie esigenze.

All'opposto, potrà anche avvenire che l'amministratore esecutivo si dimostri all'altezza della sfida, e sorprenda quanti in consiglio esprimevano giudizi critici, offrendo ciò che effettivamente ci si aspettava.

O infine, pur tentando di affrontare le sfide, all'amministratore esecutivo sarà impossibile soddisfare le aspettative, e gli verrà chiesto di abbandonare l'organizzazione. Talvolta, la circostanza che una simile scelta possa lasciare

l'organizzazione medesima in serie difficoltà, la induce ad evitare di prendere decisioni difficili, ed a preferire, piuttosto, di dare una seconda o terza *chance*. E' chiaro che in un contesto imprenditoriale altamente competitivo, le imprese societarie non possono permettersi di essere generose a tal punto.

Si è fatto cenno all'importanza della preventiva individuazione degli obiettivi imprenditoriali.

La fissazione di obiettivi annuali in qualità di *partner* è una delle fondamenta della reciproca collaborazione dei due organi della cui attività si tratta: consente la creazione di un *forum* per dare risposte importanti sulle aspettative reciproche, e da garanzia della ragionevolezza degli obiettivi fissati.

La procedura trova spesso inizio presso il *team* gestionale, che rivaluta ciò che è stato realizzato nel corso dell'anno precedente, e propone propositi per l'anno successivo – valuta quindi *performance* passate ed aspettative future – in modo tale che i membri del consiglio abbiano tempo per esprimere osservazioni (*feedback*) in merito a quelle stesse aspirazioni.

Sarebbe una buona idea quella di esprimere *feedback*, anche informali, nel corso dell'esercizio sociale, soprattutto nei momenti di tensione, come mezzo per risolverle il prima possibile. In caso, tuttavia, di esito negativo, nulla esclude che il *board* possa sedersi al tavolo insieme agli esecutivi allo scopo di sviluppare un piano per re-incanalare le problematiche prima che esse sfuggano di mano.

10.1. (segue): criteri ultimi per una forte partnership tra board ed executive directors.

Costituiscono garanzia di un impegno di collaborazione tra il *board* e gli amministratori delegati, le chiavi del successo di un efficace partenariato, ossia una serie di valori dai quali principalmente dipendono le interazioni tra i soggetti.

Iniziandone la menzione in ordine crescente di importanza, *in primis*, la comunicazione: i componenti che siedono al *board* hanno il diritto di sapere cosa sta succedendo, anche quando le ultime notizie non sono delle migliori, e gli

amministratori esecutivi sono disposti a riferire su qualsivoglia argomento, essendo perfettamente consci che i membri in consiglio non lo useranno come strumento per minarne la *leadership* e l'autorità.

Il secondo valore è la possibilità di stipulare un accordo costruttivo. Tra i tanti gruppi intervistati ai fini della redazione di un tal catalogo di regole, in molti casi è emerso che gli amministratori parte del *board* credono nel valore dell'esprimere opinioni diverse, punti di vista diversi, purché sulle differenze ci si scontri in modo rispettoso, e con lo scopo di arrivare ad una comprensione condivisa.

In terzo luogo, fiducia e rispetto sono immancabili elementi sia di una comunicazione in cui i punti di vista sono condivisi, sia di un forte disaccordo, ove questo sia seguito dalla certezza che ognuno dei componenti sarà di aiuto all'altro per l'attuazione di prospettive di successo.

Ancora, non devono mai venir meno il desiderio di apprendere, e la chiara definizione dei rispettivi ruoli.

Quest'ultima, peraltro, consente agli amministratori di potersi districare agevolmente, qualora emergano nuove questioni che arrivano fino al punto in cui l'autorità dell'amministratore esecutivo finisce, ed inizia la supervisione dell'intero consiglio, ma anche in presenza di tutti quei temi che ricadono nella zona grigia, nel senso che saranno oggetto di discussione tra le due parti.

Non si trascuri, in conclusione, che benché l'istituto della delega tenda all'assegnazione di specifiche e differenziate attribuzioni tra tutti quanti i componenti del *board*, deleganti e delegati, il perseguimento dell'obiettivo unico – ossia, la creazione di una buona *governance* societaria – non può non passare dall'instaurazione e dalla conservazione di buone e proficue reciproche relazioni degli amministratori delegati con ciascuno dei componenti del *board of directors*, anche e soprattutto al fine, di tipo pragmatico, di sapere a chi rivolgersi in presenza di problematiche in specifiche aree, o chi allertare quando si abbiano gravi sospetti di irregolarità gestionale in certi altri settori.

