UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in
DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXVI CICLO

Settore scientifico-disciplinare
IUS/02 - Diritto privato comparato

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI AMMINISTRATORI TRA *BUSINESS JUDGMENT RULE* E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

PROFILI DI DIRITTO COMPARATO

DIRECTORS' LIABILITY BETWEEN BUSINESS JUDGMENT RULE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

COMPARATIVE LAW PROFILES

COORDINATORE:
Prof. Massimo Iovane

DOTTORANDO:
Dott. Giorgio Sica

TUTOR:
Prof. A. Procida Mirabelli di Lauro

Anno Accademico 2022/2023

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI AMMINISTRATORI TRA *BUSINESS JUDGMENT RULE* E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

PROFILI DI DIRITTO COMPARATO

CAPITOLO I – RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI TRA CONTRATTO E TORTO

1. Ragioni di una ricerca comparatistica e interdisciplinare: la responsabilità civile come "sismografo" 4
2. Il dogma della polifunzionalità della responsabilità civile nella dimensione societaria 9
3. Responsabilità interna e inadempimento degli amministratori 17
4. Fisionomia dell'obbligazione gestoria tra atipicità e discrezionalità 23

4.1 (Segue). Oltre le classificazioni tradizionali: l'obbligazione gestoria nel prisma delle obbligazioni non governabili 28

5. La diligenza gestoria quale parametro valutativo della condotta degli amministratori e il (definitivo) commiato alla dicotomia obblighi specifici – obblighi generici 31

5.1. Canoni e modelli di riferimento. Convergenze e divergenze con il *duty of care* inglese e la *Sorgfalt* tedesca 36

6. Responsabilità esterna degli amministratori e *neminem laedere* 42

6.1 *Third party liability* dei *directors* e ruolo pivotale della *tort law*: il tramonto della *identification doctrine* 47

7. Trasposizione della teoria del contatto sociale nella dimensione societaria 52
8. Il fenomeno di direzione e coordinamento di società tra "responsabilità contrattuale in senso debole", obblighi di protezione e fondamento extracontrattuale 56
9. Responsabilità per l'inadeguatezza degli assetti organizzativi: una ipotesi emblematica della funzione preventiva 62

9.1 (Segue). *Organisationspflicht* e *duty to monitor* 66

10 *Onus probandi*, principio di vicinanza della prova e allegazione "qualificata" nelle azioni sociali di responsabilità 71

10.1 (Segue). Modelli a confronto: il *Beweislast* tedesco e il *burden of proof* anglo-americano 76

11. La ricostruzione del nesso di causalità nelle azioni di responsabilità gestoria 78
12. Una visione di sintesi 83

CAPITOLO II - ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ E ALLOCAZIONE DEL RISCHIO RISARCITORIO

Sezione I

IL SIGNIFICATO SISTEMATICO DELLA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

1. *Agency relation* - responsabilità - *bjr*: il bilanciamento tra "neutralizzazione" ed incentivazione della funzione gestoria 86
2. Genesi della regola nell'ordinamento del Delaware e traiettorie evolutive 93
3. Il *legal transplant* della *business judgment rule* nel contesto tedesco 98
4. Il modello italiano: la *reductio ad unitatem* con il parametro di diligenza e l'argine a derive di responsabilità oggettiva 104
5. *Business Judgment Rule* e adeguatezza degli assetti organizzativi 110

Sezione II

STRUMENTI DI ESONERO DA RESPONSABILITÀ E GESTIONE CONTRATTUALE DEL RISCHIO

1. L'esonero da responsabilità nella dimensione codicistica 117

1.1. (Segue). Clausole di esonero da responsabilità, *exculpatory clauses* e *Inhaltskontrolle* 120

2. Esonero successivo all'esercizio della funzione gestoria 122

3. Esonero preventivo: tra inderogabilità e derogabilità dell'archetipo di responsabilità gestoria 126

4. Le clausole di esonero da responsabilità gestoria al vaglio del giudizio di meritevolezza 128

5. Profili comparatistici: i contrapposti paradigmi del c.d. *Satzungsstrenge* e della *contractual freedom* 130

6. I patti di manleva: struttura e inquadramento civilistico 133

7. Manleva e responsabilità gestoria 138

CAPITOLO III – RESPONSABILITÀ E DIGITALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE GESTORIA

1. Lo scenario geopolitico e l'avvento della *CorpTech* 144

2. Le potenzialità applicative dell'IA nell'esercizio della funzione gestoria: *Assisted AI*, *Augmented AI* e *Autonomous AI* 149

2.1. (Segue). L'intelligenza artificiale come *Einsatz als Substitut*: limiti strutturali alla configurazione dei *Robobards* 152

3. I profili di rischio: *bias* e amnesie collettive 162

4. *New technologies*, nuovi doveri (?) 168

4.1. (Segue). L'*enforcement* del parametro di diligenza 173
5. Nuove frontiere di responsabilità nell'era dell'intelligenza artificiale 175
6. La possibile rimodulazione della *business judgment rule* 179
6.1. (Segue). "*Pflicht zum Einsatz von KI*"? Il perimetro applicativo della *bjr* tedesca alla prova dell'intelligenza artificiale 181
7. Regolazione europea dell'IA e possibili risvolti applicativi nella dimensione gestoria 189
7.1. (Segue). Tutela *ex ante* e principio di *accountability* 191
7.2. (Segue). Tutela *ex post* e profili rimediali 198
8. Funzione gestoria ed evoluzione tecnologica: l'approdo sicuro della responsabilità civile 202
9. Riflessioni conclusive 207

Indice bibliografico 210
Indice della giurisprudenza 243

CAPITOLO I

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI TRA CONTRATTO E TORTO

SOMMARIO: 1. Ragioni di una ricerca comparatistica e interdisciplinare: la responsabilità civile come "sismografo"; 2. Il dogma della polifunzionalità della responsabilità civile nella dimensione societaria; 3. Responsabilità interna e inadempimento degli amministratori; 4. Fisionomia dell'obbligazione gestoria tra atipicità e discrezionalità; 4.1. (Segue). Oltre le classificazioni tradizionali: l'obbligazione gestoria nel prisma delle obbligazioni non governabili; 5. La diligenza gestoria quale parametro valutativo della condotta degli amministratori e il (definitivo) commiato alla dicotomia obblighi specifici – obblighi generici; 5.1. Canoni e modelli di riferimento. Convergenze e divergenze con il *duty of care* inglese e la *Sorgfalt* tedesca; 6. Responsabilità esterna degli amministratori e *neminem laedere*; 6.1. *Third party liability* dei *directors* e ruolo pivotale della *tort law*: il tramonto della *identification doctrine*; 7. Trasposizione della teoria del contatto sociale nella dimensione societaria; 8. Il fenomeno di direzione e coordinamento di società tra "responsabilità contrattuale in senso debole", obblighi di protezione e fondamento extracontrattuale; 9. Responsabilità per l'inadeguatezza degli assetti organizzativi: una ipotesi emblematica della funzione preventiva; 9.1. (Segue). *Organisationspflicht* e *duty to monitor*; 10. *Onus probandi*, principio di vicinanza della prova e allegazione "qualificata" nelle azioni sociali di responsabilità; 10.1. (Segue). Modelli a confronto: il *Beweislast* tedesco e il *burden of proof* anglo-americano; 11. La ricostruzione del nesso di causalità nelle azioni di responsabilità gestoria; 12. Una visione di sintesi.

1. Ragioni di una ricerca comparatistica e interdisciplinare: la responsabilità civile come "sismografo"

Il tema della responsabilità degli amministratori di società di capitali costituisce *tòpos* nevralgico della riflessione gius-economica per una serie di ragioni di carattere sistemico e di quesiti cui l'interprete è tenuto costantemente a confrontarsi, a maggior ragione nell'odierno scenario intensamente permeato dalla digitalizzazione e dalla crescente proliferazione di modelli di intelligenza artificiale dotati di carattere profondamente trasformativo.

Da questo angolo visuale, si intende scandagliare un *thema* ad eminente vocazione transnazionale, considerata la cittadinanza ormai "multipla" degli enti societari, la cui disciplina

non viene, peraltro, ad esaurirsi nel mosaico normativo di settore tracciato nei singoli ordinamenti, bensì impone un'inedita integrazione con il ruolo dei tradizionali dogmi e principi offerti dal diritto privato e, talvolta, dello strumentario di analisi economica del diritto, che assurgono a centrali chiavi di (ri)lettura del fenomeno anche alla luce dell'incidenza del progresso tecnologico[1]. Sullo sfondo si posiziona il rinnovato approccio di genesi statunitense volto a superare una "*reductively instrumentalist policy evalution*" e quindi una metodologia incentrata sul *rule-by-rule* (o, se si preferisce del *doctrine-by-doctrine*), per dare accesso ad una visione di insieme che riesca a cogliere le interazioni tra i differenti istituti, in senso ampio, privatistici[2]. Ed è questa d'altronde l'unica metodologia che, lungi dal voler assumere una portata meramente descrittiva, consente di registrare il dialogo tra sfere giuridiche apparentemente distinte, restituendone un'idea di circolarità[3].

Siffatta visione, per così dire integrativa, richiede di meditare sul contributo sostanziale che i dogmi del diritto privato sono in grado di apportare alla dimensione societaria.

In questa direzione, la responsabilità degli amministratori, la cui interdisciplinarietà quanto meno nella sfera giuridica è già evocata dal binomio terminologico, si alimenta di una dimensione intrinsecamente comparativa, atteso che la crescente evoluzione economica ha posto in crisi, depotenziandolo, il fenomeno di statualizzazione del diritto[4]. Di ciò si trae argomento dall'osservazione del mercato globale e dalla predisposizione di norme a loro volta globali, sostitutive o quanto meno integrative delle singole *regolae iuris* dettate dal legislatore nazionale[5].

---

[1] Intramontabile è l'insegnamento di G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 6, p. 1089 ss., teso a coniugare lo studio del diritto con una molteplicità di prospettive. Su tale approccio "poliedrico" incentrato sulla contaminazione del diritto con discipline esterne, si vedano G. ALPA, *Il futuro del Law & Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, p. 597 ss.; P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 133, ove si ammonisce a «non confondere l'interdisciplinarietà con una ricezione passiva e acritica degli assiomi analitici (che di fatto nascondo scelte di valore) sviluppati da altre discipline».

[2] Il richiamo è alla c.d. *New Private Law Theory*. Sulla valenza sistematica di questo nuovo approccio si vedano *ex multis*, AA. VV., *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford, 2020, *passim*; S. GRUNDMANN, H.W. MICKLITZ, M. RENNER, *New Private Law Theory*, Cambridge, 2021, *passim*.

[3] Cfr, M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 5.

[4] A tal proposito, illuminanti le riflessioni di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Padova, 2021, p. 209. In termini non dissimili E. AL MUREDEN, *Presentazione*, in G. CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics* (traduzione a cura di F. Fimmanò, V. Occorsio), Milano, 2018, p. 8, per il quale «la contaminazione del diritto nazionale (e più in generale di tutti i sistemi europei di *civil law*) con figure giuridiche concepite nel contesto statunitense e quindi fortemente influenzate dal metodo dell'analisi economica del diritto, del resto, ha conosciuto a partire dagli anni Settanta un'inarrestabile espansione generata e alimentata dall'autonomia dei privati…».

[5] Si veda A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 86.

Il ricorso alla comparazione[6], con la sua intramontabile attitudine a «spogliarsi di categorie concettuali del proprio ordinamento, squarciando il velo di supposti dogmi e costruzioni retoriche»[7], si snoda, in tal senso, lungo una duplice coordinata: da un lato si allude alla esportabilità di soluzioni coniate negli ordinamenti allogeni, come d'altronde è sovente accaduto con la ricezione di istituti anglo-americani sia nel diritto italiano che nel diritto azionario tedesco[8]; per altro verso si intende, come *funditus* si vedrà a proposito della *business judgment rule*, dar conto della incidenza del c.d. diritto transnazionale, vale a dire «l'insieme di quei principi giuridici fondamentali che appaiono suscettibili di essere accettati nei diversi ordinamenti, anche indipendentemente dal fatto di essere in essi introdotti attraverso espliciti atti normativi»[9]. Il che sembra rispecchiare un approccio sostanziale che rinviene nel "diritto degli spazi"[10] un diritto prettamente giurisprudenziale, animato da una crescente *cross-judicial fertilization*[11], che conserva una vocazione verso i mercati anche diversi da quelli nazionali, richiedendo al contempo «regole il più possibile aperte alle esigenze dell'economia»[12].

Ciò posto, se in linea di principio il diritto commerciale era costruito in un corpo organico di norme, speciali, ma non eccezionali, erigibili a sistema distinto dal corpo del diritto civile anche se non del tutto autosufficiente, nel panorama giuridico odierno, caratterizzato dalla crescente espansione di ogni scienza e conoscenza, diretta filiazione dell'inarrestabile processo di

---

[6] Circa l'utilità funzionale dell'approccio comparativo, sempre attuali le osservazioni di R. SACCO, P.G. MONATERI, A. GAMBARO, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, rist. 2006, secondo cui «La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema, dopo aver identificato e ricostruito questi stessi elementi. In specie, essa controlla se le regole operazionali presenti nel sistema siano compatibili con le proposizioni teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole operazionali. Attraverso le dissociazioni il comparatista si spoglia dai condizionamenti derivanti dalle sue fonti di informazione. La comparazione come premessa ad una feconda (tanto più feconda quanto più controllata) circolazione dei modelli potrà rifiutare lo studio delle regolarità strutturali, perché desidera semplicemente utilizzare spezzoni di diritto straniero come argomenti per invocare soluzioni nuove nel nostro diritto interno. In questa veste il diritto comparato cessa di aver fini conoscitivi per acquistare una funzione promozionale». Si vedano altresì le riflessioni di G. AUTORINO, *La comparazione come fonte del diritto tra scienza e conoscenza*, in *www.comparazionedirittocivile*, febbraio 2018; di R. SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, *passim*, nonché G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 928 ss.

[7] In proposito, l'insegnamento di V. ZENO-ZENCOVICH, *Un diritto comparato dialogante*, in A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021, p. 379.

[8] Esamina il ruolo svolto dalla comparazione nella dimensione societaria, G.B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, 2-3, p. 326.

[9] La condivisibile nozione si deve a A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Seconda edizione*, Bologna-Roma, 2011, p. 746 ss.

[10] N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2004.

[11] In proposito G. AUTORINO, *Diritti fondamentali e "cross fertilization": il ruolo delle Corti Supreme*, in *Dir. publ. comp. eur.*, 2014, 4, p. 2057 ss.

[12] In argomento, A. CAPRARA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, Padova, 2011, p. 62.

globalizzazione[13], il dialogo fra diritto civile e commerciale suggerisce una rimodulazione (o per meglio dire un'attualizzazione) degli istituti del primo, proprio alla luce degli aspetti socio economici che trovano disciplina nello *ius* del commercio.

Ragion per cui piuttosto che coltivare l'idea dell'autonomia dei saperi, occorrerebbe incoraggiarne la fusione e la penetrazione, superando la tradizionale visione "bipolare" in favore di un confronto costruttivo, di una rinnovata attenzione reciproca e di un'opera di aggiornamento[14] costante, secondo cui le regole settoriali tendono ad alimentarsi dell'imprescindibile presupposto teorico del discorso civilistico, così come le categorie dogmatiche tradizionali del diritto civile assumono veste operazionale se adeguatamente calate nella logica del commercio[15].

Il senso di interdisciplinarità rappresenta, d'altronde, l'unico strumento davvero in grado di arginare ogni deriva di iperspecialismo[16] che rischia di far perdere la bussola all'interprete, foraggiando una frammentazione del fenomeno giuridico del tutto incompatibile con la progressiva internazionalizzazione dei rapporti economici.

Ben si comprenderà, allora, come nella nostra prospettiva non troverà spazio l'idea propinata - per lo più dalla dottrina commercialistica[17] - di una "ricommercializzazione"[18] del diritto commerciale, come punto di ritorno all'autonomia delle specificità metodologiche di quest'ultimo, quanto piuttosto si accoglierà il disegno di una "unità sistematica del diritto privato"[19].

È anzi significativo rilevare che sono tutt'altro che isolati gli istituti in cui siffatta prospettiva metodologica disvela la sua massima utilità.

---

[13] Per tutti, C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006.

[14] In questa termini già F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 881.

[15] Condivide questa critica S. DELLE MONACHE, *«Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, p. 505, secondo il quale se per un verso «il civilista non può non volgere lo sguardo, al diritto commerciale, quale diritto costituito, certamente, da un'ampia messe di regole speciali, ma altresì, prima e più di questo, quale parte del diritto privato generale», per l'altro «il commercialista è chiamato, forse, ad uno sforzo di maggior consapevolezza in ordine ai presupposti teorici del proprio discorso, quando questo si svolga attorno ad istituti la cui radice prima è da individuare nel diritto civile».

[16] Così, seppur nella precipua ottica dello *ius romanorum*, P. GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarità*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2013, p. 67.

[17] Sulla netta scissione tra le due sfere giuridiche si veda P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, secondo il quale la *condicio sine qua non* della piena comprensione del diritto dell'impresa è la messa a punto di categorie concettuali distinte da quelle tradizionali. Ugualmente C. ANGELICI, *Lex mercatoria e il problemi dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, 1, p. 372.

[18] È questa la tesi propinata, tra i vari, da G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, p. 141 ss.; C. ANGELICI, *In tema di "ricommercializzazione del diritto commerciale"*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 1, p. 11 ss.

[19] Per usare i termini di L. MENGONI, *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, in *Jus*, 1983, p. 323 ss.

Impostata in questi termini la traiettoria della riflessione che si intende percorrere e fornita la *ratio* giustificativa del ricorso al metodo comparativo, occorre or dunque restringere il focus su taluno dei profili che esemplificano la *vexata questio* dell'applicabilità degli istituti civilistici «in un ambito nel quale il più spiccato pragmatismo e le esigenze di maggiore duttilità stentano a conciliarsi con la tradizionale conformazione di quei medesimi istituti»[20], limitandoci ad un costante e prevalente riferimento al modello delle società per azioni che rappresenta l'archetipo normativo delle società di capitali.

Si allude, più in particolare, al tema della responsabilità civile che, inserito nella cornice societaria, dimostra tutta la sua flessibilità funzionale, sino ad assurgere ad autentica «tessitura fra i percorsi del diritto civile e quelli del diritto commerciale»[21].

Conferma d'altronde, come più compiutamente si vedrà, è fornita dallo stesso dato comparatistico che rileva quale denominatore comune ai differenti sistemi giuridici, seppur nel rispetto delle peculiarità autoctone, la tendenza a disegnare, o quanto meno ad integrare, l'impianto di *liability* degli amministratori sui principi generali della *contract law* e della *tort law*, a prescindere dalla misura e dalla modalità in cui i doveri gestori sono cristallizzati nei singoli ordinamenti municipali[22]. Al contempo, le riflessioni che seguiranno non intendono giammai revocare in dubbio che nel contesto della responsabilità gestoria siano riscontrabili talune peculiarità funzionali e strutturali, di cui pur si darà conto, sia per quanto si ricava dalla comparazione in merito alle fonti dei doveri spettanti amministratori, sia per quanto attiene al contenuto della stessa obbligazione gestoria.

O, per dirla in altri termini, non si intende rievocare quell'idea del diritto civile quale "caleidoscopio" delle categorie di identificazione dei diritti secondi[23], ma più semplicemente si cercherà di inquadrare il fenomeno della responsabilità gestoria in una *framework* del tutto peculiare, saggiando le potenzialità applicative dei principi generali della responsabilità civile in senso lato.

---

[20] Il monito è di R. RORDORF, *Introduzione*, in M. DE POLI, G. ROMAGNOLI (a cura di), *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*, Pisa, 2020, p. 1.

[21] Emblematiche e stimolanti le recenti riflessioni di M. FRANZONI, *Il fatto illecito fra civile e commerciale nel codice del '42*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 3, p. 741 ss. che offre un'ampia panoramica delle modalità di incidenza dell'utilizzo della responsabilità civile nel diritto societario.

[22] Cfr. C. GERNER-BEUERLE, P. PAECH, E.P. SCHUSTER, *Study on Directors' Duties and Liability in Europe,* 2013, disponibile su https://ssrn.com/abstract=3886382.

[23] In questi termini C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 721; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 2, p. 397 ss.

Si è osservato a tal proposito che tra i comparti dell'ordinamento essa sia in grado di rilevare per prima le istanze innovative che si presentano all'interprete, venendo a costituire una sorta di "sismografo" dell'intero scenario economico, sociale e ora tecnologico[24].

Tuttavia, anche quando si tratti di eventi già catalogati e disciplinati, come nel caso della responsabilità gestoria, ne costituisce l'ineludibile *ratio* giustificativa. Sicché, essa assurge a strumento indefettibile per bilanciare gli interessi in gioco, operazione che proprio nella dimensione societaria si rivela cruciale rispetto alle sorti della gestione dell'impresa.

Nondimeno la forza centripeta della responsabilità civile si alimenta della diffusa tendenza, comune ai modelli di *common law* e di *civil law*, a lasciar spazio in tale settore alla c.d. giurisprudenza creativa[25]. Un *judge-made law* che ha progressivamente riempito con massime, divenute poi *regolae iuris* in via "consuetudinaria", le adattabili clausole generali che la contraddistinguono.

E tale, come più innanzi si osserverà, è l'itinerario ripercorso anche nella sfera della responsabilità degli amministratori, ove le norme di settore si combinano con l'incessante attività delle corti tesa a integrare contenutisticamente i singoli profili di responsabilità, attingendo, inevitabilmente, alle evoluzioni interpretative dei formanti dottrinale e giurisprudenziale[26] in materia di responsabilità civile[27].

2. Il dogma della polifunzionalità della responsabilità civile nella dimensione societaria

A ben vedere, l'incidenza dei principi civilistici nello scenario societario non si esaurisce nella conformazione dello *status* giuridico dell'amministratore e della natura del rapporto che lega quest'ultimo alla società, aspetti ampiamenti arati dalla letteratura giuridica, ma involge una riflessione ben più ampia sulla fenomenologia della responsabilità in cui incorre l'organo gestorio a seguito della violazione dei doveri ad esso spettanti. D'altronde, il concetto stesso di responsabilità si connota per tutto il suo polimorfismo, giacché affonda le sue radici non

[24] L'immagine metaforica è di C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 280.

[25] In questo senso G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 31, alludendo alla responsabilità civile: «visto il carattere fortemente pretorio di un tale settore (assai simile, nel suo complesso, al tratto principale del sistema anglosassone: *judge made law*) il vero big player della responsabilità civile finisce per essere il giudice». Similmente già R. KEETON, *Creative Continuity in the Law of Torts*, in *Harv. L. Rev.*, 1962, 3, p. 473 rilevava che «*decisional creativity is a more potent instrument of reform than statutory creativity. (...) Tort law has depended heavily on applications of statutes beyond their letter*».

[26] Inevitabile il richiamo a R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *Am. Jou. Comp. Law*, 1991, 1, p. 1 ss.

[27] Cfr. G. ALPA, *Responsabilità civile: la frontiera più esposta dell'ordinamento privato alle novità economiche e sociali*, in *Contr. e impr.*, 2023, 1, p. 1 ss.

soltanto nella sfera del diritto civile, potendo altresì derivare dalla inosservanza di norme di varia natura[28].

Ciò posto, come accennato, l'intrapreso itinerario di indagine intende assecondare una rinvigorita prospettiva di unificazione di diritto civile e diritto commerciale, ove imprese e mercati assurgono a punti di riferimento delle norme generali di diritto privato[29].

Pertanto, la peculiare sfera di responsabilità gestoria non costituisce *corpus* autonomo, come pur rilevato da autorevole dottrina[30], ma rappresenta modello applicativo e fecondo terreno di indagine delle funzioni e dei principi essenziali della responsabilità civile in senso ampio[31], come più innanzi si tenterà di dimostrare.

In tal senso, si può quindi condividere la qualificazione della responsabilità civile degli amministratori in termini di "controllo incrociato"[32], ammettendone al contempo un'indagine *tout court* che oscilla tra applicazione dei dettami della responsabilità contrattuale e sfera della responsabilità aquiliana.

Il che equivale non tanto a voler aprioristicamente omettere le prerogative della attività di impresa, quanto piuttosto fornire una spiegazione accurata degli assetti societari mediante l'impiego di strumenti epistemologici afferenti il composito settore della responsabilità civile.

Soltanto la piena comprensione dei meccanismi operativi delle forme di responsabilità (anche in ottica comparatistica), amalgamata con un'attenta disamina delle pronunce giurisprudenziali, consente, difatti, di risalire al concreto fondamento dell'assetto di *liability* in cui incorre l'organo gestorio[33]. A titolo esemplificativo, una prima conferma è offerta dalla disciplina dell'*AktG* tedesco, il cui § 93(2) prevede un modello di responsabilità apparentemente distinto dall'architettura civilistica tradizionale sia in punto di delineazione del canone di diligenza che in quello della ripartizione dell'onere probatorio. Ma al contempo la prospettiva tedesca

---

[28] In tal senso R. RORDORF, op. cit., p. 1. Aggiunge l'A. come i principi sottesi alla nozione di responsabilità devono per un verso «confrontarsi con le specificità dei molteplici settori giuridici in cui quelle norme sono di volta in volta calate», per altro «modellarsi in funzione dei peculiari connotati di ciascuno di quei diversi settori».

[29] M. LIBERTINI, *La c.d. commercializzazione del diritto privato*, in *Riv. scienz. giur.*, 2022, p. 299.

[30] Tale è la traiettoria percorsa da S. SERAFINI, *Responsabilità amministratori e interessi protetti*, Milano, 2013, *passim*.

[31] Concordano N. CAMPBELL, J. ARMOUR, *Demystifying the Civil Liability of Corporate Agents*, in *Camb. L. Jou.*, 2003, 62, p. 294, allorquando segnalano che «*courts and commentators have treated questions of corporate agents' liability as turning on some special principle of company law, and consequently have paid insufficient attention to the cause of action pleaded against the agent*», sino a a sostenere che «*company law has nothing useful to say in this area»* e quindi che *«the liability questions should be resolved simply by applying the established rules relating to the particular head of liability, with due regard paid to the defendant's capacity as an agent*».

[32] L'espressione è di C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, p. 34.

[33] D'altronde, sottolinea S. MAZZAMUTO*, Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr*., 2006, 1 p. 1485, che le questioni (anche) poste dal nuovo diritto societario «si possono e si debbono risolvere alla luce dei principi del diritto comune, soprattutto in conseguenza della promozione dell'autonomia privata ad operatività interna voluta dal legislatore».

dimostra la perdurante centralità delle norme generali di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, giacché con riguardo alla violazione di interessi di terzi (ipotesi ad ogni modo residuale), la responsabilità degli amministratori risulta calibrata sulle disposizioni del § 280(1) BGB e del § 311(3) BGB (in ambito contrattuale) o del § 823(1) e (2) e del § 826 BGB (in ambito extracontrattuale)[34].

Orbene, per quanto concerne il piano funzionale, la fenomenologia della responsabilità degli amministratori si è nel tempo connotata, conferma ne è la riforma societaria del 2003, per un verso per una funzione squisitamente compensativa, per altro verso per una finalità deterrente. Muovendo da una considerazione di carattere generale, non v'è dubbio che se declinata squisitamente nel primo aspetto funzionale, l'essenza della responsabilità civile soprattutto rispetto alla *governanc*e di medio-grandi imprese risulterebbe fortemente compromessa sol che si consideri la improbabile risarcibilità di danni subiti da una società di grandi dimensioni con il patrimonio personale del singolo amministratore[35].

E il dato comparatistico ne è ulteriore conferma: si pensi, secondo la medesima linea evolutiva, al ruolo primario che il diritto tedesco, nel prisma della teoria generale della responsabilità civile, attribuiva alla funzione risarcitoria rispetto alla componente deterrente. Visione che, ugualmente proiettata nel peculiare contesto della responsabilità del *Vorstand*, ha poi ottenuto un mutamento del paradigma funzionale in favore della valorizzazione della finalità di deterrenza, improntata in ultima istanza all'allineamento del comportamento degli amministratori con gli interessi degli azionisti[36].

Difatti, anche nella prospettiva germanica la funzione di deterrenza risulta ancorata al rapporto *principal-agent* che domina la struttura di *corporate governance*. Ed è ancor più significativo che la lettura teleologicamente orientata del §93, comma 2, periodo 1 *AktG*, norma cardine in materia di responsabilità del *Vorstand*, sintetizzi il dogma della polifunzionalità, coniugando il *wirkt kompensatorisch* (effetto risarcitorio) con il *präventiv wirkt* (effetto preventivo), laddove

---

[34] Per una riflessione circa la funzione preventiva e conformativa del diritto privato in generale, G. WAGNER, *Prävention un Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legi-time Aufgabe*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2006, 2-3, p. 352 ss.

[35] Emblematiche già le riflessioni di V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, *passim*. Unitamente a tale aspetto, la utilità del sistema di responsabilità civile veniva ulteriormente messa in discussione da quell'autoritario indirizzo che segnalava come il ricorso all'azione sociale di responsabilità fosse relegato a due circoscritte ipotesi: «o quando si vuole provocare la decadenza di amministratori non graditi o quando chi ha acquistato il pacchetto di controllo di una società aspira, a torto o a ragione, a recuperare parte del prezzo dal gruppo di controllo precedente che glielo ha venduto e di cui gli amministratori soggetti all'azione di responsabilità sono emanazione» (V. ALLEGRI, op. cit., p. 18).

[36] Può condividersi in tal senso il monito di G. WAGNER, *Officers' and Directors' Liability Under German Law. A Potemkin Village*, in *Theor. Inq. In Law*, 2015, 16, p. 94, secondo cui «*while shareholders are disinterested in the redistributive aspect of officers' and directors' liability, they may be interested in its potential to guide human behavior, i.e., the behavior of the managers in fulfilling their duties*».

per un verso l'*Innenhaftung*, vale a dire la responsabilità interna, è posta a presidio della tutela del patrimonio sociale, per l'altro orienta il *Vorstand* al corretto adempimento della propria obbligazione[37]. Tant'è che, soprattutto a seguito della crisi finanziaria, la fiorente letteratura tedesca ha posto enfasi sulla necessità di responsabilizzare l'organo gestorio mediante il richiamo ad un più ampio "*duty of legality*"[38].

A conclusioni non divergenti conduce la riflessione relativa alla *raison d'être* del *tort system* anglo-americano[39]. Se, difatti, la funzione portante ad esso riconosciuta si rintraccia nella *deterrence*, - soprattutto alla luce delle condivisibili teorie che animano la prospettiva di *Law and Economics*[40] - *law of torts* e *law of corporation* sembrerebbero convergere nella misura in cui finanche quest'ultima funzionalizza l'impianto di *liability* degli amministratori «*to deter bad business decisions*»[41].

Ordunque, proseguendo lungo tale traiettoria interpretativa, la flessibilità e la adattabilità che la responsabilità civile ha mostrato di assumere in tempi più recenti consentono di individuare, oltre al cennato profilo risarcitorio[42], quantomeno tre itinerari in termini di funzione, cui corrispondono altrettante precise scelte di *policy* perseguite ora dal legislatore, ora dal formante giurisprudenziale, in adesione all'ormai indiscussa polifunzionalità della responsabilità civile[43].

---

[37] Si veda, B. PFERTNER, *Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands* , Tübingen, 2017, p. 26.

[38] In questi termini H.C. GRIGOLEIT *Directors' Liability and Enforcement Mechanisms from the German Perspective*, IN AA. VV. (a cura di), *German and Asian Perspective on Company Law*, Tübingen, 2016, p. 107; H. FLEISCHER, in *Spindler/Stilz AktG*, 3 ed., 2015, § 93, p. 1 ss.

[39] Illuminanti già le riflessioni di G. WILLIAMS, *The Aims of the Law of Torts,* in *Current Legal Problems*, 4, 1951, p. 137 ss., secondo cui «*It is commonly said that the civil action for damages aims at compensation as oppsed to the criminal prosecution which aims at punishment. This, however, does not look below the surface of things. Granted that the immediate object of the tort action is to compensate the plaintiff at the expense of the tortfeasor, why do we wish to do this? Is it to restore the status quo ante? – but if so, why do we want to restore this status in some other and better way, for instance by a system of national insurance? Or is it really that we want to deter people from committing torts? Or, again, is it that the payment of compensation is regarded as educational, or as a kind of expiation for a wrong*».

[40] Si pensi a R.A. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *J. Legal Stud*., 1, 1972, p. 32 ss. Emblematica è inoltre la *Hand Formula* che teorizza la *negligence* come analisi costi-benefici: si veda in tal senso S.G. GILLES, *On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard*, *and the Jury*, in *Vand. L. Rev.*, 2001, 3, p. 814 ss.

[41] Cfr. R.J. RHEE, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2013, 88, p. 1156.

[42] Sulla funzione compensativa della responsabilità civile si vedano quantomeno, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, II, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, p. 733 ss.; M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, p. 357 ss.

[43] Cfr., *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 119 ss., evidenzia che «la responsabilità civile non può avere un'unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere»; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1998, p. 19 ss.; M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2020, p. 125 ss.; S. DEAKIN, A. JOHNSTON, B. MARKESINIS, *Tort Law*, VII ed., Oxford, 2013, spec. p. 43 ss.; M. BUSSANI, A.J. SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law*, II ed., Cheltenham-Northampton, 2021; nonché l'illuminante opera di G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970. Sul fronte giurisprudenziale tale tendenza è ben cristallizzata in Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, e negli autorevoli

Così, secondo siffatta linea di progressiva erosione di una "angustia monofunzionale"[44], alla funzione preventiva,[45] si sono affiancate una finalità distributiva, per cui l'autore dell'illecito che abbia tratto vantaggio è tenuto a sopportare le perdite arrecate, e una funzione retributiva, intesa quale proporzione tra la componente sanzionatoria e il *quantum* del pregiudizio procurato[46].

Ebbene, in questo scenario di "responsabilità civile di inizio millennio"[47], le più recenti riforme legislative in materia societaria restituiscono la cifra del ruolo centrale attribuito proprio alla funzione di *deterrence*, a conferma di come nell'odierno panorama giuridico si avverta l'esigenza non soltanto di assicurare l'operatività del principio compensativo, quanto anche di ammettere una finalità preventiva e dissuasiva[48].

Esemplificativa, in tal senso, appare la disciplina di nuovo conio del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza[49] - introdotta con il d.lgs. n. 14/2019 - con cui si è attuata una rilevante revisione degli artt. 2086, comma 2 e 2380 *bis*, comma 1, c.c., che disegna un nuovo modello di responsabilità in capo a imprenditori e amministratori di società per non aver "istituito un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa", e ancora per non essersi attivati "senza indugio, per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti

---

commenti ad essa relativi: si vedano G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017 4, p. 435 ss.; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, p. 437 ss.; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, p. 1107 ss.; G. ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi*, *ivi*, p. 1084 ss.; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017, p. 105 ss.; A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, p. 1787 ss.; A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, p. 1405 ss.; A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, p. 222 ss.

[44] Si veda C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, in D. BIANCHI, M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazione e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020, p. 1 ss.

[45] Espressione di come il sistema di responsabilità oltre a far fronte alle concrete conseguenze dell'illecito, debba oggigiorno svolgere la funzione di promuovere una conformazione dei comportamenti umani a modelli ispirati alla prudenza e alla cura. Peraltro, tale traiettoria contraddistingue la fisionomia della *tort law*. In questo senso già W.M. LANDES**,** R.A. POSNER**,** *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard, 1987, per i quali «*an important element of tort law is to prevent like accidents from occurring in the future*».

[46] Per una efficace ricostruzione, F. DEGLI INNOCENTI, *Rischio di impresa e responsabilità civile*, Firenze, 2013, p. 38. L'A. rileva che i sistemi di responsabilità civile nell'attuale scenario economico non possano essere indirizzati al perseguimento della mera funzione sanzionatoria.

[47] È questa l'espressione coniata da F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori*, in *Danno e resp.*, 2022, 4, p. 413 ss.

[48] Cfr. V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 2, p. 250.

[49] Su cui G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022. Rileva M. CIAN, *Il diritto commerciale e le (altre?) scienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1, p. 1097 che anche in questo settore «rivestono un ruolo non secondario le regole che si rifanno a concetti e parametri valutativi di carattere generale (l'interesse, la diligenza, l'indipendenza, l'abuso, l'adeguatezza, la correttezza, per citarne solo alcuni), concetti la ragione della cui presenza nel sistema è la complessità dei modi di organizzazione e di esercizio dell'impresa, che non consente la predeterminazione normativa di specifici comportamenti dovuti».

previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"[50].

L'inosservanza di tali prescrizioni comporta, difatti, l'emersione di una responsabilità risarcitoria nei confronti della società, dei creditori e dei soci della stessa, in cui l'effettiva riparazione dei pregiudizi arrecati sembra lasciare il posto all'obiettivo di ridurre *ex ante* i rischi connessi allo svolgimento dell'attività di impresa[51], a testimonianza che anche nella dimensione gestoria il ricorso a tecniche cautelative rappresenta corsia preferenziale per il perseguimento di un'impresa efficiente. Un'importanza strategica che, peraltro, si pone in sintonia proprio con l'indirizzo interpretativo per il quale un efficiente sistema di responsabilità civile debba assolvere soprattutto al compito di prevenzione dei danni[52].

Sicché, l'ineluttabile, ma non unica finalità di *deterrence* che permea i profili di *corporate governance*, induce a ritenere pur sempre essenziale il nucleo di responsabilità civile degli amministratori. Da quest'angolo visuale, la minaccia del sindacato giurisdizionale e del controllo sulla condotta gestoria costituisce il principale baluardo operativo idoneo a produrre un effetto disciplinante[53] sul comportamento degli amministratori, i quali, consapevoli di essere esposti personalmente a responsabilità per i danni derivanti dalle proprie azioni, sono incentivati ad adottare decisioni informate, ad agire con diligenza e ad evitare situazioni di conflitti di interesse.

In tale contesto, il dogma della responsabilità gestoria pare riflettere *in toto* la natura polifunzionale della responsabilità civile in senso lato, giacché l'analisi giuridica, a maggior ragione in questo settore, si è progressivamente arricchita di ulteriori modelli epistemologici, tra cui, a titolo esemplificativo, le dottrine americane sulla natura della *firm*[54] e le teorie sulla concorrenza sempre più elevata tra gli ordinamenti giuridici[55], che assurgono a parametri di

---

[50] Sottolinea però A.M. BENEDETTI, *Principi (definitori) e clausole generali (ambulatorie): «assetti organizzativi adeguati» e (nozione di) «impresa» nell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 5, p. 908, come non si tratti di un principio aggiunto, bensì «di una codificazione novativa di un principio già tipizzato».

[51] F. DI CIOMMO, op. cit., p. 423.

[52] Cfr. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 261 ss. Ugualmente A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, cit., p. 1407 rileva che «la funzione deterrente della responsabilità civile sta ormai divenendo una scelta di politica del diritto diffusa in molti ordinamenti, compresi quelli europei».

[53] G. DEIPENBROCK, I. H-Y CHIU, *Directors' Civil Liability and Directors' Duties – Current Issues from the National and Comparative Company Law View*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 2016, 2, p. 195 rileva a livello globale la perdurante attualità del dibatto sulla «*effectiveness of directors civil liability regimes*» come «*instrument of discipline*».

[54] Si allude al celebre insegnamento di R. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 4, p. 386 ss.

[55] Nella precipua ottica societaria si veda A. IRACE, *Armonizzazione o concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario?*, in C. MAVIGLIA (a cura di), *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti*, Milano, 2007, p. 161 ss. Più in generale A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004.

riferimento per tracciare obiettivi inediti nella *framework* della responsabilità degli amministratori.

Venendo al cuore della riflessione, lo studio della responsabilità civile e del suo impatto in ambito societario riflette la tendenza ampiamente diffusa e comune sia ai sistemi di *civil law* che di *common law*, ad attribuire una rilevanza cruciale alle regole generali di responsabilità rispetto al moderno assetto del diritto commerciale. D'altronde, la stessa letteratura anglo-americana, in risposta ad un precedente indirizzo che tendeva ad attribuire il primato alle *company law rules* sul torto e sulle c.d. *other liability rules*[56], è giunta a modificare il piano di indagine sull'assunto per cui la preminenza delle norme di diritto societario trova giustificazione in relazione alla sfera degli *shareholders*, mentre con riferimento ai *corporate agents* vi è una stretta interconnessione in punto di disciplina tra responsabilità civile e diritto societario[57].

Sarebbe infatti agevole osservare che laddove la *corporation law* stabilisce che l'amministratore deve ispirare la propria condotta a quella di una persona "*ordinarily careful and prudent*" e che la violazione del *duty of care* integra una "*gross negligence*"[58], essa si avvale sul piano lessicale di concetti tipici della *tort law*[59]. E vale a precisare sin da ora che l'interferenza tra i due piani non si esaurisce nel c.d. *lexicon of liability*, ma emerge anche in termini pratico-applicativi in rapporto ai principi fondamentali sottesi ai doveri gestori, pur in presenza di talune perplessità avanzate da chi ravvisa nell'applicazione dei canoni della *tort law* alle *corporate decisions* una smisurata espansione della responsabilità gestoria se collegata al generale *standard of negligence*.

Senonché, optando per la lettura che qui si predilige, non sembrano affatto dirimenti le argomentazioni a sostegno della netta distinzione tra *tort law* e *corporate law*, in stregua alle

---

[56] Secondo le riflessioni di R. GRANTHAM, C. RICKETT, *Directors' Tortious' Liability: Contract, Tort or Company Law*, in *The Modern L. Rev.*, 1999, 62, p. 133, «*such primacy is inherent in the very nature of company law. The primary purpose of the set of rules which makes up company law is to ensure that principles of law generally applicable, such as those of torts, are applied to a different and non-natural entity in a particular manner, which usually means that the scope of their application is limited. Where the company law regime applies, its essential function is to identify a different entity as the actual tortfeasor or contractor*».

[57] N. CAMPBELL, J. ARMOUR, *Demystifying Civil Liability of Corporate Agents*, cit., p. 290 ss. e p. 296.

[58] Per un inquadramento della *negligence* S. BANAKAS, *Unde Venies et Quo Vadis*, in *European Tort Law Revisited*, 2008, p. 305 ss.; D. NOLAN, *New Forms of Damages in Negligence*, in *Mod. L. Rev.*, 2007, p. 59 ss.; D. HOWARTH, *Many Duties of Care – Or a Duty of Care? Notes from the Underground*, in *Oxford Jou. Leg. Stud.*, 2006, p. 465 ss.; E. JENKS, *On Negligence and Deceit in the Law of Torts*, in *L.Q.R.*, 1910, p. 15; P. GALLO, *L'elemento oggettivo del Tort of Negligence. Indagini sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di Common Law*, Milano, 1988, p. 256 ss.

[59] A questa conclusione perviene R.J. RHEE, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment*, cit., pp. 1142-1144, riconoscendo altresì in linea generale come «*the principles of torts can and do play a robust part in regulating important aspects of the internal affairs of the corporation*». Sui principi fondanti la *tort law* si veda di recente R. MULHERON, *Principles of Tort Law*, Cambridge, 2020, *passim*.

quali la prima si incentrerebbe sulla *compensation*, mentre la seconda parrebbe orientata all'esclusiva tutela degli *shareholders* da eventuali abusi degli amministratori[60]. Anzi, a ben vedere, talune funzioni che connotano la responsabilità civile non risultano estranee al contesto societario.

È allora significativo che la responsabilità civile in tale contesto, pur sempre in adesione al suo presupposto configurativo, vale a dire la rottura di un equilibrio ordinativo, rappresenta strumento ordinatore e, per l'appunto, equilibratore della vita societaria tanto nella fase di piena efficienza e produttività dell'impresa, quanto nei momenti di maggiore crisi (c.d. *twilight zone*). D'altronde la stessa etimologia del termine responsabilità induce a ravvisare una precisa declinazione semantica nel contesto azionario, ossia il ripristino «di un equilibrio di valori fissato dalla legge e dallo statuto e turbato dall'azione degli amministratori»[61].

Tuttavia, la polifunzionalità della responsabilità civile (intesa in senso lato) non si risolve in una incompleta prospettiva di scansione temporale, ma pare destinata a incidere in una dimensione multilivello che si concretizza nella selezione di interessi di volta in volta rilevanti per l'agire gestorio. Ne deriva che a fronte della diversità dell'oggetto di tutela si suole distinguere un profilo di c.d. responsabilità interna degli amministratori, derivante dalla violazione dei propri obblighi nei confronti della società e tesa a realizzare la convergenza di interessi dei medesimi con quelli societari (pur senza incoraggiare l'adozione di posizioni eccessivamente "difensive"), ed una responsabilità esterna che viene in rilievo in ipotesi di violazione di interessi altri pur giuridicamente rilevanti. I meccanismi di responsabilità, in sostanza costituiscono, secondo tale linea concettuale, presupposto imprescindibile per il corretto funzionamento dell'ente societario, garantendo un'equilibrata modulazione dei rapporti tra amministratori, azionisti e *stakeholders*.

Sicché in adesione a tale impostazione, una prima declinazione della responsabilità si rinviene ora nella funzione di contrappeso al potere riconosciuto agli amministratori di condurre

[60] Tale è la posizione espressa da J. VELASCO, *A defense of the Corporate Law Duty of Care*, in *J. Corp. L.*, 2015, 40 p. 648 ss.. L'A. sostiene come la funzione di *compensation* rappresenti soltanto una delle possibili soluzioni per realizzare il primario obiettivo di tutela degli *shareholders*.

[61] AA. VV., *Business judgment rule e mercati finanziari*, *Quaderni Consob*, 2016, p. 63. In termini più generali C. MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1004 ss.; sul profilo semantico M. ZANATTA, *Figure della responsabilità nel mondo greco*, in M. ZANATTA, F. BIANCO (a cura di), *Responsabilità e comunità*, Cosenza, 2007, p. 11, che afferma come il termine "responsabilità" chiama in causa l'idea del *respondere* ed indica una risposta (r*esponsio*, *responsus* o anche *responsum*).

l'attività societaria[62], ora in quella di giustificazione «all'esercizio di un potere che non trova legittimazione nella proprietà»[63].

Di qui, il focus dell'indagine può traslarsi verso l'ultima declinazione del concetto di responsabilità nella dimensione societaria che rappresenta, al contempo, prospettiva di sintesi delle tesi summenzionate. In questa direzione il fenomeno di responsabilità si riconnette intimamente all'incognita della selezione degli interessi da perseguire[64], atteso che agli amministratori che operano pur sempre per il raggiungimento di interessi altrui, non può considerarsi attribuito il compito di definire quale debba essere l'interesse sociale, quanto piuttosto il dovere di ricercarlo[65]. Di talché, nella consapevolezza che l'*agere* gestorio si concretizza nella configurazione di più possibili assetti del medesimo interesse sociale, ne deriva che il corretto operato degli amministratori debba essere valutato in relazione ai criteri che orientino tale ricerca e non già ai suoi risultati.

Ciò, tuttavia, non esclude l'emersione di un duplice ordine di problemi inerenti all'*agency theory* cui l'interprete è tenuto a confrontarsi, vale a dire la salvaguardia di un opportuno spazio di discrezionalità dell'*agent* e la necessità di uniformazione degli interessi[66].

Ed è proprio secondo tale percorso di indagine che la disciplina della responsabilità, intesa quale "incentivo giuridicamente più significativo"[67], viene in rilievo nell'ottica di agevolare e rinvigorire le modalità di ricerca degli interessi da perseguire. Il che implica, sul piano funzionale, una sua intrinseca comprensione come strumento imprescindibile per definire il margine di discrezionalità degli amministratori, fissando, quindi, limiti alle loro opzioni decisionali.

3. Responsabilità interna e inadempimento degli amministratori

---

[62] V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2020, p. 330. In senso conforme R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 102 individua nella responsabilità «il complemento necessario dei loro poteri».

[63] Cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, p. 3.

[64] In senso conforme, C. AMATUCCI, *Amministrazione e controllo delle società per azioni*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 21 ss. che attribuisce all'impianto di responsabilità gestoria, «il difficile compito di individuare il giusto punto di equilibrio tra efficiente gestione, da un lato e tutela dei soci e dei portatori di interessi esterni, dall'altro» e ancora «tra obblighi precisi e responsabilità rigorosa, da un lato, e maggiore autonomia ed insindacabilità dei loro poteri discrezionali, dall'altro».

[65] C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori e ruolo del giudice: un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, p. 4.

[66] Concorda A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. e gli strumenti di esonero da responsabilità*, Milano, 2014, p. 4, laddove segnala la necessità di evitare «di mortificare lo spirito di iniziativa dei consigli di amministrazione», senza per ciò solo consentire spazi di manovra incontrollata.

[67] C. ANGELICI, op. cit., p. 10.

In linea con le suesposte riflessioni, la responsabilità degli amministratori nei confronti della società rappresenta il criterio di bilanciamento dei poteri ad essi attribuiti[68]. Nella grande impresa azionaria, lo si è visto, il meccanismo di responsabilità risponde anzitutto alla necessità di evitare che la scissione tra *owner*, sul quale ad ogni buon conto ricade il rischio di impresa, e *manager*, che esercita un potere che non trova legittimazione nella proprietà delle azioni o delle quote[69], sfoci in arbitrario esercizio dell'attività gestoria[70].

Se tale assunto è condiviso sia dalla dottrina anglo-americana che dalla fiorente letteratura degli ordinamenti di *civil law*, occorre tuttavia rilevare come nello scenario italiano l'applicazione dell'art. 2392 c.c. risulti intimamente connessa ai profili generali della responsabilità per inadempimento contrattuale, così come delineati dall'art. 1218 c.c.[71].

Una simile impostazione, invero, rappresenta l'approdo del percorso ermeneutico correlato all'art. 2392 c.c. e delle annesse difficoltà nella riconduzione del postulato di tale norma allo statuto generale della responsabilità per inadempimento di cui pure occorre dar conto.

La prima difficoltà si rinviene nella discrasia lessicale, giacché con la formulazione dell'art. 2392 c.c., il legislatore funzionalizza l'adempimento degli amministratori non tanto rispetto alle "obbligazioni", quanto ai "doveri" dalla cui inosservanza discende il regime di responsabilità degli amministratori[72]. In altre parole, la scelta terminologica dimostrerebbe *prima facie* l'estraneità della norma rispetto ai paradigmi tradizionali della generale responsabilità contrattuale ancorata ai concetti di adempimento, obbligazione, prestazione.

Il medesimo indirizzo ravvisa poi un'ulteriore divergenza sul piano dei rimedi esperibili[73], atteso che all'inadempimento del comune contraente si associa il potere creditorio di richiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo il risarcimento del danno. Scelta che viceversa non figura nella sfera della responsabilità gestoria, ove gioca un ruolo centrale la tutela risarcitoria azionabile in caso di *mala gestio* e di ricorrenza del danno da essa derivante.

---

[68] Cfr. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., pp. 101-102; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 4, Torino, 1991.

[69] M. FRANZONI, sub *art. 2392*, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca*, III, 1, Bologna-Roma, 2008, p. 414 ss.

[70] È il c.d. *agency problem* che origina dalla duplice constatazione per cui su un versante gli interessi degli amministratori spesso divergono da quelli degli azionisti, su altro le *optimal actions* non sono agevolmente definibili *ex ante*. Sul tema *ex multis*, H. SPAMANN, *Monetary Liability for Breach of the Duty of Care*, in *Legal Jou. Anal.*, 2016, 2, p. 342.

[71] A tal fine la stessa giurisprudenza non ha mancato di sottolineare a più riprese il ricorso ai principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali. Si veda Cass. civ., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Foro pad*., 1965, 1, p. 1820 e più di recente Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. comm.*, 2015, 2, p. 651, con nota di A. BASSI.

[72] Lo rileva S. MARTUCCELLI, *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1, p. 19 ss.

[73] Per una recente indagine sul tema, pur oggetto di sconfinata letteratura, si veda S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. e impr*., 2019, 3, p. 831 ss.

Invero, siffatto procedere omette di considerare due aspetti cruciali.

In primis, rispetto al profilo lessicale, una efficace risposta può rinvenirsi in quell'autoritario insegnamento secondo cui indubbiamente i termini "dovere" e "obbligo" sono sintagmi impiegati in accezioni più ampie rispetto alla nozione di obbligazione *stricto sensu*, ma ciò non esclude affatto la possibilità di applicare a tutti gli obblighi, in via analogica, la disciplina dettata per i rapporti obbligatori contraddistinti dalla suscettibilità di valutazione economica della prestazione[74]. A ciò si aggiunga che il giudizio di responsabilità viene condotto nella dimensione societaria, seppur con i suoi lineamenti distintivi, secondo il medesimo itinerario scandito dalle regole generali di responsabilità civile. Sicché, il pur condivisibile rilievo circa la difformità di enunciazione delle norme, non scalfisce l'utilità di una indagine volta a scandagliare il sostrato della responsabilità gestoria sulla scorta dei principi di matrice civilistica[75].

È allora bene chiarire che l'individuazione del fondamento giuridico risponde non tanto ad esigenze meramente classificatorie, quanto piuttosto, sul piano funzionale, alla necessità di determinare le conseguenze derivanti dall'inadempimento contrattuale, in contrapposizione agli effetti che scaturiscono dalla violazione generale del *neminem laedere*[76], di cui pur appresso si dirà. Pertanto, nella prima ipotesi il torto viene a concretarsi nell'inadempimento (imputabile) che si contrappone alla sopravvenuta impossibilità della prestazione dipendente da causa non imputabile al debitore; nell'altra, per converso, il torto consiste nell'indebita invasione della sfera di interessi altrui[77].

Tali profili trovano piena conferma nel più recente indirizzo giurisprudenziale, in cui si ribadisce per un verso che «la responsabilità degli amministratori verso la società è di natura contrattuale e trova la sua fonte tanto nella violazione degli obblighi che hanno contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo, quanto nella violazione di obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare la società e perseguirne l'oggetto sociale con la diligenza professionale (…) nonché quello di amministrare senza conflitto di interessi»; per altro verso che «distinta forma di responsabilità è quella degli amministratori verso i creditori della società – prevista dal successivo art. 2394

[74] C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1990, 4, p. 82.

[75] R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Soc.*, 2008, p. 1194, non manca di sottolineare che «dai caratteri schiettamente contrattuali di tale rapporto discende la costante definizione della natura – appunto – contrattuale della responsabilità nella quale l'amministratore incorre nei confronti della società, per la violazione dei doveri inerenti alla sua funzione».

[76] Concorda C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, cit., pp. 34-35.

[77] Si vedano le puntuali riflessioni di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 280, ed *ivi* il richiamo a E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1955, p. 109; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, *passim*.

c.c. come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale – la cui natura extracontrattuale presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti e un comportamento funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da renderlo inidoneo per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica (art. 2740 c.c.), con conseguente diritto del creditore di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di adempiere»[78].

Orbene, il nodo focale che tuttora anima il dibattito dottrinario si rinviene nel composito mosaico della responsabilità gestoria, il cui accertamento si risolve nella configurazione dell'inadempimento dell'obbligazione gestoria, nella ricorrenza del danno subito e nella prova positiva del nesso caso causale intercorrente fra il primo e il secondo elemento.

Già da un primo sguardo, in sostanza, l'impianto di indagine si riverbera sull'applicabilità della disciplina civilistica nella sfera della responsabilità amministrativa relativamente ai profili di correttezza dell'adempimento, di distribuzione dell'onere probatorio e di quantificazione del danno.

Prima di approfondire ciascuna delle singole voci, occorre, tuttavia, far menzione di una serie di ulteriori profili centrali che avallano tale lettura.

Più di recente, l'applicazione della disciplina contrattuale appare debitrice delle indicazioni di chi, in seno alla riflessione circa la natura del rapporto tra amministratori e società[79], si è interrogato sull'esperibilità dei rimedi contrattuali a favore della società, in considerazione del riconoscimento di un elemento contrattuale all'interno del rapporto organizzativo, così come statuito dal più recente indirizzo della Suprema Corte[80].

Segnatamente, il menzionato orientamento ravvisa una sorta di "segmento di corrispettività" nella relazione tra responsabilità contrattuale degli amministratori ed il compenso ad essi spettante, pur in realtà lasciando imprecisato in che termini l'intera disciplina contrattuale penetri nell'organizzazione societaria.

---

[78] In questi termini Trib. Palermo, 2 agosto 2021, n. 3255 consultabile su *Dejure*. In senso conforme già Cass. civ., 7 luglio 1987, n. 5899, in *Mass. Foro it.*, 1987.

[79] Questione variamente risolta negli ordinamenti allogeni. A titolo esemplificativo si pensi al diritto tedesco in cui esiste una duplice declinazione del rapporto tra membro del consiglio di gestione e la società: per un verso rileva la posizione di membro di un organo della società, per altro assume rilievo il c.d. *Anstellungsvertrag*, vale a dire il contratto obbligatorio stipulato tra le parti con cui si disciplinano taluni profili rilevanti come il compenso del membro del *Vorstand*. In questi termini P. KINDLER, *La s.p.a. nell'esperienza tedesca: i tratti essenziali della* Aktiengesellschaft, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Le nuove S.p.a.*, Bologna, 2012, p. 432.

[80] Si allude a Cass. civ., sez. I, 20 ottobre 2021, n. 29252, in *Soc.*, 2022, 5, p. 561, con nota di M.S. SPOLIDORO, *Amministratori e società tra rapporto organizzativo e contratto*.

Ad ogni modo, tale ricostruzione legittima, in un «rapporto non formalmente contrattuale, ma di tipo contrattuale» (denotato da un nesso sinallagmatico tra diritto al compenso[81] e l'obbligo assunto di adempiere ai doveri previsti dalla legge e dal contratto sociale), «l'applicazione delle regole dettate dal codice civile in punto di responsabilità del debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta» sino a prevedere «la possibilità per il debitore di sollevare l'eccezione di inadempimento, la quale include anche quella di inesatto adempimento, in corrispondenza delle due figure della *exceptio inadimpleti* o *non rite adimpleti contractus*»[82].
Se alcun dubbio può, allora, sollevarsi circa la qualificazione contrattuale[83] della responsabilità nei confronti della società, occorre a tal punto perfezionare l'itinerario argomentativo dando conto delle teorie che animano la macroarea della responsabilità contrattuale, in particolar modo rispetto alla ricostruzione della fattispecie dell'inadempimento.
Difatti, il richiamo al caposaldo normativo dell'art. 1218 c.c. non può esaurirsi *sic et simpliciter* nella rappresentazione strutturale dei presupposti della responsabilità contrattuale, ma richiede di definire a quali condizioni sia effettivamente configurabile un addebito nei confronti degli amministratori.
Segnatamente, il punto focale attiene alla riconduzione della responsabilità gestoria in seno alla tesi oggettiva dell'inadempimento o, viceversa, a quella soggettiva. Tale questione diviene ancor più enigmatica, se rapportata a quell'autoritario indirizzo che disegna uno statuto pur sempre unitario di inadempimento insensibile, quantomeno in principio, ad una diversificazione della disciplina applicabile ai singoli rapporti obbligatori[84].
A tal proposito, è bene rammentare che la riflessione civilistica sia ripartita tra la posizione di taluni autori che interpretano in termini più rigidi la disciplina dell'inadempimento, considerando responsabile il debitore per la sola circostanza obiettiva di non aver adempiuto o di aver ritardato nell'adempiere, a prescindere da una rigorosa valutazione sul comportamento posto in essere dal debitore[85]; e la visione di altri autori, definita soggettivistica, secondo cui

---

[81] Sul tema si rinvia a S. CAPPIELLO, *La remunerazione degli amministratori*, Milano, 2005, *passim*; Interessante altresì la riflessione comparativa di P. MATERA, *La nuova disciplina dei compensi degli amministratori delle società di capitali nel diritto societario spagnolo: prime note e cenni comparatistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 4, p. 889 ss.
[82] Cfr. nuovamente Cass. civ., sez. I, 20 ottobre 2021, n. 29252, cit.
[83] *Ex multis* F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit. p. 85; S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, cit., p. 5. In senso contrario F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 73 ss.
[84] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 273 ss.
[85] Per tale ricostruzione ermeneutica si rinvia alle riflessioni di F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 1019 ss.; già illuminante l'analisi di G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 287 ss., poi ripresa da G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.; da C.M.

l'inadempimento non è imputabile al debitore quando sopraggiunga un impedimento che neutralizza il contegno diligente al quale egli è tenuto[86].

Con riguardo alla prima opzione ermeneutica che pur accomuna illustre dottrina, la responsabilità contrattuale viene in sostanza ad assumere la configurazione di responsabilità oggettiva, potendo il soggetto passivo del vincolo obbligatorio esonerarsi da responsabilità soltanto attraverso la dimostrazione di un'impossibilità assoluta ed oggettiva della prestazione. Ed è pur chiaro che un simile approccio tenda a centralizzare il dettato dell'art. 1218 c.c., confinando il parametro di cui all'art. 1176 c.c. alla mera valutazione delle modalità esecutive della prestazione.

Per converso, il secondo indirizzo interpretativo attribuisce maggior enfasi all'elemento soggettivo della colpa, di guisa che l'emersione di responsabilità non si rintraccia nel sol fatto oggettivo dell'inadempimento, ma richiede la contestuale esistenza del profilo soggettivo.

Ordunque, la medesima distinzione pare parzialmente riproponibile nella sfera della responsabilità gestoria, nella misura in cui ci si interroga se quest'ultima sia una responsabilità per fatto e colpa altrui ovvero per fatto e colpa propria. Ed è facilmente immaginabile che la distinzione tra tesi soggettivistica e oggettivistica si rifletta sull'accertamento di responsabilità. Di talché, aderendo al primo orientamento, l'emersione di responsabilità consegue alla prova positiva non soltanto dell'oggettivo inadempimento, ma altresì della colpa ("l'amministratore risponderà per fatto e colpa propria"). Nella seconda impostazione, per converso, l'amministratore risponde per il sol fatto oggettivo dell'inadempimento ("fatto e colpa altrui"). Eppure, la più condivisibile ricostruzione civilistica in materia di adempimento suggerisce che *in medium stat virtus*. In particolare, la relativizzazione delle divergenti opzioni ermeneutiche segnalate induce a considerarle come statici "idealtipi"[87], in conformità alla ineludibile esigenza di *reductio ad unitatem* dei profili di inadempimento.

Ne deriva che l'impianto costruito sulla disposizione dell'art. 1218 c.c. senz'altro attribuisce valenza alla qualificazione oggettiva dell'inadempimento, ma ciò non toglie che la condotta debitoria, intesa nella sua eventuale componente negligente, assuma un peso rilevante ora

---

BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.; da C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 1 ss. e da G. GRISI, *Note a margine di inadempimento e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 553.

[86] Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di dir. civ.*, III ed., Milano, 1975, p. 228 ss.; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1960; A.C. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 993 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 283, richiama la felice formula del *casus=non culpa*.

[87] Mutuando l'espressione da G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore,* in *Cuffaro (a cura di), Delle Obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Torino, 2013, p. 683

rispetto al momento di attuazione del rapporto, ora rispetto alla verificazione di un evento che incida sulla sua esecuzione.

Rimettendo al prosieguo della trattazione la disamina di aspetti cruciali che avallano tale impostazione (natura dell'obbligazione gestoria e profili probatori), si può allora quantomeno comprendere nella cornice gestoria il senso della formulazione dell'art. 2392 c.c., laddove il primo comma ancora il giudizio di responsabilità alla mancata diligenza adottata dall'amministratore nell'esercizio della funzione gestoria. Così come assume un fondamento più nitido l'esonero da responsabilità di cui al terzo comma della medesima disposizione, per cui l'imputabilità deve essere esclusa allorquando l'amministratore abbia provato di essere "immune da colpa". Infine, a completare il quadro soccorre la dimensione funzionale della responsabilità con la transizione da un modello squisitamente risarcitorio-compensativo ad altro incentrato sulla deterrenza, che non può prescindere dalla rilevanza del comportamento dell'amministratore-debitore[88].

4. Fisionomia dell'obbligazione gestoria tra atipicità e discrezionalità

Ciò premesso sul piano generale, il primo tassello che ricompone il composito mosaico di responsabilità degli amministratori si concretizza nell'analisi circa la natura dell'obbligazione gestoria. La scelta di ricorrere al sintagma "obbligazione", lo si accennava, intende sin da ora obliterare la convenzionale distinzione degli obblighi inerenti l'attività gestoria in obblighi generici e specifici, in stregua alla quale i primi parrebbero tradursi nei rispettivi principi di amministrare con diligenza e in assenza di conflitto di interessi, mentre i secondi alluderebbero alle previsioni di legge che identificano precise declinazioni della funzione gestoria.

Senonché, come innanzi si osserverà, un siffatto procedere rischia di snaturare lo stesso parametro diligenza rispetto alla sua ontologia civilistica, che vedrebbe assumere una configurazione polimorfe a seconda della tipologia di obbligo rispetto al cui inadempimento valutare e calibrare l'emersione di responsabilità. In particolar modo, con riferimento agli obblighi generici, la diligenza finirebbe per determinare il contenuto dell'obbligazione gestoria, mentre nell'ipotesi di obblighi a contenuto specifico equivarrebbe a criterio valutativo dell'esattezza dell'adempimento.

L'inesattezza della classificazione, lo si anticipa e lo si vedrà *funditus*, si ripercuote inoltre sulla configurazione dell'assetto probatorio, giacché allorquando la società intenda porre a fondamento dell'azione di responsabilità la violazione di obblighi generici, la stessa è tenuta a

[88] In questi termini già F. BONELLI, op. cit., p. 242-243 ripreso da C. CONFORTI, op. cit., p. 39.

fornire la prova dell'assenza di diligenza dell'amministratore (e quindi la sua colpa). Per converso, nel giudizio di responsabilità per mancata osservanza di obblighi a contenuto specifico, l'onere probatorio della società potrà esaurirsi nella mera dimostrazione dell'inadempimento, prescindendo dall'accertamento in punto di colpa degli amministratori[89].

Ecco allora che la centralità della riflessione che si intende svolgere, peraltro strettamente connessa alla *vexata quaestio* della natura del rapporto che lega gli amministratori alla società, si rinviene nella peculiarità di tale *species* del più ampio *genus* di rapporto obbligatorio[90], di cui occorre tratteggiare i lineamenti morfologici, al fine specifico di cogliere e valorizzare i requisiti di atipicità e indeterminatezza[91].

Sul piano metodologico, siffatta classificazione dell'esercizio dell'attività gestoria, pur non pacificamente condivisa, trova conforto in seno alla teorica dell'obbligazione come modello di disciplina. Sicché ove anche si volesse negare una piena corrispondenza con i teoremi del diritto delle obbligazioni, è innegabile che la struttura dell'obbligazione possa venire in rilievo anche al di fuori di tale sfera. Il che comporta sul piano sostanziale «l'applicazione dello schema e della generale normativa delle obbligazioni anche fuori dello specifico settore, ogni volta che del rapporto obbligatorio ricorrano la struttura e la funzione»[92].

Affiora, quindi, in tutta la sua perdurante attualità l'idea espressa da illustre dottrina secondo cui l'indagine sul rapporto obbligatorio non pare possa confinarsi al mero profilo strutturale, quasi come si trattasse di una "categoria astorica"[93], ma è necessaria una valutazione di tipo

---

[89] Una conferma giurisprudenziale è offerta da Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Soc.*, 2004, p. 1517 , con nota di A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*, in cui, sulla falsariga della distinzione tra obblighi a contenuto specifico e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali si afferma che «mentre per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore deve essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta, rilevante a diversi fini, per gli obblighi specifici, costituendo la diligenza misura dell'impegno richiesto agli amministratori, la responsabilità può essere esclusa solo nel caso, previsto dall'art. 1218 c.c., quando cioè l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore».

[90] Si vedano quantomeno M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it*., XI, Torino, 1965, p. 591; ID., *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni),* Milano, 1968, p. 13.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* I*, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, *passim*; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, *passim*; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir*., XXIX Milano, 1979, p. 133 ss.; P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173 – 1176, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.

[91] Pur facendo ricorso alla nozione di obbligo e non di obbligazione, L. RENNA, *Responsabilità degli amministratori di società di capitali*, Bologna, 2021, p. 73, sottolinea che l'eterogeneità dei doveri incombenti in capo all'organo gestorio si inserisce in un contesto di esercizio di un'attività *lato sensu* economica «che mal si presta a veder codificati e catalogati tutti i numerosi obblighi a cui essi sono tenuti».

[92] L'illuminante osservazione è di P. RESCIGNO, op. cit., p. 145.

[93] Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 415.

funzionale che tenga conto, secondo la rinnovata nozione di "rapporto obbligatorio", della varietà e della peculiarità dei diversi modelli[94].

Ciò posto, in una prospettiva struttural-funzionale, la riconosciuta natura contrattuale del rapporto che lega l'amministratore all'ente societario appare già di per sé dirimente, in quanto abilita l'emersione di un torto contrattuale in adesione al consolidato teorema civilistico per cui la matrice contrattuale della responsabilità trova *ratio* giustificativa nella esistenza di un previo e qualificato rapporto di obbligazione, qualunque possa esserne la fonte.[95] Corollario di tale impostazione è che, anche nel prisma della responsabilità degli amministratori verso la società, il torto che integri violazione di un rapporto obbligatorio viene ad esistenza in funzione di un'aspettativa creditoria che è andata delusa.

Più di preciso, l'obbligazione che incombe in capo agli amministratori rinviene la propria fonte in una tipologia contrattuale *sui generis* e non atipica, definita, anche in conformità all'art. 2380 bis c.c., per l'appunto, di amministrazione[96].

Ciò vale sin da subito a riflettere sull'ontologia dell'obbligazione gestoria in rapporto alla fattispecie del mandato, figura civilistica paradigmatica della collaborazione nell'attività giuridica, alla cui disciplina in punto di diligenza pur rinviava la previgente formulazione dell'art. 2392 c.c.

A tal proposito, è significativo dar menzione di taluni profili che astrattamente accomunano le due ipotesi. Difatti, l'amministratore di società, al pari del mandatario, è tenuto a curare interessi intrinsecamente alieni che costituiscono l'aspetto teleologico imprescindibile sia per la tipologia contrattuale del mandato, sia per la funzione gestoria[97]. Inoltre, a ciò si aggiunga

---

[94] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I rapporti obbligatori (considerazioni introduttive)*, in G. PERLINGIERI, F. LAZZARELLI (a cura di), *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2018; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile,* Milano, 2018, p. 502 rimarca che «ad essere caratterizzante in funzione distintiva rispetto alla responsabilità aquiliana è la preesistenza di un rapporto» seppur «quest'ultimo non sia nato da contratto ma da una di quelle fonti dell'obbligazione che la distinzione tripartita chiama *variae causarum figurae*».

[95] Si tratta dell'approdo raggiunto dalla metamorfosi dello stesso concetto di responsabilità contrattuale. Come rilevava già lucidamente V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, cit., p. 5: «il semplice significato di responsabilità da contratto già in origine non risolveva o non spiegava forme analoghe di responsabilità discendenti da quasi contratto o comunque da altre forme negoziali; mentre ci si rendeva gradualmente conto che anche la violazione di obbligazioni discendenti dalla stessa legge ponevano, in realtà una identica problematica». Per tale considerazione «risulta indifferente che l'obbligazione derivi da un contratto vero e proprio, da altri atti negoziali o dalla stessa legge».

[96] In questi termini G. MINERVINI, *Gli amministrazioni di società per azioni*, Milano, 1956, p. 61 ss. che discorre di contratto *ad hoc* di amministrazione. Tale opzione interpretativa trova peraltro conferma nel dato giurisprudenziale: si vedano Cass., Sez. un., 20 gennaio 2017, n. 1545 e Cass., Sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680.

[97] S. BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 321, rileva: «l'alienità dell'interesse rispetto al soggetto agente finisce col costituire il momento fondamentale del mandato quale che sia la sua rilevanza esterna. Tale "alienità" non è inficiata ma anzi confermata dal c.d. mandato, *in rem propriam* trattandosi di mandato conferito «anche» nell'interesse del mandatario (art. 1723, comma 2, c.c.)»; cfr. P. PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p. 21 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti di*

l'ulteriore denominatore comune dettato dall'assenza di una previa precisa determinazione dell'esatta modalità di realizzazione degli interessi creditori, di cui all'art. 1174 c.c.

Ma a ben vedere, un primo spunto ricostruttivo teso a rilevare la difformità tra i connotati della obbligazione del mandatario e la relazione giuridica che si instaura fra società e amministratori può rinvenirsi nella disamina dell'aspetto della discrezionalità e della sua differente declinazione. Difatti, restringendo il focus sull'attuazione della prestazione dovuta, è ben chiaro che le modalità d'azione non siano sempre definite in maniera integrale, bensì – a maggior ragione nell'obbligazione gestoria – esse possono essere rimesse almeno in parte alla discrezionalità del debitore, ponendosi quest'ultima quale aspetto complementare all'incompletezza della fattispecie normativa [98].

Orbene, è pur vero che per la realizzazione dell'interesse gestorio, il potere di gestione del mandatario si realizza discrezionalmente rispetto al programma negoziale e risulta ad ogni modo controbilanciato dal dato normativo che cristallizza, nell'ipotesi dell'eccesso di mandato, di cui all'art. 1708, comma 2, c.c., quel limite connaturato all'esercizio di un potere nell'altrui interesse[99]. Ma è altresì innegabile che la condotta del debitore è sottoposta ad una valutazione integrale *ex post* ad opera del giudice, volta a verificare la corrispondenza tra risultato in astratto e risultato in concreto. Sicché il senso dell'indeterminatezza risulta in ultima istanza collegato all'espansione del sindacato giudiziale.

Viceversa, traslando la riflessione in seno all'obbligazione gestoria, la struttura della stessa si erige sull'indeterminatezza del dato normativo che costituisce il completamento del rapporto giuridico. In altri termini, il margine di manovra concesso all'amministratore riserva a quest'ultimo il compito di individuare un dato equilibrio tra una pluralità di interessi concorrenti. Concepita in questi termini, l'obbligazione gestoria trae linfa dall'indeterminatezza del dato normativo, questa volta intesa in funzione di comprimere la valutazione *ex post* ad opera del giudice rispetto agli atti gestori in cui si esplica l'attività degli amministratori[100].

Calata nella dimensione dell'impresa azionaria, la prospettata linea interpretativa riceve un'ulteriore conferma dal dettato normativo dell'art. 2380 *bis* c.c., teso a riconoscere l'esercizio della funzione gestoria in via esclusiva in capo agli amministratori.

---

collaborazione, in ID. (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2011, p. 4.

[98] U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* Iudica – Zatti, p. 448.

[99] Il rilievo è di A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Interesse gestorio, rilevanza del terzo e forma del mandato*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, p. 376.

[100] Si veda U. MALVAGNA, *Benchmark e gestione di portafoglio: tra «mezzi» e «risultato*, Trento, 2023, p. 100.

Siffatte conclusioni contribuiscono, in sostanza, a rinvigorire l'idea che la prestazione gestoria riguardante l'esercizio di un'impresa altrui costituisce "un assoluto *unicum* nel panorama del nostro generale diritto privato"[101].

In questa prospettiva, si rivela, a maggior ragione, particolarmente efficace la comparazione dell'obbligazione gestoria, che ad ogni modo si risolve in un *facere*, con la tradizionale obbligazione assunta dal professionista nei confronti del committente.

Si assuma come metro di confronto la disciplina prevista dall'art. 2226 c.c. In tal caso, l'attività del debitore si traduce nell'esecuzione di una prestazione avente ad oggetto un bene o un servizio già esistente nella realtà fattuale e, quindi, nella individuabilità *ex ante* del risultato cui risulta funzionalizzato il contegno debitorio[102].

Sicché, anche la valutazione di eventuali profili di responsabilità pare agevolata da un giudizio che si fonda su un modello socialmente rilevante dal quale desumere l'idoneità della condotta posta in essere dal debitore.

Tale assunto vale a significare che, per l'assenza di un valore d'uso socialmente tipico, il *facere* gestorio, sul piano ontologico, rappresenta un *quid pluris* (o forse *minus*) rispetto all'ordinaria prestazione che connota il contratto d'opera *ex* art. 2226 c.c.

Ciò posto, le apparenti criticità che reca con sé una tale ontologia dell'obbligazione gestoria non abilitano sul piano ermeneutico la frammentazione del sistema della teoria dell'inadempimento e, quindi, la riesumazione della bipartizione categoriale obbligazioni di mezzi e di risultato[103], nonostante la detta *summa divisio* coniata da Demogue[104] abbia connotato per lungo periodo l'intera esperienza continentale al punto da assurgere a fonte di diritto positivo[105].

---

[101] In questo senso si condivide, sin da ora, quanto affermato da E. BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi*, Milano, 2020, p. 12.

[102] Il rilievo è di E. BARCELLONA, op. cit., p. 16.

[103] Oggetto di aspra critica dapprima nell'impostazione francese poi nell'esperienza italiana. Si vedano *ex multis* le riflessioni di G. MARTON, *Obligations de résultat et obligation de moyens*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 499 ss.; A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, in *Sem. jux,*, 1945, 1, p. 449; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 1965, *passim*; G. DURRY, *Quelques exemples d'application de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 616 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185 ss. e *passim*; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, p. 71 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento tra Osti e Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 11 ss.; M. FRANZONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, p. 1339 ss; A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 33 ss. In giurisprudenza inevitabile il richiamo a Cass. Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur. it.*, 2006, p. 1380.

[104] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1925, p. 538 ss.

[105] Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 136, che richiama il pensiero di P. RESCIGNO, *Fondamento e problemi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica nel diritto italiano*, Milano, 1982, p. 78 ss.

Difatti, l'obbligazione gestoria non rappresenta altro che un'ulteriore esemplificazione del postulato ormai consolidato secondo cui non possono sussistere «obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato»[106]. Sicché, il superamento della tassonomia del fenomeno obbligatorio in relazione all'oggetto, declamato a più riprese sia dalla dottrina italiana che, ad esempio, dalla letteratura d'oltralpe, va inteso nel senso che possa esistere «una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione al termine iniziale, ovvero all'interesse da cui trae origine»[107].

Con l'ulteriore precisazione che, mentre il requisito di determinatezza è difficilmente configurabile, il requisito della determinabilità desta minore perplessità[108]. A ben vedere, anche in tale fattispecie la prestazione dell'amministratore è determinabile solo *per relationem*, in quanto non è possibile stabilire a priori quanti e quali specifici atti dovrà compiere per l'adempimento del suo incarico.

Semmai, l'indeterminatezza così come la difficile determinabilità del risultato si possono astrattamente riverberare sul piano dell'accertamento del profilo di responsabilità degli amministratori[109]. Ma ciò non toglie e sembra valido anche per il profilo dell'obbligazione gestoria, che l'obbligazione sia considerata unitaria, così come l'inadempimento e le sue conseguenze, ragion per cui il binomio normativo dettato dagli artt. 1176 c.c. e 1218 c.c. opera nel suo complesso e, pertanto, dette disposizioni non trovano applicazione disgiunta a seconda che il vincolo obbligatorio sia classificato di mezzi o di risultato[110].

4.1. (Segue). Oltre le classificazioni tradizionali: l'obbligazione gestoria nel prisma delle obbligazioni non governabili.

Come accennato, la perdita di egemonia della bipartizione categoriale mezzi-risultato[111] induce a ravvisare nell'obbligazione degli amministratori la sussistenza ad ogni buon conto di un

---

[106] Riprendendo l'opinione di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 188.

[107] A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 298.

[108] R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Torino, 2004, p.120, per l'efficace esempio del mandato ad amministrare, ove le obbligazioni assunte dal mandatario sono valide anche se non si sa a priori quale ne sarà l'ammontare.

[109] Assumendo quale spunto ricostruttivo l'insegnamento di A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 51 ss., la specialità dell'obbligazione gestoria non intende giammai ricalcare la bipartizione tra diritto civile e commerciale, quanto piuttosto consolidare la formazione di quell'insieme di principi e norme generali che risultano insensibili ai diversi aspetti della materia regolata, sia «quest'ultima attenga alla sfera di produzione e dello scambio», sia che «attenga a quella della distribuzione e del consumo».

[110] Cfr. E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 1, p. 279.

[111] Pur sovente riaffermata sul piano giurisprudenziale. Si veda, ad esempio, Cass. civ., 28 febbraio 2014, n. 4876: «le obbligazioni, siano esse "di risultato" o "di mezzi", sono sempre finalizzata a riversare nella sfera giuridica del creditore una "*utilitas*" oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione "di mezzi" il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti».

risultato "esterno" che, seppur non connaturato al contenuto della prestazione, incide sulla configurazione della stessa.

Accanto a questo profilo, si ravvisa un risultato "interno", *rectius in obligatione*, corrispondente al «rispetto delle regole professionali in funzione del raggiungimento di quello scopo che pur rimane esterno al vincolo obbligatorio»[112]. A meglio riflettere, il dato giurisprudenziale così come quello normativo avallano tale impostazione.

Difatti, da una attenta disamina possono trarsi oltre che regole dettate dal senso comune, connaturate alla prudente gestione di un'impresa, regole di carattere organizzativo sancite ora in codici di autodisciplina, ora in testi di legge, la cui violazione potrebbe assumere valenza (anche) sul piano strettamente civilistico, giacché le stesse integrano la diligenza nella prestazione gestoria-organizzativa, secondo l'accezione qui proposta.

Tanto basta a evidenziare il netto superamento della distinzione categoriale *supra* menzionata, atteso che un risultato è pur sempre enucleabile in ciascun rapporto obbligatorio seppur in proporzione variabile, dovendosi precisare che anche nelle ormai "obsolete" obbligazioni di mezzi, la prestazione non si esaurisce in un contegno astratto del debitore, ma richiede l'adozione di atti oggettivamente apprezzabili.

Il che, come più compiutamente in seguito si vedrà, equivale non tanto a voler ricollegare ogni atto in cui si esplica l'attività degli amministratori alla censurabilità da parte del giudice, quanto a limitare il campo di applicazione della *business judgment rule* alle scelte gestorie pur sempre adottate nel pieno rispetto di cautele informative e, quindi, del parametro di diligenza.

Tali connotati suggeriscono, allora, di rimeditare la bipartizione categoriale obbligazioni di mezzi – obbligazioni di risultato, rispetto alla quale la sistemazione dell'obbligazione gestoria richiede di ampliare il perimetro di indagine alla valutazione del profilo di diligenza dalla cui corretta declinazione, potranno tarsi utili spunti di riflessione.

Ma ancor prima, lo si è visto, il carattere strettamente indeterminato, o se si preferisce la atipicità dell'obbligazione gestoria, ostano quanto meno sul piano strutturale a definire un quadro esaustivo della fisionomia della prestazione cui è tenuto l'amministratore, laddove si consideri che il "risultato" che ci si attende dall'attività gestoria non è misurabile *ex ante*.

