

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”**

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE

XX CICLO

TESI DI DOTTORATO

**GLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI ED IL DOVERE DI
GESTIONE INFORMATATA**

**Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Enrico Quadri**

**Candidato:
Dott. Giovanni Mollo**

Anno Accademico 2007/2008

GLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI ED IL DOVERE DI GESTIONE INFORMATATA

Indice

Capitolo I

IL RAPPORTO AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI – AMMINISTRATORI ESECUTIVI

- 1) *Le origini della delega ad amministrare:*
 - a) *la delega ad amministrare nel codice del 1865;*
 - b) *la delega ad amministrare nel codice del 1882;*
 - c) *la delega ad amministrare nei progetti preparatori al codice del 1942;*
 - d) *la delega ad amministrare dal progetto Asquini alla riforma del 2003;*
- 2) *La funzione della delega ad amministrare.*
- 3) *I possibili destinatari della delega e la titolarità del potere di delegare la gestione sociale.*
- 4) *La definizione di “amministratore esecutivo”.*
- 5) *Le diverse forme degli organi delegati e le regole di funzionamento degli stessi:*
 - a) *le diverse forme degli organi delegati;*
 - b) *le regole di funzionamento.*

- 6) *Il procedimento di nomina degli amministratori delegati:*
- a) *l'autorizzazione dei soci;*
 - b) *la delibera del consiglio di amministrazione;*
 - c) *l'accettazione della nomina da parte dell'amministratore designato.*
- 7) *I poteri non delegabili:*
- a) *le funzioni non delegabili esplicite;*
 - b) *le funzioni non delegabili implicite.*
- 8) *Contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega:*
- a) *il potere del consiglio di amministrazione di determinare contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega e i principi contenuti nella legge delega;*
 - b) *il contenuto;*
 - c) *i limiti;*
 - d) *le modalità;*
 - e) *le deleghe di fatto (cenni).*
- 9) *Il potere del consiglio di imporre direttive agli organi delegati e di avocare a sé operazioni rientranti nella delega:*
- a) *la competenza concorrente dell'organo delegato con l'organo delegante;*
 - b) *il potere di avocare operazioni rientranti nella delega;*
 - c) *il potere di impartire direttive.*

Capitolo II

L'AMMINISTRAZIONE INFORMATATA

- 1) *L'informazione quale strumento di corporate governance.*
- 2) *Il dovere di informare del presidente del consiglio di amministrazione:*
 - a) *dalla vecchia alla nuova disciplina;*
 - b) *la funzione;*
 - c) *il presidente del consiglio di amministrazione e l'amministratore delegato;*
 - d) *la derogabilità delle funzioni legislativamente attribuite al presidente.*
- 3) *Il contenuto dell'informazione dovuta dal presidente del consiglio di amministrazione e la sua attuazione:*
 - a) *natura del dovere di informare del presidente del consiglio di amministrazione e sue modalità di esecuzione;*
 - b) *la convocazione del consiglio di amministrazione;*
 - c) *l'ordine del giorno del consiglio di amministrazione;*
 - d) *il presidente quale coordinatore dei lavori del consiglio di amministrazione.*
- 4) *Il dovere di informare degli organi delegati:*
 - a) *i precedenti;*
 - b) *la funzione;*
 - c) *i soggetti passivi del dovere di informazione nel caso di pluralità di organi delegati ed il loro coordinamento;*

- d) *l'informazione intra-gruppo.*
- 5) *Il contenuto dell'informazione dovuta dagli organi delegati e la sua attuazione:*
- a) *L'oggetto e la qualità dell'informazione;*
 - b) *La tempistica e il luogo dell'informativa.*
- 6) *La nozione di amministratori "interessati":*
- a) *dagli amministratori "in conflitto di interessi" agli amministratori "interessati";*
 - b) *le peculiarità del dovere di informazione degli amministratori interessati;*
 - c) *i modelli teorici per la prevenzione del conflitto di interessi e la soluzione adottata dal legislatore riformista.*
- 7) *Il dovere di informazione degli amministratori interessati:*
- a) *la funzione;*
 - b) *l'estensione quantitativa e qualitativa dell'informativa degli amministratori interessati rispetto all'informazione degli amministratori in conflitto di interessi;*
 - c) *la nozione di interesse;*
 - d) *l'interesse per conto terzi;*
 - e) *la nozione di operazione.*
- 8) *Il contenuto dell'informazione dovuta dagli amministratori interessati e la sua attuazione:*
- a) *le quattro dimensioni dell'informazione dovuta dagli amministratori interessati;*
 - b) *la forma;*

- c) *il termine;*
 - d) *i destinatari dell'informativa degli amministratori interessati.*
- 9) *Gli obblighi informativi nella società quotata (art. 150 TUIF):*
- a) *le peculiarità dell'informativa ex art. 150 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria (Tuif);*
 - b) *la portata generale degli obblighi informativi ex art. 2381, c. 5, c.c..*

Capitolo III

I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI

- 1) *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato:*
 - a) *l'ambito di applicazione del dovere di agire informati;*
 - b) *il dovere di informarsi quale specificazione della prestazione dovuta dagli amministratori;*
 - c) *il contenuto dell'informazione degli amministratori non esecutivi.*
- 2) *Il potere di ciascun amministratore di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società:*
 - a) *la titolarità del potere;*
 - b) *il contenuto e gli strumenti dell'informazione;*
 - c) *l'informazione adeguata.*
- 3) *L'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile:*

- a) *l'adeguatezza quale clausola generale dell'organizzazione d'impresa;*
- b) *il "genere" adeguatezza;*
- c) *le specie.*
- 4) *La "valutazione" degli assetti adeguati.*
- 5) *Il potere degli amministratori non esecutivi di emanare direttive vincolanti in materia di assetto societario.*
- 6) *Il superamento del limite "delle informazioni ricevute";*
- 7) *L'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società.*
- 8) *La valutazione del generale andamento della gestione.*

Capitolo IV

LE RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI

- 1) *Diligenza e perizia nel sistema previgente:*
 - a) *Il dibattito sul valore da attribuire alla diligenza e l'esistenza o meno dell'obbligo di esseri periti;*
 - b) *le decisioni manifestamente imprudenti o irragionevoli.*
- 2) *La diligenza e la perizia nel sistema riformato:*
 - a) *le due dimensioni della diligenza riformata: la "natura dell'incarico" e le "specifiche competenze";*
 - b) *la perizia;*
 - c) *le decisioni manifestamente imprudenti o irragionevoli.*

- 3) *Il superamento dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione:*
 - a) *la "nuova" responsabilità degli amministratori deleganti;*
 - b) *la discussa sopravvivenza dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione.*
- 4) *La responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei loro doveri:*
 - a) *l'applicazione del principio di solidarietà nelle diverse articolazioni dell'organo amministrativo;*
 - b) *la diversa interpretazione degli obblighi degli amministratori ed il principio di solidarietà;*
- 5) *La responsabilità degli amministratori per non aver fatto quanto potevano per impedire il compimento o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli di cui sono a conoscenza:*
 - a) *la conoscenza dell'atto pregiudizievole;*
 - b) *il dovere di intervento.*
- 6) *Le ipotesi di esenzione da responsabilità:*
 - a) *l'esenzione da responsabilità degli amministratori per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo;*
 - b) *l'esenzione da responsabilità per le funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori (le deleghe di fatto);*

c) l'esenzione da responsabilità per gli amministratori dissenzienti e non colpevoli.

Capitolo I

IL RAPPORTO AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI – AMMINISTRATORI ESECUTIVI

1. Le origini della delega ad amministrare: a) *la delega ad amministrare nel codice del 1865*; b) *la delega ad amministrare nel codice del 1882*; c) *la delega ad amministrare nei progetti preparatori al codice del 1942*; d) *la delega ad amministrare dal progetto Asquini alla riforma del 2003*; 2. La funzione della delega ad amministrare. 3. I possibili destinatari della delega e la titolarità del potere di delegare la gestione sociale. 4. La definizione di “amministratore esecutivo”. 5. Le diverse forme degli organi delegati e le regole di funzionamento degli stessi: a) *le diverse forme degli organi delegati*; b) *le regole di funzionamento*. 6. Il procedimento di nomina degli amministratori delegati: a) *l'autorizzazione dei soci*; b) *la delibera del consiglio di amministrazione*; c) *l'accettazione della nomina da parte dell'amministratore designato*. 7. I poteri non delegabili: a) *le funzioni non delegabili esplicite*; b) *funzioni non delegabili implicite*. 8. Contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega: a) *il potere del consiglio di amministrazione di determinare contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega e i principi contenuti nella legge delega*; b) *il contenuto*; c) *i limiti*; d) *le modalità*; e) *le deleghe di fatto (cenni)*. 9. Il potere del consiglio di imporre direttive agli organi delegati e di avocare a sé operazioni rientranti nella delega: a) *la competenza concorrente dell'organo delegato con l'organo*

delegante; b) il potere di avocare operazioni rientranti nella delega; c) il potere di impartire direttive.

1. Le origini della delega ad amministrare.

a) La delega ad amministrare nel codice del 1865. – Le origini della figura dell'amministratore non delegato o non esecutivo vanno ricercate nella genesi dell'istituto della delega e nella progressiva differenziazione del ruolo e delle responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione, non destinatari di specifici poteri, rispetto ai componenti dotati di attribuzioni delegate.

Il legislatore del Codice del 1865 consentiva¹ agli amministratori la possibilità di nominare delegati e costituire procuratori per affari speciali (art. 183, c. 3., cod. comm. 1865) e, allo stesso tempo, vietava agli stessi amministratori di cedere o delegare ad altri l'amministrazione senza il consenso della società (art. 138, cod. comm. 1865). “In pratica, le società furono larghe nel concedere tali ‘consensi’, con particolare riferimento alla ‘gestione materiale’ dell’impresa, cioè alla direzione dell’attività esecutiva. Ed è appunto da tale prassi che nasce la figura del direttore generale”².

L’istituto della delega deriva, probabilmente, dall’antica e diffusa prassi secondo cui “alla spedizione degli affari quotidiani [era] preposto generalmente un direttore³, scelto fuori dal consiglio di amministrazione. Mentre questo si raduna[va] ad intervalli, quello si dedica[va] per intero, quotidianamente, al servizio della società facendone per solito la professione della sua vita. Egli [doveva] considerarsi come l’organo esecutivo del consiglio da cui dipende[va], e come tale [era] per lo

¹ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976, 10; A. BORGIOI, *L’amministrazione delegata*, Nardini, Firenze, 1982, 57.

² P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975, 80.

³ C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 359, la descrizione della figura del direttore fatta dall’autore è successiva all’introduzione del Codice di commercio del 1882 ma risulta utile per la descrizione del ruolo da esso svolto.

più autorizzato a concludere gli affari ordinari [...]”⁴. Sebbene, in molti casi, tale direttore diventava il vero padrone⁵ della società, egli restava pur sempre un impiegato e, come tale, subordinato nell’adempimento del proprio mandato all’autorità ed alla sorveglianza del consiglio, obbligato ad eseguire gli ordini di quest’ultimo. Successivamente, il compito di eseguire le delibere consiliari venne attribuito ad un amministratore piuttosto che ad un direttore. La qualifica di amministratore del delegato costituì il presupposto essenziale per l’evoluzione del delegato da mero esecutore delle delibere consiliari in organo direttivo⁶.

b) *La delega ad amministrare nel codice del 1882.*- L’ampio utilizzo del sistema della delega, già dunque previsto dal Codice del 1865, “con particolare riferimento alla gestione materiale dell’impresa, cioè alla direzione dell’attività esecutiva”⁷, che determinò, come sopra detto, la figura del direttore generale, “i cui poteri non potevano certo dirsi inferiori a quelli di un qualsiasi amministratore senza che ne condividesse il severo statuto soggettivo”⁸, rese centrale il tema della responsabilità degli amministratori deleganti. Tale argomento fu oggetto di ampia attenzione fin dai primi lavori di modifica alla disciplina delle società anonime, dando luogo ad un ampio dibattito⁹.

⁴ A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. BOLAFFIO e C. VIVANTE, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1909, 287, la figura del direttore fu disciplinata solo con il Codice del commercio del 1882. Il Codice del 1865 in proposito, all’art. 138, prevedeva che gli amministratori potevano cedere o delegare ad altri l’amministrazione solo con il consenso della società, ma potevano scegliere delegati e costituire procuratori per affari speciali. Secondo l’art. 148 del Codice del Commercio del 1882 “se per patto sociale o per deliberazione dell’assemblea generale la parte esecutiva delle operazioni sociali sia attribuita ad un direttore estraneo al consiglio di amministrazione, il direttore è responsabile verso i soci e verso i terzi, al pari degli amministratori, per l’adempimento dei suoi doveri secondo le disposizioni dell’articolo precedente, nonostante qualunque patto contrario, e sebbene egli sia sottoposto all’autorità ed alla sorveglianza degli amministratori stessi”. Tale disposizione è frutto delle discussioni al Senato del 1875 e, in particolare, deriva dalla proposta del senatore Cabella poi modificata dal senatore Mancini.

⁵ C. VIVANTE, (nt. 3), 360.

⁶ O. CAGNASSO, (nt. 1), 10; A. BORGIOI, *L’amministrazione delegata*, (nt. 1), 57.

⁷ P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa nelle società per azioni*, (nt. 2), 80.

⁸ P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa nelle società per azioni*, (nt. 2), 81.

⁹ Cfr. sul punto A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, (nt. 4), 255.

In realtà, già nel progetto Lanza¹⁰ del 1858 si poneva particolare attenzione all'irresponsabilità degli amministratori, agli abusi di questi ultimi e alle conseguenze dannose che ne derivavano a carico della società. La responsabilità degli amministratori non deleganti si riteneva insita nei principi del diritto ma non espressamente sancita e, pertanto, risultava vana ed illusoria. In tale progetto, pertanto, si ritenne necessario stabilire esplicitamente che gli amministratori fossero solidalmente responsabili per l'adempimento delle loro obbligazioni.

L'ufficio incaricato di analizzare i progetti di riforma delle società anonime, però, non accettò l'introduzione della responsabilità solidale ritenendo che ogni amministratore dovesse rispondere solo degli atti ai quali avesse effettivamente partecipato. Tale conclusione era stata indotta dalla considerazione, ancora oggi di grande attualità¹¹, che, dato il modo sommario con il quale venivano svolti gli affari sociali, difficilmente il singolo amministratore avrebbe potuto far rilevare il proprio dissenso e, di conseguenza, l'introduzione della solidarietà avrebbe potuto provocare "l'effetto morale di allontanare i migliori amministratori dall'accettare alcuna funzione nell'amministrazione della società¹²".