INDICE DELLE OPERE CITATE

ABBADESSA, *Assemblea, amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 1475 ss.

ABBADESSA, *Intervento*, in *Costituzione, finanziamento, strutture dell'organo amministrativo e legge di riforma delle società di capitali*, Atti della Tavola Rotonda, Palermo, 10-11 maggio 2002, Ed. Salerno, Palermo, 2002, 64.

ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3*, Utet Torino, 1994, 3, 17.

ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società*, Atti del Convegno Internazionale di studi, Venezia, a cura di Balzarini, Carcano, Mucciarelli, II, Giuffrè, Milano, 1996, 567.

ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 75 ss.

ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina dell'amministrazione delegata*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Utet, Torino, 2006, nt. 1.

ABRIANI, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti delle società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 1303.

ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998.

ABRIANI, *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di Abriani e Onesti, Giuffrè Milano, 2004, 15.

ACEMOGLU, *Technology, Information and the Decentralization of the Firm*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2007, 122(4), pp. 1759 ss.

AGHION P., TIROLE J., *Formal And Real Authority In Organizations*, in *The Journal Of Political Economy*, Vol. 105, N. 1, Feb., 1997.

ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, VI, II, c. 222.

ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1, Cost.*, in Branca e Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna Zanichelli, 1991.

ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 106.

ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 225.

AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Giappichelli, Torino, 2003, 64.

ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir.. comm.*, 2006, I, 692.

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2006, 166.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari: i reati fallimentari e societari*, Milano, Giuffrè, 1959.

ARENDT, *Alcune questioni di filosofia morale*, Torino Einaudi, 2006.

ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, Einaudi, 2004.

ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 172.

ASSONIME, *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento dell'Assonime*, in *Riv. Soc.*, 2005, 907.

BALZARINI, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, *Il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato*, a cura di Balzarini, Cagnasso, Irrera, Quattrocchio, XVII, Giappichelli, Torino, 2002, I, 263.

BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 32.

BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*, in *RDS*, 2/2008, 335.

BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè Milano, 2004, 46.

BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Milano, 1985, p. 47 ss, nt 89 e 90.

BONELLI, *L'amministrazione della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 708.

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 4, Torino, UTET, 1991, 391 ss.

BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in AA. VV., *Contributi alla riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 3/04, 620.

BORGIOLI, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 731 ss.

BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Nardini, Firenze, 1986, p. 57 ss.

BORGIOLI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1978, 1056.

BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 35.

BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 401.

BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1974, 143 ss.

CABRAS, *La forma d'impresa*, Torino, 1995, 221 ss.

CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, UTET, 2002, 6 ss.

CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Le Società*, 2003, I, 801.

CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 58 ss.

CAGNASSO, *I doveri di informazione degli amministratori investiti di poteri delegato*, in *L'informazione societaria*, Atti del convegno internazionale di studi, a cura di Alvisi, Balzarini e Carcano, Giuffrè, Milano, 1982, 598.

CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Tratt. s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, UTET, Torino, 1991, p. 298.

CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1076.

CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 96.

CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, 362 – 363.

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di Campobasso, Utet, Torino, 2006, 371.

CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contr. Impr.*, 2003, 153, nt 22.

CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 93 ss.

CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. Pen.*, 2008, 113.

CHEFFINS B.R., *Company Law: theory, structure and operation*, Oxford, Clarendon Press, 1997, Chap. 13.

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

CIVERRA, *Inadempimento delle obbligazioni sociali e responsabilità degli amministratori* (commento a Cass. Civ., 26 ottobre 2004, n. 20771), in *Società*, 2005, 1120.

COFFEE, *Gatekeepers: The professions and corporate governance*, Oxford University Press, 2006.

COLANGELO, *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti e i fallimenti dell'affare Enron*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, p. 459.

COLOMBO M., DELMASTRO M., *Delegation of Authority in Business Organizations: an Empirical Test*, in *Journal of Industrial Economics*, Blackwell, 2004, vol. 52.

COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Scuola del Notariato della Lombardia, Milano, Ipsoa, 2003, 182 ss.

COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7, UTET, Torino, 1994, 387.

COMEY, *Go directly to jail: White collar sentencing after the Sarbanes-Oxley Act*, in *Harvard Law Review*, 2009, 122, 1728 ss.

COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, I, 2, con la collaborazione di Cagnasso, Monteverde e Qautrocchio, Cedam, Padova, 2006, 396.

CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d. lgs. n. 6/2003*, in *Riv. soc.*, 2009, 1425.

CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 15.

D'ALESSANDRO, *Art. 40*, in Dolcini e Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, II ed., Milano, Ipsoa, 2006, 365.

D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam, 1989.

DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, Apogeo, 2008.

DALMARTELLO – PORTALE, in Scotti Camuzzi, Dalmartello, Portale, Grassetto, Minervini e Abbadessa, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo"?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 801.

DE CRESCIENZO, *Le azioni di responsabilità. Normativa vigente, riforma societaria e aspetti penali*, Ipsoa, Milano, 2003, 39.

DE MARI, *La quotazione di azioni nei mercati regolamentati: profili negoziali e rilievo organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2004, 118.

DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, artt. 2380-2396 c.c., Egea, Milano, 2005, 120.

DE NICOLA, *Art. 2392 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, *Amministratori*, a cura di Ghezzi, artt. 2380-2396 c.c., Egea, Milano, 2005, 562.

DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 1999, 229 ss.

DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. Soc.*, 1981, 82.

DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, in AA. VV., *Contributi alla riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 3/04, 647.

DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 321 ss.

DINE J. and KOUTSIAS M., *Company law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009.

EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società di diritto americano*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 619.

ELLERY D., *Supporting Non-Executive Directors*, in *Company Secretary's Review*, 19 dicembre 2012, Lexis Library.

FAMA E. and JENSEN M., *Agency Problems and Residual Claims*, 26 *Journal Of Law And Economics* 327 (1938).

FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 37.

FARENGA, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni. Profili sostanziali e processuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 333 ss.

FATTORI, *Amministratore di fatto di società di capitali: natura e responsabilità*, in *Società*, p. 802.

FATTORI, *Attribuzione della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità*, in *Società*, 1995, p. 926 ss.

FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2009, 590.

FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2007, 25.

FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 631.

FERRI jr., *Le deleghe interne*, in AA. VV., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Libonati, Milano Giuffrè, 1995, p. 196.

FERRI jr., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Giuffrè, Milano, 2003, 39.

FERRI, *La disciplina delle società nel Codice di Commercio del 1882*, in *1882-1892. Cento anni dal codice di commercio*, Giuffrè Milano, 1982, 105.

FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, X, 3, UTET, Torino, 1987, p. 713.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna Zanichelli, 2009, p. 610 – 611.

FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991, 165 ss.

FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: <<prima lettura>> della sentenza*, in *Foro it.*, I, 1385 ss.

FIGURELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985.

FORTI, <<Doppio standard>> e <<doppio vincolo>> nella decisione di delinquere o di <<blow the whistle>>, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del XXV convegno di studio De Nicola, Milano, Giuffrè, 2009, 173 ss.

FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in Dolcini e Paliero (a cura di), *Studi in onore di Marinucci*, Milano, Giuffrè, p. 283.

FRANCHI, *La responsabilità di amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario. I principi per una disciplina <<europea>> e i riflessi nell'ambito delle società bancarie*, Giuffrè Milano, 2004, 20, nota 48.

FRANZONI, *Della società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali – Degli amministratori*, in Galgano (a cura di), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., Bologna-Roma, 2008, sub art. 2381, 93.

FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in Franzoni, Galgano, Di Pietro, Rossi Vannini, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, XIX, Cedam, Padova, 1994, p. 34 ss.

FRE' – SBISA', *Della società per azioni, 1, Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli – Soc. ed. del foro italiano, Bologna - Roma, 1997, p. 842.

GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Le nuove società di capitali e cooperative*, 1, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Cedam Padova, 2006, 456.

GAMBINO – SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, II, Giappichelli, Torino, 2007, 120 ss.

GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, I, 3 ss.

GHEZZI, *Art. 2409-novies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di Ghezzi, artt. 2409-octies – 2409-noviesdecies c.c., Egea, Milano, 2005, 45, nt 3.

GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1981, 45 nt. 3.

GOWER e DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell 2008, p. 365.

GRAHAM J.R., HARVEY C.R., PURI M., *Capital Allocation and Delegation of Decision-making Authority within Firms*, 2010, in Social Science Research Network (SSRN).