Su tali rilievi, il problema classificatorio può essere scandagliato alla luce della felice distinzione proposta da attenta dottrina tra le obbligazioni di mezzo governabili e non governabili.

---

[112] L. ROVELLI, sub *art. 1176*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino 2012, 222 ss.
.

La prima *species* si erige sulla qualificazione della prestazione in termini di attività che rientra nella piena sfera di controllo del debitore, tale che «la scienza attuale consente di dire che il debitore sia in grado di eseguire la prestazione, senza quell'aleatorietà che impedisce di promettere il raggiungimento»[113]. Viceversa, le obbligazioni di mezzi non governabili si connotano per la difficoltà di individuare *ex ante* la strada che assicura l'esito sperato in assenza di regole di comportamento declinate in concreto.

Questa osservazione sembrerebbe *prima facie* irrilevante rispetto alla dimensione della responsabilità degli amministratori, nonché agevolmente contestabile attraverso la più intuitiva constatazione secondo cui un parametro di comportamento è pur sempre identificato dal principio di diligenza.

Ma a ben vedere, la riflessione in seno all'ontologia dell'obbligazione gestoria richiede uno studio metodologicamente orientato alla diversificazione delle fattispecie, in considerazione della peculiare conformazione di ogni rapporto obbligatorio e degli interessi ad esso sottesi. Di qui, l'esigenza di prendere in esame le singole variabili che incidono sulla funzione e sulla disciplina del rapporto, per garantire adeguata armonizzazione del binomio "elaborazione teorica - esperienza fattuale"[114].

Ebbene, concretizzando tali postulati, l'indagine sull'obbligazione gestoria trae opportuna specificazione dall'assetto della riforma societaria, da cui si desume che il rispetto dei criteri di corretta amministrazione assurge a contenuto della prestazione richiesta agli amministratori, in contrapposizione a quel filone critico che ravvisa nel principio "un'ipostatizzazione della categoria civilistica della professionale richiesta dall'art. 2392 c.c."[115]. Naturale corollario di tale impostazione, come più compiutamente si vedrà, è di conseguenza la sussunzione della diligenza a strumento di misurazione del grado di adempimento della obbligazione.

Tuttavia, rinvenire il contenuto della prestazione nei principi di corretta amministrazione reca con sé una serie di ricadute rilevanti rispetto alla qualificazione dell'obbligazione gestoria.

In primo luogo, occorre evidenziare che l'amministrare correttamente l'impresa involge tanto gli atti per così dire interni che attengono all'organizzazione e alla governance dell'impresa, tanto le scelte di gestione puramente discrezionali relative alla strategia aziendale che si intende perseguire, quanto l'attività conservativa del patrimonio sociale che viene in rilievo nella

[113] Queste le parole di G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, p. 1418, a cui si deve la classificazione in parola.

[114] In questi termini P. PERLINGIERI, op. cit., p. 46, che propende per la transizione da una concezione rigida e dogmatica dell'obbligazione ad una visione rinnovata secondo la valorizzazione del dato concreto.

[115] Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 309, il quale, peraltro, sembra circoscrivere il ragionamento ai doveri di informazione.

precipua ottica di salvaguardare le posizioni dei creditori sociali allorquando si verifichi una causa di scioglimento ai sensi dell'art. 2486 c.c.

Orbene, con riferimento alle due ultime ipotesi, la corretta amministrazione non pare ancorata a criteri univoci che possano garantire quell'esito sperato che denota le obbligazioni governabili.

Viceversa, maggiori dubbi affiorano in relazione al compimento degli atti organizzativi della società, sui quali si è progressivamente ristretto il focus della responsabilità degli amministratori.

Ecco, a tal punto, che la composita natura dell'obbligazione gestoria, che oscilla tra discrezionalità ed esigenze di perimetrare l'agire gestorio, sembrerebbe trovare adeguata collocazione in seno alla bipartizione obbligazioni governabili-non governabili. Si tratta, a ben vedere, di una lettura che si pone in sintonia con l'individuazione di una nozione elastica del rapporto obbligatorio, idonea ad essere adattata alle circostanze del caso concreto, a maggior ragione se riferita ad attività professionali, come quella gestoria, in cui non esistono linee guida ben definite. In questa prospettiva, l'indagine empirico-fattuale consente di scandagliare la prestazione scindendo "fasi" governabili (come nella fattispecie della convocazione tempestiva dell'assemblea nei casi previsti dalla legge) e "porzioni" della stessa (adozione di scelte di gestione discrezionali) che esulano dalla sfera di controllo del debitore[116].

5. La diligenza gestoria quale parametro valutativo della condotta degli amministratori e il (definitivo) commiato alla dicotomia obblighi specifici-obblighi generici

L'impostazione appena delineata, lungi dal configurare un mero esercizio stilistico, trova riscontro nella puntualizzazione del parametro di diligenza che orienta l'*agere* gestorio, (ancor di più a seguito dell'intervento riformatore del 2003), definito per antonomasia come clausola generale su cui si erige l'intero sistema giuridico. La costruzione della diligenza in termini di norma elastica già di per sé dimostra come, nella valutazione dello standard di comportamento al quale il debitore deve conformarsi nell'adempimento dell'obbligazione, valenza centrale sia rivestita dal formante giurisprudenziale, tenuto, nella fase applicativa, ad effettuare una precisa scelta assiologica[117].

[116] Cfr. nuovamente G. SICCHIERO, op. cit., p. 1417, per il quale «il contenuto tipico dell'attività dell'amministratore, cioè quello di perseguire l'oggetto sociale, non è invece di per sé controllabile ed infatti la giurisprudenza da sempre nega che si possa giudicare il merito dell'attività amministrativa».

[117] A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Milano, 2010, p. 7.

Alla luce di tale osservazione, se davvero l'obiettivo ultimo si rinviene nella messa a punto di una regola unitaria di diligenza parametrata alla specificità dell'obbligazione gestoria - pur nella consapevolezza delle difficoltà sottese alla ricostruzione di un modello di "buon amministratore" - occorre impostare la riflessione avendo a mente le differenti soluzioni percorribili, dalla cui sintesi potrebbe trarsi una efficace prospettiva di metodo.

Secondo una prima, ma incompleta, traiettoria di indagine, la definizione del canone di diligenza viene a fondarsi su parametri predeterminati, in ossequio ad un approccio di tipo "deterministico". Invero tale disegno, pur apprezzabile sul piano teorico, sconta l'inadeguatezza e il rischio di un giudizio tendenzialmente astratto, nonché slegato dalla configurazione concreta degli assetti societari e, quindi, delle funzioni effettivamente svolte dai singoli amministratori.

La seconda opzione viceversa si ravvisa nel ricorso ad un'indagine empirica che, enfatizzando il caso concreto, giungerebbe a piegare oltremodo la diligenza «al rango di mera clausola generale dai contorni evanescenti»[118].

Orbene, per comprendere l'effettiva portata del parametro di diligenza, giova sin da subito premettere come il discorso non possa prescindere dagli illustri insegnamenti della dottrina civilistica sul punto, la quale non ha mancato di rilevare che il concetto di diligenza ebbe a determinarsi con riferimento a compiti di gestione, *rectius* di amministrazione di cose altrui[119].

E difatti la nozione di diligenza assume un ruolo particolarmente significativo rispetto alla regolamentazione di quella *species* di rapporti in cui la prestazione consiste nella cura di interessi altrui[120].

Nella consapevolezza che tale ultima locuzione richiama talune prestazioni aventi ad oggetto un *facere*, «suscettibili di essere apprezzate dal punto di vista qualitativo dell'osservanza di certe regole tecniche» occorre quindi verificare quale sia la corretta conformazione della diligenza in correlazione all'adempimento dell'obbligazione gestoria[121].

A monte di questo ragionamento si posiziona la convinzione già ampiamente espressa, secondo cui gli amministratori si configurano quali debitori nei confronti della società che ha conferito loro l'incarico di una data prestazione ai fini del soddisfacimento dell'interesse creditorio, secondo il dettato dell'art. 1174 c.c.

---

[118] Ne dà conto F. CICCARIELLO, *Modelli organizzativi e obblighi degli amministratori*, Napoli, 2012, p. 19.
[119] Così A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., p. 403.
[120] A. DI MAJO , op. ult. cit., p. 405.
[121] Cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006, p. 221

In questo itinerario, lo si accennava, paiono dunque decisive le ricostruzioni dottrinali relative alla dicotomia concettuale tra diligenza in veste di criterio di comportamento e diligenza intesa quale oggetto dell'obbligazione, dirette filiazioni di una generalizzazione del concetto di diligenza - non solo nella teoria del rapporto obbligatorio - che fa da contraltare all'assenza di perimetrazione legislativa in tal senso[122].

Orbene, secondo la prima prospettiva, la diligenza si sostanzia nella misura della condotta del debitore che definisce il "come" del comportamento debitorio e che, in quanto modalità di azione concreta, rende insensibile ogni indagine sull'atteggiamento dello spirito con cui si adempie. In altri termini, secondo l'ordinaria interpretazione, essa definisce il parametro attraverso il quale valutare l'idoneità della condotta nell'adempimento della prestazione ai fini della soddisfazione dell'interesse creditorio.

Il che valga a dire che la tesi della diligenza-criterio, peraltro destinataria del maggior consenso della dottrina civilistica, ravvisa in tale clausola generale non già il contenuto di una autonoma *obligatio*, quanto piuttosto un tipico criterio di imputazione della responsabilità, in relazione al quale accertare la corrispondenza del comportamento debitorio a quello concretamente dovuto ai fini dell'esatto adempimento. Di qui discende che, intesa come criterio valutativo, la diligenza non interferisce con il piano della prestazione o, per meglio dire, con ciò che «il debitore è tenuto a fare»[123].

Il quadro apparentemente idilliaco viene, tuttavia, turbato se proiettato nel contesto societario, laddove le pronunce rese in materia si pongono in sintonia con l'indirizzo per cui la diligenza richiamata dall'art. 2392 c.c. possa essere declinata in diverse forme a seconda della natura dell'obbligo violato dall'amministratore, venendo così ad assumere una configurazione *double face*.

In proposito, la frammentazione della diligenza trarrebbe *ratio* giustificativa dalla dicotomia obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico, in cui riecheggia la ripartizione obbligazioni di mezzi-di risultato. Sicché, nell'un caso essa definisce il *quomodo* della prestazione mentre nel secondo, vista l'atipicità normativa e l'indeterminatezza contenutistica

[122] Ciononostante A. ZANARDO, *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di s.p.a.: considerazioni generali e "declinazioni" applicative*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, cit., p. 219, segnala come sul piano definitorio, vi sia una corrispondenza nel senso di definire la diligenza in termini di "impiego dell'attenzione, cura e sforzo necessari per soddisfare l'interesse del creditore"; L. ROVELLI, op. cit., p. 205, e spec. p. 213.

[123] S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir.civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 542.

propria di tale classificazione, essa sfocia in strumento integrativo per identificare la condotta gestoria[124] .

Il che equivale a dire, in quest'ultima ipotesi, che la diligenza sia qualificata in veste di autonomo obbligo che assorbe il contenuto della prestazione, con ciò incorrendo in un duplice malinteso. In primo luogo, in termini più generali si verrebbe a identificare una regola di comportamento con il comportamento stesso, abilitando la sovrapposizione tra dovere di diligenza e dovere di adempimento[125]. Ed è ben chiaro che una tale soluzione ermeneutica svuoti l'essenza stessa di un'obbligazione, la cui prestazione finirebbe per esser relegata ad un mero esercizio di diligenza.

In aggiunta, si può poi convenire con l'assunto per cui tale opzione interpretativa tenderebbe ad attribuire alla diligenza la medesima funzione integrativa riconosciuta alla buona fede[126].

Ma, a ben vedere, la riconduzione della diligenza all'interno della buona fede comporterebbe uno smisurato ampliamento della tutela dell'interesse creditorio sino a ricomprendervi l'ottemperanza all'insieme di cautele generalmente richieste per scongiurare ogni pregiudizio al pieno e integrale raggiungimento dello scopo dell'obbligazione.

D'altronde, non possono sul punto essere sottaciuti gli attenti rilievi di chi, interrogandosi sul ruolo effettivamente svolto nella prassi dalla regola sulla diligenza in senso professionale, ne escludeva integralmente la funzione integrativa caratterizzante la buona fede contrattuale, propendendo piuttosto per un generale rinvio alle regole dell'arte previste per ogni singola professione[127].

Senonché, in questo diffuso orientamento giurisprudenziale sembra allora riecheggiare l'opzione ermeneutica inversa, pur condivisa da taluna dottrina civilistica, volta a individuare una poliforme natura funzionale nel parametro di diligenza, espressione della scissione del fenomeno obbligatorio in obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo. Pertanto, nella seconda *species* il contenuto della prestazione dovuta dal debitore viene identificato attraverso la diligenza stessa, stavolta intesa come dovere primario di prestazione.

Eppure una tale ricostruzione può soddisfare soltanto coloro i quali abilitano una piena sovrapposizione tra diligenza e buona fede, riconoscendovi una funzione integrativa e al contempo determinativa dell'obbligo di prestazione.

---

[124] Riprendendo le parole di L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 1, p. 205, la diligenza «esprime lo stesso dovere primario di prestazione».

[125] Cfr. G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, pp. 104-126.

[126] In senso contrario A. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 298.

[127] G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 263.

Piuttosto, il parametro di cui all'art. 1176 c.c. «presuppone già fissata la prestazione da eseguire per dare piena attuazione al rapporto obbligatorio», e per ciò solo ogni tentativo di snaturamento in oggetto dell'obbligazione è destituito di fondamento sistematico[128].

Al riguardo, non può quindi sottacersi che, alla stregua dell'imprescindibile teorema civilistico, la diligenza rappresenti in definitiva la modalità di esecuzione della prestazione, ponendosi, in conformità all'art. 1176 c.c., all'esterno rapporto obbligatorio e non già al suo interno[129].

Da ciò consegue che la corretta ed unica accezione di diligenza-criterio sottintende il ricorso ad un metro oggettivo che viene in rilievo nel momento successivo alla perimetrazione di ciò che il debitore, in relazione allo specifico vincolo obbligatorio, è tenuto a svolgere[130].

Alla luce dell'inquadramento civilistico proposto, risulta più agevole rilevare l'inadeguatezza della tesi che vuole enucleare nella dimensione societaria un dovere generico di diligenza degli amministratori. In altri termini, se l'unitarietà dell'obbligazione rappresenta ormai una colonna portante della dimensione ordinamentale, non si comprende come possa trovare cittadinanza la raffigurazione di un'obbligazione in cui la prestazione si esaurisce nella diligenza, in contrapposizione ad obblighi "specifici" in cui la diligenza torna ad assumere la sua corretta funzione tradizionale.

Viceversa, sembra preferibile assecondare l'idea che, a prescindere da una inadatta tassonomia del rapporto obbligatorio, anche in ambito societario la diligenza «indica il modello astratto di condotta» cui l'amministratore è tenuto a parametrare la propria attività, potendosi semmai abilitare una distinzione contenutistica in vista della mera modulazione dei profili probatori, di cui appresso si dirà[131]. D'altronde, la stessa formulazione dell'art. 2392 c.c. depone per la lettura in questa sede proposta: sul piano logico-grammaticale, l'adempimento diligente degli amministratori è riferito ai doveri ad essi imposti, ragion per cui se si fosse inteso enucleare un

---

[128] Conferma è data dalla Relazione al codice civile ove si osserva che tale criterio «richiamato in via generale nell'art. 1176 come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di avere fatto quanto stava in lui, per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione. Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo, nell'art. 1176 comma 2, è chiarito, a titolo di esemplificazione legislativa, che, trattandosi di obbligazioni inerenti all'esercizio (e quindi all'organizzazione) di una attività professionale, la diligenza deve valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata; per questo, inoltre, pur essendo apparso superfluo riprodurre l'art. 1224 comma 2 c.c. 1865, è da ritenersi certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o con maggiore rigore».

[129] M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 130.

[130] P. PERLINGIERI, G. ROMANO, *Attuazione del rapporto: l'adempimento*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 4 ed., Napoli, p. 236 ss.

[131] A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, cit., p. 44.

autonomo dovere di diligenza, il legislatore avrebbe dovuto optare per la previsione espressa di un "agire con diligenza"[132].

Né valgono a revocare in dubbio questa impostazione le esaminate peculiarità che connotano l'obbligazione gestoria, giacché la difficile predeterminazione del comportamento dovuto costituisce il naturale risvolto dell'ineludibile margine di discrezionalità che orienta l'azione degli amministratori e giammai consente di diversificare il ruolo della diligenza.

5.1. (Segue). Canoni e modelli di riferimento. Convergenze e divergenze con il *duty of care* inglese e la *Sorgfalt* tedesca

Il legislatore della riforma del 2003, laddove ricollega la responsabilità gestoria alla "natura dell'incarico" e "alle specifiche competenze", ha inteso valorizzare il requisito della diligenza mediante il richiamo alla (pur sempre) centrale regola civilistica in materia di adempimento dell'obbligazione, vale a dire l'art. 1176 c.c., nel suo secondo comma. Con buona pace di quel pur autoritario indirizzo che, in adesione alla formulazione *ante* riforma dell'art. 2392 c.c., limitava il riferimento al primo comma dell'art. 1176 c.c., così interpretando la norma cardine in materia di responsabilità degli amministratori nel senso che la diligenza dovuta dall'organo gestorio fosse quella normale ed ordinaria e non una diligenza speciale di maggiore intensità[133].

Invero, rispetto alla ricostruzione appena segnalata, la più attenta dottrina, nel considerare la regolamentazione di singoli rapporti tra cui per l'appunto quello di amministrazione, già ravvisava nel richiamo alla diligenza la necessità di un adattamento del criterio generale astratto alla natura della prestazione[134].

Ciò posto, l'attuale versione dell'art. 2392 c.c. ha cristallizzato quel *minimum* di diligenza che orienta la funzione gestoria, in linea al progressivo evolversi delle dinamiche economico-gestionali dell'impresa sociale.

Segnatamente, avendo pur sempre a mente la necessità di individuare un opportuno punto di equilibrio tra discrezionalità amministrativa e apparato di controlli, l'art. 2392 c.c. eleva gli standard di diligenza gestoria mediante la commisurazione degli stessi alla natura dell'attività esercitata e alle specifiche competenze degli amministratori, sancendo il tramonto del richiamo alla disciplina del mandato. Sicché, oltre ad offrire un criterio predeterminato di

[132] Così L. RENNA, *Responsabilità degli amministratori di società di capitali*, cit., p. 78.
[133] In questi termini G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 184; F. GALGANO, *Le società per azioni*, Bologna, 1974, p. 141.
[134] Il monito è di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1984, p. 20 ss.

comportamento, determina la "personalizzazione"[135] di quest'ultimo o, se si preferisce, la graduazione della diligenza rispetto alle peculiarità del rapporto gestorio[136].

È sin troppo intuitivo che, in tal modo, la novella abbia per un verso enfatizzato il carattere strettamente professionale dell'attività gestoria mediante il definitivo abbandono del canone *ex* art. 1710 c.c. e l'approdo ad una responsabilità da "funzione" e non da "posizione"; per altro verso, con il richiamo alle specifiche competenze, abbia valorizzato l'idea per cui, specie nelle medio-grandi imprese, sia necessario differenziare i membri dell'organo gestorio a seconda della posizione concretamente assunta, in adesione al concetto di "divisione del lavoro" su cui riposa la ragione politica dell'intervento legislativo[137].

E, difatti, quanto al primo indicatore, esso allude all'effettivo ruolo assunto dall'amministratore nell'alveo del consiglio di amministrazione, nonché alla tipologia di attività svolta dalla società e alle dimensioni dell'apparato imprenditoriale[138].

Viceversa, il secondo parametro, diretta filiazione dell'innalzamento degli standard professionali richiesti per l'attività gestoria, associa alla diligenza la prudenza, considerata in veste di dovere generico di non compiere operazioni avventate, e la perizia, intesa quale sintesi delle cognizioni tecniche necessarie per la gestione dell'ente societario.

Ricostruita in questi termini la nozione di diligenza, allora può agevolmente intendersi il senso di ulteriori disposizioni normative di riferimento che orientano l'*agere* degli amministratori e che riempiono di contenuti il parametro di adempimento dell'obbligazione gestoria.

Difatti, lo si è visto, la riforma societaria altro non fa altro se non avallare la ricostruzione di un concetto sì univoco di diligenza, ma al contempo calato nel peculiare contesto di svolgimento di un'attività di impresa nell'altrui interesse. In questo senso l'innalzamento degli standard professionali risponde all'esigenza di responsabilizzare l'organo gestorio, seppur in maniera meditata, giacché l'imputazione dell'inadempimento nei suoi confronti viene ancorato alla

---

[135] Cfr. T. TOMMASI, *sub* art. 2392 c.c. in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, p. 776.

[136] Come più di recente ribadito dalla giurisprudenza di merito, il grado di diligenza, finisce così per variare «in base al tipo di società e di attività che essa svolge e quello richiesto all'amministratore di società quotata è certamente differente da quello richiesto all'amministratore di una piccola società industriale» (Trib. Milano, 8 gennaio 2021, su *giurisprudenzadelleimprese.it*).

[137] C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 10-12, p. 677, declina il sintagma ora nel senso di «divisione del ruolo svolto da differenti fattori produttivi e dei compiti assegnati ai diversi organi sociali», ora in quello dello «specifico contributo che il singolo componente di questi è in grado di fornire».

[138] Cfr. A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. e gli strumenti di esonero da responsabilità*, cit., p. 43. V. altresì, A. ZANARDO, *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di S.p.a.*, cit., p. 237, per la quale «l'espressione "natura dell'incarico" impone di avere riguardo, ai fini dell'individuazione del grado di diligenza, non solo al generico contenuto dell'attività di gestione della società, ma anche alle funzioni che, in concreto, ciascun amministratore è chiamato ad esercitare in virtù del ruolo rivestito nel c.d.a.».

violazione delle modalità procedimentali, *rectius* del "come" sia stata effettuata una data scelta e non già al merito della stessa.

Se tale è l'essenza del canone di diligenza, rispetto alla quale il percorso dottrinale civilistico ha, come testé rilevato, rappresentato una efficace coordinata della riflessione, si può filtrare su questo terreno interpretativo la reale portata di quei corollari che disegnano l'agire diligente degli amministratori, ad ulteriore dimostrazione dell'erronea convinzione per cui la diligenza concretizzi un dovere generico e autonomo degli amministratori.

Il riferimento è più segnatamente al paradigma del dovere di agire in modo informato, ad oggi cristallizzato all'art. 2381 c.c., comma 6, c. c. e al dovere di istituire assetti organizzativi adeguati di cui all'art. 2381, comma 5°, c. c. (cui è destinata trattazione separata).

Con riguardo alla prima disposizione normativa, dai più raffigurata come «paradigma generale di comportamento del buon amministratore»[139], la scelta legislativa offre piena conferma della traiettoria sino ad ora intrapresa. E difatti, ricondurre in capo all'amministratore un dovere di agire in maniera informata significa, in coerenza con il mutato quadro normativo, enfatizzare il *quomodo* del percorso decisionale posto in essere dall'amministratore[140]. Processi informativi che, indubbiamente, se correttamente eseguiti, possono essere sintomatici di una efficiente scelta gestoria, *rectius* discrezionale.

Ma riconnettere la bontà della scelta di merito al dovere di agire in modo informato, non costituisce una equazione sempre veritiera. Volendo riprendere la fisionomia dell'obbligazione gestoria *supra* esaminata, esistono pur sempre eventi non governabili dal debitore che, una volta verificatisi, non integrano *ipso iure* l'imputazione dell'inadempimento all'amministratore. Cosicché, se inteso come mera esplicitazione del canone di diligenza, il dovere di cui si discorre non involge il contenuto della scelta gestoria, il merito della decisione, bensì riguarda la valutazione del rischio e la correttezza informativa nel suo complesso, tanto da aver indotto autorevole dottrina a sostenere che il regime dell'art. 2381 c.c. abbia recepito uno dei paradigmi applicativi della *Bjr*, che involge per l'appunto non tanto il contenuto della decisione, quanto il processo decisionale mediante il quale ad essa si perviene[141].

---

[139] P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 42. Per un ulteriore approfondimento, F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la Riforma delle società*, Milano, 2004, p. 45; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, 2, p. 377 ss.

[140] In senso contrario Cass. civ., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Soc.*, 2017, p. 218 ss., con nota di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, per la quale il dovere di agire in modo informato non concretizza una semplice modalità dell'agire diligente, ma individua un parametro normativo nella gestione dell'impresa, concretizzandosi in una doverosa attività di ricerca, selezione e analisi delle circostanze in cui si inserisce l'azione gestoria.

[141] Cfr. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit., p. 60.

Volendo ampliare il raggio della comparazione[142], siffatta scelta legislativa rappresenta elemento di convergenza con l'impostazione del *duty of care and skills* sancito nel *Companies act inglese*, seppur detta questione venga ad inserirsi in una cornice meno articolata. Difatti, la perimetrazione dei doveri gestori, che continua tuttora a costituire uno degli argomenti centrali del dibattito giuridico nel campo del *company law*, ruota attorno a previsioni legislative essenziali, non sovrapponendosi queste ultime a disposizioni normative relative alla misura dell'adempimento[143].

Ma una precisazione pare doverosa e sorge propriamente dal discorso innanzi avanzato circa la declinazione del parametro di diligenza. Difatti, se nell'ordinamento italiano la tesi della diligenza-dovere ha incontrato più critiche che consensi, giacché la diligenza stessa giammai può costituire oggetto di una obbligazione di comportamento, nella visione del *common law* inglese il *duty of care* viene strutturalmente a configurarsi alla stregua di un autonomo obbligo di diligenza[144]. Un *duty* che, non essendo etichettato come "*fiduciary*" *stricto sensu*, affonda le proprie origini nella *law of negligence* [145].

Delineata tale prima superficiale divergenza, è tuttavia significativo rilevare come la *section* 174 del *Companies Act* rappresenti l'essenza di quell'*iter* di riforma particolarmente elaborato che agli occhi del giurista continentale costituisce un *novum*, avuto particolare riguardo alla disciplina degli obblighi generali dell'organo gestorio, ad oggi costruita attraverso formule inedite e criteri ermeneutici diretti a conciliare *statutory law* e *case law*[146].

In questa prospettiva, animata dalla coesistenza di regole introdotte per via legislativa e principi di matrice giurisprudenziale, non è quindi un caso che il *duty of care* sia declinato in ragione di un doppio parametro. Più precisamente, la previsione di legge riempie di contenuto il dovere mediante la valutazione della *care*, *skill and diligence*, secondo a) la "*general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company*" e quindi un indicatore di carattere oggettivo legato alla funzione; e b) la "*general knowledge, skill and experience that the director has*" che

---

[142] Nel contesto europeo, il *duty of care* e lo *standard* ad esso riferito variano sensibilmente. A titolo esemplificativo, si passa dall'art. 225 della *Ley de Sociedades de Capital* che prevede che "*Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*", alla peculiare impostazione del codice danese in cui è assente una espressa previsione in tal senso.

[143] Puntuale la riflessione di G. PETROBONI, *Diligenza degli amministratori di società per azioni e allocazioni della responsabilità. Un confronto con il company law inglese*, in *Riv. soc.*, 2019, 4, p. 795 ss.

[144] Nella prospettiva statunitense *ex multis*, M. MCMURRAY *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule,* in *Vand. L. Rev.*, 1987, 40, p. 605 ss.

[145] Si veda C.G. BEUERLE, M.A. SCHILLIG, *Comparative Company Law*, Oxford, 2019.

[146] Così G. CONTE, *L'Impresa responsabile*, Milano, 2018, p. 324.

sottintende un parametro soggettivo calibrato sulle conoscenze ed esperienze dell'amministratore.

Dalla lettura della norma, sembra in sostanza emergere la combinazione dell'impianto già consolidatosi nell'*Insolvency Act* del 1986 (art. 214) con l'indirizzo pur risalente che scandiva in termini più soggettivi il dovere di diligenza[147].

Il punto di rottura rispetto al passato è quindi evidente, ma all'identità di risultato comune agli ordinamenti *in comparatione* non corrisponde una piena convergenza delle modalità tramite cui si è ad esso pervenuto.

A ben vedere, il processo evolutivo della responsabilità gestoria in Italia ha assunto quale tappa iniziale la declinazione del canone di diligenza in termini puramente oggettivi, coordinata che ha indubbiamente costituito il tratto saliente sino al momento della riforma societaria con cui ha avuto ingresso la valorizzazione del criterio soggettivo in punto di diligenza.

Viceversa, la prospettiva inglese ha seguito l'itinerario opposto, giacché ad una fase iniziale caratterizzata dalla predilezione per uno standard di natura soggettiva ad opera del formante dottrinale e del formante giurisprudenziale[148], ha fatto seguito altra stagione[149], in cui la necessità di completare il canone di diligenza con un parametro oggettivo ha progressivamente condotto ad un intervento di matrice legislativa in risposta al c.d. *laxness of law in relation to skill and diligence*[150].

Tuttavia la riflessione comparatistica se davvero vuol dirsi esaustiva richiede di restringere il focus sul rilievo funzionale delle singole impostazioni considerate.

Ebbene, la combinazione dell'elemento oggettivo e soggettivo comporta ricadute applicative di assoluto rilievo rispetto al procedimento di accertamento della *liability* gestoria. Il che implica *in primis*, sul versante "oggettivo", la comparazione della condotta posta in essere dal *director* con il contegno "*which may reasonsably be expected of a person carrying out the same functions*", vale a dire il comportamento che ci si può ragionevolmente attendere da chi svolge le medesime funzioni. Di talché, se questa prima operazione valutativa restituisce una difformità tra le due condotte, il *director* avrà senz'altro violato il *duty of care* e superfluo appare l'accertamento del successivo elemento soggettivo.

---

[147] G. CONTE, op. ult. cit., p. 335.

[148] *City Equitable Fire Insurance Co. Ltd v, Re, 1925,* in *Ch 407* ss. Secondo le celebri parole di Lord Romer J. «*a director need not exhibit in the performance of his duties a degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience*». E ancora *Re Brazilian Rubber Plantations* [1911] 1 Ch 425.

[149] Inaugurata dal caso *Dorchester Finance Co. v. Stebbing (1989) BCLC 498* in cui si valorizza «*such care as an ordinary man might be expected to take on his own behalf*».

[150] P.L. DAVIES, S. WORTHINGTON, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Mytholmroyd, 2016, p. 317.

Diverso a dirsi nel caso in cui vi sia una piena corrispondenza con il criterio oggettivo, richiedendosi allora il completamento del giudizio di *liability* tramite la verifica dell'elemento soggettivo, atteso che la conformità all'*objective standard* non esaurisce di per sé la portata del *duty of care*. Ecco allora che, similmente al nostrano criterio delle "specifiche competenze", è necessario tener conto della *general knowledge*, *skill* and *experience* dell'amministratore. Cosicché, l'eventuale presenza di competenze maggiori rispetto all'*objective standard*, induce ad attendersi uno *standard of conduct* più elevato rispetto al quale calibrare l'effettivo *breach of duty* da parte del *director*.

Gli approdi interpretativi concernenti la declinazione del parametro di diligenza suggeriscono, infine, un approfondimento comparativo con la disciplina di responsabilità gestoria tedesca dettata dal § 93, ai sensi del cui comma 1, frase 1, *AktG*, i componenti del *Vorstand* sono tenuti ad esercitare la *Sorgfalt* di un amministratore prudente e coscienzioso nello svolgimento dell'attività manageriale. D'altronde l'impianto legislativo in parola, per primo in area di *civil law* ha sancito il commiato dalla concezione tradizionale dell'amministratore in veste di mandatario[151].

È vieppiù significativo che la letteratura tedesca rinvenga in tale prescrizione normativa l'assolvimento di una duplice funzione. Per un verso essa individua il comportamento obiettivo richiesto agli amministratori nell'esecuzione dell'incarico (*die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter*), per l'altro definisce il criterio di colpevolezza rispetto al quale calibrare l'eventuale emersione di responsabilità[152].

Tuttavia, ciò che balza *ictu oculi* da un primo sguardo comparativo è la differente costruzione del parametro normativo, attestato su una definizione oggettiva dello standard di riferimento della condotta gestoria. Di talché, in caso di proposizione di azione giudiziale avverso gli amministratori, quest'ultimi per esonerarsi da responsabilità non possono addurre l'assenza di esperienza o di competenze necessarie.

La configurazione oggettiva del parametro di diligenza, a cui è ad ogni modo riconosciuta la natura di clausola generale, pone allora la necessità di adattare il criterio valutativo della condotta a seconda dell'incidenza di eterogenei fattori, tra cui le dimensioni della società e l'effettiva ripartizione di competenze all'interno del *Vorstand*.

---

[151] Cfr. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, cit., pp. 3-4.

[152] Peraltro , il concetto di diligenza gioca un ruolo centrale nella disciplina azionaria tedesca, giacché la legge ha riconosciuto all'organo di gestione (*Vorstand*) delle società per azioni una posizione di maggior indipendenza nei confronti dell'azionariato, rispetto a quanto previsto in materia di s.r.l. ove gli amministratori sono soggetti a istruzioni e direttive degli azionisti. Si veda P. KINDLER, *La s.p.a. nell'esperienza tedesca*, cit., p. 430.

La standardizzazione dell'attività gestoria, in questo senso, trova il suo referente principale nelle disposizioni contenute all'interno del codice di condotta (DCGK), che si connotano come esplicazioni del diritto vigente, facilitando soprattutto nelle ipotesi di responsabilità gestoria il riempimento contenutistico ad opera del formante giurisprudenziale[153].

Ciò posto, prescindendo dalla distinta architettura della norma cardine in punto di responsabilità gestoria soprattutto per quanto concerne la declinazione della diligenza in termini squisitamente oggettivi, nell'ordinamento giuridico tedesco la diligenza ugualmente assume i connotati di un criterio di misurazione e non già di un autonomo obbligo gestorio, in piena sintonia con quanto testé rilevato circa la conformazione del parametro nella prospettiva ordinamentale interna.

6. Responsabilità esterna degli amministratori e *neminem laedere*

Un inedito angolo prospettico da cui scandagliare il rapporto tra illecito civile e obbligazione e, più in generale, l'espansione delle mobili frontiere della responsabilità civile, è costituita dal profilo di responsabilità c.d. "esterna", in cui gli amministratori possano incorrere nei confronti di soggetti distinti dalla società nel suo complesso[154].

A tal riguardo, il binomio normativo tracciato dagli artt. 2394 e 2395 c.c. definisce il perimetro della responsabilità in cui incorre l'organo gestorio allorquando dall'esercizio delle proprie funzioni possa derivare pregiudizio ai creditori sociali, ai singoli soci o ai terzi. Il carattere esterno di tale responsabilità consente, tuttavia, una scissione delle due azioni sul piano ontologico: se da un lato la fattispecie di cui all'art. 2394 involge una tutela di natura collettiva volta alla reintegrazione del patrimonio sociale, l'ipotesi di cui all'art. 2395 c.c. sottintende una tutela di carattere individuale [155].

Più segnatamente, l'azione di responsabilità promossa ai sensi dell'art. 2394 c.c. si fonda sul duplice presupposto dell'inosservanza da parte degli amministratori "degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" e del conseguente venir meno della garanzia patrimoniale generica, tale che la soddisfazione delle pretese creditorie sia impedita dall'eccedenza delle passività sulle attività.

---

[153] Cfr. S. RONDINELLI, *Il sistema di amministrazione e controllo nella società per azioni tedesca*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2020, p. 267 ss.

[154] Per tutti, F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss. L'immagine metaforica delle "frontiere" è, come noto, evocata in differenti contesti. Si vedano, altresì, F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 62 ss.; S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 22 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 85 ss.

[155] In questi termini M.S. SPOLIDORO, "*Principi e problemi" delle Società per azioni nel libro di Carlo Angelici*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 159 ss.

Si assume che tale ultimo elemento concretizzi taluno dei tratti caratterizzanti il regime di responsabilità aquiliana: difatti il danno ingiusto insito nella mancata realizzazione del credito suggerisce di considerare la responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. ora nell'alveo della fattispecie di lesione del credito[156], ora in una generica esplicitazione del *neminem laedere* ai sensi dell'art. 2043 c.c.[157] secondo cui il carattere antigiuridico della condotta deriva dalla violazione di obblighi imposti dalla legge e dallo statuto[158]. Peraltro impostata in questi termini, l'azione dei creditori risponde alla più tipica funzione deterrente[159] della responsabilità civile, incentivando gli amministratori ad assumere condotte funzionalizzate alla tutela dei creditori.

La tesi inversa, che in realtà pare minoritaria ma più in seguito si tenterà di valorizzare, qualifica la responsabilità *ex* art. 2394 c.c. in termini contrattuali. Tale catalogazione rappresenta l'approdo comune a percorsi ermeneutici tuttavia distinti. Si è cosi sostenuto per un verso che il fondamento contrattuale sia motivato dalla constatazione che è direttamente la legge a statuire la responsabilità per violazione dell'obbligo di conservazione, per altro verso che l'opzione ermeneutica *de qua* non si giustifichi tanto alla luce della fonte dell'obbligazione quanto piuttosto in considerazione della preesistenza dell'obbligo che viene violato.

Non si può infine sottacere un ulteriore sofisticata giustificazione della natura contrattuale addotta dalla dottrina sulla base della violazione di un peculiare obbligo di protezione imposto per legge a tutela delle posizioni creditorie[160].

Ugualmente il dibattito dottrinario si è a lungo attestato sulla qualificazione del rimedio in termini di azione diretta o surrogatoria[161], con la definitiva prevalenza della prima opzione in virtù del dato normativo (ultimo comma dell'articolo 2394 c.c.) secondo cui «la rinuncia

---

[156] Cfr. A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. e gli strumenti di esonero da responsabilità*, cit., p. 66 ss.

[157] Già S. AMBROSINI, *Rassegna di giurisprudenza del tribunale di Milano*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 651 ss. giustifica l'applicazione del regime extracontrattuale allorquando «alla lesione non preesista un'obbligazione tra le parti, ma solo il dovere, imposto alla generalità dei soggetti, del *neminem laedere*».

[158] Invero i due indirizzi sono pur sempre riconducibili alla onnicomprensiva dimensione responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c. Per tale orientamento si rinvia *ex multis* a G. OSTI, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli organizzatori di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 807 ss.; F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, p. 290; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 218.

[159] L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, p. 19.

[160] Ne dà conto M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, p. 280 ss., che richiama la posizione espressa da A.R. ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, p. 68 e G. BARTALINI, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000, p. 415.

[161] Propende per questa soluzione G.B. FERRI, op. cit., p. 409, laddove rintraccia nel secondo comma dell'art. 2394 c.c. uno dei tratti caratterizzanti l'azione surrogatoria, vale a dire la insufficienza del patrimonio sociale, mentre in via implicita al quarto comma l'altro presupposto dell'inerzia dell'avente diritto.

dell'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali», oltre che della diversità di *causa petendi* rispetto all'azione di cui agli artt. 2393 e 2393 *bis* c.c., giacché in tale ultima ipotesi la responsabilità si calibra sull'inosservanza dei doveri intesi nel loro complesso, mentre il rimedio *ex* art. 2394 c.c. si fonda sulla violazione dell'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale[162].

Tuttavia, l'ulteriore argomentazione che supporta la configurazione di un'autonoma azione dei creditori, si rinviene in quel convincente indirizzo che restringe il focus sulla divergenza degli interessi tra creditori e soci/società. Un disallineamento che, nella prassi, si cristallizza nelle situazioni patologiche della vita societaria (questo contesto, d'altronde, costituisce il campo di elezione della responsabilità nei confronti dei creditori), rivelando la diversità dei fini delle singole azioni di responsabilità.

Tale opinione risulta poi confortata dalla lettura dell'innanzi esaminato art. 2086 c.c., rispetto al quale ci si interroga se l'adeguatezza delle misure debba essere parametrata all'interesse dei soci o all'interesse dei creditori[163]: la prospettazione di una duplice interpretazione si riconnette, difatti, al bivio di iniziative che possano assumere gli amministratori, ora di conservazione del patrimonio con tutela massima dei creditori, ora effettuando operazioni più rischiose, ma astrattamente idonee ad incrementare i profitti in attuazione del primario obbligo nei confronti della società. Si allude in sostanza a scelte squisitamente organizzative che, lo si rammenta, sono riservate in via esclusiva agli amministratori.

Di qui è opinione unanime[164] che in fase di patologia dell'impresa o in un momento subito antecedente (ciò che la dottrina statunitense definisce *vicinity of insolvency*[165]), si verifica il c.d. *shifting duty*, vale a dire la transizione dei doveri degli amministratori e degli obiettivi della gestione verso la tutela prioritaria dell'interesse dei creditori[166]. Ne deriva che la graduazione e

---

[162] C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., p. 962.

[163] G. IANNIRUBERTO, *Responsabilità per mala gestio dell'impresa e riflessi sui rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, p. 83

[164] Così V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 1, p. 7. Tra i contributi monografici si vedano F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015; A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi preconcorsuale*, Milano, 2016; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017; P. MONTALENTI, *Doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in ID., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 285 ss.

[165] Al riguardo si vedano le riflessioni di A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, p. 49 ss.

[166] In prospettiva comparatistica G. STRAMPELLI, *La disciplina europea dei doveri degli amministratori nella società in crisi: problemi e prospettive*, in *Rivista ODC*, 2020, p. 273 ss.; G. MCCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, J. DAHLGREEN, *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practice*, consultabile su https://commission.europa.eu/system/files/2017-03/insolvency_study_2016_final_en.pdf. Più di recente, L. BENEDETTI, *L'organo gestorio della società in crisi fra interesse dei soci e interessi altri: i principi della direttiva sui preventive restructuring frameworks e il loro recepimento negli ordinamenti nazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 1, p. 95 ss.

la selezione di interessi presuppone una disomogeneità ontologica degli stessi che giustifica lo spostamento della direzione d'azione dell'organo gestorio.

In ultima analisi, appare pertanto evidente che l'eventuale azione promossa dalla società mira alla tutela di interessi sostanzialmente disomogenei rispetto a quelli di cui sono portatori i soci[167].

Ragion per cui il carattere surrogatorio viene meno sol che si consideri che il ceto creditorio ha interesse esclusivo a che la società non produca ulteriori perdite tali da intaccare la garanzia patrimoniale.

Se con riguardo all'azione di responsabilità promuovibile dai creditori variegate sono le declinazioni interpretative che oscillano tra fondamento contrattuale, extracontrattuale e configurazione del contatto sociale qualificato, minori perplessità desta il profilo di responsabilità di cui all'art. 2395 c.c. Giova premettere che sul piano funzionale esso realizza uno strumento di tutela degli interessi individuali dei singoli soci o dei soggetti terzi rispetto alla società, allorquando questi ultimi abbiano direttamente subito pregiudizi derivanti da atti di gestione illeciti compiuti dall'organo gestorio.

La proposizione dell'azione mira, in tal senso, alla reintegrazione del patrimonio leso in conseguenza delle condotte poste in essere dagli amministratori. Tuttavia, il presupposto indefettibile che abilita soci e terzi ad agire nei confronti degli amministratori è costituito dalla esistenza di un danno immediato e diretto, essendo viceversa esclusa l'esperibilità laddove il pregiudizio sia conseguenza indiretta del depauperamento del patrimonio sociale[168].

Per quanto qui rileva, secondo l'impostazione maggiormente accreditata, l'azione viene catalogata in termini extracontrattuali sull'assunto per cui alcun vincolo negoziale unisce gli amministratori ai soci e ai terzi[169]. In questa prospettiva, all'art. 2395 c.c., considerato norma di chiusura dell'intero sistema di responsabilità gestoria, viene riconosciuto anche dalla

---

[167] Per una compiuta ricostruzione del profilo di responsabilità in esame si veda E. LA MARCA, *Variazioni in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni verso i creditori sociali*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 4, p. 691 ss.

[168] Cfr. Cass. civ., 12 giugno 2019, n. 15822, consultabile su *Dejure*, ove testualmente: «l'inadempimento contrattuale di una società di capitali non implica automaticamente la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente ai sensi dell'art. 2395 cod. civ., atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, richiede la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente, come si evince, fra l'altro, dall'utilizzazione, nel testo della norma, dell'avverbio "direttamente", il quale esclude che l'inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale siano sufficienti a dare ingresso all'azione di responsabilità».

[169] V'è anche chi come A.R. ADIUTORI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c. e class action: nuove prospettive di applicazione?*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 2, p. 679 ss., nega la riconduzione dell'azione in seno all'art. 2043 c.c. discorrendo piuttosto di responsabilità per violazione dei doveri di protezione.

giurisprudenza più recente[170] un fondamento extracontrattuale sul presupposto che esso realizzi una concretizzazione e non un'eccezione alla disciplina di cui all'art. 2043 c.c.[171]

Per tale ragione la conformazione aquiliana dell'azione proposta da singoli soci o terzi oblitera ogni tentativo di qualificazione in termini di responsabilità da posizione apicale, atteso che il *respondere* dell'amministratore risulta strettamente connesso all'esistenza di una condotta dolosa o colposa, del pregiudizio patito in via diretta dai terzi e del nesso causale[172] che lega il primo al secondo.

Ciò posto, la nozione di "danno diretto" che costituisce il caposaldo dell'art. 2395 c.c. riporta la riflessione in seno ai dettami della responsabilità civile, dovendosi intendere il pregiudizio di cui alla norma funzionalizzato all'esclusivo profilo dell'*an debeatur*. Per converso, l'effettiva quantificazione si riassume nelle direttive indicate dall'art. 1223 c.c., convenzionalmente individuate come la sede dell'accertamento della causalità giuridica[173] e quindi come compasso delimitativo delle conseguenze derivanti dal fatto lesivo posto in essere dall'amministratore che, se responsabile, è tenuto a risarcire integralmente.

Ecco allora che, ricostruita in questi termini, l'azione *ex* art. 2395 c.c. restituisce la cifra della configurazione *double face* del profilo causale anche all'interno della dimensione societaria, in cui, a maggior ragione per quanto concerne il pregiudizio patito in via diretta da singoli soci o terzi, diviene tangibile la *vis espansiva* dell'aspetto eziologico nei tratti distintivi che connotato causalità in fatto e causalità giuridica. Per un verso, si allude alla fase ricostruttiva della fattispecie di responsabilità, il cui obiettivo ultimo, è fin troppo noto, si rinviene nella identificazione dell'autore del pregiudizio, per l'altro si sottintende il differente, ma complementare momento della selezione delle conseguenze risarcibili, per esse intese le ricadute immediate e dirette della condotta dell'agente[174].

---

[170] Si veda Cort. App. Torino, Sez. Impr., 4 marzo 2022, con nota di E. CICATELLI, *Responsabilità degli amministratori e dei direttori generali: principio di causalità efficiente, concorso colposo del danneggiato e accordi transattivi*, in *Riv. soc.*, 2022, 11, p. 1241 ss.

[171] L'orientamento è condiviso, tra i vari, da G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 363 ss.; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in AA. VV. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso, Torino, 2006,* p. 893 ss.

[172] Precisa Trib. Terni, 6 febbraio 2006, in *Giur. it*., 2007, 5, p. 1158 che «l'inadempimento contrattuale di una società non comporta automaticamente una responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci, essendo a tal fine necessario un nesso di causalità fra il comportamento illecito degli amministratori e il nocumento subito dai soci tale da incidere direttamente sul patrimonio di questi».

[173] Più di recente F. MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, p. 6, il quale restringe tuttavia il focus sull'importanza sistematica della regola di equitativa del danno di cui all'art. 1226 c.c., potendo la stessa rappresentare «una lente attraverso la quale esaminare la complessiva disciplina dell'obbligazione risarcitoria».

[174] Per una critica alla segnalata bipartizione, R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 218 ss. per il quale «il rapporto tra causalità in fatto e causalità giuridica si rivela meno definito di quanto sembri».

Ciò posto, la definizione del legame causale tra la condotta illecita e il danno patito dal singolo socio e terzo è affidato al criterio del più "probabile che non"[175], con la naturale conseguenza per cui spetta ai soggetti lesi dalla *mala gestio* dover fornire la prova di un nesso denotato da elevata probabilità, a fronte della riferibilità in capo all'amministratore della prova che la verificazione del danno sia dovuta a causa a lui non imputabile. D'altronde, queste considerazioni dogmatiche trovano spazio operativo in una recente pronuncia della giurisprudenza di merito[176] che ha accolto l'istanza avanzata dal creditore di una società dolosamente svuotata nelle more di un giudizio arbitrale, il quale aveva proposto alternativamente azione di responsabilità *ex* art. 2394 e azione per danno diretto di cui all'art. 2395 c.c. Ed è anzi significativo che il Tribunale di Milano abbia valorizzato il secondo profilo di responsabilità rinvenendo nella condotta lesiva dell'amministratore il presupposto operativo dell'azione di cui all'art. 2395. Senonché, rispetto alla *quaestio* causale, la pronuncia appare ancor più emblematica laddove riconosce che sia «sufficiente la dimostrazione del danno e di un nesso dotato di elevata probabilità»[177].

6.2. *Third party liability* dei *directors* e ruolo pivotale della *tort law*: il tramonto della *identification doctrine.*

Il profilo di responsabilità esterna assume, inoltre, un significato paradigmatico rispetto agli obiettivi del presente elaborato giacché in chiave comparatistica la responsabilità nei confronti delle c.d. *non-shareholder third parties* accentua l'integrazione dei principi di *tort law* con i *corporate law values*, pur nella consapevolezza dell'esistenza di una *interdoctrinal divergence*, cara ai giuristi di *common law*, secondo cui è la sfera della *tort law* ad essere deputata alla ricerca della *fault*, mentre la *corporation law* con i suoi meccanismi operativi tende alla sua giustificazione[178].

Di talché, l'apparente antinomia tra le due aree si rifletterebbe sul piano teleologico: la *tort law* appare orientata alla *loss spreading* mentre il diritto societario all'incentivazione dell'assunzione del rischio[179].

---

[175] In questo senso Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17794, in *Soc.*, 2016, 7, p. 810 con nota di F. ATTANASIO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti fra diritto della responsabilità civile e diritto societario*.

[176] Si allude a Trib. Milano, 11 maggio 2020, in *Soc.*, 2020, p. 1216 ss. con nota di N. DE LUCA, *Azioni di responsabilità per danni diretti ai terzi (art. 2395 c.c.): prescrizione, onere della prova, territorialità*.

[177] Cfr., nuovamente, Trib. Milano, cit., p. 1218.

[178] S.K. O' BRYNE, C. A. SCHIPANI, *Personal liability of directors and officers in tort: searching for coherence and accountability*, in *U. Pa. J. Bus. L.*, 2019, 22, p. 82.

[179] In questi termini J. RHEE, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment Rule*, cit., p. 1156.

La rilevanza dell'indagine si pone inoltre in apparente contraddizione con la tradizionale impostazione anglo-americana secondo cui gli amministratori sono qualificati quali meri "*agents of a company*"[180], non potendo essi di norma rispondere personalmente per i *torts* della società.

Peraltro, se si osserva che il paradigma di esercizio dell'attività gestoria è da sempre stato rinvenuto nella *shareholder primacy principle*, si riscontra altresì un vuoto normativo[181] sull'estensione dei *duties* degli amministratori nei confronti di soggetti terzi, in particolar modo nei confronti dei creditori. Difatti, nei sistemi di *common law* tradizionalmente l'organo gestorio non assume alcun dovere fiduciario a tutela delle posizioni creditorie[182], eccezion fatta nella c.d. *zone of insolvency* ove il rischio di pregiudizi patrimoniali diviene ben più consistente[183].

Lacuna che è stata in parte colmata da isolati precedenti giurisprudenziali[184], in cui si è timidamente tentato di porre a fondamento dell'esercizio dell'attività gestoria non soltanto la massimizzazione del profitto, ma anche la tutela dei creditori[185].

Nello spettro complessivo della *liability* gestoria, ciò sottintende un problema strutturale di fondo, quale la deriva di tendenziale irresponsabilità dell'organo gestorio, si badi bene, non tanto nelle ipotesi di illeciti intenzionali (tipico è il caso di *fraud*) quanto nei casi di negligenza in cui la condotta assume un disvalore meno evidente: in tali ultime ipotesi la tensione tra *company law* e *tort law* diviene ancor più tangibile, giacché per il primo l'ente giuridico è responsabile delle azioni commesse in suo conto dalle persone fisiche deputate alla gestione, mentre il *tort law* restringe il focus sull'individuo autore del *wrongful act*[186].

---

[180] Testualmente Lord Cairns in *Ferguson v. Wilson*: «*What is the position of directors of a public company? They are merely agents of a company. The company itself cannot act in its own person, for it has no person; it can only act through directors, and the case is, as regards those directors, merely the ordinary case of principal and agent. Wherever an agent is liable those directors would be liable; where the liability would attach to the principal, and the principal only, the liability is the liability of the company*».

[181] A. KEAY, *Formulating a Framework for Directors' Duties to Creditors: an Entity Maximization Approach*, in *Camb. L. Jo.*, 2005, 3, p. 615.

[182] *Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nomines Ltd (1991) 1 AC 187*. Emblematiche le parole di Lord Lawry per cui «*a director does not by reason only of his position as director owe any dut to creditors or to trustees for creditors of the company*».

[183] M. VENTORUZZO, *Comparative Corporate Law*, Minnesota, p. 295. Nel *case law* si veda *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd (1988) BCLC 250*. Più di recente *BTI 2014 LLC v Sequana Sa (2022) UKSC 25, (2022) Bus LR 920.*

[184] Cfr. *Winkworth v Edward Baron Development Co Ltd [1986] 1 WLR 1512*; *Technic Eng'g Ltd. V. Basic Envirotech, Inc., 53 F Supp. 2d 1007 (1999)*.

[185] L'orientamento restrittivo delle corti ha indotto attenta dottrina a porre il seguente interrogativo: «*Are the interests of the creditors merely one competing interest to be borne in mind by directors in their running of the company, and if so, how much prominence are they to be given*?». Così C. RILEY, *Directors' duties and the interests of creditors* in *Co. Law*, 1989, 10, pp. 87-89.

[186] In questi termini L. HILLIARD, *Liabilities of Directors to Third Parties*, in S. MORTIMORE (a cura di), *Company Directors. Duties, Liabilities, and Remedies*, Oxford, 2019, p. 639.

Ragion per cui, come comprovato dal giudizio di appello della decisione *Standard Chartered Bank*[187], la distonia normativa si traduceva nella errata tendenza del formante giurisprudenziale a trattare le ipotesi di responsabilità degli amministratori alla stregua di quei "*special principles of company law*"[188], piuttosto che a focalizzarsi sulla *cause of action* invocata nei confronti del *director*.

In questo contesto, il primo profilo che ostava alla configurazione della responsabilità civile si rinviene nella *identification doctrine*, fondata sull'assunto per cui l'a*gency relation* tra amministratori e società implicava l'impossibilità di assimilare gli atti compiuti per conto della società ad atti che legittimassero responsabilità personale[189]. Ne derivava una sorta di immunità in favore dell'organo gestorio, atteso che "*tortious act is not that of the director, but the company itself*"[190].

Eppure la convinzione che il diritto societario neutralizzi l'applicazione del *tort of negligence* in punto di responsabilità esterna degli amministratori è tutta da verificare.

Invero, una lettura più accurata dell'itinerario della giurisprudenza anglo-americana in *subiecta materia* dimostra come la questione vada affrontata sul piano sostanziale e non già in nome di una generalizzata tendenza a garantire un *safe harbour* all'amministratore[191], senza voler al contempo sovraesporre gli amministratori ad una smisurata sfera di responsabilità[192].

L'inversione di rotta può in primo luogo ravvisarsi nelle *decisions* delle corti di Commonwealth, le quali hanno progressivamente ampliato il perimetro di responsabilità gestoria sino a ricomprendervi *claims* nei confronti degli amministratori per *infringment of copyright*, *negligent property damage* e *breach of contract*[193].

Segnatamente, la rassegna giurisprudenziale scandita dai casi *Natural Life Health Foods*, *Trevor Ivory Ltd v. Anderson* accerta il disconoscimento della c.d. *sanctity of the Salomon*

---

[187] *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp.* (2002) UKHL 43.

[188] Lo rilevano N. CAMPBELL, J. ARMOUR, *Demystifying the civil liability of corporate agents*, cit., p. 291.

[189] Anche definita come "*disattribution heresy*" da N. CAMPBELL, J. ARMOUR, op. ult. cit., p. 293.

[190] R. GRANTHAM, C. RICKETT, *Directors' 'Tortious' Liability: Contract, Tort, or Company Law?* in *Mod. L. Rev.*, 1999, 62, p. 133.

[191] In questo senso J. LOWRY, *United Kingdom*, in H. ANDERSON (a cura di), *Directors' Personal Liability for Corporate Fault: A Comparative Analysis*, Amsterdam, 2008, p. 279 ss.

[192] Il rischio da evitare è la qualificazione dei *directors* in veste di «*insurers of the firms'obligations*». Così F.H. EASTERBROOK, D. FISCHEL, *Limited Liability and the Corporation*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1985, 52, pp. 89, 93–94.

[193] Cfr. N. CAMPBELL, J. ARMOUR, *Demystifying the civil liability of corporate agents*, cit., p. 290. *Ivi* per una prima rassegna di giurisprudenza in materia: *ex multis*, *Williams* v. *Natural Life Health Foods Ltd.* [1998] 1 W.L.R. 830 (H.L.); *Trevor Ivory Ltd.* v. *Anderson* [1992] 2 N.Z.L.R. 517 (N.Z.C.A.); *ScotiaMcLeod Inc.* v. *Peoples Jewellers Ltd.* (1995) 129 D.L.R. (4th) 627 (Ont. C.A.).

doctrine, abilitando un sindacato sostanziale in merito ai presupposti di responsabilità personale degli amministratori[194].

Sull'assunto che in *common law* i *fiduciary duties* sono assunti dagli amministratori a tutela esclusiva della *corporation* e degli *stockholders*[195], differenti sono le ipotesi ricostruttive di cui occorre dar conto per fornire la *ratio* giustificativa del profilo di responsabilità di cui si discorre, avendo al contempo a mente le prescrizioni normative[196] che stabiliscono espressamente che *directors* e *officers* non sono personalmente responsabili per gli illeciti che derivano esclusivamente dall'incarico da essi assunto: analogamente a quanto rilevato nell'ordinamento italiano (seppur con riferimento alla responsabilità nei confronti della società), ineludibile è la transizione da una responsabilità "da funzione" ad altra "da posizione"[197].

Volendo catalogare le fattispecie in cui l'amministratore risponde personalmente nei confronti di soggetti terzi, un primo profilo di responsabilità (che desta minori perplessità) si rinviene nel compimento dei c.d. *own torts*. L'amministratore che si rende autore di un illecito nel corso dell'esercizio della funzione gestoria, sarà considerato responsabile a condizione che il *plaintiff* accerti positivamente l'esistenza degli elementi che compongono l'illecito. Sino a qui *nulla quaestio*: i contorni operativi di tale forma di responsabilità dimostrano una piena sovrapposizione con l'impianto del *tort of negligence*.

Così nella prospettiva statunitense il *director* viene in primo a luogo a rispondere nei confronti dei creditori per l'inosservanza delle prescrizioni normative sancite negli *statutes* di settore[198]. Tali violazioni si sostanziano, a titolo esemplificativo, nella errata distribuzione dei dividendi

---

[194] Emblematiche in tal senso le parole di Chadwick LK in *MCA Records Inc v. Charly Records Ltd* [2003] 1 BCLC 93, CA, secondo cui «*there is no reason why a person who happens to be a director or controlling shareholder of a company should not be liable with the company as a joint tortfeasor if he is not exercising control through the constitutional organs of the company and the circumstances are such that he would be so liable if he were not a director or controlling shareholder*».

[195] In dottrina C.M. BRUNER, *Opting out of fiduciary duties and liabilities in U.S. and U.K. business entities*, in D.G. SMITH, A.S. GOLD (a cura di), *Research Handbook on Fiduciary Law*, Cheltentham, 2018, p. 287. In senso conforme il *case law ivi* richiamato, tra cui *Guth v. Loft*, Inc., 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939); *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d 695, 708–9 (Del. 2009); *Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc.,* 638 A.2d 1110, 1113–14 (Del. 1994)

[196] Esemplificativo 19 *Corpus Juris Secundum (C.J.S.) Corporations* § 640: «*A director, officer, or agent is not liable for torts of the corporation or of other officers or agents merely because of his or her office. He or she is liable for torts in which he or she has participated or which he or she has authorized or directed*».

[197] Siffatta conclusione pare confortata dal § 7.01 del *Restatement (Third) of Agency*, secondo cui «*an agent is subject to liability to a third party harmed by the agent's tortious conduct. Unless an applicable statute provide otherwise, an actor remains subject to liability although the actor acts as an agent or an employee, with actual or apparent authority, or within the scope of employment*».

[198] Si tratta di ipotesi eterogenee, atteso che la disciplina del *corporate law* è usualmente materia di competenza dei singoli stati. Volendo fornire una panoramica approssimativa, la responsabilità degli amministratori può derivare da disposizioni di *statutes* che vietano gli *ultra vires acts*, *statutes* che proibiscono lo scioglimento della società salvo che siano stati adottato gli opportuni provvedimenti per le obbligazioni assunte dalla stessa società.

in favore degli azionisti o nel riacquisto delle loro azioni allorquando la società sia sprovvista del capitale sufficiente[199].

Maggiori problemi desta invece il secondo profilo di responsabilità personale, che viene in rilievo allorquando vi sia una *assumption of responsbility* da parte dell'amministratore in veste di *joint tortfeasor* con la società[200]. Nella dimensione societaria tale ipotesi comporta che sia il terzo che agisce in giudizio a dover fornire la prova della partecipazione diretta del *director* alla commissione dell'atto lesivo, dimostrando in sostanza che egli abbia disposto, ratificato, approvato o acconsentito il *tortius act*[201]. Difatti, l'emersione di responsabilità non si misura sulla base della "*nonfeasance or the omission af act which a person ought to do*"[202], bensì richiede una "*active negligence*" che comprovi l'incidenza causale della condotta dell'amministratore.

Ordunque, potrebbe *prima facie* obiettarsi che modelli di *liability* degli amministratori parametrati sulla *tort law*, siano contrastanti con i due presupposti fondanti lo "scudo societario", vale a dire il principio della personalità giuridica separata della società e la responsabilità limitata come garanzia per lo svolgimento dell'attività di impresa in forma societaria. Tuttavia, il concetto di *limited liability* non esclude di per sé la configurazione di *tortious liabilities*. Semmai, si potrebbe riflettere sulla natura del dovere violato, scindendo gli *internal duties* dagli *external duties*: in questo composito mosaico, la violazione dei primi, che l'amministratore assume esclusivamente nei confronti della società non legittimerebbe la proposizione di una *negligence claim*. In altri termini, se il *director* è investito di una funzione di gestione e supervisione dell'area societaria in cui è stato commesso l'illecito, ma non assume alcun coinvolgimento nella commissione dell'atto lesivo, non pare ipotizzabile una sua responsabilità diretta.

Al contrario se il grado di coinvolgimento assume i connotati di una partecipazione attiva al *tort*, allora egli sarà considerato responsabile per violazione del *duty of care* nei confronti dei terzi che abbiano patito il danno.

Invero, tale ultima soluzione rappresenta l'equo contemperamento tra un'impostazione più rigida incentrata sui paradigmi della *strict liability* e di una (dis)funzione deterrente e altra

---

[199] E. GERDING, *United States of America*, in *Directors' Personal Liability for Corporate Fault. A Comparative Analysis*, cit., pp. 301-302.

[200] Per una puntuale disamina di tale fattispecie si veda L. HILLIARD, *Liabilities of Directors to Third Parties*, cit., p. 641 ss.

[201] *Brandt v. Rokeby Realty Co.*, No. C.A. 97C-10-132-RFS, (Del.) 2004 WL 2050519, punto 10.

[202] *Yavar Rzayev, LLC v. Roffman*, No. CV S14L-12-035 MJB.

visione alquanto flessibile che rende immuni gli amministratori da responsabilità tramite il perdurante riconoscimento di un loro ampio margine di manovra.

Per un verso, difatti, l'eccessiva responsabilizzazione potrebbe, se letta nella lente dell'analisi economica del diritto, comportare l'incremento di costi ovvero indurre l'organo gestorio ad assumere posizioni *more risk averse*, o ancora a rendere più stringente l'attività di controllo sull'operato dei soggetti delegati, annullando in tal modo l'efficienza connessa alla ripartizione delle attività interne della società.

Per converso il ricorso alla soluzione inversa determinerebbe spazi di manovra e di discrezionalità sin troppo estesi, tenendo debitamente in conto che, soprattutto nello scenario statunitense, la dottrina della *business judgment rule* costituisce pur sempre una efficiente patente di immunità.

Orbene, prescindendo dalle peculiarità insite in taluna delle fattispecie prospettate, il dato incontrovertibile, registrato nei modelli *in comparatione*, è costituito dalla progressiva estensione del perimetro della *liability* degli amministratori.

7. Trasposizione della teoria del contatto sociale nella dimensione societaria

La riflessione sui profili della responsabilità esterna degli amministratori e le contaminazioni con il dato squisitamente civilistico possono condurre a tal punto a verificare se e quali siano gli spazi di applicazione di fattispecie obbligatorie del calibro del contatto sociale, tali da permettere una rilettura di taluni istituti tradizionali.

L'indagine ermeneutica in parola mette in luce l'impiego virtuoso (con le pur frequenti crisi di rigetto[203]) di una figura sovente individuata come alternativa al fatto illecito, ma dai più metaforicamente pensata come zona grigia fra regime contrattuale e responsabilità extracontrattuale, le cui potenzialità applicative si sono nel tempo misurate anche in contesti diversi dal settore sanitario, usualmente inteso come terreno d'elezione[204]. E così, sulla falsariga

[203] Per uno spunto critico si vedano D. PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico. Rigetto locale o totale del contatto sociale 'qualificato'*? in *Contr. e impr*., 2020, 1, p. 418 ss.; C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale " nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 2 ss.; P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, 12, p. 1759 ss.

[204] Puntuali le osservazioni di M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 11, p. 1693 ss. Similmente A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 30, che rileva come «tra le altre, sono state qualificate da contatto sociale, oltre alla celeberrima responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata, quella del "precettore" dipendente da un istituto scolastico per il non ver vigilato "sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica," quella da inesatto pagamento della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile, quella da "attività procedimentale" della P.A. nei confronti del cittadino»; e ancora F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 ss.

dell'insegnamento proveniente dalla dottrina tedesca[205], si è assistito ad una crescente contrattualizzazione della responsabilità pur in assenza di un soggetto effettivamente obbligato, la cui fonte è da individuarsi per l'appunto nella violazione «di obblighi nascenti da situazioni di semplice contatto sociale»[206].

Traslando tali nozioni nella *sui generis* dimensione societaria va in primo luogo rilevato come la figura del contatto sociale qualificato, i cui contorni applicativi sono in certa misura indirettamente ravvisabili in tale contesto, sia stata formalmente disconosciuta vuoi per aprioristica diffidenza, vuoi per garantire la convivenza tra i due regimi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale[207].

Eppure un'analisi più accurata dimostra la ricorrenza dello schema del contatto sociale anche nei meandri societari. Anzi a ben vedere è proprio la riflessione in seno a tale categoria civilistica ad esemplificare il «processo che ha portato a rendere diritto comune il diritto civile nella soluzione delle diverse questioni»[208].

Una prima evidente conferma è offerta dall'esame del profilo di responsabilità in cui incorre l'amministratore di fatto di società di capitali, vale a dire nelle ipotesi in cui, pur mancando la nomina formale, un soggetto esercita in modo continuativo i tradizionali poteri riservati alla carica di amministratore[209]. Si tratta di un tema tanto tradizionale, quanto problematico, giacché in origine affrontato nella cornice di un'impostazione rigida tesa a disconoscere la configurazione di un rapporto di gestione e la correlata riconduzione degli atti compiuti alla società stessa, in assenza di una valida investitura[210].

Già ad un primo sguardo, nella fattispecie in esame paiono ravvisabili i tratti caratterizzanti il contatto sociale qualificato, fra tutti, come detto, l'assenza di un vincolo contrattuale (così come

---

[205] L'inevitabile richiamo è a A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del 'contatto sociale')*, in *Riv. dir. civ*., 2013, p. 77 ss.

[206] Emblematica Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

[207] Lo rileva A. MAMBRIANI, *Contatto sociale qualificato, responsabilità della holding e degli amministratori*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, 4, p. 559 ss.

[208] Queste le parole di M. FRANZONI, *Il fatto illecito civile fra civile e commerciale nel codice del '42*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 3, p. 741 ss.

[209] Si veda Cass. civ., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1396, con nota di A. PERRONE, *Un revirement della cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto*, ove è stato sancito che le norme previste per gli «amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire un corretto svolgimento dell'amministrazione della società, sono applicabili non soltanto ai soggetti immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratori, ma anche a coloro che si siano, di fatto, ingeriti nella gestione della società in assenza di una qualsivoglia investitura da parte dell'assemblea, sia pur irregolare o implicita, così che i responsabili delle violazioni di dette norme vanno individuati, anche nell'àmbito del diritto privato (così come in quello del diritto penale e amministrativo: artt. 135,136 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385; art. 11 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472; artt. 190,193 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate».

[210] A. GUERRERI, *Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 1-4, p. 154.

l'assenza di una efficace investitura assembleare) e lo svolgimento in via continuativa (non già occasionale) dell'attività gestoria a vantaggio della società. Da ciò ne consegue che pur non essendoci una formale investitura della funzione, la complessità del vincolo obbligatorio viene a strutturarsi nella previsione non soltanto di obblighi di protezione, ma ancor prima di obbligazioni primarie che corrispondono *in toto* a quelle gravanti in capo all'amministratore "di diritto"[211].

Il che comporta, sul piano rimediale, l'irrilevanza del fatto illecito quale regola aurea che designa la responsabilità degli amministratori di fatto, dovendosi optare, piuttosto, per la valorizzazione del contatto sociale originato dalla posizione in concreto esercitata pur non formalmente cristallizzata nella compagine societaria. È quindi significativo che già con riguardo all'archetipo dell'amministrazione di fatto, nella sfera giuscommercialistica si sia inteso uniformare il criterio di imputazione, equiparando il ruolo dell'amministratore validamente nominato a colui che svolge di fatto la funzione gestoria, facendo applicazione in modo trasversale di «una figura creata dal diritto civile»[212].

Venendo ai profili più inediti rispetto all'obiettivo del presente lavoro, pur senza ignorare le ulteriori efficaci declinazioni di tale prospettiva interpretativa, occorre dar conto di una possibile rilettura del profilo di responsabilità esterna degli amministratori, con precipuo focus sulla *species* della responsabilità nei confronti dei creditori, rispetto alla quale torna d'ausilio le riflessione in precedenza compiute circa il fondamento contrattuale o, opzione che ad oggi trova maggior *favor*, extracontrattuale della stessa.

Anche in tal caso la *ratio* giustificativa si rinviene nella convinzione avanzata da autorevole dottrina secondo cui chi interagisce con l'amministratore di società «si aspetta da costui un comportamento che sia conforme al dovere di protezione che è conseguente proprio alla messa in contatto»[213]. Tuttavia se si effettua una scansione temporale del dettato normativo dell'art. 2394 c.c., il presupposto sostanziale che ne definisce l'ambito di operatività è ravvisabile nella insufficienza del patrimonio sociale. Sino al suo verificarsi l'attività posta in essere dagli amministratori non è potenzialmente lesiva degli interessi creditori, né legittima l'assunzione di una posizione di garanzia conservativa. Sicché soltanto allorquando sia realizzato il presupposto sostanziale, si innesta l'*agere* diligente dell'organo gestorio conformato non solo

[211] In questo senso già Cass. civ., 6 marzo 1999, n. 1925. L'orientamento di segno contrario, cristallizzato in Cass. civ., 3 luglio 1998, n. 6519 effettua un distinguo ammettendo l'esercizio delle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c., laddove gli amministratori di fatto siano stati irregolarmente nominati o nominati con delibera invalida, mentre prevede la proponibilità della generale azione extracontrattuale in caso di usurpazione di potere.

[212] M. FRANZONI, *Il fatto illecito civile fra civile e commerciale nel codice del '42*, cit., p. 744.

[213] M. FRANZONI, sub *art. 2392*, cit., p. 452.

alla conservazione dell'integrità patrimoniale, attività posta a tutela sia della società che dei creditori, quanto, nella precipua ottica di salvaguardia della posizione creditoria, all'obbligo di evitare che il patrimonio netto oltrepassi la soglia del livello negativo minimo in stregua all'art. 2486 c.c..

L'emersione di inedite prestazioni richiede a tal punto di verificare quale sia la fonte di questa posizione di garanzia che induce gli amministratori ad ampliare il novero di interessi alla cui protezione deve orientarsi la funzione gestoria.

In primo luogo è fuor dubbio che il rapporto tra creditori e amministratori non sia sussumibile nello schema contrattuale *stricto sensu*, così come è escluso che il diritto del creditore alla conservazione del patrimonio emerga automaticamente al momento dell'insorgenza del credito, richiedendosi, lo si è visto, la previa insufficienza del patrimonio sociale.

Sulla falsariga di tali osservazioni, si può quindi definire la linea di demarcazione tra i profili di responsabilità in cui incorre l'amministratore nei confronti dei creditori. Più segnatamente, in assenza di *deficit* del patrimonio sociale, l'eventuale lesione del credito rientrerebbe nella sfera di applicazione del regime di responsabilità aquiliana, con possibile applicazione dell'art. 2395 c.c. (quale modello paradigmatico *ex* art. 2043 c.c.). Viceversa, al verificarsi dell'insufficienza patrimoniale, i presupposti dell'art. 2394 c.c. divengono pienamente operativi, ma v'è da chiedersi, quale rapporto giuridico si innesta tra amministratore e creditori? Sembra potersi offrire una prima risposta al quesito - peraltro coerente con la diffusa tendenza di genesi tedesca, ampiamente recepita nel nostro ordinamento, di revisione della tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sulla sola prestazione e di rimodulazione degli stessi confini della responsabilità contrattuale[214] - mediante il richiamo alla nozione del contatto qualificato, inteso in tale scenario «come relazione specifica che opera al verificarsi dell'insufficienza patrimoniale»[215]. Senonché, l'evocazione di una responsabilità da contatto, pur rappresentando soluzione cui ha fatto ampio ricorso il formante giurisprudenziale per esigenze di semplificazione (anche probatorie)[216], non assume rilevanza decisiva rispetto all'ipotesi in esame.

Piuttosto il problema va inquadrato in via più generale nelle fonti del rapporto obbligatorio. Sicché, la qualificazione del mero contatto o l'esistenza di obbligazioni *ex lege* non revocano in dubbio l'idea che le norme generali del diritto delle obbligazioni siano valide «non solo per

[214] Illuminanti ancora le riflessioni di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 25.
[215] A. MAMBRIANI, *Contatto sociale qualificato, responsabilità della holding e degli amministratori*, cit., p. 574.
[216] Per una parabola del contatto sociale nella dimensione giurisprudenziale si veda, E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 2067 ss.

i contratti, bensì per gli obblighi di ogni specie, e così anche per i rapporti obbligatori che hanno fonte nella legge, di modo che la responsabilità per l'inadempimento di questi ultimi è uguale a quella che scaturisce dai contratti»[217].

Cosicché se tale è il terreno di indagine, è evidente che la *species* di responsabilità *ex* art. 2394 c.c. sia conforme alla teorica del rapporto obbligatorio come struttura complessa[218], atteso che è direttamente la legge a prevedere come fonte di obbligazioni la fattispecie di cui alla norma.

In altri termini più che di prestazione consentita dall'ordinamento, in assenza di una previa obbligazione, che legittima l'instaurazione di una speciale relazione giuridica, il rapporto che si instaura per legge tra amministratori e creditori implica l'esecuzione di una prestazione dovuta.

Proprio da tali asserzioni ne deriva, in ultima istanza, una responsabilità di tipo contrattuale *ex* art. 1173 c.c..

8. Il fenomeno di direzione e coordinamento di società tra "responsabilità contrattuale in senso debole", obblighi di protezione e fondamento extracontrattuale.

L'architettura delle forme di responsabilità civile assume una portata sistematica ancor più rilevante se si prende in esame il modello di responsabilità da direzione e coordinamento di società, c.d. *Haftungsrecht*, dettato dall'art. 2497 c.c., in cui si condensano le riflessioni sino ad ora compiute sull'incidenza dei principi civilistici nella dimensione societaria[219].

Il profilo di cui si discorre, introdotto con la riforma societaria, riposa sulla convinzione che, quando sussista una effettiva situazione di condizionamento diretto della gestione di un'impresa[220], le singole società non sono considerate "monadi". Di talché, sull'idea di organicità espressa dal legislatore, quest'ultimo definisce la responsabilità in capo alla "società e gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione

[217] Il monito è di C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., p. 4.

[218] Si vedano gli interessanti saggi raccolti in AA. VV., *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, *passim*. Significative altresì le traduzione del saggio di C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss., ID., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*, *ivi*, 1983, p. 793 ss., ad opera di A. DI MAJO e di M.R. MARELLA.

[219] Secondo Trib. Roma, 21 giugno 2023, in *giurisprudenzadelleimprese.it*, per coordinamento si intende la «realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva" mentre per direzione si allude ad "una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa ossia sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali».

[220] Sulle possibili configurazioni strutturali dei modelli organizzativi di direzione unitaria e sugli indici di esercizio di tale attività, si veda F. GALGANO, G. SBISÀ, sub *artt. 2497-2497 septies*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, cit., p. 106 ss.

societaria e imprenditoriale delle società medesime", commisurandola al pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali alla diminuzione del patrimonio sociale.

L'aspetto peculiare che connota tale *species* di responsabilità si rinviene nella circostanza per cui la stessa è esclusa qualora il danno sia irrilevante rispetto al risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, o allorquando sia integralmente neutralizzato a seguito di opportune operazioni, in applicazione della c.d. teoria dei vantaggi compensativi[221].

Orbene, le *quaestiones* variamente affrontate dal formante legale e giurisprudenziale attengono tanto alla qualificazione del rapporto che intercorre tra capogruppo e società eterodiretta, quanto alla natura della responsabilità.

Sul piano dogmatico, il primo quesito si traduce nella possibilità o meno di ravvisare un rapporto giuridico in senso stretto, articolato secondo lo schema di una situazione giuridica soggettiva attiva della *holding*, e di una situazione giuridica soggettiva passiva della società controllata[222].

Soluzione, che per essere compresa appieno, viene a integrarsi con il ben più rilevante interrogativo circa la natura della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c..

Si tratta di un profilo variamente declinato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità a seconda della fattispecie in concreto presa in esame, giacché con le società e gli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento risponde, ai sensi del secondo comma, altresì "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio".

Muovendo dall'aspetto più inedito del dettato normativo, vale a dire la previsione di una forma di responsabilità diretta della stessa *holding* quale persona giuridica e non già quale responsabilità delle persone fisiche degli amministratori, esemplificativa in tal senso può apparire la diversità di orientamenti formulati: all'indirizzo teso a riconoscere un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale[223] si è difatti opposto altro filone costituito da pronunce di merito che propendono per un modello di responsabilità contrattuale, sull'assunto per cui l'attività di direzione e coordinamento consiste nell'adempimento di un'obbligazione di corretta gestione imprenditoriale e societaria che trascende ampiamente il generale dovere di

[221] Emblematica, già prima della riforma, Cass. civ., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, 1, p. 1222 che evidenzia come la società controllata "per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditrice, viene non di rado a conseguire dei vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altre operazioni".

[222] Ne dà conto C. ANGELICI, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Giur. comm.*, 2022, 6, p. 951 ss.

[223] Cass. 12 giugno 2015, cit.; Trib. Prato, 25 settembre 2012, in *Riv. dott. comm.*, 2013, p. 952; Trib. Palermo 15 giugno 2011, cit.; Trib. Milano, 23 aprile 2008, *in Soc.*, 2009, p. 78.

astensione da atti lesivi, venendosi a collocare nell'alveo dell'art. 1218 c.c.[224]. Nel mezzo si posiziona l'idea espressa da autorevole letteratura secondo cui ad un regime di "responsabilità contrattuale in senso forte" - costruito sull'inadempimento di obblighi di protezione da parte della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori della società controllata e considerato inadeguato rispetto al fenomeno di attività di direzione e coordinamento caratterizzato dalla esistenza di vantaggi compensativi e della possibilità di neutralizzare i pregiudizi arrecati - sembrerebbe preferibile rimpiazzare il c.d. profilo di "responsabilità contrattuale in senso debole". Di talché, la stringente nozione di obblighi di protezione[225] viene ad essere sostituita dalla centralità di principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, in funzione di «regola di condotta a contenuto precettivo attenuato» che attribuisce alla società esercente la direzione e il coordinamento, «una direttiva di azione nel segno della protezione delle ragioni patrimoniali» di soci e creditori delle controllate[226].

Ebbene, in tale contesto interpretativo la soluzione che ha trovato probabilmente il maggior *favor* anche sul piano dottrinale si rinviene nella attribuzione di natura aquiliana alla responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., in considerazione dell'intuitiva osservazione secondo cui i soci e i creditori della società eterodiretta, cui è attribuita la legittimazione attiva, non sono legati da alcun rapporto con la società che esercita la direzione[227].

Invero, la *ratio* giustificativa del riconoscimento del fondamento extracontrattuale riposa, a voler essere più precisi, nella insussistenza di un rapporto obbligatorio preesistente e nella piena corrispondenza con lo schema aquiliano: in primo luogo, assume rilievo la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale quale fatto colposo; *in secundis*, decisiva è la lesione del diritto alla redditività ed al valore della partecipazione sociale in veste di danno ingiusto ora nei confronti dei soci ora nei confronti dei creditori della controllata.

Il che parrebbe trovare esplicita conferma nella Relazione alla riforma societaria, in cui si conviene che la responsabilità è di carattere strettamente aquiliano[228].

---

[224] Trib. Roma, 17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 2, pag. 211; Trib. Roma, 27 agosto 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 2, pp. 212-222; Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro italiano*, 2009, p. 1960.

[225] In proposito, più di recente, efficaci le riflessioni di R. FAVALE, *Violazione dell'obbligazione e protezione dei terzi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 3, p. 607 ss.