Il legislatore del 1882, recependo tale dibattito, dedicò ampio spazio al profilo della responsabilità degli amministratori, differenziando le responsabilità in rapporto al ruolo da essi effettivamente svolto nell'amministrazione¹³, e limitò la

¹⁰ PROGETTO LANZA, in A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, (nt. 4), 254.

¹¹ Cfr. Relazione allo Schema di d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, "La eliminazione dal precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza". Cfr. sul punto F. CENTOZONE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza deleghe nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. Soc.*, 2007, 731.

¹² A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, (nt. 4), 254.

¹³ O. CAGNASSO, (nt. 1), 10.

disciplina della nomina ad un semplice inciso¹⁴. All'art. 147, sancì dunque la responsabilità solidale degli amministratori verso i soci e verso i terzi, oltre che per l'adempimento di specifici obblighi in esso elencati, per l'esatta osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto, ad eccezione dei casi in cui tali doveri fossero "propri esclusivamente di un ufficio determinato e personale"¹⁵. Tale semplice riferimento alla possibile esistenza di "uffici determinati e personali" consentì agli interpreti l'applicazione dell'istituto della delega¹⁶ e, contemporaneamente, riconobbe il diverso ruolo svolto dagli amministratori non delegati a cui corrispondeva un diverso grado di responsabilità nella gestione sociale.

La disciplina della delega, così configurata, era palesemente scarna ed i problemi che si presentavano per la sua applicazione erano notevoli. In particolare, non esisteva certezza né in merito alle materie delegabili né in merito agli effetti della delega. L'orientamento prevalente, riteneva, però, che lo statuto avrebbe dovuto contenere l'autorizzazione alla delega e che, in ogni caso, gli amministratori anche in presenza di delega erano solidalmente responsabili per *culpa in eligendo* e *in vigilando*¹⁷.

La disciplina del Codice del 1882 risultava inadeguata a fronte della richiesta di "dinamicità e concentrazione del potere gestorio"¹⁸ indotta dal rapido sviluppo

¹⁴ Art 147, Codice commercio 1882, "Gli amministratori sono solidariamente responsabili verso i soci e verso i terzi: 1° Della verità dei versamenti fatti dai soci; 2° Della reale esistenza dei dividendi pagati; 3° Della esistenza dei libri voluti dalla legge e della loro regolare tenuta; 4° Dell'esatto adempimento delle deliberazioni delle assemblee generali; 5° E in generale dell'esatta osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto e che non siano propri esclusivamente di un ufficio determinato e personale".

¹⁵ Per la specificazione dei doveri imposti genericamente agli amministratori cfr. A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da L. BOLAFFIO, A. ROCCO, C. VIVANTE, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1938, IV, 336.

¹⁶ G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Foro Italiano, Roma, 1938, 184; A. BORGIOI, (nt. 1), 1982, 58.

¹⁷ O. CAGNASSO, (nt. 1), 13; A. BORGIOI, (nt. 1), 1982, 58.

¹⁸ A. BORGIOI, (nt. 1), 1982, 58.

della grande impresa nel periodo compreso tra l'emanazione dello stesso codice e la fine della seconda guerra mondiale.

La prassi delle deleghe amministrative risultava, quindi, sempre più diffusa¹⁹ con un rafforzamento del potere del consiglio di amministrazione rispetto all'assemblea²⁰ ed una concentrazione del potere, nell'ambito del consiglio, in capo agli organi delegati²¹.

c) *La delega ad amministrare nei progetti preparatori al codice del 1942.* –

Risulta evidente, quindi, il grande rilievo riservato all'istituto in esame nei progetti di riforma che precedettero l'emanazione del codice del 1942.

Il progetto Vivante (1921) conteneva una rigorosa disciplina degli organi delegati. Secondo tale progetto il consiglio di amministrazione poteva delegare i suoi poteri ad un comitato esecutivo (art. 193), si prevedevano direttori estranei o appartenenti al consiglio (art. 197, c. 3.) e, ancora, amministratori delegati (art.

¹⁹ E. SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934, 656, “Così troviamo ora consigli di amministrazione con cariche e funzioni ben individuabili in ciascun amministratore; più spesso o insieme a questo sistema troviamo uno o più amministratori incaricati dell'esecuzione degli affari; e saranno talora il presidente stesso del consiglio e più spesso uno o più amministratori delegati; come troviamo ancora il costituirsi dei comitati esecutivi o direttivi nel seno del consiglio”; O. CAGNASSO, (nt. 1), 14.

²⁰ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, Torino, 1974, “Se dunque si vuol concludere al riguardo della distribuzione delle competenze fra assemblea ed organo amministrativo, si può concludere che nel ventennio fra le due guerre si era ormai consolidato un preciso orientamento volto a favorire, già nell'ambito delle legislazione vigente, un rafforzamento cospicuo del consiglio di amministrazione; e che tale convincimento trovava consenzienti tanto la dottrina, tranne qualche voce più cauta sulla esatta misura delle sue attribuzioni, quanto la giurisprudenza”; O. CAGNASSO, (nt. 1), 14.

²¹ G. FRÈ, (nt. 16), 184, l'autore descrive lo schema più semplice dell'organizzazione di una società anonima, dove l'assemblea è l'organo competente a “formare” la volontà sociale, il consiglio di amministrazione, quale organo esecutivo, è competente a “dichiarare” la stessa volontà e, infine, vi è un amministratore che ha il ruolo di “trasmettere” all'esterno la volontà sociale. Lo schema così descritto, secondo lo stesso Frè, è uno schema che è fuori dalla realtà poiché una tale forma di organizzazione sociale non è compatibile con le esigenze una “proficua attività mercantile”. “Ed appunto per questo gli statuti tendono ad ampliare l'ambito dei poteri del consiglio di amministrazione consentendo per giunta al consiglio stesso di delegare in tutto o in parte i propri poteri ad uno dei suoi membri, a cui statutariamente viene attribuita la firma sociale”. Si giunge, così, secondo l'autore all'estremo opposto della parabola evolutiva consentita dal sistema legislativo allora vigente. L'assemblea si riserva solo il potere che per legge non sono rinunciabile, ed il consiglio di amministrazione conferisce tutti i suoi poteri ad uno dei suoi membri. Tra questi due estremi “la pratica ha adottato, a seconda delle esigenze dei singoli casi, soluzioni intermedie [...]”; O. CAGNASSO, (nt. 1), 15.

200)²². Il progetto Vivante poneva, inoltre, particolare attenzione alla responsabilità degli amministratori verso la società²³ stabilendo che “gli amministratori sono responsabili per gli atti compiuti dal direttore estraneo o appartenente al consiglio e di ogni altro organo esecutivo, nei limiti dei poteri a questi organi attribuiti, a meno che provino che non potevano prevenire o scoprire gli atti medesimi” (art. 197, c. 3). Si ribaltava, così, l’impostazione contenuta nel Codice di Commercio del 1882 all’art. 147, c. 5, che escludeva la responsabilità solidale degli amministratori nel caso di uffici determinati e personali²⁴. Nella relazione al progetto Vivante, stante la premessa che l’art. 147, c. 5, del Codice di commercio costituiva una “comoda scappatoia ed un ingiusto privilegio”, si affermava che “occorreva combattere il malvezzo che l’ufficio di amministratore sia considerato come una comoda e lucrosa sinecura se si vuol restituire la pubblica fiducia all’istituto delle società commerciali. Gli amministratori devono essere pochi e capaci, onde sotto il continuo assillo della personale responsabilità vogliano e possano seguire da vicino l’andamento degli affari”²⁵.

Il progetto d’Amelio (1925), invece, sebbene fosse molto meno rigido rispetto al progetto Vivante nei confronti degli organi delegati, disciplinava in modo esplicito l’istituto della delega attribuendo al consiglio di amministrazione il potere di nominare uno o più amministratori delegati - determinandone i limiti dei loro poteri e la retribuzione -, ed uno o più comitati esecutivi²⁶. In tema di responsabilità, poi, la società per promuovere l’azione di responsabilità nei confronti

²² O. CAGNASSO, (nt. 1), 16; A. BORGIOLO, (nt. 1), 58; per un’analisi del rapporto assemblea – consiglio di amministrazione cfr. R. WEIGMANN, (nt. 20), 35.

²³ O. CAGNASSO, (nt. 1), 17; A. BORGIOLO, (nt. 1), 59.

²⁴ O. CAGNASSO, (nt. 1), 17, nota 16.

²⁵ Relazione al progetto Vivante, 265; O. CAGNASSO, (nt. 1), 17, nota 16.

²⁶ PROGETTO D’AMELIO, art. 186; A. BORGIOLO, (nt. 1), 59; O. CAGNASSO, (nt. 1), 18.

dell'amministratore avrebbe dovuto dimostrare "che il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica"²⁷.

I progetti ora illustrati affrontarono il problema delle delega in modo approfondito, anche rispetto all'allora vigente normativa, e contribuirono ad alimentare il dibattito dottrinale in materia fino alla redazione del progetto Asquini che, sostanzialmente, delineò l'istituto così come disciplinato dal legislatore del 1942²⁸.

I principali indirizzi immediatamente precedenti l'emanazione del codice del 1942 furono sostanzialmente tre²⁹.

Il primo di essi si basava sul principio per cui "se la legge consente alla società di nominare uno o più amministratori, non c'è ragione di dubitare della liceità di una clausola statutaria che prevede la delega da parte del consiglio di tutti i propri poteri ad uno dei suoi membri"³⁰. Seguendo la prassi societaria, tale dottrina tendeva al rafforzamento dei poteri degli organi delegati rispetto all'organo collegiale, consentendo la delega da parte del consiglio di amministrazione di tutti i poteri ad un solo amministratore. "Con una formula comprensiva può dunque ritenersi che, in seguito alla delega di tutti i poteri, il consiglio non abbia più ingerenza nella gestione dell'azienda sociale, né responsabilità per i risultati di essa, ma abbia, ciò nonostante, il dovere di esercitare quel minimo di attività indispensabile per accertare che siano adempiuti gli obblighi e rispettati i divieti espressamente posti dalla legge a tutela della società e dei terzi in ordine alla reale esistenza ed alla integrità del capitale sociale"³¹. I componenti del consiglio di amministrazione non destinatari di attribuzioni delegate non potevano essere più

²⁷ PROGETTO D'AMELIO, art. 129, c. 2; A. BORGIOI, (nt. 1), 59; O. CAGNASSO, (nt. 1), 19, in particolare nota 19.

²⁸ O. CAGNASSO, (nt. 1), 20; A. BORGIOI, (nt. 1), 59.

²⁹ O. CAGNASSO, (nt. 1), 20; A. BORGIOI, (nt. 1), 59.

³⁰ G. FRÈ, (nt. 16), 189.

³¹ G. FRÈ, (nt. 16), 192.

considerati solidalmente responsabili con gli amministratori delegati se non nei confini dei limitati doveri di controllo sopra accennati³².

Altri interpreti³³, invece, sostenevano un'attenuazione del potere degli organi delegati a cui corrispondeva un incremento del potere e delle responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione. Gran parte delle competenze del consiglio di amministrazione erano considerate, secondo tale dottrina, indelegabili³⁴, e gli amministratori erano pur sempre responsabili per “quella generica sorveglianza dell'azienda che non può essere eliminata, anche se si moltiplicano gli uffici o le singole attribuzioni conferite ad altri”³⁵.

Precorrendo i tempi, inoltre, vi era chi riteneva necessaria l'introduzione nell'ordinamento italiano del modello di amministrazione dualistico di derivazione tedesca argomentando che “sotto la pressione di una evidente necessità, dagli statuti, dai regolamenti, dalla esperienza è sorta la pratica di un comitato esecutivo che governa senza intermittenze l'azienda sociale. Questa pratica non potrebbe avere un titolo più incalzante, per entrare definitivamente nella legge, della sua costruzione spontanea”³⁶.

³² G. FRÈ, (nt. 16), 192, “Deriva da ciò che, [...], si riduce corrispondentemente la responsabilità degli amministratori, e che in questa ipotesi non si può parlare genericamente di una permanente responsabilità solidale di tutti gli amministratori senza precisare come questa si limiti agli adempimenti sopra indicati”. O. CAGNASSO, (nt. 1), 20; A. BORGIOLI, (nt. 1), 60.

³³ A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, (nt. 15), 285; G. MARCORÀ, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, Milano, 1931, 11; E. SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, (nt. 19), 691; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, I, Roma, 1936, 313, V. SALANDRA, *Società commerciali*, in *Nuovo Dig. It.*, XII, 1, Torino, 1940, 500. Cfr. sul punto O. CAGNASSO, (nt. 1), 21; A. BORGIOLI, (nt. 1), 60.

³⁴ A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, (nt. 15), 285; G. MARCORÀ, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, (nt. 33), 11; E. SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, (nt. 19), 691; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, (nt. 33), 313, V. SALANDRA, *Società commerciali*, (nt. 33), 500.

³⁵ A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, (nt. 15), 338, conforme G. MARCORÀ, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, (nt. 33), 11; V. SALANDRA, *Società commerciali*, (nt. 33), 501.

³⁶ C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, (nt. 3), 309.

d) *La delega ad amministrare dal progetto Asquini alla riforma del 2003*. - Il progetto Asquini (1940), alla luce di tutti gli orientamenti sopra riportati, delineò, come detto, quello che poi sarebbe stato l'istituto della delega nel codice del 1942³⁷. Secondo tale progetto “il consiglio di amministrazione può delegare ad un comitato esecutivo, o ad uno o più dei suoi membri, le proprie attribuzioni, determinandone i limiti; il consiglio di amministrazione non può delegare le proprie attribuzioni indicate negli articoli 276 (redazione del bilancio) e 299 (riduzione del capitale sociale per perdite)”³⁸. In tal modo, si legge nella relazione ai Lavori Preparatori, si risolveva il problema dei poteri che il consiglio poteva delegare evitando, però, l'ipotesi estrema secondo cui il consiglio avrebbe potuto delegare tutti i poteri consentendo, altresì, “che nell'ampio ambito dei poteri delegabili si delinei sempre meglio quella figura dell'amministratore delegato che è nella realtà il vero capo dell'impresa sociale”³⁹. In merito alla responsabilità degli amministratori non esecutivi si stabiliva, invece, che essi erano solidalmente responsabili per non aver vigilato sul generale andamento della gestione e per non aver fatto quanto potevano per eliminare o attenuare le conseguenze dannose derivanti da fatti lesivi dei quali erano a conoscenza⁴⁰.