GRANDORI, *Organizzazione e comportamento economico*, Bologna, Il Mulino, 1999.

GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 1568.

GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 120.

GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto azionario*, in *Riv. soc.*, 2004, 851, nota 24.

HANSMANN H. and KRAAKMAN R., *What is Corporate Law?*, 25.2.2004, in Social Science Research Network (SSRN).

HARRIS e RAVIV, *Allocation of Decision-Making Authority*, in *Review of Finance*, 2005, 9(3), p. 353 ss.

HATCH, *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2006.

IBBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in AA. VV. (a cura di Cian), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo civile*, Padova, 2004, 153.

IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 230 ss.

JENNERGREN, *Pitfalls of analysis: Majone and Quade*, *International Series on Applied Systems Analysis*, in *Journal of Policy Modeling*, Elsevier, 1981, p. 272 ss.

KERSHAW, *Company Law in context: texts and materials*, Oxford University Press, 2012, Chap 7.

KUTUFA', *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, 714.

LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999.

LIBONATI, *Riflessioni in tema di corporate governance*, Relazione al convegno *Tutela del risparmio, nuove regole di governance e disciplina delle autorità di vigilanza*, Foggia, 29-30 ottobre 2004.

LIBONATI, voce *Bilancio delle società*, in *Noviss. Dig. It*, Appendice A-Cod, Utet, Torino, 1980, 809.

LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione, commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, Milano, 1984, 41 ss.

LUMSDEN A., *The role and responsibilities of directors on board sub-committees*, in *Social Science Research Network (SSRN)*, June 2007.

MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 904 ss.

MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss.

MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in Cian (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Cedam, Padova, 2004, 473.

MARINO e MATSUSAKA, *Decision Processes, Agency Problems, And Information: An Economic Analysis Of Capital Budgeting Procedures*, in *Review of Financial Studies*, 2005, Vol. 18, p. 301 ss.

MARINUCCI – ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni. Il diritto penale delle società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 692 ss.

MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 95/1.

MATTEI e SARTORI, *Conflitto continuo. A un anno da Enron negli Stati Uniti e in Europa*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 181.

MAZZONI C. M., *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, I, UTET, Torino, 1999, 765.

MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in Balzarini, Carcano, Ventoruzzo (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 2006, Milano Giuffrè, 2007, 531.

MERUZZI, *L'informativa endosocietaria nella società per azioni*, in *Contr. e impresa*, 2010, 769.

MINERVINI, *Commento ad art. 2380 c.c.*, in *La riforma delle società. Le nuove leggi del diritto e dell'economia*, a cura di Sandulli e Santoro, I, Torino, Giappichelli, 2003, 392 ss.

MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Milano, 1957, p. 387.

MONTALENTI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso e Montalenti, 1, artt. 2325-2409 c.c., Zanichelli, Bologna, 2004, 681.

MONTALENTI, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. Comm.*, 2007, 9 ss.

MONTALENTI, *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Soc.*, 1998, 900.

MONTALENTI, *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno*, in *Riv. soc.*, 2002, 826 ss.

MONTALENTI, *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. Soc.*, 1997, p. 730.

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 Abbadessa e Portale, 2, UTET, Torino, 2006, 843-844.

MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, 423.

MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 441 – 442.

MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 2, Cedam Padova, 2004, 232 ss.

MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di Abriani e Onesti, Giuffrè Milano, 2004, 50.

MONTESANO (a cura di), *Teoria economica dell'organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1996.

MORANDI, *Art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 2, artt. 2397-2451 c.c., Cedam, Padova, 2005, 675.

MORELLO, *Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale e autonomia funzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 741 ss.

MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, artt. 2380 – 2448 c.c., Jovene, Napoli, 2004, 601.

MUCCIARELLI, *Il ruolo dei <<vantaggi compensativi>> nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 632.

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

NAZZICONE – PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli (art. 2380 – art. 2409 noviesdecies c.c.)*, *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, 5, Giuffrè Milano, 2003, 30.

NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, Bononia University Press, 2009.

OLIVIERI, *La funzione giuridica del bilancio consolidato*, in Colombo e Olivieri, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7, UTET, Torino, 1994, 651.

PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., Milano, Franco Angeli, 1983.

PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Indice pen.*, 1985, p. 17.

PALAZZO, *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003.

PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *riv. med. leg.*, 1992, p. 821.

PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. pen.*, 1962, p. 232.

PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, vol. III.

PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 125.

PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.

PRENDERGAST, *The Tenuous Tradeoff Between Risk And Incentives*, 2002.

PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 1997, 746 ss.

PULITANO', *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, p. 904.

PULITANO', *Diritto penale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 492.

QUATRARO, *L'amministrazione delle società. I regimi previsti dalla riforma*, in Danovi (a cura di), *La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici*, Atti del convegno Milano 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 103.

RABITTI – BEDOGNI, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo nelle società per azioni*, in De Tilla – Alpa – Patti (a cura di), *Nuovo diritto societario*, Atti dei seminari tenuti nell'Auditorium della Cassa Forense in Roma, 12 maggio – 10 luglio 2003, Italia Oggi, Roma, 2003, 326.

RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Giuffrè Milano, 2004, 159.

RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 217.

RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. Soc.*, 1997, 768.

ROMANO, *Art. 2381*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli Torino, 2003, 405.

ROMANO, *Art. 40*, in *Id.*, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, vol. I, p. 361.

RORDORF, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari: profili giuridici*, in *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Il Mulino, Bologna, 2007, 72 ss.

ROSSI, *Art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 2, artt. 2397 – 2451 c.c., Cedam, Padova, 2005, 807.

ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060, nt. 3.

SALAFIA, *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, 293.

SANDULLI, *Art. 2392*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, 1, artt. 2325 – 2422 c.c., Giappichelli, Torino, 2003, 472.

SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, UTET, Torino, 2006, 474.

SANTAGATA, *Del mandato, delle obbligazioni del mandatario, delle obbligazioni del mandante*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1998, 252 ss.

SANTAGATA, *Lineamenti generali dell'istituto della fusione: natura giuridica e procedimento*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società. Profili civili e fiscali*, Ipsoa, Milano, 1993, 53.

SANTELLA, *Commento all'art. 2381*, in Grippo (a cura di), *Commentario delle società*, I, UTET, Torino, 2009, 484.

SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Giuffrè, Milano, 2003, 136.

SCARPA, *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 87-88.

SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, UTET, Torino, 2006, 730.

SPOLIDORO, *Bilancio di fusione*, in Serra e Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società* (Commento al d. lgs., 16 gennaio 1991, n. 22), Giappichelli, Torino, 1994, 32 ss.

STELLA – PULITANO', *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 551 ss.

STELLA RICHTER jr., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca Impresa Società*, 2005, 172, nt 19.

STELLA RICHTER jr., *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. Soc.*, 2007, 261.

STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in Marinucci e Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano Giuffrè, p. 45 ss.

STELLA, *Sub art. 40 c.p.*, in Crespi, Stella e Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, Cedam, 2003.

STIRPE, *La diligenza come criterio di responsabilità dell'obbligato: evoluzione storica della regola giuridica – Gli amministratori di società*, 2008, su www.archivioceradi.luiss.it.

TAGGART e CARROLL, *Cockpit Resource Management, A tool for improved flight safety*, 1987.

TARGETTI, *Crac finanziari e norme sul risparmio*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 247.

TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 2397-2408 c.c., Giuffrè Milano, 1992, 163.

TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in Abriani, Calvosa, Ferri jr, Giannelli, Guerrera, Guizzi, Motti, Notari, Paciello, Regoli, Rescio, Rosapepe, Stella Richter jr, Toffoletto, *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano Giuffrè, 2006, 221.

TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel D. Lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Società*, 2001, p. 1305.

VAN DEN STEEN, *Interpersonal Authority In A Theory Of The Firm*, in *American Economic Review*, 100, 2010, 466 ss.

VAN DEN STEEN, *Organizational Beliefs and Managerial Vision*, in *Journal of Law, Economics & Organization*, 21, 2005, 256 ss.

VASSALLI, *Art. 2392*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, art. 2380-2448 c.c., Jovene, Napoli, 2004, 683.

VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 26.

VENTORUZZO, *Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 371 ss.

VISENTINI, *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore*, in Afferni – Visintini (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Atti del convegno Imperia, Giuffrè, Milano, 2005, 99 ss.

VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

WEIGMANN, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto commerciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 797 ss.

WELLS, *Corporation and criminal responsibility*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2001.

ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 86 ss.

ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, 12, 1465 – 1478.

ZAMPERETTI, *La convocazione e l'ordine del giorno del consiglio di amministrazione di s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, 284.

ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2010, 90.