[226] Tale è la posizione assunta da S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, cit., p. 1487 ss. A detta dell'A. il *medium* della contrattualizzazione in senso debole si rinviene nell'assenza in capo alla società che esercita la direzione di un effettivo obbligo di promozione degli interessi dei soci e dei creditori.

[227] *Ex multis*, A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, 6, p. 650; S. PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 2, p. 357 ss.; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 2, p. 661.

[228] Si veda Relazione al D. Lgs. n. 6/2003, p. 43.

Di qui, secondo questa ricostruzione ermeneutica, l'onere della prova ricade interamente in capo ai soggetti legittimati ad agire i quali dovranno dimostrare i presupposti della fattispecie (violazione dei principi di corretta gestione societaria, pregiudizio alla redditività o valore della partecipazione sociale, nesso di causalità), eccezion fatta per la prova della direzione e coordinamento che si presume fino a prova contraria ex art. 2497 *sexies*[229].

In sintonia con quanto appena rilevato, questa stessa linea di pensiero revoca in dubbio la ricostruzione in termini contrattuali della responsabilità di cui si discorre, rammentando che i principi giurisprudenziali sottesi alla responsabilità da contatto sociale, invocati per legittimare l'essenza contrattualistica, non assumono rilievo nella ipotesi di cui all'art. 2497, giacché siffatta disposizione prevede un *genus* di responsabilità che opera nei confronti della indeterminata serie dei soci esterni e dei creditori delle società controllate. Come a dire che ammettendone la natura contrattuale, verrebbe automaticamente in rilievo una sorta di "contatto sociale" *in incertam personam*"[230].

Orbene, pur nella consapevolezza del diffuso orientamento giurisprudenziale[231] volto a rilevare il fondamento extracontrattuale della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., sul presupposto che altresì il dato testuale depone in tal senso, laddove il secondo comma amplia il perimetro dei soggetti responsabili a coloro che abbiano preso parte al "fatto lesivo"[232], occorre saggiare il fondamento dogmatico dell'inverso indirizzo ermeneutico che pur presenta il suo pregio.

---

[229] Di segno contrario Trib. Milano, 27 febbraio 2023, in *Riv. dir. soc.*, 2023, 3, p. 666 ss., ove testualmente «la responsabilità da abuso di attività di direzione e coordinamento ha natura contrattuale e secondo i principi che regolano gli oneri di allegazione e di prova in ipotesi di responsabilità contrattuale l'attore deve provare: l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (titolo); il danno (pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione, pregiudizio all'integrità del patrimonio); e il nesso causale tra attività di direzione e coordinamento e danno. Secondo le usuali categorie, l'attore sarebbe invece esentato dalla prova dell'illiceità dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e la società convenuta-controllante dovrebbe provare che il danno deriva da causa a lei non imputabile – cioè la liceità dell'attività direttiva (conformità alle regole di corretta gestione societaria ed imprenditoriale) –, ovvero di avere fatto tutto quanto in suo potere per evitare il danno (art. 1218 c.c.). Oppure la società convenuta-controllante potrà, in presenza di abuso, provare l'esistenza di vantaggi compensativi (o che il danno è stato eliminato)». E ancora «in particolare, configurando la responsabilità come contrattuale, la prova dell'esistenza dei vantaggi compensativi si propone come elemento scriminante la responsabilità (e non la loro assenza come elemento costitutivo della responsabilità) e va provata dalla società controllante convenuta. È vero tuttavia, che la responsabilità non può derivare, genericamente, da un'attività, ma sempre da un fatto determinato, da un'operazione o da un insieme di operazioni, diverse e collegate o dello stesso tipo e ripetute, ma in ogni caso adeguatamente individuate e, soprattutto, la loro illiceità – specie in relazione ad una clausola molto aperta quale quella che costituisce il criterio di liceità dell'attività di direzione e coordinamento – può non essere di immediata percezione sicché l'attore deve quanto meno allegare in modo specifico e dettagliato il profilo di illiceità che ritiene connotare il fatto generativo di danno, altrimenti la convenuta rimane priva della facoltà di difendersi».

[230] Cfr. F. GALGANO, G. SBISÀ, sub *artt. 2497-2497* septies, cit., p. 170.

[231] Più di recente, Cass. civ., 11 maggio 2022, n. 14876, in *IUS societario*, 2022, 2, con nota di V. SANGIOVANNI, *Natura della responsabilità da direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. e prescrizione*.

[232] Così Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 1, p. 2829 ss.

Ebbene, si sostiene a tal proposito che l'attività di direzione e coordinamento assume natura gestoria, dovendosi identificare gli amministratori della *holding* quali amministratori di fatto delle società eterodirette. E se, come si è visto, la posizione di chi esercita la funzione amministrativa in assenza di una formale investitura legittima l'emersione di un contatto sociale e, quindi, di un regime squisitamente contrattuale di responsabilità, analogamente in seno all'art. 2497 c.c., l'eterodirezione viene in rilievo, come fatto idoneo a generare un'obbligazione gestoria da adempiersi in favore delle controllate[233].

Di fianco a tale argomentazione, che non sembra in effetti essere dirimente[234], si è ulteriormente osservato, sempre in seno alla teoria generale del diritto delle obbligazioni, che il richiamato rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, altro non disvela se non la configurazione di obblighi di correttezza e di protezione[235]. Di talché, alla luce della individuazione del rapporto obbligatorio non soltanto nella prestazione in senso stretto, ma anche nel novero di condotte funzionalizzate per l'appunto alla protezione della sfera giuridica altrui[236], la violazione del dettato normativo *ex* art. 2497 c.c. non può che integrare inadempimento contrattuale. Conclusione, questa, che risulterebbe avallata non soltanto dalla ormai diffusa tendenza di contrattualizzazione dei rapporti giuridici, ma altresì dalla criticità insita nella dubbia qualificazione in termini di danno ingiusto del pregiudizio arrecato ai creditori per il deterioramento della situazione patrimoniale[237].

Ma il fulcro che connota siffatta interpretazione, che rappresenta al contempo il *punctum dolens* su cui obietta la dottrina di segno contrario, attiene alla modalità di svolgimento dell'attività di direzione.

Segnatamente, si ritiene che l'eterodirezione si concretizzi in direttive impartite dalla *holding* nei confronti della controllata che assumono carattere contrattuale, dovendosi al contempo valorizzare la possibilità concessa agli amministratori della controllata di dissentire o viceversa

---

[233] G. GUIZZI**,** *Partecipazioni "qualificate" e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, p. 443.

[234] P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Riv. soc.*, 2020, 4, p. 1082 ss., sottolinea l'irrilevanza di tale analogia in quanto «la responsabilità gestoria è di per sé contrattuale», aggiungendo che a differenza dell'amministratore di fatto, la *holding* «emana direttive più o meno vincolanti in nome di sé stessa, direttive che esprimono la volontà dell'ente dirigente e che sono dirette e guidare gli atti gestori che gli amministratori della diretta dovranno compiere».

[235] A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci e ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 208; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, Milano, 2004, p. 69, discorre di precise regole di comportamento e di obblighi giuridici preesistenti di natura legale.

[236] C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 443 ss.

[237] Cfr. M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 2, p. 363 ss.

di assecondare le istruzioni derivanti dalla *holding*: in quest'ultima ipotesi ne deriverebbe che il consenso prestato non possa non assumere valenza contrattuale[238].

Si replica allora che la dinamica della direzione e del controllo richiede una valutazione complessiva della sfera di incidenza della controllante, non riducibile ad una statica valutazione dei singoli atti giuridici posti in essere[239].

In definitiva, a parere di chi scrive, seppur nella consapevolezza che la più recente giurisprudenza di legittimità attribuisce una rilevanza essenzialmente teorica al problema classificatorio[240], sembra potersi convenire con l'attribuzione di una natura mista alla responsabilità derivante da direzione e coordinamento[241].

Può così sposarsi il fondamento contrattuale quando la legittimazione passiva all'azione sia attribuita alla società eterodiretta, secondo i dettami testé delineati afferenti la tesi contrattualista.

Diverso a dirsi per i pregiudizi eventualmente arrecati ai creditori e ai soci, nei confronti dei quali la *holding* non assume alcun obbligo preesistente, se non un più ampio e generico *neminem laedere* tipizzante la responsabilità aquiliana.

Di talché, viene a sfumare anche l'apprezzabile intuizione di ravvisare un contatto sociale tra controllante e soci e creditori, in quanto la prima interagisce direttamente con le società eterodirette.

Una postilla finale merita la qualificazione della responsabilità solidale "imperfetta" in cui incorrono coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c.[242].

In proposito e coerentemente con i fini della presente trattazione, è bene segnalare che il dato normativo in esame, pur a fronte delle scarne indicazioni offerte dal legislatore, trova sul piano sistematico quale coordinata di lettura la disciplina di cui all'art. 2055 c.c. circa il concorso nell'illecito civile[243]. Difatti, così come l'art. 2055 c.c. individua il regime di responsabilità solidale in ambito extracontrattuale, ugualmente l'art. 2497, comma 2, c.c., definisce una

---

[238] A. MAMBRIANI, *Contatto sociale qualificato, responsabilità della holding e degli amministratori*, cit., p. 579.

[239] C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 140 ss. In termini ancor più esemplari, F. GALGANO, G. SBISÀ, op. cit., p. 184, per i quali la violazione dei principi di corretta gestione va parametrata non ai singoli atti, ma all'attività complessivamente considerata. In giurisprudenza Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, 2, p. 246.

[240] Così, Cass. civ., 12 giugno 2015, n. 12254, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 2, p. 333 ss., con nota di T. VENTRELLA, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. nei confronti del creditore della società eterodiretta*.

[241] Cfr. G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, «punti di equilibrio» parametri di «liceità» e di «dannosità», e altre questioni inerenti la responsabilità*, in *Riv. not.*, 2015, 6, p. 1331.

[242] R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, 1, p. 666 ss.

[243] A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività da direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, p. 550.

species di obbligazione risarcitoria solidale che origina dalla condotta di chi "abbia preso parte" all'evento lesivo della redditività e del valore della partecipazione sociale[244].

Ciò posto, l'imputazione della responsabilità alle persone fisiche che abbiano partecipato al fatto pregiudizievole, richiede di essere sondata sotto una duplice lente di indagine.

Per quanto concerne la posizione degli amministratori della società eterodiretta, la configurazione di eventuali responsabilità ha sollevato numerosi dubbi interpretativi relativi alla metamorfosi in termini abdicativi della funzione gestoria, che discende dal potere di direzione esercitato dalla capogruppo. Di conseguenza, essendo inibita ogni forma di controllo di merito circa le indicazioni provenienti dalla *holding*, viene a restringersi il perimetro di imputazione della colpa, con annesse derive in termini di responsabilità oggettiva.

Senonché, pur vincolati all'indirizzo tracciato nella dinamica del gruppo cui appartiene la società monade, la diligenza degli amministratori di quest'ultima si misura sulla base della completezza della motivazione che ai sensi dell'art. 2497 *ter* c.c. deve sorreggere la pedissequa osservanza della direttiva impartita. Sembra, allora, che tra la posizione volta ad escludere *ab origine* qualsivoglia coinvolgimento degli amministratori della società eterodiretta[245] e l'orientamento inverso teso a responsabilizzare in termini smisurati la posizione dei gestori[246], la soluzione più equilibrata sia da ravvisare nella «estensione ponderata della responsabilità del debitore»[247].

Il secondo polo che completa l'indagine circa la fenomenologia della responsabilità nelle dinamiche del gruppo di società, attiene alla valutazione del *respondere* degli amministratori della società esercente la direzione e il coordinamento.

In proposito, i principi cardine in materia di responsabilità civile, suggeriscono di ravvisare un autonomo titolo di responsabilità in capo agli amministratori della capogruppo, che viene a concretarsi nel concorso nell'inadempimento laddove la condotta posta in essere abbia

---

[244] Per una indagine esaustiva sul parallelismo tra le due disposizioni normative, L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2 co., c.c.*, Milano, 2012, p. 48 ss.

[245] In questi termini G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in ID. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 198 ss., rileva come la mera esecuzione non concretizzerebbe una partecipazione attiva al fatto lesivo.

[246] Si veda Trib. Roma, 13 settembre 2007, cit., secondo cui «l'assoggettamento di una società alla direzione e coordinamento di un'altra società ovvero di un ente non modifica e non attenuta il dovere generale degli amministratori della società controllata di agire nell'interesse preminente della società amministrata e quindi anche dei soci, secondo i principi di trasparenza e corretta gestione societaria, non potendo essi addurre a propria discolpa il fatto di essersi limitati a prestare obbedienza alle direttive della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e controllo».

[247] Tale posizione è condivisa da L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2 co., c.c.*, cit., p. 80.

cagionato o concorso a cagionare l'inadempimento della società[248]. L'elemento dirimente per accogliere siffatta soluzione ermeneutica non può che ravvisarsi nella posizione di terzietà che la stessa lettura sistematica della norma di cui all'art. 2497 c.c. sembra ricondurre in capo all'organo gestorio.

9. Responsabilità per l'inadeguatezza degli assetti organizzativi: una ipotesi emblematica della funzione preventiva

Nell'esordio della trattazione, si è osservato che la fenomenologia della responsabilità gestoria trova, più di recente, un referente di rilievo nella dimensione organizzativa degli assetti societari. L'ormai noto dovere di istituzione di assetti organizzativi adeguati[249] riflette, difatti, la tendenza già diffusa in taluni modelli societari operanti in ambito creditizio, finanziario ed assicurativo, a soppesare la disciplina organizzativa interna attraverso una sorta di modellizzazione della struttura che si alimenta della combinazione tra scienza aziendalistica e norme giuridiche e rispetto alla quale occorre commisurare il *quomodo* di adempimento dell'obbligazione gestoria.

La valorizzazione della centralità sistematica di tale postulato, lo si è visto, trova peraltro conferma nella disposizione di nuovo conio dell'art. 2086 c.c., così come riformato a seguito del d.lgs. 14/2019.

Ebbene, con l'entrata in vigore dell'art. 375 c.c.i.i., la previsione in esame amplia *prima facie* il perimetro di responsabilità gestoria precisando che ogni imprenditore (e amministratore) è tenuto ad "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale", nonché ad "attivarsi senza indugio per

---

[248] M. FRANZONI, op. cit., p. 759, discorre di «figura del concorso nell'inadempimento cagionato direttamente dagli amministratori della controllata che eseguono le direttive pregiudizievoli ai propri soci o ai creditori sociali».

[249] Sul tema la lettura è sterminata: si vedano, quanto meno, P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, "*Mercati finanziari e sistema dei controlli*", Milano, 2005, 131 che evidenzia come «la verifica dell'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile della società, e del sistema di controllo interno, si pone — nel quadro generale dell'obbligo di osservare i principi di corretta amministrazione — come asse portante dell'architettura dei poteri-doveri degli amministratori»; G. RIOLFO *L'adeguatezza degli assetto organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo,* in, *Le clausole generali nel diritto societario*, cit., p. 139 ss. Più di recente A.M. BENEDETTI, *Principi (definitori) e clausole generali (ambulatorie)*, cit., p. 907 ss.; G. BARBARA, *La responsabilità da assetti organizzativi inadeguati, la "Business Judgment Rule" e le categorie civilistiche tradizionali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 12, p. 1829 ss.; S. MANSOLDO, *Adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella gestione della crisi di società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2021, 4, p. 1288 ss.; A. LOLLI, M.G. PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo "correttivo"*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 1, p. 343 ss.

l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". La disciplina dei modelli organizzativi è quindi, alla luce del disegno normativo oggi vigente, largamente dettata tanto nell'interesse dei soci, quanto negli interessi *tout court* che fanno capo alla gestione dell'impresa e che travalicano quelli dei soci. Di talché potrebbe convenirsi con l'idea che «la società per azioni viene pensata e regolata come assetto organizzativo per l'esercizio dell'impresa»[250], individuando quale componente primaria e ineludibile dell'esercizio dell'impresa, per l'appunto, l'organizzazione di uffici in funzione dello svolgimento di una data attività.

Di là dalla portata estensiva della norma che costituirebbe paradigma comune a tutte le imprese, anche quelle non commerciali[251], la lettura in combinato disposto con l'art. 2381 c.c., commi terzo e quinto, disegna un profilo di responsabilità gestionale del tutto peculiare in quanto si dimostra insensibile rispetto all'eventuale riparto di deleghe all'interno del consiglio di amministrazione: ne deriva che il dovere in esame investe sia gli amministratori delegati sia i deleganti, con la precisazione che la delega abilita i primi alla piena predisposizione degli assetti, mentre i deleganti sono ad ogni buon conto tenuti ad una funzione di *monitoring*[252], quindi di supervisione e valutazione *ex post* della conformità dell'assetto adottato alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Nondimeno una prima imprescindibile considerazione coerente con i tratti di atipicità ed indeterminatezza dell'obbligazione gestoria, pare doverosa.

Vero è che la *ratio* della norma risponde alla filosofia del "prevenire è meglio che curare"[253], ma le difficoltà applicative sorgono or solo si consideri che l'ampliamento del rischio risarcitorio in capo a chi gestisce un'impresa non pare confortato da parametri tecnicamente specificati che consentano di comprendere in via preventiva quale sia il *modus valutandi* della diligenza attuata nella scelta dell'assetto.

Il concetto di adeguatezza degli assetti, pur essendo oggetto di una specifica previsione normativa che vorrebbe, a detta di un consistente indirizzo dottrinale, definire un obbligo a carattere specifico che esula dalla sfera di discrezionalità gestoria, assume invero una declinazione intrinsecamente relativa, giacché risulta parametrato alla natura e alla dimensione dell'impresa. Né tale conclusione pare essere messa in dubbio dai più recenti orientamenti

---

[250] Così M. STELLA RICHTER, *In principio sono sempre funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, 1, p. 30.

[251] Lo rileva S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi , amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in www.ilcaso.it, 2019, 2.

[252] In ciò G. MERUZZI, op. cit., p. 22, ravvisa una parallelismo con il paradigma gestionale del *monitoring board model* di derivazione anglosassone.

[253] F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio*, cit., p. 420.

giurisprudenziali tesi ad enucleare regole di comportamento ben più stringenti in applicazione dell'art. 2086 c.c.[254].

Con ciò si intende, in sostanza, affermare che l'autonomia del dato normativo si riconnette all'impiego di criteri elastici, dai contorni sfumati e variabili, che pongono un duplice ordine di problemi: per un verso si corre il rischio che il giudizio di adeguatezza possa rendere labile il confine di demarcazione tra valutazione degli assetti organizzativi interni e giudizio sul merito gestorio; per altro verso l'incessante ricerca di parametri entro cui canalizzare il *modus operandi*, quale reazione alla consolidata insindacabilità delle decisioni imprenditoriali, reca con sé il pericolo di una esasperata "proceduralizzazione" delle prassi aziendali[255].

Senonché, offerti quantomeno i lineamenti essenziali del profilo organizzativo, occorre a tal punto riportare la discussione in seno al contesto interpretativo in cui ruolo pivotale è assunto dal canone di diligenza, atteso che l'elaborazione giurisprudenziale non ha sino ad ora offerto un riempimento contenutistico della norma nei suoi lineamenti pratico-operativi.

In altri termini, attribuire al dovere di istituire assetti adeguati la natura di obbligo primario a contenuto specifico[256] o considerarlo gemmazione dell'agire diligente comporta ricadute applicative di assoluto rilievo. È chiaro, infatti ,che aderendo alla prima soluzione ermeneutica, si è indotti a parametrare la violazione del dovere ad inadempimento in senso stretto degli amministratori: un inadempimento che, coniugato con la genericità del dato normativo, disvela una peculiare imputazione della responsabilità civile, disancorata dal concetto di colpa.

Al contempo, se si avalla tale ricostruzione, consistente è il pericolo di una deriva semi-oggettiva, tale da ridimensionare e compromettere la funzione gestoria (e quindi l'operatività della *business judgment rule*), laddove ogni sinistro che si verifichi nello svolgimento di attività di impresa troverebbe spiegazione più immediata in taluni difetti dell'assetto interno così come predisposto dagli amministratori.

Per converso, dando seguito alla seconda impostazione, l'istituzione di assetti adeguati parrebbe assurgere a mera modalità di adempimento: un conto è discorrere di adempimento inteso come «ciò che un organo societario debba fare per adempiere al proprio compito di amministrare»,

[254] Sui quali si rinvia a G. MERUZZI, *Il riparto di responsabilità per inadeguatezza organizzativa*, cit., p. 19. Il dato giurisprudenziale, seppur desunto da vicende relative a società di diritto speciale, offre secondo l'A. un chiaro quadro applicativo.

[255] Di cui è ben conscio R. RORDORF, op. cit. p. 7.

[256] In questo senso M. IRRERA, *Obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 358 ss.; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni,* in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2006, t. II, p. 835 ss.

altro è definire le modalità tramite cui si adempie, *rectius* «la diligenza mediante la quale esso debba adempiere la propria obbligazione di gestire l'impresa»[257].

In questo dibattito, rispetto alle argomentazioni di chi valorizzando la portata innovativa del D. lgs. n. 14/2019 attribuisce valenza autonoma all'obbligo di istituzione di assetti adeguati, sembra preferibile propendere per la differente opzione ricostruttiva, già in precedenza segnalata, che rintraccia nel concetto di adeguatezza una specificazione del generale canone di diligenza[258]. In tal modo emerge una piena corrispondenza con il dovere di agire in modo informato, anch'esso illustrativo della diligenza, che trova tra le sue più nitide esemplificazioni l'aspetto organizzativo, inteso come previsione e gestione del rischio *tout court*. Sicché se si ricompone il quadro normativo, la soluzione più coerente con l'unica accezione di diligenza sostenuta in questa sede che è quella di criterio di condotta, si rinviene nella considerazione dei due doveri poc'anzi esaminati quali paradigmi che connotano l'*agere* diligente, con tutto ciò che ne consegue in punto di applicazione della *bjr*, di cui pur si dirà.

Eppure, nonostante sia consistente il rischio di una connotazione oggettiva di tale forma di responsabilità, si può senz'altro affermare che quale sia l'opzione interpretativa che si prediliga, la disposizione dell'art. 2086 c.c. offre una esemplificazione della polifunzionalità delle regole di responsabilità, in tal caso animate da una finalità strettamente preventiva nell'ottica di indurre le imprese a istituire assetti idonei a contenere *ex ante* il rischio di impresa.

9.1 (Segue). *Organisationspflicht* e *duty to monitor*

Ampliando il raggio della comparazione, la dimensione organizzativa dell'impresa costituisce componente ineludibile dell'attività gestoria sia nei modelli ordinamentali di *civil law* che nelle esperienze di *common law*. Si rende, pertanto, necessaria, anche alla luce della c.d. *interconnectedness of global business*[259], un'analisi comparativa delle soluzioni coniate negli ordinamenti allogeni.

---

[257] Tale distinzione è segnalata da A. PALAZZOLO, *Adeguatezza, legalità e sostenibilità. La delibera istitutiva degli assetti organizzativi e le sue "patologie"*, relazione tenuta al convegno *"Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il diritto commerciale"*.

[258] *Ex multis* P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso,* cit., p. 489 ss.; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale - Rivista telematica*, 2014, fasc. 1 e in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015, t. I, p. 383 secondo cui l'obbligo in parola è pur sempre «espressione del generale obbligo di corretto e diligente esercizio del potere di amministrazione».

[259] Pertinente la riflessione comparativa di V.H. HO, *Board duties: monitoring, risk management and compliance*, in A. AFSHARIPOUR, M. GELTER (a cura di), *Comparative Corporate Governance*, 2021, p. 242 ss.

Nello scenario statunitense la predisposizione di adeguati controlli interni per la gestione dei rischi, soprattutto a seguito degli scandali finanziari che hanno colpito le *corporations*[260], rappresenta una coordinata di assoluto rilievo che orienta l'*agere* del *board of directors*.

Nel suo nucleo essenziale la supervisione del rischio è intesa come la «*responsibility to establish appropriate internal controls and procedures to prevent violations of law and to ensure the integrity of financial reporting*»[261].

La qualificazione dei controlli interni in termini di misure *appropriate* già sul piano lessicale evidenzia la convergenza con il paradigma di adeguatezza degli assetti che connota la scelta del legislatore italiano.

Così come nel novellato articolo 2086 c.c. la clausola assume una portata sistematica ben più ampia, sino ad estendere la funzionalizzazione degli assetti non già in vista della sola fase patologica dell'impresa, ma anche alla situazione in cui la società risulti *in bonis*, parimenti nello scenario statunitense si registra una generalizzata tendenza ad ampliare l'attività di *monitoring* ad una gamma di rischi eterogenei.

Tale evoluzione, per certo, ha risentito dell'influenza dell'*U.S. Sarbanes-Oxley Act* del 2002 e del processo su scala globale che trova nei principi di corporate governance elaborati dall'OCSE taluno degli indicatori di maggior rilievo[262].

Ed è proprio nel panorama statunitense che il formante giurisprudenziale (con precipuo focus sulle Corti del Delaware) ha elaborato principi e modelli efficaci in merito al sindacato sulle decisioni assunte dal *board of directors* in materia di assetti organizzativi.

La disamina di queste sentenze dimostra in primo luogo la collocazione del *duty to monitor* nel più ampio *duty of care*[263], involgendone la dimensione strettamente organizzativa; *in secundis* consente di ricostruire una più ampia *fiduciary obligation* nelle due componenti del *monitoring role* e dell'*oversight compliance*. La valutazione dell'adempimento di tale dovere si misura, difatti, sulla base non soltanto dei sistemi informativi che siano stati adottati per il monitoraggio della società, ma altresì in riferimento all'efficacia dei meccanismi di segnalazione improntati alla rilevazione tempestiva delle c.d. *red flags*.

---

[260] Per una panoramica J.R. MACEY, *Corporate Governance. Quando le regole falliscono*, Milano, 2010; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009; U. TOMBARI, N. ABRIANI, *Corporate governance e «sistemi dei controlli» nella s.p.a.*, Torino, 2013, p. 125.

[261] R.T. MILLER, *The Boards' Duty to Monitor Risk after Citigroup*, in *Un. Pennsylvania Journal of Business Law*, 2010, 12, p.1153.

[262] Si vedano le osservazioni di J. HAMILTON, T. TRAUTMANN, *Sarbanes-Oxley Act of 2002. Law and Explanation*, Chicago, 2022.

[263] Esemplificativo il caso *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814 (N.J. 1981), in cui è stata sancita la responsabilità del *director* per non aver monitorato l'andamento della società, rinvenendosi in tale omissione a «*a failure to undertake affirmative care of the corporation*».

A ben vedere, in ciò si rileva una piena sintonia tra il formante giurisprudenziale statunitense e il dettato normativo dell'art. 2086 c.c., nella misura in cui tali *red flags* sono assimilabili agli indici di disfunzione organizzativa che richiedono agli amministratori "di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

Sicché, la mancata predisposizione di adeguati assetti organizzativi o quantomeno l'assenza di alcun *good faith attempt* rendono responsabile l'organo gestorio degli eventuali danni arrecati alla società per non aver osservato gli standard richiesti.

Orbene, rispetto ai profili di responsabilità gestoria, nonostante una crescente sensibilità verso il momento organizzativo dell'impresa, le corti statunitensi continuano a riconoscere ampio margine di manovra in favore degli amministratori, ai quali è stato non a caso imputato il titolo di responsabilità soltanto nei casi di reiterata omissione.[264] D'altronde è la stessa *Delaware Chancey Court* a sottolineare le criticità insite nelle *claims* proposte avverso gli amministratori per presunta violazione del *duty to monitor*, giungendole a considerare "*possibly the most difficult theory in corporation law upon which a plaintiff might hope to win a judgment*"[265]. Di talché, l'emersione di *liability*, secondo questo consolidato indirizzo interpretativo (tant'è che "*Caremark dicta is now the law of Delaware*"), conseguiva alla ripetuta o sistematica omessa vigilanza che denotasse l'assenza di buona fede da parte degli amministratori. Tracciati i *principles* di rilievo, l'impostazione *Caremark* ha poi ottenuto progressivi affinamento e riempimento contenutistico attraverso il successivo *case law*.

Si pensi al caso *Stone v. Ritter*[266] che appare ancor più esemplificativo nella misura in cui la *Delaware Supreme Court* definisce i requisiti che devono sussistere al fine del positivo accoglimento di una *oversight claim*: è, difatti, onere del *plaintiff* dimostrare l'omessa implementazione di sistemi di controllo, o quantomeno, l'avvenuta predisposizione di *reporting o information system*, dissociata da una costante attività di monitoraggio che consentisse al board di essere adeguatamente informato sui «*risks or problems requiring their attention*».

E di questo esito, non interamente condiviso dalla dottrina statunitense e pur disatteso in talune pronunce[267], se ne trae conferma dal più recente approdo giurisprudenziale.

---

[264] Riprendendo la terminologia della pronuncia *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 698 A.2d 589 (Del. Ch. 1996), punto 971 si tratta della «*systematic failure of the board to exercise oversight—such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists*».

[265] *Caremark*, punto 967.

[266] *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006)

[267] Si pensi al caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Litig.*, 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009), in cui il giudice Chandler evidenzia che il *duty to monitor* non può assoggettare a responsabilità gli amministratori, anche quelli esperti, per non aver previsto il futuro e non aver adeguatamente valutato il rischio d'impresa.

Nella decisione *Marchand* del 2019[268], la suprema Corte del Delaware ribadisce la crucialità della predisposizione di efficienti controlli interni di monitoraggio, sostenendo al contempo come ciò che rileva non è tanto l'infallibilità del sistema adottato, quanto piuttosto il ben noto "*good faith attempt*" affiorato nel precedente *leading case Caremark* [269]. In altri termini, l'organo gestorio deve ritenere che il sistema sia ragionevolmente idoneo a generare le informazioni necessarie per monitorare e valutare i rischi che la *corporation* si trova a fronteggiare.

Segnatamente, la Corte Suprema ribalta il giudizio formulato nella precedente *decision* dalla *Court of Chancery*, adducendo l'esistenza di fatti e circostanze, provati da parte attrice, circa l'omessa implementazione dei sistemi di monitoraggio. Sicché, concludendo per l'emersione di responsabilità gestoria, nonostante rilievo di segno contrario, la pronuncia si pone in linea di continuità con la statuizione *Caremark*, laddove ravvisa nella mancata implementazione dei sistemi esistenti e nell'incapacità di gestione degli stessi un "*act of bad faith in breach of the duty of loyalty*".

Il che tuttavia non reca in dubbio il principio generale della più ampia discrezionalità riconosciuta al *board* nella gestione degli assetti organizzativi, a condizione che sussista quantomeno il "*good faith effort*", con tutto ciò che ne consegue in termini di operatività della *bjr*, di cui pur appresso si dirà.

Ciò posto, la dimensione organizzativa interna della società rappresenta declinazione del più generale canone di diligenza altresì nella prospettiva tedesca, in cui il c.d. *Organisationspflicht* e il suo corretto adempimento vengono valutati sulla falsariga dei requisiti previsti dal § 93, comma 1, frase 1.

Sul piano contenutistico gli amministratori sono quindi tenuti a strutturare un adeguato apparato organizzativo per monitorare in modo efficace l'andamento della gestione attraverso compiuti

---

[268] *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019)

[269] *Marchand*, 212 A.3d at 82, è la stessa Corte a definire l'essenza del caso *Caremark*: «*Although Caremark may not require as much as some commentators wish, it does require that a board make a good faith effort to put in place a reasonable system of monitoring and reporting about the corporation's central compliance risks. In Blue Bell's case, food safety was essential and mission critical. The complaint pled facts supporting a fair inference that no board-level system of monitoring or reporting on food safety existed.*

If Caremark means anything, it is that a corporate board must make a good faith effort to exercise its duty of care. A failure to make that effort constitutes a breach of duty of loyalty. Where, as here, a plaintiff has followed our admonishment to seek out relevant books and records and then uses those books and records to plead facts supporting a fair inference that no reasonable compliance system and protocols were established as to the obviously most central consumer safety and legal compliance issue facing the company, that the board's lack of efforts resulted in it not receiving official notices of food safety deficiencies for several years, and that, as a failure to take remedial action, the company exposed consumers to listeria-infected ice cream, resulting in the death and injury of company customers, the plaintiff has met his onerous pleading burden and is entitled to discovery to prove out his claim».

sistemi di *reporting*. In questa direzione, d'altronde, depone lo stesso § 91, comma 3 che, seppur nella precipua ottica delle società quotate, impone l'adozione di un "*Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems*".

In maniera non dissimile da quanto rilevato nello scenario statunitense, tuttavia, il diligente adempimento del profilo organizzativo non sembra essere ancorato ad un unico specifico *Organissationsmodells*, ma consente a seconda delle dimensioni e della complessità dell'assetto aziendale, di poter scegliere fra differenti alternative, con tutto ciò che ne consegue in punto di applicazione della *bjr*. Di qui, ne deriva che se il *Vorstand* ricorre ad un dato modello e ne abbia attentamente valutato l'adeguatezza rispetto alla duplice coordinata delle caratteristiche e dello scopo dell'impresa, allora avrà soddisfatto i requisiti previsti dal § 93, frase 1.

La crescente centralità riconosciuta all'adeguatezza degli assetti organizzativi si riscontra inoltre in fonti eterogenee rispetto al mero dato codicistico. In questa prospettiva rilevanti sono le disposizioni dell'aggiornato codice di condotta tedesco (DCGK), ove è cristallizzato il dovere in capo agli amministratori di istituire un *compliance-management system* e di divulgarne i principi di operatività.

Da ultima la *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)*[270], la legge sulla *due diligence* nella catena di fornitura, considerata diretta filiazione della disciplina di cui al § 91 *AktG*, ha introdotto nello scenario giuridico tedesco l'obbligo per le imprese di medio-grandi dimensioni di strutturare un modello di gestione e controllo del rischio (*Risikoanalyse* e *Risikomanagement*), nell'ottica di neutralizzare i rischi che possano derivare dallo svolgimento dell'attività societaria avverso i diritti umani e le istanze ambientali[271].

Secondo il quadro normativo di nuovo conio, è così l'organo amministrativo ad esser deputato alla realizzazione del sistema di gestione del rischio, attività che risulta scandita da fasi tra loro complementari: si pensi alla analisi preventiva dei rischi, al *planning* della strategia e ancor più alla definizione di assetti organizzativi adeguati al monitoraggio costante dei flussi informativi. Inoltre la standardizzazione e la modellizzazione della gestione del rischio si riverberano altresì, ai sensi del § 4, comma 2, sulla indispensabile verifica circa le attività compiute dal responsabile della supervisione, figura quest'ultima prevista per legge[272].

---

[270] Integralmente consultabile su https://www.gesetze-im-internet.de/lksg/.

[271] Per una puntuale disamina si veda A. VICARI, *Risikoanalyse e Risikomanagement nella LkSG: spunti in tema di assetti adeguati nella "catena di fornitura"*, in *Giur. comm.*, 2023, 5 , p. 757 ss.

[272] Cfr. H. FLEISCHER, *LkSG: Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz,*in *Kommentar C.H. Beck,* München *(2023).*

Prescindendo da una disamina puntuale circa l'azione dell'organo amministrativo, articolata nel "primo quadro" inteso come analisi del rischio e nella "dichiarazione di principi" che concerne le modalità di illustrazione del modello adottato, ciò che assume un significato paradigmatico rispetto alla crescente responsabilizzazione del *Vorstand* è l'aspetto sanzionatorio[273].

Seppur, difatti, siano espressamente previste sanzioni di carattere squisitamente amministrativo, soprattutto sul piano dottrinale si è innestato un fermentato dibattito circa la possibilità che gli amministratori siano esposti a forme di responsabilità civile per violazione dei parametri di condotta previsti nella *LkSG* che integri illecito extracontrattuale nei confronti degli *stakeholders*[274].

E se per un verso l'ordinamento giuridico tedesco è tradizionalmente restìo, in virtù del l*eading case Baustoff*[275], ad ammettere una espansione del perimetro del *respondere* del *Vorstand*, sembrano ad ogni modo schiudersi prospettive *de iure condendo* del tutto inedite, in cui l'organo gestorio possa rendersi autore di pregiudizi nei confronti degli *stakeholders*.

10. *Onus probandi*, principio di vicinanza della prova e allegazione "qualificata" nelle azioni sociali di responsabilità.

L'itinerario argomentativo richiede a tal punto di mettere a fuoco i principi che governano l'onere della prova nel giudizio di responsabilità gestoria.

Si tratta di uno snodo decisivo giacché in esso si condensano le riflessioni sino ad ora compiute circa la natura dell'obbligazione gestoria e la portata sistematica del canone di diligenza.

In altri termini, sorge la necessità di verificare se il sostrato giuridico che connota la responsabilità contrattuale sul piano dell'onere probatorio sia estendibile *sic et simpliciter* alle azioni sociali di responsabilità.

La premessa metodologica che sostiene tale percorso interpretativo si fonda, orbene, per un verso sul generale regime probatorio che connota la responsabilità contrattuale differenziandola dalla responsabilità aquiliana, per altro verso sulla bipartizione categoriale, cara alla dottrina commercialistica, in materia di obblighi degli amministratori.

---

[273] A. VICARI, op. cit., p. 760.

[274] Sugli scopi dell'impresa societaria nel diritto tedesco e su una comparazione con il modello statunitense si vedano le interessanti riflessioni di K.J. HOPT, R. VEIL, *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *Riv. soc.*, 2020, 4, p. 921 ss.

[275] Su cui si rinvia a A. DIECKMANN, *30 Jahre „Baustoff-Entscheidung" und ihre Relevanz für die Organaußenhaftung von heute*, in *ZGR*, 2021, p. 1039 ss.

Quanto alla prima coordinata, la questione civilistica di maggio rilievo, come noto può essere riassunta nei seguenti termini di un dibattito risalente, ma pur sempre attuale.

In particolare si discute se sia l'attore che agisce in giudizio a dover provare l'inadempimento del debitore o sia quest'ultimo a dover fornire la prova dell'avvenuto adempimento.

Secondo l'orientamento che valorizza il combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 c.c. e considera l'inadempimento quale fatto costitutivo del diritto azionabile, il *thema probandum* del creditore involgerebbe anche l'inadempimento.

L'indirizzo che, viceversa, ne disconosce il carattere costitutivo qualificando la diversa fattispecie dell'adempimento come fatto estintivo del diritto di credito, addossa la prova dell'avvenuto adempimento in capo al debitore.

A questo ordine di idee si associa la seconda coordinata.

La classificazione degli obblighi gestori[276] può, quanto meno, *prima facie* esemplificare i termini del discorso, atteso che il regime che deriva dall'inadempimento di obblighi specifici, come si è visto, riposa sulla presunzione di colpa, in stregua alla disciplina generale dell'art. 1218 c.c. e sul correlato onere probatorio, gravante in capo all'amministratore, di fornire la prova dei fatti che ne escludono la responsabilità.

Per converso, a fronte di un assetto indubbiamente favorevole alla parte che agisce in giudizio, nell'ipotesi di violazione di obblighi generici, l'astrattezza contenutistica si riversa sulla differente configurazione dell'*onus probandi*, in stregua alla quale l'attore è tenuto alla dimostrazione del comportamento adottato dall'amministratore quale concretizzazione dell'inadempimento di obblighi a carattere generico. In tale seconda ipotesi sembrerebbe, dunque, trovare terreno fertile l'orientamento[277], espresso in talune pronunce di merito in materia di responsabilità degli amministratori, che pone a carico della società che agisce in giudizio altresì l'onere di provare la colpa[278], ossia la difformità del contegno adottato

[276] Riconosciuta in giurisprudenza *ex multis* da Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5718, cit., p. 1517, con nota di A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*.

[277] Per la tesi che pone in capo al creditore l'onere di provare la colpa del debitore si veda C. MAIORCA, voce *Responsabilità* (teoria generale), cit., p. 1004 ss.

[278] Emblematica Trib. Milano, 2 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 528, in cui testualmente «la prova del danno non può, in mancanza di altri elementi, essere presunta esclusivamente a causa di inosservanza di obblighi formali ed è onere di chi agisce in responsabilità dimostrare che il comportamento dell'amministratore ha causato, per colpa, un effettivo depauperamento del patrimonio della società"» In senso conforme Cass. civ., 17 gennaio 2007, n. 1045, in *Foro it.*, 2007, p. 3156, con nota di A. PERRINO, *Soggettività della società di persone e responsabilità dell'amministratore*.

dall'amministratore alla luce delle circostanze del caso concreto rispetto alla diligenza dovuta[279].

Ebbene, in questo *background* di riferimento ecco che le due prospettate questioni richiedono la messa a punto di una soluzione unitaria calibrata sulla lettura congiunta dei principi civilistici in punto di *onus probandi* e del dato giurisprudenziale.

Il primo elemento dirimente per risalire al corretto riparto dell'onere della prova è indubbiamente costituito dall'intervento nomofilattico delle Sezioni unite del 2001 che in tema di responsabilità contrattuale hanno affermato come «il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto (ed eventualmente del termine di scadenza), limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento»[280]. Il ragionamento della Cassazione si spinge sino a cristallizzare il principio, invero estraneo alle linee del dibattito sino ad allora esistente, secondo cui l'allegazione involge tutte le ipotesi di inadempimento, compresa la *species* dell'inesatto adempimento, estendendone la portata finanche alle tradizionali obbligazioni di mezzi.

Per certo, il menzionato indirizzo offre una lettura coerente con la regola probatoria dell'art. 1218 c.c., giacché valorizza il c.d. principio di vicinanza della prova, la cui *ratio* giustificativa si rinviene nella «migliore attitudine del debitore alla prova della non imputabilità dell'inadempimento, in considerazione del fatto che è appunto il debitore a poter conoscere le cause dell'eventuale impedimento»[281].

Traslata nella sfera della responsabilità gestoria, la summenzionata prospettiva pare ripercorsa dal formante giurisprudenziale seppur si registri un orientamento piuttosto ondivago.

Segnatamente un primo filone, recepisce *in toto* il *dictum* delle Sezioni unite, riconoscendo che la società che agisce in giudizio nei confronti del suo amministratore può limitarsi ad allegare

---

[279] Specifica C. ANGELICI, *Società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 248, che in tale ipotesi «vengono sostanzialmente a coincidere l'oggetto della prova positiva e di quella negativa, la ricerca in definitiva degli indici atti a confermare oppure escludere la negligenza del comportamento dell'amministratore».

[280] Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, in *Riv. dir. civ*., 2002, 1, p. 707 ss. con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*; in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903, con nota di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*; in *Foro it.*, I, 2002, 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. Giur*., 2001, 1565, con nota critica di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 349, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*.

[281] Cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 167.

l'inadempimento e a fornire la prova del nesso di causalità e del danno. Tuttavia, l'allegazione deve in tal caso essere qualificata, di talché parte attrice sarà tenuta a delineare il comportamento astrattamente idoneo a produrre il danno[282].

Per converso, spetta ad ogni modo agli amministratori l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso, dimostrando l'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti.

A tale orientamento se ne affianca poi altro che, nella sostanza, sembra rispecchiare la tesi *supra* indicata dell'inadempimento quale fatto costitutivo della pretesa creditoria. In altri termini, siffatte pronunce riconducono in capo alla società l'onere non già di allegare, ma di dimostrare integralmente l'inosservanza della condotta dovuta.

Orbene, tali soluzioni interpretative trovano naturale completamento nel più recente indirizzo di legittimità, espressione di un'inedita impostazione tesa a rinforzare ulteriormente l'onere probatorio della società che spieghi azione giudiziale avverso gli amministratori e che sembrerebbe avallare l'idea di una netta distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità degli amministratori.

Difatti, con riferimento alla violazione di doveri a contenuto generico si era già sostenuto che l'attore fosse tenuto a fornire la prova non solo del comportamento dell'amministratore, ma anche degli elementi di contesto da cui desumere l'effettiva condotta inadempiente.

Allo stesso modo la Cassazione ribadisce questo concetto allorquando riconduce all'*onus probandi* dell'attore la dimostrazione di quegli «indici ed elementi di anomalia del contesto concreto in cui la scelta è stata compiuta»[283].

A ben vedere, tale indirizzo non sembra cogliere nel segno né pare trovare adeguata giustificazione nelle pur apprezzabili argomentazioni relative alla estensione del principio di vicinanza della prova e alla salvaguardia della *business judgment rule*[284].

Difatti con riferimento alla prima coordinata, si è pur sostenuto che, alla luce delle peculiari modalità di svolgimento dell'attività gestoria, la società si troverebbe ad ogni modo nella piena disponibilità del materiale probatorio. A ciò si aggiunga inoltre che l'azione di responsabilità viene usualmente esercitata allorquando l'amministratore sia già cessato dalla propria carica,

---

[282] Più di recente Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2975 in *ForoPlus*.

[283] In questi termini Cass. civ., 13 marzo 2023, n. 7279 in *Judicium*.

[284] La convincente critica è avanzata da C. MEO, *Onere della prova e inadempimento nell'azione sociale di responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Judicium*, 2023, p. 10 ss. Condivisibilmente l'A. per negare la posizione di vantaggio in cui si trova la società nel giudizio di responsabilità, sostiene che il principio di vicinanza della prova «non pare riferirsi tanto alla materiale disponibilità dei documenti di prova», quanto «è piuttosto volto a porre la prova di un certo fatto in capo al soggetto nella cui "sfera d'azione" il fatto stesso si è verificato».

con consequenziale impossibilità per quest'ultimo di risalire alla documentazione probatoria. Ebbene, sul punto può facilmente obiettarsi che l'essenza del principio di vicinanza della prova non si rinviene tanto nella materiale disponibilità in senso stretto del corredo probatorio, quanto in termini più generali nella collocazione dell'*onus probandi* in capo al soggetto (debitore), che in seno alla conformazione del rapporto obbligatorio, risulta in grado di ricostruire in maniera più agevole le vicende relative all'adempimento.

Quanto poi al secondo profilo addotto a sostegno della scissione del regime probatorio in materia di responsabilità degli amministratori rispetto all'ordinario regime civilistico, esso si rinviene nei contorni operazionali della *business judgment rule* (di cui meglio *infra*). La insindacabilità nel merito delle scelte gestorie troverebbe, a detta dell'opzione ermeneutica in parola, un'adeguata garanzia nella specificazione dell'onere probatorio in capo alla società, poiché, se si consentisse un alleggerimento del carico probatorio mediante il richiamo ad una generica "allegazione", si rischierebbe di ampliare oltremodo il campo del sindacato del giudice, sino ad inglobarvi situazioni, fatti e circostanze superflue o non dirimenti rispetto al giudizio di responsabilità.

Tuttavia la salvaguardia della *bjr* riconnessa ad una stringente disciplina probatoria, realizzerebbe in tal modo l'opposto effetto di aggravare la posizione della società.

Senonché, l'inadeguatezza di tale soluzione suggerisce di riportare il discorso in seno ai dettami della responsabilità contrattuale.

Più di preciso l'onere della prova nelle azioni sociali di responsabilità avverso gli amministratori permane ancorato alla regola aurea della pura allegazione dell'inadempimento ad opera dell'attore, in conformità ai principi probatori che animano l'art. 1218 c.c. e alla ricostruzione interpretativa che considera irragionevole addossare l'onere in capo all'attore, atteso che i fatti costitutivi ed estintivi dell'inadempimento riguardano in misura più diretta il debitore[285]. E ciò vale a dirsi, alla luce della rinvigorita disciplina unitaria del rapporto obbligatorio, per tutte le ipotesi di inadempimento, prescindendo dalla distinzione dogmaticamente superata tra mezzi e risultato[286].

---

[285] In questi termini A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 256.

[286] Inevitabile il richiamo a Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790 con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*. Ad avviso della Sezioni unite il riparto probatorio in ambito contrattuale «in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, *ex* art. 1218 c.c.».

Si potrebbe poi discutere se nell'attività di allegazione (non già di prova in senso stretto) vi rientrino anche gli elementi di fatto che possano facilitare l'individuazione della condotta inadempiente[287]. Di talché, in ipotesi affermativa, significherebbe prestare piena adesione ai ben noti principi di vicinanza della prova, di persistenza del diritto e più nel dettaglio, di allegazione "qualificata" di un inadempimento «astrattamente efficiente alla produzione del danno»[288].

Ma in ciò, *sine dubio*, soccorre la dimensione applicativa del formante giurisprudenziale che offre sovente una serie di indici[289] da cui desumere la *mala gestio* dell'organo gestorio[290]. Ed a ben vedere i ragionamenti presuntivi utilizzati rinvigoriscono nella sostanza la compatibilità e la interconnessione del modello generale di responsabilità con la specifica disciplina posta a presidio del corretto svolgimento dell'attività gestoria[291].

10.1 (Segue). Modelli a confronto: il *Beweislast* tedesco e il *burden of proof* anglo-americano

Altra tappa essenziale di questo itinerario comparativo è l'esplorazione delle modalità operative dei meccanismi probatori che costellano le azioni di responsabilità avverso gli amministratori negli ordinamenti allogeni.

Gli argomenti per sollecitare l'adesione a questa necessità di ampliare la riflessione in punto di responsabilità gestoria, non restano affidati solo ad una completezza espositiva, ma appaiono saldamente ancorati ad una serie di elementi di riflessione che restituiscono la cifra dell'incidenza dei profili probatori sul *respondere* dell'organo gestorio, poiché è pur chiaro che, a seconda della declinazione dell'*onus probandi*, possano scaturire conseguenze rilevanti di più

[287] Da ultima Cass. civ., sez. I, 1 settembre 2023, n. 25631, in *Quot. giur.*, riafferma il principio generale secondo cui «la società stessa (o il curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta ex art. 146 L. Fall.) è tenuta ad allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri, come pure a provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei predetti doveri».

[288] Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. p. 971. In materia di responsabilità degli amministratori emblematica Cass. civ., 18 settembre 2017, n. 21566 per cui la genericità dell'allegazione comporta ancor prima la nullità della citazione.

[289] Si allude alle c.d. presunzioni giurisprudenziali, per il cui inquadramento già G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, *in Foro it.*, 1971, 11, p. 178.

[290] A titolo esemplificativo, per quanto attiene alla responsabilità degli amministratori per sopravvenuta insufficienza del patrimonio sociale, M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 157, ravvisa talune ipotesi sintomatiche nelle «vendite ad operazioni sottocosto, nell'aver impiegato denaro in operazioni di notevole lucro e quindi sommariamente rischiose; nel non essersi attivati per riscuotere crediti sociali; nell'aver acquistato immobili di cospicui importanza immobilizzando in modo eccessivo il capitale sociale».

[291] Ricorre a tale argomento, M. RABITTI, op. ult. cit., p. 159, per dimostrare che l'obbligo di gestire in modo diligente viene assimilato sul piano probatorio ad un inadempimento specifico rispetto al quale trova operatività la disciplina dell'art. 1218 c.c.

ampia portata. La comparazione giuridica, difatti, restituisce un dato sorprendente in quanto in area europea il principio di inversione dell'onere della prova costituisce un'eccezione rispetto allo schema generale per cui è la società a dover assolvere il *thema probandum* (si pensi all'impostazione polacca, spagnola, svedese e svizzera) e definisce il tratto saliente delle azioni sociali avverso gli amministratori ora nello scenario portoghese (ove pur è controverso il suo fondamento) ora nell'impianto austriaco profondamente influenzato dall'*AktG* tedesco.

Orbene, proprio nella prospettiva germanica, la proposizione di azioni contro gli amministratori comporta che sia in primo luogo la società a dover dimostrare l'esistenza di un pregiudizio causalmente riconnesso alla condotta inadempiente del membro del *Vorstand*. Una volta che sia fornita la prova del pregiudizio, è tuttavia l'amministratore a dover dare evidenza della irreprensibilità della propria condotta. Senonché, l'onere così ripartito genera le medesime difficoltà riscontrate nella traiettoria ordinamentale italiana, in quanto gli amministratori soprattutto allorquando siano cessati dalla carica, fronteggiano la non agevole reperibilità della documentazione necessaria per difendersi nel giudizio.

Per tale considerazione, il *Bundersgerichtshof* ha a più riprese rintracciato nel § 93, comma 2, frase 2 *AktG* una effettiva "*Abweichung von dem Grundsatz der Beweislast des Anspruchstellers für sämtliche anspruchsbegrüdenden Umstände*"[292], vale a dire una deviazione della regola aurea in materia processuale, la c.d. *Normentheorie*, che pone di norma a carico del ricorrente *l'onus probandi*.

Sono dunque da sottoscrivere le tecniche che la giurisprudenza tedesca utilizza per mitigare l'inversione probatoria, allorquando impone in capo alla società l'onere di definire quantomeno la tipologia di condotta lesiva posta in essere dall'amministratore[293].

E non sorprende affatto che il formante dottrinale si sia allineato in questa direzione, laddove, dopo averne disconosciuto un effettivo inquadramento sistematico, rinviene nel § 93, comma 2, frase 2 *AktG* un assoluto *unicum* nel panorama normativo, atteso che nessun'altra disposizione di diritto civile e societario contiene un'inversione dell'onere della prova paragonabile al meccanismo di cui alla summenzionata norma, eccezion fatta per il § 280, comma 1 frase 2 del BGB, che detta una disciplina parzialmente simile per quanto concerne la colpa del debitore inadempiente in seno alla teoria del rapporto obbligatorio[294].

[292] BGH, 4 novembre 2022, BGHZ 152, 280, 283

[293] P. KINDLER, op. cit., p. 242. *Ivi* per la giurisprudenza in merito, tra cui BGHZ, 152, 2003, 280

[294] Si veda sul punto, anche a seguito della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni, P. KINDLER, A. DIURNI, *Il codice civile tedesco « modernizzato»*, Torino, 2004, 51 ss.

Orbene, la giustificazione dogmatica dell'inversione dell'onere della prova si è sedimentata nella letteratura tedesca nella più intuitiva e tradizionale argomentazione del principio di vicinanza dell'amministratore al corredo probatorio[295]. Ma, a ben vedere, anche nella prospettiva germanica sono progressivamente affiorate le medesime perplessità in precedenza analizzate, prima fra tutte l'erronea convinzione che il membro del *Vorstand* abbia sempre la piena disponibilità e controllo della documentazione concernente l'esercizio dell'attività gestoria. Si potrebbe obiettare che la crescente digitalizzazione (come si vedrà), faciliti la catalogazione e la raccolta del materiale informativo, ma ciò non toglie che beneficiaria di questa rinnovata *data analysis* sia in primo luogo la stessa società, mentre l'amministratore soprattutto quando non sia più incaricato della funzione gestoria avrebbe maggiori difficoltà di accesso alle prove. E non sembra che un'interpretazione estensiva del § 242 BGB riguardante il diritto di ispezione possa rappresentare una valida soluzione.

Alla luce delle criticità che la dottrina ravvisa nel meccanismo di allocazione probatoria, si è non a caso avanzata la abrogazione del § 93, comma 2, periodo 2 *AktG*, o più di recente, quanto meno una revisione parziale della disposizione normativa, nell'ottica di restaurare il principio generale in ambito probatorio, onerando la società della dimostrazione dell'inadempimento del membro del *Vorstand*.

Nel *framework* inglese per converso, si assiste ad una impostazione del problema in termini del tutto dissimili, in quanto le Corti tendono a restringere un focus minimo sul profilo del *burden of proof*. Ciononostante il più recente *case law* dimostra come fil rouge della *claims* avverso gli amministratori è caratterizzato dall'imposizione del carico probatorio in capo al *plaintiff*. Esemplificativa in tal senso è la decisione *Re City Build*[296], in cui la *Court* ha più di recente ribadito che nelle controversie concernenti i *directors' duties* l'attore è tenuto ad assolvere il *burden of proof*.

Lo stesso valga a dirsi nello scenario statunitense, in cui la valutazione dell'*onus probandi* tende a sfumare nella più ampia portata della *Business judgment rule*, con l'inevitabile conseguenza che è la società a dover in prima battuta acclarare la violazione dei *directors' duties* e l'esistenza del nesso causale con il pregiudizio da essa patito[297] per scardinare il *safe harbour* costituito dalla *bjr*.

---

[295] Così N. DANNINGER, *Organhaftung und Beweislast*, Tubingen, 2020, p. 59; G. SPINDLER, in *Münchener Kommentar zum AktG*, München, 2008, § 93 n. 162.

[296] *Re City Build (London) Ltd (in liquidation)* (2022) EWHC 364 (Ch).

[297] Più in generale la dimostrazione del nesso di causa da parte della società trova fondamento nel principio di analisi economica in virtù del quale il creditore fronteggia un minor costo di accesso alla prova rispetto al debitore. Interessanti in proposito le riflessioni di B.L. HAY, K.E. SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, in *J. Legal Stud.*, 1997, 46, p. 428.

11. La ricostruzione del nesso di causalità nelle azioni di responsabilità gestoria

Il successivo tassello che ricompone il mosaico di responsabilità gestoria si identifica nella ricerca del nesso eziologico, profilo in seno al quale si condensano le maggiori perplessità circa l'applicazione delle presunzioni giurisprudenziali già analizzate in punto di disciplina probatoria[298].

Ma in termini ancor più generali, la complessità dell'accertamento causale nella dimensione societaria discende da un duplice ordine di problemi. In primo luogo la prassi giurisprudenziale dimostra come gli amministratori evocati in giudizio tendano sovente a trincerarsi dietro il *safe harbour* della *Business Judgment Rule*. *In secundis*, anche nel giudizio di responsabilità gestoria si riflettono le criticità di un quadro normativo di riferimento alquanto scarno, cui fa da contraltare l'esistenza di variegate ricostruzioni dottrinali che da sempre animano il dibattito relativo al nesso eziologico[299].

A tali fattori si aggiunga poi la consolidata tendenza delle corti a restringere il focus sui profili dell'onere probatorio e del *quantum* del danno, piuttosto che a dirimere le questioni strettamente attinenti al collegamento causale[300].

Deviazioni giurisprudenziali che, peraltro, recano con sé il rischio concretizzatosi in talune pronunce, di addebitare agli amministratori l'intero danno in caso di impossibilità di

---

[298] Tra i vari R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 74, rileva che tra «tra le difficoltà che pone il ricorso allo strumento della presunzione di causalità, vi è quella che concerne l'adattabilità della prova per presunzioni all'indagine causale».

[299] Per un inquadramento del problema causale nella riflessione civilistica e senza alcuna pretesa di completezza, si vedano, tra gli altri, G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 1, p. 405 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2020, p. 142 ss.; S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 3 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2019, p. 231 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1998, p. 176 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realista)*, in *Dir. e innov.*, 2008, 7; A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 7 ss.; R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 43 ss.; G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012; A. BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica-causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 117 ss.; B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020; N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2023. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ.*, 2009, 1, p. 2533; Cass., 13 settembre 2019, n. 22857, in *Giust. civ. Mass.*, 2019.

[300] Lo rileva R. CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsaiblità*, in *Giur. Comm.*, 2017, 1 p. 98. Ugualmente M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit. p. 7, evidenzia che «la giurisprudenza non riuscendo a provare la relazione causa-effetto, tende a "presumerne" l'esistenza nel caso concreto».

determinare in modo specifico il nesso esistente tra le singole violazioni e il pregiudizio verificatosi[301].

Il discutibile atteggiamento di una giurisprudenza che confonde molto spesso il piano causale con quello della imputabilità, attesta, in sostanza, le difficoltà insite nella prova del nesso causale, giacché nella sua corretta interpretazione, quest'ultimo non si esaurisce in una mera correlazione tra eventi, bensì viene a strutturarsi in un triplice accertamento, «avente ad oggetto il fatto che si assume come causa (antecedente), l'accadimento considerato come effetto (conseguente) e per l'appunto il legame tra i medesimi (nesso causale)»[302]. Siffatte criticità hanno indotto sovente la giurisprudenza a far ricorso alle *escamotages* delle presunzioni per provare il legame causale tra l'inadempimento e il danno occorso alla società, come testimoniato dalle controversie in cui all'amministratore viene contestata la mancata convocazione dell'assemblea in caso di perdite sociali ai sensi dell'art. 2446 c.c.[303].

Alla luce di tali imprescindibili premesse, tenuto conto del ruolo paradigmatico della responsabilità nel settore societario, occorre allora verificare quale sia la prospettiva ermeneutica più congeniale alle ipotesi in esame, consapevoli che l'economia del presente elaborato non consente di scandagliare in maniera analitica le variegate ricostruzioni varate in punto di causalità.

Per certo, il dato inconfutabile che restituisce la dimensione delle azioni di responsabilità, vale a dire il diretto richiamo al pregiudizio derivante dalle azioni od omissioni dell'organo gestorio, si pone in linea con il *vulnus* che denota la sfera eziologica nella disciplina civilistica, ove – come ampiamente noto – il trittico normativo degli artt. 1223, 1226, 1227 c.c. detta un generico richiamo al nesso di causalità, senza specificarne i concreti lineamenti applicativi. Anzi, a ben vedere, la tematica in esame non è altro che una ulteriore conferma della prospettiva interpretativa sostenuta in questo itinerario di ricerca, vale a dire l'idea pur condivisa da attenta dottrina, secondo cui l'accertamento della responsabilità degli amministratori non si distingue sul piano strutturale dai giudizi di responsabilità per così dire tradizionali, «neppure per quanto

[301] Si pensi a Cass. civ., Sez. I, 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. comm.*, p. 1809. L'opinabile statuizione è criticata da G. BIANCHI, *Amministratori e Sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Milano, 2010, p. 36. Secondo l'A. una tale conclusione «sembra ispirata più ad un principio punitivo che equitativo» nonché «preclude ai convenuti di provare per altri mezzi le circostanze attenuanti o esimenti».

[302] In questi termini, L. NONNE, *La prova del nesso causale nella responsabilità per inadempimento: prospettive dottrinali e soluzioni giurisprudenziali a confronto*, in *Comp. dir. civ.*, 2021, 3, p. 1046.

[303] Ne dà conto M. GOLIA, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 1, p. 247 che richiama l'opinione espressa da S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. prev., 2002*, 2, p. 601 ss.. Quest'ultimo evidenzia l'incongruenza applicativa del meccanismo presuntivo nell'accertamento della causalità, giacché «il nesso causale non è un fatto, cioè un accadimento, ma il collegamento tra due fatti»; ragion per cui lo schema presuntivo «può essere utilizzato soltanto per la dimostrazione di un fatto».

concerne l'accertamento del nesso di causalità tra atto illecito e danno e la determinazione del danno stesso»[304].

In virtù della complessità del varo di una soluzione unitaria, un'organica ricostruzione del nesso di causa nelle azioni di responsabilità avverso gli amministratori non pare ad ogni modo possa prescindere per un verso dalla dicotomia causalità materiale-causalità giuridica e dagli innesti giurisprudenziali che, in controtendenza rispetto all'orientamento che riteneva assente un'esigenza eziologica nella responsabilità contrattuale, sul terreno di confronto tra quest'ultima e la responsabilità aquiliana, hanno sancito la coincidenza della causalità materiale con la fattispecie dell'inadempimento nella responsabilità contrattuale[305]. Per altro verso, la corretta soluzione ermeneutica, parametrata alle peculiarità delle vicende che connotano il giudizio di responsabilità gestoria, richiede di essere scansionata alla luce di due differenti scenari che contraddistinguono in genere le azioni di responsabilità avverso gli amministratori. Con riguardo al primo versante, l'inadempimento dell'organo gestorio può originare dal compimento di condotte attive o omissive ben individuate, da cui sia derivato il pregiudizio nei confronti della società. Ed è pur chiaro che, in una simile ipotesi, la complessità della identificazione del nesso causale tende a sfumare nella eloquente gravità dell'inadempimento posto in essere dagli amministratori, senza con ciò voler abilitare una confusione tra distinti profili che ricompongono il giudizio di responsabilità. Esemplificativa in tal senso, può apparire la proposizione di azione giudiziale incentrata sulla contestazione di appropriazione indebita o di omesso pagamento di oneri fiscali.

Per converso, allorquando il danno patito discenda da un'errata conduzione dell'attività gestoria intesa nel suo complesso – di cui emblematica è l'ipotesi in cui a seguito del dissesto finanziario della società sia addebitata nei confronti degli amministratori l'inadeguatezza degli assetti organizzativi predisposti - la *quaestio* della puntuazione del legame eziologico diviene ben più stringente[306]. Ed è proprio a fronte delle difficoltà insite nella dimostrazione del paradigma causale che il formante giurisprudenziale ha progressivamente ampliato il ricorso al

[304] In questi termini M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 166 che a sua volta richiama l'opinione di L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporti di causalità tra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 1989, 2, p. 86.

[305] Per una riflessione su tali profili con opportuno focus sull'evoluzione giurisprudenziale, si veda L. NONNE, *La prova del nesso causale nella responsabilità per inadempimento: prospettive dottrinali e soluzioni giurisprudenziali a confronto*, in *Comp. dir. civ.*, 2021, 3, p. 1045 ss.

[306] Così già S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 606 per il quale dalla complessità e ampiezza dell'attività di gestione affiorano le criticità in punto di determinazione del pregiudizio.

meccanismo presuntivo (c.d. presunzioni giurisprudenziali)[307], rischiando, per un verso, di minare concretamente la tenuta della *business judgment rule*[308], mentre, per altro verso, di alimentare un pericoloso trend teso a risolvere il caso concreto alla luce della mera sussistenza del comportamento illegittimo dell'organo gestorio.

Il che, se si effettua una rassegna del *case law* in materia, dimostra sul piano stilistico la tendenza da parte dei giudici a sottovalutare il momento eziologico considerandolo alla stregua di *obiter dicta*, piuttosto che a esaltarne la componente costitutiva del giudizio di responsabilità[309].

Eppure, un siffatto procedere risulta opinabile nella misura in cui rischia di avallare la ricostruzione del *respondere* dell'amministratore in termini di "responsabilità da posizione", a prescindere dalla effettivo apporto eziologico e dalla tipologia di attività svolta.

Senonché, la proliferazione di opzioni ricostruttive divergenti è culminata nell'intervento nomofilattico del giudice di legittimità[310], concernente la paradigmatica fattispecie di responsabilità gestoria per omessa o irregolare tenuta delle scritture contabili, con cui la Suprema Corte non ha esitato a rilevare che il *respondere* degli amministratori non emerge automaticamente all'inadempienza posta in essere e per ciò solo legittimi il risarcimento del danno parametrato alla differenza tra passivo e attivo; piuttosto è necessario che sussista un'allegazione circostanziata, ad opera dei legittimati attivi all'azione da responsabilità, delle precise violazioni dotate di efficienza causale da cui desumere, per l'appunto, la configurazione del nesso eziologico tra queste ultime ed il pregiudizio patito dalla società.

Di talché, effettuando una rigida applicazione delle regole concernenti la causalità giuridica, il parametro del *deficit* patrimoniale assume semmai rilievo rispetto alla fase di liquidazione del danno *ex* art. 1226 c.c., ma non può integrare un indice presuntivo del legame eziologico[311].

---

[307] L'inevitabile richiamo è a G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.*, 1971, 5, p. 177 ss.; più di recente M. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 79 ss.

[308] Cfr. R. CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, cit., p. 111.

[309] M. RABITTI, op. cit., p. 167.

[310] Si allude a Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100 in *Foro it*., 2016, 1 p. 272 ss.

[311] In senso conforme, più di recente, Cass. civ., 12 maggio 2022, n. 15245, secondo cui, "nell'ambito delle azioni di responsabilità grava sempre, in linea di principio, su chi agisce in giudizio l'onere di fornire la prova del danno e del nesso di causalità materiale tra questo e le condotte che si assumano tenute in violazione dei di doveri inerenti alle funzioni gestorie svolte dagli amministratori. E la mancanza di scritture contabili, ovvero la sommarietà di redazione di esse o la loro intelligibilità, non è in sé sufficiente a giustificare la condanna dell'amministratore in conseguenza dell'impedimento frapposto alla prova occorrente ai fini del nesso rispetto ai fatti causativi del dissesto". Viceversa ad avviso del giudice di legittimità, "essa presuppone, per essere valorizzata in chiave risarcitoria nel contesto di una liquidazione equitativa, che sia comunque previamente assolto l'onere della prova circa l'esistenza di condotte per lo meno astrattamente causative di un danno patrimoniale; sicché il criterio del deficit fallimentare resta sì applicabile, ma soltanto come criterio equitativo, per l'ipotesi di impossibilità di quantificare esattamente il danno in conseguenza dell'affermazione di esistenza della prova – almeno presuntiva – di condotte di tal genere".

Siffatte considerazioni, peraltro, contribuiscono a rinvigorire l'idea per cui la plurisoggettività che connota la complessa attività gestoria richieda una scansione analitica delle competenze e delle funzioni attribuite ai singoli amministratori.

In adesione a tale ricostruzione ermeneutica possono allora comprendersi le criticità sottese all'indagine causale, giacché quanto più risulta articolata l'attività esercitata, tanto più il ruolo dell'interprete si complica.

A ben vedere, soprattutto nello scenario delle procedure concorsuali, l'evento dannoso insito nella lesione del patrimonio sociale appare sovente la risultante del concorso di condotte imputabili a più soggetti. Ragion per cui, il dato normativo di cui all'art. 2055 c.c. rappresenta parametro decisivo per la individuazione del legame causale, ancor più se letto in combinato disposto con l'art. 2392 c.c. che detta il principio della responsabilità solidale degli amministratori[312].

L'analisi congiunta delle norme richiamate restituisce, difatti, la cifra della centralità dell'indagine orientata a rilevare l'effettivo contributo riconducibile a ciascun agente rispetto alla causazione dell'evento lesivo[313].

Ciò posto, nella consapevolezza che la dimensione operativa dell'art. 2055 c.c. presuppone già ricostruito il nesso di causalità materiale, la disposizione in parola assume un'inedita valenza ricostruttiva soprattutto in virtù dei lineamenti applicativi di cui al secondo comma, a mente del quale il regresso che compete a chi abbia interamente risarcito il danno è parametrato alla misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

In tale perimetro interpretativo affiora, in definitiva, il paradigma della responsabilità proporzionale - espresso con nitore nell'alveo delle fattispecie concernenti la responsabilità sanitaria[314] - in stregua al quale l'obbligazione risarcitoria viene a calibrarsi sul concreto apporto eziologico, alla luce di un giudizio complessivo che tenga debitamente in conto il grado di colpa dei danneggianti, improntato in ultima istanza a «scongiurare il rischio che a lievi tassi di colpa corrispondono significative conseguenze dannose»[315]. Secondo la proposta traiettoria

---

[312] Cfr., nuovamente, R. CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, cit., p. 113.

[313] Nel senso di interpretare l'art. 2055 come espressione del principio di causalità, A. DE CUPIS, *Dei Fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1971, p. 107; ID., *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passerelli, Roma, 1970, p. 110.

[314] In proposito, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012; G. COMANDÈ, L. NOCCO, *Proportional Liability as an application of the Precautionary Principle. Comparative Analysis of the Italian Experience*, in *Opinio Juris in comparatione. Studies in Comparative and National Law*, 2013, 1, p. 1 ss.

[315] Cfr. R. CAMPIONE, op. cit., p. 116.

di indagine, le diffuse sproporzioni tra risarcimento e gravità delle singole condotte potranno essere mitigate attraverso un'inedita gestione dell'incertezza del rapporto causale.

12. Una visione di sintesi

Il percorso esegetico intrapreso ha dimostrato, sino ad ora, l'ineluttabile interazione tra il sistema generale di responsabilità civile, così come disegnato dalle più recenti innovazioni giurisprudenziali relative, a titolo esemplificativo, ai paradigmi dell'onere della prova e della causalità e l'impianto di disciplina previsto in materia societaria.

Invero, in punto di definizione della morfologia dell'obbligazione gestoria si è evidenziata, seppur con le peculiarità che la contraddistinguono, la riconduzione del rapporto società-amministratore all'interrelazione che unisce debitore e creditore.

Di qui, la considerazione del modello obbligatorio secondo una visione solidaristica, ha consequenzialmente suggerito di scandagliare il paradigma comportamentale che orienta l'*agere* gestorio nell'attuazione dell'interesse creditorio.

Coordinata essenziale nella ricostruzione del mosaico di responsabilità degli amministratori si è visto essere nel panorama comparatistico il parametro di diligenza.

Se nei modelli di *common law* esso viene a strutturarsi in un autonomo *duty*, ora codificato nel *Companies Act* inglese, ora affinato dal formante giurisprudenziale nel panorama statunitense, nei sistemi di *civil law* presi in esame la diligenza assurge a modello di valutazione della condotta degli amministratori, enfatizzando la correttezza del processo informativo adottato dall'organo gestorio.

Quest'ultima è la prospettiva che denota l'attività gestoria sia nel modello azionario italiano, rispetto al quale si è giustificata la svalutazione della dicotomia obblighi a contenuto specifico-obblighi a contenuto generico – anche alla luce di una analitica indagine concernente la teoria del rapporto obbligatorio - sia nel modello tedesco, ove la formulazione del § 93 dell'*AktG* definisce il parametro che scandisce l'operato del *Vorstand*[316].

Inoltre, i mobili confini che delimitano lo spazio operativo della disciplina contrattuale e del regime aquiliano hanno assunto un significato sistematico di rilievo altresì nel contesto delle azioni di responsabilità gestoria. Si è, così, fornita la chiave di lettura per una rimodulazione degli schemi tradizionali che disegnano il *respondere* dell'organo gestorio. Esemplificativa, in tal senso, è apparsa la transizione da una prospettiva aquiliano-centrica ad una visione di contrattualizzazione del profilo di responsabilità gestoria verso i creditori di cui all'art. 2394

[316] Cfr. A. CAHN, *Business Judgment Rule und Rechtsfragen*, Working paper series no. 144/2016, consultabile su https://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/ILF_WP_144.pdf.

c.c.. Al contempo, il metodo comparativo ha disvelato la traiettoria inversa che connota la *third party liability* degli amministratori nello scenario anglo-americano, in cui rilevanza centrale è attribuita ai meccanismi operativi della *tortious liability*, a testimonianza dell'integrazione dei principi di *tort law* con i *corporate law values*,

La valenza sistematica della fenomenologia della responsabilità è stata successivamente calibrata sulla dimensione organizzativa interna della struttura societaria. Adeguati assetti organizzativi, *Organisationspflicht* e *duty to monitor*, hanno in tal senso restituito la cifra dell'itinerario di crescente responsabilizzazione dell'organo gestorio.

Last but not least, l'indagine circa i profili probatori ed eziologici ha consentito di registrare le "amnesie legislative" e le "deviazioni giurisprudenziali"[317] che pur affiorano nello scenario di responsabilità degli amministratori e che trovano sovente quale argomento di sostegno la *business judgment rule*.

Sicché, in tale *background* di riferimento, se davvero il paradigma di responsabilità rappresenta centro nevralgico della funzione gestoria, occorre, come premesso in apertura di indagine, prender nota degli ulteriori peculiari connotati che animano l'intricato spettro della *liability* gestoria, primo fra tutti il principio di insindacabilità nel merito delle scelte gestorie (*business judgment rule*) – come di qui a breve si dirà -, nell'ottica di misurare la tenuta delle regole di responsabilità civile.

[317] Mutuando le espressioni coniate, seppur rispetto al peculiare contesto della responsabilità sanitaria, da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2023, 2, p. 129 ss.

CAPITOLO II

ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ E ALLOCAZIONE DEL RISCHIO RISARCITORIO

Sezione I

IL SIGNIFICATO SISTEMATICO DELLA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

SOMMARIO: 1. *Agency relation* - responsabilità - *bjr*: il bilanciamento tra "neutralizzazione" ed incentivazione della funzione gestoria; 2. Genesi della regola nell'ordinamento del Delaware e traiettorie evolutive; 3. Il *legal transplant* della *business judgment rule* nel contesto tedesco; 4. Il modello italiano: la *reductio ad unitatem* con il parametro di diligenza e l'argine a derive di responsabilità oggettiva; 5. *Business Judgment Rule* e adeguatezza degli assetti organizzativi.

1. *Agency relation* - responsabilità – *bjr*: il bilanciamento tra "neutralizzazione" ed incentivazione della funzione gestoria

L'itinerario argomentativo tracciato nel precedente capitolo consente a tal punto di ampliare il perimetro d'indagine ad un profilo di assoluta rilevanza nella sfera di responsabilità gestoria, quale è la *business judgment rule*. È anzi significativo anticipare che la concreta operatività della regola così come la sua collocazione sistematica risentono degli approdi interpretativi cui si è pervenuti, che meglio potranno spiegare l'essenza della stessa.

Tuttavia, è al contempo innegabile che le osservazioni avanzate, soprattutto in punto di definizione della fisionomia dell'obbligazione gestoria, recano con sé un'indubbia difficoltà ricostruttiva del giudizio di responsabilità ad opera del formante giurisprudenziale[318]. Difatti, ad un primo sguardo, i connotati di atipicità e indeterminatezza della predetta obbligazione sembrano giustificare un intervento più penetrante dei giudici investiti delle controversie in materia di responsabilità gestoria, le cui derive sono facilmente immaginabili: per un verso il rafforzamento del sindacato giudiziale, cui si riconnette l'inevitabile processo di responsabilizzazione degli amministratori, può indurre la compagine gestoria ad adottare *defensive positions*, vale a dire comportamenti eccessivamente avversi ad un rischio che costituisce pur sempre il motore dell'attività di impresa; per altro verso il timore dell'eccessiva restrizione della sfera di discrezionalità, può in una fase antecedente all'assunzione

[318] Si pone enfasi sull'attività interpretativa delle corti in quanto, rispetto alla valutazione finale del *respondere* degli amministratori, esse sono tenute a far applicazione di clausole generali, prima fra tutte la diligenza, che alludono per l'appunto ad «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta» (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9).

dell'incarico spingere gli amministratori ad astenersi dal fare ingresso nella compagine manageriale.

Ed è pur chiaro che, a monte dell'"interventismo" giudiziale, militi una semplice ragione di carattere empirico, ossia la constatazione che nelle controversie in materia di responsabilità gestoria, si tenda a incentrare l'azione giudiziale non (soltanto) sulla violazione di specifiche norme di legge, quanto piuttosto sulla assenza di diligenza nella condotta gestoria, divenendo in tal modo ancor più ardua l'*actio finium regundorum* tra inadempimento degli amministratori e comportamenti non sindacabili *ex post* dal giudice in quanto espressione dell'ineluttabile margine di discrezionalità riconosciuto all'organo gestorio[319].

Osservazioni, queste ultime, che ricalcano talune coordinate poste a presidio della *business judgment rule*: il c.d. *institutional problem* e il pericolo degli *hindsight bias*[320], vale a dire l'inadeguatezza dei giudici ad assurgere a *business decision maker*[321] e la tendenza dopo che un dato evento si è verificato, a sostenere che l'esito fosse prevedibile *ex ante*, a prescindere dalla base oggettiva di informazione a sostegno della decisione assunta[322].

Assicurare il più ampio margine di manovra in favore degli amministratori, mediante la neutralizzazione dell'ingerenza delle corti, risponde peraltro a due complementari esigenze, quali sul piano microeconomico l'incremento del valore per gli azionisti che possa derivare dall'adozione di decisioni rischiose, ma potenzialmente vantaggiose per la società, mentre, a livello macroeconomico, la promozione dell'innovazione e della crescita. Giustificazioni

---

[319] Cfr. A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, cit., p. 220.

[320] È questo un rischio ampiamente diffuso nei giudizi di responsabilità professionale. Si vedano rispetto all'accertamento giuridico della *negligence* S. LABINE, G. LABINE, *Determinations of Negligence and the Hindsight Bias*, in *Law and Human Behavior*, 1996, 5, p. 501; R. CAPLAN, E*ffect of outcome on physician judgments of appropriatness of care,* in *JAMA*, 1991, p. 256; PETERS, *The role of the Jury in Modern Malpractice law*, in *Iowa L. Rev.*, 2002, 87, p. 909 ss.; ID., *Hindsight bias and tort liability: avoiding premature conclusions*, in *Ariz. St. L. J.*, 1999, 31, p. 1277; M. HASKEL, *A proposal for addressing the effects of hindsight and positive outcomes biases in medical malpractice cases,* in *Tort Trial and Insurance Practice law journal*, 2007, p. 895; J. RACHLINSKI, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, *in U. Chi. L. Rev.*, 1998, 65, p. 571; ID., *Behavioral economics law and psychology: Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation?*, in *Or. L. Rev.*, 2000, p. 61; R. ARKES, C. SCHIPANI, *Medical malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias*, in *Or. L. Rev.*, 1994, 73, p. 587.

[321] Profilo contestato da F.H. EEASTERBROOK, D.R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard, 1991, p. 94, secondo i quali se i giudici sono sprovvisti di una competenza tecnica in questo settore non si spiega «*why the same judges who decide whether engineers have designed the compressors on jet engines properly, whether the farmer delivered pomegranates conforming to the industry's specifications, and whether the prison system adversely affects the mental states of prisoners cannot decide whether a manager diligently failed to sack a subordinate who made improvident loans (...)*».

[322] Su questi profili A. GUERRA-MARTINEZ, *Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions*, in *Corp. Law. Stud. Jou.*, 2018, 2, p. 417 ss.

economiche che inevitabilmente si fondano sull'idea che l'attività degli amministratori risulta funzionalizzata alla *maximization* dello *shareholder value*[323].

Tali problemi preliminari, allora, assumono una dimensione concreta se inquadrati nella sfera dell'*agency relation*[324] che non soltanto costituisce uno dei paradigmi di lettura più noti del rapporto tra soci e amministratori, ma rappresenta il presupposto di operatività della *rule*[325].

Prescindendo dall'esatta conformazione giuridica cui pur si è fatto cenno nel corso della trattazione a mezzo della comparazione tra obbligazione gestoria e *fiduciary duties* , in questa sede il discorso involge aspetti operazionali legati alla individuazione di criteri idonei a garantire un efficace allineamento degli interessi dell'*agent* con quelli del *principal*, nell'ottica di neutralizzare qualsivoglia deviazione dell'attività gestoria.

Siffatta uniformazione trova nel meccanismo degli incentivi una coordinata di assoluto rilievo. Primo fra tutti il tema della remunerazione[326] che, nella precipua prospettiva statunitense volta a valorizzare lo *shareholder value* quale direzione finale verso cui muove l'attività di impresa, ha suscitato l'intervento del legislatore fiscale nell'ottica di varare modelli di remunerazione parametrati su risultati che siano misurabili sul piano economico[327].

Tralasciando le considerazioni etico-sociali che pur ampiamente coinvolgono il profilo della remunerazione, la medesima linea evolutiva si registra nei paesi della *Western Legal Tradition*. Esemplificativa in tal senso appare la disposizione di nuovo conio del § 87, Abs. 2 dell'*AktG* tedesco in cui si prevede il potere unilaterale dell'*Aufsichstrat* di rivalutare il compenso dei membri del *Vorstand* nelle ipotesi in cui si verifichi un peggioramento della situazione

---

[323] Di ciò si trae ampia conferma dalla prospettiva nord-americana, ove è tradizionalmente anteposto lo *shareholderism* allo *stakeholderism*. Illuminante e allo stesso facilmente comprensibile è ancora una volta la riflessione di F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit.: « *manager told to serve two masters . . . has been freed of both and is answerable to neither. Faced with a demand from either group, the manager can appeal to the interests of the other*».