La disciplina così introdotta nell'ordinamento ha presentato, però, molteplici problemi applicativi. Tra essi, particolare attenzione è stata posta all'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione che ha trasformato “la responsabilità dell'amministratore in una sorta di responsabilità oggettiva la cui violazione,

³⁷ L'art. 2381 e 2392 sono identici agli artt 317 e 329 del Progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro che, a loro volta, corrispondono agli artt. 236 e 248 del Progetto Asquini. Sul punto cfr. O. CAGNASSO, (nt. 1), 25, nota 30.

³⁸ PROGETTO ASQUINI, art. 276.

³⁹ *Lavori Preparatori del Codice Civile, Relazione*, Roma, 1942, 76.

⁴⁰ PROGETTO ASQUINI, art. 248, “gli amministratori debbono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto con la diligenza prescritta per il mandato, tenuto conto dell'organizzazione della società, e sono solidalmente responsabili dell'inosservanza di tali doveri, a meno che non si tratti di doveri propri esclusivamente di uno o più amministratori o del direttore generale; i membri del consiglio di amministrazione sono solidalmente responsabili anche in questo caso, se non hanno esercitato la vigilanza sul generale andamento e, se essendo a conoscenza di atti lesivi, non hanno fatto quanto potevano per eliminare o attenuare le conseguenze dannose”.

presunta o reale che fosse, è stata all'origine della quasi totalità delle cause di responsabilità civile promosse dalle società nei confronti degli amministratori ed è stata, assai di frequente, 'usata' dai pubblici ministeri che hanno promosso azione penale nei confronti degli amministratori per i reati previsti nel codice civile a carico degli amministratori anche per fondare la responsabilità penale degli stessi"⁴¹.

Il legislatore del 2003, sensibile a tale situazione, ha, da un lato, eliminato l'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, modificando l'art. 2392, c. 2°, e, dall'altro, ha legislativamente riconosciuto, con le modifiche apportate all'art. 2381, il differente ruolo svolto nella gestione della società da parte dell'amministratore non delegato rispetto all'amministratore delegato⁴². L'articolo 2381, infatti, in luogo del generico obbligo di vigilanza previsto dal vecchio art. 2392, introduce specifici obblighi a carico degli amministratori non delegati a cui corrispondono altrettante responsabilità e, allo stesso modo stabilisce specifici obblighi e relative responsabilità per gli amministratori delegati.

⁴¹ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. Comm.* 2003, I, 405; cfr. nello stesso senso M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, Cacucci, Bari, 2007, 51; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2006, I, 851; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 356. Sulle cause che hanno spinto alla modifica dell'art. 2392 cfr. F. CENTOZONE, (nt. 11), 722. Cfr. sul punto C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Jovene, Napoli, 1992, 153; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Società*, 2004, 1325, "Nell'ordinamento precedente, l'art. 2392 aveva scarnamente disciplinato il predetto interesse dei soci in relazione al predetto modello di amministrazione collegiale, disponendo solo che gli amministratori non operativi dovevano vigilare sul generale andamento della gestione; formula precettiva questa ambigua e suscettibile di interpretazioni anche opposta tra di loro. Nella prassi corrente, la formula veniva interpretata anche nel senso che il consiglio dei deleganti attendeva alla fine di ogni esercizio un resoconto dei delegati sul quale esprimeva le proprie valutazioni, rinunciando in tal modo sostanzialmente a quella funzione di indirizzo, che la legge e i soci, invece, all'intero consiglio attribuivano. Nemmeno le rigorose prese di posizione della giurisprudenza, in tema di coinvolgimento dei componenti non operativi della responsabilità verso la società iscritta agli organi delegati servì a correggere l'inveterata abitudine dei consigli di amministrazione di spogliarsi delle proprie competenze. Non servì, nemmeno, ad ammonire i soci perché intervenissero, come certamente potevano, per correggere la suddetta abitudine prescrivendo, con lo statuto, comportamenti più adatti alla realizzazione dei loro intenti e, soprattutto, tali da imporre un assiduo collegamento funzionale fra consiglio e delegati, al fine di assicurare sostanzialmente al consiglio una informazione costante sull'andamento della gestione e la possibilità di interventi o correttivi".

⁴² Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 159, "poiché soltanto l'amministratore delegato è a capo della struttura, lavora a *full time*, è correlativamente retribuito, ed è in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali". M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 52, Diversamente Desario ritiene che le modifiche legislative del 2003 non hanno eliminato il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione ma hanno semplicemente specificato le modalità attraverso le quali tale dovere deve essere adempiuto.

2. *La funzione della delega ad amministrare.*- Sin dalle origini di tale istituto, obiettivo del legislatore e della dottrina è stato, da un lato, la ricerca di un punto di equilibrio⁴³ tra l'esigenza di garantire la partecipazione al consiglio di amministrazione di soggetti che, sebbene non disposti ad assumersi un impegno a tempo pieno, fossero in grado di contribuire con la loro elevata competenza ed esperienza alla gestione della società e, dall'altro, la necessità di evitare che i consiglieri assumessero l'incarico, già si scriveva oltre un secolo addietro, unicamente "per speculare in borsa sul rialzo e sul ribasso delle azioni, per profittare degli affari sociali a vantaggio dei propri; [...] per la vanità di figurarvi accanto a banchieri e a uomini politici influenti; [per farne un] vero mestiere sedendo nei consigli di parecchie società dove accumulano senza fatica medaglie di presenza e partecipazioni agli utili"⁴⁴.

La funzione principale dell'istituto della delega può essere individuata nella razionalizzazione dell'esercizio del potere amministrativo e nella concentrazione dello stesso potere, con la conseguente attribuzione della effettiva gestione dell'impresa agli organi delegati⁴⁵. Razionalizzare il potere amministrativo significa renderlo adeguato, in termini di prontezza e flessibilità, rispetto alle molteplici situazioni che gli amministratori devono affrontare⁴⁶.

⁴³ P. ABBADESSA, *Profili topici della nova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, *Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, II, 2006, 501.

⁴⁴ C. VIVANTE, *Le società commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1906, II, 358; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.* (nt. 41), 1325, "Nella prassi, però, l'istituto è stato in passato spesso utilizzato per deresponsabilizzare il consiglio e trasferire sui delegati tutta intera la responsabilità per le scelte gestionali e per la loro attuazione, trascurando l'interesse dei soci".

⁴⁵ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, *Giuffrè*, 1952, 5, "E' noto come il sistema delle deleghe di potere amministrativo sia stato da tempo introdotto dalla prassi statutaria sotto lo stimolo di insopprimibili esigenze di funzionalità e di efficienza amministrativa, sulle quali esigenze non occorre che anche da parte nostra ci si soffermi, essendo sufficiente rilevare ancora una volta come tale sistema costituisca da tempo una naturale conseguenza dello sviluppo dimensionale delle imprese sociali, la cui organizzazione, man mano che diviene più complessa, richiede inevitabilmente una maggiore articolazione dell'organo amministrativo, una più adeguata distribuzione di compiti ed una più precisa individuazione di poteri e responsabilità"; O. CAGNASSO, (nt. 1), 30; A. BORGIOI, (nt. 1), 63.

⁴⁶ A. BORGIOI, (nt. 1), 63.

L'istituto della delega consente di sfruttare gli aspetti positivi dell'amministrazione collegiale e dell'amministrazione unipersonale⁴⁷.

I principali vantaggi dell'amministrazione collegiale consistono, infatti, nella possibilità, da un lato, di sfruttare le competenze e le specializzazioni tecnico-professionali dei diversi membri dell'organo collegiale⁴⁸ e, dall'altro, "di garantire una formazione più ponderata della decisione"⁴⁹. La struttura collegiale, però, a fronte dei vantaggi ora accennati, presenta dei costi in quanto risulta più macchinosa e meno flessibile rispetto all'amministrazione unipersonale⁵⁰.

Il legislatore, di fronte all'impossibilità di conciliare i vantaggi dei diversi sistemi di amministrazione, ha riconosciuto nell'autonomia statutaria lo strumento che consente di scegliere il sistema di amministrazione che, nel caso concreto, presenta i maggiori benefici per la società⁵¹. Nel caso in cui si intenda privilegiare la flessibilità e la prontezza, l'amministrazione sarà affidata ad un unico soggetto; nel caso in cui, invece, risulti necessario utilizzare le competenze specialistiche che non sono cumulabili in un'unica persona, o si ritenga utile assumere delle decisioni ponderate l'amministrazione, essa sarà affidata ad un organo collegiale. Il maggior costo dell'amministrazione collegiale potrà, però, essere attenuato dalla possibilità di attribuire parte dei poteri ad uno o più amministratori oppure ad un comitato esecutivo.

Risulta, quindi, "evidente come la principale funzione pratico-economica della delega dei poteri consista nel concentrare nelle mani di uno solo o di pochi un certo insieme di attribuzioni che, altrimenti, verrebbero esercitate dal consiglio di

⁴⁷ A. BORGIOLO, (nt. 1), 63; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, (nt. 41), "La delegazione delle funzioni proprie del consiglio di amministrazione è un istituto classico del nostro ordinamento, e non solo di esso, elaborato allo scopo di conciliare l'interesse dei soci ad una direzione collegiale della gestione dell'impresa con quello dell'efficienza e duttilità della direzione stessa".

⁴⁸ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 93; A. BORGIOLO, (nt. 1), 63.

⁴⁹ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni*, (nt. 2), 103; A. BORGIOLO, (nt. 1), 62.

⁵⁰ A. BORGIOLO, (nt. 1), 62.

⁵¹ A. BORGIOLO, (nt. 1), 62.

amministrazione, unitariamente considerato. Al tempo stesso, il consiglio non viene spogliato dei suoi poteri, per cui può intervenire tutte le volte che lo reputi necessario”⁵².

La presenza di organi delegati, però, può incidere sulla unitarietà della gestione aziendale. Le recenti modifiche legislative sembrano cercare un nuovo equilibrio, in presenza di organi delegati, tra l’efficienza, la duttilità dell’azione amministrativa e la sua coerenza ed unitarietà, tramite la creazione di un sistema basato sulla distinzione tra poteri esecutivi e poteri organizzativi⁵³. Il sistema, infatti, da un lato consente un decentramento dei poteri esecutivi – *i.e.* degli atti necessari per il raggiungimento dell’oggetto sociale - e, dall’altro, determina una concentrazione del potere organizzativo in capo al consiglio di amministrazione – *i.e.* dei poteri relativi all’organizzazione della società⁵⁴ -.

Risulta evidente che per il corretto funzionamento dell’attuale sistema delle deleghe amministrative, ed anche al fine dell’individuazione delle rispettive responsabilità dei soggetti coinvolti nell’amministrazione dell’impresa, un ruolo fondamentale, come dettagliatamente si vedrà in seguito, è attribuito all’informazione. “E’ anzi proprio in tale dimensione informativa che deve rinvenirsi il punto di equilibrio complessivo della nuova disciplina dell’amministrazione, così come [...] è proprio in questi termini, informativi, che si caratterizza attualmente la disciplina del controllo”⁵⁵.

⁵² A. BORGIOLO, (nt. 1), 63.

⁵³ G. FERRI JR, *L’amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 636.

⁵⁴ G. FERRI JR, *L’amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 637.

⁵⁵ G. FERRI JR, *L’amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 638.

3. *I possibili destinatari della delega e la titolarità del potere di delegare la gestione sociale.* - L'art. 2381, c. 2°, con una formula molto vicina al precedente⁵⁶ art. 2381, 1° c., stabilisce che il consiglio di amministrazione, se lo statuto o l'assemblea lo consentono, può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. Conformemente ai principi⁵⁷ contenuti nella legge delega al Governo per la riforma del diritto societario, il legislatore non ha previsto una struttura rigida dell'organo di amministrazione delle s.p.a., ma ha lasciato ampio spazio all'autonomia statutaria al fine di raggiungere il miglior equilibrio tra efficienza e duttilità dell'azione amministrativa in relazione alle concrete esigenze della singola società⁵⁸.

La delega può essere concessa solo a membri dell'organo amministrativo perché se venisse concessa a terzi si determinerebbe “un'inammissibile abdicazione ai poteri gestori, in favore di chi non è stato designato allo svolgimento del compito dall'assemblea”,⁵⁹

La nomina degli organi delegati viene fatta dal consiglio di amministrazione della società, previa autorizzazione dei soci. Il potere di nomina spetta, quindi, al consiglio di amministrazione e non all'assemblea dei soci. Le ragioni di tale scelta

⁵⁶ Art. 2381, 1° c., *ante* riforma “Il consiglio di amministrazione, se l'atto costituito o l'assemblea lo consentono, può delegare le proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto di alcuni dei suoi membri, o ad uno o a più dei suoi membri, determinando i limiti della delega. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli artt. 2423, 2443, 2446 e 2447 (c. 2487²)”.

⁵⁷ Legge 3 ottobre 2001, n.° 366, art. 4⁸ lett. a), “attribuire all'autonomia statutaria un adeguato spazio con riferimento all'articolazione interna dell'organo amministrativo, al suo funzionamento, alla circolazione delle informazioni tra i suoi componenti e gli organi e soggetti deputati al controllo; precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi”.

⁵⁸ Sul punto cfr. P. MORANDI, *sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova, 2005, I, 670.

⁵⁹ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 28; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 670.

sono molteplici⁶⁰. La delega costituisce, innanzitutto, un importante atto di gestione che la legge riserva in via esclusiva agli amministratori; essa comporta una responsabilità del delegante per la scelta del delegato; la presenza di un amministratore delegato inadatto può determinare un aggravamento della responsabilità del consiglio di amministrazione, per cui risulta corretto che sia lo stesso consiglio a scegliere il destinatario della delega e a determinarne i relativi poteri⁶¹. Nel caso in cui, poi, la delega fosse disposta dall'assemblea, venendo meno la possibilità di revoca da parte del consiglio, si determinerebbe una incrinazione del potere di sovraordinazione del consiglio rispetto all'organo delegato⁶².

Il potere, poi, che normalmente viene esercitato dal socio di controllo sul consiglio per la scelta degli organi delegati, non incide sulla titolarità del potere di nomina che spetta esclusivamente al consiglio⁶³.