[324] Si vedano *ex multis*, M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976); A.J. MEESE, *The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment*, 43 *WM. & MARY L. REV*. 1629, 1631 (2002); J. ARMOUR, H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Agency Problems and Legal Strategies*, in AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach,* III ed., Oxford, 2017.

[325] Per dirla con i termini di E. BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi*, cit., «senza la dissociazione fra *owner* e *manager* o- se si vuole, fra *principal* e *agent* – e, senza, in particolare, l'esistenza di una specifica relazione obbligatoria/contrattuale fra l'uno e l'altro, il problema della portata della «obbligazione gestoria» e della c.d. *BJR* non si sarebbe mai posto».

[326] Oltre ai richiami di cui alla nota 52, si rinvia a L. BEBCHUCK, J. FRIED, *Pay without Performance. The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard, 2004.

[327] Ugualmente nel quadro europeo l'aspetto della remunerazione ha costituito il fulcro della recente Direttiva 2017/828, il cui Considerando 28 espressamente dispone che "poiché la remunerazione è uno degli strumenti principali a disposizione delle società per allineare i loro interessi e quelli dei loro amministratori e in considerazione del ruolo fondamentale degli amministratori nelle società, è importante che la politica di remunerazione delle società sia determinata in modo appropriato dagli organismi competenti in seno alla società e che gli azionisti abbiano la facoltà di esprimere i loro pareri circa la politica di remunerazione della società".

societaria[328]. Come pur in Italia, a fronte dell'odierno impianto normativo in materia[329], si è condivisibilmente osservato che un rafforzamento degli incentivi che orientano l'*agere* gestorio possa realizzarsi attraverso un intervento indiretto che attenga alla definizione del regime fiscale, rifugiando da operazioni destinate ad incidere in via diretta sul *quantum* del compenso dovuto.

Queste sintetiche osservazioni consentono, a tal punto, di ampliare l'*iter* argomentativo alla verifica del ruolo e della funzione assolte dalla disciplina della responsabilità. Si tratta di un'indagine tutt'altro che agevole giacché, lo si è visto, se per un verso è innegabile che il novero degli incentivi possa produrre un effetto disciplinante, per l'altro residua ad ogni modo un margine di discrezionalità in capo all'organo gestorio in sede di bilanciamento di interessi non sempre convergenti[330].

Ed il contributo della *Law and Economics*[331] spiega con riguardo a tale questione tutta la sua valenza sistematica.

Più di preciso, la discrezionalità riconosciuta all'organo gestorio si esplica nell'assunzione di decisioni denotate da un margine ineliminabile di rischio. Ebbene, laddove si imputasse all'amministratore ogni conseguenza economica negativa derivante dalla propria condotta, si disinnescherebbe l'utilità degli incentivi. Difatti, per neutralizzare il rischio di incorrere in

---

[328] Testualmente: "*Verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach Absatz 1 unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat oder im Falle des § 85 Absatz 3 das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen. Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art können nur in den ersten drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft nach Satz 1 herabgesetzt werden. Durch eine Herabsetzung wird der Anstellungsvertrag im übrigen nicht berührt. Das Vorstandsmitglied kann jedoch seinen Anstellungsvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahrs mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen*". Per una lettura sul tema si veda G.B. PORTALE, *Un nuovo capitolo del governo societario tedesco: l'adeguatezza del compenso dei Vorstandsmitglieder*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 91 ss.

[329] Come è noto il diritto al compenso che viene definito a carattere disponibile, potendo il singolo amministratore rinunciarvi unilateralmente, è cristallizzato nel binomio normativo degli artt. 2389 e 2364 c.c. Sul piano contenutistico il secondo capoverso dell'art. 2389, comma 1, c.c. stabilisce che i compensi possono realizzarsi in partecipazioni agli utili ovvero in attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione. Per quanto concerne l'eterogenea struttura del compenso si rinvia a AA. VV., *Aggiornamento sulla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. soc.,* 2019, 4, p. 859 ss.; A. ZANARDO, *I piani di stock options dall'esperienza anglosassone alla disciplina e diffusione nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 738 ss.

[330] Secondo A.B. BADAWI, *The Business Judgment Rule*, 2023, disponibile su https://ssrn.com/abstract=4465571, decisivo è il margine di discrezionalità riconosciuto al *board*, giacchè «*if director liability becomes a meaningful threat, it could increase the amount of monitoring that directors need to do. That may be undesirable because it can compromise the independence of the board and increase the ability of managers to engage in potentially wasteful lobbying. This environment, which is unique to the corporation, provides another economic rationale for the business judgment rule*».

[331] Ai riferimenti bibliografici di cui alla nota 1, si aggiunga nello specifico contesto gestorio A. ENGERT, S. GOLDLÜCKE, *Why Agents Need Discretion: The Business Judgment Rule as Optimal Standard of Care*, in *Law & Economics Rev.*, 2017, 13, p. 1 ss.;

responsabilità egli sarebbe disincentivato ad adottare scelte connotate da alto margine di rischio, ma potenzialmente vantaggiose per la società.

Il che non significa propendere per la soluzione totalmente antitetica che vuole abilitare l'amministratore ad assumere decisioni puramente rischiose, slegate da un'adeguata istruttoria che le supporti, atteso che una simile impostazione precluderebbe in radice l'esercizio di un'attività imprenditoriale, rendendo il gestore "irrazionalmente" *risk-prone*[332].

Soltanto se inquadrato in questi termini, può comprendersi come il paradigma della responsabilità abbia da sempre costituito il contraltare dell'autonomia d'azione dell'organo gestorio.

Tuttavia a fronte della proliferazione di incentivi "altri", tra cui le c.d. "forze del mercato" e di taluni modelli di gestione del rischio, primo fra tutti lo strumento assicurativo, si è acutamente prospettato il possibile ridimensionamento degli schemi di responsabilità gestoria.

Eppure tra la tecniche di "neutralizzazione della funzione gestoria", il *respondere* degli amministratori costituisce pur sempre efficace deterrente per l'adozione di decisioni efficienti, costituendo un limite alla loro possibilità di scelta.

Al riguardo, il suggerimento metodologico che si desume dalla teorica della massimizzazione dell'interesse sociale involge la necessità di perimetrare l'azione degli amministratori, nel senso di garantire l'imparzialità e l'indipendenza delle decisioni gestorie.

Ed è pur ovvio che discorrendo di "genuinità" dell'*agere* gestorio, si allude inevitabilmente ai contorni operativi del *duty of loyalty* e del *duty of care*.

La portata di questi paradigmi dalla cui inosservanza discende, seppur con le eccezioni di cui a breve si dirà, l'emersione di *liability* degli amministratori, si declina nella gestione *tout court* dell'impresa, tanto in riferimento alle decisioni organizzative, tanto con riguardo alle c.d. *business decisions*.

Per quanto concerne la prima *species*, l'attività del *management* risulta scandita da regole di competenza e regole di struttura[333] orientate a definire la ripartizione di funzioni mediante il ricorso all'istituto della delega gestoria, nonché a regolare l'apparato organizzativo della società tramite l'istituzione di adeguati assetti e di meccanismi di rilevazione di disfunzioni interne. Per certo, quanto alla verifica della conformità della condotta del *board* rispetto agli standard richiesti, lo strumento di responsabilità costituisce il parametro di rilievo per disciplinare e incanalare l'azione gestoria. In altri termini, le prescrizioni tese a disciplinare la *compliance* della società, non pongono *prima facie* un problema di compatibilità con il profilo della

[332] Il rilievo è di E. BARCELLONA, *Business Judgment Rule e interesse sociale nella crisi*, cit., p. 21.
[333] Sul punto, F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 2018, 4, p. 576 ss.

discrezionalità. Sicché se si valorizza questa impostazione, il *duty of loyalty*, enucleato nel nostro ordinamento dal binomio normativo degli artt. 2390 e 2391 c.c., viene inteso non già nell'ottica di individuare un interesse specifico da perseguire, quanto piuttosto nel senso di un obbligo di trasparenza che impedisce agli amministratori il perseguimento di un interesse proprio.

Maggiori perplessità desta invece il composito mosaico delle decisioni imprenditoriali, vale a dire talune scelte che gli amministratori sono tenuti a compiere per dare attuazione all'oggetto sociale e per definire l'indirizzo strategico imprenditoriale. Per certo, si tratta di decisioni che recano con sé la necessità di effettuare la selezione di interessi coesistenti e ugualmente rilevanti e che, proprio per questo, presentano un alto margine di rischio. Ed è ancor più significativo che si ponga, a tal proposito, una ineludibile ricerca di un *point of balance*[334] tra le due contrapposte tendenze di crescente responsabilizzazione dell'organo gestorio a mezzo di *mandatory* e *default rules*[335] e salvaguardia del margine di discrezionalità per evitare una eccessiva compressione del suo perimetro di azione[336].

Nel panorama anglo-americano tale ultima esigenza, invero, rappresenta una tendenza ampiamente radicata nei *casebooks* delle corti ed affiorata nel contesto privatistico, sol che si consideri che fin dall'inizio del XVIII secolo, si sosteneva che "*a trustee shall not be answerable for a mistake committed innocently, and from wich he derived no advantage*"[337].

Sul fronte metodologico, pare tuttavia opportuno delineare, in via preliminare il sostrato delle *business decisions* per poi risalire all'effettiva valenza della *business judgment rule*. Difatti, l'assenza di previsioni in tal senso è foriera di smisurate "intromissioni" del sindacato giudiziale in scelte puramente discrezionali, paralizzando in tal modo l'azione gestoria.

---

[334] A. ENGERT, S. GOLDLÜCKE, op. cit., p. 16, sottolineano che « *The trade-off between no liability and liability is between insurance for agents who learn a high probability of success and agents who learn a lower success probability. With precise signals, risk taking at success probabilities just below a desired cut-off can be punished without punishing risk taking at larger success probabilities too much. Higher precision thus makes using the court's signal more valuable. By contrast, with a very imprecise signal, exposing the agent to liability risk for values close to the cut- off value implies also exposing him to risk for larger success probabilities, which increases the cost of inducing effort*».

[335] È questa l'impostazione seguita da K.J. HOPT, *Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules?*, in *Riv. soc.*, 1, p. 13 ss. Il ricorso a *mandatory rules* connota l'impostazione tedesca del *Satzungstrenge*. Per converso la prospettiva statunitense si denota per «*much more contractual freedom for corporate characters»*.

[336] Si tratta di una esigenza ben esemplificata da C. ANGELICI, *Società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 402. Secondo l'A. occorre «disegnare una disciplina della responsabilità in grado di svolgere effettivamente tale ruolo e, d'altro canto, evitare che, a causa di un suo eccessivo rigore, produca il risultato perverso di una paralisi dell'azione degli amministratori, un'azione la quale richiede per definizione l'assunzione di rischi».

[337] *Crookshanks* v. *Turner* (1723) VII Brown 255.

Ed è pur evidente che la difficoltà ricostruttiva si alimenta dello stesso atteggiamento delle corti di *common law*, volto nella sostanza a rilevare i criteri applicativi della *bjr* senza espressamente dar menzione dell'oggetto su cui la *rule* spiega la sua efficacia[338].

Eccezion fatta per talune pronunce in materia di *transactional dealing with third parties*[339], un primo spunto ricostruttivo può allora ricavarsi dalla relazione di accompagnamento all'intervento legislativo con cui in Germania è stato introdotto il § 93 dell'*AktG*. Si discorre a tal proposito di scelte imprenditoriali in termini di decisioni programmatiche che inevitabilmente richiedono una valutazione prognostica dagli esiti incerti[340].

Ebbene, se non vi è dubbio che è riconosciuta indipendenza all'organo gestorio con riferimento alla funzione di determinare la strategia imprenditoriale della società, la c.d. *Leitung*[341], diviene ancor più dirimente la identificazione di un nesso funzionale esistente tra il *business judgment* e il *genuine corporate purpose*. Sicché ha davvero senso discutere di una *rule* idonea a impedire l'emersione di responsabilità, soltanto con riguardo a decisioni che gli amministratori assumono nell'interesse della stessa società, eliminando dal campo di applicazione scelte prese in frode alla società o a titolo puramente personale[342].

A questa osservazione potrebbe, tuttavia, obiettarsi sulla falsariga dell'opinione espressa da taluni autori tedeschi[343], che l'alea che connota le decisioni assunte dall'organo gestorio in favore della società, costituisce denominatore comune sia alle scelte "imprenditoriali" che a quelle di carattere per così dire organizzativo. In altri termini ribaltando l'indirizzo tradizionale che riteneva esposta a sindacato giudiziale la correttezza degli adempimenti previsti da norme di legge o statutarie (*Legalitätspflicht*), si è condivisibilmente osservato che l'incertezza informa il processo decisionale in sé considerato, a prescindere dalla scelta finale cui è diretto lo stesso[344].

---

[338] Tale è la constatazione rilevata da A. KEAY, J. LOUGHREY, *The concept of business judgment*, in *Leg. Stud.*, 2019, 1, p. 38, secondo cui nel linguaggio delle corti si fa usualmente riferimento alle nozioni di «*commercial judgment*» e di «*commercial decision*».

[339] A. KEAY, J. LOUGHREY, op. ult. cit., p. 42.

[340] Cfr. L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 2-3, p. 430. *Ivi* per la dottrina tedesca a riguardo, tra cui, *ex multis*, H. FLEISCHER, *Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder*, in *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, 2019, p. 258 ss.; H. IHRIG , C. SCHÄFER, *Rechte und Pflichten des Vorstands*, Köln, 2014, p. 504 ss.; M. HABERSACK, *Reform der Organ haftung?*, in *AG*, 2014, p. 552; M. NIETSCH, *Geschäftsleiterermessen und Unternehmensorganisation bei der AG*, in *ZGR*, 2015, p. 638 ss.

[341] C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, cit., p. 9.

[342] Ragionando all'inverso, si giungerebbe a snaturare la *bjr* in una *fiduciaries' whims-and-whishes rule*.

[343] S. BINDER, *Grenzen der Vorstandshaftung*, Berlin, 2016, p. 102; W. HÖLTERS, *§ 93*, in *AktG*, München, 2017, *Rdn.* 30

[344] Si veda G. SPINDLER, *Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive*, in *Die Aktiengesellschaft* 2013, 58, p. 889 ss.

L'ampio dibattito tuttora esistente nella dimensione giuridica tedesca dimostra, in sostanza, la difficoltà di attribuire un significato univoco alla decisione imprenditoriale, ragion per cui sono state prospettate eterogenee soluzioni: si pensi alla proposta di eliminare il termine "*unternehmerischen Entscheidung*" dal § 93 o di sostituzione con una formulazione più ampia. Ciò posto, il *discrimen* tra le due fattispecie può rinvenirsi nella qualificazione del rischio che ciascuna determinazione degli amministratori fronteggia, alludendo al binomio rischio giuridico-rischio economico[345].

Di talché, secondo la prima accezione, ci si riferisce alla potenziale inosservanza di disposizioni legislative da cui derivi la violazione di posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento, ammettendo in ultima istanza l'emersione di un'obbligazione risarcitoria in capo alla società.

Per converso, discorrere di rischio economico, intrinseco all'esercizio dell'attività di impresa, vuol significare valutare la scelta adottata dall'amministratore esclusivamente sulla base del calcolo costi-benefici.

A ben vedere, la classificazione del rischio consente quindi di disegnare in termini negativi l'ontologia della scelta imprenditoriale. Sicché, il margine di discrezionalità viene meno laddove sia prospettabile una scelta vincolata o, detto in altri termini, «quando gli amministratori debbano adottare una decisione giuridicamente imposta»[346].

Delineate le coordinate di indagine, occorre allora volgere uno sguardo approfondito alla *business judgment rule* che integra una delle esportazioni di maggior successo del diritto statunitense, analizzando quale sia il grado di diffusione nel panorama comparatistico, se essa abbia ottenuto recepimento nello *statute law* o permanga una regola afferente il *case law* e, ancora, se rappresenti uno standard giuridicamente vincolante o, piuttosto una *best practice* raccomandata nel giudizio di responsabilità gestoria.

2. Genesi della regola nell'ordinamento del Delaware e traiettorie evolutive

In tale *background* di riferimento può allora agevolmente inquadrarsi la valenza centrale della *rule* di stampo statunitense, che costituisce *ius receptum* nella maggior parte dei modelli ordinamentali di *civil law* e di *common law*[347].

---

[345] In questi termini M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., p. 8.

[346] L. BENDETTI, *L'applicabilità della Business Judgment Rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., p. 431.

[347] Per una panoramica approssimativa, L. HENTZ, *Business judgment rule no direito societário brasileiro*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2017, 2, p. 23 ss; M. PARGENDLER, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Business Judgment Rule no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, 2015, 953, p. 51 ss.; M. ABDALA, *La aplicación de la denominada business judgment rule en el derecho argentino*, in *Revista De Derecho*, 2014, 42, p. 264 ss.; S. BOADA MORALES, *Modernizing Colombian Corporate Law: The Judicial*

Come è ovvio che sia, l'indagine muove dalla messa a punto della regola nello scenario statunitense in quanto è al suo interno ad essere affiorato un *corpus* giurisprudenziale unico nel suo genere che ha delineato in modo chiaro e dettagliato l'operatività della *bjr*[348].

Difatti, già da una prima panoramica approssimativa può ricavarsi un dato significativo, ossia l'esistenza di un annoso dibattito nella madrepatria nord-americana, le cui articolate linee interpretative non ne restituiscono una immagine unitaria e lineare, a fronte di una gemmazione più recente negli altri ordinamenti sia di *civil law* che di *common law*: basti pensare che nel Regno Unito i formanti dottrinale e giurisprudenziale ancora non hanno raggiunto una piena dimestichezza con la *rule*[349].

Orbene, la *business judgment rule*, nel contesto statunitense, rileva nel suo *purpose* finale come *safe harbour* per l'organo gestorio, escludendo qualsivoglia sindacato giudiziale sul merito delle scelte gestorie e, quindi, in linea di continuità con la distinzione *supra* accennata, sulla convenienza della *business decision* adottata. Principio, quest'ultimo, che ha trovato riconoscimento nel primo *leading case* del Delaware, di rado citato, *Bryan v. Atkin*, ove la *Chancery Court* osservò che «*within the limits of good faith, the power of the company to so deal with the earnings of the company is not subject to judicial control*»[350].

A seguito di questa pronuncia, la definizione dei presupposti operativi della *bjr* si è progressivamente cristallizzata nelle decisioni della Corte del Delaware relative a controversie aventi ad oggetto la vendita di azioni sociali. Si pensa al notissimo caso *Bodell v. General & Electric Corporation*[351], in cui la Corte non esitò ad affermare che l'*honest mistake of business judgment* non dovrebbe in alcun modo assurgere ad oggetto del sindacato giudiziale. Anzi, a ben vedere, per comprendere a pieno l'operatività della regola sembra preferibile assumere quale punto di avvio dell'indagine proprio quest'ultimo caso giudiziale, da cui sono scaturite le due decisioni *Bodell I* e *Bodell II*[352], convenendo con l'idea espressa da autorevole dottrina statunitense secondo cui tratteggiare l'itinerario evolutivo della *bjr* a partire dalla formulazione che la Corte del Delaware ha fornito nel *leading case Aronson*, come diffusamente accade,

---

Transplant of the Business Judgment Rule, in *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, 2017, 5, p. 147 ss.; H.J. KIM, T.D. YI, *Directors' Liabilities and the Business Judgment Rule in Korea*, 2004, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=530442.

[348] C. GERNER-BEUERLE, E.P. SCHUSTER, T*he Evolving Structure of Directors' Duties in Europe, in Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2014, 15, p. 191 ss.

[349] P.L. DAVIES, S. WORTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 9th ed., 2016, p. 259 ss.

[350] *Del. Ch. 82 A. 817, 820* (1912).

[351] *132 A. 442* (Del. Ch. 1926).

[352] *Bodell v. General & Electric Corporation (Bodell II)*, 140 A. 264 (Del. 1927).

equivale ad assecondare una narrazione in *medias res* che non tiene conto dei precedenti rilievi sistematici pur rilevanti[353].

In tal senso l'indubbio merito di *Bodell I* è quello di aver chiarito che in assenza della *Bjr* tutte le decisioni del *board of directors* sarebbero esposte ad un integrale scrutinio giudiziale *ex post*. Se tale è l'effetto principale che deriva dall'applicazione della regola, occorre tuttavia dar conto della differente declinazione che soprattutto la giurisprudenza del Delaware, da cui essa ha appunto tratto genesi, ha fornito.

Secondo un primo indirizzo interpretativo la *bjr* costituisce presunzione[354] che esclude l'emersione di responsabilità gestoria, finendo per diventare essa stessa una *fiduciary liability rule*, giacché comporta la sostituzione di uno *standard of care* per così dire ordinario con uno standard di *gross negligence*[355].

La transizione verso un modello di grave negligenza, che assurge a limite al *safe harbour* giurisprudenziale, ha tuttavia posto il quesito relativo alla concreta delineazione dello stesso, risolto variamente (e parzialmente) dalle corti statunitensi. In particolar modo il riempimento contenutistico è offerto da una risalente pronuncia del Delaware che, a tal proposito, ha affermato come nel giudizio aziendale la *gross negligence* si concretizza nella «*reckless indifference to or a deliberate disregard of the stockholders*» o ancora in azioni che sono «*without bound of reason*»[356]. Si potrebbe a tal proposito obiettare, come del resto attenta dottrina non ha mancato di rilevare, che i riferimenti coniati dal formante giurisprudenziale non

---

[353] Così B.S. SHARFMAN, *The Importance of the Business Judgment Rule*, in *New York Un. Jou. Law. Bus*., 2017, 1, p. 27 ss., disponibile su https://ssrn.com/abstract=2888052.

[354] Ampiamente noto è il leading case *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), Per chiarezza espositiva si riporta la massima reperibile in www.law.justia.com, ove testualmente: «*In our view the entire question of domand futility is inextricably bound to issues of business judgment and the standards of that doctrine's applicability. The business judgment rule is an acknowledgment of the managerial prerogatives of Delaware directors under Section 141 (a). It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption. (…) First, its protections can only be claimed by disinterested directors whose conduct otherwise meets the test of business judgment. From the standpoint of interest, this means that directors can neither appear on both sides of a transaction nor expect to derive any personal financial benefit from it in the sense of self-dealing, as opposed to a benefit which devolves upon the corporation or all stockholders generally. Thus, if such director interest is present, and the transaction is not approved by a majority consisting of the disinterested directors, then the business judgment rule has no application whatever in determining demand futility. Second, to invoke the rule's protection directors have a duty to inform themselves, prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them. Having become so informed, they must then act with requisite care in the discharge of their duties. While the Delaware cases use a variety of terms to describe the applicable standard of care, our analysis satisfies us that under the business judgment rule director liability is predicated upon concepts of gross negligence*». Per un esaustivo commento della pronuncia, si veda D.A. SKEEL JR., *Shareholder Litigation: The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis*, in J.R. MACEY (a cura di), T*he Iconic Cases in Corporate Law*, Eagan, 2008, p. 165 ss.

[355] Cfr. F.A. GEVURTZ, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?, in S. Cal. L. Rev.*, 1994, pp. 287-288.

[356] *Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp.*, 547 A.2d 963 (Del. Ch. 1986).

apportano alcuna puntuazione dello standard di rilievo o, ancora, che nella dimensione pratico-applicativa il canone di *gross negligence* si ravvisa in presenza di comportamenti assolutamente sconsiderati[357].

Ed ecco che un utile chiarificazione pare possa ricavarsi dai paradigmi generali della *tort law*. Assumendo, difatti, quale standard di emersione della *liability* la *gross negligence*[358], si intende in sostanza definire un parametro che richiede un *quid pluris* rispetto all'ordinaria *negligence* che fonda la *tort liability*[359].

Questa impostazione riflette d'altronde le ragioni giustificative del ricorso a siffatta regola, soprattutto nel contesto di attività economiche che si svolgono nel mercato, vale a dire l'intrinseca difficoltà per le corti di verificare l'opportunità di una decisione imprenditoriale[360] ed il rischio dell'*hindsight bias*[361].

Ed è pur evidente che, sgomberando dal terreno dell'indagine il merito della singola scelta, che altro non è se non una modulazione di uno dei possibili punti di equilibrio tra i fattori che incidono sull'attività societaria, se ne ricava una visione procedimentale della *rule*, per l'appunto volta a scandagliare il "come" si sia approdati ad una data determinazione.

Tuttavia l'idea che il processo informativo assurga ad esclusivo oggetto di valutazione giudiziale, consente di spostare il focus su talaltra opzione ermeneutica tesa a considerare la *bjr* alla stregua di una *rule of judicial review* rivolta ai giudici.

In tal modo essa impatta in via soltanto indiretta sul meccanismo di responsabilità gestoria, circoscrivendo lo scrutinio *ex post* delle decisioni, sino ad esser intesa ora come "*standard of non review*"[362], ora alla stregua di una "*abstention doctrine*"[363].

---

[357] Puntuale il rilievo di D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 2, p. 212.

[358] Si veda a tal proposito il *leading case Smith v. Van Gorkom*, in cui la Corte Suprema del Delaware pur applicando tale *standard of review*, ritenne responsabile il *board* per on aver adottato le opportune cautele informative.

In senso conforme *Cede Co. v. Technicolor*, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1994).

[359] *Louisiana World Exposition v. Federal Ins. Co*., 864 F.2d 1147, 1150 (5th Cir. 1989) («*the standard ... lies somewhere between simple negligence and willful misconduct or fraud with intent to deceive*»).

[360] S. BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford, 2008, p. 105 ss.; J. HINSEY, *Business Judgment and the American Law Institutes's Corporate Governance Project: The Rule, The Doctrine, and the Reality*, in *George Washington Law Rev.*, 1984, 52, p. 610.

[361] C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, cit., p. 10

[362] P. MATERA, F.M. SBARBARO, *Cleansing effect e standard di judicial review nella recente giurisprudenza statunitense*, in *Comp. dir. civ.*, 2017, p. 5.

[363] S. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention doctrine*, in *Vand. L. Rev.*, 2004, 1, p. 127, secondo il quale «*If the business judgment rule is treated as a standard of liability, rather than as an abstention doctrine, judicial intervention readily could become the norm rather than the exception*». Cosicché sposando una concezione "forte" della bjr nella linea interpretative dell'A. verrebbe meno la stessa funzionalità del *duty of care*.

A ben vedere, siffatte formulazioni riflettono l'orientamento ondivago delle corti statunitensi che nella risoluzione dei casi sottoposti al loro vaglio aderiscono ora all'una, talvolta all'altra impostazione.

Emblematica è la decisione *Shlensky v. Wrigley* in cui la *Court* sposando la teoria dell'*abstention doctrine* sostenne che non avrebbe riesaminato il merito delle decisioni degli amministratori, a meno che non fosse stata fornita la prova di "*fraud, illegality, or conflict of interest*"[364]. Di conseguenza poiché tali evidenze erano assenti nella azione proposta, la corte respinse la richiesta risarcitoria. È anzi significativo rilevare che ciò implicava riconoscere ampia cittadinanza ad una dottrina che impedisce *in toto* la valutazione giudiziale sul *breach of duty of care*.

Rispetto a tale ultima affermazione, il caso *Brehm v. Eisner* fornisce una spiegazione ancor più accurata. Anche qui la Corte Suprema del Delaware condivide la teorica della *abstention doctrine*, giacché rigetta l'azione proposta dal ricorrente con argomentazioni del tutto convincenti. Ad avviso della Corte difatti, non appare condivisibile la posizione del *plaintiff* secondo cui gli amministratori non sono tutelati dalla *business judgment rule* se viene dimostrata l'assenza di *substantive due care*. Di qui la scissione tra la diligenza per così dire sostanziale e la *process due care*, la sola a rilevare ai fini dell'applicazione della *bjr*[365].

Orbene se in questo annoso (e forse superfluo[366]) dibattito, all'interno del quale si inserisce peraltro la più recente teoria della *bjr* come *immunity doctrine*[367], la soluzione più convincente è da ravvisarsi nel secondo modello ermeneutico analizzato, occorre a tal punto sondare le condizioni applicative della regola, la cui sussistenza consente una agevole *dismissal* della *claim* proposta dinanzi alle corti già in fase di *pleading*.

Ebbene, l'operatività della regola si ancora al duplice presupposto della a) esistenza di una decisione effettuata "*upon an informed decision-making process*" e della b) assenza di interessi personali che abbiano indotto il *board* all'assunzione della decisione, che altro non sono che esemplificazioni rispettivamente del *duty of care* e del *duty of loyalty*. Il che comporta, sul piano probatorio, che sia il *plaintiff* che agisce in giudizio a dover fronteggiare una sorta di *probatio*

---

[364] *Shlensky v. Wrigley*, 95 Ill. App. 2D 173, 237 N.E. 2d, p. 776 (1968).

[365] *Brehm v. Eisner* 746 A 2d 247 (Del. 2000) in cui si evidenzia che «*as for the plaintiff's contention that the directors failed to exercise "substantive due care", we should note that such a concept is foreign to the business judgment rule. Courts do not measure, weigh, or quantify directors' judgments and do not even decide if they are reasonsable in the decision making context. Due care in the decision making context is process due care only*».

[366] Di questo convincimento è A. SCARLETT, *A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in the Shareholder Derivative Litigation*, in *Kans. Un. L. Rev.*, 2008, 57 p. 70. Ad avviso dell'A., medesimo è il risultato finale delle due interpretazioni, vale a dire la rinuncia delle corti alla *second-guessing*.

[367] In questi termini L. MCMILLAN, *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*, in *Will. & Mary Bus. L. Rev.*, 2013, 2, p. 521 ss.

diabolica, dovendo egli fornire la prova della violazione di un dovere fiduciario che soddisfi, peraltro, lo standard di *gross negligence*.

Di talché, una volta soddisfatti tali requisiti la *business judgment rule* neutralizza il sindacato delle corti seppur le scelte gestorie siano, sul piano della convenienza economica, "*foolish*" ovvero "*awful*"[368].

I rilievi operativi della *rule* in sostanza offrono una conferma della divergenza tra *standard of conduct* e *standard of review* tipizzante la dimensione societaria, di guisa che il primo esprime il paradigma che deve orientare l'azione degli amministratori, mentre lo *standard of review* integra il paradigma di riferimento su cui i giudici sono tenuti a fondare il giudizio di responsabilità gestoria.

Ma alla luce di tale ricostruzione verrebbe allora da chiedersi quale sia l'effettiva valenza del *duty of care* imposto al *board*, optando per la risposta secondo cui piuttosto che discorrere di un *legal duty*, sarebbe giocoforza necessario configurarlo alla stregua di una semplice raccomandazione[369] in favore degli amministratori.

Eppure una siffatta impostazione svuoterebbe di significato l'ampia rassegna di doveri posti a presidio dello svolgimento dell'attività gestoria dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

3. Il *legal transplant* della *business judgment rule* nel contesto tedesco

Queste preliminari osservazioni sulle ragioni di *policy* sottese alla *rule* e sui rilievi applicativi offerti dal formante giurisprudenziale, suggeriscono a tal punto di indagare le modalità di esportazione della *bjr* negli ordinamenti allogeni[370]. Si tratta di un profilo centrale in cui si condensano l'idea di un diritto che travalica gli orizzonti normativi[371] e il ruolo fondamentale del formante giurisprudenziale, soprattutto nei settori più dinamici dell'ordinamento.

È sin da subito significativo evidenziare che, seppur nella consapevolezza della peculiarità delle soluzioni coniate che non consentono una piena sovrapposizione con l'architettura tradizionale della *rule*, le formulazioni ad essa più affini si rinvengono nei modelli di *civil law*.

---

[368] Cfr. J. RHEE, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment*, in *Notre Dame L. Rev.,* 2013, 139, p. 1150.

[369] Già R.C. CLARK, *Corporate Law*, Boston, 1986, p. 124.

[370] Il fenomeno dei "trapianti giuridici" è assai noto. Si vedano, *ex multis*, M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, p. 98 ss.; G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *Modern Law Rev.*, 1998, p. 12; O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *ivi*, 1982; C. PINELLI, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2011, 2 p. 495; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 352 ss.; M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theor. Inq. in Law*, 2009, p. 724 ss.

[371] G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006, *passim*.

Invero, muovendo dalla prospettiva tedesca, la più copiosa rassegna giurisprudenziale in materia di responsabilità del *Vorstand* si è sviluppata a partire dalla celebre decisione *Arag v. Garmenback*[372], atteso che l'impianto normativo (disegnato dal § 43 *GmbHg* e dal § 93 *AktG*) era rimasto "quasi lettera morta"[373] sino a tale momento[374].

Il caso *Arag* costituisce difatti il *landmark case* con cui il *Bundersgerichtshof* (BGH) ha accordato operatività alla *business judgment rule* nell'ordinamento tedesco.

Nel caso *de quo*, i giudici nel valutare la congruenza dell'operazione posta in essere, riconoscono un ampio margine di discrezionalità in capo ai membri del *board*, rimarcando come il risultato *ex post* insoddisfacente di una scelta gestoria non integra di per sé un indice sintomatico di responsabilità.

A bene vedere, la *ratio* sottesa alla disciplina della *bjr* si rinviene anche nel modello tedesco nella necessità di neutralizzare i *Rückschaufehler*[375], anche noti come *hindsight bias*, vale a dire la tendenza a dedurre dall'insuccesso della decisione assunta l'assenza di una adeguata ponderazione dei rischi da essa derivanti[376].

Sotto questa luce la versione tedesca rispecchia *in toto* la formulazione della Suprema Corte del Delaware, in particolar modo laddove il BGH afferma che la responsabilità gestoria del *Vorstand* "*kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß*"

In altri termini, il *leading* case della corte tedesca disegna le *rationes* sottese all'operatività della *bjr*, ravvisandole per un verso nella difficoltà di esaminare *ex post* l'efficienza economica

---

[372] *ARAG/Garmenbeck*, BGHZ 135, 1997, 244 Su cui pregnanti le riflessioni di P. KINDLER, *Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung: Voraussetzungen und Geltendmachung der Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft*, in *ZHR* 101 (1998), 101 ss.

[373] L'espressione è di P. KINDLER, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. in Germania e in Italia*, in *Riv. soc.*, 2016, 2, p. 427.

[374] Sulle ragioni alla base della tardiva emersione della rule nel contesto tedesco si veda H. MERKT, *Rechtliche Grundlagen der Business Judgment Rule im internationalen Vergleich zwischen Divergenz und Konvergenz***,** in *ZGR*, 2017, 2, p. 129 ss**.**

[375] Puntuali le riflessioni di V.H. FLEISCHER, *Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung*, in *NJW*, 2009, p. 2338 ss.

[376] La trasversalità della nozione può essere esemplificata con le parole dell'economista M. HELLWIGIN, in DJT (a cura di), Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, E 35 "*Im Nachhinein ist man immer klüger. Daraus folgt nicht unbedingt, dass man im Vorhinein die falschen Entscheidungen getroffen hat. Der Umstand, dass ein Risiko schlecht ausgeht, ist noch kein Beleg dafür, dass dieses Risikonicht hätte eingegangen werden dürfen. Es liegt in der Natur der Sache, dass Risiken manchmal gut ausgehen und manchmal schlecht*".

di una decisione gestoria, per altro verso nell'incentivazione ad assumere rischi adeguati. Di qui la dimensione applicativa della *rule* si alimenta di taluni corollari imprescindibili. *In primis*, occorre che gli amministratori perseguano attraverso le proprie decisioni l'interesse sociale inteso in termini di redditività e competitività dell'impresa, cui si aggiungono la coordinata dell'assenza di conflitti di interessi (*Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse*) e il presupposto dell'agire sulla base di informazioni adeguate, decifrato come diligente valutazione degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda la scelta di impresa (*sorgfältige Ermittlung der tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgrundlagen*)[377].

Con riguardo ai cennati requisiti operativi, la rilevanza del modello tedesco si può inoltre cogliere nell'intervento codificatorio, in cui è culminata la proposta legislativa del 2001[378], che ha cristallizzato la *bjr* nel § 93, comma 2. Siffatta disposizione unisce la previsione del dovere di diligenza e del correlato *standard of care* (*die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften*) al recepimento della *bjr*, laddove dispone che non figura alcuna violazione di tale dovere se, in sede di assunzione di una decisione gestoria, il membro del consiglio di amministrazione ritiene ragionevolmente di agire sulla base di informazioni adeguate e nell'interesse della società.

Orbene, i presupposti applicativi della regola sanciti nel dato normativo sembrano convergere con i criteri della versione statunitense. Se si guarda alla *unternehmerischen Entscheidung*[379], essa altro non è che la *business decision* rispetto alla quale il *board* vanta il più ampio margine di discrezionalità.

Similmente, quando l'*Aktiengesetz* utilizza la locuzione "*vernünftigerweise annehmen durfte*", sembra richiamare il requisito della "*rational basis*"[380] che deve sorreggere la scelta assunta.

Ma alla corrispondenza sul piano della formulazione, fa seguito una indagine più analitica dei requisiti operativi.

Più segnatamente, occorre chiedersi se la ragionevole presunzione di agire in maniera informata esclude l'applicazione della *bjr* in presenza della sola grave negligenza o anche in caso di lieve negligenza degli amministratori?

---

[377] Cfr. P. KINDLER, op. cit., p. 435.

[378] Si veda *Ulmer*, ZHR (163) 1999, p. 297 ss.

[379] Il rinvio è alla relazione di accompagnamento al novellato § 93 *AktG* ove testualmente si afferma che le decisioni imprenditoriali «*häufig auch auf Instinkt, Erfahrung, Phantasie und einem Gefühl für die Märkte und die Reaktion der Abnehmer und Konkurrenten*».

[380] K.J. HOPT, A.M. FLECKNER, *Comparative Corporate Governance. A Functional and International Analysis,* Cambridge, 2013, p. 317.

Indubbiamente, se si assume come riferimento la disciplina generale di responsabilità del *Vorstand*, quest'ultimo è tenuto a rispondere dei pregiudizi causati intenzionalmente o per negligenza, grave o lieve che sia.

Di qui la risposta più immediata si rinviene nella necessità che l'amministratore abbia agito senza negligenza lieve per far sì che la sua decisione sia sottratta a forme di sindacato giudiziale.

Ma è anche vero che una soluzione interpretativa di tal specie non aggiunge un *quid pluris* rispetto all'impianto tradizionale di responsabilità.

Per tale considerazione si è pur sostenuta una opzione ermeneutica di segno contrario, tesa a valorizzare la formulazione del primo progetto di legge (*Referentenentwurf*) in cui si delineava un *agere* degli amministratori che non fosse connotato da grave negligenza.

D'altronde se l'essenza della *bjr* è la garanzia di *safe harbour* per le decisioni imprenditoriali adottate, la stessa sarebbe fortemente compromessa laddove si esponesse il *Vorstand* a dover rispondere anche per casi di negligenza più lieve.

Il che, tuttavia, non equivale a voler snaturare il regime generale di responsabilità dei membri del *Vorstand*, quanto piuttosto applicare lo standard della grave negligenza esclusivamente per valutare l'operatività o meno della *business judgment rule*.

Ciò posto, il *discrimen* tra le due versioni si può ben cogliere avendo riguardo alla disciplina dell'onere della prova.

Cosicché, nell'impostazione tedesca l'*onus probandi* resta a carico dell'amministratore evocato in giudizio, il quale dovrà dimostrare la sussistenza delle condizioni di cui al § 93, mentre in termini dissimili nello scenario statunitense si discorre della *bjr* ora come *shield* ora come *sword*. Di talché, la *bjr* viene a configurarsi in primo luogo come scudo (*shield*) per gli amministratori in quanto la *presumption* del corretto operato gestorio comporta la collocazione dell'onere della prova in capo al *plaintiff*. In seconda battuta, tuttavia, la medesima *bjr* può venire ad assumere la connotazione di *sword* in favore degli *shareholders*, allorquando essi abbiano neutralizzato la *presumption* mediante la prova positiva dell'insussistenza dei requisiti applicativi della *bjr*[381].

Di qui, la regola (che forse regola non è)[382] assume una ontologia del tutto distinta dalla *presumption* che tutela i *directors* nel contesto giuridico del Delaware, venendosi a svalutare la

[381] B. MANNING, *The Business Judgment Rule in Overview*, in *Ohio State L. Jou*., 1984, p. 616.

[382] La provocazione è di D.M. BRANSON, *The Rule That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, in *Val. U. L. Rev.*, 2002, 36, p. 631 ss.

stessa funzione di "*sicherer Ha- fen*"[383] che trova nel meccanismo presuntivo una delle sue più chiare esemplificazioni.

Quest'ultima considerazione suggerisce, allora, di rimeditare il ruolo della *bjr* in seno all'ordinamento tedesco, ponendo in crisi la tesi tradizionale che vedeva nella regola un privilegio di (ir)responsabilità del membro del *Vorstand*.

Segnatamente, figurano tre diverse linee ricostruttive dalle quali ricavare se e quale sia l'influenza della *bjr* sullo standard legale di responsabilità[384].

Si è, in primo luogo, reputato che fosse ravvisabile la peculiarità della *bjr* nella scissione tra standard di cui al § 93 (1), frase 1 e standard affievolito di diligenza ai sensi del § 93 (2).

Di segno parzialmente distinto appare invece la dottrina che individua nella regola una serie di requisiti ulteriori che, tuttavia, non incidono sullo standard generale ed unico di diligenza. Infine vi è chi ritiene che essa svolga una funzione di concretizzazione dello *Sorgfaltsmaßstabs*, stabilendo criteri che rilevano esclusivamente per l'adozione delle ben note *unternehmerische Entscheidungen* (decisioni imprenditoriali).

A ben vedere aderire all'una piuttosto che all'altra soluzione ermeneutica comporta conseguenze rilevanti sul piano dogmatico, in primo luogo per il diritto della responsabilità civile.

Il ragionamento si può così riassumere.

Se si condivide la logica che si cela dietro il primo orientamento secondo cui la *bjr* costituisce quel privilegio di responsabilità cui si accompagna uno standard di diligenza per così dire attenuato, allora ogni sua violazione dovrebbe logicamente integrare una violazione che dà luogo a responsabilità[385].

Ugualmente a dirsi se la regola viene interpretata come concretizzazione dello standard di diligenza.

Viceversa se si conviene con l'idea di un *safe harbour* distinto dallo standard generale di diligenza, si sostiene che la condotta andrebbe ad ogni modo vagliata sulla base del parametro generale di cui al § 93(1) frase 1 *AktG*.

Giungere alla soluzione più idonea, che come si vedrà pare convergere con quanto si ricava dalla corretta interpretazione nel modello italiano della *bjr* e del parametro di diligenza, richiede

---

[383] Cfr. G. BACHMANN, *Editorial Reformbedarf bei der Business Judgement [sic] Rule?*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2013, p. 7.

[384] Su cui sin da ora si rinvia a P. SCHOLZ, *Haftungsprivileg, safe harbor oder verbindliche Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs?*, in *AG*, 2018, pp. 173-185.

[385] Emblematiche ancora una volta le riflessioni di P. SCHOLZ, *Haftungsprivileg, safe harbor oder verbindliche Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs?*, cit., p. 173 ss.

allora di confrontare lo standard postulato dal § 93(2) frase 1 con i requisiti di cui al § 93(1) frase 1.

Ebbene rispetto alla diligenza che si ricava dalla seconda disposizione è evidente che anche nel modello azionario tedesco essa sia costruita nei termini di una clausola generale. Non v'è difatti alcuna specificazione delle modalità d'azione del *Vorstand*, se non il richiamo alla diligenza dovuta da un amministratore prudente e coscienzioso.

Pertanto, si potrebbe astrattamente ipotizzare una discrasia tra i due "modelli" di diligenza soltanto laddove si accedesse all'idea di uno standard più rigido riferibile al § 93 (1), complice eventualmente l'attività interpretativa delle corti che sia in grado di piegare oltremodo la flessibile clausola generale, fornendo una applicazione concreta che sia difforme dal parametro che cristallizza la *bjr*.

Tuttavia, un siffatto procedere omette di considerare che la nozione di diligenza è pur sempre unitaria nella dimensione della responsabilità gestoria. *In primis* perché similmente al § 93 (1), nel § 93 (2) l'*AktG* non ricollega la responsabilità al risultato economico dell'operato gestorio. *In secundis* in quanto l'enfasi posta sul divieto di agire in conflitto di interessi, quale momento qualificante la *bjr*, non appare una assoluta novità, risultando già ricompreso nello standard generale di diligenza.

Ragion per cui neanche può presumersi che lo standard di cui alla frase 1 preveda per le decisioni imprenditoriali un controllo più invasivo.

Se quanto precede corrisponde al vero, ragionando *a contrario* può anche confutarsi l'idea che i requisiti procedurali dettati per la *bjr* realizzino un irrigidimento della diligenza richiesta agli amministratori, in quanto per l'appunto si tratta di presupposti che rientrano, seppur implicitamente, nel dettato di cui alla frase 1 del § 93.

Anzi proprio sul punto, è agevolmente registrabile una convergenza rispetto al ruolo svolto dalla diligenza nella prospettiva italiana: difatti, i requisiti procedurali e informativi orientano il processo deliberativo dell'organo gestorio assurgendo a componente ineludibile del parametro di diligenza sia nella sfera dell'art. 2392 c.c. che nel dettato del § 93.

A parere di chi scrive, sembra che questa sia la chiava risolutiva più idonea a comprendere la motivazione per cui il merito della scelta (non agevolmente preventivabile *ex ante*) sia sottratto al controllo giudiziale, mentre può sindacarsi la diligenza (come momento informativo e propedeutico all'adozione della decisione): siffatta traiettoria definita come "*prozedurale Ausrichtung*"[386], restringe il focus sugli standard procedurali minimi caratterizzanti il processo

[386] In questi termini S. AUGSCHILL, *"Safe harbor"-Regelungen. Methodische Grundzüge eines neuartigen Regelungsmusters im deutschen und europäischen Wirtschafts- und Unternehmensrecht*, Berlin, 2016, p. 41.

decisionale che, se correttamente osservati, preludono ad una decisione razionale e quindi presumibilmente anche corretta dal punto di vista aziendale.

Sicché può trarsi che la versione tedesca della *business judgment rule* attribuisce preminenza alla fase "preparatoria", vuoi perché in termini di merito della scelta risulta inverosimile prescrivere un contenuto universalmente valido, vuoi perché, di conseguenza, il sindacato giudiziale risulta inevitabilmente relegato alla valutazione sull'adozione delle opportune cautele preventive ed informative da parte degli amministratori.

Allora, sulla base del quadro appena tratteggiato, si può concludere che l'iniziale assonanza tra la formulazione statunitense e quella tedesca, può revocarsi in dubbio. Discorrere della *bjr* come *safe harbour*, implicherebbe riconoscere una frammentazione dello standard di diligenza, che tuttavia si è dimostrato essere assente nello scenario tedesco.

4. Il modello italiano: la *reductio ad unitatem* con il parametro di diligenza e l'argine a derive di responsabilità oggettiva

L'analisi preliminare della declinazione della *rule* nell'ordinamento tedesco agevola a tal punto la comparazione con la "*Bjr* all'italiana".

Si è visto che in Germania l'odierno assetto del § 93 ha destato non poche perplessità, soprattutto alla luce delle distonie normative che si ricavano dal raffronto con la corrispondente disciplina del BGB in punto di generale responsabilità del debitore. Criticità che si sono inevitabilmente riflesse sulla portata della *rule*, tanto da suscitare la necessità di una riforma normativa del § 93, prontamente ritenuta superflua da coloro i quali enfatizzano i privilegi insiti nella vigente formulazione[387].

Ebbene seguendo l'inversa traiettoria, l'analisi della portata della *bjr* assume quale punto di partenza le riflessioni compiute con riguardo al ruolo della diligenza nella disciplina di responsabilità gestoria.

A ben vedere, se la diligenza stabilisce il "come" adottare decisioni imprenditoriali, parimenti l'operatività della regola investe gli esclusivi profili informativi.

Di talché, la presenza di diligenza nel contegno dell'amministratore attiva uno dei tasselli che definiscono la *bjr* proprio in quanto, essendo la diligenza misura del comportamento e non già comportamento essa stessa, non si discute del merito (contenuto) della scelta gestoria.

Ma ragionando *a contrario*, la stessa *bjr* in realtà oblitera la nozione di diligenza in vesta di statico parametro oggettivo per approdare, seppur nel rispetto di un'unitaria regola di diligenza

[387] Si vedano le riflessioni di G. BACHMANN, *Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?*, cit., p. 1 ss.

e quindi di un'unitaria regola di responsabilità del debitore, ad una declinazione della stessa in termini di razionalità dell'attività gestoria. Il che vale ulteriormente a delimitare la specialità dell'obbligazione degli amministratori rispetto ad un ordinario *facere* professionale.

Difatti, se il legislatore come acutamente osservato si preoccupa non tanto "di ciò che fa l'amministratore", quanto di come perviene all'adozione di una data scelta è evidente che la diligenza misura del comportamento ottiene riempimento contenutistico con la valutazione del procedimento informativo e delle cautele opportunamente adottate. In tal modo, si rinviene una felice sovrapposizione tra la *bjr* e la regola di diligenza stavolta sì finalmente ricostruita in senso unitario come regola oggettiva di non-irrazionalità, cui d'altronde fa implicito riferimento la formulazione di nuovo conio dell'art. 2392 nelle due componenti della natura dell'incarico e delle specifiche competenze[388].

Tale approdo interpretativo non esaurisce però la portata del precetto.

Similmente alla versioni statunitense e tedesca, la *bjr* viene anzitutto declinata come il più affidabile correttivo al pericolo di uno smisurato controllo dei giudici sulle decisioni gestorie[389]. Esigenza, questa, indispensabile per evitare che gli amministratori si trasformino in "cautissimi burocrati"[390], assumendo posizioni eccessivamente avverse al rischio.

Ma è ancor più significativo rilevare come a fronte della apparente esiguità strutturale, la *bjr* ha costituito oggetto di un fermentato dibattito dottrinale[391] le cui coordinate di rilievo si sono in una certa misura trasposte nell'itinerario giurisprudenziale. A tal proposito non si può sottacere come nel *case law* si sia condensato un atteggiamento delle corti a tratti contradditorio, basato per un verso sulla comprensione dei rischi insiti in un eccessivo sindacato giudiziale, per altro verso sulla propensione ad eccedere nella prassi i limiti di siffatto sindacato[392].

---

[388] Siffatta ricostruzione è condivisa da E. BARCELLONA, op. cit., p. 5 ss.

[389] L'ingresso della *bjr* nel panorama scientifico italiano trova una delle coordinate di rilievo nel pensiero di M.A. EISENBERG, *Obblighi e funzioni degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, 1, p. 617 ss.

[390] In questi termini F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 92.

[391] In senso favorevole all'applicazione della *bjr* già prima della riforma A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata, Firenze*, 1982, p. 242 ss., secondo cui «il merito della gestione riguarda quell'insieme di comportamenti, la scelta fra i quali rientra nel rischio di impresa, e che tutti insieme rappresentano l'area dei possibili comportamenti diligenti». Di segno contrario R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 188, che sottolinea come «la verifica del comportamento degli amministratori non può prescindere da un riesame nel merito delle scelte concretamente effettuate» giacché «la valutazione della diligenza non può, infatti, essere effettuata in astratto, ma deve essere in certo senso "storicizzata" e misurata sulle circostanze che hanno accompagnato la scelta amministrativa, le condizioni che hanno contribuito a determinarla, le informazioni e gli strumenti di valutazione disponibili da parte degli amministratori».

[392] Tendenza rilevata da F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1985, p. 179; Trib. Parma, 3 novembre 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 1, p. 220 ss. con nota di A. CONFORTI, *Limiti all'accertamento della violazione del dovere di diligenza: sono veramente insindacabili le scelte gestionali degli amministratori?*; A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, cit., p. 222.

Difatti, seppur tale insindacabilità costituisce principio da tempo recepito anche dal formante giurisprudenziale[393], ci si è inizialmente avveduti dal ritenerla in funzione di limitare il perimetro di cognizione dei giudici, optando piuttosto per una qualificazione della *rule* in termini di tecnica di giudizio per valutare il parametro di diligenza richiesto agli amministratori[394].

Orbene, il punto focale che qui rileva è rappresentato dalla zona grigia che si innesta tra due aree ben delineate: se pacifica è l'assenza di declaratoria di responsabilità civile degli amministratori a seguito dell'insuccesso delle proprie decisioni imprenditoriali ed ugualmente consolidata è l'dea che essi rispondono delle scelte assolutamente irrazionali[395] che abbiano adottato, maggiori perplessità destano talune scelte semplicemente irragionevoli[396] (e non irrazionali) dalle quali sia derivato un danno per la società.

L'indirizzo giurisprudenziale più risalente formatosi sul punto, invero, escludeva la possibilità per i giudici di far ricorso a criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, finendo per collocare le scelte irragionevoli e quindi inopportune, nel *safe harbour* della *business judgment rule*.

Per converso, le difficoltà insite nella sistemazione di queste ambigue decisioni si condensano nella successiva sentenza di merito del Tribunale di Milano nel caso "La Centrale", convenzionalmente definito come *leading case* italiano in materia *bjr*[397].

La contraddittorietà della pronuncia si rinviene nel riconoscimento della insindacabilità *ex post* della "discrezionalità ispiratrice della azione gestionale sotto i profili della sua opportunità e convenienza", e della contestuale possibilità di "storicizzare" il giudizio sulle decisioni

---

[393] In questo senso la giurisprudenza è sterminata. A titolo esemplificativo Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707; Cass. civ., sez. I, 17 settembre 1997, n. 9252.

[394] Cfr. M. SESTIERI, *La Business Judgment Rule nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 2 p. 254.

[395] Così P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, Giappichelli, 2017, 247 ss; chiaro altresì il commento a Trib. Milano, 14 gennaio 2010, di M. BODELLINI, *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori*, in *Giur. comm.,* 2011, 2 p. 1192 ss.:«a questo proposito, deve sottolinearsi che le scelte discrezionali degli amministratori di società per azioni non sono sindacabili in sede giudiziaria, a meno che fossero a priori palesemente errate. In altre parole, non vi sono dubbi circa il fatto che il giudice non possa sostituirsi agli amministratori entrando nel merito delle scelte compiute da questi ultimi. Si tratta di un principio pacifico tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, infatti, la responsabilità degli amministratori presuppone la violazione dei doveri loro imposti o l'inadempimento degli obblighi su di essi gravanti, mentre non è configurabile in presenza di un mero errore gestionale».

[396] In proposito evidenzia D. CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, 6, p. 957, come «valutare se un atto di gestione sia o meno ragionevole, costituisce certamente un compito arduo e rischioso in quanto il giudice, seppure sulla base di un giudizio *ex ante*, dovrà comunque compiere una analisi del merito al fine di censurare quegli atti e quelle scelte gestionali che, quantomeno all'epoca del loro compimento, apparivano del tutto irrazionali ed illogici».

[397] Cfr. Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 190, 2, p. 129, con nota di A. ARRIGONI, *La responsabilità sociale degli amministratori tra regole e principi*.

imprenditoriali, giacché l'*agere* gestorio dovrebbe ad ogni modo essere conformato a coefficienti di diligenza e ragionevolezza[398].

Chiaro era che abilitando la valutazione sulla ragionevolezza, inevitabilmente si sfociava in forme di sindacato sulla opportunità (convenienza) stessa della decisione adottata sul piano economico[399].

Senonché, al fine di temprare tale impostazione e captare efficaci criteri interpretativi, emblematico è il dato offerto dallo scenario statunitense. Ci si avvede in particolare nel § 4.01 (c) dei *Principles of Corporate Governance* elaborati dall'*American Law Institute*, dall'accomunare sul piano semantico i concetti di "*rational*" e "*reasonsable*"[400]. Ma se è indubbio che il principio di ragionevolezza assurga ad efficace coordinata di indagine del fenomeno societario[401], oltre che dello *ius civile* nel suo complesso[402], è altrettanto doveroso rimarcare come la *bjr* trovi come unico limite alla sua applicazione le scelte che siano irrazionali, non già irragionevoli[403]. Diversamente opinando, si abiliterebbe un controllo certamente più intrusivo dei giudici che trae *ratio* giustificativa dalla stessa dimensione del principio di ragionevolezza indissolubilmente legato a giudizi di valore.

Questa semplice notazione è sufficiente a far comprendere il limite del segnalato indirizzo interpretativo che postulava la salvaguardia della discrezionalità, per poi disconoscerla nella sostanza; indirizzo che anche più di recente sembra risorgere nella giurisprudenza di legittimità, allorquando si sostiene che in "l'insindacabilità del merito delle scelte di gestione trova un

---

[398] Nuovamente Trib. Milano, cit., p.133.

[399] Consapevoli di questa deriva sono A. ARRIGONI, op. cit., p. 151; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Milano, 2008, p. 79. Pregnante il commento critico alla citata pronuncia del giudice milanese da parte di F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit. p. 74 ss.; secondo l'A. la decisione si concreta in «una penetrante indagine di merito» culminata nella declaratoria di responsabilità per scelte di gestione irragionevoli.

[400] R. ALEXY, *The Reasonableness of Law,* in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (a cura di), *Reasonableness and Law*, London-New York, 2009, pp. 5-7.

[401] Sulla polivalenza del concetto inteso come criterio di giudizio, criterio di interpretazione, fonte di integrazione del contratto, criterio di salvaguardia dell'equilibrio contrattuale, criterio di imputazione e regola di comportamento, A. NIGRO, "*Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, p. 457 ss. Per un risvolto applicativo, F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1163 ss.

[402] La letteratura sul tema è assai nutrita. Si vedano G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, ove i principi in parola sono analizzati nelle diverse branche del diritto, a conferma dell'unitarietà del sistema ordinamentale italoeuropeo, delle sue radici storiche e culturali che contemplano i medesimi principi normativi di riferimento. Per la rilevanza del principio in chiave costituzionale ancora G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, 2014, 4, p. 1287 ss. Ricollega invece la ragionevolezza nei rapporti privati all'equità L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2011, p. 101 ss.; S. TROIANO, voce *Ragionevolezza* (dir. priv.), in *Enc. Giur.*, Annali, VI, Milano, 2013, p. 763 ss.

[403] Cfr. A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, cit., p. 238.

limite nella ragionevolezza delle stesse da compiersi "*ex ante*" alla luce "della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere"[404].

Assai significativo per una modulazione equilibrata del problema è il successivo orientamento della giurisprudenza di legittimità[405].

Chiamata ad affrontare il problema, la Cassazione non esitò ad affermare che la fase cruciale che rileva ai fini della valutazione della responsabilità degli amministratori, non è tanto quella deliberativa, quanto piuttosto l'*iter* decisionale prodromico all'assunzione della scelta (di merito).

La presa d'atto che nell'ambito dell'assunzione della scelta gestoria il focus si restringe sul *decision making process*, troverà poi pacifica conferma nel novellato impianto normativo a seguito della riforma del diritto societario.

Ed ecco che torna nuovamente d'ausilio il paradigma interpretativo della diligenza come non-irrazionalità in riferimento al procedimento conoscitivo[406] posto in essere per addivenire ad una certa scelta gestoria. Il che pare essere la soluzione più convincente anche alla luce della circostanza costantemente ribadita dalla giurisprudenza di merito secondo cui il risultato complessivo della gestione può derivare da fattori non necessariamente riferibili alla azione degli amministratori né da essi controllabili: si pensi alla posizione del Collegio meneghino che ha nuovamente confermato l'irresponsabilità degli amministratori "in difetto di elementi che mettano in dubbio la correttezza del procedimento seguito per pervenire alla decisione assunta, anche se questa *ex post* si è rivelata dannosa per la società, salvo che si dimostri l'assoluta ed evidente *ex ante* irrazionalità economica della scelta effettuata"[407].

---

[404] Cass. Civ., sez. I, 24 gennaio 2023, n. 2172 consultabile su Dejure.

[405] Tra le più recenti pronunce di legittimità che si inquadrano nel menzionato filone si vedano Cass. civ., 15 settembre 2021, n. 20252, in *Dirittobancario.it*, con nota di A. GALLEANO, *Limiti all'insindacabilità del merito delle scelte gestorie degli amministratori*; Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 4 Marzo 2020, in *Giur.it.*, 2021, 7, p. 1677 con nota di F. GATTI, *Responsabilità gestoria e business judgment rule*; Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19742, su *DeJure*.

[406] Emblematica in tal senso Cass. civ., Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783, in *Riv. soc.*, 2015 p. 1317 ss., con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*. La statuizione della corte, più che condivisibile, recita: «il giudizio sulla sussistenza, in relazione ad una determinata operazione, di una violazione da parte dell'amministratore della clausola generale di agire con diligenza non può mai investire le scelte di gestione, ma solo la diligenza mostrata dall'amministratore nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere: quel giudizio quindi si sostanzia nella verifica sulla eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanza e con quelle modalità».

[407] Trib. Milano, 8 gennaio 2021, consultabile su *giurisprudenzadelleimprese.it*.

Viceversa, laddove si consentisse una indebita estensione del perimetro del sindacato giudiziale, si giungerebbe a desumere dall'insuccesso economico della decisione l'inadempimento degli amministratori, prestando il fianco a forme di responsabilità oggettiva[408].

In definitiva se si considera il concetto di diligenza nelle linee interpretative di cui *supra*, la *business judgment rule* non soltanto risulterebbe perfettamente aderente allo stesso, ma in una certa misura appare implicitamente "normativizzata"[409].

Ne sono d'altronde conferma le disposizioni a presidio della garanzia a che gli amministratori esercitino l'attività gestoria in coerenza con il fine per cui lo stesso è attribuito e più precisamente la rinvigorita cornice dei doveri di indipendenza e di imparzialità cui si associa una puntuale "scansione" dell'iter informativo che conduce all'adozione della decisione in caso di conflitto di interesse di cui all'art. 2391 c.c.[410].

Sicché i principi di trasparenza e correttezza che implicano l'obbligo da parte dei gestori di dar notizia dell'esistenza di un qualsiasi interesse potenzialmente in conflitto, oltre a rispondere alla *ratio* di assicurare che il giudizio finale sull'entità del conflitto non sia lasciato nella sfera esclusiva del soggetto interessato[411], altro non sono che una concretizzazione del processo informativo che deve sorreggere la determinazione finale.

Sotto questo profilo, ci sembra allora che la progressiva procedimentalizzazione[412] della funzione gestoria consenta di tracciare il *discrimen* rispetto all'impostazione statunitense, ove, seppur nella eterogeneità delle impostazioni ermeneutiche segnalate, particolare enfasi è attribuita alla dicotomia *standard of conduct* e *standard of review*.

Viceversa tale scissione non è tratto tipizzante del modello italiano di *Bjr* in cui il parametro di valutazione è riferibile esclusivamente alla diligenza così come enucleata dall'art. 2392 c.c. e quindi con richiamo all'art. 1176, comma 2 c.c.

---

[408] Si veda D. CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, cit., p. 960.
[409] Cfr. M. SESTIERI, *La Business Judgment Rule nel diritto penale fallimentare*, cit., p. 263. Sul punto occorre peraltro precisare che a fronte di chi reputa codificata a tutti gli effetti la *bjr* nell'ordinamento italiano a seguito dell'introduzione del dovere di agire in modo informato (es. I. KUTUFÀ, A*deguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber Amicorum *Antonio Piras,* Torino, 2010,p. 727), in questa sede si intende aderire all'idea sostenuta da A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, cit., p. 241, per cui il legislatore della riforma non abbia consacrato in termini espliciti la *bjr*, avendo piuttosto dettato un chiaro fondamento normativo a detta regola.
[410] Si veda G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014, p. 17 ss.
[411] Cfr. A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. e gli strumenti da esonero da responsabilità*, cit., p. 9.
[412] In tal senso già B. LIBONATI, *L'impresa e le società*, Milano, 2004, p. 264 ss.; G. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011, p. 197.

Sicché quando si discute delle modalità di formazione di una decisione si valuta nella sostanza l'effettiva applicazione del criterio di diligenza.

È pur vero che un siffatto procedere rischierebbe *prima facie* di scandagliare il mero momento informativo, la cui correttezza fungerebbe da *passepartout* all'adozione di scelte irrazionali nel merito. Ma è chiaro che nei casi di decisioni irrazionali, assunte nonostante un adeguato processo informativo, il discostamento dal modello di condotta *ex* art. 2392 c.c. risulta in maniera ancor più lampante, con l'inevitabile conseguenza per cui l'amministratore che abbia eseguito tutte le verifiche necessarie e si sia servito finanche di pareri di consulenti esterni per poi assumere una decisione del tutto slegata dal corredo informativo, nonché pregiudizievole per la società, sarà doppiamente responsabile sia per il danno arrecato che per gli inutili costi dell'informazione[413].

5. *Business Judgment Rule* e adeguatezza degli assetti organizzativi

Giunti a tal punto, occorre valutare i limiti imposti dalla *business judgment rule* rispetto al sindacato del giudice sull'inosservanza da parte degli amministratori dell'obbligo di predisposizione di assetti adeguati.

Si è visto che il rispetto dei principi di corretta amministrazione involge il profilo dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile che, ai sensi degli artt. ai sensi degli artt. 2381 e 2086 c.c., deve essere correlato "alla natura e alle dimensioni dell'impresa", "anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale". Oltre alla valorizzazione di tale paradigma come criterio generale di condotta che deve orientare l'attività degli organi societari, alla stregua di un vero e proprio principio dell'ordinamento giuridico societario, si è affinata l'analisi con riguardo alle recenti modifiche apportate dal Codice della crisi e dell'insolvenza e alla rilevante variazione dell'art. 2086 c.c.

Ebbene, in questo *background* di riferimento, particolarmente delicato è il tema dell'operatività della *bjr*.

A sostegno della sua inapplicabilità si pone di base la differenza sostanziale intercorrente tra *risk taking e risk management:* mentre risultano insindacabili le scelte attinenti all'assunzione ed alla gestione del rischio, diversamente, non lo sono le decisioni relative alla struttura che il

[413] Trova conforto questa soluzione interpretativa nel dato giurisprudenziale più recente. Si veda Trib. Milano, 19 luglio 2022, secondo cui «l'adempimento della "regola procedurale" non ha effetti totalmente scriminanti – ben potendo l'amministratore proceduralmente diligente compiere poi scelte del tutto arbitrarie – e, per converso, il suo inadempimento non essendo di per sé foriero di responsabilità, quando, pur disinformato, l'amministratore non abbia compiuto una scelta gestoria irrazionale o arbitraria».

sistema deve assumere per essere adeguato alla prevenzione di scelte illegittime o irrazionali, attinenti a un momento di mera organizzazione della società. Inoltre, l'operatività della *Bjr* può riconoscersi solo rispetto a scelte imprenditoriali discrezionali; non, dunque, rispetto a decisioni imposte da norme giuridicamente impegnative. Di conseguenza, poiché la predisposizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili integra un dovere espressamente previsto dalla legge, gli amministratori sono vincolati alla predisposizione di strumenti e modalità efficienti[414].

La *bjr* sarebbe, per ciò solo, inopponibile nell'ipotesi di assetti mancanti[415]: la scelta degli amministratori di non dotare affatto la società di assetti organizzativi, amministrativi e contabili si pone, infatti, in diretto contrasto con uno specifico obbligo di condotta - quale è quello sancito dall'art. 2381, comma 5, c. c.- imposto dalla legge. Diverso risulta il caso di assetti che, seppur predisposti, si siano rivelati inadeguati. La semplice strutturazione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili non può di per sé escludere la responsabilità degli amministratori.

Lo si evince dallo stesso disposto dell'art. 2381, comma 5, c. c., che ha specificato la necessità che tali assetti siano adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Pertanto, la soluzione deve essere ricercata sul piano della correttezza del percorso decisionale seguito dagli amministratori nella predisposizione degli assetti. Segnatamente, l'imputazione della responsabilità dipenderà dalla verifica della conformità o meno della condotta gestoria, rispetto al parametro di diligenza[416]. Allorquando, invece, la decisione sia stata assunta nel rispetto dei canoni che devono orientare il processo decisionale dell'organo amministrativo, potrebbe risultare opponibile il limite della *bjr*.

Il dovere gravante sugli amministratori è, dunque, soddisfatto quando le decisioni organizzative risultino razionali e corroborate da una diligente valutazione dei rischi, dei costi e dei benefici rapportati alla natura e alle dimensioni dell'impresa[417]. Inoltre, posto che non appare così netta

---

[414] C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* business judgment rule, cit., p. 651 ss.

[415] *Ex multis*, v. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., p. 85 ss.; M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 739.

[416] I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., p. 725 s.

[417] Per V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla* corporate governance *e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *BIS,* 2015, p. 34, «affermare che le scelte organizzative dirette a tradurre il principio di adeguatezza non rientrano nella discrezionalità gestionale significa ritenere che esse debbano essere necessariamente conformi ad un astratto modello ritenuto ottimale, senza tenere conto che la definizione di strutture organizzative, di risorse e di procedure in cui tradurre il principio di adeguatezza presenta notevoli margini di opinabilità e non può sottrarsi ad una valutazione di costi e benefici che rientra nella discrezionalità imprenditoriale e che incontra un limite solo nell'adozione di procedure valutative carenti o di misure evidentemente inidonee o nella manifesta irrazionalità delle scelte rispetto alle *best practices* dei competitors di analoghe dimensioni».

la distinzione fra "atti di gestione" ed "atti di organizzazione", dal momento che l'organizzazione è essa stessa un momento non secondario della gestione, è possibile dedurre una responsabilità degli amministratori per violazione del *duty to monitor* (consistente nell'obbligo di predisporre assetti di controllo adeguato) solo allorquando non risulti essere stato predisposto alcuno strumento di controllo e qualora gli amministratori abbiano agito in malafede[418].

Invero, la soluzione delineata necessita di una ulteriore chiarificazione in merito allo spazio applicativo della *bjr* rispetto alla formulazione di nuovo conio dell'art. 2086 c.c., posto che, almeno *prima facie*, sembrerebbe esser notevolmente ridotto.

L'operatività della *bjr*, come detto, è connessa all'incertezza e al rischio che tipicamente connotano lo svolgimento dell'attività degli amministratori, sicché pare opportuno sottrarre quest'ultima al sindacato giurisdizionale, sempre che sussista la conformità delle misure adottate rispetto alle prescrizioni della legge e dello statuto e la coerenza logica rispetto alle informazioni ottenute. In quest'ottica, pertanto, la discrezionalità dell'azione amministrativa, in relazione alla prevenzione e alla reazione alla crisi, risulta inevitabilmente compressa dalla necessità di rispettare le prescrizioni *ex* art. 2086 c. c., nonché di adottare gli ulteriori strumenti di allerta introdotti dal Codice della crisi d'impresa.

Il legislatore, lo si è visto, sembra dunque aver introdotto un nuovo titolo di responsabilità degli amministratori, che si configura in via autonoma e funzionalizzata verso la costituzione di un idoneo apparato di *early warning*. In sostanza, il richiamo all'adeguatezza degli assetti operato nell'art. 2086 c.c. presterebbe il fianco a un controllo sulla ragionevolezza della struttura organizzativa adottata dalla società[419]. In particolare, seguendo il nuovo schema normativo, al crescere delle dimensioni e della complessità dell'impresa, la predisposizione di assetti adeguati potrebbe arrivare ad essere del tutto sottratta alla *bjr*.

Per certo, quest'ultima soluzione interpretativa valorizza l'autonoma previsione del dovere di curare l'adeguatezza degli assetti, sicché la sua eventuale violazione integra inadempimento che, se causalmente collegato al pregiudizio arrecato, espone l'organo gestorio a responsabilità. Inoltre, essa si pone in sintonia con le osservazioni avanzate da coloro i quali reputano in corso di transizione il passaggio verso un modello di responsabilità incentrato sulla valutazione delle modalità in cui *ab origine* l'impresa è stata strutturata[420].

---

[418] E. PEDERSOLI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni bancarie,* Milano, 2018, p. 237 ss.
[419] L. BENEDETTI*, L'applicabilità della* Business Judgment Rule *alle decisioni degli amministratori*, cit., p. 413 ss.
[420] R. RORDORF, *Introduzione*, cit., p. 5.

Ma è pur vero che il concetto di adeguatezza degli assetti assume una connotazione intrinsecamente relativa ed è perciò inevitabile che il giudizio su di essa sia variabilmente condizionato da una pluralità di fattori e circostanze peculiari che caratterizzano il singolo caso concreto[421].

Ora, se è innegabile che una siffatta configurazione reca con sé il pericolo di una eccessiva proceduralizzazione[422] in risposta all'indeterminatezza della prescrizione normativa, occorre delineare il panorama ricostruttivo alla luce delle indicazioni provenienti dal dato giurisprudenziale.

Ebbene le più recenti pronunce relative ad ipotesi di responsabilità per disfunzione degli assetti interni hanno risolto in termini affermativi la *quaestio* della operatività della *rule* rispetto alle scelte organizzative[423] che rientrano ad ogni modo nel più generale ambito della gestione sociale.

Ed è anzi significativo che, ad avviso del giudice di merito, non soltanto è impropria la qualificazione dell'obbligo organizzativo in termini obbligo a contenuto specifico[424], ma è altresì innegabile alla luce dell'intrinseca dinamicità dell'attività di impresa, che l'organo gestorio goda della più ampia discrezionalità in merito alle modalità di adempimento venendo queste ultime ad essere incluse tra le decisioni strategiche.

---

[421] Depone in questo senso Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, 6 p. 1373, con nota di S. FORTUNATO, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, ove testualmente, «il concetto di adeguatezza implica la strutturazione di un'organizzazione interna che sia in grado di "adeguarsi" all'andamento dell'attività di impresa e, quindi, alle variazioni del rischio gestionale che questo comporta», da cui consegue «una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori, in merito al livello di organizzazione da raggiungere: discrezionalità che dovrà essere orientata sulla base dei parametri quantitativi della natura e della dimensione dell'impresa».

[422] R. RORDORF, op. ult. cit., p. 7

[423] Trib. Roma, 8 aprile 2020, in https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp, estratto dal n. 11, 2020. In senso pressochè conforme Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Riv. dir. soc.*, 2021, p. 279 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Applicabilità della business judgment rule alle scelte in materia di assetti societari adeguati*. Particolarmente efficace rispetto all'illustrazione della tematica è il passaggio in cui il giudice di merito individua le argomentazioni che depongono a favore dell'applicazione della *bjr*: *in primis* «la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale»; inoltre «la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere»; infine l'ordinanza giunge a sostenere che «la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale, non sia *ab origine* connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico».

[424] Di opinione contraria e quindi nel senso che la discrezionalità amministrativa non involge tale dovere, R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 669; P. MONTALENTI, *Doveri degli amministratori degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in ID. (a cura di), *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 285 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, p. 309 ss.

In definitiva, sul presupposto che le disposizioni introdotte in materia di assetti organizzativi abbiano una ridimensionata portata innovativa, la *bjr* troverà campo di applicazione anche con riguardo a tale tipologia di scelte[425].

Segnatamente, è esclusa l'emersione di responsabilità allorquando le misure organizzative predisposte erano considerate adeguate alla luce delle conoscenze e degli elementi a disposizione dell'organo gestorio che le abbia strutturate. Così come nessun addebito potrà essere mosso laddove in presenza di momenti patologici della vita societaria, l'amministratore abbia tempestivamente rilevato la compromissione della continuità aziendale, seppur abbia in un secondo momento posto in essere misure non manifestamente irrazionali che si rivelino inadatte a gestire la situazione di dissesto economico[426].

Al più il *safe harbour* potrà considerarsi escluso, nelle ipotesi di totale omissione di presidi organizzativi che non consentano una pronta rilevazione degli indicatori di crisi[427].

Sicché, piuttosto che enfatizzare la qualificazione dell'adeguatezza organizzativa in termini di fondamentale criterio di condotta[428], deve viceversa riconoscersi che le scelte organizzative si alimentano pur sempre di discrezionalità riconosciuta agli amministratori. Si potrebbe poi discutere dell'impatto delle norme di nuovo conio sulla perimetrazione della discrezionalità[429], ma eliminarla *in toto* equivarrebbe a privare di senso l'operatività della *bjr*, giacchè nella gestione di impresa la fase organizzativa assorbe la maggioranza delle scelte del *management*[430]. Scelte, queste ultime, che, seppur imposte da prescrizioni normative più

---

[425] Avalla tale impostazione M. TABELLINI, *Business Judgment Rule e scelte organizzative*, in *Giur. it.,* 2021, 1, p. 108 ss., allorquando sostiene, per un verso, che le scelte organizzative «implicano una valutazione prognostica delle future esigenze organizzative della società e dei probabili rischi d'impresa e di mercato e concorrono a definire la strategia imprenditoriale», per l'altro che «sono scelte tra almeno due opzioni, poiché i modelli organizzativi adeguati tra cui scegliere sono molteplici e la discrezionalità nel definire cosa è adeguato è ampia».

[426] Sono queste le ipotesi emblematiche sulle quali si snoda l'argomentazione del Tribunale nella predetta sentenza. Si veda in dottrina F. RIGANTI, *Rassegna di giurisprudenza. Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 177 ss.; Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Riv. soc.*, 2020, p. 1346, con nota di A. BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*.

[427] Di opinione contraria è R. BERNABAI, *Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica*, in *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Scuola Superiore della Magistratura, 2022, Quaderno 18, p. 98. Secondo l'A quando la previsione di tali assetti sia ritenuta inessenziale per la società, l'organo gestorio non è vincolato ad una obbligatoria strutturazione in tal senso.

[428] A tale conclusione perviene G. MERUZZI, *Il riparto di responsabilità per inadeguatezza organizzativa*, in *Le azioni di responsabilità*, cit., pp. 20-21. L'A. ravvisa una conferma di questa scelta già nella Relazione governativa alla riforma del 2003 laddove in materia di responsabilità dell'organo gestorio ex art. 2392 c.c., si definisce il criterio di adeguatezza come uno degli "obblighi ben individuati" in sostituzione del previgente dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione. Ugualmente M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 3, p. 266.

[429] Ed in questo senso difatti, V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, in *dirittodellacrisi.it*, per cui «tale margine (di discrezionalità) risulterà molto più ridotto, per l'indicazione appunto di una specifica funzione, rispetto a quanto non sia il criterio organizzativo riferito genericamente alle scelte strategiche di impresa».

[430] Cfr. R. FORMISANI, *Business Judgment Rule e assetti organizzativi: incontro (e scontro) in una terra di confine*, in *Riv. dir. soc*., 2018, 2, p. 455.

puntuali afferiscono al merito gestorio, con tutto ciò che ne deriva in termini di insindacabilità *ex post* da parte dei giudici.

Una volta ancora, in sostanza, il parametro di diligenza assurge a paradigma ineludibile su cui fondare la distinzione tra le ipotesi in cui l'*agere* gestorio sia stato improntato a correttezza informativa ed adeguata gestione del rischio e le scelte avventate o palesemente irrazionali che escludono qualsivoglia contegno improntato alla diligenza stessa.

Un simile esito operativo d'altro canto trova conferma nel dato comparatistico.

Assumendo quale modello di raffronto l'ordinamento tedesco, è opinione più che consolidata l'idea che la strutturazione di presidi organizzativi interni sia denotata da ampi margini di discrezionalità (c.d. *unternehmerische Handlungsspielraum*). Segnatamente il § 91 abs. 2 *AktG*, paragonabile alla disciplina italiana in materia di assetti, prevede la realizzazione di un adeguato *Früherkennungssystem* per la gestione dei rischi atti ad incidere sulla continuità della società nonché di un sistema di controllo (*Überwachungssystem*) volto a vigilare sull'adozione delle misure idonee alla rilevazione tempestiva dei segnali di crisi. Con riguardo al tema testé evocato, giova rilevare, più nel dettaglio, che la funzionalizzazione degli assetti rappresenta denominatore comune ai modelli di *common law* e di *civil law*. In un caso si attribuisce preminenza agli standard, nel secondo caso assumono ruolo pivotale *rules* più stringenti soprattutto in presenza di situazioni di crisi conclamata[431].

Ma la dottrina tedesca non ha mancato di sottolineare che si tratta pur sempre di esplicazioni del più generale dovere di direzione dell'impresa sancito dal § 76 *AktG*, rispetto alle quali il *Vorstand* non è tenuto a conformarsi a particolari prescrizioni che limitino il perimetro di scelta. Simili accezioni riecheggiano, con tutta evidenza, i connotati tipici dell'impostazione ermeneutica sviluppata nell'ordinamento italiano. Difatti, il riconoscimento di spazi di discrezionalità con riguardo a scelte in materia organizzativa certifica come queste ultime siano investite in ultima istanza dalla regola di esenzione da responsabilità di cui al § 93 *AktG*, o se si preferisce, dalla applicazione del *safe harbour* della BJR (sempre che ne sussistano le condizioni operative ivi sancite).

A deporre in questo senso figura poi la constatazione secondo cui taluni doveri sono connotati da un contenuto indeterminato, il cui riempimento deve avvenire tramite la specificazione nel singolo caso concreto. Sicché, se tale è l'ipotesi che delinea le scelte organizzative, non può che riconoscersi un ampio margine di manovra, ciò che la dottrina tedesca individua come

[431] Per una panoramica comparatistica sul tema, seppur nella precipua ottica del diritto della crisi, V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc*., 2017, 2, p. 311 ss.

Organisationsermessen, in capo agli amministratori, tenuti a concretizzare sì l'assetto organizzativo, ma attraverso modalità non unicamente predefinite.

Un ultimo spunto ricostruttivo in merito applicabilità della *bjr* alle scelte organizzative si trae dall'orientamento cristallizzato nelle pronunce delle Corti del Delaware.

Si è visto che il *duty to monitor* costituisce una esemplificazione del più generale *duty of care* e che esso si traduce nella istituzione di *information and reporting system* in grado di monitorare l'andamento della società.

Inoltre le Corti del Delaware per verificare la idoneità della condotta posta in essere dai *directors* attribuiscono preminenza al c.d. *good faith attempt*, vale a dire il tentativo in buona fede di strutturare un sistema di assetti interni che risulti il più adeguato possibile.

Ebbene la ripresa di questi concetti testimonia in primo luogo la valorizzazione dell' "*attempt*", implicitamente confermando l'impossibilità che la scelta dell'amministratore sia infallibile. Ciò che rileva, e qui entra in gioco progressivamente la *bjr*, è il percorso informativo finalizzato all'adozione della scelta organizzativa.