4) *La definizione di “amministratore esecutivo”*. - La specificazione legislativa dell'esistenza, nell'ambito dell'organo di amministrazione della società, in presenza di delega, di ruoli differenziati a cui corrispondono differenti responsabilità, determina il definitivo riconoscimento di due diverse categorie di amministratori: gli amministratori non esecutivi e gli amministratori esecutivi. L'appellativo di esecutivi e non esecutivi non è ascrivibile, in realtà, al legislatore italiano che definisce con tale aggettivo solo il comitato di amministratori destinatario, ai sensi dell'art. 2381, c. 2, c.c., delle attribuzioni proprie del consiglio di amministrazione. La qualificazione delle due diverse categorie di amministratori come esecutivi e non esecutivi è, infatti, di origine inglese (mentre negli Stati Uniti

⁶⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma* (nt. 42), 42; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, (nt. 41), 1326, “la nomina o la revoca dei delegati è riservata al consiglio, in quanto espressione dell'esercizio di una sua facoltà”.

⁶¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma*, (nt. 42), 42.

⁶² F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma*, (nt. 42), 42.

⁶³ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma*, (nt. 42), 42.

le due diverse categorie di amministratori vengono individuate come amministratori interni ed esterni⁶⁴), trova conferma negli indirizzi della Commissione europea e viene ripresa dal Codice di Autodisciplina redatto dal Comitato per la Corporate Governance⁶⁵ di Borsa italiana s.p.a.. La dottrina inglese chiarisce l'origine della distinzione in esame⁶⁶ formulandone una definizione. "While the Companies Act does not categorise directors into executive and non-executive directors, modern corporate practise, particularly in the lighth of recent corporate governance proposal and self-regulatory reforms, recognises the division between the two types [...]. Executive directors are generally full-time officers of the company who carry out the management of the company's business. The articles typically give extensive management powers to them and they will usually have separate service contracts with the company. The articles will also usually provide for the appointment of managing director, often referred to as chief executive, who has overall responsibility for the running of the company. Non-executive directors are normally appointed to the boards of larger companies to act as monitors of the executive management. They are typically part-time appointments. The corporate governance committees (the Cadbury Committee, the Greenbury Study Group, the Hampel Committee and more recent Higgs Review) view non-executive directors as holding the potential to perform a monitoring role over their executive brethren, ensuring that they act strictly in the interest of the company [...]"⁶⁷.

⁶⁴ A. CADBURY, *Corporate governance cosa è*, LUISS Univerity Press, Roma, 2007, 77.

⁶⁵ Codice di Autodisciplina, 2006, punto 2.P.1., "Il consiglio di amministrazione è composto di amministratori esecutivi e non esecutivi". Si noti che la prima edizione del Codice risale al 1999. Per una classificazione delle diverse tipologie di amministratori non esecutivi si rinvia a M. STELLA RICHTER JR., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca impresa società*, 2005, 163.

⁶⁶ J. LOWRY and A. DIGNAM, *Company Law*, Oxford Univerity Press, 2006, 287.

⁶⁷ J. LOWRY and A. DIGNAM, (nt. 56), 287; cfr. The combined code, schedule B: guidance on liability og non-executive directors: care, skill and diligence. Si noti che la prima edizione del Code of Best Practise venne pubblicata nel dicembre del 1992. P. L. DAVIES, *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London 2003, "[...] a very important distinction between executive and non-executive directors has emerged in practice. [...] Into this system of leaving it all to the articles, the <corporate governance> movement has injected an element of compulsion, at least for

La Commissione europea nella Raccomandazione del 15 febbraio 2005 (2005/162/CE) definisce come amministratore esecutivo “un membro dell’organo d’amministrazione di una società a struttura monistica impegnato nella gestione corrente della società” e, in via residuale, come amministratore non esecutivo “un membro dell’organo d’amministrazione di una società a struttura monistica diverso da un amministratore con incarichi esecutivi”.

La distinzione degli amministratori tra esecutivi e non esecutivi nel sistema italiano si ritrova, poi, nel Codice di Autodisciplina redatto dal Comitato per la Corporate Governance⁶⁸ di Borsa italiana s.p.a.. I membri di tale Comitato, però, hanno fornito solo una definizione di amministratori esecutivi. Gli amministratori non esecutivi, pertanto, costituiscono secondo tale Codice una categoria residuale. Gli amministratori esecutivi, secondo lo stesso Codice, non coincidono con gli amministratori delegati. Questi ultimi per essere considerati amministratori esecutivi devono essere destinatari di deleghe individuali di gestione o devono assumere uno specifico ruolo nell’elaborazione delle strategie aziendali⁶⁹. Gli amministratori esecutivi, sempre secondo il Codice di autodisciplina non coincidono nemmeno con i componenti del comitato esecutivo⁷⁰. Secondo il Comitato per la Corporate Governance gli amministratori che fanno parte del comitato esecutivo sono amministratori esecutivi solo “quando manchi l’identificazione di un amministratore delegato o quando la partecipazione al comitato esecutivo, tenuto conto della

listed companies. In essence the Cadbury Committee picked up the existing factual elements in board operation (the distinction between executive and non-executive directors; [...])”

⁶⁸ Codice di Autodisciplina, 2006, punto 2.P.1., “Il consiglio di amministrazione è composto di amministratori esecutivi e non esecutivi”. Si noti che la prima edizione del Codice risale al 1999.

⁶⁹ Codice di Autodisciplina, 2006, punto 2.C.1.,

⁷⁰ Tale circostanza ha indotto parte della dottrina a non considerare come sinonimi le espressioni “amministratore delegato” ed “amministratore esecutivo”. Cfr. sul punto, R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 379, nota 4, “Uso l’espressione ‘amministratori deleganti’, anziché quella ‘amministratori non esecutivi’, in quanto quest’ultima presenta margini di ambiguità, anche alla luce della scelta, compiuta dal codice di autodisciplina del Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa italiana s.p.a. (2.C.1.), di non escludere *a priori* che componenti del comitato esecutivo siano amministratori non esecutivi”.

frequenza delle riunioni e dell'oggetto delle relative delibere, comportamenti, di fatto, il coinvolgimento sistematico dei suoi componenti nella gestione”⁷¹.

5. *Le diverse forme degli organi delegati e le regole di funzionamento degli stessi.*

a) *Le diverse forme degli organi delegati.* - La delega, secondo quanto stabilito dal 2° c. dell'art. 2381, può essere conferita dal consiglio di amministrazione ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti o ad uno o più dei suoi componenti. Le possibilità offerte dal legislatore sono, pertanto, il conferimento della delega ad un unico soggetto, *i.e.* amministratore delegato o *rectius* amministratore unico, ad una pluralità di soggetti, *i.e.* amministratori delegati, o, infine, ad un organo collegiale denominato comitato esecutivo⁷². Il legislatore consente, altresì, la possibilità che coesistano un comitato esecutivo ed uno o più amministratori delegati. Dubbio è se il consiglio di amministrazione possa nominare più di un comitato esecutivo. Secondo certa dottrina la legge in materia, che prevede la delega ad “un comitato esecutivo”, non sarebbe inderogabile e, pertanto sarebbe ammissibile la presenza di più comitati esecutivi⁷³. La stessa dottrina, però, che ammette la coesistenza di più comitati esecutivi risulta divisa in merito agli effetti di tale organizzazione dell'organo amministrativo in termini di efficienza di gestione. Secondo una prima opinione, “come la pluralità di amministratori delegati, addirittura con identici poteri,

⁷¹ Codice di Autodisciplina, punto 2.C.1..

⁷² P. PETITTI, *Struttura del comitato esecutivo*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1995, secondo l'autore, “il comitato esecutivo è quell'organo di nomina del consiglio di amministrazione cui vengono delegate alcune attribuzioni del consiglio stesso al fine di semplificarne e accelerarne lo svolgimento dei lavori. Esso è, per un verso, un organo delegato pari all'amministratore delegato, per altro verso, un consiglio di amministrazione ristretto. Con il primo ha infatti in comune la nomina e il conferimento di alcune attribuzioni da parte del consiglio, con il secondo la collegialità”.

⁷³ I. MAFFEZZONI, *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 1998, 28; L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 29.

esercitabili anche in via disgiuntiva, non contrasta con il principio di una ordinata attività di gestione, ma esalta, attraverso una moltiplicazione dei soggetti con responsabilità amministrativa, la possibilità di una migliore e più attenta percezione delle necessità dell'impresa, così non pare che la presenza di più comitati esecutivi vada a discapito di una lineare e funzionale disciplina dell'attività amministrativa delegata⁷⁴. Secondo altra opinione, invece, la presenza di una pluralità di comitati esecutivi non sembrerebbe essere conveniente in ragione della diminuzione di efficienza ed agilità di gestione che ne potrebbe derivare⁷⁵.

Molteplici sono le modalità di articolazione della delega nel caso in cui essa venga conferita ad una pluralità di soggetti⁷⁶. I singoli amministratori, infatti, possono essere destinatari di distinte competenze, così come di attribuzioni, anche parzialmente, comuni⁷⁷. In quest'ultima ipotesi l'esercizio del potere delegato potrà essere attribuito disgiuntamente ai singoli amministratori oppure congiuntamente. Nel caso di delega conferita ad una pluralità di soggetti con competenze comuni e metodo collegiale sono sorti dubbi se tale modalità di conferimento della delega abbia una propria autonomia o non si risolva nell'ipotesi del comitato esecutivo⁷⁸. Tale conclusione sarebbe valida se si ammettesse la essenzialità del principio della collegialità nell'esercizio congiunto di attribuzioni comuni⁷⁹. E poiché il principio di collegialità è, altresì, essenziale al comitato esecutivo - così come dimostrano l'art. 2421, c. 1°, n. 6 che stabilisce l'obbligo di tenere, a cura del comitato esecutivo, "il

⁷⁴ I. MAFFEZZONI, *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, (nt. 73), 29.

⁷⁵ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 29.

⁷⁶ G. FANELLI, (nt. 45), 42.

⁷⁷ G. FANELLI, (nt. 45), 42; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, 455; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, (nt. 41), 1326, "La coesistenza di amministratori delegati e comitato esecutivo è in astratto possibile, nel senso che il consiglio può attribuire alcune funzioni ai primi ed altre al comitato. Tuttavia, questo frazionamento dovrebbe in ogni caso servire per realizzare un modello gestionale più efficiente e non solo allo scopo di distribuire incarichi e remunerazioni fra più soggetti. Di regola, nella prassi si è registrata in passato la forma di delega grazie alla quale la gestione veniva ripartita, per settori, fra più amministratori delegati e, limitatamente ad alcune funzioni espressamente indicate, si prescriveva la necessità di una decisione presa dal collegio dei delegati a maggioranza".

⁷⁸ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 455.

⁷⁹ A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Jovene, Napoli, 1955, 78; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 455

libro delle adunanze e delle deliberazioni del comitato esecutivo, se questo esiste”, e l’art. 2405, c. 1°, che fa obbligo ai sindaci di assistere alle adunanze del comitato esecutivo -, la delega ad una pluralità di amministratori di attribuzioni comuni da esercitarsi congiuntamente si risolverebbe in un comitato esecutivo⁸⁰. In tal caso, infatti, “i più amministratori delegati con attribuzioni comuni da esercitarsi congiuntamente costituirebbero in realtà un comitato esecutivo deliberante all’unanimità dei membri assegnati al collegio”⁸¹.

Tale conclusione è stata criticata, ritenendosi che la necessaria collegialità del comitato esecutivo⁸² non determina l’inammissibilità della delega congiunta non collegiale ma, unicamente, la mancata applicazione della disciplina propria del comitato esecutivo⁸³. Sembra contraddittorio, inoltre, ammettere la possibilità di conferire l’intera delega a ciascun amministratore in modo disgiunto dagli altri e rifiutare la possibilità di conferire lo stesso potere a ciascun amministratore congiuntamente agli altri delegati. “L’ammissibilità della prima modalità di esercizio del potere postula *a fortiori* l’ammissibilità della seconda”⁸⁴.

b) *Le regole di funzionamento.* - In relazione alle regole di funzionamento degli organi delegati nessun problema si pone nel caso di amministratore unico o di una pluralità di amministratori delegati investiti di funzioni diverse⁸⁵.

⁸⁰ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 455.

⁸¹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 455, secondo l’Autore nel caso in cui non si ammettesse come essenziale il principio di collegialità nell’esercizio di attribuzioni comuni, l’unica differenza tra tale tipo di amministrazione ed il comitato esecutivo sarebbe individuabile nell’adozione, in quest’ultimo, del principio di collegialità. “Ma questa garanzia di buon funzionamento dell’amministrazione pluri-personale non-disgiuntiva può ritenersi disponibile? È lecito dubitarne”.

⁸² O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega*, in G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 4, 1991, 305, “A mio avviso, il comitato esecutivo è un organo cui si applica, inderogabilmente, il metodo collegiale”.

⁸³ O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega* (nt. 82), 306; A. BORGIOLO, (nt. 1), 136.

⁸⁴ O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega* (nt. 82), 306.

⁸⁵ Cfr. sul punto G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 454.

Nel caso di amministratori delegati a cui vengono attribuite funzioni, in tutto o in parte, comuni e col potere di operare disgiuntamente si applica, per analogia, l'art. 2257, sostituendo nel terzo comma il consiglio di amministrazione con la maggioranza dei soci⁸⁶.

Nel caso, ancora, di amministratori delegati a cui vengono attribuite funzioni, in tutto o in parte, comuni e col potere di operare congiuntamente dubbi sussistono in merito alle regole di organizzazione interna. Secondo un primo orientamento, in tal caso, si applica, analogicamente, l'art. 2257 solo c. 1° e 3°⁸⁷. Secondo altra interpretazione⁸⁸, invece, in questo caso è ammissibile sia il principio dell'unanimità sia quello della maggioranza. Tale duplice scelta trova, da un lato, fondamento nell'autonomia concessa dal legislatore ai soci o al consiglio nella individuazione delle modalità di esercizio del potere delegato e, dall'altro, conferma nel 2° c. dell'art. 2258 che testualmente prevede la possibilità di coesistenza dell'attribuzione congiuntiva di competenze e del principio di maggioranza⁸⁹.

Per quanto attiene, invece, alle regole di funzionamento del comitato esecutivo questo è, innanzitutto, un organo collegiale, le cui regole di funzionamento sono stabilite nello statuto o, in mancanza, si deducono “applicando analogicamente le norme sul consiglio di amministrazione”⁹⁰.

Nel caso di coesistenza di un comitato esecutivo e di uno o più amministratori delegati si ritiene che non vi sia subordinazione dei secondi nei confronti del primo, in quanto tutti derivano il proprio potere dal consiglio di amministrazione.⁹¹

⁸⁶ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 454.

⁸⁷ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 454.

⁸⁸ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 306.

⁸⁹ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 306.

⁹⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma*, (nt. 42), 43; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 454; A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 1948, II, 203

⁹¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma*, (nt. 42); 44.

Nell'ipotesi in cui si ammette la coesistenza di più comitati esecutivi le modalità di funzionamento degli stessi dovranno essere determinate nello statuto sociale⁹².

5) *Il procedimento di nomina degli amministratori delegati.*

a) *L'autorizzazione dei soci.* - La dottrina sembra essere concorde nel considerare il procedimento di nomina degli amministratori delegati come una "fattispecie manifestamente complessa ed a formazione successiva"⁹³, che si articola nella autorizzazione dei soci, nella delibera di nomina del consiglio di amministrazione e, infine, nell'accettazione da parte degli amministratori destinatari della delega⁹⁴.

Il consenso dei soci può essere espresso o nello statuto o tramite una specifica delibera. Diverse sono le ragioni addotte dalla dottrina⁹⁵ a sostegno della necessaria preventiva autorizzazione dei soci. Innanzitutto, alla luce del vecchio ordinamento, si è ritenuto che l'autorizzazione sia dovuta alla natura organica del rapporto di delega, "in quanto il potere di dar vita ad un rapporto organico (si potrebbe parlare di rapporto di organizzazione) e di disciplinare l'esercizio della funzione amministrativa è un potere che spetta tipicamente ai soci od all'organo sovrano della società e che, appunto, non può essere esercitato dal consiglio di amministrazione se non sulla base dell'atto autorizzativo richiesto dall'art. 2381"⁹⁶.

⁹² I. MAFFEZZONI, *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, (nt. 73), 29.

⁹³ G. FANELLI, (nt. 45), 69; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 150; A. BORGIOI, (nt. 1), 121, secondo Borgioi si tratta di "un vero e proprio procedimento in senso tecnico".

⁹⁴ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 14; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 298; C. ROMANO, *sub art. 2381*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 404; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.* 2005, I, 95.

⁹⁵ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 299.

⁹⁶ G. FANELLI, (nt. 45), 73.

Secondo altra dottrina, nata anch'essa alla luce del vecchio ordinamento ma che è da ritenersi tuttora attuale, la preventiva obbligatoria autorizzazione dei soci è dovuta al mutamento del regime di responsabilità degli amministratori in conseguenza della delega. Infatti, come in seguito si vedrà, in presenza di delega la responsabilità degli amministratori non esecutivi risulta diversa da quella degli esecutivi e, ancora, si annulla la solidarietà passiva a carico degli amministratori per le funzioni oggetto di delega. Con il conferimento della delega, quindi, viene dato al consiglio di amministrazione il potere⁹⁷ di istituire “nuovi e distinti organi sociali, attribuendo ai medesimi l'esercizio di una parte più o meno notevole della funzione amministrativa”⁹⁸.

L'opportunità che viene offerta dai soci al consiglio di amministrazione si traduce nel conferire a quest'ultimo il potere discrezionale di scegliere se svolgere l'attività amministrativa direttamente o, almeno in parte, tramite l'istituzione di ulteriori organi, con la notevole conseguenza che la responsabilità per violazione dei doveri inerenti all'esercizio dei poteri delegati ricade sui destinatari della delega⁹⁹. “Ed è appunto questo concentrarsi degli obblighi in capo ai delegati, con la correlativa liberazione degli altri amministratori, che costituisce la *ratio* dell'esigenza legislativa di un consenso dei soci – espresso nell'atto costitutivo o in assemblea – alla delega”¹⁰⁰. L'autorizzazione, secondo più recente interpretazione¹⁰¹, ha lo scopo di consentire ai soci, che hanno fornito le risorse per lo svolgimento dell'attività della società, di intervenire, anche indirettamente, nella scelta dei soggetti che tali risorse sono destinati ad amministrare, confermando così,

⁹⁷ G. FANELLI, (nt. 45), 71, l'Autore ritiene che si tratti di una facoltà.

⁹⁸ G. FANELLI, (nt. 45), 71.

⁹⁹ G. FANELLI, (nt. 45), 71.

¹⁰⁰ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 441; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma*, (nt. 42), 46.

¹⁰¹ Sul punto cfr. M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 15.

anche nel caso di delega, l'esistenza del vincolo fiduciario tra soci ed amministratori.

La clausola statutaria che contiene l'autorizzazione potrà semplicemente consentire al consiglio di amministrazione di delegare parte dei propri poteri senza alcuna ulteriore specificazione, ma potrà anche essere più articolata specificando, ad esempio, gli obblighi informativi, a carico dei delegati, verso il collegio sindacale e lo stesso consiglio di amministrazione¹⁰².

In merito alla delibera assembleare di autorizzazione si ritiene che la decisione debba essere assunta in sede di assemblea ordinaria, almeno nel caso in cui lo statuto nulla dica in merito, "poiché indubbiamente l'art. 2381 si riferisce all'assemblea ordinaria (in caso contrario, si sarebbe limitato a parlare della sola autorizzazione statutaria)"¹⁰³. Se lo statuto, invece, espressamente vietasse la delega, quest'ultima sarebbe consentita solo a seguito di una delibera dell'assemblea straordinaria tesa a modificare lo statuto nel senso desiderato¹⁰⁴. La delibera assembleare, poi, deve essere limitata, per quanto attiene al suo contenuto, al conferimento del potere di delegare all'organo amministrativo collegiale, e non può trasformare il potere di conferire la delega in un obbligo né, tanto meno, può attribuire il potere in parola all'assemblea¹⁰⁵.

¹⁰² M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 15.

¹⁰³ G. FANELLI, (nt. 45), 16, nota 12; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 437; A. BORGIOLI, (nt. 1), 127; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 299; ID., *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 151, "come si evince senza possibilità di dubbi dal dettato dell'art. 2381: ivi, [...], si parla di consenso dell'atto costitutivo o della assemblea, si contrappongono atto costitutivo e deliberazione, e quindi ci si riferisce necessariamente all'assemblea ordinaria". Diversamente M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 17, Desario ritiene che la soluzione non sia condivisibile in quanto la deliberazione assembleare si inserisce sul silenzio dello statuto e, quindi, risulta "innegabilmente modificativa dello statuto medesimo, poi su di uno snodo obiettivamente nient'affatto marginale, qual è quello del *modus administrandi* adottabile dall'organo gestorio, che, per quanto attiene alla più gran parte delle proprie competenze, può legittimamente rinunciare al principio della collegialità".

¹⁰⁴ G. FANELLI, (nt. 45), 16, nota 12; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 437; A. BORGIOLI, (nt. 1), 129;

¹⁰⁵ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 18.

b) *La delibera del consiglio di amministrazione.* - Il consiglio di amministrazione esercita il potere di delegare proprie attribuzioni tramite una specifica delibera che determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega¹⁰⁶. Alla delibera di nomina dei delegati si applicano tutte le norme in materia; è necessario, quindi, che la seduta sia regolare, che la delibera si approva a maggioranza, che sia regolarmente verbalizzata e trascritta nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di cui al punto 4) del 1° c. dell'art. 2421 c.c.¹⁰⁷. La delibera non richiede alcuna forma di pubblicità, in quanto i terzi che entrano in contatto con la società devono solo accertarsi che il soggetto con cui hanno rapporti sia il realmente munito del potere di rappresentanza, e non se quanto dichiarato da quest'ultimo corrisponda a ciò che è stato deliberato dal consiglio¹⁰⁸. La pubblicità, inoltre, non ha l'effetto di limitare la responsabilità della società verso terzi per atti *ultra vires* dell'amministratore delegato, in forza del 2° c. dell'art. 2384 c.c., salvo che si provi che i terzi non abbiano agito a danno della società¹⁰⁹.

L'amministratore delegato, infine, prima di essere tale, è amministratore e, pertanto, la sua nomina è stata già soggetta ad iscrizione presso il registro delle imprese¹¹⁰. Diversamente, nel caso in cui con la delega venga modificata anche la rappresentanza della società bisognerà procedere all'iscrizione nel registro delle imprese *ex art.* 2383, c. 4°, c.c. dell'amministratore dotato del potere di rappresentanza¹¹¹.

¹⁰⁶ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 18.

¹⁰⁷ A. BORGIOI, (nt. 1), 129.

¹⁰⁸ A. BORGIOI, (nt. 1), 130, "Per cui è irrilevante sapere come si sia formata la cd. volontà della società: se questa vada ad es. ricercata in una delibera consiliare, ovvero in quanto autonomamente deciso dall'amministratore delegato".

¹⁰⁹ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 30.

¹¹⁰ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 30.

¹¹¹ Cfr. A. BORGIOI, (nt. 1), 130; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 18.

c) *L'accettazione della nomina da parte dell'amministratore designato.* - La delibera di nomina, per poter spiegare i propri effetti, richiede l'accettazione da parte del designato delegato¹¹². La ragione della necessità dell'accettazione risiederebbe nella circostanza che la delega si concretizza in una modifica delle prestazioni a carico dell'amministratore destinatario della delega¹¹³, in particolare con un aggravio del suo lavoro, e poiché "non vi può essere svolgimento di attività senza la volontà del soggetto agente"¹¹⁴, "non vi può essere delega contro la volontà del delegato"¹¹⁵. L'accettazione non richiede forme particolari, normalmente avviene contestualmente alla nomina, cioè all'interno dello stesso verbale di nomina, ma può avvenire anche in un momento successivo e con un autonomo atto o, anche, tramite comportamenti concludenti da parte del delegato¹¹⁶. Inoltre, l'amministratore destinatario della delega può anche manifestare la mancanza di consenso, allo stesso modo dell'accettazione, con una dichiarazione esplicita inserita nel verbale di nomina¹¹⁷. In tal modo, il destinatario della delega evita ogni possibile azione per non aver iniziato l'attività di gestione, anche se peraltro tale azione sarebbe possibile solo nel caso di accettazione, e costringe il consiglio di amministrazione, se non vuole rinunciare alla delega, ad individuare altri amministratori a cui conferire la delega¹¹⁸.

¹¹² G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 451; A. BORGIOLO, (nt. 1), 131; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 29.

¹¹³ A. BORGIOLO, (nt. 1), 131.

¹¹⁴ A. BORGIOLO, (nt. 1), 131.

¹¹⁵ A. BORGIOLO, (nt. 1), 131.

¹¹⁶ A. BORGIOLO, (nt. 1), 131; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 29, per i comportamenti concludenti l'Autore fa riferimento alla distribuzione di biglietti da visita recanti l'indicazione della nuova carica, o al caso dell'amministratore delegato che curi personalmente l'iscrizione della propria nomina nel registro delle imprese.

¹¹⁷ A. BORGIOLO, (nt. 1), 131.

¹¹⁸ A. BORGIOLO, (nt. 1), 131.

6. *I poteri non delegabili.*

a) *Le funzioni non delegabili esplicite.* - Il punto di partenza della nostra analisi è rappresentato dall'elenco contenuto nel 4 c. dell'art. 2381, ma bisognerà verificare, poi, se esistono anche altre materie che tramite un'interpretazione sistematica debbano essere considerate indelegabili¹¹⁹.

Il c. 4 dell'art. 2381, ampliando il novero delle materie di competenza esclusiva del consiglio di amministrazione rispetto al testo *ante* riforma, stabilisce che non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis. Si fa riferimento, quindi, alla facoltà conferita agli amministratori di emettere obbligazioni convertibili o di aumentare il capitale sociale; alle funzioni relative alla redazione del bilancio; alle facoltà relative alla convocazione dell'assemblea, nel caso di perdita di oltre un terzo del capitale e di riduzione del medesimo al di sotto del minimo legale e, infine, alle competenze relative alla redazione dei progetti di fusione e di scissione.

La facoltà attribuita dallo statuto agli amministratori di emettere in una o più volte obbligazioni convertibili ai sensi dell'art. 2420-ter, e la facoltà, attribuita anch'essa agli amministratori dallo statuto, di aumentare il capitale in forza dell'art. 2443 possono essere analizzate unitariamente in quanto la *ratio* che ispira il divieto di delega sembrerebbe essere la stessa. L'esercizio delle due distinte facoltà è sottoposto a delle condizioni ben precise. Per quanto attiene al potere di emettere obbligazioni convertibili, il legislatore impone che nel concedere tale facoltà sia determinato l'ammontare massimo del prestito convertibile e, in ogni caso, tale facoltà può essere esercitata per il periodo massimo di cinque anni dalla data di iscrizione della società nel registro delle imprese. Alle stesse condizioni è sottoposta la facoltà di aumento del capitale. L'emissione di un prestito convertibile e

¹¹⁹ A. BORGIOI, (nt. 1), 159; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, (nt. 41), 1326.

l'aumento del capitale costituiscono, direttamente o indirettamente, una modificazione dell'atto costitutivo e quindi impattano sull'organizzazione della società¹²⁰. Entrambe le operazioni rientrano nelle competenze dell'assemblea straordinaria e la delega agli amministratori di tali poteri costituisce un'ipotesi eccezionale. Il carattere eccezionale del potere conferito agli amministratori rappresenta la giustificazione della sua indelegabilità¹²¹. "Il legislatore introduce varie cautele [in relazione alle operazioni in parola], imponendo limiti precisi relativi all'ammontare massimo del capitale e al tempo entro il quale l'operazione deve effettuarsi: tra queste cautele rientra anche quella concernente l'indelegabilità di tale facoltà"¹²².

Altra funzione indelegabile, come accennato, è la redazione del bilancio di esercizio (art. 2423). La giustificazione principale di tale divieto deve essere ricercata nella natura poliedrica del bilancio e nella molteplicità degli interessi coinvolti¹²³. Questo, infatti, svolge sia una funzione di sintesi della gestione, un rendiconto della gestione, sia di programmazione della futura attività della società¹²⁴. Naturalmente tutte le parti di cui è composto il bilancio (stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa) sono sottoposte alla stessa disciplina¹²⁵. I risultati del bilancio, inoltre, coinvolgono non solo l'interesse dei soci ma anche di altri soggetti quali i creditori sociali, i lavoratori ed i terzi in genere¹²⁶ (*stakeholders*). Rendere il bilancio indelegabile significa poter imputare lo stesso a tutti gli amministratori¹²⁷ secondo le proprie responsabilità¹²⁸.