Non sorprende, allora, che le controversie più risalenti in materia di *duty to monitor* sottoposte al vaglio della *Chancery Court del Delaware*[432], siano state da quest'ultima risolte nel senso del riconoscimento della natura di *business judgment* alle decisioni organizzative che il *board*, sulla base di una preventiva e corretta istruttoria, ritenga idonee a gestire il rischio.

Di qui possono trarsi quantomeno due ordini di conclusioni.

In primo luogo nel panorama statunitense la responsabilità degli amministratori per le scelte di strutturazione interna della *corporation* emerge allorquando via sia una carenza totale di meccanismi informativi e di controllo sull'andamento societario o, laddove, pur in presenza degli stessi, vi sia una omessa verifica, consapevole o intenzionale, del loro concreto funzionamento ovvero siano state reiteratamente ignorate le *red flags*, ossia gli indici di allerta desumibili dal sistema organizzativo interno[433].

Infine, il margine di operatività della *bjr* assume una configurazione ben più ampia se si restringe il focus sull'aspetto probatorio. È, nondimeno, evidente che richiedendosi quale presupposto di responsabilità dei *directors* l'esistenza di un elemento soggettivo, l'onere del *plaintiff* involgerà la *probatio diabolica* della consapevolezza degli amministratori circa l'omissione della propria condotta[434].

---

[432] Si allude in particolare alla decisione *The Goldman Sachs Croup, lnc. Shareholder Litigation*, 2011 WL 4826104, (CA 5215 De. Ch. 12 October 2011).

[433] *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006)

[434] Cfr. M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., p. 4, in particolare nota 14 per la bibliografia statunitense sul tema.

In secondo luogo, la valorizzazione del momento informativo (e quindi dell'agire diligente) rende insensibile anche il modello statunitense ad ogni indagine di tipo classificatorio in merito alla dicotomia obblighi specifici-generici.

A quanto sin qui considerato, deve aggiungersi che l'ultima conclusione cui si è approdati sembra valere ed anzi riflettersi, nella necessità di legare indissolubilmente la fase di assunzione del rischio a quella di gestione del rischio. Centro nevralgico del sistema è dunque il rilievo per cui se al giudice è inibita la possibilità di sindacare nel merito le scelte gestionali fornendo un *safe harbour* per l'assunzione dei rischi, parimenti deve considerarsi tutelata dallo scrutinio giurisprudenziale la fase di gestione dei rischi[435].

Sezione II
STRUMENTI DI ESONERO DA RESPONSABILITÀ E GESTIONE CONTRATTUALE DEL RISCHIO

SOMMARIO: 1. L'esonero da responsabilità nella dimensione codicistica; 1.2. (Segue). Clausole di esonero da responsabilità, *exculpatory clauses* e *Inhaltskontrolle*; 2. Esonero successivo all'esercizio della funzione gestoria; 3. Esonero preventivo: tra inderogabilità e derogabilità dell'archetipo di responsabilità gestoria; 4. Le clausole di esonero da responsabilità gestoria al vaglio del giudizio di meritevolezza; 5. Profili comparatistici**:** i contrapposti paradigmi del c.d. *Satzungsstrenge* e della *contractual freedom*; 6. I patti di manleva: struttura e inquadramento civilistico; 7. Manleva e responsabilità gestoria.

1. L'esonero da responsabilità nella dimensione codicistica

Se le osservazioni sino ad ora compiute disegnano il ruolo cruciale svolto dalla *bjr* rispetto al pieno funzionamento dell'attività societaria, mediante il riconoscimento di margini di discrezionalità che incentivano gli amministratori all'assunzione di scelte rischiose, ma potenzialmente remunerative in termini economici, è pur vero che nell'attuale contesto economico in cui l'imposizione di nuovi vincoli all'*agere gestorio* ha progressivamente condotto ad una responsabilizzazione del *management*, affiora il rischio di aumento della litigiosità.

Sicché, a prescindere dai contorni operativi della *bjr*, diffusa è la tendenza da parte degli amministratori a far ricorso a tecniche idonee a vanificare ogni forma di addebito per gli

[435] C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. soc*., 2015, 2, p. 350 ss.

eventuali pregiudizi che derivino dallo svolgimento della funzione di gestione[436]. E come si vedrà *funditus*, nella prospettiva anglo-americana il medesimo trend confluisce nella riflessione attorno ai c.d. *legal safe harbours*, idonei ad incidere sull'a*coustic separation* tra le *conduct rules* e le *decision rules*[437].

Segnatamente, tra gli strumenti operativi più efficaci a neutralizzare tale rischio figurano le fattispecie di esonero da responsabilità, i patti di manleva ed il contratto di assicurazione, seppur sussistano differenze strutturali e funzionali tutt'altro che irrilevanti, di cui pur si darà conto.

Orbene, prendendo in esame la prima coordinata, chiaro è che una indagine esaustiva non possa prescindere anche su questo versante dalla comprensione dei principi civilistici dettati in materia di esonero da responsabilità.

Centrale, in questa ricostruzione, è senz'altro la dimensione normativa dell'art. 1229 c.c.[438] in cui è cristallizzata la comminatoria di nullità per talune pattuizioni con cui le parti convengono l'esonero da responsabilità del debitore in caso di inadempimento doloso o gravemente colposo della prestazione. Altrettanto noto, è che la disposizione codicistica distingua ai commi I e II rispettivamente le ipotesi di nullità delle clausole che escludono o limitano la responsabilità per inadempimento posto in essere direttamente dal debitore, dalle pattuizioni ugualmente affette da nullità con cui si prevede l'esonero o la limitazione della responsabilità del debitore per il caso in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari integri violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

Prescindendo dalla portata applicativa della norma, pacificamente estensibile anche alle pattuizioni attinenti al *quomodo respondeatur* e non solo all'*an* e al *quantum* cui la terminologia della norma sembra alludere, ciò che più interessa con riguardo all'esonero della responsabilità degli amministratori è costituito dalla osservazione per cui, se dal primo comma si ricava la liceità dei patti che escludono la responsabilità per colpa lieve, dal secondo comma si desume il divieto di esonero anche per la sola colpa lieve del debitore (o dei suoi ausiliari) in presenza di obblighi dettati da norme di ordine pubblico[439]. Sono, queste ultime, prescrizioni volte in

---

[436] A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 6.

[437] Convincenti le riflessioni di J.G. HILL, M. CONAGLEN, *Directors' Duties and Legal Safe Harbours: A Comparative Analysis*, cit., p. 1 ss, secondo i quali «*directors' duties and legal safe harbours can also involve complex interaction between equitable and common law ('general law') principles on the one hand, and statutory regimes on the other».* Gli Aa. specificano che i due *legal safe harbours* che incidono in maniera significativa sull'attività gestoria sono, per l'appunto, la *business judgment rule* e le *exculpatory clauses*.

[438] Sulla cui ratio già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pp. 105-106, secondo cui alle parti è precluso "limitare il vigore del negozio, apponendovi restrizioni o esclusioni di responsabilità che ripugnino alla sua funzione tipica, quale è valutata dalla legge e dalla coscienza sociale, secondo il criterio, generico, ma suscettibile di congrue differenziazioni, enunciato all'art. 1176 c.c.".

[439] La letteratura sul punto è sterminata. Si rinvia quantomeno a G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967, *passim*; A. GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., XIII,

effetti a imporre in capo al debitore obblighi a tutela non soltanto dell'interesse creditorio, ma dell'interesse generale più ampio[440].

Orbene, in adesione alla valorizzazione dell'idea di sistema nel suo momento applicativo che sintetizzi «metodo casistico e quello sistematico, nonché tra quest'ultimo e il metodo esegetico»[441], assume rilievo l'indagine sulle fattispecie che hanno posto maggiori perplessità rispetto all'applicazione del dato normativo di cui si discorre.

Più in particolare, in tema di responsabilità se è indubbio che l'art. 1229 c.c. ammetta una limitazione della disciplina contrattuale seppur nel rispetto delle condizioni *ivi* indicate, più controverso è il profilo della c.d. negoziazione preventiva della responsabilità aquiliana[442].

Il che merita una precisazione. A discutersi non è tanto l'esclusione o la limitazione di una obbligazione risarcitoria, ipotesi, quest'ultima, pacificamente sussumibile nell'oggetto di negoziazione una volta sorta, bensì l'esclusione della responsabilità aquiliana ancor prima che venga a determinarsi il fatto illecito[443].

In tal senso, nella prospettiva comparata ed in particolar modo nella *Western Legal Tradition*, non si registrano particolari controindicazioni rispetto alla negoziabilità *ex ante* delle regole di responsabilità aquiliana, così come del tutto superfluo è il quesito circa la ammissibilità della limitazione o della esclusione *ex post* del diritto al risarcimento già maturato.[444] Eccezion fatta per l'esperienza giuridica francese, cui si ispira la stessa dottrina italiana perplessa sull'ammissibilità di simili patti, ove pur si è sostenuta la natura di "norme di ordine pubblico" riferibile alle regole della responsabilità aquiliana[445].

Torino, 1995; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 14; F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.

[440] Cfr. F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 79.

[441] L'insegnamento è di G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 141.

[442] Efficacemente B. MEOLI, *Negoziazione preventiva della responsabilità aquiliana*, in *Comp. dir. civ*., 2016, 3, p. 36 ss.

[443] Si veda L. COPPO, *L'esonero da responsabilità*, Torino, 2021, p. 121. L'A. da conto di come nella prassi siano ampiamente diffuse le clausole di esonero "omnicomprensive" inserite nei contratti di appalto. Si tratta di pattuizioni con cui si limite o esclude la responsabilità del debitore per i potenziali pregiudizi che possano derivare dall'adempimento delle obbligazioni ivi pattuite. Sul tema già brillantemente G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 248 ss.

[444] B. MEOLI, op. cit., p. 40. *Ivi* per la letteratura straniera: *ex multis* H. BEALE, L*es clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, in *Actes du colloque des colloque 13 et 14 déc. 1990*, LGDJ, p. 155. Anche in Germania il patto è generalmente ammesso: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts*, II, Berlin, 1979, p. 366. Ugualmente in Belgio, D. MAZEAUD, *Les clauses limitatives de responsabilités*, in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Dalloz/Bruylant, 1986.

[445] Ne dà conto A. D'ADDA, sub *art. 1229*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, p. 377. Di opinione antitetica, G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, cit., p. 253 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 478.

Ebbene, non potendo in questa sede sceverare nel dettaglio le singole argomentazioni, ma volendo sintetizzare le inverse opzioni ermeneutiche (e le critiche ad esse avanzate[446]) che militano rispettivamente a sfavore della configurazione del patto di esonero da responsabilità aquiliana[447] ovvero a favore della sua ammissibilità parziale[448] , sembra in realtà che soltanto una visione sostanzialista del caso concreto possa rappresentare la soluzione più efficace. Sicché, se per un verso le limitazioni di responsabilità per danni alla persona si pongono in evidente contrasto con la *ratio* di tutela di cui all'art. 1229 c.c., lo stesso non può dirsi per le ipotesi in cui la pattuizione di esonero o di esclusione attenga alla lesione di diritti patrimoniali disponibili[449].

1.2. (Segue). Clausole di esonero da responsabilità, *exculpatory clauses* e *Inhaltskontrolle*

Un approccio di tal specie, peraltro, mostra tutta la sua *vis espansiva* in prospettiva comparatistica, consentendo di risalire alle tecniche di esonero coniate negli ordinamenti allogeni. Tema, questo, rispetto al quale la *convergence theory* dispiega tutta la sua efficacia[450]. Si è infatti osservato che, a prescindere dalla genesi delle singole fattispecie e dal *favor* che esse abbiano incontrato nei rispettivi modelli giuridici, si sia progressivamente approdati ad una piena sintonia circa la sistemazione di tali clausole.

Nello scenario anglo-americano l'esenzione da responsabilità si ricollega concettualmente al più generale tema della *freedom of contract*[451] - a sua volta evocativo della *sanctity of contract* - in stregua al quale le parti sono libere di concludere scambi economici reciprocamente vantaggiosi, a condizione che non siano violati limiti di ordine pubblico. Superato questo controllo, alle corti è difatti inibito qualsivoglia sindacato sulla bontà dell'accordo posto in essere dalle parti.

Sul piano funzional-strutturale, le *exculpatory clauses* esonerano il contraente da responsabilità derivante sia da atti che da omissioni e, quanto meno in principio, non incontravano alcun limite applicativo. Ma a fronte della lacuna legislativa sul punto, foriera di una proliferazione smisurata e di un utilizzo distorto delle clausole di esonero, si è parallelamente sviluppato un

---

[446] Su cui L. COPPO, *L'esonero da responsabilità*, cit., p. 122-123.

[447] In tal senso la dottrina più risalente: cfr. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale, Vol. I*, Torino, 1903, p. 173. La tesi della nullità degli accordi in esame è stata poi ripresa tra i vari da G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano, parte seconda, IV, Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 182 ss. e C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 535.

[448] G. PACCHIONI, op. cit., allude alle ipotesi di responsabilità per fatto altrui o degli animali.

[449] Tale ponderata soluzione è propinata da G. PONZANELLI, op. cit., e poi ripresa tra i vari da A. D'ADDA, op. cit., p. 379;

[450] Cfr. M. NOVAKOVIC, *Common Law and Civil Law Today*. *Convergence and Divergence*, Wilmington, 2019.

[451] R.A. HILLMAN, *Principles of Contract Law*, Minnesota, 2023, p. 253.

trend giurisprudenziale volto ad impedire l'esclusione di *liability* nei casi di frode, colpa grave e dolo. E, proprio per quanto rileva ai fini della comparazione, significativa è la lettura delle decisioni delle corti statunitensi, da cui si ricava una attività interpretativa di valutazione delle clausole, in particolar modo nei c.d. *boilerplate contracts*, incentrata sui concetti di *unconscionability*, *adequate disclosure, relative bargaining, power* e *public policy*[452]. Sicché, con riguardo a tale ultima tipologia di limite, il *case law* si alimenta progressivamente di *decisions* volte a prescrivere la nullità di *clauses* per contrarietà a norme di ordine pubblico[453].
La medesima traiettoria evolutiva si riscontra nell'ordinamento inglese, ove l'argine alle derive di irresponsabilità di taluno dei contraenti viene a costituirsi nella *strict interpretation* che i tribunali fornivano in merito alle pattuizioni di esonero sottoposte al loro vaglio. Di qui, soprattutto in seno alla disciplina contrattuale di trasporto[454], l'esclusione di responsabilità del debitore derivante da dolo o colpa grave, si intendeva riferita ai casi in cui l'impossibilità della prestazione fosse dovuta a causa a lui non imputabile[455].
Contestualmente alla messa a punto di soluzioni strettamente giurisprudenziali sulle quali non ci si può integralmente soffermare in questa sede, l'impostazione inglese si denota nondimeno per l'esistenza di testi normativi dai quali desumere principi e *rationes* sottese all'esonero di responsabilità.
Se per un verso l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977 riconosce la validità di siffatta tipologie di clausole, al contempo ne condiziona la piena ammissibilità al rispetto del principio di ragionevolezza. Non a caso l'art. 11, rubricato " *the reasonableness test*", ritiene soddisfatto tale requisito, quando la clausola "*have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made*"[456].

---

[452] E.T. CANUEL*, Comparing exculpatory clauses under Anglo-American Law: testing total legal convergence*, in G. CORDERO-MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, New York, 2011, p. 86.
[453] A titolo esemplificativo *Weaver v. American Oil Co.*, 276 NE2d 144 (1971) per cui «*When a party can show that the contract, which is sought to be enforced, was in fact an unconscionable one, due to a prodigious amount of bargaining power on behalf of the stronger party, which is used to the stronger party's advantage and is unknown to the lesser party, causing a great hardship and risk on the lesser party, the contract provision, or the contract as a whole, if the provision is not separable, should not be enforceable on the grounds that the provision is contrary to public policy*».
[454] D'altronde il *leading case* statunitense *Bisso v. Inland Waterways Corp.*, 349 U.S. 85 (1955), riguardava un contratto di rimorchio.
[455] L. COPPO, op. cit., p. 302.
[456] Si vedano le riflessioni di R.G. LAWSON, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, Mytholmroyd, 2014; C. GARDINER, *Unfair Contract Terms in the Digital Age. The Challenge of Protecting European Consumers in the Online Marketplace*, Cheltenham, 2022.

Infine, un affresco delle osservazioni sino ad ora compiute può trarsi dal binomio normativo dei §§ 307-309 del codice civile tedesco.

Riecheggia, difatti, il principio di ragionevolezza nell'*Inhaltskontrolle*, sancito dalla prima disposizione, in stregua al quale le clausole contrarie a buona fede che arrecano uno svantaggio irragionevole (*unangemessen benachteiligen*) a danno della controparte, sono da considerarsi invalide.

Così come, dalla lettura del § 309 e delle applicazioni che la giurisprudenza ne effettua, si ricava una convergenza con l'impostazione l'italiana, laddove si inquadrano, tra i limiti all'esonero, le ipotesi di responsabilità da cui siano derivate lesioni all'integrità fisica o alla salute ovvero le ipotesi di responsabilità per colpa grave[457].

Traslati simili rilievi in una dimensione sistematica più ampia, per certo, le ricadute applicative delle soluzioni coniate nei singoli ordinamenti allogeni non risultano confinate in una mera logica del commercio - sulla quale, si pensi al modello inglese, la disciplina dell'esonero da responsabilità sembra restringere il focus - bensì involgono il più complesso profilo di concorrenza ordinamentale. E sono proprio le medesime considerazioni in merito all'attrattività o meno di un dato ordinamento, a sollecitare, come di qui a breve si farà, il confronto comparativo tra le peculiari tecniche di esonero da responsabilità gestoria.

2. Esonero successivo all'esercizio della funzione gestoria

Questo sintetico, ma doveroso *excursus* sull'assetto dell'esonero da responsabilità in ottica comparatistica, consente, a tal punto, di riflettere sui presupposti applicativi delle clausole di esonero all'interno dell'impianto di responsabilità degli amministratori.

Non è un caso, d'altronde, che si sia assunto come ultimo argomento della indagine civilistica all'interno del nostro ordinamento il senso e la portata delle pattuizioni di esonero in seno alla responsabilità aquiliana.

Più di preciso, se come si è visto le maggiori perplessità - (a dir la verità oggi superate sulla base dell'interpretazione testé proposta) - si sono condensate nell'idea che «la responsabilità extracontrattuale è una responsabilità di ordine pubblico, assolutamente inderogabile, dunque,

[457] Il quadro si completa con la nullità delle clausole che incidono sul *quantum* del risarcimento e delle clausole che escludono la responsabilità per inadempimento dei *Kardinalpflichten*, vale a dire le obblighi essenziali di un dato contratto. Per una convincente riflessione su questi temi, L. LERUSCHNER, *Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grenzen der Vertragsfreiheit am Beispiel haftungsbeschränkender Vertragsklauseln im deutschen, französischen, englischen, österreichischen und schweizerischen Recht*, in *ZEuP*, 2017, p. 335 ss.

da parte della volontà negoziale privata, neppure entro i limiti della colpa lieve»[458], similmente nella sfera della dimensione societaria sorge l'interrogativo circa l'esistenza o meno di interessi "altri", nonché di ordine generale e pubblico che rientrano nella *ratio* di tutela sottesa al regime di responsabilità degli amministratori[459].

Prima di affrontare in termini meno episodici il profilo di esonero preventivo che costituisce il vero *punctum dolens* della riflessione, ci sembra che meriti di essere disegnata nel suo complesso la disciplina, per così dire tradizionale, di esonero degli amministratori.

Dunque, anche in questa ottica, affiora l'utilità metodologica di una scansione "temporale" - sulla falsariga della distinzione propinata dalla letteratura civilistica - tra patti anteriori e patti successivi, avendo a mente che questi ultimi, difettando del requisito della natura preventiva, non incidono sull'adempimento del debitore e quindi non pregiudicano l'interesse creditorio[460].

Ebbene, il profilo di esonero da responsabilità gestoria ingloba ipotesi di varia natura che spaziano dalla rinuncia all'azione di responsabilità da parte della società, alle pattuizioni finalizzate a manlevare e tenere indenne l'amministratore.

Con riguardo alla rinuncia della società è noto come la stessa possa tanto essere effettuata nel corso dello svolgimento della funzione gestoria, quanto al suo termine. Così come è radicata nella prassi societaria la tendenza ad assumere una determinazione di tal specie in sede di delibera assembleare che approvi il bilancio ovvero nel contesto di accordi che definiscano l'uscita dell'amministratore dalla compagine manageriale[461].

Essa può quindi venire ad essere inserita in una apposita pattuizione contrattuale oppure risolversi nello strumento generale di cui all'art. 2393 c.c..

Per quanto concerne tale ultima previsione, i presupposti applicativi in essa cristallizzati dispongono che la validità della rinuncia (e della transazione) risulta condizionata alla previa approvazione dell'assemblea con deliberazione espressa, a patto che non vi sia "il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'articolo 2393 *bis*".

---

[458] G. CECCHERINI, sub *artt. 1228-1229*, 2a ed., in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 201. In termini non dissimili C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 537.

[459] Cfr. sin da ora A. TINA, *Esonero da responsabilità degli amministratori di S.p.a.*, Milano, 2008, p. 96.

[460] In questi termini G.A. RESCIO, *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*, in *Riv. dir. priv*., 1996, 122 ss.

[461] A. DONATO, *Clausole di esonero degli amministratori da responsabilità per l'attività gestoria*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2019, p. 847.

L'aspetto ineludibile della deliberazione ad opera dell'assemblea assolve in tal senso, alla necessità di evitare qualsivoglia forma di abuso della maggioranza, tant'è che per rimarcarne la centralità, la giurisprudenza di merito ha precisato che "la rinuncia o la transazione effettuata dal nuovo amministratore (o dal legale rappresentante della società) senza la preventiva delibera assembleare è affetta non da mera inefficacia, secondo la disciplina dell'atto posto in essere dal rappresentante senza poteri, ovvero da mera annullabilità, in base alle regole sul difetto di capacità a contrattare, ma da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio, atteso che detta delibera assembleare costituisce modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società, di cui non sono ammessi equipollenti"[462].

Non secondaria è, inoltre, la circostanza per cui gli atti che integrino l'eventuale pretesa risarcitoria debbano essere analiticamente individuati, in quanto l'assemblea, attraverso la rinuncia, realizza pur sempre un atto abdicativo di un proprio diritto di credito[463].

Ora, per quanto concerne il profilo di esonero successivo realizzato attraverso la disciplina pattizia, indicazioni maggiormente significative provengono dalla recente giurisprudenza sia di legittimità che di merito[464].

Da ultima, degna di nota, è la pronuncia del tribunale napoletano[465] che, nel contesto di un'operazione di *M&A*, ha sanzionato di invalidità le clausole esonerative di responsabilità dell'*ex* amministratore pattuite all'interno dell'atto di cessione delle quote, con cui acquirente e venditore si erano accordati a che il primo non proponesse azioni di responsabilità avverso i consiglieri uscenti.

La decisione appare emblematica rispetto al senso della prospettiva del presente lavoro, giacché dimostra la strette eterointegrazione tra i principi civilistici per così dire tradizionali e gli schemi che animano la dimensione societaria.

---

[462] Così Cass. civ., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. Comm.*, 2013, 1, p. 19. Più di recente Trib. Roma, Sez. spec. Impr., 17 ottobre 2019, in *Riv. soc.*, 2020, 10, p. 1135 ss. con nota di F. PAPINI, *Rinuncia all'azione di responsabilità sociale, genericità dell'ordine del giorno e sospensione cautelare della delibera non validamente assunta*.

[463] A. FRANCHI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2005, 2, p. 275.

[464] Esemplificativo l'indirizzo tracciato da Cass. civ., 28 aprile 2010, n. 10215, in *Giur. comm.*, con nota di A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, con cui si è rilevata la nullità di medesime pattuizioni per contrarietà al dettato degli artt. 2392-2392 c.c. In senso contrario, e quindi favorevole alla ammissibilità, Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19193, in *Giur. comm.*, 2017, 5, p. 904 ss., con nota di A. TINA, *Clausole di garanzia, patti parasociali ed esonero da responsabilità degli amministratori nel trasferimento di partecipazioni societarie*, secondo cui allorquando il patto sia riferito ad attività già eseguite dall'amministratore (e non future), l'impegno a non votare l'azione di responsabilità «non appare in contrasto con nessuna delle norme imperative ricavabili dagli artt. 2392 e 2393 c.c.».

[465] Cfr. Trib. Napoli, 23 febbraio 2022, in *Soc.*, 2023, 5, p. 581 ss. con nota di A. FEDI*, La giurisprudenza continua a sanzione d'invalidità gli esoneri da responsabilità degli amministratori uscenti*

Difatti ad avviso del giudice di merito, le clausole di esonero da responsabilità devono essere classificate in veste di patti parasociali e, prosegue, ai patti parasociali nelle S.r.l. si estende l'applicazione della disciplina generale in materia di contratti.

Logicamente da questa operazione ermeneutica discende che il rapporto obbligatorio originato dal patto parasociale, configurando esso stesso un contratto atipico, deve essere vagliato alla luce del controllo di meritevolezza degli interessi in gioco di cui all'art. 1322 c.c..

Ed è proprio su tale assunto che si fonda il rilievo di nullità della clausola ad opera del giudice di merito, in quanto nella comparazione delle situazioni giuridiche soggettive tutelate, una promessa di tal specie risulterebbe finalizzata a salvaguardare in via esclusiva l'interesse dell'*ex* amministratore (anche *ex* socio) a discapito dell'interesse sociale nel suo complesso.

Di talché, la sanzione più radicale che colpisce l'esonero non risponde tanto alla logica dell'assenza di deterrenza, intesa come timore di poter esser esposti all'azione di responsabilità, problema questo che come si vedrà viene in rilievo nella peculiare ipotesi di esonero preventivo, quanto piuttosto al rischio di insoddisfazione della società *target* derivante dalla impossibilità di attivare i rimedi risarcitori.

Eppure, se si volge lo sguardo al cennato disposto normativo dell'art. 1229 c.c., non si registrano argomenti solidi a sostegno della riconduzione della fattispecie dell'esonero successivo all'interno della predetta norma civilistica. Semmai, se ne potrebbe sostenere una netta esclusione, sol che si consideri che l'art. 1229 c.c. è in realtà riferito agli esoneri e alle limitazioni *ex ante* della responsabilità.

Osservazioni, queste, che sembrano ben recepite dalla pur recente giurisprudenza di merito, allorquando rileva una netta distinzione tra il *pactum de non petendo* preventivo e l'esonero successivo, non venendo in tale seconda ipotesi minimamente alterata l'esecuzione dell'incarico gestorio[466].

[466] Secondo Trib. Roma, 28 settembre 2015, in *Giur. comm.*, 2017, 5, p. 896 «l'accordo con il quale i soci si impegnino nei confronti di un terzo, socio uscente ed *ex* amministratore unico della società, a non deliberare l'azione sociale di responsabilità nei confronti dello stesso, abdicando all'esercizio del diritto di voto, costituisce un patto parasociale. Il patto è invalido qualora abbia ad oggetto la rinunzia preventiva ad esercitare l'azione di responsabilità dell'amministratore relativamente a condotte assunte dall'amministratore successivamente all'adozione del patto parasociale stesso, ma non quando abbia, al contrario, ad oggetto l'assunzione di un impegno a non votare l'azione di responsabilità dell'amministratore che, in conseguenza della cessione della propria partecipazione sociale, cessa di ricoprire tale carica e, dunque, faccia riferimento ad attività pregresse poste in essere dall'amministratore».

3. Esonero preventivo: tra inderogabilità e derogabilità dell'archetipo di responsabilità gestoria.

La riflessione da ultima spiegata consente, a ben vedere, di individuare taluno dei limiti che propendono per l'inammissibilità dell'esonero preventivo derivante da rinuncia dell'assemblea anteriore al verificarsi di atti di *mala gestio*.

Il profilo di cui di discorre appare ancor più enigmatico giacché, se nell'ipotesi di esonero, per così dire successivo, si richiede a pena di legittimità la specificazione dell'oggetto della disposizione abdicativa, quest'ultima operazione appare inverosimile laddove i comportamenti illegittimi dell'organo gestorio da cui possa emergere responsabilità non si siano ancora verificati.

La seconda argomentazione che depone nel senso della inammissibilità di forme di esonero preventivo, si rinviene nell'accennato limite rappresentato da norme di ordine pubblico che, ai sensi dell'art. 1229 c.c., pongono lo sbarramento all'esclusione di responsabilità, allorquando in gioco vi siano interessi non soltanto riferibili al creditore, ma rilevanti per l'intero ordinamento nel suo complesso.

Ed è anzi significativo che la dottrina abbia ravvisato nel limite dell'ordine pubblico una serie di sottoprincipi ad esso sottesi che legittimavano la inderogabilità dell'impianto di responsabilità gestoria.

Cosicché, se da un lato si era posta enfasi sull'aspetto teleologico dell'attività gestoria, venendo la stessa a interferire con interessi di varia natura, dall'altro si era affermato con veemenza la funzione preventiva della responsabilità, che anche nella dimensione societaria - come si è rilevato nel corso della trattazione - assume preponderanza rispetto alla finalità risarcitoria.

L'esaltazione del momento deterrente induceva, in sostanza, a ravvisare nel mosaico normativo in punto di responsabilità un apparato di disposizioni volte a salvaguardare non soltanto gli *shareholders*, ma in senso più ampio i terzi e i creditori, come d'altronde testimoniato dal binomio *ex* artt. 2394-2395 c.c., con l'inevitabile conseguenza che un esonero preventivo della responsabilità si risolve in un pregiudizio nei confronti di tutti gli attori coinvolti dallo svolgimento dell'attività gestoria.

A tacere poi della portata del principio della *limited liability*, caposaldo delle società di capitali e delle *big corporations*, in virtù del quale i singoli soci non sono esposti con il proprio patrimonio alla soddisfazione degli interessi dei terzi e dei creditori[467]. Motivazione, quest'ultima, che osta a che eventuali atti di disposizione deroghino al meccanismo di

[467] A. TINA, op. cit., p. 100.

amministrazione e controllo predisposto, per l'appunto, per contemperare il principio di responsabilità limitata dei soci.

E se è vero che l'ordine pubblico attiene «a quel compendio di principi normativi che, secondo gli indirizzi seguiti dal vigente ordinamento, non possono cedere all'ordine privato, che le parti intendono instaurare mediante gli atti di autoregolamento dei propri interessi»[468], allora le stesse disposizioni in punto di responsabilità gestoria, giacché poste a tutela di situazioni soggettive riferibili ad una cerchia eterogenea di destinatari, ne sono una evidente esemplificazione.

Risultano così brevemente scolpite le argomentazioni che depongono nel senso di una assoluta rigidità dell'architettura di responsabilità gestoria.

Eppure, un siffatto procedere omette di considerare taluni paradigmi essenziali su cui si fonda la dimensione societaria.

Si è, difatti, osservato che il fondamento contrattuale della società suggerirebbe una lettura del tutto distinta.

Il monito, d'altronde, trova già nel pensiero di Ascarelli una efficace coordinata di indagine laddove egli afferma che «la disciplina privatistica delle società anonime per azioni può un po' considerarsi come il diritto costituzione dell'economia attenendo alla struttura giuridica più importante e caratteristica dell'economia attuale»[469].

Valorizzando il dogma privatistico nella dimensione societaria ne consegue, tuttavia, non tanto una stretta unitarietà di una disciplina fondata su norme inderogabili, bensì, ed è qui il punto di rottura rispetto alla visione tradizionale, la transizione verso una competizione regolamentare e una nota contrattualizzazione del diritto societario che trovano nella libertà statutaria e nella deregolamentazione talune delle esemplificazioni più nitide, incentrate sul principio aureo dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.

Questa tendenza, invero, si registra nell'ordinamento domestico attraverso le modifiche apportate dal legislatore soprattutto alla disciplina azionaria e finalizzate ad un ampliamento del margine di autonomia statutaria[470].

E se si espande il perimetro di indagine, la genesi di questi fenomeni è già rinvenibile nella celebre tesi propinata dal giurista Ronald Coase, secondo cui il ricorso a norme imperative si

---

[468] R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1321-1352)*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1970, 327

[469] Cfr. T. ASCARELLI, *I problemi delle società anonime per azioni*, in *Riv. soc*., 1956, p. 3 ss.

[470] In questa direzione A. TINA, op. cit., pp. 108-109, evidenzia come la «riforma del diritto societario, si propone dichiaratamente di favorire l'efficienza e il libero sviluppo delle potenzialità imprenditoriali, semplificando a tal fine la disciplina delle società e premiando una scelta di *deregulation* rispetto a un regime di eccessivo garantismo e paternalismo».

pone in netto contrasto con la libertà di mercato, ragion per cui sarebbe preferibile disegnare il modello azionario come *nexus of contracts*[471], ove il «diritto cioè scompare di scena, per il lasciare il posto all'autonomia privata».[472]

Orbene, prescindendo dal pregio o meno di una tale ricostruzione, che reca con sé il rischio di una riduzione del fenomeno societario ad una sorta di contratto atipico[473], occorre comprendere se la soluzione più equilibrata tesa a contemperare la deriva di una eccessiva "*liberalisation*" con opportuna "*preservation*" che solo le *mandatory rules* sembrano in grado di garantire[474], lasci adito ad una derogabilità del regime di responsabilità degli amministratori.

4. Le clausole di esonero da responsabilità gestoria al vaglio del giudizio di meritevolezza.

Discorrere di libertà statutaria, di flessibilità dell'ordinamento societario e più in generale di un *lassez-faire* tipico del pensiero neoliberista equivale, si è visto, a centralizzare il ruolo svolto dall'autonomia privata[475].

Di qui, la bussola che orienta l'interprete non può che essere costituita dal giudizio di meritevolezza degli interessi coinvolti nelle pattuizioni che esonerano da responsabilità, secondo quanto previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c.[476]. In altri termini, la derogabilità della

---

[471] R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law and Economics*, 1960, 3, p. 1 ss.

[472] G. ROSSI, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario*, in AA. VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2016, p. 23.

[473] La teoria in esame, come noto, identifica l'impresa quale denominatore comune di una serie di rapporti contrattuali sia all'interno della società (tra soci e managers, tra soci di minoranza e di maggioranza), sia all'esterno di quest'ultima (con i creditori sociali, i dipendenti, i fornitori, i clienti). Si veda A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, Information Costs and Economic Organization*, in *Am. Ec. Rev.*, 1972, 62, p. 777 ss.; H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge – London, 1996 (trad. It. *La proprietà dell'impresa*, a cura di A. ZOPPINI, Bologna, 2005); C. MARCHETTI, *La 'nexus of contracts' theory: teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000. Siffatta visione è da tempo oggetto di aspre critiche ed è stata sottoposta ad una revisione, sia con taluni correttivi, quali la teoria dell'impresa non come "*nexus of contracts*", bensì quale "*nexus for contracts*", sia con profonde obiezioni, in quanto essa non considera il ruolo che altri soggetti, quali ad esempio i creditori, possono assumere nella governance dell'impresa e, soprattutto, acquisisce come dato di partenza l'idea della completezza dei contratti che disciplinerebbero ogni aspetto dei rapporti tra le parti già al momento del perfezionamento. Per una lettura in questa direzione, si veda W. BRATTON, *The "Nexus of Contracts" Corporation: A Critical Appraisal*, in *Corn. L. Rev.*, 1989, 74, p. 407 ss.

[474] In questi convincenti termini, P. MONTALENTI, *Harmonization and Regulatory Competition, State Regulation and Freedom of Contract, Institutionalism and Contractualism in Corporate Law*, in AA. VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, cit., p. 93.

[475] Sul concetto di autonomia privata si rinvia a E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.,* I, 2, Torino, 1957, p. 1559 ss.; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957, p. 265 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1989, p. 517 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, t. 1, 3a ed., Napoli, 2006, pp. 314-322.; P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, pp. 132-135.

[476] Sul controllo di meritevolezza, la letteratura è particolarmente ampia. Si vedano, tra gli altri, A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in AA. VV. (a cura di), *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, cit., p. 1919 ss.; ID., voce *Meritevolezza*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Agg., IX, Torino, 2018, p. 341 ss.; G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 1 ss.; ID., *Motivi,*

responsabilità degli amministratori non dipende esclusivamente dalla assenza di una norma imperativa, ma richiede altresì che sia soddisfatto il giudizio di meritevolezza inteso sia con riguardo agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, sia come assenza di pregiudizio nei confronti di interessi altri ugualmente tutelati dall'ordinamento. Sicché, se anche si volesse considerare ammissibile una deroga al regime di responsabilità gestoria sul presupposto della perdurante rilevanza dell'interesse sociale quale massimizzazione del profitto in vantaggio dei soci, è ad ogni modo necessario affinare l'indagine alla luce del dato codicistico.

Invero, è in seno al criterio di meritevolezza che si innesta uno dei capisaldi non solo della materia contrattuale, vale a dire il rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico.

Lo schermo della meritevolezza degli interessi, solleva difatti la *quaestio* relativa alla «consistenza dell'atto di autonomia fatta astrazione dal positivo superamento del sindacato attuato dal diritto statuale o sovranazionale»[477].

Ebbene, se alcun dubbio si pone quanto meno astrattamente con riguardo alla disciplina degli artt. 2392 e 2393 c.c. ove il giudizio di meritevolezza è soddisfatto nelle sue due dimensioni applicative, maggiori perplessità desta il ricorso a modalità di esonero relative alla responsabilità in cui possano incorrere gli amministratori nei confronti dei creditori sociali e dei terzi.

La difficoltà interpretativa si rinviene, difatti, nella intuitiva osservazione che una esclusione di responsabilità in presenza di interessi "esterni" ed ugualmente tutelati dall'ordinamento, contrasta con il giudizio di meritevolezza «qualora sia suscettibile di tradursi in un pregiudizio di interessi che l'ordinamento considera comunque meritevoli di tutela»[478].

Si è visto, nel corso della trattazione, come il binomio normativo dettato dagli artt. 2394-2395 c.c. risponda ad una squisita funzione deterrente dell'impianto di responsabilità gestoria, rappresentando al contempo il più diretto incentivo ad un *agere* diligente degli amministratori. Eppure, la tassonomia del sistema delle responsabilità non si fonda su una separazione netta tra il *respondere* nei confronti della società e il *respondere* nei confronti dei creditori sociali e terzi.

---

presupposizione e l'idea della meritevolezza, in *Eur. dir. priv*., 2009, spec. p. 366 ss.; P. RESCIGNO, *Tipicità ed atipicità dei rapporti: prassi e regole notarili*, in AA. VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, p. 1909 ss.; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv*., 2003, p. 58 ss.; C.M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, I, Napoli, 2013, p. 223 ss.; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in M. D'AMBROSIO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 391 ss.; P. GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, III, Mantova, 2017, p. 57 ss.; E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322 comma 2 c.c*., Torino, 2019; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019, spec. p. 21 ss.

[477] F. PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, cit., p. 667.

[478] A. TINA, op. cit., p. 114.

Il che, se per un verso induce ad affermare che la derogabilità della responsabilità *ex* artt. 2394-2395 c.c., involgendo interessi distinti da quello sociale, non sia in alcun modo ammissibile, giacché sconta l'indisponibilità dell'oggetto della disposizione abdicativa, per l'altro richiede una visione *tout court* delle correlazioni tra le diverse *species* di responsabilità.

Ed infatti, scansionando la giurisprudenza di merito in materia, emerge un nitido orientamento fondato sulla inammissibilità dell'esonero preventivo da responsabilità che rileva come non solo «il legislatore ha sottratto imperativamente alla disponibilità delle parti il modello normativo di condotta sancito dall'art. 2393 c.c.», ma che quest'ultimo altresì «costituisce un precetto inderogabile a tutela della società e di terzi creditori»[479].

Senonché, una lettura dell'impianto di responsabilità gestoria, dimostra l'autonomia ontologica della azioni *ex* artt. 2392-2395 c.c.: difatti la *condicio sine qua non* della proponibilità dell'azione da parte dei terzi e singoli soci è rinvenibile nell'esistenza di un danno diretto da essi patito, il quale non necessariamente corrisponde anche ad un danno rilevante per la società. Anzi, a ben vedere, sovente accade che il pregiudizio arrecato a terzi e soci possa in realtà concretizzare un vantaggio in favore della società.

Alla medesima conclusione della distinzione funzionale tra le due azioni, può condurre seppur in maniera più articolata, il raffronto tra la fattispecie di cui all'art. 2392 c.c. e l'azione di responsabilità promossa dai creditori ai sensi dell'art. 2394 c.c.

Il primo dato dirimente è costituito dalla prospettata lettura di tale *species* di responsabilità, che si è visto essere connotata da un carattere squisitamente diretto e non surrogatorio rispetto alla tradizionale azionale sociale.

Di qui, ne consegue che l'effetto deterrente che connota le complementari ipotesi di responsabilità degli amministratori non risulta pregiudicato per la sola previsione di esonero da responsabilità degli amministratori nei confronti della società, ma non solo. Posta l'ontologica distinzione di interessi che definisce l'operatività delle singole azioni, può altresì ammettersi il positivo superamento del giudizio di meritevolezza per le clausole che limitino e escludano e*x ante* il *respondere* dell'organo gestorio secondo le coordinate dell'art. 2392 c.c., seppur in conformità ai principi cristallizzati nel dettato normativo di cui all'art. 1229 c.c.

5. Profili comparatistici: i contrapposti paradigmi del c.d. *Satzungsstrenge* e della *contractual freedom*

[479] Cfr. nuovamente, Trib. Roma 28 settembre 2015, n. 19193, cit. La pronuncia conclude nel senso che «il preventivo accordo su un diverso modello di comportamento, che in particolare esoneri dalla responsabilità, non sarebbe quindi ammissibile (quanto meno per dolo o colpa grave)».

In prospettiva comparatistica, l'esonero da responsabilità gestoria e le modalità tramite cui esso si attua pongono in luce la dicotomia ordinamentale tra sistemi giuridici che prediligono il ricorso a *default rules* e modelli ordinamentali che enfatizzano il ruolo svolto dalle *mandatory rules*[480] in una cornice di stretta tipicità[481].

Si è visto, con riferimento all'esperienza italiana come la contrattualizzazione delle dinamiche societarie abbia indebolito le norme imperative, spianando la strada a ciò che è stata efficacemente definita "metamorfosi del diritto societario"[482], ossia un sovvertimento di paradigmi tradizionali afferenti il composito mosaico della *corporate governance*.

Le medesime tendenze trovano cittadinanza nel panorama comparatistico ed è rispetto ad esse che può comprendersi la *ratio* sottesa all'ammissibilità o meno di clausole di esonero da responsabilità gestoria.

Cosicché al modello tedesco che è esemplificativo di un sistema fondato su *mandatory rules*, si contrappone l'impostazione statunitense che per tradizione assegna "*much more contractual freedom for corporate charters*"[483].

Nell'ottica della valutazione di ammissibilità di eventuali pattuizioni di *exemption of liability*, il dato che per certo assume un rilievo cruciale è costituito dalla superficiale constatazione secondo cui in Germania in conformità alla c.d. *Satzungsstrenge*, la disciplina azionaria è in linea di principio inderogabile[484], a differenza di quanto lascerebbe pensare la flessibilità che connota la dimensione statunitense.

Ed è proprio in seno al dibattito dottrinale che pone i sostenitori della indispensabilità di norme imperative di fronte ai sostenitori di una visione meno "paternalistica" della disciplina azionaria, che è possibile registrare rilevanti conseguenze pratico-applicative.

---

[480] Cfr. K.J. HOPT. *Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules*, cit., p. 13 ss.

[481] Sulle motivazioni a sostegno di questo modello di disciplina azionaria si veda M. STELLA RICHTER JR, *L'organizzazione della società per azioni tra principio di tipicità, autonomia statutaria e indicazioni delle autorità di vigilanza*, in *Regole del mercato e mercato delle regole*, cit., p. 411 ss. In particolare secondo l'A. la prima ragione del principio di tipicità «si fonda sulla circostanza che l'organizzazione di un ente è – in ultima analisi – il sistema di uffici (da intendersi allora come organi in senso proprio) attraverso il cui funzionamento le situazioni giuridiche si producono e si imputano in capo a tale centro». Viceversa la motivazione di carattere economico si rinviene nella circostanza per cui «le società, e in particolare quelle di capitali, per loro natura realizzano sistemi nei quali almeno alcuni dei soci, se non tutti, non sono in grado di regolare autonomamente i propri interessi in modo efficiente"; ragion per cui il controllo penetrante del legislatore si traduce in "intervento in materia di organizzazione delle società con lo strumento della norma imperativa».

[482] G. ROSSI, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario*, cit. p. 29.

[483] K.J. HOPT, op. cit., p. 36.

[484] Depone in questo senso il § 23, comma 5 *AktG* che testualmente recita: «*Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält*».

In particolar modo, il *Grundsatz der Satzungsstrenge* ravvisato dalla dottrina nel § 23, frase 5 dell'*AktG*[485], impedisce il ricorso a strumenti derogatori di taluni paradigmi ineludibili della sfera societaria. Di talché, così come la gestione della società è affidata in via esclusiva al *Vorstand*, senza che possano essere previste eccezioni in tal senso all'interno dello statuto, similmente il § 93, frase 4, caposaldo normativo della responsabilità gestoria, sanziona con l'invalidità le clausole che limitino il *respondere* degli amministratori (ad esempio alla sola grave negligenza) all'interno dello statuto o del singolo rapporto contrattuale stipulato con la società[486].

Spazi di discrezionalità nella direzione di esclusione *ex ante* di responsabilità sono quindi pressoché inesistenti nel diritto tedesco, nonostante siano state avanzate proposte volte a mitigare il carattere di stretta inderogabilità[487].

Sotto questa lente di indagine, è allora assimilabile l'impostazione tedesca a taluni ordinamenti come quelli italiano e portoghese che sul presupposto della *mandatory nature* del regime, ammettono in linea di principio, alle condizioni previste dalla norme di legge, soltanto una esclusione *ex post* del risarcimento dovuto[488]. Ed è pur significativo rilevare quale comune *ratio* giustificativa di tale soluzione, la necessità di garantire agli azionisti un adeguato apparato informativo in merito alle modalità di inadempimento e all'entità dei pregiudizi arrecati alla società, sulla base del quale calibrare la convenienza o meno della rinuncia all'azione avverso gli amministratori.

L'approdo dell'itinerario comparativo dimostra, in sostanza, la tendenziale restrittività degli ordinamenti giuridici di *civil law*, i quali, in ottica di ciò che viene efficacemente descritta come "*internationalisation of corporate indemnification*", sembrano ben distanti dall'ampio margine di derogabilità dell'impianto di *liability* anglo-americano.

Invero, nel contesto del Delaware, il dibattito interpretativo concernente la previsione di meccanismi di esonero a favore dei *directors* si è innestato a seguito del menzionato (e da più parti contestato) *leading case Smith v. Van Gorkom*, culminato con la declaratoria di

---

[485] A mente del quale "*Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält*".

[486] H. FLEISCHER, *Contractual Freedom and Corporate Law in Germany*, in *Regole del mercato e mercato delle regole*, cit., p. 115. Secondo l'A tra le ulteriori clausole che contrastano con l'inderogabilità della struttura azionaria, si annoverano, le pattuizioni in materia di *voting rights* e in materia di trasferibilità delle azioni.

[487] Si veda il contenuto del 70esimo Congresso dei giuristi tedeschi tenutosi ad Hannover nel 2014, reperibile su http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/djt_70_Wirtschaftsrecht_140320.pdf.

[488] M.E. GOMES RAMOS, *Corporate Indemnification: Experiences in USA and Developments in Germany, Italy and Portugal*, in *Eur. Comp. Fin. L. Rev.*, 2017, 14, p. 723 ss.

responsabilità degli amministratori ritenuti *grossly negligent* per non aver assunto le opportune cautele informative propedeutiche al *business judgment*.

La messa in discussione della c.d. "*almost reflexive deference*", considerata tratto saliente della dimensione gestoria, ha indirettamente rappresentato la spinta propulsiva per sollecitare l'intervento legislativo condensatosi nel *Delaware General Corporation Law*. Ed è anzi significativo che il paragrafo 102 (b) rappresenti un atecnico *overruling* del precedente *case law* mediante disposizioni di *statute law*, laddove abilita le *companies* a escludere la responsabilità degli amministratori per i *good faith breaches of the duty of care*, seppur siffatte violazioni concretizzino lo standard di *gross negligence*[489].

La possibilità di prevedere *exculpatory provisions* all'interno dell'apparato statutario delle società, abilita, in definitiva, non soltanto l'esonero successivo da responsabilità, bensì legittima la limitazione o l'esclusione della *liability* gestoria anche per eventuali e future violazioni del *duty of care*.

6. I patti di manleva: struttura e inquadramento civilistico

Giunti a tal punto, se l'esonero da responsabilità ottiene declinazioni eterogenee nel panorama comparatistico, ora volte a riconoscere margini di derogabilità più ampi, ora tese ad assicurare la piena attuazione delle funzioni di responsabilità gestoria, occorre allora meditare su talune soluzioni alternative che possano realizzare un simile effetto giuridico. È pur vero che la tassonomia dell'art. 1229 c.c. ingloba fattispecie di varia natura che rientrano nella categoria generale di disposizioni di *favor* per il debitore,[490] ma esse si sostanziano ad ogni modo in una limitazione o esclusione della responsabilità.

---

[489] Testualmente dispone il paragrafo 102 (b) (7) che " *[In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters:] [...] A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title*".

[490] Nel settore contrattuale, ad esempio, sono disseminate disposizioni concernenti la limitazione pattizia della responsabilità del debitore. Si pensi alla disciplina dell'art. 1713, comma 2 c.c. in materia di mandato; o ancora alla limitazione convenzionale della garanzia per vizi in materia di compravendita, secondo quanto statuito dall'art. 1490, comma 2, c.c., seppur certa dottrina cataloga tale ipotesi tra i patti di esonero della garanzia in senso stretto e non della responsabilità (F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, II, Utet, 1988, p. 399).

Il mancato *respondere* degli amministratori, tuttavia, non deriva esclusivamente da pattuizioni di tal specie, bensì può conseguire da pattuizioni che traslino su terzi il rischio gestorio e le eventuali conseguenze della responsabilità.

A ben vedere, uno studio analitico di questi profili dogmatici costituisce una coordinata d'ausilio per poter saggiare se in ambito di responsabilità degli amministratori le distanze con talune esperienze allogene, ove ampio è il perimetro di derogabilità dell'impianto di *liability*, siano in una certa misura riducibili.

Ebbene, non potendo prescindere dal settore da cui traggono gemmazione tali modelli di gestione del rischio, è ampiamente diffusa nella prassi contrattuale la tendenza a tutelare la posizione del debitore non tanto attraverso clausole riconducibili all'art. 1229 c.c. rispetto alle quali le prescrizioni di legge risultano alquanto stringenti, quanto piuttosto mediante il ricorso all'istituto della manleva.

Nel suo nucleo essenziale il contratto di manleva, considerato legalmente atipico, ma socialmente tipico[491], comporta la traslazione degli effetti derivanti dalla responsabilità del mallevato in capo al soggetto mallevadore. Ma è bene sin da subito chiarire - e ciò vale ulteriormente ad escludere la sovrapposizione con le clausole di cui all'art. 1229 c.c. - che l'ipotesi *de qua* non realizza forme di irresponsabilità, potendo ad ogni modo il soggetto garante agire nei confronti del debitore, seppur con le precisazioni di cui si dirà. Ed è proprio in relazione a tale parametro che si rintraccia il requisito di stretta atipicità[492] rispetto a fattispecie affini, giacché l'operatività della manleva non neutralizza l'eventuale proposizione di azioni giudiziali avverso il debitore.

Al contempo, l'assenza di tipizzazione normativa comporta che la validità del patto di manleva non sia condizionata alle coordinate del dolo e della colpa grave del debitore che informano l'art. 1229 c.c., dovendosi piuttosto verificare la consistenza strutturale sulla base del giudizio di meritevolezza cui risultano generalmente subordinate le pattuizioni che siano espressione dell'autonomia privata dei contraenti[493].

Per certo, con riguardo al giudizio di meritevolezza, intendendosi quest'ultimo volto a verificare il perseguimento, attraverso lo schema atipico di interessi significativi sul piano

[491] In questi termini Trib. Milano, Sez. Spec. Impr., 20 dicembre 2013, in *Riv. soc.*, 2014, 5, p. 560 ove si aggiunge che esso «può ritenersi valido solo se ed in quanto persegua interessi meritevoli di tutela (art. 1322 c.c.)».

[492] In maniera conforme la giurisprudenza di legittimità. A titolo esemplificativo Cass. civ., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Foro it.*, 1981, 1, p. 2539, sancisce che il patto di manleva costituisce un contratto atipico, onde la sua validità, ai sensi degli artt. 1322, 1343 e 1418 c.c., è condizionata al perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento.

[493] Cfr., tra le altre, Cass. civ., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Giur. it.*, 1981, 1, p. 1158; Cass. civ., 21 novembre 1988, n. 6267.

socio-economico, coerenti con i valori dell'ordinamento[494], l'interesse insito nel trasferimento del rischio fuga ogni dubbio circa la meritevolezza della tutela, giacché risponde ad una esigenza diffusamente avvertita all'interno della realtà sociale. D'altronde è stato opportunamente osservato che il patto di manleva quanto meno nei suoi lineamenti essenziali, presenta punti di contatto con lo schema della assicurazione della responsabilità civile[495] con il quale condivide la medesima funzione di copertura del rischio a fronte delle differenze pur esistenti relative alla qualifica soggettiva del garante e al difetto partecipativo rispetto all'evento dannoso[496].

Così come nessuna controindicazione pare ravvisabile se si restringe il focus sul requisito causale. Si è tal proposito condivisibilmente osservato che l'usuale assenza di una controprestazione in denaro dovuta dal mallevato nei confronti del mallevatore non vale a connotare il contratto di manleva per l'esistenza di un *animus donandi*[497].

Ciò che davvero rileva ai fini all'analisi causale e che appare ulteriormente dirimente per il superamento del vaglio di meritevolezza, è la configurazione di un meccanismo di "garanzia pura", esemplificativo di una pattuizione contrattuale che si denota per un rischio innominato. Ed in questa cornice, a presidio della validità del patto, è posto l'ineludibile principio indennitario[498], in stregua al quale la traslazione del rischio verso il mallevadore non può costituire un indebito vantaggio per il soggetto manlevato.

Si potrebbe allora obiettare che nella prassi il patto di manleva non viene a strutturarsi su un nesso di stretta sinallagmaticità tra le rispettive prestazioni dei contraenti. Difatti nonostante sia pacificamente ammissibile che il manlevato possa essere tenuto ad eseguire una controprestazione in denaro quale corrispettivo al trasferimento del rischio in capo al mallevadore, di norma alla stipulazione della manleva non consegue l'assunzione di una definita obbligazione da parte del soggetto garantito.

Sicché, se per un verso si ottiene ulteriore conferma della distinzione ontologica rispetto al contratto di assicurazione, atteso che la previsione di un corrispettivo non rappresenta elemento

---

[494] G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, p. 615 ss.

[495] P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 301.

[496] Sottolinea F. SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, in *Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*, cit., p. 292 come il contratto di assicurazione si configura quale contratto di impresa in cui l'attività è svolta da una parte qualificata, quale è l'assicuratore.

[497] A. FRANCHI, *Riflessioni sulla manleva*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1, p. 157. L'impossibilità di qualificare il patto di manleva alla stregua della donazione sorge inoltre «per l'assenza dei requisiti tipici della causa donativa», nonché per «ulteriori problemi che deriverebbero dalla violazione dei principi relativi al divieto di donazione di beni futuri, alla invalidità della promessa di donazione e alla necessità che l'oggetto della donazione determinato».

[498] Si veda F. DI CIOMMO, *Principio indennitario e traslazione dei costi sociali*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2017, p. 33 ss..

indefettibile del patto di manleva, per l'altro occorre evitare di incorrere per ciò solo nel malinteso secondo cui il principio indennitario sarebbe leso da una pattuizione di tal specie.
A ben vedere la validità di una simile figura contrattuale non dipende tanto dall'esistenza del vincolo sinallagmatico, quanto piuttosto come acutamente rilevato dal formante giurisprudenziale, dalla esistenza di un interesse rilevante del "garante", difettando il quale il patto sarebbe nullo per mancanza o illiceità della causa[499].
Ecco allora che se si accede alla nozione più ampia di scambio, che prescinde dalla valutazione della reciprocità di prestazioni, il requisito causale del patto di manleva implica la presa in esame di taluni elementi esterni da cui si possa desumere la sussistenza di un interesse anche del mallevadore e che attenta dottrina ha identificato ora in accordi sottostanti o collegati al patto di manleva[500], ora in più generiche circostanze giuridicamente rilevanti[501].
Ma nella consapevolezza che l'esplicitazione della causa rappresenta ad ogni modo la soluzione più idonea ad evitare contestazioni circa validità della pattuizione posta in essere, ciò che appare ancor più decisiva è la sussistenza dei requisiti della determinatezza, o quantomeno della determinabilità dell'oggetto contrattuale.
In tal caso non si tratta di mere difficoltà ermeneutiche, quanto del rischio di una comminatoria di stretta nullità per violazione degli artt. 1325 e 1346.
Avanzando progressivamente verso l'inquadramento del thema nella dimensione societaria, l'assenza di una puntuale specificazione dell'oggetto negoziale è circostanza ampiamente diffusa in sede di redazione del predetto strumento contrattuale. Il che implica il rischio per cui un modello di traslazione del rischio si trasformi "in una liberatoria preventiva e 'a scatola chiusa' di assoluta indeterminatezza nel suo oggetto"[502].
Per tali considerazioni è indispensabile, quindi, che la delimitazione dell'oggetto della manleva sia dotata di un sufficiente grado di specificità, garantendo una ipotetica e parziale previsione della natura dell'illecito da cui originerà responsabilità del manlevato e degli annessi pregiudizi che ne derivino.
Eppure raggiungere un adeguato livello di specificazione non esaurisce il ventaglio dei limiti cui la manleva risulta subordinata.
Non sfugge, infatti, in questa linea ricostruttiva che la perimetrazione del rischio che si intenda trasferire al mallevadore debba pur tuttavia rispettare il confine del fatto colposo del manlevato.

[499] A. DONATO, *Clausola di manleva*, in *Clausole negoziali*, cit., p. 1190. Per il *case law* che si esprime in tal senso, Cass. civ., 17 dicembre 2001, n. 15891, in *Giur. it.*, 2002, 4, p. 2166.
[500] A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori e gli strumenti di esonero da responsabilità*, cit., p. 135.
[501] A. DONATO, op. cit., p. 1190.
[502] In questi termini App. Torino, 29 luglio 2009, n. 1093 in *Dejure*.

Se ne desume che, riscontrati gli aspetti di divergenza rispetto alla fattispecie di cui all'art. 1229 c.c., sia in pari tempo configurabile il medesimo divieto, seppur in tema di manleva si enfatizzi maggiormente l'incidenza dei principi normativi afferenti l'assicurazione della responsabilità civile[503].

Tanto vale a significare che laddove sia prevista una clausola di manleva che trasli il rischio delle conseguenze pregiudizievoli di responsabilità derivante da inadempimento doloso, essa risulterà parzialmente nulla ai sensi dell'art. 1419 c.c., così come nel caso in cui nulla sia precisato a tal riguardo, la clausola dovrà essere letta sul piano ermeneutico nel senso della esclusione della copertura per i fatti dolosi del manlevato[504].

Pur fermi i profili positivi notati, a porre dubbio è il l'estensione della copertura anche ai fatti gravemente colposi del manlevato.

Posto infatti che la tesi summenzionata riconosce la valenza dei principi dettati in materia assicurativa (in particolar modo agli artt. 1900 e 1917 c.c.), viene da interrogare la fondatezza di una eventuale integrazione con il disposto normativo dell'art. 1229 c.c.

E la risoluzione del quesito appare intimamente connessa alla tipologia di manleva che venga in rilievo.

Segnatamente allorquando l'oggetto del patto attiene a responsabilità che siano dovute a fatti o eventi già accaduti, si sostiene l'inapplicabilità dell' art. 1229 c.c. atteso che, se si aderisce alla funzione deterrente della divieto in parola[505], non avrebbe ragion d'essere una limitazione riferita a prestazioni già svolte dal manlevato.

Ma la distinzione ontologica tra clausole di esonero e patti di manleva induce a ritenere parimenti inapplicabile il principio di cui all'art. 1229 c.c. alla manleva in senso stretto, vale a dire talune ipotesi in cui il trasferimento del rischio afferisca a responsabilità derivanti da condotte future[506]. L'esegesi dell'art. 1229 c.c. vieta alle condizioni ivi previste l'esonero da responsabilità, fattispecie quest'ultima, del tutto distinta dalla morfologia del patto di manleva, ove per l'appunto si realizza la traslazione del rischio e non già una irresponsabilità del manlevato.

---

[503] P. CORRIAS, *Manleva (patto di)*, in *Enc. giur.* Treccani, 5.3.2. La riflessione dell'A. muove dall'assunto che il menzionato compendio normativo sia dotato «di valenza transtipica, per effetto della quale fuoriescono dal contesto strettamente assicurativo nel quale sono previste, per estendere la propria operatività all'intera categoria dei contratti di rischio cui l'assicurazione contro i danni costituisce una *species*».

[504] A. DONATO, op. cit., p. 1203.

[505] Visione, questa, ad ogni modo revocata in dubbio dalla dottrina che pone l'accento non già sul momento deterrente, quanto sull'esigenza di garantire una minima tutela in favore del creditore. Si veda G. C. ADRIANO, *Patti di manleva e circolazione del costo del danno*, Padova, 2012, p. 43.

[506] A. DONATO, op. cit., p. 1204.

La chiave risolutiva, anticipando la tesi che accoglie il nostro favore, si fonda peraltro sulle indicazioni provenienti dalla (esigua) giurisprudenza di legittimità che ha avuto modo di sancire la piena validità ed efficacia del patto di manleva attraverso il quale sia trasferito il rischio al mallevadore "non essendo esso in contrasto con alcun principio generale del vigente ordinamento, né, in particolare, con la "ratio" dell'art. 1229 c.c., diretto a proteggere il creditore danneggiato, il quale, anzi è da questa clausola tutelato"[507].

Se ne trae in sostanza la ammissibilità di simili pattuizioni, seppur resti da svolgere una terminale precisazione che fungerà da trade union con la riflessione in punto di manleva gestoria.

Sembra infatti pienamente condivisibile l'orientamento che fa salvo l'estensione del divieto di cui all'art. 1229 c.c. alla manleva nei casi in cui in essa si convenga la copertura onnicomprensiva anche dei pregiudizi che derivino direttamente al mallevadore dall'inadempimento del manlevato. E la più intuitiva spiegazione è da ravvisarsi nel rischio di snaturamento del patto di manleva che, laddove inteso a traslare un rischio così ampio, sfocerebbe nel divieto di irresponsabilità posto a presidio dell'art. 1229 c.c., con l'inevitabile conseguenza della nullità parziale della clausola[508].

7. Manleva e responsabilità gestoria

La varietà di contenuto della clausola in oggetto, sulla base delle considerazioni sino ad ora svolte, rende ardua la definizione dei suoi elementi applicativi all'interno del contesto societario, anzitutto perché il tema è alquanto inesplorato da parte della dottrina e della giurisprudenza.

È allora significativo ai fini di nostro interesse dar conto che i menzionati problemi interpretativi divengono ben più stringenti se calati nella sfera di responsabilità gestoria, giacché si parla dai più di protezione degli amministratori "a tutto tondo" attuata mediante il ricorso all'istituto della manleva. Ciò vale a distinguere siffatto strumento contrattuale dalla affine fattispecie del patto di rinuncia, essendo quest'ultimo diretto a neutralizzare soltanto le azioni di spettanza ai soci[509]. Distinguo che diviene ancor più marcato, sol che si consideri la funzione indennitaria

[507] Così Cass. civ., 21 novembre 1988, n. 6267, in *Mass. Giur. It.*, 1988.
[508] A. DONATO, op. cit., p. 1207.
[509] F. SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, cit., p. 299, rimarca la distinzione tra i due istituti sul piano funzionale: la manleva realizza una funzione indennitaria e si colloca all'esterno del rapporto di amministrazione, ragion per cui la sua essenza «si coglie nel trasferimento del rischio connesso alle conseguenza negative derivanti dall'accertamento della responsabilità».

che connota il patto di manleva, venendosi quest'ultimo a porre all'esterno del rapporto amministrativo.

A ben vedere la l'ontologica differenza che intercorre tra manleva e patto di rinuncia consente di trarre un primo intuitivo spunto ricostruttivo. Il *safe harbour* per l'organo gestorio sembrerebbe ulteriormente rafforzato laddove, di fianco alla eventuale rinuncia deliberata dall'organo assembleare, sia stato stipulato un patto di manleva: con la naturale conseguenza per cui se il patto di rinuncia sia affetto da invalidità, ipotesi tutt'altro che remota essendo sottoposto a vincoli più stringenti, il patto di manleva non sarà automaticamente investito della medesima sanzione.

In questa ottica si è evidenziato che le clausole di manleva assumono una formulazione omnicomprensiva riferendosi ai rischi derivanti da azioni di responsabilità promosse a qualsiasi titolo avverso gli amministratori[510].

D'altronde il contesto operativo dell'istituto attiene ad ipotesi eterogenee.

Se ne rileva ad esempio, ampia diffusione in ambito di operazioni di acquisizioni societarie[511], in cui si assiste sovente alla traslazione del rischio in capo al socio di controllo entrante su cui graverà l'obbligo di manlevare i precedenti dimissionari amministratori dalle eventuali iniziative giudiziali proposte nei loro confronti.

Così come esteso utilizzo ne viene fatto in tema di attività da direzione e coordinamento, ove la società esercente il controllo può assumersi l'impegno di tenere indenni gli amministratori della società eterodiretta per gli eventuali danni che dovessero concretizzarsi a seguito dell'attuazione delle direttive impartite dalla capogruppo.

La prassi applicativa dimostra, in sostanza, come ulteriore requisito che delinea il patto di manleva sia ravvisabile nella estraneità del soggetto su cui viene traslato il rischio rispetto ai soggetti del rapporto obbligatorio. Ragion per cui può convenirsi con l'idea che in caso di manleva stipulata direttamente tra società e proprio amministratore, avente ad oggetto la responsabilità di quest'ultimo direttamente nei confronti della società, viene meno l'essenza del patto e si lasci spazio a pericolose "abdicazioni a far valere proprie posizioni di diritto"[512], nonché ad una sovrapposizione operativa con l'istituto di cui all'art. 1229 c.c.

---

[510] A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinunzia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2016, 2, p. 282 ss.

[511] F. SARTORI, op. cit., p. 290 specifica che «il patto assume valore di contrappeso alle garanzie (c.d. "*Representations & Warranties*") concesse dall'alienante».

[512] A. FRANCHI, *Riflessioni sulla manleva*, *in Contr. e impr.*, 2017, 1, p. 167.

Ciò posto, occorre rilevare come nelle sue modalità operative la manleva degli amministratori possa essere tanto stipulata con riguardo ad attività gestoria già compiuta, quanto in riferimento a futuri rischi di responsabilità.

Prendendo in esame la prima ipotesi non si ritiene in linea di principio che la validità del patto sia vincolata ai medesimi limiti sanciti in punto di rinuncia all'azione sociale, bensì appare condizionata al superamento del generale vaglio di meritevolezza.

Su questo profilo, in cui centralità deve peraltro riconoscersi agli scopi effettivi perseguiti dalle parti, si è acutamente osservato, al pari di quanto in precedenza analizzato per il patto di manleva nella sua declinazione civilistica, che la ragione giustificativa del patto ben possa essere desunta *aliunde*, con riguardo all'assetto complessivo in cui viene a calarsi la manleva.

Ciò posto, la valutazione complessiva sulla ammissibilità della clausole deve ad ogni modo snodarsi non soltanto sulla esistenza di un interesse del manlevato (rilevabile *ictu oculi*), bensì anche in riferimento all'interesse del mallevadore. A tacere dei dubbi interpretativi che si rinvengono per lo più nella possibile assenza di un vincolo sinallagmatico tra manlevato e manlevante, invero l'interesse di quest'ultimo "non viene in considerazione come mero motivo soggettivo, ma assume una concreta rilevanza causale" che può ravvisarsi nell'intera operazione societaria[513] ovvero nella garanzia di un miglior ambito di operatività dell'attività degli amministratori[514].

L'individuazione della causa che sorregge tali modelli di manleva non esaurisce il mosaico dei presupposti che legittimino la sua validità.

Si è in precedenza rilevata la necessità che l'oggetto della manleva sia adeguatamente delineato. Ebbene, anche la più recente giurisprudenza di merito in materia di responsabilità gestoria non ha esitato a rilevare la nullità di un contratto di manleva dal contenuto indeterminato, allorquando la traslazione del rischio si si riferisca ad una responsabilità genericamente intesa che possa sorgere dalla mera assunzione dell'incarico di amministratore[515].

Ma anche sul punto doverosa è una precisazione.

A seguire il monito di attenta dottrina, l'enfasi posta sul requisito oggettivo non deve sfociare nella deriva della commistione tra il profilo della determinabilità e quello dell'aleatorietà, ma deve piuttosto indurre a considerare determinabile l'attività potenzialmente dannosa[516].

---

[513] A. DONATO, *Clausole di esonero degli amministratori da responsabilità per l'attività gestoria*, in *Clausole negoziali*, cit., p. 862-863.

[514] Viceversa segnala A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinunzia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, cit., p. 286, come nei casi di attribuzione patrimoniale derivante dalla manleva, essa sia giustificata alla luce dell'interesse complessivo delle parti al risultato economico-sostanziale.

[515] Trib. Milano, 20 dicembre 2013, cit.

[516] F. SARTORI, op. cit., p. 301.

Sicché, il requisito di cui all'art. 1346 c.c. si intenderà soddisfatto in virtù della determinabilità *per relationem* degli atti posti in essere dal manlevato[517].

Last but not least, figura il profilo dell'individuazione del tetto massimo, di chiara derivazione fideiussoria, rispetto al quale ci si è anzi interrogati sulla applicabilità dell'art. 1938 c.c.

La questione è stata variamente affrontata da un duplice angolo visuale. Si è sostenuto per un verso che il rispetto del principio *ex* art 1938 c.c. rappresenti presupposto indefettibile per la validità della manleva, nell'ottica di evitare che il mallevatore sia esposto a conseguenze del tutto imprevedibili[518].

L'opinione di segno contrario che in realtà pare maggiormente condivisibile, muove dalla opportuna distinzione dell'oggetto della manleva. Difatti, nei casi in cui la manleva riguardi attività gestoria pregressa, non vi è alcuna ratio che sostenga l'applicazione analogica dell'art. 1938 c.c. in quanto il valore della prestazione del garante risulta già cristallizzato.

Maggiori perplessità desta invece il caso in cui il patto di manleva sia destinato a ricoprire atti da compiersi da parte dell'organo gestorio. Ma secondo questa linea interpretativa, nonostante sia più tangibile il rischio che il soggetto garantito incida sulla prestazione cui è tenuto il manlevante, non pare ugualmente necessario scomodare il principio di cui all'art. 1938 c.c., giacché una adeguata tutela seppur indiretta può trarsi dal dovere di buona fede che impone al soggetto manlevato di tutelare l'interesse del manlevante[519].

Merita inoltre restringere il focus sul profilo soggettivo che caratterizza il patto di manleva. Molto si discute, in particolare sulla ammissibilità di una manleva che copra la responsabilità dell'amministratore per atti dolosi o gravemente colposi da egli compiuti.

Ebbene torna qui nuovamente d'ausilio la comparazione con il modello assicurativo, con cui la manleva ne condivide la qualifica di contratto di rischio. Gli echi di tale raffronto hanno finito per riverberarsi in senso favorevole alla applicabilità al sistema della manleva del principio di cui all'art. 1917 c.c., ossia l'inoperatività della copertura assicurativa nelle ipotesi di responsabilità dolosa.

Eppure una siffatta impostazione ermeneutica renderebbe eccessivamente ristretto il perimetro dell'autonomia privata. Per converso, occorre quindi indagare l'assetto della specifica clausola così come disegnata dalle parti, avendo a mente l'oggetto ad essa afferente. Sicchè mutuando la distinzione esonero preventivo-esonero successivo, laddove la manleva riguardi l'attività già

[517] A. PICCIAU, op. cit., p. 290.
[518] A. DONATO, op. cit., p. 863.
[519] Per questa tesi A. PICCIAU, op. ult. cit., p. 292.

compiuta dall'organo gestorio non si rilevano particolari controindicazioni a ritenerla estesa anche per le condotte dolose.

Tutt'altro discorso invece nel caso in cui la manleva sia stipulata *ex ante* in vista di eventuali responsabilità che possano derivare dall'attività degli amministratori, fattispecie in seno alla quale si sono condensate differenti soluzioni interpretative.

In primo luogo è da escludersi il richiamo alla disciplina dell'art. 1229 c.c., in quanto essa soltanto nella sua visione tradizionale costituisce deterrente rispetto a una frustrazione *ab origine* degli interessi che afferiscono la gestione societaria *tout court*. Tuttavia si è visto in primo luogo come la ratio del divieto sia dai più individuata nella necessità di assicurare una tutela minima del creditore piuttosto che in una finalità dissuasiva[520], ma ancor di più che sussiste un problema strutturale di fondo, vale a dire l'assenza di attenuazione della responsabilità del debitore nel caso del patto di manleva[521].

Né si può convenire con l'indirizzo che vuole ammettere l'operatività del divieto di cui all'art. 1917 c.c., considerandolo espressione del più generale ed inderogabile limite della trasferibilità sui soggetti "garanti" dei pregiudizi economici derivanti dall'illecito doloso[522]. E volendo fondare quest'obiezione su un principio di più ampia portata, si può agevolmente considerare che la inderogabilità delle disposizioni assicurative, sancita dall'art. 1932 c.c., sia prevista per i soli commi 3 e 4 dell'art. 1917, non anche per il primo comma in cui è cristallizzata l'esclusione dalla copertura assicurativa dei danni derivanti dai fatti dolosi[523].

A parere di chi scrive, la questione pare possa trovare la chiave risolutiva nei generali canoni della buona fede nell'esecuzione del contratto.

Per certo, le perplessità che ancora oggi avanzano gli interpreti e l'esigua giurisprudenza espressasi sul punto, si devono ad un dato di fondo che anima la tematica dell'esonero da responsabilità: il carattere di stretta inderogabilità, o se si preferisce, l'imperatività dell'impianto normativo in materia di responsabilità gestoria.

Si è visto che rispetto ai patti di rinuncia la pervasività dello strumento di responsabilità, ora più marcata nei casi di esonero preventivo, ora più sfumata per l'esonero successivo, risponde all'esigenza di garantire in ultima istanza l'integrità del patrimonio sociale e l'*agere* diligente dell'organo gestorio.

---

[520] C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1970, p. 399.

[521] F. SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, cit., p. 297 c.c.

[522] Si veda L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, 206.

[523] M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in G. COTTINO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, X, Padova, 2011, p. 282 ss.

Per converso, i patti di manleva, pur inidonei per conformazione ad incidere sulla responsabilizzazione o deresponsabilizzazione dell'amministratore, venendo piuttosto in rilievo la traslazione del rischio e il principio indennitario, risultano profondamente influenzati da ragioni di *policy* volte ora a restringere il perimetro dell'autonomia privata, talvolta a tutelare il mallevadore arginando il rischio di uno smisurato ampliamento della prestazione da egli dovuta.

È pur vero che se si volesse valorizzare il sostrato dell'autonomia privata, non si ravvisano controindicazioni rispetto alla validità di tali pattuizioni (sempre se conformi al giudizio di meritevolezza).

Eppure, il rischio che la manleva si tramuti in uno strumento di "elusione" delle prescrizioni normative in materia di responsabilità gestoria, ha indotto la giurisprudenza a mostrare non pochi dubbi e torsioni interpretative. Da ciò si sono fatte discendere comminatorie di invalidità per eccessiva genericità dell'oggetto del patto o per violazione di disposizioni previste da contratti tipici, applicate per analogia.

Ciononostante, si è visto sul piano strutturale che differenze rispetto a fattispecie affini, sussistono e non sono poi così tanto irrilevanti.

Ragion per cui sarebbe preferibile anche da parte del formante giurisprudenziale un approccio più "sostanzialista" che restringa il focus sull'operazione contrattuale e sulle esigenze economiche ad essa sottese, in maniera tale da scandagliare nel dettaglio il risultato dell'autonomia privata.

Tuttavia, nonostante timidi tentativi in questa direzione l'itinerario è ancora in fase di evoluzione e la declamazione della natura imperativa delle norme di responsabilità gestoria sovente risorge nelle decisioni delle corti.

Capitolo III

RESPONSABILITÀ E DIGITALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE GESTORIA

SOMMARIO: 1. Lo scenario geopolitico e l'avvento della *CorpTech*; 2. Le potenzialità applicative dell'IA nell'esercizio della funzione gestoria: *Assisted AI*, *Augmented AI* e *Autonomous AI*; 2.1. (Segue). L'intelligenza artificiale come *Einsatz als Substitut*: limiti strutturali alla configurazione dei *Robobards*; 3. I profili di rischio: *bias* e amnesie collettive; 4. *New technologies*, nuovi doveri (?); 4.1. (Segue). L'*enforcement* del parametro di diligenza; 5. Nuove frontiere di responsabilità nell'era dell'intelligenza artificiale; 6. La possibile rimodulazione della *business judgment rule*; 6.1. (Segue). "*Pflicht zum Einsatz von KI*"? Il perimetro applicativo della *bjr* tedesca alla prova dell'intelligenza artificiale; 7. Regolazione europea dell'IA e possibili risvolti applicativi nella dimensione gestoria; 7.1. (Segue). Tutela *ex ante* e principio di *accountability*; 7.2. (Segue). Tutela *ex post* e profili rimediali; 8. Funzione gestoria ed evoluzione tecnologica: l'approdo sicuro della responsabilità civile; 9. Riflessioni conclusive.

1. Lo scenario geopolitico e l'avvento della *CorpTech*

La rivoluzione cognitiva ormai intrapresa con l'avvento delle nuove tecnologie[524] disegna una nuova stagione della tensione, o se si preferisce del rapporto di osmosi, tra tecnica e diritto che da più di vent'anni anima il dibattito giuridico e che appare destinata a produrre effetti dirompenti anche nella dimensione della gestione di società di capitali e, più in generale, nell'anatomia dei modelli societari[525].

La proliferazione delle eterogenee *emerging technologies* suggerisce, in particolar modo, di saggiare le potenzialità applicative di tali sistemi intelligenti all'interno della governance societaria[526], pur avendo a mente la trasformazione dei paradigmi tradizionali che reca con sé

[524] Secondo P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, vol. II – Fonti ed interpretazione*, *IV ed.*, Napoli, 2020, pp. 46-48, l'incremento di forme tecnologiche, «sempre più rivolte all'automazione a alla dematerializzazione dei processi produttivi e distributivi e soprattutto di quelli identificativi degli stessi soggetti, induce a realizzare sofisticati fenomeni di robotizzazione mediante l'uso diffuso delle diverse forme di intelligenza artificiale. Ciò richiede interventi normativi non soltanto nazionali che interessano tutti i settori anche più minuti»; B. DONDERO, *Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire*, in *Rec. Dalloz*, 2017, p. 532.

[525] AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2017. Basti pensare, più di recente, al potenziale applicativo della *Blockchain Technology* rispetto al trasferimento di azioni o ancora, alle modalità di costituzione dell'ente societario attraverso gli *smart contracts* e alla possibilità di effettuare conferimenti e finanziamenti in criptovaluta. Si vedano rispetto al primo profilo, P. STOCKER, *The Potential of Blockchain Technology for Share Transfers in Non-Listed Companies in Switzerland and the United Kingdom*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2023, 3, p. 439 ss; W. MOUGAYAR, *The business blockchain: promise, practice and application of the next internet technology,* Wiley, 2016. Per una panoramica relativa alla seconda prospettiva, S.A. CERRATO, R.M. COLANGELO, *Costituzione online e costituzione mediante smart contracts*. *Conferimenti e finanziamenti (obbligazioni, s.f.p.) in criptovaluta*, in A. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, 2022, p. 1088 ss.

[526] Per un primo approccio, N. URBACH, M. RÖGLINGER, *Introduction to Digitalization Cases: How Organizations Rethink Their Business for the Digital Age*, in IID. (a cura di), *Digitalization Cases*, Cham, 2018, p. 1 ss.

una siffatta metodologia, tanto da discutersi variamente di "fine della società"[527] o se si preferisce di "mutazione genetica"[528], quali effetti inevitabili della transizione da una *artificial intelligence*[529] allo stato ancora "*narrow*" ad altra più invasiva che sia in grado di modificare sensibilmente l'assetto relazionale interno[530].

Sicché, l'interprete è posto dinanzi a quesiti di assoluto rilievo relativi per lo più alla individuazione di possibili regole già esistenti ovvero alla predisposizione di inedite forme e tecniche di disciplina[531], adeguatamente amalgamate con le istanze di carattere etico che pur assumono un ruolo pivotale rispetto alla gestione della *technology revolution* [532].

Tuttavia, prima di sceverare nel dettaglio la prospettiva *future-tech* che pervade il paradigma della governance gestoria e le sue eventuali influenze sugli assetti di responsabilità gestoria, sembra alquanto opportuno fornire una panoramica su scala globale dei differenti approcci al tema dell'innovazione tecnologica.

---

[527] Cfr. N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, D*iritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, p. 149; M. FENWICK, E.P.M. VERMEULEN, *The End of the Corporation* (October 20, 2019), Lex Research Topics in Corporate Law & Economics Working Paper no. 2019-7, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 482/2019, disponibile su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3472601. Il tramonto dei modelli societari tradizionali è altresì oggetto, nella letteratura scientifica, di una riflessione concernente la possibilità di costituire società capaci di esercitare attività economiche in maniera del tutto indipendente dal coinvolgimento di persone fisiche: si veda sul punto P. TULLIO, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, p. 225.

[528] A. SACCO GINEVRI, *Intelligenza artificiale e corporate governance*, in AA. VV., (a cura di), *Il diritto nell'era digitale e dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2021, p. 429 ss.

[529] Il concetto di intelligenza artificiale è stato coniato nel 1956 nel corso della Conferenza tenutasi presso il Dartmouth College di Hannover. Si veda J. MCCARTHY, M.L. MINSKY, N. ROCHESTER, E. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, August 31, 1955, in *AI magazine*, 2006, 4, p. 12 ss.

[530] Tale è il rilievo di C. SANDEI, *Intelligenza Artificiale e funzionamento degli organi sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 4, p. 699.