¹²⁰ A. BORGIOLO, (nt. 1), 164.

¹²¹ A. BORGIOLO, (nt. 1), 164.

¹²² O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 49.

¹²³ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 49; A. BORGIOLO, (nt. 1), 161.

¹²⁴ A. BORGIOLO, (nt. 1), 161.

¹²⁵ A. BORGIOLO, (nt. 1), 161.

¹²⁶ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 41; A. BORGIOLO, (nt. 1), 160.

¹²⁷ A. BORGIOLO, (nt. 1), 161; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 41, "Essa (la non delegabilità) importa, come è stato esattamente osservato, che, da un lato, trattandosi di competenza propria del consiglio di amministrazione, occorre in ogni caso una deliberazione di quest'ultimo, dall'altro e

Ulteriori ipotesi di attribuzioni non delegabili *ex art.* 2381 sono individuate nella riduzione del capitale per perdite (art. 2446) o nella riduzione dello stesso al di sotto del minimo legale (art. 2447). L'accertamento delle perdite in esame non sempre è rilevabile dal bilancio di esercizio e, anzi, spesso emerge solo a seguito di un'autonoma rilevazione¹²⁹. Dubbio è se tale obbligo sia riconducibile ai doveri di vigilanza che gravano sugli amministratori, ma affermare l'indelegabilità di tale incombenza equivale ad affermare, "in via di principio, che ciascun amministratore è chiamato direttamente all'adempimento dell'obbligo, senza poter addurre a propria scusante che altri era tenuto, in forza di delega, a tale rilevazione"¹³⁰

La motivazione dell'indelegabilità degli adempimenti a carico degli amministratori *ex art.* 1446 e 2447 sembra essere simile a quella prevista nel caso dell'art. 2423, e cioè la possibilità di imputare le operazioni indelegabili a tutti gli amministratori¹³¹. La redazione dei progetti di fusione e di scissione sono le ulteriori competenze che, in forza dell'art. 2381 c.c., sono esplicitamente indelegabili da parte degli amministratori. Anche in questo caso le motivazioni che hanno spinto il legislatore sembrano essere ricollegabili alla volontà di voler mantenere ferma la responsabilità per le funzioni in esame in capo a tutti gli amministratori.

conseguentemente, dalla indelegabilità della redazione del bilancio discende poi la solidarietà di tutti gli amministratori nella responsabilità civile derivante da mancata redazione o da violazione di legge nella redazione"

¹²⁸ Si è specificato secondo le proprie responsabilità in quanto, come si vedrà dettagliatamente nei prossimi capitoli, alla luce della riforma la responsabilità degli amministratori deve essere graduata in relazione alle funzioni svolte.

¹²⁹ A. BORGIOI, (nt. 1), 165, "Di conseguenza la legge, perché possa essere messo in moto il congegno previsto da tali disposizioni, presuppone che gli amministratori siano in grado di conoscere continuamente lo stato patrimoniale della società, e quindi siano tenuti ad un costante controllo sull'andamento della gestione sociale".

¹³⁰ A. BORGIOI, (nt. 1), 165.

¹³¹ A. BORGIOI, (nt. 1), 166; cfr. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 48.

b) *Le funzioni non delegabili implicite.*- Oltre le funzioni espressamente considerate dalla legge ci si è posto il problema della sussistenza di ulteriori funzioni indelegabili. La soluzione sembra debba essere in tal senso¹³². Infatti, sarebbe in contrasto con la nuova struttura dell'organo amministrativo delegare la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, o delegare l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari delle società. Allo stesso modo, sarebbe in contrasto con la nuova struttura dell'organo amministrativo delegare la valutazione del generale andamento della gestione. Si tratta di funzioni che dall'attuale sistema vengono assegnate alla competenza dell'organo collegiale ed aventi ad oggetto attività in concreto operate dagli organi delegati, "sicché assegnarle anch'esse a questi ultimi significherebbe 'cortocircuitare' il sistema di controllo, monitoraggio e supervisione interno all'organo amministrativo, aprendovi pericolose falle e oltremodo depotenziandone la invece meritoria nuova architettura"¹³³.

Dall'analisi delle materie indelegabili sembra opportuno convenire che "trattasi di attribuzioni sì eterogenee, che tuttavia presentano un aspetto comune, riguardando tutte le materie che coinvolgono profili organizzativi dell'attività sociale, che esigono il rafforzamento della funzione ponderatoria della collegialità e della responsabilità di tutti i componenti dell'organo gestorio"¹³⁴.

¹³² M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 40.

¹³³ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 41.

¹³⁴ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 406; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 103; "non è agevole scorgere il filo comune che lega tra loro materie così eterogenee, salvo ipotizzare che le ipotesi in discorso postulano in ragione della loro obiettiva incidenza nella vicenda societaria un rafforzamento della funzione ponderatoria a discapito della celerità della decisione, nel segno cioè di quel 'maggior costo della collegialità' di cui pure discorre la relazione ministeriale a riguardo"; A. BORGIOI, (nt. 1), "Sono, come si vede, attribuzioni abbastanza eterogenee fra di loro; tuttavia esse presentano un aspetto che le accomuna: riguardano infatti tutte quante momenti dell'attività sociale nei quali i profili più propriamente amministrativi e gestori si raccordano con la dimensione organizzativa".

7. *Contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega.*

a) *Il potere del consiglio di amministrazione di determinare contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega e i principi contenuti nella legge delega.* - Secondo l'art. 2381 *ante* riforma il consiglio di amministrazione poteva delegare le proprie attribuzioni "determinando i limiti della delega". "La fattispecie tipica di delega [aveva] per oggetto attribuzioni determinate, benché genericamente (basta[va] l'indicazione dei limiti della delega)"¹³⁵.

Il legislatore della riforma, accentuando il carattere determinato delle attribuzioni oggetto di delega, richiede che il consiglio di amministrazione determini contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega, "chiamandolo con chiarezza a organizzare l'esercizio del potere delegato"¹³⁶.

L'attribuzione al consiglio di amministrazione del potere di determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega conferma, innanzitutto, il principio secondo cui quest'ultima può essere concessa solo dal titolare del potere, e cioè il consiglio di amministrazione, escludendo la legittimità delle clausole statutarie, ampiamente utilizzate in passato, volte a predeterminare il contenuto della delega stessa¹³⁷.

Tra i primi interpreti¹³⁸ si è ritenuto che la disposizione in esame fosse in contrasto con i principi¹³⁹ stabiliti dalla legge delega, in particolare con l'art. 4, c. 8., lett. a), in quanto aveva attribuito al consiglio senza alcuna limitazione, neppure statutaria, il potere di determinare contenuti, limiti ed eventuali modalità di esercizio

¹³⁵ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 439.

¹³⁶ G. D. MOSCO, *sub art. 2381*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Jovene, Napoli, 2004, 597.

¹³⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, (nt. 41), 401.

¹³⁸ P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1454.

¹³⁹ L'art. 4, c. 8., lett. a) della legge 3 ottobre 2001, n. 366, stabilisce che "Riguardo alla disciplina dell'amministrazione e dei controlli sull'amministrazione la riforma è diretta a: [...] precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi".

della delega¹⁴⁰. Il conferimento ai delegati di parte delle proprie attribuzioni, come sopra visto se, da un lato, migliora l'efficienza dell'organo direttivo, dall'altro, presenta il rischio di svuotare l'organo collegiale con tutte le connesse conseguenze non solo in termini di efficienza della gestione ma anche sotto il profilo delle responsabilità gestorie¹⁴¹. Soluzione equilibrata, si è osservato, sarebbe stata quella di escludere la delegabilità delle decisioni “assolutamente primarie per l'impresa, quali la cessione dell'azienda, la dismissione di partecipazioni strategiche, le operazioni intragruppo di particolare importanza”¹⁴². Tale scelta, però, si sarebbe scontrata con la difficoltà del legislatore di tipizzare la rilevanza delle operazioni economiche che, in realtà, solo il singolo operatore può correttamente valutare in relazione alla situazione concreta¹⁴³. “Mutuando, sia pure in chiave restrittiva, quanto previsto in materia di Aufsichsrat, dal § 111(4) AktG, si sarebbe potuto allora prevedere di introdurre una norma più flessibile, che imponesse agli statuti di rendere indelegabili le decisioni ‘gestorie di rilevanza primaria’, lasciando all'autonomia privata il compito della loro concreta individuazione”¹⁴⁴.

b) *Il contenuto.* - Per quanto attiene al contenuto ed ai limiti della delega il legislatore delle riforma, in linea con la precedente disciplina, non individua le operazioni delegabili ma solo quelle indelegabili¹⁴⁵, sopra esaminate. Risulta evidente, pertanto, che il principio della delegabilità risulta la regola, mentre

¹⁴⁰ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 670.

¹⁴¹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 671; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA. VV., *La Riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2003, 74.

¹⁴² P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, (nt. 141), 2003, 74.

¹⁴³ P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, (nt. 141), 74; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 671.

¹⁴⁴ P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, (nt. 141), 74; D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2005, 136; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 101.

¹⁴⁵ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 671.

l'indelegabilità risulta l'eccezione e, come tale, non è suscettibile di applicazione analogica¹⁴⁶.

Il contenuto della delega deve essere individuato con l'oggetto della delega stessa, "ossia con le materie (o la singola materia) già di competenza dell'organo gestorio e da quest'ultimo rimesse, appunto, a un proprio singolo componente"¹⁴⁷.

Nel definire l'oggetto della delega il consiglio dovrà decidere se gli amministratori sono investiti di tutte le attribuzioni delegabili o solo di una parte, e come esse sono ripartite tra i delegati. Tale riparto sarà superfluo, ovviamente, nel caso di affidamento della delega ad un amministratore unico e risulterà, invece, utile, al fine di evitare duplicazioni e/o sovrapposizioni di competenze che certamente non giovano all'efficienza aziendale, nel caso nel caso in cui i delegati siano più di uno¹⁴⁸.

c) *I limiti*. - In relazione ai limiti è possibile che ai delegati vengano conferiti solo i poteri inerenti "l'ordinaria amministrazione". Risulta necessario, pertanto, stabilire che cosa debba intendersi per "ordinaria amministrazione" e come essa vada distinta dalla "straordinaria amministrazione"¹⁴⁹. Il problema, si è osservato¹⁵⁰, resta anche nel caso in cui gli statuti o gli atti di delega predispongano degli elenchi che individuino le operazioni di ordinaria e di straordinaria amministrazioni. In tali casi, infatti, è difficile che l'elenco comprenda tutte le possibili operazioni e, pertanto, resta il problema di individuare il criterio in base al quale distinguere gli atti di ordinaria amministrazione dagli atti di straordinaria amministrazione. Soluzione opportuna sembrerebbe essere quella per cui la distinzione non si

¹⁴⁶ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 405;

¹⁴⁷ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 19.

¹⁴⁸ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 20.

¹⁴⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 44.

¹⁵⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 45.

dovrebbe basare su di una regola astratta ma “su una valutazione, caso per caso, dell’importanza, delle finalità, dell’eccezionalità dell’atto compiuto in confronto a quelli che possono considerarsi come eventi normali in un’impresa dalle caratteristiche e dimensioni di quella di cui si tratti”¹⁵¹.

Punto controverso, anche dopo la riforma, resta la definizione delle competenze degli organi delegati nel caso in cui non sia fissato l’oggetto, ovvero non siano stati posti dei limiti alla delega. Va precisato, innanzitutto, che il potere dell’organo delegato non resta limitato al compimento di determinati atti, ma comprende tutti gli atti relativi alla funzione delegata¹⁵². La giustificazione di tale affermazione risiederebbe, da un lato, nello stesso dettato normativo che, tanto nel sistema previgente quanto nel sistema vigente, individua l’oggetto della delega nelle attribuzioni del consiglio di amministrazione e, dall’altro, “nella *ratio* dell’istituto che è quella appunto di permettere il conferimento ai delegati di una sfera, più o meno ampia, delle competenze del consiglio”¹⁵³.

L’esplicito riferimento della norma al contenuto ed ai limiti della delega, secondo una prima opinione, sembrerebbe escludere l’ammissibilità di deleghe prive di oggetto e ritenere “sempre necessario per il consiglio l’individuazione delle attribuzioni delegate, senza che si possa considerare il silenzio a riguardo come attribuzione di tutte le competenze delegabili”¹⁵⁴.

Secondo diversa interpretazione, in mancanza di limitazioni la delega comprende tutti i poteri delegabili dal consiglio, compresa la rappresentanza sociale e processuale¹⁵⁵. Altra dottrina, alla luce di quanto disposto dal c. 5 dell’art. 2381, ha ritenuto che la delega comprende anche la cura di assetti adeguati solo nel caso in

¹⁵¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 45.

¹⁵² O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 35.

¹⁵³ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 35.

¹⁵⁴ G. D. MOSCO, *sub art. 2381*, (nt. 136), 597, nota 23; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 672.

¹⁵⁵ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 45.

cui essa abbia ad oggetto l'intero potere gestorio, e ciò in quanto non si riterrebbe "coerente con il sistema una sorta di delega obbligatoria nel contenuto"¹⁵⁶. Si è obiettato, però, che la finalità del c. 5 dell'art. 2381 non è di stabilire il contenuto della delega, ma di individuare il principale dovere degli organi delegati che "indipendentemente dal contenuto della delega, è quello di 'curare' che 'l'assetto organizzativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa' (così l'art. 2381⁵)"¹⁵⁷.

d) *Le modalità*. Oltre a definire il contenuto ed i limiti della delega il consiglio di amministrazione può definire anche le sue modalità. Le modalità della delega attengono alla concreta distribuzione delle funzioni delegate. Le funzioni amministrative possono essere delegate, come ampiamente sopra visto, ad uno o più amministratori delegati destinati ad agire congiuntamente o disgiuntamente; possono, altresì, essere delegate ad un comitato esecutivo affiancato da uno o più amministratori delegati¹⁵⁸. "La possibilità di delineare in maniera così eterogenea il funzionamento dell'organo amministrativo testimonia l'estrema duttilità del sistema delineato dal legislatore, adeguandosi il modello di amministrazione a dimensioni ed esigenze dell'impresa sociale"¹⁵⁹.

e) *Le deleghe di fatto (cenni)*. - La riforma non disciplina il caso delle c.d. deleghe atipiche, interne o di fatto. La c.d. delega atipica deriva "dalla prassi della ripartizione di funzioni tra i membri del consiglio di amministrazione in assenza di

¹⁵⁶ O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, 802.