[531] G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in AA. VV. (a cura di), S*ui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto"*, Torino, 2022, p. 66.

[532] Si vedano P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO, *Trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2019, *passim*; L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 26 ss; AA. VV., *Artificial Intelligence, Governance and Ethics: Global Perspectives*, in T*he Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2019-15*, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3414805. In ambito europeo l'inevitabile richiamo è alle *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI* elaborate nel 18 dicembre 2018 *dall'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, nella cui introduzione si legge: «*having the capability to generate tremendous benefits for individuals AI and society, AI also gives rise to certain risks that should be properly managed. Given that, on the whole, AI's benefits outweigh its risks, we must ensure to follow the road that maximises the benefits of AI while minimizing risks. To ensure that we stay on the right track, a human-centric approach to AI is needed, forcing us to keep in mind thah the development and use of AI should not be seen as a means in itself, but as having the goal to increase human well-being*». Ancora secondo PV. PACILEO, *Civil Liability e New Technologies tra comparazione e best practices*, in *Comp. e dir. civ.*, 2017, p. 20, «la pur legittima aspirazione di ogni nuovo fenomeno economico-giuridico di avere delineato per sè un quadro di certezze non può, tuttavia, condurre all'invocazione assolutoria di un'esaustiva legiferazione in materia, bensì, piuttosto, al tortuoso ed angusto sentiero della verifica analitica di compatibilità, divergenze ed analogie con le normative già esistenti».

Nei tre modelli cardine, Stati Uniti, Cina e Unione europea si registra difatti una sensibile divergenza di impostazione sia per quanto concerne il perimetro regolatorio, sia per quanto attiene al livello di tutela dei diritti fondamentali: se per un verso lo scenario statunitense risulta animato da un approccio *self-regulation*, il disegno europeo soprattutto alla luce della più recente evoluzione normativa, appare incentrato sulla necessità di una armonizzazione complessiva della materia.

E ciò non dovrebbe sorprendere, sol che si considerino le radici di questa netta divaricazione.

La scelta statunitense dell'autoregolamentazione costituisce diretta filiazione di una *policy* ben precisa, vale a dire la garanzia di un ampio e rapido sviluppo delle nuove tecnologie, che ben può essere agevolato dalla crescita della *expertise* delle singole aziende[533]. Su altro versante, inoltre, l'ottica della regolamentazione privata neutralizzerebbe la complessità procedurale che contraddistingue il tradizionale *iter* normativo e la limitazione delle singole leggi statali. Una simile conformazione ben spiega, peraltro, la tendenza degli Stati Uniti a restringere il focus sui benefici offerti dall'IA secondo un approccio chiaramente *innovation-friendly*[534].

L'impronta più sistemica che denota l'intervento europeo è, per converso, espressione di un approccio *human-centric* considerato più soddisfacente del modello *self-regulation*. Esemplificativa in tal senso appare la strategia complessiva definita nei differenti momenti regolatori del *General Data Protection Regulation* (GDPR), del *Digital Services Act* (DSA) e del *Digital Markets Act* (DMA), tesa a proiettare il sistema unionale verso una normativa più organica che prescinde dai singoli confini nazionali, in cui la salvaguardia dei diritti fondamentali unitamente all'intramontabile centralità riconosciuta al principio di precauzione rappresentano le coordinate di rilievo.

Ciò posto, venendo ai profili più inediti della nostra riflessione, il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale dotati di carattere profondamente trasformativo, impone anche in ambito societario la piena consapevolezza del confronto e dell'integrazione del sapere giuridico con le istanze tecnologiche, in linea con la rinnovata concezione del diritto in cui la produzione di norme giuridiche appare intensamente condizionata dall'acquisizione delle informazioni connesse al rischio tecnologico[535].

E, se come si è osservato, il paradigma di responsabilità assurge a "sismografo" delle istanze tecnologiche di nuovo conio, è proprio la coordinata del rischio, così come la sua inevitabile

---

[533] Si veda più in generale *The White House, Blueprint for an AI Bill of Rights – Making Automated Systems Work for the American People*, disponibile su https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights/.

[534] Per una esaustiva comparazione, G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf. e inf.*, 2022, 2, p. 325.

[535] Cfr. F. DEGLI INNOCENTI, *Rischio di impresa e responsabilità civile*, cit., p. 16.

prevenzione, a schiudere scenari di crescente responsabilizzazione degli amministratori, atteso che questi ultimi non sono più tenuti a fronteggiare l'esclusivo rischio di impresa, ma devono diligentemente far fronte a rischi, tra cui quello tecnologico, che costituiscono autentico crocevia per l'affermazione di un modello societario efficiente.

Così, se per un verso è indubbio l'apporto che tali sistemi di IA siano in grado di fornire al funzionamento dell'organo societario nel suo complesso, per l'altro l'impiego delle nuove tecnologie reca con sé una intrinseca difficoltà di definire all'interno del *software* principi e valori, dai contorni piuttosto sfumati, che orientino il processo di assunzione delle decisioni gestorie, nella consapevolezza che il dividendo tecnologico non elimina la *vexata quaestio* dell'opportuno bilanciamento tra interessi divergenti[536]: torna quindi in auge la bipartizione di ricostruzioni tipologiche afferenti all'impresa capitalistica e, più segnatamente, la nota visione contrattualistica secondo cui la società costituisce il frutto di un accordo privato avente come scopo la remunerazione del capitale investito, anche nota in termini anglo-americani quale *shareholders value*, cui tradizionalmente si contrappone la concezione istituzionalistica della società, ove il *quid pluris* rispetto al perseguimento del profitto sociale è individuato nel successo dell'impresa inevitabilmente riconnesso alla tutela di interessi altri (c.d. *stakeholderism*). Interessi convergenti o divergenti che impongono la definizione di punti di equilibrio plasmati *ex novo* o tramite la riproposizione di schemi giuridici già ampiamente esplorati.

Nondimeno, è significativo che il percorso ormai intrapreso nel panorama internazionale rispetto alla regolamentazione di tali stanze di nuovo conio sia teso a realizzare il passaggio da una concezione volontaristica ad una effettività di tutela degli interessi degli *stakeholders*[537].

Ma ancor prima di incidere sui rapporti per così dire esterni, nonostante si sia acutamente osservato che via sia uno stretto *fil rouge* che lega la transizione sostenibile e digitale, potendo quest'ultima costituire il *driver* del nuovo *corporate purpose*[538], tra le istanze maggiormente trasformative la digitalizzazione della governance gestoria è al centro del dibattito giuridico per quanto ne deriva in termini di ampliamento dei doveri incombenti in capo agli amministratori

---

[536] L. CALVOSA, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. soc.*, 2022, 2, p. 311.

[537] L. CALVOSA, op. cit., p. 313.

[538] Cfr. L. MARCHEGIANI, *Automazione della governance societaria e discrezionalità amministrativa*, in *Riv. soc.,* 2022, 1, p. 103; U. TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1 ss. Invero si tratta dell'opinione, ampiamente condivisa nel panorama internazionale, secondo cui ai *tools* artificiali è demandato l'arduo compito di neutralizzare i problemi di *agency*. Si vedano C. DARNAULT, T. PARCOLLET, M. MORCHID, *Artificial Intelligence: a tale of social responsibility*, 2019, disponibile su https://hal.science/hal-02270410v2/document.; J. ZHAO, B. GÓMEZ FARINAS, *Artificial Intelligence and Sustainable Decisions*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2023, 24, p. 1 ss.

e di parallela espansione delle frontiere di responsabilità, con l'avvertenza di dover considerare l'intelligenza artificiale, in conformità ai principi europei, non già quale "fine", bensì quale mezzo per ottimizzare l'efficienza della funzione amministrativa[539].

In tale ottica eterogenei sono i quesiti che si pongono all'interprete: può un sistema incentrato sulla *AI* assumere l'incarico gestorio all'interno del consiglio di amministrazione? Può il *board* delegare funzioni specifiche a un sistema intelligente? O ancora, in che modo la scelta di assecondare o di discostarsi dalla evidenze fornite dall'AI *based-system* incide sulla responsabilità degli amministratori?[540]

Domande, queste, che pervadono il paradigma della *CorpTech governance*[541], rispetto alle quali si tenterà di fornire risposte che non siano guidate dalla mera pervasività del principio dello sviluppo digitale "ad ogni costo", bensì opportunamente orientate dalle categorie giuridiche tradizionali, prima fra tutte il "pendolo" della responsabilità.

In considerazione di tali premesse e della strategica importanza dell'impianto di *liability*, occorre al contempo completare il percorso esegetico con la consapevolezza dei limiti, pur esistenti, insiti nella dubbia ammissibilità di una spersonalizzazione dei percorsi decisionali e, ancor di più per quanto coerente con le riflessioni svolte nei precedenti capitoli sul binomio responsabilità-*bjr*, nella peculiarità delle *business decisions* che richiedono discrezionalità e capacità intuitiva estranee ai sistemi automatizzati[542].

Il tutto in una cornice animata da un approccio umano-centrico[543] del giurista all'IA, che deve essere opportunamente guidato dalla rilevanza del principio della c.d. neutralità tecnologica[544],

---

[539] Cfr. U. TOMBARI, *Intelligenza artificiale e corporate governance nella società quotata*, in *Riv. soc.*, 2021, 5-6, p. 1431 ss.

[540] Sono questi gli interrogativi da cui muove G.D MOSCO, *AI and the Board Within Italian Corporate Law: Preliminary Notes*, in *Eur. Comp. Law. Jou.*, 2020, 3, p. 88.

[541] L. ENRIQUES, D.A. ZETZSCHE, *Corporate technologies and the Tech Nirvana fallacy*, in *Hastings Law Journal*, 2020, p. 90.

[542] Osserva S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1787 che «per ora, almeno, alle macchine manca, in senso assoluto, il cervello e, tra le molteplici sue declinazioni, la capacità di discernere, la sensibilità, la morale, il giudizio, l'equità, la discrezionalità». Ragion per cui si è pur osservato che «*the appearance of intelligence, the mimicking of full-fledged autonomy do note qual real intelligence – which cannot be separated from conscience – and the capability of self-determination*» (A. BERTOLINI, *Human-Robot Interaction and Deception*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, p. 658). Sul punto illuminante è la riflessione di N. ABRIANI, *Relazione introduttiva*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, Milano, 2022, pp. 22-23, il quale evocando l'immagine del "maggior corno della fiamma antica", sottolinea il carattere multiforme dell'ingegno e del suo cogitare che rimanda al "*cogito ergo sum*" cartesiano, tale che il «pensiero non si riduce dunque a una mera declinazione razionale, configurandosi piuttosto come un agglomerato instabile di elementi diversi».

[543] Sul punto A. ALPINI, *Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, 2, p. 1 ss.

[544] G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it*., 2019, 7, p. 1671 secondo la quale il principio in parola si declina nell'idea che il diritto non condiziona il mercato favorendo l'una o l'altra tecnologia, non condiziona lo sviluppo della tecnica e non la deve rincorrere. Critico sul punto A.

in stregua al quale la sfera giuridica deve permanere neutra rispetto al dividendo tecnologico, nel senso di limitarsi «a dettare lo scopo da raggiungere senza indicarne le modalità tecniche per il suo perseguimento»[545].

2. Le potenzialità applicative dell'IA nell'esercizio della funzione gestoria: *Assisted AI*, *Augmented AI* e *Autonomous AI*

Passando in rassegna le potenzialità applicative dell'intelligenza artificiale[546] nel contesto societario, seppur non sia possibile anticipare e predire i suoi smisurati possibili utilizzi[547] in prospettiva futura, è fuor dubbio che essa sia in grado di migliorare il processo decisionale dell'organo gestorio.

Se correttamente impostati e alimentati con *big data* adeguati, i sistemi intelligenti[548] consentono di neutralizzare la "*choice overload*"[549] e la "*analysis paralysis*" e possono svolgere una funzione di ausilio *tout court*, prevedendo in anticipo rischi futuri nonché utilizzando nel modo più efficiente possibile le risorse interne per aumentare i profitti.

Al contempo – lo si accennava - occorre prender nota dei rischi insiti nel ricorso indiscriminato ad *AI systems*, giacché la realtà empirica dimostra come i modelli algoritmici vuoi per il rischio

---

BERTOLINI, *Artificial intelligence does not exist! Defying the technology-neutrality narrative in the regulation of civili liability for advanced technologies*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 2, p. 369 ss.

[545] C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 4, p. 1075.

[546] Già sul piano definitorio si rilevano nozioni eterogenee. In questa sede si prende come riferimento la nozione fornita dalla Commissione europea in "Artificial Intelligenge for Europe" COM, 2018, disponibile su https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN, ove testualmente, "*Artificial intelligence refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals".* Ugualmente efficace è la definizione fornita dall*'AI Experts Group (AIGO*) che descrive l'intelligenza artificiale come *"a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations or decisions influencing real or virtual environments. It uses machine and/or human-based inputs to perceive real and/or virtual environments; abstract such perceptions into models (in an automated manner e.g. with ML or manually); and use model inference to formulate options for information or action*".

[547] Consapevolezza ben espressa nel Considerando 11 della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate, COM/2021/206 final.

[548] Sul punto si rende necessaria una precisazione. I sistemi di intelligenza artificiale si distinguono nel *mare magnum* degli strumenti digitali dalle c.d. tecnologie abilitanti (si pensi al *Cloud Computing*), dalle tecnologie basate sui registri distribuiti (la *blockchain* ne è la principale esemplificazione) e dagli *smart contracts*. Per una analitica descrizione delle modalità di funzionamento di tali modelli, si veda L. BRUNELLI, G. GASPARRI, *La digital transformation nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, in AA. VV., *Gli sviluppi tecnologici del diritto societario*, Quaderni giuridici Consob, 2022.

[549] A. CHERNEV, U. BÖCKENHOLT, J. GOODMAN, *Choice overload: a conceptual review and meta-analysis*, in *J.Consum Psychol*, 2015, 2, p. 333 ss.

di malfunzionamento strutturale, vuoi per il c.d. *data lake*, non siano per niente affatto infallibili[550].

Ed è proprio avendo a mente la coordinata del rischio, in una certa misura direttamente proporzionale al livello di "maturità" e autonomia decisionale riconoscute ai modelli di IA, che si può allora dar conto dell'aspetto funzionale e, quindi, delle modalità di impiego all'interno dei *boards of directors*.

A ben vedere, non si tratta di una *quaestio* meramente classificatoria, giacché dal grado di autonomia del sistema intelligente, per essa considerata la «capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna»[551], è possibile verificare se l'*output* fornito dal sistema di IA sia automaticamente traducibile in una decisione agli amministratori o se, viceversa, esso debba essere prima vagliato dal consiglio che ne attua un'opera di filtro; o ancora se l'*output* della macchina altro non è che un mero *input* rispetto al quale si snoda il percorso decisionale dell'organo gestorio.

Orbene, la centralità dell'indagine si deve alla proliferazione di sistemi intelligenti *self-learning*, non più qualificabili come semplici oggetti (*tools*), bensì quali agenti dotati di autoapprendimento e programmati per processare una vasta gamma di dati derivanti dalle interazioni con il mondo esterno, in maniera tale da definire in piena autonomia gli indirizzi del proprio funzionamento.

Ciò posto, si è acutamente osservato che l'intelligenza artificiale può svolgere tre diversi ruoli con riferimento all'*agere* gestorio: a seconda del livello di indipendenza ad essa attribuito si discorre di *assisted AI*, *advisory o augmented AI* e *autonomous AI*[552].

Quanto alla prima funzione, cui corrisponde il livello più basso di autonomia, ma allo stato il maggior grado di diffusione, l'intelligenza artificiale viene impiegata per l'esecuzione di elementari compiti di gestione, lasciando inalterato il potere decisionale in capo agli amministratori persone fisiche.

---

[550] L. MARCHEGIANI, *Automazione della governance societaria e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 101; C. DEVINS, T. FELIN, S. KAUFFMAN, R. KOPPL, *The law and big data*, in *Cornell J. Law Public Policy*, 2017, 27, p. 357–413.

[551] Questa è la nozione fornita dalla Risoluzione del Parlamento europeo, in cui si aggiunge che «più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori».

[552] Tale classificazione si deve a A. RAO, *AI everywhere/nowhere part 3 - AI is AAAI (Assisted-Augmented-Autonomous Intelligence)*, 20 maggio 2016, consultabile all'indirizzo http://usblogs.pwc.com/emerging-technology/ai-everywherenowhere-part-3-ai-is-aaaiassisted-augmented-autonomous-intelligence. Si veda altresì in termini più generali L. ELIOT, *An Ontological AI-and-Law Framework for the Autonomous Levels of AI Legal Reasoning*, in *arXiv*, 2020, reperibile al seguente indirizzo: https://doi.org/10.48550/arXi v.2008.07328, ove la catalogazione dei sistemi di IA avviene sulla base di sette livelli; F. GALDON, A. HALL, S.J. WANG, *Designing trust in highly automated virtual assistants: A taxonomy of levels of autonomy*, in A. DINGLI,, F. HADDOD, C. KLÜVER (a cura di), *Artificial Intelligence in Industry 4.0 – A Collection of Innovative Research Case- studies that are Reworking the Way We Look at Industry 4.0 Thanks to Artificial Intelligence*, Cham, 2021, p. 200.

L'esempio più intuitivo di questa modalità di impiego si rinviene nella decongestione della funzione gestoria mediante la delega ai sistemi intelligenti dell'analisi e del monitoraggio dei flussi informativi, congiuntamente definite come *corporate reporting*, in maniera tale da consentire al *board of directors* di focalizzarsi sull'indirizzo strategico nel suo complesso e sulla gestione operativa (c.d. *judgment work*). La rilevanza di un impiego di tal specie, diffusamente avvertita in prospettiva europea (si pensi al *Financial Reporting Council* del 2019 ed al suo *Artificial and Intelligence Corporate Reporting*), si snoda lungo tre differenti coordinate: produzione, distribuzione e fruizione[553]. Ed è proprio in virtù delle *tasks* demandate all'*assisted AI*, che si è acutamente prospettata, sul fronte civilistico, la possibile analogia con la figura dell'arbitratore di cui all'art. 1349 c.c.. Di talché, venendo la volontà del decisore ad essere soltanto integrata dalle risultanze tecnologiche, non si registrano limiti alla validità di un siffatto impiego.[554]

Al secondo livello di utilizzo, l'intelligenza artificiale in veste di *advisor* svolge la funzione di supportare il percorso decisionale degli amministratori nelle questioni di maggior rilievo grazie alla loro *big data digesting*[555], segnalando le opportunità e i rischi che possano derivare dalla scelta raggiunta all'esito del processo informativo. In tal senso, quindi, il sistema di IA gioca un ruolo centrale per la mitigazione dei margini di errore dell'uomo nell'amministrare e per gestire e indirizzare strategicamente la società, venendo ad assumere la configurazione di *replacement technlogy* in grado di sostituire talune attività tipicamente svolte dalla persona fisica, attraverso l'automatizzazione dei processi decisionali[556]. Si pensi alle ipotesi di approvazione dei piani strategici, alle deliberazioni nella quali figura un interesse degli amministratori o ancora alla individuazione del *risk appetite* della società[557].

Ancor più sofisticato è, invece, il ricorso ai sistemi intelligenti nella forma di *augmented AI*, in una inedita cornice di dialogo costante tra amministratori e intelligenza artificiale. Cosicché lungi dall'integrare la piena sostituzione del *board of directors*, l'indubbia utilità di tali sistemi

---

[553] Un'efficace descrizione è offerta da M. LILLÀ MONTAGNANI, M.L. PASSADOR, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2021, 1, p. 121 ss.

[554] Lo riscontra R.M. AGOSTINO, *Intelligenza artificiale e processi decisionali. La responsabilità degli amministratori di società*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 2, p. 383.

[555] N. LOCKE, H. BIRD, *Perspectives on the current and imagined role of artificial intelligence and technology in corporate governance practice and regulation*, in *Australian J. Corp. Law*, 2020, 1, p. 4 ss.

[556] È questa una tendenza che si registra *tout court* nella dimensione giuridica. Si pensi al modelli di amministrazione della giustizia, ove sono già in dotazione tools atti a semplificare il contenzione o ancora a strumenti che consentono di migliorare la risoluzione alternativa della controversie. Di essi ne dà conto E. CALZOLAIO, *Intelligenza artificiale ed autonomia della decisione: problemi e sfide*, in ID. (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, pp. 3-4.

[557] Cfr. G. SANDRELLI, *Algoritmi a supporto delle decisioni degli amministratori e responsabilità*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, tomo I, Milano, 2022, p. 1219.

si rinviene nella capacità di potenziare il materiale istruttorio attraverso un'analisi di tipo predittivo, fondata su un approccio di inferenza statistica in talune situazioni che richiedono l'elaborazione di *big data* in tempi piuttosto limitati[558].

All'apice si colloca infine la possibilità che l'intelligenza artificiale venga impiegata come *decision-maker*.

In questo scenario avveniristico, ma allo stato ancora remoto, la intangibilità della sfera decisionale riservata agli amministratori sembrerebbe essere posta in crisi da modelli di *distruptive technology*. In tal modo, la potestà decisionale del sistema intelligente si snoda attraverso le complementari operazioni di autonoma valutazione delle opzioni concretamente percorribili in un dato scenario di gestione e di formulazione di *business judgments*.

2.1. (Segue). L'intelligenza artificiale come *Einsatz als Substitut*: limiti strutturali alla configurazione dei *Robobards* in rapporto alla polifunzionalità della responsabilità civile

La graduale elencazione delle modalità di utilizzo delle intelligenze artificiali che disegna il passaggio da «modelli deterministici a quelli più recenti dai tratti intelligenti»[559], consente a tal punto di meditare sulla possibilità che singoli robot, per essi intesi «*a machine that is able to extract information from its environment and use knowledge about its world to move safely in a meaningful and purposeful manner*»[560], assurgano ad amministratori della società, in una prospettiva fortemente permeata dalla digitalizzazione, tanto da indurre a chiedersi se il ruolo dell'amministratore così come tradizionalmente inteso, sopravviverà[561]. Difatti, tali ultime innovazioni tecnologiche individuano un *tertium genus* in cui si unisce la categoria dei dispositivi *embodied*, sprovvisti di facoltà intellettiva, ma in grado di relazionarsi con il mondo esterno, con i modelli *no-embodied*, dotati di intelletto, ma incapaci di interagire con il mondo esterno[562].

---

[558] Secondo J. ZHAO, B. GÓMEZ FARINAS, op. cit., p. 15, siffatto utilizzo dell'intelligenza artificiale consentirebbe di arginare i problemi di "*choice overload*" e di "*analysis paralysis*".

[559] G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, cit., p. 74. La stessa risoluzione del Parlamento europeo, approvata nel febbraio 2017, recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica", segnalava che "grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere l'attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umana, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive – ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti – li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in gradi di alterarlo in modo significativo".

[560] In questi termini, R.C. ARKIN, *Intelligent Robotic Systems, Editorial Introduction*, disponibile su https://sites.cc.gatech.edu/ai/robot-lab/online-publications/expert-intro.pdf.

[561] V. KOLBJØRNSRUD, R. AMICO, R.J. THOMAS, *The Promise of Artificial Intelligence: Redefining Management in the Workforce of the Future*, disponibile su https://www.semanticscholar.org/paper/The-promise-of-artificial-intelligence-Redefining-Kolbjørnsrud-Thomas/599af6980b5d5530c1c123f00c5d1361fdec74fb.

[562] Così N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impr.*, 2020, 1, p. 461. La stessa Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017

Le coordinate di avvio di questo fermentato dibattito sono ravvisabili nella progettazione nel 2014 del modello *VITAL* (*Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences*) e del suo ingresso all'interno del consiglio di amministrazione della Deep Knowledge Ventures, società di *venture capital* di Hong Kong. Nella prassi applicativa, invero, l'algoritmo coniato fu formalmente nominato in veste di consigliere, ma fu utilizzato come sistema di supporto del percorso decisionale in materia di investimenti e più in particolare per analizzare gli andamenti economici delle società *target*[563]. Nella medesima prospettiva, si pensi ancora al caso paradigmatico della nomina da parte della società finlandese Tieto del sistema Alicia T in qualità di roboamministratore del team direttivo della sua unità di *data-driven business*, la cui *task*, tuttavia, sul piano pratico-applicativo si traduceva nella mera divulgazione di indicazioni e suggerimenti derivanti dalla processazione dei dati[564].

Ciononostante, la messa a punto di modelli di tal specie che riflettono più che una realtà prossima, un «desiderio inespresso, ma consustanziale all'uomo, del superamento della finitudine umana»[565], ha dato il là alla valutazione dell'ammissibilità di un *roboboard* all'interno dei meccanismi di corporate governance. È, difatti, evidente che l'automatizzazione dell'amministrazione garantirebbe la riduzione delle asimmetrie informative e una più celere analisi dell'immensa mole di dati da processare.

Si tratta, a ben vedere, di una questione che se vagliata sul piano meramente strutturale, incontra limiti applicativi ben evidenti, giacché espressione di un «arduo e grave tema, che il giurista affronta con timore o sospetto, quasi che sia in giuoco, al di là del proprio lavoro e dei propri studi, l'integrale rapporto tra l'uomo e la tecnica»[566].

E ciò non tanto per quanto attiene al profilo dell'ammissibilità di una persona giuridica in veste di amministratore[567], profilo sdoganato nel nostro ordinamento a fronte di prescrizioni

---

riconosce che «non solo oggi i robot sono in grado si svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive – ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendente – li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo».

563 N. BURRIDGE, *Artificial intelligence gets a seat in the boardroom*, in Nikkei Asia, 10 maggio 2017, reperibile su https://asia.nikkei.com/Business/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in- the-boardroom; R. WILE, *A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to Its Board of Directors*, in *Business Insider*, 2014, disponibile su www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?international=true&r=US&IR=T.

564 Si veda M. FENWICK, E. VERMEULEN, *Technology and Corporate Governance: Blockchain, Crypto, and Artificial Intelligence*, in *Tex. J. Bus. Law*, 2019, 48, p. 1 ss.

565 G. SCARCHILLO, *Corporate Governance e Intelligenza Artificiale*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, 4, p. 394.

566 Illuminanti le riflessioni di N. IRTI*, Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1180 ss.

567 Per tutti A. CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013, *passim*. Seppur nella differente area della proprietà intellettuale interessante in tal senso è la decisione dell'Ufficio europeo Brevetti del 27 gennaio 2020, in *Giur. annotata dir. ind*., 2020, 1, p. 1241 ss. che afferma che sono designabili in qualità di inventori solo le persone fisiche e giuridiche e che un sistema di intelligenza artificiale non è titolare di diritti né ha personalità giuridica.

normative più stringenti che connotano lo scenario statunitense[568], quanto piuttosto per la ritrosia culturale a ritenere un modello di IA in veste di soggetto autonomo con diritti e responsabilità separate dalle persone fisiche, sul presupposto che l'autonomia pur riconosciuta a talune forme di IA costituisce connotato del tutto distinto dalla libertà personale, dalla intenzionalità soggettiva e dalla creatività individuale[569].

Orbene, il profilo di ammissibilità o meno dell'*autonomous AI* nella sua declinazione di *Roboboard* non può che essere affrontato attraverso una duplice lente. Per un verso, occorre far riferimento alla procedimentalizzazione dell'attività gestoria - così come ridisegnata dalla riforma societaria in cui l'istituto della delega[570] assume una evidente centralità -, per altro verso agli attuali approdi dell'indagine civilistica in punto di personalità giuridica dei sistemi intelligenti. Sullo sfondo si posiziona, infine, il dato comparatistico con le pur apprezzabili soluzioni ed *escamotages* volte a riconoscere l'ammissibilità di un simile modello applicativo.

Con riguardo alla prima coordinata, la più attenta dottrina giuscommercialistica ha posto in luce la necessità di distinguere tra la delega in senso atecnico di funzioni all'intelligenza artificiale, dalla nomina vera e propria di un sistema intelligente come membro del *board*, venendo in rilievo in tale seconda ipotesi il meccanismo di delega "pura" di cui all'art. 2381, comma 2 c.c. Ebbene, se alcun dubbio pare affiorare nel primo scenario, giacché il modello di IA resta ad ogni modo sottoposto al monitoraggio del consiglio di amministrazione, la seconda prospettiva di delega c.d. "ascendente"[571], presenta maggiori criticità e solleva delicati quesiti.

Ci si è, difatti, chiesto se la nomina di un *roboboard* possa risultare compatibile con l'impianto normativo in punto di responsabilità di cui all'art. 2392 c.c. e con l'attenuazione di *liability* di cui agli artt. 2381-2392 c.c. O ancora, se la qualificazione del *respondere* debba avvenire in termini di responsabilità del produttore del sistema, o viceversa debba essere riferita all'intero organo gestorio che ne abbia fatto impiego[572].

Ed è a questo livello che diviene decisiva l'intersezione con le riflessioni civilistiche sullo *status* giuridico da riconoscersi ai sistemi intelligenti e sui minimi tentativi di categorizzazione normativa.

---

[568] Esemplificativo in tal senso il *Delaware Code Annotated*, title 8, s. 141(b) ("*The board of directors of a corporation shall consist of 1 or more members, each of whom shall be a natural person*"). Si veda altresì la disciplina del *Model Business Corporation Act* in cui è sancito che il *board of directors* "*shall consist of one or more individuals*". Ugualmente la sezione 155 del *Companies Act* inglese prevede che "*company must have at least one director who is a natural person*".

[569] In questi termini L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecnoetica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, p. 392.

[570] Si veda il lavoro monografico di A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, cit., p. 49 ss.

[571] Così N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, cit., p. 198.

[572] N. ABRIANI, *La corporate governance nell'era dell'algoritmo. Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla corporate governance*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 2020, 3 p. 276.

In questa prospettiva si iscrive in ordine cronologico la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017[573], recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica con cui si è proposta la definizione di uno *status* giuridico per i robot, affinché quanto meno i sistemi intelligenti dotati di maggiore autonomia «possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato»[574].

Tentativo accolto con favore dalla dottrina che già segnalava la necessità di una nuova categoria giuridica delle persone elettroniche[575], come *tertium* rispetto a quelle ben più note della soggettività e della personalità giuridica, volta sul piano contrattuale a facilitare l'interrelazione tra agente digitale e utilizzatore alla stregua del rapporto tra rappresentante e rappresentato, mentre sul fronte extracontrattuale a separare il patrimonio dell'agente da quello dell'utilizzatore[576]. Difatti, i benefici di *flexibility* e di *proximity* che apporta l'attribuzione di personalità elettronica ai sistemi di IA, contribuirebbe ad evitare la diluizione del livello di protezione dei consumatori, agevolando questi ultimi nella immediata individuazione del responsabile[577].

---

[573] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, 2015/2103/(INL), par. 59, lett. f), in cui si paventa «l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con i terzi». Per talune riflessioni dottrinali concernenti tale provvedimento, si vedano, *ex multis*: A. RENDA, *Europe: Toward a Policy Framework for Trustworthy AI*, in *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, a cura di M.D. Dubber - F.Pasquale - S. Das, Oxford University Press, 2020, p. 651 ss.; C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTAD, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach*, in *Sci. Eng. Ethics*, 24, 2018, pp. 505-528; A. D'ALOIA, I*l Diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2020, p. 7 ss.; F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *La legislazione internazionale in tema di intelligenza artificiale: dai diritti civili alla soggettività della persona elettronica*, *ivi*, p. 217 ss.; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2018, spec. p. 345 ss.

[574] Par. 59, lett. f).

[575] In tal senso, A. ZORNOZA, M. LAUKYTE, *Robotica e diritto: riflessioni critiche sull'ultima iniziativa di regolamentazione in Europa*, in *Contr. e impr. /Eur.*, 2016, 2, p. 811; D.C. VLADECK, *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 1, 117 ss. Nel senso non di una personalità elettronica in senso stretto, ma di una attribuzione per via legislativa di soggettività all'IA, M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 1, 2021, p. 18 ss.; G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, 685 ss. In prospettiva transnazionale, D.J. CALVERLEY, *Imagining a Nonbiological Machine as a Legal Person*, in *AI & Society*, 2008, 22, p. 523 ss.; G. TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors*, in *Politics and Law*, 2006, 4 p. 497 ss.; L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 1992, 4, p. 1231 ss.

[576] Per una completa disamina F. CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 243.

[577] Così V. PAPAKONSTANTINOU, P. DE HERT, *Refusing to award legal personality to AI: Why the European Parliament got it wrong*, in *Eur. L. Blog*, 2020.

Viceversa, per altro autorevole indirizzo una categorizzazione di tal specie risulta slegata dalla realtà empirica[578], potendo semmai meditare sulla ammissibilità di una soggettività giuridica parziale degli agenti software[579] che ne realizzerebbe una quasi-equiparazione[580].

Ad ogni modo nella successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione in merito ad un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, il previo tentativo di attribuzione di personalità giuridica, viene a sfumare nella convinzione di una sua superfluità rispetto al varo di un impianto normativo in tema di responsabilità per danni. È quindi significativo che anche nello scenario europeo non figuri allo stato una puntuale regolamentazione sugli aspetti civilistici della soggettività dei sistemi di intelligenza artificiale.

Orbene, *a latere* della constatazione per cui l'assenza di un espresso intervento normativo in questa direzione rende già di per sé difficilmente immaginabile la nomina di un sistema di IA nel consiglio di amministrazione e transitando verso il piano sistematico, la prima intuitiva motivazione di stampo privatistico che si rinviene circa la esclusione della personalità giuridica alle IA attiene al sistema c.d. normativo, in stregua al quale la capacità giuridica, ai sensi dell'art. 11 c.c., viene acquistata dalle persone giuridiche allorquando sussistano le condizioni previste dall'ordinamento[581].

---

[578] Profonde perplessità avanza G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. e impr*., 2020, p. 73, secondo la quale «l'attribuzione della soggettività all'applicazione di intelligenza artificiale non risolve il problema più complesso: quello di iindividuazione dei criteri di allocazione di responsabilità». Critici altresì M. KOVAC, *Autonomous Artificial Intelligence an Uncontemplated Hazards: Towards Optimal Regulatory Framework*, in *Eur. J. Risk*, 2022, 1, p. 94, per il quale le questioni di responsabilità relative alla AI devono essere ricondotte nelle categorie giuridiche esistenti, prescindendo dalla creazione di una nuova personalità giuridica elettronica; A. BERTOLINI, G. AIELLO, *Robot companions: A legal and ethical analysis*, in *Information Society*, 2018, p. 130 ss.

[579] In merito G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. FEMIA, Napoli, 2019, p. 27 ss.; ID., *Agenti elettronici e grandi scimmie antropomorfe. L'allargamento dello status di attore nel diritto e nella politica*, in ID., *Ibridi e attanti, attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano 2015, p. 19 ss.

[580] Sui divergenti orientamenti dottrinari G. SCARCHILLO, *Corporate Governance e Intelligenza Artificiale*, cit., p. 881 ss.; U. RUFFOLO, *La "personalità elettronica",* in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica,* cit., 213 ss. Aderisce alla tesi della quasi-equiparazione P. ASARO, *Robots and Responsibility from a Legal Perspective*, reperibile su *http://peterasaro.org/writing/ASARO%20Legal%20Perspective.pdf*.

[581] È difatti la sfera ordinamentale che individua e organizza la propria plurisoggettività. Si veda G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, p. 155 ss. In area germanica si è anche avanzata la tesi del limite costituzionale alla assegnazione di soggettività agli agenti software, in quanto lesiva della libertà del volere e della dignità dell'uomo (H. ZECH, *Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern – Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken* , in S. GLESS, K. SEELMANN (a cura di), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-baden, 2016, p. 191 ss.). Criticamente rispetto a tale posizione G.P. CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, p. 576 per il quale «l'esistenza degli agenti software non si pone affatto contro il principio secondo cui è il soggetto umano a dover dominare la contrattazione e il traffico giuridico, anzi lo rafforza, in quanto da sempre l'autonomia negoziale non solo ha tollerato la cooperazione di altri soggetti nella gestione dei propri interessi, ma ha creato, attraverso le finzioni giuridiche, meccanismi tesi ad allargare le potenzialità delle 'collaborazioni' giuridiche».

Le variegate ragioni che sostengono la resistenza al riconoscimento di una piena personalità giuridica ai sistemi intelligenti, sembrano trovare terreno fertile nella dimensione societaria. Quest'orientamento, costruito sulla convinzione che sul piano dell'*accountability* la condotta dell'intelligenza artificiale debba essere ad ogni modo ricondotta all'agire umano, comporta che l'assenza del requisito della personalità giuridica, ancor più se funzionalizzato all'imputabilità dell'agire gestorio, impedisce l'assimilazione dell'IA a rappresentante, delegato e men che meno ad amministratore autonomo, invitando nella sostanza a desistere dal tentativo di comporre un amministrazione interamente digitalizzata.

Così come, su tale assunto, può adeguatamente spiegarsi e trovare collocazione nella nostra prospettiva di indagine l'idea per cui non è il sistema intelligente a divenire soggetto, ma all'opposto è il soggetto produttore o utilizzatore a non poter evitare il proprio *respondere*, rifugiandosi in ciò che è stato efficacemente sintetizzato dal dato giurisprudenziale come "fuga dalla responsabilità"[582].

Né varrebbe obiettarsi che questi ostacoli possano essere validamente neutralizzati mediante il ricorso alla figura di un soggetto di diritto fornito di una "dote" insita in un fondo assicurativo o in un patrimonio dedicato: in effetti siffatto procedere non consente di delineare un'autonoma personalità giuridica, bensì cristallizza una differente modalità di imputazione della responsabilità in capo ai soggetti che versano il premio per la creazione del fondo assicurativo o che effettuano i conferimenti nel patrimonio dedicato[583].

Si tratta, a ben vedere, di un approccio precauzionale[584] che si pone sul versante opposto rispetto ai tentativi pioneristici che hanno caratterizzato il dibatto in area di *common law*, ove la valorizzazione delle opportunità e dei benefici che in termini di efficienza i modelli di IA sono potenzialmente in grado di generare, ha indotto la dottrina anglo-americana a varare soluzioni del tutto inedite, incentrate ora sulla enucleazione della personalità elettronica, ora sull'evocazione della *dominica potestas* del diritto romano[585], abilitando così l'idea di una capacità giuridica *de relato*[586].

---

[582] In questi termini E. BOCCHINI, *Contro la "soggettivizzazione" dell'intelligenza artificiale*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 2023, 2, p. 202, che richiama Cass., 25 gennaio 2000, n. 804. Similmente G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*?, in *Contr. e impr.*, 2002, 2, p. 492.

[583] E. BOCCHINI, op. cit., p. 202.

[584] Si vedano sul principio di precauzione U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004; G. CAPILLI, *Gli obblighi di precauzione dell'impresa*, in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 149 ss.

[585] Cfr. M. LILLÀ MONTAGNANI, *Roboboard e robocompanies*, in N. ABRIANI, R. COSTI (a cura di), *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, p. 168.

[586] Si veda S.A. GRAMITTO RICCI, *Artificial Agents in Corporate Boardrooms*, in *Cornell Law Review*, 2020, 105, p. 904.

Ma il pur apprezzabile parallelismo con i dogmi del diritto romano, palesa evidenti inadeguatezze in punto di responsabilità. Se, difatti, per l'istituto della *dominica potestas* i comproprietari di uno schiavo erano esonerati dalla responsabilità derivanti dalle sue azioni, così la riproposizione dell'istituto dello *ius romanorum*, con tutto quanto ad esso correlato, presterebbe il fianco ad ipotesi di irresponsabilità per le scelte errate adottate dal *roboboard*.

Invero in ottica comparatistica, se si assume quale metro di confronto l'esperienza tedesca, i problemi e i limiti che si frappongono alla ammissibilità della IA in veste di amministratore, sembrano peraltro trovare conferma già nella dimensione normativa allo stato esistente. Il che assume un evidente fascino scientifico se solo si consideri che proprio in area germanica, esimi civilisti abbiano varato soluzioni alternative volte a riconoscere una personalità giuridica parziale in capo ai sistemi intelligenti[587].

Tuttavia, assumendo quale punto di avvio della riflessione comparativa proprio l'opzione ermeneutica elaborata dal giurista Teubner, la tesi della soggettività parziale sembra, quantomeno *prima facie*, rinvenire maggiori *rationes* giustificative che si erigono sulle peculiarità del diritto tedesco.

Nella precipua sfera della responsabilità contrattuale, difatti, la tesi in esame mira a realizzare una escamotage al dogma dell'"inadempimento imputabile" che infonde i §§ 276 e 280 BGB, attraverso l'applicazione analogica della paradigmatica ipotesi di responsabilità oggettiva del preponente per l'attività dei propri ausiliari di cui al § 278 BGB, corrispondente al nostrano art. 1228 c.c.. Cosicché, trasposto nel perimetro applicativo delle intelligenze artificiali, siffatto dettato normativo consentirebbe di imputare al *dominus* ogni deviazione comportamentale dell'agente software, a patto che vi sia la violazione contrattuale da cui sia scaturito un evento dannoso.

Ma è sul versante della responsabilità delittuale che può comprendersi in termini più nitidi l'inadeguatezza della tesi di cui si discorre. Difatti, proseguendo con l'indagine civilistica, siffatta soluzione ermeneutica, dopo aver rilevato l'inapplicabilità del regime di cui al § 831, per le difficoltà probatorie ad esso annesse, propende per una *strikte deliktische Haftung*, vale a dire una responsabilità per i comportamenti errati ed illeciti degli agenti software che assumono decisioni autonome[588].

---

[587] J.-E. SCHIRMER, *Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing Teilrechtsfähigkeit*: *A Partial Legal Status Made in Germany,* in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Berlin, 2020, 123 ss.

[588] G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., p. 92.

Senonché una soluzione di tal specie reca con sé quanto meno due criticità. In primo luogo il danneggiato sarebbe tenuto a provare il comportamento illecito dell'algoritmo, venendo meno allora lo stesso presupposto fondante la teorica della soggettività giuridica parziale, vale a dire l'aggiramento della colpa, che nella sostanza risulterebbe rimpiazzato dalla prova positiva dell'illecito.

In secundis, questa tesi omette di considerare che la responsabilità che connota le attività svolte con l'ausilio di sistemi di intelligenza artificiale è invero una responsabilità da rischio lecito.

Allora se l'espediente della soggettività giuridica parziale nella sostanza non appare dirimente ai fini della allocazione della responsabilità, riemerge la *Verantwortungslücke*, vale a dire la potenziale lacuna di responsabilità, diretta filiazione della incapacità dell'agente umano di possedere un adeguato controllo sulle macchine autonome, a sua volta correlato alla *Unberechenbarkeit*, ossia l'imprevedibilità che connota tali sistemi[589].

Traslando le medesime riflessioni in seno alla sfera gestoria, *de lege lata* il dato giuridico di partenza è però inequivocabile. In stregua al § 76, comma 3, frase 1 *AktG* la qualifica di membro del *Vorstand* può essere attribuita soltanto a persone fisiche, sicché secondo la chiara formulazione sarebbe inibita la partecipazione dei sistemi intelligenti al consiglio di gestione.

La prima intuitiva motivazione che si adduce a tale prescrizione normativa è rinvenibile sul piano della responsabilità: si sostiene a tal proposito che la nomina di una persona giuridica ridurrebbe le garanzie risarcitorie nei confronti dei soggetti lesi, e ciò a maggior ragione nel caso delle intelligenze artificiali, essendo queste ultime sprovviste di un autonomo substrato di responsabilità.

Ma ad uno sguardo più attento, che tenga conto dell'effettiva valenza sistematica dell'impianto di responsabilità civile, appare *ab origine* fortemente discutibile l'effettiva funzione di *compensation* tradizionalmente riferibile al *respondere* del *Vorstand*, giacché la prassi dimostra come quantomeno i danni arrecati nei confronti della società, ai sensi del § 93 comma 2 frase 3 *AktG* sono generalmente coperti dall'assicurazione *D&O* e quindi in ultima istanza dalla stessa società per azioni che stipula tale modello assicurativo.

Ma se si vuol cogliere il monito della letteratura anglo-americana[590], in realtà i modelli assicurativi finalizzati a risarcire i danni causati da sistemi di IA, si concretizzano quali rimedi

[589] A. MATTHIAS, *Automaten als Träger von Rechten. Plädoyer für eine Gesetzänderung*, Berlin, 2008, p. 22, p. 37; B.-J. KOOPS, M. HILDEBRANDT, D.-O. JAQUET-CHIFFELLE, *Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*, in 11 *Minn. J. L. Sci. & Tech.* (2010), p. 497, p. 546, p. 553.
[590] S.A. GRAMITTO RICCI, *Artificial Intelligence in Corporate Boardrooms*, cit., p. 906.

ex post, là dove sembrerebbe ancor più rilevante enfatizzare l'effetto disciplinante dell'impianto di responsabilità.

Tuttavia, le medesima perplessità sembrano replicabili in riferimento alla seconda funzione attribuita alla responsabilità del *Vorstand*, vale a dire la "*Verhaltenssteuerungsfunktion*", che altro non è se non la funzione preventivo-deterrente, posta a presidio della neutralizzazione di ogni forma di interessi personali di cui siano portatori gli amministratori che possano divergere da quelli degli *shareholders* e degli *stakeholders*. Tale funzione di controllo preventivo è stata, tuttavia, criticata in quanto non assume un rilievo decisivo rispetto al problema della nomina di IA all'interno del consiglio di gestione. Difatti, l'intelligenza artificiale si denota per percorsi decisionali del tutto diversi da quelli umani, giacché finalizzati al perseguimento degli obiettivi settati al loro interno. Ne deriva che, tranne per gravi negligenze da parte dell'ideatore o dell'utilizzatore, risulta inverosimile impostare il sistema intelligente in vista di scopi che esulano dall'interesse della società.

Il che come di qui a breve si vedrà, pone il problema di responsabilizzare direttamente la persona fisica che si occupi della programmazione del sistema, la cui attività può produrre disfunzioni e disallineamenti rispetto all'obiettivo concretamente perseguito dalla società che si serva di esso. Necessità, questa, che diviene più impellente laddove si consideri che il perimetro applicativo del § 93 *AktG* non ricomprende tra i suoi destinatari i soggetti (persone fisiche) che pur non essendo amministratori della società, siano in grado di influenzare la gestione aziendale tramite un'errata strutturazione del dato tecnologico.

Ora, ove anche si volesse aderire all'impostazione testé tracciata dalla letteratura tedesca, maggiori criticità sorgono se si considera che la funzione di gestione nel suo complesso richiede non soltanto l'assolvimento di attività misurabili matematicamente (si pensi alla contabilizzazione e più in generale alla raccolta dei dati aziendali), ma anche la definizione di un indirizzo strategico che mal si presta ad essere schematizzato in una questione semplicemente numerica. Anzi, si è avuto modo di vedere che la discrezionalità dell'organo gestorio rappresenta prerequisito essenziale ai fini di una gestione che non sia eccessivamente *risk-averse*, dovendosi garantire un ineludibile margine di manovra per ottimizzare l'*agere* degli amministratori.

Medesima conclusione peraltro, seppur seguendo un *iter* meno articolato, connota l'impostazione oltreoceano, ove gli interpreti valorizzano l'ampia portata attribuita dalla Corte Suprema del Delaware al *duty of loyalty*, al punto da intenderlo «*the centerpiece of Delaware*

corporation law»[591]. Ne deriva che, nella sua dimensione operativa, il dovere di lealtà impedisce agli amministratori di effettuare operazioni avventate che possano arrecare pregiudizio alla *corporation*. In altri termini, non desta sorpresa la constatazione per cui le corti del Delaware pongono enfasi sul ruolo degli amministratori affinché le decisioni di maggior rilievo restino di competenza del *board of directors*[592].

Se, allora, è opinione consolidata che «*directors may not delegate to others those duties that are 'at the heart of the management of the corporation'*»[593], il *duty of loyalty* viene ad inglobare una sorta di *duty of non-delegation* che già di per sé rende piuttosto inverosimile l'assegnazione di funzioni gestorie ad autonomi sistemi di IA.

Sicché, avendo a mente i limiti giuridici e tecnici (assenza di personalità giuridica e lacune in punto di responsabilità) al pieno riconoscimento di un *roboboard* quale membro del consiglio di amministrazione, la soluzione che meglio si amalgama con il quadro giuridico esistente, si rinviene nell'osservazione secondo cui la sostituzione della persona fisica con un sistema di IA si rende apprezzabile per l'esecuzione di attività a carattere strettamente routinario (quale ad esempio la raccolta e la sistemazione di dati), rifugiando dall'idea che i sistemi intelligenti possano autonomamente svolgere il *core* dell'attività gestoria, quale è in sintesi il *judgment work*[594].

In altri termini, una volta ancora emerge la centralità delle riflessioni in precedenza compiute in punto di obbligazione gestoria.

Se, difatti, il *facere* dell'amministratore, pur nella consapevolezza che l'agire umano nell'era dell'AI esige una "assidua razionalità calcolatrice"[595], si denota per la sua eccezionalità, per ciò che viene efficacemente descritta come sintesi tra forza razionale e forza creatrice[596], allora il sistema di IA con la sua tendenza a matematizzare la realtà esterna è senz'altro in grado di

---

[591] Delaware Division of Corporations, *The Delaware Way: Deference to the Business Judgment of Directors Who Act Loyally and Carefully*, https://corplaw.delaware.gov/delaware-way-business-judgment/.

[592] C.M. BRUNER, *Artificially Intelligent Boards and the Future of Delaware Corporate Law*, disponibile su https://ssrn.com/abstract=4049784, p. 9.

[593] C.M. BRUNER, op. cit., p. 9 che richiama le statuizioni in *Canal Capital Corp. v. French*, 1992 Del. Ch. LEXIS 133, (Del. Ch. 1992) *e Bally's Grand Derivative Litig.*, 1997 Del. Ch. LEXIS 77, (Del. Ch. 1997)

[594] Interessanti, in argomento, le riflessioni di J. MYERS, H. RAMSEY, *Judgment Work: The Human Component Augmenting AI in Strategic Management*, in AA. VV. (a cura di), *New Perspectives and Possibilities in Strategic Management in the 21st Century: Between Tradition and Modernity*, Hershey, 2023.

[595] N. IRTI, *Il tessitore di Goethe*, cit., p. 1177.

[596] Cfr. E. BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi*, cit., p. 18: «se il *quid* dell'attività di gestione di un'impresa lucrativa altrui sta nella eccezionale capacità schumpteriana di «distruzione creatrice», ciò vuol dire che tale prestazione assolve al suo compito solo in ragione della sua (tendenzialmente) assoluta infungibilità; ma se una certa prestazione è (tendenzialmente) del tutto infungibile, essa diventa strutturalmente non misurabile *ex ante*: quale mai può essere il prezzo di mercato di un'attività che tale mercato deve battere?».

assolvere la prima funzione razionale, ma non anche l'assunzione di decisioni innovative che costituiscono il motore dell'attività gestoria.

Soluzione, questa, che trova implicita conferma nell'escamotage coniata per aggirare gli ostacoli alla nomina di un amministratore-algoritmo tramite la nomina di un amministratore persona giuridica, atteso che, in siffatta ipotesi, non potrebbe prescindersi dall'intervento umano che attui la decisione suggerita dal sistema intelligente[597].

In sostanza, sembra che le stesse logiche che animano i tentativi di attualizzare la nomina di un *roboboard* si riconnettono al *tópos* che pervade il tema dell'intelligenza artificiale, vale a dire il quesito circa le modalità di addestramento dei sistemi automatizzati, cui consegue l'ulteriore e non meno rilevante interrogativo del "come si punisce un robot che sbaglia?"[598].

3. I profili di rischio: *bias* e amnesie collettive

Come ogni avvento di nuovi paradigmi epistemologici, l'introduzione di modelli di intelligenza artificiale reca con sé rischi di assoluto rilievo nella dimensione gestoria, tanto da indurre autorevole dottrina a discorrere di un'ambivalenza concettuale del sintagma "*governance* dell'intelligenza artificiale": per un verso si allude all'IA nelle sue funzioni sopra tratteggiate, per l'altro, esso sottintende il più delicato e tangibile profilo del momento regolatorio dell'IA, ossia la gestione dei rischi da parte *in primis* degli amministratori[599].

È quindi essenziale, nel solco di un approccio inevitabilmente precauzionale, identificare siffatti pericoli che l'IA è in grado di generare, la cui entità varia a seconda della tecnologia che connota il sistema, del suo livello di autonomia e delle caratteristiche dell'azienda.

A fronte dell'eterogeneità dei sistemi cui può farsi ricorso per l'adempimento della funzione gestoria e alla loro crescente *accuracy,* è tuttavia possibile enucleare taluni rischi comuni[600] che se non adeguatamente gestiti, possono incidere sensibilmente sul processo di digitalizzazione. Il ruolo dell'interprete diviene allora decisivo per coniugare due esigenze complementari: su un versante, valorizzare i benefici che tali sistemi siano in grado di apportare grazie alla intrinseca attitudine alla razionalizzazione, sull'altro, affinché i vantaggi si traducano in effettiva prassi

---

[597] N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *Riv. soc.*, 2020, 1326 ss.

[598] W. WALLACH, C. ALLEN, *Moral Machines, Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford, 2010, *passim*.

[599] La felice intuizione è di N. ABRIANI, *Intelligenza artificiale e impresa: uno sguardo di insieme*, in M. RESCIGNO (a cura di), *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale: un'evoluzione tranquilla o nulla sarà più lo stesso?*, Milano, 2023, p. 14. Secondo l'A. l'espressione individua un genitivo «che è al tempo stesso un genitivo soggettivo» e «un genitivo oggettivo».

operativa, prender nota degli effetti distorsivi che siano contenuti mediante la strutturazione di una *legality by design*[601].

Difatti, si è osservato che il corretto funzionamento dei sistemi intelligenti dipende dalla integrità e dalla qualità degli *input* inseriti al suo interno. E poiché tali connotati non sono connaturati nella struttura del dato, ma conseguono ad una corretta "alimentazione" degli stessi, occorre revocare in dubbio l'idea che le decisioni orientate dal dato artificiale neutralizzino la soggettività umana e siano, per ciò solo infallibili.

Al contrario, la base informativa dei sistemi intelligenti risente della amnesia collettiva, principale deriva del processo di trasformazione tecnologica, per cui tutto quanto non è digitalizzato fuoriesce dal perimetro cognitivo e applicativo dell'IA[602].

Cosicché, i dati possono essere affetti da meccanismi precomprensivi pregiudizievoli, noti con il lemma di *bias*[603], che se non tempestivamente riconosciuti possono condurre all'adozione di decisioni discriminatorie[604]. A tal riguardo, occorre effettuare un'opportuna precisazione: in seno allo iato che viene a innestarsi tra «quel che è nella realtà algoritmica e quel che dovrebbe essere in quella reale»[605], un conto è l'effetto distorsivo che riflette la rappresentazione di una realtà già pregiudizievole, altro è il pregiudizio derivante da un errato settaggio del sistema intelligente.

Di talché, sul piano ontologico, i pregiudizi più diffusi e insidiosi sono i *bias* di misurazione derivanti dall'errato settaggio dei dati, tale da renderli inidonei a rappresentare integralmente il contesto nel quale la macchina alimentata dagli stessi verrà utilizzata.

A questo primo livello che identifica i c.d. *pre-existing bias* relativi al dataset impiegato per alimentare la macchina, si ricollega il problema dei *bias* storici derivanti dalla constatazione di fondo per cui le tecnologie basate sulla processazione di dati tendono sovente a riprodurre

---

[601] G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 2, p. 218.

[602] G. COMANDÈ, *Algoritmi e big data: le risposte del diritto*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 97.

[603] Sul piano lessicale evidenzia N. ABRIANI, op. cit., p. 23, che il termine «dato è un participio passato che, in quanto tale, porta con sé, inevitabilmente, le incrostazioni di pregiudizi potenzialmente discriminatori». Similmente A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan L. Rev.*, 2017, 6, pp. 1023-45.; D. LESLIE *Understanding artificial intelligence ethics and safety: a guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector*. *The Alan Turing Institute*, 2019, consultabile su https:// www.turing. ac. uk/ sites/ defau lt/ files/ 2019- 08/ understanding_ artificial_ intel ligen ce_ ethics_ and_ safety.pdf; A. VON UNGERN-STERNBERG, *Discriminatory AI and the Law. Legal Standards for Algorithmic Profiling*, in S. VÖNEKY , P. KELLMEYER, O. MÜLLER, W.BURGARD (a cura di), *Responsible AI*, Cambridge, 2022, pp. 252-277.

[604] N. AGGARWAL, *Machine Learning, Big Data and the Regulation of Consumer Credit Markets: The Case of Algorithmic Credit Scoring*, in AA. VV. (a cura di) *Autonomous Systems and the Law*, Munich, 2019, pp. 37, 39–43.

[605] G. COMANDÈ, op. cit., p. 99.

schemi già consolidati nella realtà sociale, in tal modo amplificando e riproducendo i preconcetti sociali esistenti.

La complessità del ciclo informativo è inoltre accresciuta dalla configurazione delle c.d. *proxy discrimination*, vale a dire pregiudizi che sorgono non già nella fase di progettazione del sistema, quanto piuttosto durante l'operatività dello stesso e che comportano la c.d. discriminazione statistica dovuta all'eventuale malfunzionamento del meccanismo automatizzato[606].

Last but not least figurano gli *automational bias*[607] e i *translational bias*: i primi, diretta filiazione della tendenza di *human deference*, comportano che l'utilizzatore del sistema intelligente si affidi interamente agli *output* generati prescindendo da un'effettiva valutazione della genuinità delle indicazioni fornite. E da qui al sovvertimento del paradigma generale di assunzione delle decisioni gestorie, ma ancor più in genere umane, il passo è breve. In altri termini, la transizione da una prospettiva galileiana ad altra aristotelica, permeata dal principio probabilistico, induce a restringere il focus non tanto sull'aspetto causale e sulle motivazioni che conducano ad un dato risultato, bensì su un'adesione acritica e fedele all'*output* che sia stato processato dal sistema di IA.

Viceversa, i *translational bias* vengono in rilievo allorquando l'impiego del sistema eccede il perimetro del contesto all'interno del quale era destinata la sua operatività.

Ai rischi di design che attengono alla strutturazione del sistema intelligente e rientrano nel novero rischi tecnologici[608] in senso stretto, si associano i rischi reputazionali.

Tale *genus* allude al pericolo di c.d. specismo, vale a dire «l'atteggiamento di ritenere indegna anche la più raffinata delle tecnologie di essere interlocutrice dell'uomo e di credere che ogni interazione con un algoritmo sia invariabilmente affetta da *bias* intrinseci»[609].

---

[606] N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, Corporate Governance e Corporate Social Responsibility,* cit., p. 1330.

[607] Secondo G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *AGE*, 2019, p. 176 per *automation bias* si intende «quel fenomeno in cui gli individui si affidano ai risultati dell'automazione anche quando sanno o dovrebbero sapere che l'automazione può essere sbagliata»; ID., *Unfolding the Legal Component of Trustworthy AI: A must to avoid Ethics Washing*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli, 2020, p. 39 ss.

[608] S.A. CERRATO, F. CULASSO, E. CROCCO, "*Handle with care". Per una governance dell'intelligenza artificiale nell'impresa: rischi, tecniche di gestione e assetti cibernetici*, in *Riv. soc.*, 2023, 2, p. 378 definiscono il rischio tecnologico come "un rischio moderno, puro, di matrice sia interna che esterna, con un livello elevato di pertinenza al *business* in ragione della potenziale pervasività della tecnologia nei gangli vitali dell'impresa e che deve essere innanzitutto evitato perché può avere un impatto al limite anche esiziale sull'ente".

[609] S.A. CERRATO, F. CULASSO, E. CROCCO, op. cit., p. 382.

Degni di nota sono, infine, i c.d. rischi tecnologici di impresa[610], diretta filiazione dell'interazione dei sistemi intelligenti con il contesto di impresa.

Alla luce di una simile tassonomia, in questa direzione a livello europeo si è meditato sui pericoli *tout court* che possano originare da una incontrollata espansione della *Corptech*[611].

D'altronde, l'aumento volumetrico di sofisticati modelli di intelligenza artificiale che si denotano per una "intrinseca monomaniacilità verso i propri obiettivi"[612], attualizza la transizione dall'automazione all'autonomia e, quindi, da sistemi *machine learning*[613], pur caratterizzati da una "riproduzione allargata autoevolutiva"[614], il cui operato risulta sottoposto alla sfera di controllo dell'agente umano, a sistemi di IA autonomi, idonei a processare in maniera del tutto indipendente l'immensa mole di dati che collezionano. Di qui, il margine di rischio tende a incrementarsi in virtù della non agevole conoscibilità del risultato generato (c.d. *deep learning*), né da parte dell'utilizzatore né da parte del produttore del sistema.

Ed è proprio avendo a mente le coordinate della neutralizzazione o quantomeno di un'adeguata gestione di siffatti rischi può allora comprendersi l'essenza delle strategie varate nel contesto europeo.

Si pensi alla proposta di Regolamento europeo[615] tesa a definire regole armonizzate sull'intelligenza artificiale per neutralizzare l'ignoto tecnologico, confluita più di recente nella

---

[610] Per un'analitica descrizione si veda G. SCHNEIDER, *IA, rischi d'impresa e le (mancate) risposte del diritto: … Dora per tutti?*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 118 ss.

[611] Interessante il report della Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei consumatori, *Study on the relevance and impact of artificial intelligence for company law and corporate governance : final report*, Publications Office, 2021, **https://data.europa.eu/doi/10.2838/790784**.

[612] G. COMANDÈ, Intelligenza artificiale e responsabilità, cit., p. 179.

[613] Sottolinea A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, p. 66, «l'idea chiave del *machine learning* è che l'algoritmo impara da solo a identificare relazioni precise nei dati osservati, senza avere regole e modelli espliciti preprogrammati». Di talché «invece di scrivere algoritmi con milioni di istruzioni specifiche per svolgere un compito particolare, l'algoritmo apprende dai dati adattando sé stesso man mano che impara dalle informazioni che sta elaborando».

[614] U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 19.

[615] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21 aprile 2021, reperibile al link https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585 01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF. V. anche ID., *Annexes to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Act*s, Bruxelles, 21 aprile 2021, reperibile al link https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585 01aa75ed71a1.0001.02/DOC_2&format=PDF; ID., *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Impact Assessment Report Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliamentand of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence* (*Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, Bruxelles, 21 aprile 2021, reperibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021SC0084&qid=1620644989920; ID., *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Executive Summary of the Impact Assessment Report Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificiali Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Act*s, Bruxelles, 21 aprile 2021, reperibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021SC0085&qid=1620644989920;

definitiva approvazione politica novissimo *AI Act*[616] - nel solco di un approccio squisitamente antropocentrico e fondato sul rischio (*risk-based*) - in cui particolare valenza è attribuita alla tutela della persona, della sua dignità e dei suoi diritti fondamentali.

Ciò che risalta dalla disamina degli aspetti regolatori relativi alla produzione e commercializzazione, è difatti la previsione in capo ai fornitori dei modelli di IA di un obbligo di predisposizione di un adeguato sistema di gestione dei rischi, affinché sia garantita trasparenza sulle modalità di funzionamento del sistema, sia per quanto attiene alla natura e alla classificazione dei dati, sia per quanto concerne la metodologia utilizzata[617].

La spinta propulsiva di tale regolamentazione si rinviene, d'altronde, nella consapevolezza che se, per un verso, l'autonomia dei sistemi intelligenti dotati di un alto livello di sofisticatezza tecnologica è in grado di snellire lo svolgimento di attività di varia natura, tramite meccanismi di *autonomous decision-making*, per l'altro, la complessa struttura che li connota ne condiziona la piena comprensione sia per l'imprevedibilità *ex ante*, sia per la indecifrabilità *ex post* degli output processati[618].

Eppure l'*AI Act*[619] – come *funditus* si vedrà - con la sua catalogazione in sistemi a rischio inaccettabile, a rischio alto e a rischio basso, se per un verso costituisce un'efficace *medium* tra la soluzione tecno-libertaria statunitense e l'opzione iperstatalista cinese, per l'altro non disegna una opportuna fisionomia delle applicazioni dell'IA all'interno del mercato[620].

Si è, difatti, condivisibilmente osservato, che la principale lacuna rispetto al *risk-management* – che dovrebbe connotare la sfera di impresa -, si rintraccia sul piano della categorizzazione, risultando non agevole l'assimilazione dei sistemi di IA di impresa alla differenti *species*

ID., *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale*, Bruxelles, 21 aprile 2021, reperibile al link https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01ff45fa-a375-11eb-9585 01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF.

[616] Per completezza espositiva, si evidenzia che il 9 dicembre 2023 Commissione, Consiglio e Parlamento europeo hanno Approvato l'*AI Act*, ma dopo l'accordo politico è ancora sul tavolo dei lavori la predisposizione del testo definitivo che sarà votato in via definitiva dagli organismi europei.

[617] Testualmente all'art. 13 della proposta si individua la necessità di "garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente", mentre all'art. 52 si legge che "le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA".

[618] A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE*, in *Tecn e dir.*, 2022, 1, p. 5.

[619] Tra i primi commenti, L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 34, 2021, pp. 215-222; T. BURRI, F. VON BOTHMER, T*he New EU Legislation on Artificial Intelligence: a Primer*, versione del 21 aprile 2021, disponibile in SSRN; M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, vol. 22, 4, 2021, p. 97 ss.; R.CANO, *A proposal for (AI) Change? A succint overview of the Proposal for Regulation laying down harmonised rules on Artificial Intelligence*, in *LUISS Law Review*, 1, 2021, pp. 112-125.

[620] Ne dà conto G. SCHNEIDER, op. cit., p. 131.

disciplinate dal regolamento[621]. Di talché, l'incertezza circa la collocazione di tali sistemi realizzerebbe una zona grigia, in cui il *risk-based approach* non sembra attagliarsi alla pericolosità degli strumenti automatizzati impiegati nella dimensione societaria.

Ciò posto, è ancora nello scenario europeo che può rinvenirsi un interessante spunto ricostruttivo, vale a dire il pacchetto sulla finanza digitale con cui si è attuato un equo contemperamento tra l'incentivazione al ricorso ad inedite tecnologie finanziarie e la tutela dei consumatori e degli investitori.

Segnatamente, rispetto ad una possibile regolamentazione del fenomeno nella dimensione societaria, assume rilievo la proposta DORA incentrata sul primario obiettivo di responsabilizzazione dei soggetti tenuti al varo di tali sistemi, attraverso una puntuale definizione delle misure e del grado di sicurezza e una compiuta analisi del rischio.

A tal fine, è proprio l'organo gestorio ad essere deputato ad assumere un ruolo cruciale rispetto al monitoraggio dei rischi connessi alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), la cui effettiva gestione non può che attuarsi mediante l'istituzione di adeguati assetti organizzativi.

Ora, seppur il menzionato regolamento sia dettato per disciplinare l'esclusivo settore finanziario, la valorizzazione della posizione degli amministratori rispetto alla gestione del rischio ICT sembra rappresentare un interessante spunto regolatorio idoneo a limare le criticità dell'attuale cornice europea, nel solco di "un orientamento proattivo rispetto ai processi di digitalizzazione societaria"[622].

In assenza di una regolamentazione normativa *ad hoc*, in definitiva la ricerca di un *fair balance* tra i benefici applicativi dei sistemi di IA e i rischi da essi derivanti, richiede di essere sondata attraverso principi di più ampio respiro che sono cristallizzati in normative di settore, tra cui si annovera, a titolo esemplificativo, l'impianto in materia di trattamento dei dati personali[623].

---

[621] G. SCHNEIDER, op. ult. cit., p. 132 ss.

[622] G. SCHNEIDER, op. ult. cit., p. 145.

[623] Su cui si rinvia, *ex multis*, a S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M.RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, cit.; F. PIZZETTI (a cura di), *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, 2a ed., Torino, 2016; G.RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, RomaTre-Press, 2016; G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018; G. FINOCCHIARO (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019; V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; E. TOSI, *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019; R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018*, Milano, 2019.

4. *New technologies*, nuovi doveri (?)

Una volta disegnata la dimensione generale che unisce le potenzialità applicative ai rischi derivanti dai sistemi di IA, la pervasività di questi ultimi disvela un'ulteriore prospettiva di riflessione per quanto concerne il composito mosaico di doveri e funzioni spettanti all'organo gestorio.

In tal senso, l'avvento dei nuovi paradigmi tecnologici che accentua il processo di ibridazione dell'organo gestorio, sembra schiudere scenari del tutto inediti come la configurazione di modelli di consiglio di amministrazione interdisciplinari, in cui valenza centrale viene ad assegnarsi agli amministratori dotati di maggiore competenza tecnologica nel percorso di assunzione delle decisioni societarie[624], tanto da indurre a chiedersi se in futuro prossimo la riorganizzazione endoconsiliare possa far divenire *mandatory* la presenza di amministratori non soltanto *tech friendly*, bensì *tech savy*, o quanto meno di comitati *tech* o *algorihtm officer* nella dimensione manageriale[625].

D'altronde, il possesso di *skills* in materia tecnologica, efficacemente descritto come *digital fitness*[626], e quindi un'adeguata conoscenza informatica e di *data science*, consentirebbe *sine dubio* di decifrare in maniera più puntuale gli *output* processati dai sistemi intelligenti. Ragion per cui, seppur allo stato sia difficilmente ammissibile richiedere che ogni membro del *board of directors* sia perito tecnologico, in futuro, se davvero il *risk-management* vuol tradursi da un piano declamatorio ad una dimensione operativa, potrà divenire ineludibile la presenza di amministratori in grado di comprendere il funzionamento dei sistemi intelligenti[627], il composito regime di *liability* dei produttore e l'impianto normativo in materia di *privacy*.

E non è un caso che nel panorama comparatistico, al fine di garantire adeguate conoscenze e competenze tecniche, si sia avanzato il suggerimento di nominare un *Chief Digital Officer* responsabile del settore *privacy* e della sicurezza dei dati[628].

Tuttavia, la modifica in punto di competenze e composizione dell'organo gestorio richiede di sondare contestualmente quali siano i risvolti sul piano dei *duties* incombenti in capo agli

---

[624] N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, cit., p. 204.

[625] Segnala L. CALVOSA, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. soc.*, 2022, 2, p. 406, che la presenza di amministratori esperti di tecnologia all'interno del *board* concretizzerebbe standard indefettibile di *good governance*.

[626] F. MÖSLEIN, *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 280.

[627] Secondo G.M MOSCO, *Roboboard. L'intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *AGE*, 2019 , p. 254 è indispensabile che tra i componenti dell'organo gestorio vi siano amministratori tecnologicamente addestrati.

[628] A. FRIEL, A. KARDASH, S. PEARCE, *Data Privacy & Security*, in T. L. BANKS, F.Z. BANKS (a cura di), *Corporate Legal Compliance Handbook*, New York, 2021, pp. 48-138.

amministratori. E ciò mi sembra sia intimamente connesso ai rilievi svolti circa il terreno operativo dei sistemi di IA.

È anzi significativo che, nella prassi applicativa, il problema della definizione della condotta degli amministratori divenga ancora più stringente con riferimento ai casi in cui l'IA venga impiegata nella sua funzione assistenziale al decisore umano. Si è difatti osservato, che, paradossalmente, nell'ipotesi in cui la decisione sia interamente affidata ad un sistema intelligente, lo strumentario di diritto privato seppur in direzioni non sempre lineari, sia in grado di allocare la responsabilità in capo ai soggetti che abbiano settato l'*AI-system* o ne abbiano fatto utilizzo[629]. Viceversa, se la scelta finale è attribuita alla volontà umana, non può sottacersi alla luce del menzionato *automation bias* che la stessa rischi di essere relegata ad una mera volontà di certificare il dato digitale. Ne deriva che il governo giuridico dell'IA, funzionalizzato in ultima istanza alla *explainability* dei sistemi intelligenti, viene a rappresentare coordinata essenziale per la definizione dei doveri gestori e delle annesse forme di responsabilità, pur nella consapevolezza che l'intrinseca opacità non possa garantire un intervento *tout court* (esaustivo).

Proprio sulla scorta di tali assunti, la dottrina tedesca ha rilevato che l'*agere* degli amministratori viene ad alimentarsi di *Residualplfichten der Auswahl*, *Instruktion und Überwachung der KI*, vale a dire compiti di selezione, istruzione e monitoraggio dell'intelligenza artificiale[630].

Con riguardo alla prima coordinata, ruolo centrale del *Vorstand* diviene difatti la selezione del sistema cui attribuire determinate funzioni. Di norma, laddove la delega sia attribuita a persone fisiche, essa deve avvenire valutando le specifiche qualifiche professionali del soggetto designato. Viceversa, nell'ipotesi di impiego di IA il problema si acuisce in considerazione della difficoltà di individuare gli indici da cui possa desumersi in concreto la sua qualifica professionale. È, allora, ipotizzabile che l'organo amministrativo sia anzitutto tenuto a individuare la qualifica del produttore del sistema, per poi indicare a quest'ultimo le intenzioni di utilizzo, affidandogli i dati da inserire nel sistema.

Oltre alla corretta selezione, il *Vorstand* è tenuto ad istruire il modello di IA, venendo in tal senso in rilievo una sorta di trasposizione degli obblighi informativi degli amministratori persone fisiche in capo al sistema tecnologico utilizzato.

Cosicché, l'organo gestorio assume non soltanto un'indefettibile compito di programmare gli obblighi di segnalazione dell'IA, affinché lo stesso sia tempestivamente informato anche di

[629] G. COMANDÈ, op. cit., pp. 101-102.

[630] Si veda sin da ora, A. LINNERTZ, *Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft*, Berlin, 2020, *passim*.

eventuali disfunzioni algoritmiche, ma altresì un obbligo di controllo e aggiornamento costante, nell'ottica di rendere il sistema pienamente conforme ai requisiti legislativi di volta in volta in richiesti, nonché alle nuove modalità di esecuzione di specifici compiti.

In questo senso l'attività gestoria si completa del c.d. *Überwachungsplficht*, il monitoraggio dell'andamento dell'*IA system*, il cui corretto adempimento è intimamente connesso al *modus* di svolgimento delle due precedenti funzioni.

Orbene, se le riflessioni testé svolte paiono pienamente condivisibili e replicabili anche nelle esperienze giuridiche allogene, il dato ineludibile di cui tiene conto questo indirizzo ermeneutico si rinviene nella circostanza per cui né il piano normativo, né il *case law* offrono un quadro preciso di obblighi di monitoraggio in caso impiego di strumenti di IA. Ragion per cui, ad esempio, si è prospettata come prima base di indagine l'estensione applicativa dei requisiti di cui al § 130 della legge sui reati amministrativi (*OWiG*), meditando sulla possibilità che gli amministratori nominino un organismo di sorveglianza *ad hoc* professionalmente competente nel monitoraggio dei flussi generati dall'intelligenza artificiale.

Parimenti, se si volge lo sguardo al *duty to act on an informed basis*, la migliore capacità di raccolta ed elaborazione delle informazioni da parte dei sistemi di IA, suggerirebbe il mutamento di tale dovere, nel "*duty to obtain such predictions made by artificially intelligent devices*"[631], nell'ottica di spiegare il motivo per cui si è addivenuti ad una determinata decisione o soluzione. Ciò appare intimamente connesso alla ineludibile esigenza di trasparenza[632], considerata in una duplice dimensione: per un verso è opportuno assicurare la trasparenza del risultato, per essa intesa «*the ability to know how and why a model performed the way it did in a specific context and therefore to understand the rationale behind its decision or behaviour*»[633], di modo che gli *stakeholders* possano comprendere il contenuto e le implicazioni di un dato output. Per altro verso, è pur chiaro che la *explainability* dell'*output* sia correlata alla trasparenza del processo decisionale, ambito in cui le conoscenze informatiche da parte degli amministratori divengono ancor più ineluttabili.

Trasposto nella dimensione ordinamentale interna, l'incidenza dei sistemi intelligenti sul *decision making* richiede di essere sondata in primo luogo alla luce dell'obbligo di agire in

---

[631] F. MOSLEIN, *Robots in the boardroom*, cit., p. 11.

[632] La dimensione del principio di trasparenza è piuttosto ampia. Esso viene in rilievo in primo luogo nel settore amministrativo, ove risulta funzionalizzato ad assicurare la necessaria motivazione del provvedimento del giudiziario e più in generale la conoscibilità dell'intera attività amministrativa. Per una disamina più puntuale anche in relazione ai risvolti sul trattamento dei dati personali, C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy*, in *federalismi.it*, 2020, 14, p. 64 ss.

[633] D. LESLIE, *Understanding artificial intelligence ethics and safety: a guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector*, cit.

modo informato di cui all'art. 2381, comma 6 c.c.. che, come a più riprese ribadito dal formante dottrinale, non comporta l'oggettiva adeguatezza del dato informativo posto a fondamento della decisione, bensì l'adeguatezza delle modalità tramite cui si ottiene l'informazione e la correlata razionalità della scelta di far ricorso a tali tecniche[634].

In questa prospettiva di standardizzazione dell'attività informativa, la stessa intelligenza artificiale viene quindi a concretizzarsi al contempo quale oggetto dell'informativa e strumento di informativa, nella cornice più generale dei flussi che regolano gli assetti amministrativi.

Secondo la prima traiettoria, definire l'IA come oggetto dell'informativa equivale a richiedere un'opportuna divulgazione delle modalità di utilizzo e di implementazione dei sistemi intelligenti e prima ancora dei criteri di scelta tra le soluzioni tecnologiche percorribili. In un accentuato scenario di procedimentalizzazione digitale, diviene quindi indispensabile individuare il *dataset* attraverso cui opera il sistema, così come definire gli individui che lo hanno in concreto strutturato[635]. Nella sfera gestoria, ciò indirettamente comporta un innalzamento della diligenza richiesta nell'adempimento dell'obbligazione gestoria, atteso che il momento informativo viene a riempirsi di ulteriori attività imprescindibili, quali possono essere la previa sperimentazione del modello di intelligenza artificiale, la verifica degli standard qualitativi e la richiesta della certificazione del sistema, o ancora l'ottenimento dell'attestazione da parte del produttore circa le modalità del trattamento dei dati personali[636].

Viceversa, quando si discorre di IA in funzione di strumento di *Corptech*, si intende evidenziare la centralità del ruolo svolto dagli amministratori *tech savy*, delegati alla predisposizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili[637].

Ed è in questo scenario che viene a innestarsi la problematica relativa alla inclusione dell'intelligenza artificiale nella strutturazione di tali assetti, dovendosi valutare l'adeguatezza di un'organizzazione interna che non contempli sistemi di IA.

Di là dalla riflessione circa l'estensione della *bjr* alla decisione di ricorrere o meno a sistema di IA, di cui a breve si dirà, la metamorfosi dei doveri gestori pone qui in luce, una volta che

---

[634] Si veda C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 401 ss.

[635] C. PICCIAU, *Intelligenza artificiale, scelte gestorie e organizzazione delle società per azioni*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 2022, 7, p. 1270.

[636] Ugualmente M. LILLÀ MONTAGNANI, *Governance societaria e governance dell'intelligenza artificiale*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2022, 2, p. 285; N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione*, cit., p. 1338, evidenziano che «assurge a informazione "societaria" l'intera catena di trattamento automatizzato di dati come composta i) dagli *inputs* inizialmente inseriti nella tecnologia processante; ii) dalle informazioni riguardanti le modalità con cui gli *inputs* vengono processati (i.e. le informazioni tecniche relative a come la tecnologia è strutturata); iii) dalle informazioni generate da tali tecnologie, nella forma, ad es., di correlazioni e predizioni che da ultimo orientano l'organizzazione societaria e/o le strategie e l'attività di impresa».

[637] B. SCARABELLI, *L'intelligenza artificiale e i flussi informativi all'interno del consiglio di amministrazione*, in *Riv. dir. soc.*, 4, 2022, p. 614.

l'organo gestorio abbia deciso di avvalersi di un sistema di IA, l'alternativa tra ricorso ad uno sviluppatore esterno del sistema e produzione del sistema *in house*.

Per quanto concerne la prima prospettiva di indagine, che meglio si attaglia alle imprese di minori dimensioni, affiora un duplice ordini di rischi. Per un verso il rischio c.d. legale si rinviene nel pericolo di dispersione dei dati affidati al fornitore esterno e, quindi, di trattamento difforme dalla normativa in materia di *privacy*[638]. Su altro versante, si attualizza invece il rischio c.d. strategico, dovuto alla divulgazione di informazioni di cui possano venire a conoscenza le società concorrenti che si servano della medesima piattaforma.

Non scevra di rischi è, tuttavia, anche la scelta di internalizzare il sistema di IA che sia autoprodotto dalla stessa società. In tale ipotesi, il pericolo di errato trattamento dei dati richiede che sia direttamente l'organo gestorio a dover neutralizzare possibili episodi di hackeraggio di dati e manipolazioni del sistema attraverso un monitoraggio costante del funzionamento del sistema.

Ebbene, lo scenario dei rischi testé sinteticamente tracciato – che si associa ai profili di *bias* e amnesie collettive - costituisce per certo un indice tangibile di una crescente tendenza verso la valorizzazione della componente organizzativa, in una *framework* intensamente procedimentalizzata, seppur allo stato non possa discorrersi di una piena obbligatorietà anche alla luce della distonia del reticolo normativo europeo, di cui pur si dirà, rispetto alla sfera gestoria[639].

Senonché, in un futuro prossimo può ipotizzarsi che la scelta organizzativa attinente all'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale, non si concretizzerà in una pura analisi costi/benefici, ma rappresenterà una scelta "fortemente raccomandata" all'organo amministrativo.

Le due cennate declinazioni trovano un *trait d'union* nel più generale principio di corretta amministrazione che orienta l'attività gestoria, diffusamente riconosciuto non soltanto quale

---

[638] Ben consapevole di questa deriva è G. SCIANCALEPORE, *Privacy e tutela della persona umana*, in *Iura & Legal Systems*, 2021, 8, p. 1 ss., il quale segnala che la costruzione di un mercato digitale «comporta la tendenza degli operatori economici che lo animano a disporre liberamente delle informazioni acquisite, a dispetto della protezione dei dati personali, come aspetto sostanziale del diritto alla privacy».

[639] Nella direzione di rendere vincolante il ricorso a sistemi di IA nel contesto gestorio, J. ZHAO, *Artificial intelligence and Corporate Decisions*, in *Cath. Un. L. Rev.*, 2022, 4, p. 683 per il quale, « *If AI is able to enhance the accuracy and effectiveness of decision-making and promote board accountability, it is worth considering enshrining the involvement of AI through directors' duties in corporate law, in order to promote fairness and the effectiveness of corporate governance. This may be achieved through the imposition of a general legal duty to obtain options from the AI application and disclose the responses of the board to the suggestions, in order to satisfy the standard of care for a prudent and diligent director making rational decisions. It can be viewed as a screening process for the directors to optimize their discretion through an analysis of big data*».

parametro di specificazione della diligenza *ex* art. 2392 c.c., ma altresì come clausola generale alla quale gli amministratori debbono ispirare la propria condotta.

Ed è secondo questa linea ricostruttiva che si è riconosciuta agli assetti interni la funzione di "presidi avanzati" di una gestione corretta e trasparente. Se si aderisce, allora, all'idea per cui l'adeguatezza degli assetti gioca un ruolo determinante sia rispetto al dovere generale di amministrare in modo corretto la società, sia sulle diverse e discrezionali scelte di gestione, non può sottacersi che, di là dai rischi strutturali che li connotano, i sistemi di IA nella loro funzione assistenziale, svolgono un ruolo decisivo (e forse indispensabile) rispetto alle concrete modalità di organizzazione endosocietaria.

4.1. (Segue). L'enforcement del parametro di diligenza

Ciò posto, se è vero che l'agire informato rappresenta una declinazione del più generale canone di diligenza, occorre ordunque definire se l'impatto dell'IA sul perimetro applicativo dell'art. 2392 c.c. legittimi una più stringente standardizzazione dell'attività informativa che possa garantire il corretto e integrale adempimento dell'obbligazione gestoria.

In questo senso, la profonda attualità del tema non consente all'interprete di aggirarsi in un quadro normativo settoriale ben definito. Il che reca con sé il rischio di stravolgere i paradigmi epistemologici allo stato esistenti.

Ed è proprio avendo a mente tale deriva che, con riguardo alla diligenza e sulla falsariga delle riflessioni in precedenza compiute, si è ben consapevoli che gli amministratori più diligenti non debbano essere periti in contabilità, in materia finanziaria e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale[640]. Ma ciò non toglie che la proliferazione delle *emerging technlogies* richieda una attualizzazione di queste dichiarazioni di principio, dovendosi convenire con l'autorevole insegnamento secondo cui è prevedibile nell'epoca dei *big data* l'affioramento di un dovere degli amministratori di fare un uso appropriato delle tecnologie digitali[641].

Sembra, allora, che la riflessione circa la possibilità di affinare il canone di diligenza, possa trarre un primo interessante spunto ricostruttivo dalla Proposta di Regolamento europeo del 2020 ad opera del Parlamento. Il parametro di diligenza che rende irreprensibile la condotta dell'operatore che abbia il controllo sul rischio del sistema di IA si snoda, difatti, lungo la

[640] Relazione alla legge di Riforma del 2003, 6.III.4.

[641] Cfr. F. MÖSLEIN, *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 272.

coordinata della previa selezione di un sistema idoneo, della sua attivazione e del monitoraggio dell'andamento.

Emerge in sostanza la necessità di un *human in the loop*, vale a dire di un garanzia del controllo che solo l'agente umano può svolgere[642].

Il considerando n. 18 del medesimo documento precisa inoltre che la diligenza dell'operatore deve essere parametrata alla natura del sistema di IA, al diritto giuridicamente tutelato, al danno o pregiudizio potenziale che il sistema di IA potrebbe causare e alla probabilità di tale danno[643].

Ma ciò che appare ancor più emblematica è l'individuazione di una duplice presunzione: per un verso si presume la diligenza dell'operatore allorquando egli sia in grado di «dimostrare di avere effettivamente e regolarmente monitorato il sistema di IA durante il funzionamento e di avere notificato al costruttore possibili irregolarità riscontrate nel corso del funzionamento», per l'altro è presunta la diligenza dell'utilizzatore quando «abbia installato tutti gli aggiornamenti disponibili forniti dal produttore del sistema di IA».

Calate nel prisma della gestione societaria, queste riflessioni oltre ad essere suggestive per quanto ne consegue in termini di responsabilità e *business judgment rule*, come di qui a breve si vedrà, sembrano trovare cittadinanza nella dimensione del *duty to monitor* che si è rilevato essere una ulteriore esplicazione del canone di diligenza e del *duty of care* negli ordinamenti di *common law*.

Cosicché, se nel più recente approdo giurisprudenziale statunitense del caso *Marchand* si è cristallizzata l'esigenza che il *board of directors* definisca un adeguato impianto di monitoraggio, il *duty to monitor* non può non inglobare in sé ai fini di una condotta gestoria irreprensibile anche l'attività di controllo sui rischi derivanti dalle tecnologie. Ragionando in questi termini, allora la prospettata applicazione dei principi sanciti nella proposta del regolamento europeo non è poi così peregrina.

---

[642] Così G. MORBIDELLI, *Appunti sparsi sull'intelligenza artificiale (AI) nel governo dell'impresa*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 256 che richiama l'art. 14 della proposta di Regolamento in cui si prevede che i soggetti che abbiano il controllo sulla macchina devono essere in grado di "comprendere appieno le capacità e i limiti del sistema ad altro rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, in modo che i segnali di anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese possano essere individuati e affrontati quanto prima" (lett. a); "restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivamente affidamento sull'output prodotto da un sistema di AI ad altro rischio ("distorsione dell'automazione"), in particolare per i sistemi di AI ad altro rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche" (lett. b); "essere in grado di interpretare correttamente l'output del sistema di AI ad alto rischio, tenendo conto in particolare delle caratteristiche del sistema e degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili" (lett. c); ed essere in grado in qualsiasi momento di non usare il sistema o ignorarne l'output (lett. d) o ancora di interromperne il funzionamento con un pulsante di arresto o procedura simile (lett. e).

[643] Cfr. F. PACILEO, *"Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, 3, p. 553.

Anzi, sembra potersi avanzare l'idea che ai fini dell'adempimento del *duty to monitor*, gli amministratori non possano non avere dimestichezza con il dato tecnologico. Il che si traduce nella possibilità che gli stessi siano in grado di testarne la validità e il funzionamento, in termini non dissimili da quanto previsto dall'art. 14 della proposta di Regolamento. Ed il viatico che abilita una modificazione della tassonomia della funzione gestoria può individuarsi nella diligenza e nei suoi corollari, primo fra tutti l'agire informato, adeguatamente affinati con le istanze della *tech era*.

5. Nuove frontiere di responsabilità nell'era dell'intelligenza artificiale

Il ventaglio di opportunità applicative e di agevolazioni che l'IA è in grado di assicurare al funzionamento dell'organo gestorio, disvela al contempo nuove frontiere di responsabilità in cui gli amministratori possano eventualmente incorrere a seguito della violazione dei propri "doveri digitali", se davvero tali sono le nuove istanze che costellano la *Corptech*.

Con riguardo ai doveri fiduciari, ad esempio, se è indubbio che le tecniche operative della IA siano in grado ottimizzare l'adempimento dei doveri fiduciari, al contempo se ne segnalano talune potenziali criticità.

Prima fra tutte, la tendenza a individuare nel ricorso al sistema di intelligenza artificiale uno standard di condotta che incide sul *duty of care*, tale che l'eventuale discostamento da questo parametro sia foriero di responsabilità gestoria. Ed è anzi significativo che in punto di *liability* possano innestarsi ulteriori problemi di attribuzione della responsabilità quando vi sia il coinvolgimento di una *AI technology* nella causazione di un evento lesivo, giacché i singoli regimi nazionali, quantomeno *prima facie*, non consentono una adeguata allocazione del danno cagionato, a maggior ragione quando l'attività gestoria sia interamente demandata a modelli autonomi di intelligenza artificiale.

Ugualmente a dirsi sul piano funzionale, per la difficoltà insita nella identificazione della natura del malfunzionamento del sistema, laddove nella maggior parte dei casi il meccanismo *black box*[644] rende opaca la catena di montaggio degli *inputs* inseriti: disfunzioni che, se non

[644] Si vedano *ex multis* F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015, *passim*; J.A. KROLL, *The Fallacy of Inscrutability*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 376, 2018, p.2133; H. SHAH, *Algorithmic Accountability*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 376, 2018, p. 2128; Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2, 2018, p. 889 ss.; E. PELLECCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dai e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2018, pp. 1209-1235; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the Gdpr*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2, 2018, pp. 841-887.

tempestivamente rilevate e gestite, sono in grado di avere implicazioni giuridiche in termini di responsabilità per il trattamento dei dati personali o ancora di rischi sostanziali di *cybersecurity*. Dunque, l'automazione[645] di per sé non soltanto non è idonea a neutralizzare l'errore nella decisione assunta, ma non esclude nemmeno profili di responsabilità degli amministratori che si avvalgono di sistemi di IA.

Ciò posto, costituisce dato di agevole riscontro che, specie nelle realtà imprenditoriali con profili dimensionali ed organizzativi di un certo rilievo, l'impatto dell'intelligenza artificiale "professionalizza" il ruolo svolto dall'organo gestorio. Si è visto, d'altronde, che il contenuto della prestazione gestoria viene indissolubilmente riempito di nuove articolazioni che, tuttavia, non rendono facilmente demarcabile la linea di confine tra esercizio della discrezionalità, connotato dell'attività gestoria, ed emersione della responsabilità civile, giacché lo stesso mosaico dei presupposti strutturali della *liability* tende a sfumare.

Potrebbe ad esempio non esser chiaro se l'adesione acritica alle indicazioni del sistema intelligente integri adempimento dei *fiduciary* duties e se, per converso, il mancato ricorso agli *output* sia automatica fonte di responsabilità.

Una volta ancora il problema non può che essere affrontato avendo a mente la complessità strutturale e il differente ruolo attribuito al sistema di IA all'interno della governance societaria. Cosicché, volgendo dai modelli tecnologici dotati di minor autonomia, cui è assegnata una funzione essenzialmente consulenziale, il quesito in parola si declina non tanto nella definizione dell'imputabilità, ad ogni modo riferibile all'amministratore persona fisica che si sia avvalso della istruttoria elaborata dal sistema, quanto piuttosto nella valutazione della diligenza impiegata. Diviene allora indispensabile interrogarsi se la fedele riproduzione degli *outputs*, che altro non è se non una esplicazione del più generale rischio di *human deference*, protegga l'amministratore da forme di censura[646].

Viceversa al crescere dell'autonomia[647] concessa ai sistemi intelligenti il *thema* della responsabilità viene a condensarsi nella difficoltà di individuare l'effettivo soggetto tenuto a rispondere dei danni arrecati.

---

[645] Su tale profilo, M.C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DI MININ, G. MONTEMAGNI, *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, pp. 243-244. Per una analisi nella precipua sfera contrattuale, A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019, p. 1; V. FROSINI, *Riflessioni sui contratti d'informatica*, in *Informatica e diritto*, 1996, 1, p. 167 ss.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 137 ss.

[646] Cfr. M. CIAN, *Intelligenza artificiale e funzionamento degli organi sociali*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 154

[647] Sulla transizione dall'automazione all'autonomia in senso stretto, si vedano U. PAGALLO, *From Automation to Autonomous Systems: A Legal Phenomenology with Problems of Accountability*, in *International Joint Conferences on Artificial Intelligence Organization (IJCAI-17)*, 2017, pp. 17-23, reperibile al link

Per certo, il dato che conferma il potenziale ampliamento del perimetro di responsabilità è offerto dalla circostanza per cui l'errata elaborazione o interpretazione degli output generati dal sistema di IA se pregiudizievoli nei confronti dei soci, dei terzi o della società, non esclude il *respondere* degli amministratori[648]. Tuttavia, se si considerano i rischi che sono sovente connaturati all'interno dei modelli intelligenti, giocoforza la stessa errata processazione dei dati potrebbe esser letta quale circostanza di esonero da responsabilità degli amministratori, rinvenendo nella opacità e nella imperscrutabilità della IA una classica ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore[649]. Ragion per cui, come di qui a breve si dirà, discorrere in questo contesto di *liability* degli amministratori, implica meditare su un visione *tout court* in cui si intersecano le regole civilistiche coniate per disciplinare la condotta dei programmatori con l'impianto normativo in materia societaria. Di talché, l'obiettivo ultimo di assicurare tutela in favore dei soggetti lesi tramite *compensation* o *deterrence*, si snoda ora sulla responsabilizzazione dei produttori se l'errore del sistema sia ad essi riferibile per maldestra programmazione, ora sulla responsabilizzazione degli amministratori, se l'evento dannoso sia causalmente ricollegato alla violazione del *duty to monitor* sul funzionamento *in itinere* del sistema di IA.

Nella prospettiva tedesca, la proliferazione dei nuovi tools intelligenti e il loro utilizzo all'interno del consiglio di amministrazione richiedono parimenti di sondare il perimetro applicativo della *Haftung* di cui al § 93, comma 2, frase 1 *AktG*.

Sulla scorta delle osservazioni sino ad ora compiute, ci si dovrebbe difatti interrogare su un duplice binario di responsabilità a cui i membri del *Vorstand* risultano esposti: responsabilità

---

www.ijcai.org/proceedings/2017/0003.pdf; D. NERESSIAN, R. MANCHA, *From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation*, in *Michigan Technology Law Review*, 27, 2020, p. 55 ss.; D. POWELL, *Autonomous Systems as Legal Agents: Directly by the Recognition of Personhood or Indirectly by the Alchemy of Algorithmic Entities*, in *Duke Law & Technology Review*, 18, 2020, p. 306 ss.; G. GITTI, *La decisione robotica negoziale*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, p. 251 ss., parla di «autonomia automatica»; F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, cit., p. 251, spec. p. 260 laddove l'A. sostiene che «[q]uando la macchina non è semplicemente un automa, ma diviene capace di compiere da sola decisioni più o meno complesse (come già avviene nei "contratti algoritmici", specialmente usati nei mercati finanziari per attività di *high frequency trading*), non siamo più dinanzi alla semplice (si fa per dire...) "automazione", ma a qualcosa a cui già si addice il termine "autonomia"»; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., p. 38, distingue il rischio di automazione da quello di autonomia, sostenendo che «[i]l rischio di autonomia è particolarmente incisivo: scaturisce dalla condotta, in linea di principio imprevedibile, degli algoritmi con autoapprendimento. Sono necessarie forme alternative di contenimento del rischio rispetto a quelle già conosciute da tempo in tema di rischio da automazione». E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, p. 53: «[o]gni sistema di programmazione implica una tipizzazione comportamentale, una forma di neo-codificazione, ma i codici che il diritto conosce sono stati affidati all'intelligenza umana che ne adegua gli scopi alla esperienza fattuale nella sua variabilità sterminata, mentre nei codici algoritmi l'automazione può divenire *autonomizzazione* e l'agente *software* conquistare margini crescenti di autodecisione (corsivo dell'A.)».

[648] R.M. AGOSTINO, op. cit., p. 385.

[649] R.M. AGOSTINO, op. ult. cit., p. 386.

per l'attribuzione di funzioni all'intelligenza artificiale, laddove la delega non avvenga secondo i requisiti legalmente richiesti e responsabilità per le decisioni che siano state adottate sulla base delle informazioni fornite dall'AI.

Profili che vengano a porsi agli occhi dell'interprete in virtù di una semplice constatazione per cui a causa della autonomia, della opacità e della conformazione *black box* dei sistemi intelligenti, si potrebbe essere indotti a ritenere esclusa la responsabilità dell'amministratori. In questo senso deporrebbe la lettura in combinato disposto delle disposizioni civilistiche in punto di responsabilità e del § 93 *AktG*.

Se si guarda in particolare ai paragrafi 278 e 831 BGB il *respondere* degli amministratori rispettivamente per fatto dei suoi rappresentanti e dei suoi ausiliari, sembrerebbe *ab origine* escluso sol che si consideri che all'IA non sono riferibili siffatti connotati.

Eppure il § 831 BGB fornisce un'interessante prospettiva di indagine laddove stabilisce che l'obbligo di risarcimento in capo al preponente non sorge se egli ha esercitato la diligenza richiesta dall'attività esercitata per la scelta del soggetto designato o ancora nel caso in cui sia tenuto a procurarsi dispositivi, attrezzature o a dirigere l'esecuzione del lavoro ed abbia adottato la diligenza richiesta nel corso dell'approvvigionamento o della direzione.

Similmente a dirsi per la delega gestoria. Se il consiglio intende attribuire specifiche funzioni deve, quanto meno in anticipo, verificare le qualità personali e professionali del soggetto che intende designare e l'idoneità a svolgere la specifica mansione.

Tuttavia, chiaro è che un valutazione di tal specie è difficilmente replicabile con riguardo ai sistemi di intelligenza artificiale.

O meglio, quantomeno il discorso varia sensibilmente venendosi a riconnettere alle esigenze di trasparenza e veridicità degli input inseriti all'interno del sistema.

E se è vero che quanto maggiore è la qualità dei dati[650], tanto maggiore sarà la *performance* del sistema, in questa direzione la verifica della funzionalità dell'IA richiede un affinato controllo

[650] Come noto, i *Big Data* che si denotano per le cc.dd. 5 V (volume, varietà, velocità, valore e veracità), possono determinare criticità sul piano qualitativo, dovendosi allora convenire con l'idea per cui "qualità" e "quantità" non siano concetti equiparabili. Sul punto si v. E. PELLECCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dai e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2018, pp. 1209-1235, il quale sottolinea che «[l]'entusiasmo per i *Big Data* – accompagnato dalla distorsione ottica insita nella convinzione che *bigger is always better* – induce sovente a sottovalutare che non sempre la qualità dell'analisi è direttamente proporzionale alla quantità dei dati disponibili, e, soprattutto, che i costi sociali dei *Bad Data* possono essere molto alti e generare una vera e propria economia digitale dell'inefficienza, nella quale vengono sistematicamente ripetuti errori(corsivo dell'A.)» (p. 1220). Sul punto, v. anche G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e intelligenza artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., p. 265 ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Internet of things e nuovo Regolamento privacy*, in *La nuova disciplina europea sulla privacy*, cit., p. 149 ss.

della qualità del dato e la comprensione delle modalità tramite cui opera il sistema, secondo le coordinate *supra* menzionate.

6. La possibile rimodulazione della *business judgment rule*

La prospettazione delle modalità di impiego dell'intelligenza artificiale all'interno della gestione societaria agevola a tal punto l'ineludibile riflessione in merito alle conseguenze che possano derivare ai presupposti operativi della *business judgment rule*.

Nel corso della trattazione si è evidenziata la differente conformazione che la regola tende ad assumere nel panorama comparatistico. È allora necessario verificare se gli esiti cui si è in precedenza approdati cambino fisionomia alla luce dell'impatto che la digitalizzazione gestoria è in grado di esercitare sul percorso decisionale propedeutico all'assunzione di una scelta gestoria.

Ciò posto, il profilo applicativo della *bjr* richiede di essere sondato quanto meno in due diverse direzioni: per un verso, v'è da riflettere *a priori* sulla discrezionalità riconosciuta agli amministratori nel far ricorso a un sistema di IA per l'adempimento della funzione gestoria, per l'altro occorre verificare l'ampiezza della *bjr* nella dimensione strettamente decisionale.

Con riguardo alla prima direttrice, il contesto operativo attiene al perimetro squisitamente organizzativo e, quindi, alle scelte di strutturazione degli assetti interni, dovendosi precisare che la determinazione nel senso di utilizzare sistemi di intelligenza artificiale costituisce un *quid pluris* per quanto ne consegue in termini non soltanto di integrazione dei flussi informativi, ma anche per i risvolti determinanti sui processi decisionali del consiglio.

Per certo, l'eccezionalità della scelta di ricorrere all'IA comporta che la puntuazione dei protocolli interni avvenga con presidi adeguati, nonché tramite una informativa completa che possa essere garantita dall'acquisizione di pareri di consulenti esterni ovvero dai suggerimenti impartiti dal comitato *tech* laddove esso sia già presente. In questo senso, la valutazione viene a convergere con le osservazioni testé svolte in merito alla metamorfosi dei doveri gestori, ed in particolar modo, con l'innalzamento del canone di diligenza e dei suoi corollari contenutistici (si pensi all'art. 2381, comma 6 c.c.).

In sostanza, la decisione di far utilizzo di sistemi intelligenti, esemplifica il mutamento dei paradigmi tradizionali nel senso di una maggiore responsabilizzazione dell'organo gestorio[651].

[651] Ne è ben consapevole C. PICCIAU, *Intelligenza artificiale, scelte gestorie e organizzazione delle società per azioni*, cit., p. 1281 che rileva come «la scelta di ricorrere a un particolare sistema di intelligenza artificiale non comporta esclusivamente benefici o possibili efficienze per la società, ma espone quest'ultima a nuovi rischi, la cui valutazione non può che essere rimessa alla discrezione del consiglio di amministrazione». Lo stesso A. al contempo richiama le indicazioni del codice di autodisciplina per le società quotate, che attribuisce all'organo

Tuttavia, il *punctum dolens* di questa tipologia di scelte, si rinviene nella profonda attualità del quesito circa l'obbligatorietà o meno di impiegare l'IA nel contesto di governance, atteso che dettare in maniera cogente un tale utilizzo, comporterebbe una restrizione dell'operatività della *bjr*.

Allo stato, tuttavia, non può discorrersi di una generalizzata vincolatività, bensì pare opportuno prendere in esame il singolo scenario di riferimento[652]. Si è ad esempio rilevato che in talune ipotesi in cui le potenzialità applicative dell'IA sono ampiamente sperimentate per gli effetti benefici che apportano in termini di trasparenza e sicurezza - si pensi al settore bancario e finanziario - il *risk-management* richieda ormai indefettibilmente l'ausilio dell'IA tanto da poter ritenere compreso all'interno del generale principio di corretta amministrazione il ricorso a sistemi intelligenti. Così come il focus che il legislatore ha posto sulla dimensione organizzativa soprattutto con il dettato dell'art. 2086 c.c., indurrebbe a ritenere imprescindibile l'IA per cogliere tempestivamente i segnali di disfunzione dell'attività societaria, le c.d. *red flags*.

Senonché, vuoi per l'assenza di interventi normativi in tal senso, vuoi per la natura in molti casi sperimentale delle nuove tecnologie, la vincolatività di una scelta di tal specie non pare possa assumere carattere universale per ogni scelta di *business*.

Ciò non toglie che in un futuro neanche così remoto, la crescente proliferazione dell'utilizzo degli strumenti di intelligenza artificiale, possa assumere in primo luogo il valore di *best practice* in un determinato settore, anche grazie all'opera conformativa dei codici di autodisciplina[653], e per ciò solo rappresentare un indice dell'*agere* diligente degli amministratori[654].

L'approdo interpretativo delineato suggerisce quindi, quantomeno allo stato attuale, di non rinvenire alcuna modifica rilevante circa lo spazio applicativo della *bjr*, nel senso che l'eventuale scelta di non impiegare presidi di intelligenza artificiale per curare l'assetto

---

gestorio l'individuazione del «livello di rischio compatibile con gli obiettivi strategici della società». Sulle disposizione del codice di autodisciplina si vedano le riflessioni di A. CERRI, C. SOTTORIVA, *Il nuovo Codice di Autodiscplina per le società quotate*, 2020, consultabile su http://ilsocietario.it/articoli/focus/il-nuovo-codice-di-autodisciplina-le-societ-quotate; P. MONTALENTI, *Il nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Riv. corp. gov.*, 2021, 1, p. 3 ss. La principale novità che si ricava dal codice si rinviene proprio nella centralità del ruolo dell'organo di amministrazione tenuto a definire le linee del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

[652] Secondo L. MARCHEGIANI, *Automazione della governance societaria e discrezionalità amministrativa*, cit. p. 1909, «è tuttavia discutibile, che, almeno allo stato attuale delle conoscenze, un obbligo simile possa far capo agli amministratori: qui torna evidentemente in primo piano il fattore, non sempre adeguatamente considerato in letteratura, del costo di produzione di un simile algoritmo, particolarmente se l'impresa non dispone di un dataset proprietario adeguato per svolgere un training di buona qualità»

[653] Secondo N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, 6, p. 698, in realtà «le norme del codice di autodisciplina non tanto specificano il criterio generale, quanto aggiungono altre ipotesi, o categorie di ipotesi, al criterio generale».

[654] Concorda M. LILLÀ MONTAGNANI, *Governance societaria e governance dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 283.

organizzativo, non integra oggetto di sindacato giudiziale, né abilita una immediata ricostruzione per cui, sul piano di maggiore *distress* finanziario, l'eventuale danno arrecato al patrimonio per mancata rilevazione dei segnali di crisi, sia causalmente collegato all'assenza di un sistema di IA funzionalizzato a tale attività, con annessa responsabilità degli amministratori nei confronti della società e degli *stakeholders*[655].

6.1. (Segue). "*Pflicht zum Einsatz von KI*"? Il perimetro applicativo della *bjr* tedesca alla prova dell'intelligenza artificiale.

Invero, sul versante comparatistico, l'opzione ricostruttiva che denota l'impostazione italiana converge con l'indirizzo della fiorente letteratura tedesca.

Nello scenario germanico ove, si è visto, sussistono divergenti vedute in seno alla portata del § 93, comma 1, frase 2 *AktG*, l'indagine in merito alle potenzialità applicative della intelligenza artificiale si completa con la riflessione circa la configurabilità o meno di un obbligo in capo al *Vorstand* di utilizzare i sistemi tecnologici per beneficiare del *safe harbour* della *Businesss Judgment Rule*.

La risposta al quesito richiede di sondare congiuntamente le coordinate che fondano la *rule*.

Difatti, un obbligo in senso stretto di impiegare l'IA per l'adempimento delle obbligazioni del *Vorstand* dipende in larga misura dalla previsione di eventuali requisiti più stringenti circa il *quantum* di adeguatezza della base informativa.

In tale direzione, il dato giurisprudenziale non ha mancato di evidenziare che *l'Angemessenheit der Informationsgrundlage*, si calibra avendo a mente tutte le fonti di informazioni disponibili, i vantaggi e gli svantaggi che derivino da ogni determinazione dell'organo gestorio, alla luce dei rischi ad esse connessi[656].

A fronte di un *case law* che tende, quindi, a interpretare in termini più rigidi l'adeguatezza della base informativa, invero la soluzione verso cui depone il § 93, par. 1, frase 2, *AktG*, è nel senso di ritenere adeguata l'informativa se è allineata con la base informativa necessaria per una decisione appropriata, abilitando in sostanza una visione più flessibile in cui siano contemperate circostanze del caso concreto, urgenza e rilevanza della decisione da assumere.

Ciò posto, è quindi preferibile concedere al *Vorstand* un certo grado di discrezionalità nell'acquisizione di informazioni a patto che sia rispettato il limite della giustificabilità (c.d. *Vertretbarkeit*).

---

[655] Cfr. G. SANDRELLI, op. cit., p. 1227.
[656] Si veda BGH, Beschluss vom 14.07. 2008 – ZR 202/07, ZIP, 2008.

La individuazione del *benchmark* informativo suggerisce, allora, di respingere l'idea di un obbligo indiscriminato di ricorso ai sistemi di IA per lasciar spazio - similmente a quanto testé rilevato nell'ordinamento municipale - ad una valutazione del singolo caso concreto e della specifica are di *business* in cui la società svolge la propria attività. Di talché, sulla presupposta operatività della *business judgment rule* altresì con riguardo alle scelte del "se" utilizzare sistemi intelligenti, possono verosimilmente individuarsi, allo stato, soltanto talune aree in cui la discrezionalità si tramuta in obbligo[657].

Tuttavia, ciò non esclude che nel medio termine, con l'incremento delle nuove tecnologie nella prassi gestoria quale nuovo capitolo del rapporto tra *law and technology*[658], si schiuderanno scenari inediti di progressiva erosione della *bjr* a svantaggio degli amministratori che non abbiano adeguatamente giustificato la decisione di non ricorrere a sistemi di IA.

Orbene, il primo significativo dato che restituisce la comparazione giuridica, insito nel riconoscimento del *safe harbour* della *bjr* per le decisioni sul "se" ricorrere a modelli tecnologici per l'adempimento della funzione gestoria, induce ad ampliare il perimetro di indagine ad una seconda inedita prospettiva, vale a dire la valutazione delle decisioni imprenditoriali assunte con l'ausilio dell'intelligenza artificiale. Si tratta di un profilo di assoluta rilevanza, giacché in esso si condensano le riflessioni sino ad ora compiute circa il rapporto tra impianto di responsabilità e *bjr*.

A parere di chi scrive, la riflessione non può non assumere quale punto di avvio la valorizzazione del grado di autonomia attribuito ai *tools* tecnologici, una premessa di tipo dogmatico-civilistico ed una più acuta riflessione sulla metamorfosi del *decision-making process*.

---

[657] A. LINNERTZ, *Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft*, cit., p. 177.

[658] Oltre ai riferimenti in apertura del capitolo, sulla relazione tra diritto e tecnologia si rinvia a: V. FROSINI, *Cibernetica e diritto*, in *Società delle macchine*, 1968, pp. 31-34; ID., *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968; ID., *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Milano, 1986; ID., *Informatica diritto e società*, Milano, 1988; ID., *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998; ID., *Il giurista nella società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*, vol. IX, 2, 2000, pp. 9-27; G.M. LOSANO, *Giuscibernetica: Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969; ID., voce *Giuscibernetica*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, App. III, Torino, 1982, pp. 1077-1098; ID., *L'informatica e l'analisi delle procedure giuridiche*, Milano, 1989; R. BORRUSO, *Civiltà dei computers*, 2, Milano, 1978; ID., Computer e diritto, 2 voll., Milano 1988; ID., voce *Informatica giuridica*, in Enc. dir., Agg. I, Milano, 1997, pp. 640-676; S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; ID., *Alla ricerca delle libertà*, Bologna, 1978; E. GIANNANTONIO, voce *Informatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XVI, 1989, pp. 1-10; M. LUPOI, *Giuscibernetica e informatica giuridica. Problemi per il giurista*, in *Quaderni del Foro Italiano*, Roma, 1970, c. 741 ss.; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialoghi su diritto e tecnica*, Roma Bari, 2001. Più di recente: E. CALZOLAIO, *Intelligenza artificiale ed autonomia della decisione: problemi e sfide*, in *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, a cura di Id., Milano, 2020, p. 3; A. SANTOSUOSSO, *Diritto,scienza, nuove tecnologie*, 2a ed., Milano, 2016, passim; G. CORASANITI, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018; S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020.

Segnatamente, con riguardo a tale ultima coordinata, è ben chiaro che l'evoluzione delle scienze cognitive abbia ormai condotto ad una transizione da un approccio squisitamente normativo in punto di processi decisionali ad altro, di matrice descrittiva, che restringe il focus sull'influenza che la base cognitiva sia in grado di esercitare sul momento di adozione di una scelta[659].

Il che, trasposto nell'inedito scenario di digitalizzazione gestoria, richiede di abbandonare il dogma della scelta "statistica", cui corrisponde il rischio di "irrigidimento" comportamentale che possa derivare dall'impiego di sistemi di intelligenza artificiale. Sul piano decisionale, allora, occorre vanificare ogni tentativo di estrema burocratizzazione dell'attività amministrativa, in quanto foriera di un immobilismo gestorio in guisa al quale l'amministratore assumerebbe posizioni *risk-averse* o quantomeno adotterebbe decisioni difficilmente innovative laddove gli effetti non siano misurabili *ex ante*. Piuttosto, nell'ottica di neutralizzare gli errori sistematici e i *bias* cognitivi, il mutato approccio descrittivo consente di prendere in considerazione le c.d. strategie euristiche.

In questa direzione potrà allora essere affrontato il duplice profilo di rischio che origina dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale ai fini di *decision making*[660]: per un verso l'organo gestorio potrà aderire acriticamente alle risultanze generate dal sistema, per l'altro sorge la difficoltà di giustificare in maniera analitica l'eventuale discostamento dall'*output*[661].

Con riguardo alla coordinata squisitamente civilistica, emerge inoltre il quesito circa la qualificazione in termini di atto o di fatto giuridico della decisione giuridica che consegua dall'impiego dell'intelligenza artificiale. Ora, il *discrimen* tra le due categorie – è fin troppo noto – si rinviene nella circostanza per cui la nozione di fatto giuridico è riferibile ad eventi naturali o umani a cui l'ordinamento giuridico riconnette precisi effetti giuridici, a fronte del perimetro dell'atto giuridico limitato a taluni fatti giuridici connotati dalla centralità dell'elemento della volontà umana[662].

---

[659] Per una efficace descrizione di questi fenomeni, R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, New York, 2021, *passim*.

[660] Tra i pericoli che affiorano dall'utilizzo dell'IA nei processi decisionali, si segnalano, in particolare, il venir meno della neutralità tecnologica e l'emersione di meccanismi di discriminazione. Si vedano, C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, *The Law of Implicit Bias*, in *California Law Review*, 2006, p. 969 ss.; C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in Gruppo di Pisa, 3, 2021, p. 9 ss., spec. § 3.; S. BAROCAS, A. SELBST, *Big data's disparate impact*, in *California Law Review*, 104, 2016, p. 671 ss.; F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Price Discrimination, Algorithmic Decision-Making, and European Non-Discrimination Law*, in *European Business Law Review*, vol. 31, 3, 2020, p. 401 ss. Sul punto si rinvia anche a P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, in *Iura & Legal Systems*, vol. 8, 4, 2021, p. 17 ss.

[661] Cfr. F. PACILEO, *"Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 542.

[662] Si veda quantomeno A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 941 ss.

Orbene, sulla scorta di tale classificazione si può verificare se la incidenza trasformativa della IA sui paradigmi della teoria generale del diritto abiliti una ricostruzione dell'atto giuridico che non sia unicamente legata ad una volontà umana in senso stretto.

Ebbene, la fattibilità di una simile opzione ermeneutica richiede di essere sondata sotto due diverse prospettive. In primo luogo ragionando sul piano strutturale, soprattutto laddove l'intelligenza artificiale abbia una elevato grado di autonomia, sembra difficile riconoscere alla decisione assunta l'ontologia di atto giuridico, giacché l'elemento della volontà umana appare fortemente neutralizzato. Per converso, se si guarda al settore dell'amministrazione pubblica ove si rinvengono prime pronunce giurisprudenziali di segno favorevole alla validità di simili decisioni e alla tutela concretamente esperibile nei loro confronti, si dischiude uno spiraglio di maggiore apertura alla classificazione in termini di atto giuridico[663].

Ciò posto, sul piano funzionale, dotare l'organo gestorio di strumenti caratterizzati da un maggiore o minore livello di indipendenza, implica riconoscere la diversità delle modalità di svolgimento del processo informativo.

Ed è anzi significativo che alla luce di detto parametro si sia operato un distinguo tra *species* di decisioni.

Ad un primo livello corrispondente all'utilizzo di *assisted AI*, si inseriscono le *algorithm-based decisions*. Si tratta in sostanza di decisioni integralmente riferibili all'amministratore persona fisica assunte sulla base di informazioni ottenute mediante calcoli algoritmici.

Viceversa, laddove il *board* sia coadiuvato da modelli di *monitor* o *augmented IA*, le scelte adottate, c.d. *algorithm-driven decisions*, sono soltanto parzialmente umane, in quanto profondamente influenzate dalle evidenze fornite dal sistema intelligente.

Infine il grado massimo di autonomia, ravvisabile nei casi di IA in veste di *decision maker*, suggerisce la qualificazione delle scelte gestorie in termini di *algorithm-determined decisions*, tali che l'intervento umano risulta interamente neutralizzato[664].

---

[663] Ovviamente, a condizione che la decisione che ne deriva sia conoscibile. In questi termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2018, n. 2270. Ma cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474 e, più di recente, Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; 9 febbraio 2021, n. 1206. Per i commenti alle decisioni v., *ex plurimis*: I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, p. 86 ss.; L. MUSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *MediaLaws*, 1, 2020, p. 18 ss.; S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2019, p. 108 ss.; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale:alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi*, 10, 2020, p. 344 ss.; G. NATALE, A. GRUMETTO, *Recenti sviluppi dell'innovazione tecnologica nel mondo del diritto*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2, 2019, p. 234 ss.; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, p. 389 ss. Più di recente, G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 3, 2021, p. 431 ss.; N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, cit., p. 210 ss.

[664] Cfr. S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, p. 87.

Orbene, ai fini della riflessione in merito al varo o meno di una *modifed business judgment rule*, la predetta catalogazione fornisce all'interprete un dato di fondo inequivocabile: la diversa incidenza nel processo decisionale costituisce diretta filiazione del grado di autonomia attribuito all'intelligenza artificiale, restituendone al contempo un'immagine di "pendolo" che oscilla tra "percorso determinista" e "percorso decisionista"[665].

La puntuazione dei modelli di *decisions* che possono venire in rilievo nell'esercizio delle funzioni gestorie consente allora di vagliare la posizione degli amministratori che si trovano ad interagire con il sistema di AI, restringendo il focus sulle ipotesi in cui gli amministratori assumano decisioni con il supporto del sistema di AI prescelto.

Si consideri, a titolo esemplificativo, la situazione in cui il corredo istruttorio sia interamente generato dal sistema di IA, ma gli amministratori dispongano di motivazioni apprezzabili per ritenere che la processazione ad opera della macchina sia affetta da intelligibilità o che l'*iter* computazionale non è stato correttamente trasmesso. Già *ictu oculi* si disvela, sul piano della responsabilità gestoria, il fulcro del problema dell'area di discrezionalità riconosciuta agli amministratori, vale a dire le eventuali conseguenze che possano derivare dal mancato impiego degli *output* generati dal sistema - *rectius*, dal discostamento dal dividendo tecnologico con l'annesso ampliamento del sindacato giudiziale[666] -, o, per converso l'adesione acritica a tali indicazioni che garantirebbe il *safe harbour* in favore dell'organo gestorio, pur con il rischio in tale ultima ipotesi di alimentare quel processo di "abdicazione robotica" che realizza il pericolo di "sudditanza alle indicazioni della macchina"[667].

Cosicché, in altri termini, il consiglio di amministrazione è posto dinanzi una duplice scelta. Per un verso egli può determinarsi nel senso di ignorare l'*output* tecnologico e procedere in via per così dire tradizionale all'assunzione della decisione.

Per l'altro possono, considerarsi irrilevanti gli indici di opacità della macchina, propendendo allora per l'adozione della decisione sulla base delle evidenze fornite dall'IA.

Ma a parere di chi scrive sembra che la determinazione in un senso o nell'altro non possa non passare per il tempestivo rilevamento dei malfunzionamenti del sistema, venendo allora a calibrarsi il corretto adempimento dell'attività gestoria sul *Einschreiten bei Verdachtsmomenten*, vale a dire il dovere di intervento in caso di irregolarità.

---

[665] Secondo G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, cit., p. 75, il passaggio di grado realizza «una vera e propria modifica sistemica, transitandosi dall'utilizzo dell'algoritmo in termini di supporto a decisioni comunque assunte da parte di agenti umani all'utilizzo dell'algoritmo quale vero e proprio (autonomo) agente decisionale».

[666] R.M. AGOSTINO, *Intelligenza artificiale e processi decisionali*, cit., p. 384.

[667] Cfr. N. ABRIANI, *Relazione introduttiva*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., pp. 12-13.

Al contempo, occorre dar conto che la scelta di seguire o meno il suggerimento algoritmico, amplifica il rischio di *default-option force*[668], ossia la tendenza più immediata ed agevole per l'organo gestorio di attenersi pedissequamente alle risultanze del sistema, giacché l'eventuale censura del processo computazionale richiederebbe una valutazione squisitamente umana esposta anch'essa all'intrinseca fallacia che connota il giudizio umano.

Ebbene, un primo argine a questa deriva pare possa ricavarsi dalla specificazione della motivazione che sorregge la decisione deliberata dal consiglio di amministrazione. Di talché, l'eventuale discostamento dal responso dell'IA risulterà pienamente legittimo laddove dalla motivazione emerga la razionalità e la coerenza di una determinazione di tal specie[669]. D'altronde a prescindere dalla obbligatorietà o meno del ricorso a strumenti di IA, sicuramente una prima declinazione di *accountability* può essere realizzata attraverso l'obbligo motivazionale[670]. E ciò appare pienamente sintonico con la traiettoria interpretativa segnata da taluni autori che ritengono indispensabile la motivazione per conferire "solidità" alle decisioni adottate sulla base di indicazioni di carattere tecnico demandate a soggetti terzi[671].

Ciò posto una simile opzione ermeneutica non sarebbe ad ogni modo immune da rischi.

Segnatamente, in caso di dissenso dalle indicazioni generate dal sistema di IA con la supposta convinzione che sia necessaria un'adeguata motivazione da parte dell'organo gestorio, affiora il pericolo di una eccessiva burocratizzazione della funzione amministrativa non soltanto in una prospettiva *ex ante*, dovendosi assicurare una adeguata definizione delle modalità di funzionamento della macchina, ma ancor più in una visione *ex post*. Ed è qui che innesta il *punctum dolens* della riflessione.

---

668 N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, cit., p. 45.

669 G. SANDRELLI, *Algoritmi a supporto delle decisioni degli amministratori e responsabilità*, cit., p. 1239. Tra i vantaggi che apporta l'obbligo motivazionale, l'A. segnala la capacità di «aiutare a cogliere in maggiore profondità aspetti rilevanti nella valutazione del processo decisionale». A titolo esemplificativo si allude alla possibilità di giustificare "un voto in senso divergente da quanto suggerito dalla macchina" in virtù delle circostanza per cui "l'algoritmo utilizzato, per suo design, non considera nei propri processi computazionali fattori e interessi di cui gli amministratori intendano invece tenere conto nella valutazione di convenienza di un investimento". Similmente nel caso di "un comportamento o una decisione positivamente vagliata da meccanismi artificiali di compliance" essa "potrebbe essere contestata da singoli amministratori sulla base di considerazioni di carattere etico che, l'AI è poco attrezzata a computare".

670 Secondo questa prospettiva M.L. PASSADOR, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., ove si sottolinea che «laddove [la delibera] recepisca una scelta degli amministratori con deleghe potrà attingere ad ampie mani dalla motivazione o descrizione del sistema scelto formulata in tale sede (oppure ne richiederà un supplemento, in linea con l'obbligo di decidere in maniera informata ex art. 2381, comma 6, c.c.), ma necessiterà comunque di uno sforzo ricettivo-rielaborativo da parte dell'organo consiliare nella sua globalità, allontanando così lo spettro di una acritica accettazione dell'output del sistema di Ai da parte dell'organo amministrativo»

671 Si allude a L. MARCHEGIANI, *La motivazione delle deliberazioni consiliari nella società per azioni*, Milano, 2018, p. 194 ss.; si veda altresì A.D. SCANO, *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, Milano, 2018, *passim*.

Se, difatti, si è visto che i sistemi *machine learning* si connotano per un'oscurità intrinseca, c.d. *black bo*x, spiegare le correlazioni, le logiche che li governano e le modalità di processazione dei dati inseriti all'interno del modello di IA su cui poi incentrare la motivazione del dissenso dal sistema, risulta essere una *probatio diabolica* per gli amministratori[672].

Si profila allora un cortocircuito dell'attività gestoria, giacché per il timore di non fornire un'adeguata giustificazione al proprio dissenso, diretta filiazione dell'ampliamento del perimetro della sindacabilità della gestione che deriverebbe dalla previsione di un generalizzato obbligo di motivazione, l'amministratore tende ad appiattirsi sulle risultanze dell'IA. Come a dire che la propensione al rischio di impresa viene a sfumare in un'affannosa ricerca dei meccanismi procedurali seguiti dal sistema intelligente.

Allora, pare che la soluzione più equilibrata rispetto alle modalità di operatività della *business judgment rule* in questo settore, possa rinvenirsi una volta ancora nella *vis* del canone di diligenza.

Rievocando il canone di diligenza come non irrazionalità, adeguatamente amalgamato con i criteri della natura dell'attività esercitata e delle specifiche competenze possedute dall'amministratore, se è senza dubbio opportuno che nell'organo gestorio vi siano membri dotati di una certe *expertise* tecnologica, non sembra allo stato tuttavia enucleabile un generalizzato requisito di perizia tecnologica.

Semmai si profila un livello minimo di diligenza, che si attesta alla ordinaria conoscenza delle modalità di operatività del sistema intelligente, il che non implica una specifica competenza tale da consentire di decifrare ogni singolo meccanismo di funzionamento artificiale.

Senonché sotto tale ultimo profilo, non può sottacersi un dato che emerge dalla prassi e dalla legislazione europea, vale a dire la crescente tensione verso l'individuazione di precisi obblighi di trasparenza, intendendosi quest'ultima strutturata sia come conoscibilità del codice sorgente, sia come accessibilità e comprensibilità delle tecniche di funzionamento: si pensi alla citata proposta di Regolamento in materia di intelligenza artificiale, in cui spicca il regime di trasparenza generale che produttori e utilizzatori del sistema intelligente sono tenuti ad assicurare.

Cosicché, l'individuazione del *point of balance* tra eccessiva perimetrazione dell'*agere* gestorio e tutela della trasparenza degli *AI-systems*, sulla base di rilievi esposti, sembra nuovamente ricondurci nel cuore dell'area tematica che contrassegna la *business judgment rule*.

---

[672] Sottolineano N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, op. cit., pp. 172-173 che in questa direzione sono state varate soluzione idonee a garantire maggiore trasparenza delle logiche funzionali attraverso modelli di *explainable AI* e *interpretable AI*.

Ed invero, alla luce delle richiamata linea interpretativa, se è vero che il comportamento diligente degli amministratori viene a prospettarsi «in termini di osservanza di un *modus operandi* tipizzato»[673], in cui valenza centrale è assegnata alle cautele e verifiche preventive per l'adozione di scelte «informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato»[674], occorre individuare la chiave risolutiva del discorso in esame proprio nella componente procedimentale.

Segnatamente, si è visto che l'attività di verifica integrale della trasparenza e del funzionamento della macchina dovrebbe esser demandata ad un comitato *ad hoc* esperto del settore in maniera tale da garantire quanto meno in via preventiva il corretto settaggio del sistema intelligente.

Cosicché, centralizzando il canone di diligenza nella sua dimensione ormai nota, la sindacabilità o meno della decisione assunta dall'organo gestorio andrà valutata alla luce della condivisibile distinzione tra decisioni routinarie e decisioni strategiche di maggior rilievo[675].

Ne deriva che, rispetto alla prima tipologia di scelta, in cui il grado di *accuracy* dell'IA sembra essere maggiore, l'eventuale discostamento dalle indicazioni da essa generate può assumere rilievo in qualità di indice della irrazionalità della decisione assunta, senza che ciò tuttavia rappresenti una presunzione in senso stretto e pur nella consapevolezza dei più recenti orientamenti giurisprudenziali tesi a estendere il perimetro applicativo della *bjr* anche a tali scelte.

Per converso, le scelte più rilevanti relative al *core* dell'attività societaria, quali la determinazione nel senso di accedere ad un dato mercato o la programmazione di un diverso indirizzo strategico, ove la componente innovativa assume un ruolo preponderante rispetto all'attività calcolante che connota l'IA, lasciano un più ampio margine di manovra all'organo gestorio, che potrà beneficiare del *safe harbour* della *business judgment rule*, sempre che ne siano soddisfatti i requisiti applicativi[676].

In definitiva, si può convenire con l'idea secondo cui l'impiego di sistemi di IA nei meccanismi decisionali non esclude il *respondere* degli amministratori per le scelte adottate, ma trasla la valutazione sul rinnovato canone di diligenza nelle sue differenti declinazioni della correttezza

[673] A. ZANARDO, op. cit., p. 121.
[674] Relazione al d.lgs. n. 6/2003, 6.III.4
[675] È questa l'impostazione seguita da L. ENRIQUES, A. ZORZI, *Intelligenza artificiale e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 40. Concordano E. RIMINI, M. MORLACCHINI, *L'intelligenza artificiale nell'esercizio dei doveri degli amministratori*, in *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 44 che aggiungono a queste classificazione le «decisioni caotiche, influenzate anche da atteggiamenti "idiosincratici"».
[676] C. PICCIAU, *Intelligenza artificiale, scelte gestorie e organizzazione delle società per azioni*, cit., p. 1276.

del procedimento di scelta del sistema, della individuazione dei *big data* in esso inseriti, dell'utilizzo conforme e del costante monitoraggio dei flussi generati dal sistema[677].

7. Regolazione europea dell'IA e possibili risvolti applicativi nella dimensione gestoria

La disamina testé effettuata circa la gestione dei rischi derivanti dall'impiego di sistemi intelligenti all'interno dei meccanismi di *corporate governance* restituisce la cifra del mutamento dell'angolo prospettico da cui scandagliare i profili di *liability* gestoria, traslando "a monte" la coordinata della discrezionalità ed il giudizio di responsabilità per i danni che possano essere scaturiti dalla decisione assunta[678].

Tuttavia, l'incertezza regolatoria che denota l'intervento del legislatore europeo in *subiecta materia*, reca con sé criticità di assoluta rilevanza in punto di responsabilità, giacchè «problematica resta la stessa imputazione degli effetti, data la frequente accentuata spersonalizzazione dell'attività anche negoziale che rende difficile e a volte impossibile il riconoscimento dell'autore al quale riferire la responsabilità»[679].

Le medesime perplessità animano l'orizzonte ermeneutico concernente la responsabilità degli amministratori, in quanto il sovvertimento dei paradigmi decisionali si associa, inevitabilmente, alla necessità di ricercare un adeguato impianto non soltanto rimediale[680]. Operazione, quest'ultima, tutt'altro che agevole, sol che si consideri che l'impiego dello strumento giuridico in questo campo non si sottrae ai timori avanzati da chi ritiene che *rules* fin troppo rigide ed esposte a rapida obsolescenza possano ingolfare lo sviluppo tecnologico[681].

Eppure la complessità del fenomeno, come ovvio, richiede una adeguata cornice normativa che, in ottica di piena armonizzazione, sia in grado di prevedere efficienti strumenti di gestione dei rischi, nonché conferire maggiore certezza rispetto alle responsabilità degli attori coinvolti nel processo di digitalizzazione. Ciò posto, seppur in linea soltanto astratta si ponga all'interprete

---

677 C. PICCIAU, op. ult. cit., p. 1277.

678 Il condivisibile rilievo è di L. MARCHEGIANI, *Automazione della governance societaria e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 114.

679 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., p. 48; Ugualmente G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., p. 22, osserva che «la dinamica della digitalizzazione produce senza sosta spazi vuoti, lacune di responsabilità, destinate ad ampliarsi sempre più in futuro»; A, MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Eth. Inf. Tech.*, 2004, 6, p. 175 ss.

680 Sulla verifica della operatività delle categorie civilistiche tradizionali nel prisma dell'IA, si veda L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4, 2018, p. 714 ss.

681 Ad esempio S. SICA, *Social media e magistratura*, in *Tecn. e dir.*, 2021, 2, p. 541, seppur con specifico riferimento al rapporto tra rete e la sua regolamentazione evidenzia che «si assiste, infatti, ad un'alluvione di regole, ma ad una sostanziale latitanza o inefficienza del Diritto; se con tale ultima espressione si allude, per sintesi, alla capacità degli ordinamenti giuridici tradizionali di comporre interessi molteplici, tuttavia sempre compiendo scelte di valori, la Rete con la sua attitudine meta-spaziale e meta-temporale, può diventare (anzi lo è già) il terreno in cui il diritto tocca con mano la propria impotenza».

l'alternativa *de iure condito* tra pieno riconoscimento di personalità giuridica ai sistemi intelligenti (prospettiva cui si frappongono i limiti in precedenza rilevati) e individuazione delle condizioni giuridiche idonee ad imputare all'agente umano le decisioni dell'intelligenza artificiale, v'è da ritenersi che tale ultima soluzione rappresenti la prospettiva di indagine più fondata[682].

Allora, sembra che un primo importante terreno di indagine su cui erigere la struttura normativa di riferimento sia quello europeo[683], in primo luogo perché discorrere di responsabilità e digitalizzazione gestoria evoca la pletora di atti normativi (e non) adottati dall'Unione europea in punto di responsabilità; *in secundis* per una ragione ancor più intuitiva e cioè che la proliferazione di modelli e forme di *artificial intelligence* richiede la messa a punto di regole universali per una realtà profondamente complessa anche per ciò che attiene al profilo delle tutele esperibili[684].

Ciò posto, è sin troppo noto che nel panorama unionale dell'ultimo quinquennio si è diffusamente avvertita l'esigenza di affrontare le sfide presentate dalle nuove tecnologie e di fornire un quadro etico e giuridico adeguato. Risposte che si sono concretizzate di volta in volta ora in comunicazioni e risoluzioni ora in relazioni e libri bianchi[685], volte ad assicurare un omogeneo livello di efficienza e trasparenza a vantaggio dei cittadini, dei consumatori e delle imprese.

Orbene in questo *background* di riferimento, occorre in primo luogo saggiare gli spunti interpretativi che promanano dall'approccio squisitamente olistico, *fil rouge* della legislazione europea, incentrato sul binomio sicurezza-responsabilità, o se si preferisce tutela *ex ante*-tutela *ex post* e sulla ricorrenza di taluni presupposti cardine.

---

[682] Puntuale la riflessione di J. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, n. 5159, 2017, secondo cui «*The laws of robotic that we need in our age are laws that control and direct human beings who create, design, and employ robot, AI agents, and algorithms. And because algorithms without data are empty, these are also the laws that control the collection, collation, use distribution and sale of the data that make these algorithms work. [...] So the laws we need are obligations of fair dealing, non-manipulation, and non-domination between those who make and use the algorithms and those who are governed by them».*

[683] U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 6, p. 1247 ss.

[684] Condividono questa traiettoria A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2019, 1, p. 47 ss., il quale evidenzia la necessità di formulare regole «il più globali possibile di stampo sovranazionale e internazionale»; A. VIGLIANISI FERRARO, *Le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale ed i potenziali rischi per il diritto alla privacy*, in *Persona e Mercato*, 2021, 2, pp. 410-411.

[685] Si pensi al Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio 2020, COM (2020) 65, in cui la Commissione europea considera L'IA una tecnologia strategica «a condizione che segua un approccio antropocentrico, etico, sostenibile e rispettoso dei valori e diritti fondamentali» al fine di conseguire un «ecosistema di eccellenza».

Tra questi ultimi, senza dubbio centrale è la necessità di arginare ogni forma di frammentazione normativa, diretta filiazione della tendenza a ricercare l'impianto giuridico più favorevole al ristoro dei pregiudizi generati dalla IA. Ad essa si associa, in seconda battura, una esigenza di carattere strettamente economico, vale a dire la promozione del mercato europeo in materia di intelligenza artificiale, la cui piena attuazione richiede l'adozione di *rules* non eccessivamente stringenti.

7.1. (Segue). Tutela *ex ante* e principio di *accountability*

Con riguardo alla prima coordinata, spicca il già menzionato *AI Act*, in cui sono cristallizzati requisiti e obblighi di sicurezza *ex ante* posti a tutela della progettazione e dell'utilizzo dei sistemi di IA, secondo il noto approccio proporzionato basato sul grado di rischio. La tutela preventiva, in tal senso, si sostanzia nell'incentivare la correttezza del processo di introduzione degli *input* all'interno del sistema, prima che lo stesso sia liberamente immesso nel mercato.

Ebbene, la medesima traiettoria in esame, volta a contemperare tutela *ex ante* e tutela *ex post*, assume un interessante valenza ricostruttiva anche nella dimensione gestoria.

Si è visto, difatti, che gli amministratori, in una governance sempre più permeata dalla digitalizzazione, dovranno essere non soltanto dotati di *skills* in ambito tecnologico, in modo tale da comprendere i meccanismi basilari di funzionamento dei sistemi di IA utilizzati, ma altresì consapevoli dei criteri di sicurezza e verificabilità e del composito mosaico di obblighi e responsabilità dei soggetti coinvolti nella "catena di montaggio"[686]. Ed è proprio in questo contesto che affiora la rilevanza di una sinergica interrelazione tra principi di *disclosure*, *transparency* e *accountability*, in stregua alla quale può davvero concretarsi la tracciabilità delle decisioni assunte.

Cosicché, il dialogo informativo che intercorre tra delegati e deleganti, diviene dirimente ai fini della comprensione del procedimento seguito nell'individuazione del sistema più trasparente.

E, in effetti, mette conto di soggiungere che gli amministratori sono ugualmente destinatari del principio di responsabilità condivisa, in stregua al quale ogni attore è tenuto «ad assumersi la propria responsabilità e fornire al partecipante successivo nella catena le informazioni e le misure necessarie»[687].

---

[686] D'altronde, sottolinea N. ABRIANI, *Intelligenza artificiale e impresa: uno sguardo di insieme*, cit., p. 15, che «al di là dalle definizioni, il richiamato approccio precauzionale e l'introduzione di un'opportuna policy dell'IA risultano più che giustificati ove si consideri che potrebbe essere lo stesso *management* a definire le finalità del sistema robotico, le funzioni-obiettivo che si assegnano all'algoritmo».

[687] In questi termini F. PACILEO, *"Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 551.

Il che non dovrebbe sorprendere sol che si consideri che, per un verso, gli interventi di auto ed etero-regolamentazione - tesi a garantire la sicurezza e la trasparenza degli algoritmi che costellano il variegato campo della robotica e dell'intelligenza artificiale - disegnano obblighi stringenti posti a carico degli operatori, tra cui l'adozione di misure di sicurezza tecniche e organizzative e di controllo in concreto, idonee a minimizzare i rischi e scongiurare i danni da trattamento algoritmico dei dati. Per altro verso, in linea con quanto annunciato negli "Orientamenti etici sull'AI" presentati il 9 aprile in occasione del Digital Day 2019 da un comitato di esperti nominati dalla Commissione europea, ciò trova conferma anche per i sistemi più evoluti dotati di auto-apprendimento ed un elevato grado di autonomia decisionale, rispetto ai quali è difficilmente immaginabile che gli stessi siano strutturati prescindendo da scelte e criteri determinati dall'*agere* umano.

In sostanza, il principio di *accountability* palesa «la centralità del ruolo del soggetto che sovrintende all'attività dell'algoritmo e che ancor prima la indirizza»[688], ma anche degli utilizzatori del sistema.

La menzionata standardizzazione dell'attività gestoria in questa direzione risponde alla necessità di contenere e neutralizzare l'errore del sistema di IA.

Diviene allora indispensabile la valorizzazione della componente organizzativa, venendo la stessa ad assurgere ad autentico crocevia per la tutela dei soci e più in generale degli *stakeholders*.

Ma se, come si è visto, i presidi organizzativi esplicitano il concetto di diligenza professionale, al contempo regole di organizzazione più rigorose, dettate dalla esigenza di far fronte al carattere profondamente trasformativo della IA, consentono di rinforzare il criterio valutativo della condotta.

In altri termini, il giudizio sul corretto adempimento dell'attività gestoria, lo si ribadisce, deve essere effettuato tenendo debitamente in conto la messa a punto di profili organizzativi corretti e trasparenti.

In questo scenario, si assiste allora ad una stretta interrelazione tra regole di condotta e regole di organizzazione, rispetto alla quale la diligenza della condotta debitoria non si esaurisce nella fase strettamente esecutiva del rapporto obbligatorio, bensì richiede una ineludibile analisi circa le modalità di predisposizione di idonei protocolli interni.

[688] M. GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, in *Giur. it.,* 2019, p. 1738.

Sul piano funzionale, se questa sembra essere la soluzione che meglio si attaglia ad una *governance* sempre più digitale, rilevanti sono anche i risvolti relativi alla responsabilità gestoria.

La centralizzazione delle regole di organizzazione dovrebbe, difatti, condurre all'affermazione, quanto meno nelle ipotesi di impiego di algoritmi non deterministici, di una responsabilità degli amministratori, senza che la disfunzione o l'errore del sistema possano rilevare in termini di causa non imputabile di cui all'art. 1218 c.c.: in linea di principio, se la diligenza assorbe *rules* organizzative che a loro volta ricomprendono precisi doveri informativi e di controllo sull'algoritmo, l'inadempimento viene a concretarsi in una colpa da organizzazione, riconducibile in ultima istanza al paradigma della responsabilità da organizzazione che pur in area di *common law* ha ricevuto ampio consenso[689].

Ciò posto, se una siffatta prospettiva, quanto meno sul piano declamatorio, sembra enfatizzare un approccio preventivo che si sostanzia in un puntuale *risk-management*[690], al contempo diviene indispensabile verificare quale sia il coordinamento tra gli interventi europei concernenti l'IA e il loro risvolto applicativo nella dimensione gestoria.

Con riguardo alla tutela *ex ante* il focus tende a restringersi sulla portata del menzionato *Artificial Intelligence Act* (AI Act), espressione più nitida di quel *risk-based approach* che infonde l'intervento del legislatore europeo. Difatti, in ossequio al principio di precauzione che costella l'intero settore della *product safety*, il Regolamento appare teleologicamente orientato a definire requisiti di sicurezza che siano in grado di neutralizzare l'ignoto tecnologico.

Nel solco di questo generale obiettivo e nella prospettiva di "un assetto a geometria variabile"[691], sono così individuati modelli di IA connotati da un rischio inaccettabile e per ciò solo vietati (si pensi si sistemi di identificazione biometrica)[692], e pratiche di IA da ritenersi ad alto rischio, da cui a sua volta si distinguono i sistemi a rischio basso o inesistente.

---

[689] Expert Group on Liability and New Technlogies, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, commissionato dalla Commissione europea, 2019, p. 19 ss.

[690] Esemplificativo in tal senso è il c.d. *Enterprise Risk Management*, introdotto nel 2004 *dalla Commitee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (CoSO). Tale modello individua il *risk-management* come un processo, posto in essere dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri operatori della struttura aziendale, utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione, progettato per individuare eventi potenziali che possono influire sull'attività aziendale, per gestire il rischio entro i limiti del c.d. rischio accettabile e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali. Per una indagine più analitica, *ex multis*, G. MONAHAN, *Enterprise Risk Management: A Methodology for Achieving Strategic Objectives*, New Jersey, 2008.

[691] G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE*, cit., p. 330.

[692] L'elencazione completa è dettata dall'art. 5, comma 1 del regolamento ove si legge: " Sono vietate le pratiche di intelligenza artificiale seguenti: *a*) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico;

Con riguardo ai sistemi denotati da un alto rischio, la proposta prevede in particolare l'istituzione di un meccanismo di verifica di conformità, strutturato per un verso su verifiche e controlli *ex ante* in capo al produttore, per l'altro su obblighi di *human oversight* sul funzionamento *in itinere* del sistema.

È quindi significativo, ai fini della nostra riflessione, che l'impianto tracciato all'interno dell'*AI Act* tipicizzi un sistema di *risk-management* la cui funzione preventiva viene assicurata nel suo complesso da processi iterativi di monitoraggio[693] e previsione di obblighi sia in capo ai produttori e sviluppatori sia in capo ai fornitori e agli utenti.

Esemplificativa, in tal senso, è la lettura in combinato disposto degli artt. 8 e 9 della proposta di Regolamento.

Segnatamente, acquisisce rilevanza l'individuazione dei criteri di qualità che devono connotare i *data set* impiegati, unitamente alla redazione di apposita documentazione tecnica atta a certificare che il sistema di IA adottato sia pienamente rispondente ai presupposti dettati dal Regolamento. Nella strutturazione del design tecnologico, coordinata ineludibile è inoltre ravvisabile nella tracciabilità del funzionamento, declinazione più nitida del principio di trasparenza, in stregua alla quale agli utenti deve essere consentito di interpretare l'*output* generato per utilizzarlo in maniera conforme. Alla definizione di obblighi puntuali in capo agli attori della filiera di creazione (*provider* e *importer*) si associa, inoltre, la prescrizione di regole

---

b) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico;

c) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi i seguenti scenari: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità;

d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota 'in tempo reale' in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi: *i*) la ricerca mirata di potenziali vittime specifiche di reato, compresi i minori scomparsi; *ii*) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico;

iii) il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, come stabilito dalla legge di tale Stato membro".

[693] Sul punto U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, cit., p. 1246 ss.

di utilizzo per gli utenti, tenuti a monitorare il funzionamento del sistema ed eventualmente a sospenderlo allorquando rilevino indici di malfunzionamento[694].

Ciò posto, gli esaminati profili dei *duties of compliance* e di valutazione di conformità *ex ante* risultano tuttavia dettati nell'esclusiva ottica regolatoria dei sistemi di IA ad alto rischio[695], mentre per i produttori e gli utilizzatori dei sistemi non ad altro rischio è previsto un obbligo di trasparenza più attenuato[696], cui si associa la possibilità di adottare codici di condotta squisitamente volontari.

Si tratta di una differenziazione di assoluto rilievo, atteso che, con riguardo al *duty of compliance*, l'articolazione diviene ben più stringente, venendosi a riconnettere all'adozione di adeguati sistemi di valutazione e di mitigazione dei rischi. Segnatamente, le direttrici che guidano la gestione dei sistemi ad alto rischio si sostanziano nella previsione di obblighi di conformità per la produzione, obblighi di conformità dei fornitori e degli utenti, marcatura dei prodotti, obblighi di informazione per l'uso dei prodotti e controlli pubblici per verificare la rispondenza dei prodotti ai requisiti prescritti.

In questo senso il disegno del regolamento sembra coniugarsi perfettamente con le *Ethic Guidelines* che pur dispongono requisiti indefettibili per il diligente utilizzo di sistemi di IA, le cui radici si rinvengono nella salvaguardia dei diritti fondamentali e sono espressi nel contemperamento di quattro principi portanti: il rispetto dell'autonomia umana, la prevenzione del danno, la correttezza e la *explicability* (comprensibilità)[697].

Ciò che desta maggiori perplessità è, quindi, il catalogo tassonomico dei modelli di IA ad alto rischio, dalla cui lettura si ricava l'esclusione di numerosi sistemi inevitabilmente classificati come a non alto rischio. Con riguardo a questi ultimi affiora difatti il rischio di una *substantial deregulation*, giacché la specificazione delle modalità di funzionamento è rimessa a strumenti di *soft law* o alla regolamentazione settoriale[698]. E non è un caso, d'altronde, che la versione più recente della Proposta abbia enucleato una ulteriore *species* di sistemi, c.d. *IA general*

---

[694] Cfr. G. FINOCCHIARO, *La Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf. e inf.*, 2022, 2, p. 303 ss.

[695] Esemplificativa, d'altronde, è la stessa formulazione della proposta, incentrata sulla messa a punto di regole per "la gestione dei rischi impiegata per definire i sistemi di IA "ad alto rischio" che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone. Tali sistemi di IA dovranno rispettare una serie di requisiti obbligatori orizzontali per un'IA affidabile nonché seguire le procedure di valutazione della conformità prima di poter essere immessi sul mercato dell'Unione" (Cfr. Regolamento del Parlamento europeo COM (2021) 206 final).

[696] Si veda l'art. 52 della Proposta.

[697] Cfr. G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. e impr.,* 2021, 4, p. 1006.

[698] Sul punto A. FUSARO, *La disciplina della responsabilità del produttore alla prova dei sistemi intelligenti*, in *Smart. La persona e l'infosfera*, cit., p. 129 ss.

purpose, denotati da una portata applicativa piuttosto trasversale e rispetto ai quali si prevede l'estensione di taluni requisiti posti a tutela del funzionamento dei sistemi ad alto rischio[699].

Questa scelta di *policy* indubbiamente riposa sulle coordinate che ispirano la linea d'azione del legislatore europeo, sostanzialmente incentrate sulla prevenzione dei c.d. "*chilling effects*" che possano scaturire da un *corpus* di regole eccessivamente rigorose.

L'intenzione di individuare il giusto compromesso nel *point of balance* tra regolamentazione dei sistemi che presentano un elevato grado di rischio e attenuazione dei presidi di controllo per i sistemi non rischiosi consentirebbe inoltre di amplificare l'effetto Bruxelles[700], per esso inteso la tendenza ad elevare le regole europee a standard normativo nel mercato internazionale dell'intelligenza artificiale[701].

Se proiettata nella sfera gestoria, sul presupposto che l'*AI Act* non prevede espressamente gli strumenti della c.d. *Corptech* come oggetto della sua disciplina (eccezion fatta per il *credit scoring* che attiene per lo più allo scenario finanziario)[702], la *deregulation* dei sistemi non ad alto rischio (potendo considerarsi tali le intelligenze artificiali impiegate per lo svolgimento della funzione amministrativa) parrebbe porsi in contrapposizione con la menzionata esigenza di rinvigorire il parametro di diligenza degli amministratori, e più in generale con la metamorfosi dei *duties*, primo fra tutti, il rivisitato *duty to act on an informed basis* in un'accentuata cornice di tutela *ex ante*.

L'adozione di specifici codici di condotta prevista all'interno dell'*IA Act*, in tal senso potrebbe conformare l'attività gestoria a canoni più puntuali declinati con riferimento alle peculiarità che caratterizzano l'intelligenza artificiale nel suo complesso. Ma ispirare il proprio comportamento alle *best practices*, realizzerebbe pur sempre una scelta discrezionale, attesa la riconosciuta natura di semplici raccomandazioni delle relative previsioni.

Si potrebbe, allora, obiettare che anche in considerazione della rilevanza giuridica riconosciuta al fenomeno dell'autoregolamentazione, di esse ci si possa servire per valutare se

---

[699] Art. 4b AI Act.

[700] A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

[701] Cfr. G. SCHNEIDER, *La proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale alla prova dei mercati finanziari: limiti e prospettive (di vigilanza)*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 3, p. 1014 ss. che evidenzia come la combinazione tra sviluppo tecnologico e salvaguardia dei diritti fondamentali sia ravvisabile nella nozione di intelligenza artificiale contenuta nella Proposta (testualmente, art. 3, la definisce "sistema progettato per operare con elementi di autonomia e che, sulla base di dati e *input* forniti dalla macchina e/o dall'uomo, deduce come raggiungere un determinato insieme di obiettivi utilizzando approcci basati sull'apprendimento automatico e/o sulla logica e sulla conoscenza, e produce *output* generati dal sistema come contenuti (sistemi di IA generativi), previsioni, raccomandazioni o decisioni, influenzando gli ambienti con cui il sistema di IA interagisce).

[702] Così N. ABRIANI, *Intelligenza artificiale e impresa: uno sguardo di insieme*, in M. RESCIGNO (a cura di), *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale: un'evoluzione tranquilla o nulla sarà più lo stesso?*, Milano, 2023, p. 12.

l'amministratore sia stato diligente o meno nell'adempimento dell'obbligazione gestoria secondo i parametri normativi previsti dall'art. 2392 c.c..

D'altronde, la diligenza quale criterio di misura della condotta, consente all'interprete di misurare il contegno debitorio attribuendo rilevanza anche ad elementi extralegislativi. Criteri, questi ultimi, che possono ben essere costituiti da regole elaborate dall'autonomia privata, le quali - integrando standard di comportamento avvertiti dalla collettività, o meglio dal mondo degli affari, come *best practices* e generalmente condivisi – forniscono al giudice «tipi normali di comportamento dai quali trarre la regola da applicare al caso concreto»[703].

Senonché può condividersi - si pensi al codice di *corporate governance* delle società quotate - che seppur la violazione di regole "deontologiche" non implichi violazione di legge, quantomeno l'osservanza delle stesse appare sintomatica di una amministrazione corretta e trasparente.

Eppure, se nella *CorpTech* l'influenza della intelligenza artificiale assumerà un ruolo di maggior spessore, l'opera conformativa dei codici di autodisciplina dovrà inevitabilmente lasciare il posto a modelli connotati da profili di doverosità del tutto peculiari che, seppur non orientati a reprimere l'evoluzione tecno-scientifica e lo sviluppo economico, siano in grado di prevenire i pregiudizi che possano derivare dall'utilizzo delle nuove tecnologie. E ciò sembra essere pienamente corrispondente alla necessità di restringere il focus sul soggetto che trae vantaggio dal risultato generato dal sistema di IA, in una prospettiva animata da regole prossime al principio *cuis commoda eius et incommoda*[704].

Ciò posto, l'apprezzabile disegno della Proposta sconta due duplici visibili carenze. In primo luogo il catalogo tassonomico *ivi* indicato pone l'accento sui sistemi impiegati nel settore *Fintech*, escludendovi gli strumenti di nuovo conio del *Regtech* e del *Corptech*. Ed è allora significativo che l'approccio di tipo orizzontale, teso a definire requisiti minimi che dovrebbero assumere natura trasversale, comporta la difficoltà di armonizzare la disciplina dell'*AI Act* con le specifiche regole settoriali.

In secondo luogo il novero delle disposizioni, come si è poc'anzi rilevato, attiene all'esclusiva puntuazione di doveri di *compliance*, tralasciando il pur centrale profilo dei rimedi individuali[705]. Ragion per cui l'intrapresa traiettoria di indagine richiede un supplemento di ricerca sul versante della tutela *ex post*.

---

[703] Così A. ZANARDO, op. cit., p. 269. In termini non dissimili, F. CICCARIELLO, *Modelli organizzativi e obblighi degli amministratori*, p. 94.

[704] Cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità civile una lunga storia da riscrivere*, in *Contr. e impr*., 4, 2021, p. 1122.

[705] Sottolinea G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, cit., p. 332, che «la Proposta sconta il limite di non prevedere un autonomo diritto di azione in capo agli individui

7.2. (Segue). Tutela *ex post* e profili rimediali

La suesposta prospettiva di tutela *ex ante* si completa con il disegno di una tutela *ex post* risarcitoria, animata dall'esigenza di delineare un quadro normativo uniforme e armonizzato[706]. In tal senso, nel panorama regolatorio europeo, assumono rilievo le due Proposte di direttiva del 28 settembre 2022 con cui la Commissione europea intende perseguire l'obiettivo di adattamento dell'attuale *liability system* alle sfide poste dalla digitalizzazione.

E per realizzarlo, la prima involge la definizione dell'assetto di responsabilità per i sistemi di intelligenza artificiale, tramite l'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale al composito settore dell'intelligenza artificiale[707], mentre la seconda[708] attua una revisione della notissima direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto[709], cuore pulsante del diritto europeo in materia di *tort law*.

Così, mentre la vigente direttiva sulla *product liability* segue grossomodo l'impostazione del modello statunitense, la Proposta della Commissione in riferimento a tale aspetto apre scenari del tutto inediti.

Il riferimento a tali proposte assume una rilevanza interessante in seno alla regolamentazione delle interazioni tra sistemi di intelligenza artificiale e amministrazione delle società, in quanto non soltanto amplia la nozione di prodotto per includervi tutti i beni digitali immateriali, come *software* e dati, ma puntualizza con maggior rigore la categoria dei soggetti responsabili, in cui

---

e ai gruppi controinteressati, diversamente ad es. da quanto previsto nel GDPR (art. 81). In tal modo si paralizza una possibile forma di controllo sociale, utile in particolare nelle ipotesi in cui i fenomeni non inverosimili di cattura del regolatore portino a situazioni di *under-enforcement* della disciplina in determinati settori o nei confronti di specifici soggetti».

[706] Per un primo inquadramento E. RAJNERI, *The projects of European regulation on liability for damage caused by artificial intelligence. Striking a balance between the interests of consumers, multinationals and SMEs*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, p. 95 ss.

[707] Cfr. COM (2022) 496 fin. La Proposta costituisce l'approdo di un fermentato dibattito che rinviene tra le varie coordinate differenti studi. Si veda E. KARNER, B. KOCH, B.M. GEISTFELD, *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence, Publications Office of the European Union*, 2021, disponibile a *https://data.europa.eu/doi/10.2838/77360*.

[708] COM (2022) 495 fin.

[709] Direttiva 85/374/CEE. Sulla natura giuridica della responsabilità del produttore nell'ordinamento interno, a seguito dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 224/1988, si vedano quantomeno G. ALPA, U. CARNEVALI, F. DI GIOVANNI, G. GHIDINI, U. RUFFOLO, C.M. VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; C. CASTRONOVO, voce "*Danno da prodotti (dir. it. e straniero)*", in Enciclopedia giuridica, X, Roma, 1995; M. FRANZONI, Dieci anni di responsabilità del produttore, in *Danno e resp.*, 1998, 8-9, p. 823; P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Torino, X, 2, 2002, p. 257; R. MONTINARO, *Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law*, in *Persona e mercato*, 2020, p. 349; M.G. CAPILLI, *La responsabilità per la produzione di* robot, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Milano, 2019, p. 625 ss.

vi rientrano non soltanto i produttori, gli importatori e i rappresentanti autorizzati, ma qualsiasi soggetto che abbia il potere di modificare il sistema, incidendo sulla sua sicurezza (art. 7, comma 4, Proposta di direttiva *Product Liability*).

Riemerge così in tutta la sua *vis espansiva* l'approccio squisitamente olistico che connota sovente l'intervento normativo europeo e ben impresso nel Regolamento IA, volto a disciplinare le modalità di accesso sul mercato e di utilizzo dei sistemi tecnologici.

Convenire con un visione di tal specie non soltanto rappresenta l'unico argine a derive di irresponsabilità e di opacità dei sistemi di IA, ma disegna una prospettiva di indagine di più ampio respiro in cui trova collocazione la tendenza a responsabilizzare gli operatori economici prescrivendo un efficiente *risk-management*[710].

Ciò posto, la Proposta di direttiva *Product Liability* centralizza nei suoi 20 articoli il difetto del prodotto come prerequisito della responsabilità, propendendo per un modello di responsabilità oggettiva dell'operatore economico interessato[711].

Difatti, il pacchetto normativo di cui si discorre, restringe il focus non tanto sul fruitore del sistema, quanto sul suo produttore, nella consapevolezza che una funzione davvero preventiva della responsabilità civile può realizzarsi con un inasprimento delle *liability rules* nei confronti di chi designa e progetta i modelli di IA. D'altronde, il profilo che denota siffatte *emerging technologies* si rinviene nella minor influenza che l'utilizzatore sia in grado di esercitare sul comportamento del sistema interno, suggerendo allora di vagliare il corretto operato dell'individuo che ne abbia la maggior capacità di controllo. Intervenire a questo livello, consente di ottimizzare la *performance* dei sistemi intelligenti, giacché essa appare strettamente influenzata dalla natura degli *input* utilizzati per la strutturazione del modello di IA e dal funzionamento dei sistemi automatizzati.

Ecco allora che trasponendo siffatte caratteristiche sul piano giuridico, ben potrà comprendersi la scelta adottata dal legislatore europeo: responsabilizzare il produttore costituisce la scelta più idonea a contenere il rischio di pregiudizi derivanti dal sistema, giacché all'utente è lasciata una influenza pressoché minima, per non dire inesistente, rispetto al percorso decisionale seguito dal sistema. In sintonia con quanto appena rilevato, la Proposta propende non a caso per

[710] S.A. CERRATO, F. CULASSO, E. CROCCO, "*Handle with care". Per una governance dell'intelligenza artificiale nell'impresa: rischi, tecniche di gestione e assetti cibernetici*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 286, alludono ad un «approccio integrato al governo della policroma congerie dei rischi d'impresa».

[711] Puntuali le riflessioni di E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in Danno e resp., 2023, 2, p. 153 ss.

l'estensione della responsabilità del produttore anche ai difetti causati dopo l'immissione del prodotto sul mercato attraverso aggiornamenti e *upgrades* del *software*.

Ragionando *a contrario*, e quindi propendere per l'inasprimento del regime sanzionatorio nei confronti dell'utilizzatore, esporrebbe quest'ultimo a forme di responsabilità oggettiva slegate da un'effettiva *ratio* giustificativa, atteso che rispetto alla causazione dell'evento dannoso l'utente dispone di misure precauzionali alquanto limitate se parametrate all'autonomia decisionale dei nuovi sistemi. Il che, è ovvio, non significa neutralizzare ogni forma di responsabilità degli utilizzatori, i quali ad ogni modo restano soggetti al generale regime di *liability for fault*, considerato tecnologicamente neutrale, e a quello di *strict-liability* a seconda del modello di IA utilizzato.

Al contempo, lo si accennava, il documento in esame attua una interessante revisione delle nozioni che connotano il prisma della responsabilità da prodotto: si pensi alla rinnovata formulazione della definizione di "*product*" o, ancora, all'ampliamento del danno risarcibile cristallizzato nell'art. 6, fino a includervi la perdita o la corruzione dei dati e l'eliminazione di una franchigia minima per il ristoro dei pregiudizi patiti dal danneggiato.

Di là dal piano strettamente definitorio, la Proposta fornisce inediti lineamenti in punto di disciplina probatoria. È difatti significativo che, a fronte di una espressa puntuazione dell'assenza di forme di inversione dell'*onus probandi* – dovendo il danneggiato, ai sensi dell'art. 9, fornire la prova del danno, del carattere difettoso del prodotto e del nesso di causalità intercorrente tra i primi due aspetti – nei casi di maggiore complessità, l'onere venga a sfumare e ad alleggerirsi in virtù di presunzioni *iuris tantum* del difetto o finanche del nesso di causa. L'agevolazione del danneggiato si realizza inoltre mediante la previsione della c.d. *disclosure of relevant evidence*, vale a dire la possibilità di intimare il convenuto alla diffusione di dati e specifiche tecniche rilevanti per il giudizio risarcitorio.

Descritte sommariamente le coordinate che animano l'approccio della direttiva *Product Liability*, occorre invero rilevare come ai fini della indagine in punto di responsabilità gestoria, un maggior appiglio può trarsi dalla Proposta di direttiva IA. Difatti, la prima disciplina sconta un perimetro applicativo ben più ristretto della seconda, atteso che individua un regime di responsabilità disancorato dal parametro della colpa e incentrato sulla prova del difetto. Per converso, la Proposta di direttiva IA detta un compendio normativo che assume rilevanza nelle ipotesi in cui il risarcimento del danno sia attivato secondo le ordinarie regole nazionali in materia di responsabilità civile. Peraltro, occorre soggiungere che la direttiva in esame muove dalla constatazione della coesistenza all'interno degli Stati membri di sistemi di responsabilità oggettiva e sistemi basati sulla colpa, con le annesse difficoltà probatorie in questa seconda

ipotesi. Ragion per cui le divergenti scelte di politica legislativa attuate nei singoli ordinamenti nazionali pongono il rischio di amplificare il c.d. *patchwork normativo* e di ingolfare il mercato unico europeo.

Prescindendo dalla irrilevanza del difetto del sistema, tale *species* di responsabilità risulta dettata nei confronti di qualsiasi soggetto, ivi compreso l'utente, nell'ottica di assicurare il ristoro di qualsivoglia pregiudizio patito, di là da ogni profilo classificatorio. In tal senso, i destinatari delle prescrizioni normative sono individuati alla luce del richiamo all'art. 3 dell'*AI Act,* a mente del quale la dicitura "fornitore" è riferita a persone fisiche e giuridiche che sviluppano un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato, mentre gli utenti sono individuati nelle "*persons or public authorities using an AI system under its authority*"[712]. Proprio nei confronti degli utenti di sistemi di IA ad alto rischio sono previste regole specifiche che si sostanziano nella presunzione del nesso di causalità allorquando l'attore dimostri che l'utente non abbia utilizzato o monitorato il sistema di IA secondo le indicazioni previste. Nondimeno, per quanto concerne i sistemi non ad alto rischio - e qui la prospettiva ermeneutica diviene ancor più interessante per la possibile inclusione dei modelli di *CorpTech* – l'art. 4, paragrafo 5, ammette la presunzione di causalità combinando i requisiti generali testé menzionati con il complementare rilievo da parte del giudice dell'eccessiva difficoltà che fronteggia l'attore rispetto alla prova positiva del collegamento eziologico tra la condotta del convenuto e il risultato del sistema di IA.