¹⁵⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 45, nota 54.

¹⁵⁸ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 671; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 405; G. D. MOSCO, *sub art. 2381*, (nt. 136), 597; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 303.

¹⁵⁹ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 405; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 304, "[...] consente altresì di adeguare le modalità di esercizio del potere delegato alle dimensioni dell'impresa e all'assetto di potere interno, in conformità alla struttura e alle esigenze del gruppo di controllo".

un'autorizzazione dei soci"¹⁶⁰. La dottrina fa riferimento indifferentemente a deleghe interne, atipiche o non autorizzate, ma la precisione lessicale è espressione dei punti di vista dai quali il problema è stato analizzato¹⁶¹. L'espressione deleghe interne, infatti, è propria di quella tendenza che analizza il fenomeno in esame contrapponendolo alle deleghe esterne, cioè al caso in cui il conferimento di mansioni gestorie viene effettuato a favore di soggetti estranei al consiglio di amministrazione¹⁶². L'utilizzo delle espressioni deleghe atipiche o deleghe non autorizzate sembrerebbe, invece, dar risalto, "come dato centrale del problema, alle differenze che possono riscontrarsi tra l'ipotesi in questione e quella prevista dall'art. 2381 c.c."¹⁶³.

8. Il potere del consiglio di imporre direttive agli organi delegati e di avocare a sé operazioni rientranti nella delega.

a) La competenza concorrente dell'organo delegato con l'organo delegante.

- Il legislatore della riforma, con la formula per cui il consiglio di amministrazione "può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega", sembra aver recepito il principio, ampiamente diffuso in dottrina ed in giurisprudenza, della competenza concorrente e sovraordinata del consiglio rispetto agli organi delegati¹⁶⁴.

La delega, infatti, non si ritiene che abbia l'effetto di spogliare il delegante del potere delegato ma di autorizzare quest'ultimo "a compiere atti che, anche dopo la delega, restano nei poteri e cioè nella competenza del delegante. La delega crea,

¹⁶⁰ G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1995, 167; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 47; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 35.

¹⁶¹ G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, (nt. 160), 167.

¹⁶² G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, (nt. 160), 167.

¹⁶³ G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, (nt. 160), 167.

¹⁶⁴ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 407; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 442; G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, (nt. 45), 18.

quindi, per l'esercizio di tali poteri, una competenza dell'organo delegato che è concorrente con quella dell'organo delegante"¹⁶⁵.

Poiché tale principio non era esplicitamente contenuto nel vecchio testo dell'art. 2381, la dottrina riteneva che esso fosse deducibile dal carattere facoltativo della delega e dalla sua revocabilità totale o parziale¹⁶⁶. Il compimento, da parte dell'organo delegante, di un atto che rientrava nell'oggetto della delega avrebbe costituito, limitatamente allo stesso, una implicita manifestazione di revoca¹⁶⁷. La tesi secondo cui l'avocazione, da parte del consiglio, di un atto rientrante nelle materie delegate rappresentava una revoca implicita sembrava trovare, da un lato, un "punto d'appoggio di diritto positivo nella norma dell'art. 1724"¹⁶⁸ c.c. ma, dall'altro sembrava avere "un certo sapore di finzione. [Il riferimento all'art. 1724 dimostrava, infatti,] che il criterio adottato dal legislatore per la disciplina della competenza concorrente del consiglio e dei delegati non [presupponeva] una subordinazione (in senso tecnico) dei secondi al primo; ma [costituiva] un criterio di coordinamento possibile anche per i soggetti in posizione paritaria"¹⁶⁹.

Altra dottrina¹⁷⁰, con un'interpretazione ritenuta ancora oggi attuale¹⁷¹, individuava nel c. 2 dell'art. 2392 il fondamento positivo della competenza concorrente del consiglio rispetto agli amministratori delegati. In forza di tale disposizione, gli amministratori devono fare quanto possono per impedire il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose dei fatti pregiudizievoli

¹⁶⁵ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, (nt. 45), 18.

¹⁶⁶ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, (nt. 45), 18; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 315; ID., *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 120.

¹⁶⁷ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, (nt. 45), 18.

¹⁶⁸ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 443.

¹⁶⁹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 443.

¹⁷⁰ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 442; F. GALGANO, *Le società*, Zanichelli, Bologna, III ed., 1986, 330.

¹⁷¹ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 407.

per la società¹⁷². I fatti pregiudizievoli sono, secondo tale dottrina, quelli compiuti dagli amministratori delegati nell'ambito della propria delega a cui corrisponde l'obbligo del consiglio di amministrazione di impedirne il compimento o di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose¹⁷³. “Se ne evince, che i componenti il consiglio pur nell'ambito delle attribuzioni delegate sempre possono agire – facendo quanto possono – se gli atti dei delegati siano pregiudizievoli per la società”¹⁷⁴.

Anche tale tesi è stata, però, criticata ritenendo che l'art. 2392, c. 2, individua il fine dell'agire del consiglio e che, inoltre, il riferimento a tale norma, quale fondamento della competenza concorrente del consiglio rispetto ai delegati, sembrerebbe limitare il potere dell'organo collegiale ai casi in cui gli organi delegati compiano atti pregiudizievoli¹⁷⁵.

Secondo altra impostazione, più semplicemente, la delega non determina un trasferimento di funzioni ma ha lo scopo di autorizzare alcuni membri del consiglio ad esercitare personalmente, invece che unicamente in sede consiliare, i poteri amministrativi¹⁷⁶. Se ciò è vero, si è affermato, “nulla può vietare all'organo delegante – anche in assenza di un formale atto di avocazione – l'esercizio di quei poteri dei quali non si è appunto privato”¹⁷⁷.

¹⁷² G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 442; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 407. In realtà Minervini fa riferimento al vecchio testo dell'art. 2392 ed anche Romano, dopo aver sottolineato la validità della tesi in seguito alle modifiche del 2003, fa riferimento alla vecchia disciplina. Nel testo, invece, si cerca di essere il più vicino possibile alla disciplina vigente.

¹⁷³ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 442; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 407.

¹⁷⁴ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 442.

¹⁷⁵ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 121.

¹⁷⁶ A. BORGIOLO, (nt. 1), 64; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 407; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 103, [...] la delega gestoria [...] non comporta un trasferimento definitivo dei poteri attribuiti, ma costituisce più esattamente un'autorizzazione a che l'esercizio di poteri, ancorché collegiali, possa essere affidato ad un solo componente del consiglio di amministrazione”.

¹⁷⁷ M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 238.

In base a quanto detto, quindi, sembra pacifico che “la delega consiliare è concorrente, non spoglia cioè il consiglio dei poteri, ma li attribuisce anche agli organi delegati”¹⁷⁸.

b) *Il potere di avocare operazioni rientranti nella delega.* - Il consiglio di amministrazione potrà sempre avocare sé operazioni rientranti nella delega e la relativa delibera sarà vincolante per gli organi delegati¹⁷⁹. L’avocazione può essere esplicita, nel caso in cui il consiglio di amministrazione emetta una delibera avente ad oggetto l’avocazione della specifica operazione, o implicita, nel caso in cui l’organo collegiale compia un atto che rientra nelle materie oggetto di delega senza la preventiva delibera di avocazione a sé dell’operazione¹⁸⁰. In realtà, sembra maggiormente convincente la tesi per cui l’espressione “avocare a sé” richiede sempre la preventiva avocazione dell’atto di gestione a cui segue, in una sorta di procedimento, l’esecuzione dello stesso¹⁸¹.

L’accettazione del principio della competenza concorrente del consiglio rispetto agli organi delegati risulta essere, d’altronde, in armonia con l’ordinamento delle società per azioni che ha previsto le deleghe quale strumento di semplificazione e di miglioramento della gestione, senza alcuna intenzione di voler limitare il potere di gestione degli amministratori¹⁸².

Sul piano funzionale, poi, l’attribuzione di una competenza concorrente all’organo collegiale rispetto agli amministratori delegati è coerente con l’obiettivo dell’unità della gestione, garantisce un costante coinvolgimento degli amministratori

¹⁷⁸ G.D. MOSCO, *sub art. 2381*, (nt. 136), 597; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 408; P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, in G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Torino, 2004, 682; O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 315; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 674; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 43; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 55.

¹⁷⁹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 442. C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 408.

¹⁸⁰ M. IRRERA, (nt. 177), 238.

¹⁸¹ M. IRRERA, (nt. 177), 238.

¹⁸² G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, (nt. 45), 18.

non esecutivi nella gestione della società, rendendo in tal modo effettiva la vigilanza del consiglio sui delegati in forza dell'ampio potere di intervento del primo sui secondi¹⁸³. Il potere del consiglio di amministrazione, in presenza di organi delegati, di avocare a sé operazioni rientranti nella delega conferisce, infatti, posizione di assoluta centralità all'organo collegiale nell'amministrazione della società anche in relazione ai profili più strettamente operativi della stessa¹⁸⁴.

c) *Il potere di impartire direttive*. - La disposizione in esame attribuisce al consiglio non solo una competenza concorrente, cioè il potere di avocare a sé operazioni rientranti nella delega, ma anche un potere di indirizzo sovraordinato che si sostanzia nel potere di impartire direttive agli organi delegati¹⁸⁵.

La dottrina in passato ha ampiamente dibattuto il problema dividendosi tra chi non riconosceva tale potere al consiglio, perché ciò significava attribuire ai delegati una posizione di subordinazione nei confronti dell'organo collegiale, e chi, invece, riconosceva al consiglio il potere di impartire direttive ma poneva dei limiti al grado di vincolatività di queste ultime¹⁸⁶. Secondo una parte della dottrina, quindi, il riconoscimento di attribuzioni proprie degli organi delegati ed il riconoscimento di una responsabilità diretta degli stessi verso la società escludono "ogni rapporto di derivazione e di subordinazione degli organo delegati verso il consiglio di amministrazione"¹⁸⁷. Il potere di impartire ordini e direttive deriverebbe, secondo altra interpretazione, dalla facoltà riconosciuta al consiglio di revocare in qualsiasi tempo la delega e sopprimere gli organi delegati¹⁸⁸. "Se il consiglio di

¹⁸³ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 408.

¹⁸⁴ G. FERRI JR, *L'amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 637.

¹⁸⁵ P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 682.

¹⁸⁶ Cfr. sul punto C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 408.

¹⁸⁷ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo*, (nt. 45), 18.

¹⁸⁸ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 132; A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, (nt. 1), 180.

amministrazione può, in qualsiasi tempo, revocare la delega e quindi sopprimere gli organi delegati, mi pare difficile negare che abbia altresì la facoltà di impartire ordini, direttive, istruzioni agli organi delegati”¹⁸⁹. La responsabilità a cui sono sottoposti gli organi delegati non esclude la “loro sottoposizione alle direttive ed alle istruzioni del consiglio di amministrazione; tuttavia queste ultime, ove si ritenga sussistere un tale potere del consiglio, in tanto saranno vincolanti, in quanto la loro esecuzione non generi responsabilità a carico degli amministratori investiti della delega”¹⁹⁰.

Nel sistema riformato il potere di impartire direttive oltre che essere espressamente previsto dalla legge deriverebbe, secondo attenta interpretazione, anche dal complessivo nuovo impianto normativo¹⁹¹. Il legislatore, infatti, ha attribuito un ruolo centrale all’organo collegiale nell’ambito del sistema di governo societario, puntualizzando quali sono le sue attribuzioni, la cui peculiarità consiste nell’attribuire l’amministrazione “ad un organo unitario, e non ai suoi componenti singolarmente considerati”¹⁹². In tal senso devono essere letti, secondo tale dottrina, gli incisivi compiti attribuiti al consiglio in ordine in ordine alla valutazione dell’assetto organizzativo amministrativo e contabile della società e, allo stesso modo, la valutazione dei piani strategici, industriali e finanziari e la valutazione del generale andamento della gestione. In tale contesto, conclude la stessa dottrina, nessun dubbio può sussistere circa il ruolo prioritario e sovraordinato del consiglio

¹⁸⁹ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 132.

¹⁹⁰ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 131; A. BORGIOI, *L’amministrazione delegata*, (nt. 1), 181, “così come abbiamo visto che i delegati non sono tenuti a dare esecuzione alle delibere invalide dell’assemblea, analogamente essi potranno disattendere le direttive illegittime del consiglio, che potrebbero essere per loro fonte di responsabilità”.

¹⁹¹ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 408.

¹⁹² C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 409.

e, in tale contesto, deve essere considerato pienamente legittimo il potere del consiglio di emanare direttive nei confronti degli organi delegati¹⁹³.

Dubbi sussistono, anche alla luce delle nuove disposizioni, circa la vincolatività per i delegati degli ordini e delle direttive emesse dal consiglio di amministrazione.

Secondo un'interpretazione più rigida "le direttive sono ordini circa l'agire del delegato, che questi non ha la possibilità di disattendere legittimamente, salva la possibilità di informare l'organo delegante circa eventi che consigliano una modifica della direttiva stessa"¹⁹⁴.

La responsabilità dei delegati per l'attuazione delle direttive ricevute, secondo altra interpretazione, consentirebbe agli organi delegati di disattendere agli ordini e alle direttive che essi reputino illegittime o tali da arrecare danno alla società¹⁹⁵.

La soluzione al problema, secondo ancora altra dottrina, della conciliabilità della vincolatività delle direttive e di "una concezione della responsabilità che non può andare esente da colpa"¹⁹⁶ implica che l'organo delegato ove "reputi le direttive ricevute pregiudizievoli e deleterie, vi si atterrà compiendo l'atto ma, facendo constatare a verbale il proprio dissenso e informandone per iscritto l'organo interno

¹⁹³ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 133, la centralità del consiglio di amministrazione nell'attività di gestione, in realtà, già era stata sottolineata dalla dottrina che aveva individuato lo scopo del potere di impartire direttive nel consentire un "miglior coordinamento tra l'attività del consiglio e quella dei delegati e tra l'attività svolta da questi, nel caso in cui sussista una pluralità di organi delegati". lo stesso autore sottolinea che "sotto l'impero del codice di commercio abrogato, tale opera di coordinamento ben poteva essere effettuata dall'assemblea, organo a cui gli amministratori erano subordinati, Nel diverso modello attuale della società per azioni, con la ripartizione di competenze tra assemblea e amministratori, solo a quest'ultimi può spettare una siffatta facoltà".

¹⁹⁴ L. NAZZICONE, sub art. 2381, (nt. 59), 33.