Ricostruita in questi termini, la Proposta è quindi espressione più nitida del complessivo disegno regolatorio europeo, volto a contemperare prospettive di tutela *ex ante* con i profili rimediali *ex post*, laddove stabilisce che la mancata osservanza degli obblighi di diligenza cristallizza il parametro della colpa del danneggiato.

In definitiva, il recente pacchetto normativo europeo contempla un regime di responsabilità oggettiva azionabile per ottenere il risarcimento dei pregiudizi derivanti da prodotto difettoso, cui si associa la scelta di assicurare un profilo di responsabilità soggettiva connotato dalla centralità del ruolo umano, in una rinnovata interrelazione tra regole preventive e regole risarcitorie che, anche rispetto ai nuovi scenari di *Corptech* e responsabilità gestoria, potrà assumere una interessante valenza applicativa o, quantomeno, fungere da modello di riferimento su cui adattare le *liability rules*[713].

---

[712] Cfr. G. WAGNER, *Liability Rules for the Digital Age. Aiming for the Brussels Effect*, in *Jou. Eur. Tort Law*, 2023, 12, p. 221, per il quale la nozione di utente così individuata corrisponde ai concetti di *keeper* nel diritto tedesco o di *gardien* nel diritto francese.

[713] Posto che l'attuale regolamentazione europea non definisce un assetto specifico degli *oversight duties* per la governance intelligence, F. MOSLEIN, *The Use of Artificial Intelligence in Corporate Decision-Making at Board*

8. Funzione gestoria ed evoluzione tecnologica: l'approdo sicuro della responsabilità civile

I rilievi effettuati in merito alla difficoltà che i *roboboards* trovino cittadinanza all'interno dei modelli di amministrazione societaria, disvelano un denominatore comune ai profondi dubbi che l'interprete fronteggia quando la sua lente si restringe sul tema dell'intelligenza artificiale. È, difatti, significativo rilevare anche alla luce della riflessione comparatistica testé svolta, che le soluzioni coniate all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, seppur parzialmente attrattive sul piano dottrinale, tendono a sfumare e a dissolversi allorquando si considerino le lacune ad esse sottese in punto di responsabilità civile. Non è un caso, d'altronde, che con la già citata Risoluzione del 2017, il Parlamento europeo, mosso dalla necessità di individuare *regolae iuris* idonee a disciplinare sul piano civilistico le intelligenze artificiali, abbia fatto menzione di quel "*responsibility gap*", vale a dire il vuoto normativo che connota l'aspetto rimediale[714].

Eppure, l'incessante trasformazione tecnologica - così come in generale il cambiamento dei paradigmi sociali e culturali - hanno da sempre trovato nel fenomeno giuridico della responsabilità il modello di misura su cui calibrarne l'effettiva entità e portata sistematica.

Rispetto alla comprensione dell'avvento di nuovi modelli epistemologici, allora, il diritto della responsabilità civile assurge ad autentico banco di prova del dinamismo economico, sociale e ora tecnologico, nell'ottica di realizzare un auspicato punto di equilibrio tra tutela del danneggiato e tutela dell'iniziativa economica privata[715].

E ciò valga a maggior ragione per la inedita dimensione della digitalizzazione gestoria, ove pur riecheggia di attualità l'autorevole insegnamento secondo cui «il diritto non è separato dalla realtà perché ne è aspetto integrante ed i valori ai quali esso è ispirato costituiscono un insieme autonomo che il giurista deve tenere in considerazione per conoscere, valutare e giudicare la realtà nel suo complesso»[716].

Level: A Preliminary Legal Analysis, in *Financial Law Institute Working Paper Series*, 2023, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4339413, evidenzia che «*it remains an open question to what extent current statutory and case law on product liability, general tort law and specifically directors' liability can be applied to AI failures in governance context*».

[714] Secondo N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo*, cit. p. 461, la principale causa di questa lacuna è «l'idoneità dell'autonomia conferita e sviluppata (…) al e dal sistema AI a incidere sul nesso eziologico tra la condotta del robot e l'attività del soggetto umano che in qualunque forma, vi interagisce, sia esso il produttore, il proprietario, l'utilizzatore, o anche il gestore della rete».

[715] M. RABITTI, *Il danno da algoritmo tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, in M. BIANCA (a cura di), *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca*, Padova, 2023, p. 187.

[716] Così P. PERLINGIERI, *Aspetti civilistici della separazione e del divorzio*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 770 ss.

Anzi, a ben vedere, rispetto ad un tema intriso di implicazioni non soltanto giuridiche, ma anche etiche, la stretta correlazione tra etica e diritto che orienta l'evolversi della responsabilità civile rappresenta una prima ineludibile coordinata dell'impianto di indagine.

Rifugiando da posizioni assolutiste che esaltino la mera funzione riparatoria del risarcimento, occorre, allora, in un contesto intensamente permeato dalla innovazione tecnologica, vagliare il sistema della responsabilità civile *tout court*, attribuendo il giusto peso alle singole componenti che lo strutturano: non soltanto il danno ingiusto, ma altresì la condotta del danneggiante, i criteri di imputazione del fatto lesivo, la dimensione teleologica ed i valori dell'ordinamento[717].

In tal senso, lo sviluppo delle tecnologie digitali suggerisce di armonizzare i profili funzionali della responsabilità civile al fine di realizzare uno scopo desiderabile di politica del diritto, quale è la tendenza ad assicurare ai singoli individui un adeguato sistema di difesa e reazione contro le offese ingiuste.

Ed è d'altronde significativo che il risarcimento meramente compensativo di per sé solo considerato, giammai sia idoneo ad assicurare il fine ultimo cui dovrebbe tendere un efficiente sistema di responsabilità civile.

In questo scenario affiora *in primis* un'ineludibile esigenza di responsabilizzazione che sembra far tornare in auge il risalente orientamento volto a ravvisare nella colpa il criterio centrale di collegamento della responsabilità[718].

Parimenti, se di gestione dei rischi si discorre, non appare neanche peregrina la possibilità di riabilitare l'inverso indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, volto a rimpiazzare il tradizionale canone della colpa con una declinazione sempre più oggettivizzata che riconnette il *respondere* alla mera correlazione tra la condotta priva di dolo o colpa e il risultato di una certa attività compiuta[719].

---

[717] F. MAGNELLI, *Profili dinamici della responsabilità civile*, cit., p. 40.

[718] Per una disamina in chiave comparativa dei criteri di imputazione si rinvia a G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 423 ss.

[719] Tale è il modello di responsabilità a cui si è fatto ricorso per garantire istanze di tutela affiorate con la produzione di massa, valorizzando il concetto di rischio di impresa. *Ex multis*, si vedano G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 962; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017. Sul punto e in senso critico, sempre attuali, inoltre, le riflessioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, I ed., 1994, p. 688 ss. per il quale «la tesi che vorrebbe assoggettare tutte le attività imprenditoriali alla regola della responsabilità oggettiva ha l'indubbio merito di aver contribuito ad evidenziare l'esigenza di una più rigorosa regola di responsabilità a carico dell'imprenditore, ma incontra una facile obiezione: cioè che essa ammette doversi escludere dai danni risarcibili quelli dovuti al causo fortuito…». Ragion per cui «si tratta di una tesi che vorrebbe generalizzare come responsabilità oggettiva una responsabilità che è pur sempre basata sulla colpa dell'imprenditore per non avere adottato tutte le misure normalmente idonee a prevenire ed evitare danni a terzi».

Indubbiamente, è per lo più su tali coordinate interpretative che si è innestato il fermentato dibattito, pur nella varietà di formulazioni e modulazioni, relativo al binomio intelligenza artificiale-responsabilità, ormai *tópos* della letteratura giuridica.

Le ipotesi applicative più diffuse di utilizzo dei sistemi di IA in precedenza esaminate nel contesto gestorio restituiscono, in tal senso, una cifra essenziale ai fini della comprensione della centralità del dinamismo della responsabilità civile: se le avveniristiche prospettive di *roboboard*, *robocompanies* e *self driving corporations* allo stato rappresentano più un'illusione che una realtà, le forme di *assisted*, *augmented* e *advisory AI* non possono prescindere dall'intervento umano che si concretizza nelle complementari attività di istruzione, monitoraggio e vigilanza sull'andamento del sistema. Diviene, allora, indispensabile la componente della sorveglianza umana, ben sintetizzata nel principio di ampia portata dello *human in the loop*, per esso inteso, su un versante, la necessità che ogni *output* tecnologico prima di essere "effettivo" sia rivisto e convalidato dall'amministratore; su altro versante, si allude alla circostanza per cui anche laddove il risultato del sistema di IA sia immediatamente effettivo, occorre garantire l'intervento umano[720].

Ciò posto, la criticità più evidente si rinviene nel pericolo che nella complessa catena di montaggio e più in generale nella organizzazione produttiva di tali sistemi divenga assai difficile risalire all'effettivo autore del danno[721], con annessi vuoti di tutele per il danneggiato.

Per tali considerazioni, affiora un duplice profilo di responsabilità da prendere in considerazione nella inedita dimensione gestoria digitalizzata. Per un verso, si allude al *respondere* dell'amministratore che utilizza il dispositivo a supporto della propria attività, per altro verso assume rilievo la configurazione di responsabilità del produttore.

Ragion per cui può condividersi l'idea di enfatizzare il carattere oggettivo della responsabilità nei casi in cui il rischio sia più elevato e, al contempo, difendere il regime di responsabilità per colpa in ipotesi di rischi più remoti, potendo in questa seconda ipotesi l'operatore esonerarsi da responsabilità allorquando il sistema si attivi senza che ciò sia dipeso da un'errata condotta dell'operatore stesso[722].

---

[720] D.A. ZETZSCHE, D.W. ARNER, R.P. BUCKLEY, B. TANG, *Artificial intelligence, in Finance: Putting the Human in the Loop*, in *CFTE Academic Paper Series: Centre for Finance, Technology and Entrepreneurship, no. 1.*; R.P. BUCKLEY, *Regulating Artificial Intelligence in Finance: Putting the Human in the Loop*, in Sydney Law Journal, 2021, 43.

[721] È questa una deriva già sapientemente segnalata da P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in volume di Sirena, p. 275 secondo il quale nei casi di difficoltà ricostruttiva del nesso causale la strada maestra appare quella della responsabilità oggettiva.

[722] F. MAGNELLI, *Profili dinamici della responsabilità civile*, cit., pp. 54-55

Questo sintetico affresco corrisponde in linea di massima alla più recente strategia varata dall'Unione europea con le due proposte di direttiva.

In questa direzione, prosegue incessante il fermentato dibattito volto a garantire, soprattutto rispetto a scenari inediti dominati dal rischio connaturato nelle nuove tecnologie, un'adeguata distribuzione del rischio, una puntuazione delle modalità di imputazione della responsabilità e una specificazione dell'*onus probandi*.

Si tratta di un'operazione tutt'altro che agevole, giacché vengono a condensarsi – gli atti normativi europei ne sono conferma – soluzioni variamente ispirate alle teoriche più rilevanti in punto di responsabilità civile[723].

La tendenza ad arginare ogni pericolo - soprattutto di *physical harm* - che possa derivare dalle disfunzioni dei sistemi di IA ha, in tal senso, ispirato secondo la medesima linea interpretativa la letteratura oltreoceano.

Di qui, il discorso in seno alla *tort law* assume una sensibile curvatura non tanto verso l'integrale *compensation* dei pregiudizi arrecati, quanto piuttosto verso la riduzione preventiva dell'illecito.

Cosicché, l'impianto di responsabilità civile parrebbe inteso a indurre i potenziali danneggianti a ponderare il proprio *agere*, altresì comparando i possibili benefici ai costi associati alla violazione del dettato normativo.

Se, quindi, momento centrale diviene l'attuazione di un efficiente *risk-management* occorre ad ogni modo rilevare che il funzionamento della IA e delle sue trame nascoste reca con sé la necessità di ripartire adeguatamente rischi e costi derivanti dall'impiego dei sistemi intelligenti tra i vari attori che risultano coinvolti.

Il binomio sicurezza-responsabilità, *rectius* tutela *ex ante* e tutela *ex post*, che si è visto animare l'approccio normativo dell'Unione europea, disvela allora tutta la sua massima utilità.

Sicchè, l'apprezzabile disegno europeo di una tassonomia dei livelli di rischio relativi ai variegati utilizzi di intelligenza artificiale si è visto essere dettato dall'esigenza di riequilibrare il rapporto tra persona e tecnica, libertà e innovazione.

---

[723] Cosicché, viene a riemergere in primo luogo il risalente orientamento incentrato sulla necessità di mutare il paradigma tradizionale della colpa in una nozione sempre più oggettivizzata puramente legata al rischio generato da una data condotta, con tutto ciò che ne consegue sul piano probatorio.
La messa a punto di una responsabilità da accadimento in luogo di altra da comportamento che origina dalla meccanizzazione e dalla spersonalizzazione tipiche dello sviluppo industriale, seppur con riguardo a un contesto del tutto inedito sembra essere recepita nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, ove la *ratio* principale dell'intervento legislativo si rinviene proprio sull'alternativa posta tra la conservazione delle regole esistenti e una visione spiccatamente oggettiva della responsabilità in cui la coordinata del rischio rappresenta il parametro di rilievo.

Questa prospettiva *future-proof* trova nel binomio sicurezza-responsabilità, intese come "due facce della stessa medaglia"[724] che si applicano in momenti diversi e si rafforzano a vicenda, uno snodo decisivo rispetto alla definizione di un *gold standard* globale per l'uso etico e "*trustworthy*" delle applicazioni di IA.

Al contempo, in questa *framework* di riferimento converge la traiettoria volta a ricostruire la responsabilità civile (in senso ampio) in seno alla c.d. teoria dell'impresa comune[725], che costituisce un interessante paradigma replicabile in seno alla responsabilità degli amministratori.

Segnatamente, alla luce della vasta e variegata "catena di produzione" che connota la messa a punto dei modelli di intelligenza artificiale, il primo dato ineludibile è rappresentato *sine dubio* dal legame di solidarietà che deve intercorrere tra sviluppatori, produttori, utilizzatori. Si è difatti, in maniera del tutto condivisibile, osservato che la valorizzazione della solidarietà e quindi, del dettato normativo di cui all'art. 2055 c.c.[726], realizzerebbe una immediata garanzia nei confronti dei soggetti danneggiati a vario titolo dal sistema di IA «senza dover mettere a nudo e cimentarsi con i dettagli dell'attribuzione di ogni aspetto dell'illecito ad una parte o all'altra»[727].

In definitiva, diviene indispensabile il coinvolgimento di tutti gli *stakeholders* nella gestione delle nuove tecnologie[728], nella consapevolezza che l'approccio antropocentrico che denota l'intervento europeo costituisce indubbiamente la giusta via che i formanti giurisprudenziale, legale e dottrinale, dovranno sinergicamente e sapientemente percorrere parimenti rispetto all'inedita dimensione di digitalizzazione gestoria[729].

---

[724] Cfr. *Relazione illustrativa* alla Proposta di direttiva IA, p. 3.

[725] G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., p. 174.

[726] Secondo un orientamento assolutamente costante, l'art. 2055 c.c. trova applicazione quando concorrono responsabilità extracontrattuali basate su diversi titolo, o ancora quando ci si trova di fronte a responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, con varie possibili combinazioni. Si veda in tal senso M. DE ACUTIS, *La solidarietà nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, 2, p. 529; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 723.

[727] G. COMANDÈ, op. ult. cit., p. 174.

[728] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 40, sostiene sapientemente che il ricorso all'algoritmo non può divenire una forma di deresponsabilizzazione e che «questa consapevolezza ormai diffusa dovrebbe indurre ad adottare almeno il "principio di precauzione" e a costruire un adeguato contesto istituzionale, oggi assai debole anche perché le norme ricordate sono aggirate o ignorate, evitando che il rapporto sempre più importante tra l'uomo e la macchina venga governato solo dalla logica economica».

[729] Concordano N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, cit., p. 220, laddove affermano che «l'identificazione del soggetto al quale imputare la responsabilità – tanto nel contesto di un'informatizzazione dell'organo amministrativo "forte", vale a dire totale, quanto nell'ipotesi di ricorso più "debole" all'intelligenza artificiale, utilizzata quale mero supporto dell'agire umano – andrà dunque operata alla luce della fattispecie concreta, in relazione all'eziologia del danno e alla riferibilità dell'illecito a un errore nell'interazione e/o interpretazione delle indicazioni dello strumento di intelligenza artificiale oppure a un difetto di progettazione o costruzione».

9. Riflessioni conclusive

Il percorso di ricerca svolto pare confortare la prospettiva inizialmente indicata. Sul piano metodologico, resta confermato che, di là dall'ineludibile contributo della comparazione in chiave generale, la materia esaminata impone una sua lettura in ottica transnazionale, per il proprio contenuto, ma anche per il carattere universale delle problematiche connesse.

Al termine dell'indagine risulta inoltre ribadita l'idea di un approccio "senza aggettivi", nel senso che si è inteso superare gli inutili steccati disciplinari, come quelli tra diritto commerciale e diritto civile. All'esito della riflessione, risultando riaffermata la posizione di chi autorevolmente sottolinea l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, si può sostenere l'attitudine della responsabilità civile a costituire modello interpretativo ed applicativo a vocazione generale, purché non se ne smarriscano mai i salienti caratteri di polifunzionalità, elasticità, storicità, permeabilità ad istanze di contesto, sociali ed economiche.

In definitiva, affiora in superficie il quesito di partenza sotteso all'intera indagine, nelle sue molteplici implicazioni, sul ruolo della responsabilità civile in ambito gestorio e, soprattutto, sul suo futuro a fronte delle nuove sfide poste dell'evoluzione tecnologica.

Si ha l'aspirazione di aver provato a fornire talune risposte e al contempo taluni ulteriori e stimolanti quesiti.

Se si considera la responsabilità degli amministratori verso la società, si è avuto modo di osservare un'interessante evoluzione. Si è visto, che il modello continentale, in particolar modo con riguardo all'esperienza dell'ordinamento italiano, è stato da sempre improntato allo schema contrattuale ed al privilegio della posizione, sostanziale e processuale, della società-attrice che vantasse pretese da inadempimento nei confronti degli amministratori. Convergente, seppur con minore enfasi sul carattere contrattuale è apparsa la prospettiva giuridica tedesca, alla luce del raffronto tra l'impianto del § 93 *AktG* e del nostro art. 2932 c.c. in combinato disposto con l'art. 1218 c.c. Di segno opposto l'impostazione di *Common Law*, ove il perimetro di *liability* gestoria risulta fortemente influenzato dai lineamenti applicativi della *business judgment rule*, con una presunzione di utilità dell'attività svolta dagli amministratori ed il *burden of proof* orientato in favore degli amministratori ed a carico della società. Nondimeno, i formanti giurisprudenziali tedesco ed italiano, mediante l'elaborazione, rispettivamente, di una rinnovata teoria del *Beweislast* e dell'allegazione qualificata mostrano un'attenuazione del *favor societatis*, atteso che all'attrice è richiesta l'indicazione analitica e tecnica degli elementi costitutivi della

condotta dannosa posta in essere degli amministratori, ben oltre, dunque, un meccanismo di stretta interpretazione dell'art. 1218 e di onere della prova del tutto invertito.
Quanto alla responsabilità degli amministratori verso i terzi, si è registrato un andamento parimenti singolare.
Nell'esperienza italiana, con riguardo al prisma della responsabilità nei confronti dei creditori, per effetto di un'onda più generale di "pan-contrattualismo", o comunque attraverso la creazione dell'ennesima figura di obbligazione *ex lege*, ci si spinge verso l'obiettivo dell'agevolazione della posizione del terzo attore. Per converso, nei modelli di *Common Law* presi in esame, la *third party liability* degli amministratori risulta progressivamente scandita dall'incidenza dei paradigmi della *Law of Torts*, a fronte del tradizionale principio di terzietà dei *directors* verso i soggetti estranei alla sfera societaria.
In un certo senso trasversale ai profili esaminati si colloca la *business judgment rule*. La regola, si è detto, di genesi giurisprudenziale statunitense, si è posta *ab initio* quale temperamento della responsabilità degli amministratori. Non è senza rilievo tuttavia, che in *Common Law* mantiene il suo pressocché esclusivo connotato giurisprudenziale, mentre nel diritto continentale essa è stata oggetto di una progressiva ed implicita codificazione; nell'ordinamento tedesco ciò è avvenuto *expressis verbis* (§ 93 *AktG*), mentre in Italia il medesimo risultato è ricavabile dalla declinazione legislativa, in particolare a seguito della riforma del 2003, dei compiti degli amministratori, idonei sia a fondarne la diligenza *ex ante* sia a verificarne la responsabilità *ex post*. Tuttavia, alla variabilità degli schemi seguiti, corrisponde, un medesimo approdo operazionale in virtù del quale la *business judgment rule* rappresenta il risultato di un controllo procedimentale dell'operato degli amministratori, con la permanenza in tutte le esperienze esaminate della funzione "rassicurante" e "mitigatrice" della nozione per gli amministratori.
Si è inteso comunque sottoporre i risultati raggiunti, pur nella consapevolezza della loro non definitività, al vaglio insidioso delle nuove tecnologie e, in specie, dell'IA applicata alla gestione della società. Al riguardo, si è avuto modo di vedere che l'espressione "amministrazione digitale" della società in realtà contiene fenomeni di diversa portata ed intensità, che vanno dal livello minimo dell'amministratore coadiuvato da sistemi di IA, alla prospettiva "estrema" del *roboboard*.
Proprio tale ultima ipotesi si è visto essere emblematica rispetto all'intero impianto di indagine. La scelta di nominare un amministratore "tecnologico" incontra limiti normativi, che tuttavia qualcuno ritiene di superare, ad esempio, con la nomina in veste di amministratore della persona giuridica alla quale ricondurre il sistema di IA. Tuttavia, a prescindere da tale profilo, in una visione funzionale, due sono sue le principali criticità che emergono, e altrettanti i quesiti:

l'attuale quadro della materia pare esaltare l'obiettivo di *deterrence* ad essa sotteso e v'è da chiedersi se tale obiettivo sia ancora perseguibile e plausibile con un *roboboard*. Il secondo aspetto, che suscita perplessità va rinvenuto nella natura della *business judgment rule*, che realizza un incentivo in favore degli amministratori ad adottare scelte potenzialmente rischiose, ma remunerative per la società: alla stato attuale è credibile che un sistema di IA generativa, forte dei dati immagazzinati, possa prevedere il futuro, ma da esso ci si può attendere la "scintilla" predittiva, o la capacità di "salto nel vuoto" proprie dell'intelligenza dell'amministratore umano? E ove mai la risposta fosse affermativa, è giusto che l*a business judgment rule*, oggi *safe harbour* per gli amministratori umani, mantenga tale carattere se ad amministrare sia un sistema algoritmico? Probabilmente la risposta è negativa, sebbene si aprano nuovi ed affascinanti scenari, ancor di più nell'inedita cornice di digitalizzazione gestoria, attinenti al *partage* dei compiti tra gli attori coinvolti nella filiera di produzione e di utilizzazione del sistema.

Una sola certezza forse ci accompagna: la responsabilità civile, nelle sue metamorfosi costanti, manterrà un ruolo centrale ed insostituibile.

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA. VV., *Aggiornamento sulla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. soc.,* 2019, 4, p. 859 ss.;

AA. VV., *Artificial Intelligence, Governance and Ethics: Global Perspectives*, in T*he Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2019-15*, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3414805;

AA. VV., *Business judgment rule e mercati finanziari*, *Quaderni Consob*, 2016, p. 63;

AA. VV., *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, *passim*;

AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2017;

AA. VV., *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford, 2020, *passim*;

ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso,* p. 489 ss.;

ABDALA, *La aplicación de la denominada business judgment rule en el derecho argentino*, in *Revista De Derecho*, 2014, 42, p. 264 ss.;

ABRIANI, *Intelligenza artificiale e impresa: uno sguardo di insieme*, in M. RESCIGNO (a cura di), *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale: un'evoluzione tranquilla o nulla sarà più lo stesso?*, Milano, 2023, p. 14;

ABRIANI, *La corporate governance nell'era dell'algoritmo. Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla corporate governance*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 2020, 3, p. 276;

ABRIANI, *Relazione introduttiva*, in ID., R. COSTI (a cura di), *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, pp. 12-13;

ABRIANI, SCHNEIDER, D*iritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, p. 149;

ABRIANI, SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *Riv. soc.*, 2020, 1326 ss.;

ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, p. 68;

ADIUTORI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c. e class action: nuove prospettive di applicazione?*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 2, p. 679 ss.;

ADRIANO, *Patti di manleva e circolazione del costo del danno*, Padova, 2012, p. 43;

AGGARWAL, *Machine Learning, Big Data and the Regulation of Consumer Credit Markets: The Case of Algorithmic Credit Scoring*, in AA. VV. (a cura di) *Autonomous Systems and the Law*, Munich, 2019, pp. 37, 39–43;

AGOSTINO, *Intelligenza artificiale e processi decisionali. La responsabilità degli amministratori di società*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 2, p. 383;
AL MUREDEN, *Presentazione*, in G. CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics* (traduzione a cura di F. Fimmanò, V. Occorsio), Milano, 2018, p. 8;
ALEXY, *The Reasonableness of Law,* in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (a cura di), *Reasonableness and Law*, London-New York, 2009, pp. 5-7;
ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, *passim*;
ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi*, *ivi*, p. 1084 ss.;
ALPA, *Il futuro del Law & Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, p. 597 ss.;
ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006, *passim*;
ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 2, p. 661;
ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. e impr.,* 2021, 4, p. 1006;
ALPA, *Responsabilità civile: la frontiera più esposta dell'ordinamento privato alle novità economiche e sociali*, in *Contr. e impr.*, 2023, 1, p. 1 ss;
ALPINI, *Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, 2, p. 1 ss.
AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, p. 87;
AMATO, PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006;
AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* business judgment rule, cit., p. 651 ss.;
AMATUCCI, *Amministrazione e controllo delle società per azioni*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 21 ss.;
AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2015, 2, p. 350 ss.;
AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi , amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in www.ilcaso.it, 2019, 2;
AMBROSINI, *Rassegna di giurisprudenza del tribunale di Milano*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 651 ss.;
AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE*, in *Tecn e dir.*, 2022, 1, p. 5.;

ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 10-12, p. 677;

ANGELICI, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Giur. comm.*, 2022, 6, p. 951 ss.;

ANGELICI, *In tema di "ricommercializzazione del diritto commerciale"*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 1, p. 11;

ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori e ruolo del giudice: un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, p. 4;

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 140 ss.;

ANGELICI, *Lex mercatoria e il problemi dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, 1, p. 372;

ARKES, SCHIPANI, *Medical malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias*, in *Or. L. Rev.*, 1994, 73, p. 587;

ARKIN, *Intelligent Robotic Systems, Editorial Introduction*, disponibile su https://sites.cc.gatech.edu/ai/robot-lab/online-publications/expert-intro.pdf;

ARMOUR, HANSMANN, KRAAKMAN, *Agency Problems and Legal Strategies*, in AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach,* III ed., Oxford, 2017;

ARRIGONI, *La responsabilità sociale degli amministratori tra regole e principi*;

ASARO, *Robots and Responsibility from a Legal Perspective*, reperibile su *http://peterasaro.org/writing/ASARO%20Legal%20Perspective.pdf*;

ASCARELLI, *I problemi delle società anonime per azioni*, in *Riv. soc*., 1956, p. 3 ss.;

AUGSCHILL, *"Safe harbor"-Regelungen. Methodische Grundzüge eines neuartigen Regelungsmusters im deutschen und europäischen Wirtschafts- und Unternehmensrecht*, Berlino, 2016, p. 41;

AUTORINO, *Diritti fondamentali e "cross fertilization": il ruolo delle Corti Supreme*, in *Dir. publ. comp. eur.*, 2014, 4, p. 2057 ss.;

AUTORINO, *La comparazione come fonte del diritto tra scienza e conoscenza*, in *www.comparazionedirittocivile*, febbraio 2018;

BACHMANN, *Editorial Reformbedarf bei der Business Judgement [sic] Rule?*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2013, p. 7;

BACHMANN, *Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?*, in *ZHR*, 2013, 177, p. 1 ss.;

BADAWI, *The Business Judgment Rule*, 2023, disponible su https://ssrn.com/abstract=4465571;

BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention doctrine*, in *Vand. L. Rev.*, 2004, 1, p. 127;

BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford, 2008, p. 105 ss.;

BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, n. 5159, 2017;

BANAKAS, *Unde Venies et Quo Vadis*, in *European Tort Law Revisited*, 2008, p. 305 ss.;

BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 2018, 4, p. 576 ss.;

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, *passim*;

BARBARA, *La responsabilità da assetti organizzativi inadeguati, la "Business Judgment Rule" e le categorie civilistiche tradizionali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 12, p. 1829 ss.;

BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi*, Milano, 2020, p. 12;

BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, p. 357 ss;

BARTALINI, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000, p. 415;

BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 321;

BEALE, L*es clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, in *Actes du colloque des colloque 13 et 14 déc. 1990*, LGDJ, p. 155;

BEBCHUCK, FRIED, *Pay without Performance. The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard, 2004;

BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica-causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 117 ss.;

BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Interesse gestorio, rilevanza del terzo e forma del mandato*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, p. 376;

BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 7 ss.;

BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, II, Utet, 1988, p. 399;

BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 2-3, p. 430;

BENEDETTI, *L'organo gestorio della società in crisi fra interesse dei soci e interessi altri: i principi della direttiva sui preventive restructuring frameworks e il loro recepimento negli ordinamenti nazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 1, p. 95 ss.;

BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2 co., c.c.*, Milano, 2012, p. 48 ss.;

BENEDETTI, *Principi (definitori) e clausole generali (ambulatorie): «assetti organizzativi adeguati» e (nozione di) «impresa» nell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 5, p. 908;

BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, p. 222 ss.;
BERNABAI, *Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica*, in *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Scuola Superiore della Magistratura, 2022, Quaderno 18, p. 98;
BERTOLINI, AIELLO, *Robot companions: A legal and ethical analysis*, in *Information Society*, 2018, p. 130 ss.;
BERTOLINI, *Artificial intelligence does not exist! Defying the technology-neutrality narrative in the regulation of civili liability for advanced technologies*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 2, p. 369 ss.;
BERTOLINI, *Human-Robot Interaction and Deception*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, p. 658;
BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pp. 105-106;
BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1955, p. 109;
BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* I*, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, *passim*;
BEUERLE, SCHILLIG, *Comparative Company Law*, Oxford, 2019;
BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, I, Napoli, 2013, p. 223 ss.;
BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.;
BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 167.;
BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019, spec. p. 21 ss.;
BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, p. 71 ss.;
BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2020, p. 142 ss.;
BIANCHI, *Amministratori e Sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Milano, 2010, p. 36.;
BINDER, *Grenzen der Vorstandshaftung*, Berlin, 2016, p. 102;
BLAIR, MEER, *United States*, in E. SMERDON (a cura di), *Directors' Liability and Indemnification*, A Global Guide, Woking, 2022, p. 847;
BOADA MORALES, *Modernizing Colombian Corporate Law: The Judicial Transplant of the Business Judgment Rule*, in *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, 2017, 5, p. 147 ss.;
BOCCHINI, *Contro la "soggettivizzazione" dell'intelligenza artificiale*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 2023, 2, p. 202;
BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la Riforma delle società*, Milano, 2004, p. 45;
BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1985, p. 179;

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 4, Torino, 1991;
BORGIOLI, *L'amministrazione delegata, Firenze*, 1982, p. 242 ss.;
BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020;
BRANSON, *The Rule That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, in *Val. U. L. Rev.*, 2002, 36, p. 631 ss.;
BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* Iudica – Zatti, p. 448;
BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015;
BRUNER, *Artificially Intelligent Boards and the Future of Delaware Corporate Law*, disponibile su https://ssrn.com/abstract=4049784, p. 9;
BRUNER, *Opting out of fiduciary duties and liabilities in U.S. and U.K. business entities*, in D.G. SMITH, A.S. GOLD (a cura di), *Research Handbook on Fiduciary Law*, Cheltentham, 2018, p. 287;
BURRIDGE, *Artificial intelligence gets a seat in the boardroom*, in Nikkei Asia, 10 maggio 2017, reperibile su https://asia.nikkei.com/Business/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in- the-boardroom;
BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 ss.;
BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 62 ss.;
BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, p. 98 ss.;
BUSSANI, *L'illecito civile*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2020, p. 125 ss.;
BUSSANI, SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law*, II ed., Cheltenham-Northampton, 2021;
CAHN, *Business Judgment Rule und Rechtsfragen*, Working paper series no. 144/2016, consultabile su https://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/ILF_WP_144.pdf;
CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, p. 261 ss.;
CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 6, p. 1089 ss.;
CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970;
CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 1, p. 7.

CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla* corporate governance *e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *BIS,* 2015, p. 34;
CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2020, p. 330.;
CALVERLEY, *Imagining a Nonbiological Machine as a Legal Person*, in *AI & Society*, 2008, 22, p. 523 ss.;
CALVOSA, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. soc.*, 2022, 2, p. 311;
CALZOLAIO, *Intelligenza artificiale ed autonomia della decisione: problemi e sfide*, in ID. (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, pp. 3-4;
CAMPBELL, ARMOUR, *Demystifying Civil Liability of Corporate Agents*, in *Cambridge L. Jou.*, 2003, 62, p. 290 ss., p. 296;
CAMPBELL, ARMOUR, *Demystifying the Civil Liability of Corporate Agents*, in *Camb. L. Jou.*, 2003, 62, p. 294;
CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2017, 1 p. 98;
CANARIS, *Il "contatto sociale " nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 2 ss.;
CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss.;
CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1960;
CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 993 ss.;
CANUEL*, Comparing exculpatory clauses under Anglo-American Law: testing total legal convergence*, in G. CORDERO-MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, New York, 2011, p. 86;
CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012;
CAPILLI, *Gli obblighi di precauzione dell'impresa*, in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 149 ss.
CAPPIELLO, *La remunerazione degli amministratori*, Milano, 2005, *passim*;

CAPRARA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, Padova, 2011, p. 62;

CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 243;

CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 2, p. 397 ss.;

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, p. 443 ss.;

CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 1 ss.;

CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento tra Osti e Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 11 ss.;

CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 535.;

CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 537;

CASTRONOVO, *Responsabilità civile,* Milano, 2018, p. 502;

CECCHERINI, sub *artt. 1228-1229*, 2a ed., in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 201;

CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2019, 1, p. 47 ss.;

CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009;

CERRATO, CULASSO, CROCCO, "*Handle with care". Per una governance dell'intelligenza artificiale nell'impresa: rischi, tecniche di gestione e assetti cibernetici*, in *Riv. soc.*, 2023, 2, p. 378;

CERRATO, F. CULASSO, E. CROCCO, "*Handle with care". Per una governance dell'intelligenza artificiale nell'impresa: rischi, tecniche di gestione e assetti cibernetici*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 286;

CERRI, SOTTORIVA, *Il nuovo Codice di Autodiscplina per le società quotate*, 2020, consultabile su *http://ilsocietario.it/articoli/focus/il-nuovo-codice-di-autodisciplina-le-societ-quotate*;

CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, 6, p. 957;

CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013, *passim*;

CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan L. Rev.*, 2017, 6, pp. 1023-45;

CHERNEV, BÖCKENHOLT, GOODMAN, *Choice overload: a conceptual review and meta-analysis*, *in J.Consum Psychol*, 2015, 2, p. 333 ss.;

CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale, Vol. I*, Torino, 1903, p. 173;
CIAN, *Il diritto commerciale e le (altre?) scienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1, p. 1097;
CIAN, *Intelligenza artificiale e funzionamento degli organi sociali*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 154;
CICCARIELLO, *Modelli organizzativi e obblighi degli amministratori*, Napoli, 2012, p. 19.
CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, p. 576;
CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, p. 155 ss.;
CLARK, *Corporate Law*, Boston, 1986, p. 124;
COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 4, p. 386 ss.;
COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law and Economics*, 1960, 3, p. 1 ss.;
COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy*, in *federalismi.it*, 2020, 14, p. 64 ss.;
COMANDÈ, *Algoritmi e big data: le risposte del diritto*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 97.;
COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *AGE*, 2019, p. 176;
COMANDÈ, *Unfolding the Legal Component of Trustworthy AI: A must to avoid Ethics Washing*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli, 2020, p. 39 ss.;
CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, p. 34;
CONTE, *L'Impresa responsabile*, Milano, 2018, p. 324;
COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4, 2018, p. 714 ss.;
COPPO, *L'esonero da responsabilità*, Torino, 2021, p. 121;
CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 301;
CORRIAS, *Manleva (patto di)*, in *Enc. giur.* Treccani, 5.3.2.;
COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, pp. 104-126.;
CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1787;
D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.;
D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 26 ss;

DANNINGER, *Organhaftung und Beweislast*, Tubingen, 2020, p. 59;
DARNAULT, PARCOLLET, MORCHID, *Artificial Intelligence: a tale of social responsibility*, 2019, disponibile su https://hal.science/hal-02270410v2/document.;
DAVIES, WORTHINGTON, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Mytholmroyd, 2016, p. 317.;
DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in AA. VV. (a cura di), S*ui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto"*, Torino, 2022, p. 66;
DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, in *dirittodellacrisi.it*;
DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc*., 2017, 2, p. 311 ss.
DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, *Tort Law*, VII ed., Oxford, 2013, spec. p. 43 ss.;
DEGLI INNOCENTI, *Rischio di impresa e responsabilità civile*, Firenze, 2013, p. 38;
DEIPENBROCK, CHIU, *Directors' Civil Liability and Directors' Duties – Current Issues from the National and Comparative Company Law View***,** in *Eur. Bus. L. Rev.*, 2016, 2**,** p. 195**;**
DELLE MONACHE, *«Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, p. 505;
DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 206;
DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1925, p. 538 ss.;
DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 92;
DEVINS, FELIN, KAUFFMAN, KOPPL *The law and big data*, in *Cornell J. Law Public Policy*, 2017, 27, p. 357–413;
DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori*, in *Danno e resp.*, 2022, 4, p. 413 ss.;
DI CIOMMO, *Principio indennitario e traslazione dei costi sociali*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2017, p. 33 ss.;
DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*;
DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173 – 1176, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988;
DI MAJO, *La responsabilità per l'attività da direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, p. 550;
DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 256;

DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 33 ss.;
DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 51 ss.;
DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, p. 1787 ss.;
DIECKMANN, *30 Jahre „Baustoff-Entscheidung" und ihre Relevanz für die Organaußenhaftung von heute*, in *ZGR*, 2021, p. 1039 ss.;
DONATO, *Clausola di manleva*, in *Clausole negoziali*, cit., p. 1190;
DONATO, *Clausole di esonero degli amministratori da responsabilità per l'attività gestoria*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2019, p. 847;
DONATO, *Clausole di esonero degli amministratori da responsabilità per l'attività gestoria*, in *Clausole negoziali*, cit., p. 862-863;
DONDERO, *Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire*, in *Rec. Dalloz*, 2017, p. 532;
DURRY, *Quelques exemples d'application de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 616 ss.;
EASTERBROOK, FISCHEL, *Limited Liability and the Corporation*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1985, 52, pp. 89, 93–94;
EEASTERBROOK, FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard, 1991, p. 94;
EISENBERG, *Obblighi e funzioni degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, 1, p. 617 ss.;
ELIOT, *An Ontological AI-and-Law Framework for the Autonomous Levels of AI Legal Reasoning*, in *arXiv*, 2020, reperibile al seguente indirizzo: https://doi.org/10.48550/arXiv.2008.07328;
ENGERT, GOLDLÜCKE, *Why Agents Need Discretion: The Business Judgment Rule as Optimal Standard of Care*, in *Law & Economics Rev.*, 2017, 13, p. 1 ss.;
ENRIQUES, ZETZSCHE, *Corporate technologies and the Tech Nirvana fallacy*, in *Hastings Law Journal*, 2020, p. 90;
ENRIQUES, ZORZI, *Intelligenza artificiale e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, 1, p. 40.
FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, 2-3, p. 280 ss.;
FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 941 ss.;
FAVALE, *Violazione dell'obbligazione e protezione dei terzi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 3, p. 607 ss.

FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022;

FEDI, *La giurisprudenza continua a sanzione d'invalidità gli esoneri da responsabilità degli amministratori uscenti;*

FENWICK, VERMEULEN, *Technology and Corporate Governance: Blockchain, Crypto, and Artificial Intelligence*, in *Tex. J. Bus. Law*, 2019, 48, p. 1 ss.;

FENWICK, VERMEULEN, *The End of the Corporation* (October 20, 2019), Lex Research Topics in Corporate Law & Economics Working Paper no. 2019-7, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 482/2019, disponibile a: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3472601;

FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza*, in *Riv. dir. comm*., 1979, p. 1 ss.;

FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea della meritevolezza*, in *Eur. dir. priv*., 2009, spec. p. 366 ss.;

FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967, *passim*;

FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971;

FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it*., 2019, 7, p. 1671;

FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. e impr*., 2020, p. 73;

FINOCCHIARO, *La Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf. e inf.*, 2022, 2, p. 303 ss.;

FLEISCHER, *Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung*, in *NJW*, 2009, p. 2338 ss.;

FLEISCHER, *Contractual Freedom and Corporate Law in Germany*, in *Regole del mercato e mercato delle regole*, cit., p. 115;

FLEISCHER, in *Spindler/Stilz AktG*, 3 ed., 2015, § 93 p. 1 ss;

FLEISCHER, *LkSG: Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz,*in *Kommentar C.H. Beck,* München *(2023)*;

FLEISCHER, *Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder*, in *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, 2019, p. 258 ss.;

FLUME, *Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts*, II, Berlin, 1979, p. 366.;

FORMISANI, *Business Judgment Rule e assetti organizzativi: incontro (e scontro) in una terra di confine*, in *Riv. dir. soc*., 2018, 2, p. 455;

FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. e gli strumenti di esonero da responsabilità*, Milano, 2014, p. 4;

FRANCHI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 2005, 2, p. 275;

FRANCHI, *Riflessioni sulla manleva*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1, p. 157;
FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 11, p. 1693 ss.;
FRANZONI, *Il danno risarcibile*, II, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, p. 733 ss.;
FRANZONI, *Il fatto illecito civile fra civile e commerciale nel codice del '42*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 3, p. 741 ss.;
FRANZONI, *La responsabilità civile una lunga storia da riscrivere*, in *Contr. e impr*., 4, 2021, p. 1122;
FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, p. 3;
FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 1, 2021, p. 18 ss.; TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, 685 ss.;
FRANZONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, p. 1339 ss;
FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. e impr.*, 2017, 4, p. 1107 ss.;
FRANZONI, *sub* art. 2392 cod. civ., *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, III, 1, Bologna-Roma, 2008, p. 414 ss.;
FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impr.*, 2020, 1, p. 461;
FRIEL, KARDASH, PEARCE, *Data Privacy & Security*, in T. L. BANKS, F.Z. BANKS (a cura di), *Corporate Legal Compliance Handbook*, New York, 2021, pp. 48-138;
FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 1965, *passim*;
FUSARO, *La disciplina della responsabilità del produttore alla prova dei sistemi intelligenti*, in *Smart. La persona e l'infosfera*, p. 129 ss.;
GALDON, HALL, WANG, *Designing trust in highly automated virtual assistants: A taxonomy of levels of autonomy*, in A. DINGLI, F. HADDOD, C. KLÜVER (a cura di), *Artificial Intelligence in Industry 4.0 – A Collection of Innovative Research Case- studies that are Reworking the Way We Look at Industry 4.0 Thanks to Artificial Intelligence*, Cham, 2021, p. 200;
GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 881;

GALGANO, GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, p. 290;
GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93;
GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss.;
GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 79;
GALGANO, *Le società per azioni*, Bologna, 1974, p. 141;
GALGANO, SBISÀ, sub *artt. 2497-2497 septies*, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, p. 106 ss.
GALLO, *L'elemento oggettivo del Tort of Negligence. Indagini sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di Common law*, Milano, 1988, p. 256 ss.;
GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, III, Mantova, 2017, p. 57 ss.;
GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, 12, p. 1759 ss.;
GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, p. 1405 ss.;
GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1738;
GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, 6, p. 650;
GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarità*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2013, p. 67;
GARDINER, *Unfair Contract Terms in the Digital Age. The Challenge of Protecting European Consumers in the Online Marketplace*, Cheltenham, 2022;
GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 58 ss.;
GERDING, *United States of America*, in *Directors' Personal Liability for Corporate Fault. A Comparative Analysis*, cit., pp. 301-302;
GERNER-BEUERLE, PAECH, SCHUSTER, *Study on Directors' Duties and Liability in Europe,* 2013, disponibile su https://ssrn.com/abstract=3886382;
GERNER-BEUERLE, SCHUSTER, T*he Evolving Structure of Directors' Duties in Europe, in Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2014, 15, p. 191 ss.;
GEVURTZ, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?, in S. Cal. L. Rev.*, 1994, pp. 287-288;

GIANNONE CODIGLIONE, *Internet of things e nuovo Regolamento privacy*, in *La nuova disciplina europea sulla privacy*, cit., p. 149 ss.;
GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 73 ss.;
GILLES, *On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard*, *and the Jury*, in *Vand. L. Rev.*, 2001, 3, p. 814 ss.;
GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di dir. civ.*, III ed., Milano, 1975, p. 228 ss.;
GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it*., XI, Torino, 1965, p. 591;
GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni),* Milano, 1968, p. 13.;
GOLIA, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 1, p. 247;
GOMES RAMOS, *Corporate Indemnification: Experiences in USA and Developments in Germany, Italy and Portugal*, in *Eur. Comp. Fin. L. Rev.*, 2017, 14, p. 723 ss.;
GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 928 ss.;
GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 1, p. 405 ss.;
GRAMITTO RICCI, *Artificial Agents in Corporate Boardrooms*, in *Cornell Law Review*, 2020, 105, p. 904;
GRANTHAM, RICKETT, *Directors' 'Tortious' Liability: Contract, Tort, or Company Law?* in *Mod. L. Rev.*, 1999, 62, p. 133;
GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theor. Inq. in Law*, 2009, p. 724 ss.;
GRIGOLEIT *Directors' Liability and Enforcement Mechanisms from the German Perspective*, IN AA. VV. (a cura di), *German and Asian Perspective on Company Law*, Tübingen, 2016, p. 107;
GRISI, *Note a margine di inadempimento e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 553 ss.;
GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017, p. 105 ss.;
GRUNDMANN, MICKLITZ, RENNER, *New Private Law Theory*, Cambridge, 2021, *passim*.
GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in AA. VV. (a cura di), *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, cit., p. 1919 ss.;
GUARNERI, voce *Meritevolezza*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ*., Agg., IX, Torino, 2018, p. 341 ss.;
GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995;

GUERRA-MARTINEZ, *Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions*, in *Corp. Law. Stud. Jou.*, 2018, 2, p. 417 ss.;

GUERRERI, *Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 1-4, p. 154;

GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014, p. 17 ss.

GUIZZI**,** *Partecipazioni "qualificate" e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, p. 443;

HABERSACK, *Reform der Organ haftung?*, in *AG*, 2014, p. 552;

HAMILTON, TRAUTMANN, *Sarbanes-Oxley Act of 2002. Law and Explanation*, Chicago, 2022;

HASKEL, *A proposal for addressing the effects of hindsight and positive outcomes biases in medical malpractice cases,* in *Tort Trial and Insurance Practice law journal*, 2007, p. 895;

HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, in *J. Legal Stud.*, 1997, 46, p. 428;

HELLWIGIN, in *DJT* (a cura di), *Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag*, 2010;

HENTZ, *Business judgment rule no direito societário brasileiro*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2017, 2, p. 23 ss;

HILL, CONAGLEN, *Directors' Duties and Legal Safe Harbours: A Comparative Analysis*, p. 1 ss;

HILLIARD, *Liabilities of Directors to Third Parties*, in S. MORTIMORE (a cura di), *Company Directors. Duties, Liabilities, and Remedies*, Oxford, 2019, p. 639;

HILLMAN, *Principles of Contract Law*, Minnesota, 2023, p. 253;

HINSEY, *Business Judgment and the American Law Institutes's Corporate Governance Project: The Rule, The Doctrine, and the Reality*, in *George Washington Law Rev.*, 1984, 52, p. 610;

HO, *Board duties: monitoring, risk management and compliance*, in A. AFSHARIPOUR, M. GELTER (a cura di), *Comparative Corporate Governance*, 2021, p. 242 ss.;

HÖLTERS, *§ 93*, in *AktG*, München, 2017, *Rdn.* 30;

HOPT, *Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules?*, in *Riv. soc.*, 1, p. 13 ss.;

HOPT, FLECKNER, *Comparative Corporate Governance. A Functional and International Analysis,* Cambridge, 2013, p. 317;

HOPT, VEIL, *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *Riv. soc.*, 2020, 4, p. 921 ss.;

HOWARTH, *Many Duties of Care – Or a Duty of Care? Notes from the Underground*, in *Oxford Jou. Leg. Stud.*, 2006, p. 465 ss.;
IANNIRUBERTO, *Responsabilità per mala gestio dell'impresa e riflessi sui rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, p. 83;
IHRIG, SCHÄFER, *Rechte und Pflichten des Vorstands*, Köln, 2014, p. 504 ss.;
IRACE, *Armonizzazione o concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario?*, in C. MAVIGLIA (a cura di), *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti*, Milano, 2007, p. 161 ss.;
IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., p. 85 ss.;
IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, X, Padova, 2011, p. 282 ss.;
IRRERA, *Obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 358 ss.;
IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.,* 2003, 6, p. 698;
IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1180 ss.;
IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998;
IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2004;
IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004;
JENKS, *On Negligence and Deceit in the Law of Torts*, in *L.Q.R.*, 1910, p. 15;
JENSEN, MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976);
KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 1982;
KEAY, *Formulating a Framework for Directors' Duties to Creditors: an Entity Maximization Approach*, in *Camb. L. Jo.*, 2005, 3, p. 615;
KEAY, LOUGHREY, *The concept of business judgment*, in *Leg. Stud.*, 2019, 1, p. 38;
KEETON, *Creative Continuity in the Law of Torts*, in *Harv. L. Rev.*, 1962, 3, p. 473 rilevava che «*decisional creativity is a more potent instrument of reform than statutory creativity. (...) Tort law has depended heavily on applications of statutes beyond their letter*»;
KIM, YI, *Directors' Liabilities and the Business Judgment Rule in Korea*, 2004, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=530442;
KINDLER, *Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung: Voraussetzungen und Geltendmachung der Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft*, in *ZHR* 101 (1998), 101 ss.;
KINDLER, DIURNI, *Il codice civile tedesco « modernizzato»*, Torino, 2004, 51 ss.;

KINDLER, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. in Germania e in Italia*, in *Riv. soc.*, 2016, 2, p. 427;

KINDLER, *La s.p.a. nell'esperienza tedesca: i tratti essenziali della* Aktiengesellschaft, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Le nuove S.p.a.*, Bologna, 2012, p. 432;

KOLBJØRNSRUD, AMICO, THOMAS, *The Promise of Artificial Intelligence: Redefining Management in the Workforce of the Future*, disponibile su https://www.semanticscholar.org/paper/The-promise-of-artificial-intelligence-Redefining-Kolbjørnsrud Thomas/599af6980b5d5530c1c123f00c5d1361fdec74fb;

KOOPS, HILDEBRANDT, JAQUET-CHIFFELLE, *Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*, in 11 *Minn. J. L. Sci. & Tech.* (2010), da p. 497, p. 546, p. 553;

KOVAC, *Autonomous Artificial Intelligence an Uncontemplated Hazards: Towards Optimal Regulatory Framework*, in *Eur. J. Risk*, 2022, 1, p. 94;

KUTUFÀ, A*deguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber Amicorum *Antonio Piras,* Torino, 2010, p. 727;

LA MARCA, *Variazioni in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni verso i creditori sociali*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 4, p. 691 ss.;

LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 1, p. 279;

LABINE, LABINE, *Determinations of Negligence and the Hindsight Bias*, in *Law and Human Behavior*, 1996, 5, p. 501; CAPLAN, E*ffect of outcome on physician judgments of appropriatness of care,* in *JAMA*, 1991, p. 256;

LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565;

LANDES**,** POSNER**,** *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard, 1987;

LAWSON, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, Mytholmroyd, 2014;

LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, p. 615 ss.;

LERUSCHNER, *Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grenzen der Vertragsfreiheit am Beispiel haftungsbeschränkender Vertragsklauseln im deutschen, französischen, englischen, österreichischen und schweizerischen Recht*, in *ZEuP*, 2017, p. 335 ss.;

LESLIE, *Understanding artificial intelligence ethics and safety: a guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector*. *The Alan Turing Institute*, 2019,

consultabile https:// www.turing. ac. uk/ sites/ defau lt/ files/ 2019- 08/ understanding_ artif icial_ intel ligen ce_ ethics_ and_ safety.pdf;
LIBERTINI, *La c.d. commercializzazione del diritto privato*, in *Riv. scienz. giur.*, 2022, p. 299;
LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 85 ss.;
LIBONATI, *L'impresa e le società*, Milano, 2004, p. 264 ss.;
LILLÀ MONTAGNANI, *Governance societaria e governance dell'intelligenza artificiale*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2022, 2, p. 285;
LILLÀ MONTAGNANI, PASSADOR, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2021, 1, p. 121 ss.;
LILLÀ MONTAGNANI, *Roboboard e robocompanies*, in N. ABRIANI, R. COSTI (a cura di), *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, p. 168;
LINNERTZ, *Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft*, Berlin, 2020, *passim*;
LOCKE, BIRD, *Perspectives on the current and imagined role of artificial intelligence and technology in corporate governance practice and regulation*, in *Australian J. Corp. Law*, 2020, 1, p. 4 ss.;
LOLLI, PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo "correttivo"*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 1, p. 343 ss.;
LOWRY, *United Kingdom*, in H. ANDERSON (a cura di), *Directors' Personal Liability for Corporate Fault: A Comparative Analysis*, Amsterdam, 2008, p. 279 ss.;
LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi preconcorsuale*, Milano, 2016;
MACEY, *Corporate Governance. Quando le regole falliscono*, Milano, 2010;
MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.
MAIORCA, voce *Responsabilità* (teoria generale), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1004 ss.
MALVAGNA, *Benchmark e gestione di portafoglio: tra «mezzi» e «risultato*, Trento, 2023, p. 100;
MAMBRIANI, *Contatto sociale qualificato, responsabilità della holding e degli amministratori*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, 4, p. 559 ss.;
MANNING, *The Business Judgment Rule in Overview*, in *Ohio State L. Jou.*, 1984, p. 616;
MANSOLDO, *Adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella gestione della crisi di società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2021, 4, p. 1288 ss.;

MARCHEGIANI, *Automazione della governance societaria e discrezionalità amministrativa*, in *Riv. soc.,* 2022, 1, p. 103;
MARCHEGIANI, *La motivazione delle deliberazioni consiliari nella società per azioni*, Milano, 2018, p. 194 ss.;
MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Contratti*, 2002, p. 113;
MARTON, *Obligations de résultat et obligation de moyens*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 499 ss.;
MARTUCCELLI, *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1, p. 19 ss.;
MATERA, *La nuova disciplina dei compensi degli amministratori delle società di capitali nel diritto societario spagnolo: prime note e cenni comparatistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 4, p. 889 ss.
MATERA, SBARBARO, *Cleansing effect e standard di judicial review nella recente giurisprudenza statunitense*, in *Comp. dir. civ.*, 2017, p. 5;
MATTHIAS, *Automaten als Träger von Rechten. Plädoyer für eine Gesetzänderung*, Berlin, 2008, p. 22, p. 37;
MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Eth. Inf. Tech.*, 2004, 6, p. 175 ss.;
MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale - Rivista telematica*, 2014, fasc. 1 e in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015, t. I, p. 383;
MAZEAUD, *Les clauses limitatives de responsabilités*, in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Dalloz/Bruylant, 1986;
MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. e impr*., 2019, 3, p. 831 ss.;
MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, 6, p. 1487 ss.;
MCCARTHY, MINSKY, ROCHESTER, SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, August 31, 1955, in *AI magazine*, 2006,4, p. 12 ss.;
MCCORMACK, KEAY, BROWN, DAHLGREEN, *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States'relevant provisions and practice*, consultabile su https://commission.europa.eu/system/files/2017-03/insolvency_study_2016_final_en.pdf;

MCMILLAN, *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*, in *Will. & Mary Bus. L. Rev.*, 2013, 2, p. 521 ss.;
MCMURRAY *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule,* in *Vand. L. Rev.*, 1987, 40, p. 605 ss.;
MEESE, *The Team Production Theory of Corporate Law: A Critical Assessment*, 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 1629, 1631 (2002);
MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2011, p. 101 ss.;
MENGONI, *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, in *Jus*, 1983, p. 323 ss.;
MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 1, p. 205;
MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9;
MEO, *Onere della prova e inadempimento nell'azione sociale di responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Judicium*, 2023, p. 10 ss.;
MEOLI, *Negoziazione preventiva della responsabilità aquiliana*, in *Comp. dir. civ*.,2016, 3, p. 36 ss.
MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 349;
MERKT, *Rechtliche Grundlagen der Business Judgment Rule im internationalen Vergleich zwischen Divergenz und Konvergenz***,** in *ZGR*, 2017, 2, p. 129 ss;
MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, p. 6;
MILLER, *The Boards' Duty to Monitor Risk after Citigroup*, in *Un. Pennsylvania Journal of Business Law*, 2010, 12, p. 1153;
MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 363 ss.;
MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322 comma 2 c.c*., Torino, 2019;
MONAHAN, *Enterprise Risk Management: A Methodology for Achieving Strategic Objectives*, New Jersey, 2008;
MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1998, p. 19 ss.;
MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, p. 437 ss.;
MONTALENTI, *Doveri degli amministratori degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in ID. (a cura di), *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 285 ss.;

MONTALENTI, *Doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in ID., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 285 ss.;

MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni,* in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2006, t. II, p. 835 ss.;

MONTALENTI, *Harmonization and regulatory competition, state regulation and freedom of contract, institutionalism and contractualism in corporate law*, in *Regole del mercato e mercato delle regole*, cit., p. 93.;

MONTALENTI, *Il nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Riv. corp. gov.*, 2021, 1, p. 3 ss.;

MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 247 ss;

MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, "*Mercati finanziari e sistema dei controlli*", Milano, 2005, p. 131;

MORBIDELLI, *Appunti sparsi sull'intelligenza artificiale (AI) nel governo dell'impresa*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 256;

MOSCO, *AI and the Board Within Italian Corporate Law: Preliminary Notes*, in *Eur. Comp. Law. Jou.*, 2020, 3, p. 88;

MOSCO, *Roboboard. L'intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *AGE*, 2019 , p. 254

MÖSLEIN, *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 280.

MÖSLEIN, *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 272.

MOUGAYAR, *The business blockchain: promise, practice and application of the next internet technology,* Wiley, 2016;

MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 739;

MULHERON, *Principles of Tort Law*, Cambridge, 2020, *passim*;

MYERS, RAMSEY, *Judgment Work: The Human Component Augmenting AI in Strategic Management*, in AA VV. (a cura di), *New Perspectives and Possibilities in Strategic Management in the 21st Century: Between Tradition and Modernity*, Hershey, 2023;

NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 352 ss.;

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1984, p. 20 ss.;
NIETSCH, *Geschäftsleiterermessen und Unternehmensorganisation bei der AG*, in *ZGR*, 2015, p. 638 ss.;
NIGRO, "*Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, p. 457 ss.;
NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci e ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 208;
NOLAN, *New Forms of Damages in Negligence*, in *Mod. L. Rev.*, 2007, p. 59 ss.;
NONNE, *La prova del nesso causale nella responsabilità per inadempimento: prospettive dottrinali e soluzioni giurisprudenziali a confronto*, in *Comp. dir. civ.*, 2021, 3, p. 1046;
NOVAKOVIC, *Common Law and Civil Law Today. Convergence and Divergence*, Wilmington, 2019.
O' BRYNE, SCHIPANI, *Personal liability of directors and officers in tort: searching for coherence and accountability*, in *U. Pa. J. Bus. L.*, 2019, 22, p. 82;
OSTI, *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli organizzatori di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 807 ss.;
OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 287 ss.,
PACCHIONI, *Diritto civile italiano, parte seconda, IV, Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 182 ss.;
PACILEO F., *"Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, 3, p. 542;
PACILEO PV., *Civil Liability e New Technologies tra comparazione e best practices*, in *Comp. e dir. civ.,* 2017, p. 20;
PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecnoetica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, p. 392;
PALAZZOLO, *Adeguatezza, legalità e sostenibilità. La delibera istitutiva degli assetti organizzativi e le sue "patologie"*, relazione tenuta al convegno *"Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il diritto commerciale"*;
PAPAKONSTANTINOU, DE HERT, *Refusing to award legal personality to AI: Why the European Parliament got it wrong*, in *Eur. L. Blog*, 2020;
PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p. 21 ss.;
PAPINI, *Rinuncia all'azione di responsabilità sociale, genericità dell'ordine del giorno e sospensione cautelare della delibera non validamente assunta*;
PARGENDLER, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Business Judgment Rule no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, 2015, 953, p. 51 ss.;

PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015, *passim*; KROLL, *The Fallacy of Inscrutability*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 376, 2018, p.2133; H. SHAH, *Algorithmic Accountability*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 376, 2018, p. 2128;

PATTI, *Danno patrimoniale*, in F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 3 ss.;

PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 2, p. 357 ss.;

PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. prev., 2002*, 2, p. 601 ss.;

PEDERSOLI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni bancarie,* Milano, 2018, p. 237 ss.;

PERLINGIERI, *Aspetti civilistici della separazione e del divorzio*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 770 ss.;

PERLINGIERI, FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017,

PERLINGIERI, GIOVA, PRISCO, *Trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2019, *passim*;

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, vol. II – Fonti ed interpretazione*, *IV ed.*, Napoli, 2020, pp. 46-48;

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 415;

PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 14;

PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 119 ss.;

PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990;

PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 141;

PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in Riv. dir. civ., 2018, p. 716 ss.;

PERLINGIERI, ROMANO, *Attuazione del rapporto: l'adempimento*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 4 ed., Napoli, p. 236 ss.

PETERS, *Hindsight bias and tort liability: avoiding premature conclusions*, in *Ariz. St. L. J.*, 1999, 31, p. 1277;

PETERS, *The role of the Jury in Modern Malpractice law*, in *Iowa L. Rev.*, 2002, 87, p. 909 ss.;

PETROBONI, *Diligenza degli amministratori di società per azioni e allocazioni della responsabilità. Un confronto con il company law inglese*, in *Riv. soc.*, 2019, 4, p. 795 ss.

PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Riv. soc.*, 2020, 4, p. 1082 ss.;

PFERTNER, *Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands* , Tübingen, 2017, p. 26;
PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, p. 19;
PICCIAU, *Intelligenza artificiale, scelte gestorie e organizzazione delle società per azioni*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 7, 2022, p. 1270;
PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinunzia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2016, 2, p. 282 ss.;
PINELLI, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2011, 2 p. 495;
PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in AA. VV. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso, Torino, 2006,* p. 893 ss.;
PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1163 ss.;
PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, 2014, 4, p. 1287 ss.;
PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 1019 ss.;
PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico. Rigetto locale o totale del contatto sociale 'qualificato'*? in *Contr. e impr*., 2020, 1, p. 418 ss.;
PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Seconda edizione*, Bologna-Roma, 2011, p. 746 ss.
PLAIA, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico*, in *Giur. it*, 2020, 6 pp. 1331-1333
POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in M. D'AMBROSIO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 391 ss.;
PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 31
PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 248 ss.
PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017 4, p. 435 ss.;
PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, 2-3, p. 326.
PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, p. 141 ss.;

PORTALE, *Un nuovo capitolo del governo societario tedesco: l'adeguatezza del compenso dei Vorstandsmitglieder*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 91 ss.;

POSNER, *A Theory of Negligence*, in *J. Legal Stud.*, 1, 1972, p. 32 ss.;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 280;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, *passim*;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I rapporti obbligatori (considerazioni introduttive)*, in G. PERLINGIERI, F. LAZZARELLI (a cura di), *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2018;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2023, 2, p. 129 ss.;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento… extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, 2, p. 249 ss.;

PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 43 ss.;

PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 218 ss.;

RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 5.

RACHILINSKI, *Behavioral economics law and psychology: Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation?*, in *Or. L. Rev.*, 2000, p. 61;

RACHLINSKI, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, *in U. Chi. L. Rev.*, 1998, 65, p. 571;

RAO, *AI everywhere/nowhere part 3 - AI is AAAI (Assisted-Augmented-Autonomous Intelligence)*, 20 maggio 2016, consultabile all'indirizzo http://usblogs.pwc.com/emerging-technology/ai-everywherenowhere-part-3-ai-is-aaaiassisted-augmented-autonomous-intelligence;

RENNA, *Responsabilità degli amministratori di società di capitali*, Bologna, 2021, p. 73;

RESCIGNO, *Fondamento e problemi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica nel diritto italiano*, Milano, 1982, p. 78 ss.;

RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 133;

RESCIGNO, *Tipicità ed atipicità dei rapporti: prassi e regole notarili*, in AA. VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, p. 1909 ss.;

RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX Milano, 1979, p. 133 ss.;

RESCIO, *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*, in *Riv. dir. priv*., 1996, 122 ss.;
RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf. e inf.*, 2022, 2, p. 325;
RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 2, p. 218;
RHEE, *The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2013, 88, p. 1156;
RIGANTI, *Rassegna di giurisprudenza. Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 177 ss.;
RILEY, *Directors' duties and the interests of creditors* in *Co. Law*, 1989, 10, pp. 87-89;
RIMINI, MORLACCHINI, *L'intelligenza artificiale nell'esercizio dei doveri degli amministratori*, in *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 44;
RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011, p. 197;
RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2023;
RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 22 ss.;
RODOTÀ, voce *Diligenza (dir.civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 542;
ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Padova, 2021;
RONDINELLI, *Il sistema di amministrazione e controllo nella società per azioni tedesca*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2020, p. 267 ss.;
RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 669;
RORDORF, *Introduzione*, in M. DE POLI, G. ROMAGNOLI (a cura di), *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*, Pisa, 2020, p. 1;
RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Soc.*, 2008, p. 1194;
ROSSI, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario*, in AA. VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2016, p. 23;
ROVELLI, *sub* art. 1176, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino 2012, 222 ss.;

RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 19;

RUFFOLO, *La "personalità elettronica", in Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica,* cit., 213 ss.;

SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, 2, p. 377 ss.;

SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, p. 309 ss.;

SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, 1, p. 666 ss.;

SACCO GINEVRI, *Intelligenza artificiale e corporate governance*, in AA. VV., (a cura di), *Il diritto nell'era digitale e dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2021, p. 429 ss.;

SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Torino, 2004, p. 120;

SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980;

SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, *passim*;

SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1989, p. 517 ss.;

SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *Am. Jou. Comp. Law*, 1991, 1, p. 1 ss.

SACCO, MONATERI, GAMBARO, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, rist. 2006,

SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1247;

SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.,* 2020, 6, p. 1246 ss.;

SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, «punti di equilibrio» parametri di «liceità» e di «dannosità», e altre questioni inerenti la responsabilità*, in *Riv. not.*, 2015, 6, p. 1331;

SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2019, p. 231 ss.;

SANDEI, *Intelligenza Artificiale e funzionamento degli organi sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 4, p. 699;

SANDRELLI, *Algoritmi a supporto delle decisioni degli amministratori e responsabilità*, in V. DONATIVI (a cura di), *Trattato delle società*, tomo I, Milano, 2022, p. 1219 ss;

SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*?, in *Contr. e impr.*, 2002, 2, p. 492;
SARTORI, *Responsabilità degli amministratori e patti di manleva*, in *Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*, cit., p. 292;
SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, in D. BIANCHI, M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazione e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020, p. 1 ss.;
SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 2, p. 250.;
SCANO, *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, Milano, 2018, *passim*;
SCARABELLI, *L'intelligenza artificiale e i flussi informativi all'interno del consiglio di amministrazione*, in *Riv. dir. soc.*, 4, 2022, p. 614;
SCARCHILLO, *Corporate Governance e Intelligenza Artificiale*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, 4, p. 881 ss.;
SCARLETT, *A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in the Shareholder Derivative Litigation*, in *Kans. Un. L. Rev.*, 2008, 57 p. 70;
SCHIRMER, *Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing Teilrechtsfähigkeit*: *A Partial Legal Status Made in Germany,* in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Berlin, 2020, 123 ss.;
SCHNEIDER, *IA, rischi d'impresa e le (mancate) risposte del diritto: … Dora per tutti?*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, cit., p. 118 ss.;
SCHNEIDER, *La proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale alla prova dei mercati finanziari: limiti e prospettive (di vigilanza)*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 3, p. 1014 ss.;
SCHOLZ, *Haftungsprivileg, safe harbor oder verbindliche Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs?,* in *AG,* 2018*,* pp. 173-185;
SCIANCALEPORE, *Privacy e tutela della persona umana*, in *Iura & Legal Systems*, 2021, 8, p. 1 ss.
SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 280;
SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1321-1352)*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1970, p. 327;
SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in ID. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 198 ss.;

SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 4, p. 1075;
SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc*, 2013, 2, p. 212;
SERAFINI, *Responsabilità amministratori e interessi protetti*, Milano, 2013, *passim*;
SESTIERI, *La Business Judgment Rule nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 2 p. 254;
SHARFMAN, *The Importance of the Business Judgment Rule*, in *New York Un. Jou. Law. Bus*., 2017, 1, p. 27 ss., disponibile su https://ssrn.com/abstract=2888052 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888052;
SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy,* Padova, 2016;
SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, p. 1418;
SIRENA, *La categoria dei contratti di collaborazione*, in ID. (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2011, p. 4;
SKEEL JR., *Shareholder Litigation: The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis*, in J.R. MACEY (a cura di), T*he Iconic Cases in Corporate Law*, Eagan, 2008, p. 165 ss.;
SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, in Cuffaro (a cura di), Delle Obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Torino, 2013, p. 683;
SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 423 ss.
SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 1992, 4, p. 1231 ss.;
SPAMANN, *Monetary Liability for Breach of the Duty of Care*, in *Legal Jou. Anal.*, 2016, 2, p. 342;
SPINDLER, in *Münchener Kommentar zum AktG3*, München, 2008, § 93 n. 162;
SPINDLER, *Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive*, in *Die Aktiengesellschaft* 2013, 58, p. 889 ss.;
SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017;
SPOLIDORO, "*Principi e problemi" delle Società per azioni nel libro di Carlo Angelici*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 159 ss.;
SPOLIDORO, *Amministratori e società tra rapporto organizzativo e contratto*;
SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 3, p. 266;

STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, in *Iura & Legal Systems*, vol. 8, 4, 2021, p. 17 ss.

STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, pp. 132-135;

STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*;

STELLA RICHTER JR, *L'organizzazione della società per azioni tra principio di tipicità, autonomia statutaria e indicazioni delle autorità di vigilanza,* in *Regole del mercato e mercato delle regole*, cit., p. 411 ss.;

STELLA RICHTER, *In principio sono sempre funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, 1, p. 30;

STOCKER, *The Potential of Blockchain Technology for Share Transfers in Non-Listed Companies in Switzerland and the United Kingdom*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2023, 3, p. 439 ss;

STRAMPELLI, *La disciplina europea dei doveri degli amministratori nella società in crisi: problemi e prospettive*, in *Rivista ODC*, 2020, p. 273 ss.;

TABELLINI, *Business Judgment Rule e scelte organizzative*, in *Giur. it.,* 2021, 1, p. 108 ss.;

TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020;

TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *Modern Law Rev.*, 1998, p. 12;

TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors*, in *Politics and Law*, 2006, 4 p. 497 ss.;

TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. FEMIA, Napoli, 2019, p. 27 ss.;

TEUBNER., *Agenti elettronici e grandi scimmie antropomorfe. L'allargamento dello status di attore nel diritto e nella politica*, in ID., *Ibridi e attanti, attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano 2015, p. 19 ss.;

THALER, SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, New York, 2021, *passim*;

TINA, *Esonero da responsabilità degli amministratori di S.p.a.*, Milano, 2008, p. 96;

TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Milano, 2008, p. 79;

TOMBARI, ABRIANI, *Corporate governance e «sistemi dei controlli» nella s.p.a.*, Torino, 2013, p. 125;

TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1 ss.;

TOMBARI, *Intelligenza artificiale e corporate governance nella società quotata*, in Riv. soc., 2021, 5-6, p. 1431 ss.;

TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, Milano, 2004, p. 69;
TOMMASI, *sub* art. 2392 c.c. in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, p. 776.;
TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012;
TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967;
TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;
TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017;
TROIANO, voce *Ragionevolezza* (dir. priv.), in *Enc. Giur.*, Annali, VI, Milano, 2013, p. 763 ss.;
TULLIO, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, p. 225;
TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, in *Sem. jux,*, 1945, 1, p. 449;
URBACH, RÖGLINGER, *Introduction to Digitalization Cases: How Organizations Rethink Their Business for the Digital Age*, in IID. (a cura di), *Digitalization Cases*, Cham, 2018, p. 1 ss.
VELASCO, *A defense of the Corporate Law Duty of Care*, in J. *Corp. L.*, 2015, 40 p. 648 ss.;
VENTORUZZO, *Comparative Corporate Law*, Minnesota, p. 295;
VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 2, p. 363 ss.;
VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, *in Foro it.*, 1971, 11, p. 178;
VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, p. 66;
VICARI, *Risikoanalyse e Risikomanagement nella LkSG: spunti in tema di assetti adeguati nella "catena di fornitura"*, in *Giur. comm.*, 2023, 5 , p. 757 ss.;
VIGLIANISI FERRARO, *Le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale ed i potenziali rischi per il diritto alla privacy*, in *Persona e Mercato*, 2021, 2, p. 410-411;
VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903;
VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 2067 ss.;
VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006, p. 221;

VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Foro it.*, I, 2002, p. 769;

VLADECK, *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 1, 117 ss.;

VON UNGERN-STERNBERG, *Discriminatory AI and the Law. Legal Standards for Algorithmic Profiling*, in S. VÖNEKY , P. KELLMEYER, O. MÜLLER, W.BURGARD (a cura di), *Responsible AI*, Cambridge, 2022, pp. 252-277;

WAGNER, *Officers' and Directors' Liability Under German Law. A Potemkin Village*, in *Theor. Inq. In Law*, 2015, 16, p. 94;

WAGNER, *Prävention un Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legi-time Aufgabe*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2006, 2-3, p. 352 ss.;

WALLACH, ALLEN, *Moral Machines, Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford, 2010, *passim*;

WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 102;

WILE, *A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to Its Board of Directors*, in *Business Insider* (13 May 2014);

WILLIAMS, *The Aims of the Law of Torts,* in *Current Legal Problems*, 4, 1951, p. 137 ss.,;

ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del 'contatto sociale')*, in *Riv. dir. civ*., 2013, p. 77 ss.;

ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 309;

ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Milano, 2010, p. 7;

ZANARDO, *I piani di stock options dall'esperienza anglosassone alla disciplina e diffusione nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 738 ss.;

ZANARDO, *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di s.p.a.: considerazioni generali e "declinazioni" applicative*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, cit., p. 219;

ZANATTA, *Figure della responsabilità nel mondo greco*, in M. ZANATTA, F. BIANCO (a cura di), *Responsabilità e comunità*, Cosenza, 2007, p. 11;

ZECH, *Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern – Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken* , in S. GLESS, K. SEELMANN (a cura di), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-baden, 2016, p. 191 ss.;

ZENO-ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realista)*, in *Dir. e innov.*, 2008, p. 7;
ZENO-ZENCOVICH, *Un diritto comparato dialogante*, in A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021, p. 379;
ZHAO, *Artificial intelligence and Corporate Decisions*, in *Cath. Un. L. Rev.*, 2022, 4, p. 683;
ZHAO, GÓMEZ FARINAS, *Artificial Intelligence and Sustainable Decisions*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2023, 24, p. 1 ss.;
ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, p. 49 ss.;
ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 86;
ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004;
ZORNOZA, LAUKYTE, *Robotica e diritto: riflessioni critiche sull'ultima iniziativa di regolamentazione in Europa*, in *Contr. e impr. /Eur.*, 2016, 2, p. 811.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Cass. civ., sez. I, 1 settembre 2023, n. 25631, in *Quot. giur.*;
Trib. Roma, 21 giugno 2023, in *giurisprudenzadelleimprese.it*;
Cass. civ., 13 marzo 2023, n. 7279 in *Judicium*;
Trib. Milano, 27 febbraio 2023, in *Riv. dir. soc.*, 2023, 3, p. 666 ss.;
Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 2023, n. 2172 consultabile su *Dejure*.;
Re City Build (London) Ltd (in liquidation) (2022) EWHC 364 (Ch);
BGH, 4 novembre 2022, BGHZ 152, 280, 283;
Trib. Napoli, 23 febbraio 2022, in Soc., 2023, 5, p. 581 ss.;
Cass. civ., 11 maggio 2022, n. 14876, in *IUS societario*, 2022, 2;
Cort. App. Torino, Sez. Impr., 4 marzo 2022;
Cass. civ., 15 settembre 2021, n. 20252, in *Dirittobancario.it*;
Trib. Palermo, 2 agosto 2021, n. 3255 consultabile su *Dejure*;
Trib. Milano, 8 gennaio 2021, su giurisprudenzadelleimprese.it;
Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, 6, p. 1373;
Trib. Milano, 11 maggio 2020, in *Soc.*, 2020, p. 1216 ss.;
Trib. Roma, 8 aprile 2020, in https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp, estratto dal n. 11, 2020;

Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 4 Marzo 2020, in *Giur.it.*, 2021, 7, p. 1677;

Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2975 in *ForoPlus*;

Trib. Roma, Sez. spec. Impr., 17 ottobre 2019, in *Riv. soc.*, 2020, 10, p. 1135;

Marchand v. Barnhill, 212 A.3d 805 (Del. 2019);

Cass. civ., 12 giugno 2019, n. 15822, consultabile su *DeJure*;

Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19742, su *DeJure*;

Cass. civ., 18 settembre 2017, n. 21566;

Cass. civ., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Soc.*, 2017, p. 218 ss.;

Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19193, in *Giur. comm.*, 2017, 5, p. 904 ss.;

Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17794, in *Soc.*, 2016, 7, p. 810 ss.;

Cass. civ., Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783, in *Riv. soc.*, 2015 p. 1317 ss.;

Cass. civ., 28 febbraio 2014, n. 4876;

Trib. Milano, Sez. Spec. Impr., 20 dicembre 2013, in *Riv. soc.*, 2014, 5, p. 560;

Trib. Prato, 25 settembre 2012, in *Riv. dott. comm.*, 2013, p. 952;

Cass. civ., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. Comm.*, 2013, 1, p. 19;

The Goldman Sachs Croup, lnc. Shareholder Litigation, 2011 WL 4826104, (CA 5215 De. Ch. 12 October 2011);

Cass. civ., 28 aprile 2010, n. 10215, in *Giur. comm.*;

In re Citigroup Inc. Shareholder Litig., 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009);

Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 1, p. 2829 ss.;

BGH, Beschluss vom 14.07. 2008 – ZR 202/07, ZIP, 2008;

Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro italiano*, 2009, p. 1960;

Trib. Milano, 23 aprile 2008, *in Soc.*, 2009, p. 78;

Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790;

Trib. Roma, 27 agosto 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 211-212;

Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708;

Cass. civ., 17 gennaio 2007, n. 1045, in *Foro it.*, 2007, p. 3156;

Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006);

Trib. Terni, 6 febbraio 2006, in *Giur. it*., 2007, 5, p. 1158;

Trib. Milano, 2 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 528;

Brandt v. Rokeby Realty Co., No. C.A. 97C-10-132-RFS, (Del.) 2004 WL 2050519;

Cass. civ. sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707;

Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Soc.*, 2004, p. 1517;

MCA Records Inc v. Charly Records Ltd [2003] 1 BCLC 93, CA;

Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp. (2002) UKHL 43;
Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, in *Riv. dir. civ*., 2002, 1, p. 707 ss.;
Brehm v. Eisner 746 A 2d 247 (Del. 2000);
Trib. Parma, 3 novembre 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 1, p. 220 ss.;
Cass. civ., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1396;
Winkworth v Edward Baron Development Co Ltd [1986] 1 WLR 1512; *Technic Eng'g Ltd. V. Basic Envirotech, Inc., 53 F Supp. 2d 1007 (1999)*;
Cass. civ., 3 luglio 1998, n. 6519;
Cass. civ., Sez. I, 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. comm.*, p. 1809;
ARAG/Garmenbeck, BGHZ 135, 1997, 244;
Cass. civ., sez. I, 17 settembre 1997, n. 9252;
In re Caremark International Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 589 (Del. Ch. 1996);
Cass. civ., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, 1, p. 1222;
Cede Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1994)
Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nomines Ltd (1991) 1 AC 187;
Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 190, 2, p. 129;
Dorchester Finance Co. v. Stebbing (1989) BCLC 498;
Louisiana World Exposition v. Federal Ins. Co., 864 F.2d 1147, 1150 (5th Cir. 1989);
Cass. civ., 21 novembre 1988, n. 6267, in *Mass. Giur. It.*, 1988;
Cass. civ., 7 luglio 1987, n. 5899, in *Mass. Foro it.*, 1987;
Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp., 547 A.2d 963 (Del. Ch. 1986);
Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984);
Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814 (N.J. 1981);
Cass. civ., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Giur. it.*, 1981, 1, p. 1158;
Weaver v. American Oil Co., 276 NE2d 144 (1971);
Shlensky v. Wrigley, 95 Ill. App. 2D 173, 237 N.E. 2d, p. 776 (1968);
Bisso v. Inland Waterways Corp., 349 U.S. 85 (1955);
Bodell v. General & Electric Corporation (Bodell II), 140 A. 264 (Del. 1927);
City Equitable Fire Insurance Co. Ltd v, Re, 1925, in *Ch 407* ss.;
Re Brazilian Rubber Plantations [1911] 1 *Ch* 425;
Crookshanks v. *Turner* (1723) VII Brown 255.