¹⁹⁵ P. MORANDI, sub art. 2381, (nt. 58), 675; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, (nt. 177), 237; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, (nt. 156), 803, "problema risolto con il ritenere che i delegati possano – e debbano – disattendere le direttive, la cui esecuzione potrebbe comportare il sorgere della loro responsabilità"; ID., *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la 'delega di fatto' tra norme 'vecchie' e 'nuove'*, in Giur. it., 2004, 559; A. DE NICOLA, sub art. 2381, in F. GHEZZI a cura di, *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005, 117, sembra più coerente sostenere che il dissenso formalmente espresso dall'amministratore delegato sia il prerequisito che gli consenta poi di dare attuazione alla delibera di consiglio".

¹⁹⁶ M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 104.

di controllo, fruirlà dello scarico di responsabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2392¹⁹⁷.

Naturalmente nel caso in cui il delegato disattendesse agli ordini ricevuti, si esporrebbe alla sanzione immediata della rimozione dal proprio incarico e alla successiva eventuale azione di responsabilità¹⁹⁸. La possibilità, ora richiamata, di rimuovere gli amministratori delegati dissenzienti ridurrebbe l'importanza, sul piano pratico, del valore da attribuire alle direttive emanate dagli organi deleganti e spingerebbe a concentrare l'attenzione su altri aspetti quali l'ampiezza delle direttive, ossia se esse possano essere analitiche o debbano restare entro i limiti tipici della direttiva¹⁹⁹. La delega di funzioni, si è osservato, richiede sempre che siano riconosciuti al delegato un'autonomia tale da consentirgli di decidere concretamente quando e come esercitare la delega²⁰⁰. Una delega che elimini tale autonomia e riduca la funzione del delegato alla semplice esecuzione del deliberato altrui, assumendo le caratteristiche proprie della delega esecutiva, non potrebbe più essere qualificata come delega gestoria²⁰¹. La modificazione della natura della delega inciderebbe anche sulla qualificazione soggettiva del delegato "il quale più che come amministratore delegato, si attingerà, *ad instar* di un direttore generale, facendone infatti propria la prerogativa principale, costituita – come noto – dall'essere competente a curare l'esecuzione dei deliberati volta a volta adottati da tutti gli organi sovraordinati (: consiglio d'amministrazione, comitato esecutivo e amministratori delegati, quando presenti)"²⁰².

¹⁹⁷ M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società La nuova disciplina*, in Società, 2004, 939; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 104.

¹⁹⁸ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 33; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, (nt. 177), 237; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 409.

¹⁹⁹ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 26.

²⁰⁰ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 26.

²⁰¹ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 28.

²⁰² M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 28.

Capitolo II

L'AMMINISTRAZIONE INFORMATATA

1. *L'informazione quale strumento di corporate governance.* 2. *Il dovere di informare del presidente del consiglio di amministrazione:* a) *dalla vecchia alla nuova disciplina;* b) *la funzione;* c) *il presidente del consiglio di amministrazione e l'amministratore delegato;* d) *la derogabilità delle funzioni legislativamente attribuite al presidente.* 3. *Il contenuto dell'informazione dovuta dal presidente del consiglio di amministrazione e la sua attuazione:* a) *natura del dovere di informare del presidente del consiglio di amministrazione e sue modalità di esecuzione;* b) *la convocazione del consiglio di amministrazione;* c) *l'ordine del giorno del consiglio di amministrazione;* d) *il presidente quale coordinatore dei lavori del consiglio di amministrazione.* 4. *Il dovere di informare degli organi delegati:* a) *i precedenti;* b) *la funzione;* c) *i soggetti passivi del dovere di informazione nel caso di pluralità di organi delegati ed il loro coordinamento;* d) *l'informazione intra-gruppo.* 5. *Il contenuto dell'informazione dovuta dagli organi delegati e la sua attuazione:* a) *l'oggetto e la qualità dell'informazione;* b) *la tempistica e il luogo dell'informativa.* 6. *La nozione di amministratori "interessati":* a) *dagli amministratori "in conflitto di interessi" agli amministratori "interessati";* b) *le peculiarità del dovere di informazione degli amministratori interessati;* c) *i modelli teorici per la prevenzione del conflitto di interessi e la soluzione adottata dal legislatore riformista.* 7. *Il dovere di informazione degli amministratori interessati:* a)

la funzione; b) l'estensione quantitativa e qualitativa dell'informativa degli amministratori interessati rispetto all'informazione degli amministratori in conflitto di interessi; c) la nozione di interesse; d) l'interesse per conto terzi; e) la nozione di operazione. 8. Il contenuto dell'informazione dovuta dagli amministratori interessati e la sua attuazione: a) le quattro dimensioni dell'informazione dovuta dagli amministratori interessati; b) la forma; c) il termine; d) i destinatari dell'informativa degli amministratori interessati. 9. Gli obblighi informativi nella società quotata (art. 150 TUIF): a) le peculiarità dell'informativa ex art. 150 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria (Tuif); b) la portata generale degli obblighi informativi ex art. 2381, c. 5, c.c..

1. *L'informazione quale strumento di corporate governance.* – La *corporate governance*, secondo una nota definizione²⁰³, rappresenta il sistema con il quale le aziende vengono dirette e controllate. Essa, da un lato, tende ad assicurare alle società un governo efficiente, che garantisca agli azionisti la trasparenza della gestione e la tutela dei loro interessi e, dall'altro, fornisce un contenuto effettivo alla c.d. contendibilità dell'impresa, cioè una gestione trasparente tale da consentire ai terzi di individuare il suo reale valore²⁰⁴. Il principio di trasparenza, pertanto, “funge da comune denominatore degli strumenti di *corporate governance*, cioè di quelli affidati al mercato e di quelli interni o endosocietari che dir si voglia: così che è proprio la trasparenza della struttura societaria e della gestione della società a consentire al mercato, agli ‘organi’ (collegio sindacale, assemblea) interni e agli stessi soci una valutazione, la più possibile corretta, della gestione e dei risultati. In

²⁰³ A. CADBURY, (nt. 64), 25.

²⁰⁴ V. BUONOCORE, (nt. 41), 412.

conclusione, la sequenza che governa la gestione della società non deve fermarsi alla (libertà) autonomia ma deve completarsi con la responsabilità”²⁰⁵.

La dottrina anglosassone ha sintetizzato l'importanza della trasparenza nella gestione delle società assimilandola alla luce del sole: “si dice che la luce del sole sia il migliore dei disinfettanti; quella elettrica il più efficiente dei poliziotti”²⁰⁶.

In tale ottica, il tema dell'informazione endoconsiliare ha assunto un ruolo sempre più centrale nella convinzione che non vi può essere un corretta informazione esosocietaria o interorganica “se l'informazione non circola adeguatamente nell'ambito del consiglio di amministrazione”²⁰⁷. Soprattutto, in assenza di adeguati flussi informativi endoconsiliari non vi può essere “la trasparenza dell'attività gestionale, in tanto libera nei suoi fini, in quanto pienamente percepibile agli interessati nella sua estrinsecazione quasi ‘verbalizzata’”²⁰⁸.

La disciplina delle deleghe amministrative individua chiaramente le funzioni attribuite agli amministratori deleganti ed ai delegati, determinando una ripartizione verticale delle competenze tra i diversi organi amministrativi, “a ciascuno dei quali spettano poteri diversi, riconducibili cioè a fasi logicamente diverse, relativi tuttavia ai medesimi ambiti di gestione”²⁰⁹. In tale sistema risulta fondamentale per l'assolvimento degli obblighi degli amministratori non esecutivi, l'esistenza di un costante flusso informativo dall'organo delegato all'organo delegante²¹⁰.

²⁰⁵ V. BUONOCORE, (nt. 41), 413; A. CADBURY, (nt. 64), 45, “lo scopo dei codici [di *governance*] è incoraggiare i consigli di amministrazione a spiegare in che modo dirigono e controllano le proprie imprese. Questo permette a tutti coloro che hanno diritti e responsabilità nei confronti della società di sapere come le singole aziende sono dirette dai loro consigli di amministrazione e, di conseguenza, consente loro di esercitare i propri diritti e le proprie responsabilità in maniera informata”.

²⁰⁶ L'espressione è di L. D. BRANDEIS, *Other People's Money and How the Bankers Use it*, St. Martin's Press, London, 1914, 89, la citazione è riportata nella traduzione italiana in A. CADBURY, (nt.64), 45.

²⁰⁷ G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, 4.

²⁰⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 4, nota 11, che rinvia a B. LIBONATI, *Riflessioni in tema di corporate governance*, relazione al convegno *Tutela del risparmio, nuove regole di governance e disciplina delle autorità di vigilanza*, Foggia, 29-30 ottobre 2004.

²⁰⁹ G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 632.

²¹⁰ G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 632; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, (nt. 177), 241; CASS. PENALE, 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. Comm.*,

Tra gli obblighi degli amministratori esecutivi particolare attenzione deve, pertanto, essere attribuita all'informazione che essi debbono fornire al consiglio ed al collegio sindacale "non soltanto perché esso costituisce il punto di arrivo di un processo risalente nel tempo ma, soprattutto, in quanto il riformatore ha posto l'obbligo di informazione periodica a base dell'obbligo di vigilanza gravante sugli amministratori non esecutivi e, conseguentemente, della responsabilità di questi nei confronti della società (cfr. il combinato disposto dell'art. 2381, comma 5°, 2381, comma 3°, e 2392, comma 2°, c.c.), in dichiarata discontinuità rispetto al sistema previgente"²¹¹.

Altrettanto importante risulta in tale prospettiva il ruolo che il riformatore ha attribuito al presidente del consiglio di amministrazione quale coordinatore dei flussi informativi²¹².

Il dovere di informazione, infine, grava non solo sugli amministratori delegati ma anche su ogni altro amministratore portatore di "un interesse laterale rispetto ai procedimenti decisionali dell'attività di gestione"²¹³.

2008, II, 369, con nota di R. SACCHI, e in Società, 2008, 899, con nota di D. PULITANÒ, "La riforma della disciplina delle società, portata dal d. lgs. n. 6 del 2003, ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regolamentato la responsabilità dell'amministratore destinatario di delega. E, così, ha delineato, da un lato, il criterio direttivo dell' 'agire informato', che sostiene il mandato gestorio (art. 2381 c.c., 5° comma) e, correlativamente, l'obbligo di ragguaglio informativo sia carico del presidente del consiglio di amministrazione (art. 2381 c.c., 1° comma: 'provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri') sia in capo ai consiglieri delegati, i quali con prestabilita periodicità, devono fornire adeguata notizia 'sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate' (art. 2381 c.c., 5° comma)".

²¹¹ P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 499; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, (nt. 41), 1328, "[...] la riforma abbia fatto leva sull'informazione come condizione della responsabilità, di cui si tratta, basandosi sia sul rilievo che l'organizzazione dei rapporti fra consiglio e delegati prevede come ordinaria la conoscenza da parte del primo degli atti più importanti di gestione si sul rilievo che questa conoscenza deve avvenire in tempo tale da consentire eventuali interventi correttivi".

²¹² G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 7.

²¹³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 7.

2. *Il dovere di informare del presidente del consiglio di amministrazione.*

a) *Dalla vecchia alla nuova disciplina.* - La disciplina dedicata al presidente del consiglio di amministrazione nel codice *ante* riforma era, in verità, estremamente scarna e ad essa corrispondeva una altrettanto scarsa attenzione da parte della dottrina²¹⁴. L'ultimo comma dell'art. 2380 della disciplina previgente, con una formula ripresa quasi integralmente dal legislatore riformista, attribuiva al consiglio di amministrazione il potere di scegliere tra i suoi membri il presidente, nel caso in cui questi non era già stato nominato dall'assemblea. Il legislatore nulla disponeva in merito alle sue competenze. La dottrina, considerato che il presidente doveva presiedere un organo collegiale, aveva individuato le sue funzioni tipiche nel "dirigere le riunioni del consiglio, convocare il consiglio, controllare che il segretario rediga i verbali delle adunanze e delle deliberazioni sull'apposito libro, sottoscrivendo ogni verbale"²¹⁵. Nessun altro potere, secondo tale opinione, era attribuibile al presidente del consiglio di amministrazione.

Il legislatore della riforma dopo aver confermato la precedente disciplina sui criteri di nomina, ha stabilito che "salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri".

b) *La funzione.* - L'ultima parte del c. 1 dell'art. 2381 impone al presidente del CdA di provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri. Scopo della norma è di

²¹⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 98.

²¹⁵ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 260.

consentire a tutti gli amministratori di avere una preventiva adeguata informazione sulle materie oggetto di delibera, in modo che tutti possano partecipare efficacemente alla gestione della società²¹⁶. Si tratta di una funzione di fondamentale importanza, perché in tanto ha valore affidare l'amministrazione ad un consiglio, in quanto il maggior costo della collegialità è compensato dalla partecipazione di tutti i componenti dell'organo alla gestione della società²¹⁷. Infatti, "è in questa sede [la discussione], che si verifica quella diretta influenza e integrazione reciproca delle opinioni e delle determinazioni individuali, nella quale si è riposta la più intima caratteristica, ed anche la più utile, del metodo collegiale"²¹⁸.

Presupposto perché ciascun partecipante possa avere delle opinioni e non delle intuizioni è che abbia una conoscenza della materia da trattare.

Se le modalità con le quali la circolazione delle informazioni è ampiamente rimessa all'autonomia privata la funzione che essa delinea "non è tuttavia prescindibile. Essa ha infatti un ruolo cruciale nella nuova fisionomia del consiglio di amministrazione, nel quale, a prescindere dall'oscillazione del baricentro decisionale in ragione dell'estensione del contenuto delle deleghe, i componenti dello stesso non sono più tenuti ad un'ubiquitaria e indefettibile vigilanza, ma non possono nemmeno per converso assistere avulsi a quanto transita in consiglio, come

²¹⁶ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 40; G. D. MOSCO, *sub art. 2381*, (nt. 136), 595; R. RORDORF, *sub art. 2381*, in G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società Società di capitali cooperative – consorzi reati societari*, Ipsa, Vicenza, 2004, 370.

²¹⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 40; P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, 2, 2006, 442, "E' rilievo diffuso e condivisibile che il legislatore, recependo tendenze ricorrenti nel dibattito internazionale sulla *corporate governance*, ha individuato un modello di *default* in cui al presidente è positivamente riconosciuta la titolarità di una serie di poteri cardine per esercitare funzioni non solo di coordinamento dell'attività consiliare, ma anche di stimolo e dunque di tutela dell'effettività del ruolo del consiglio nell'amministrazione sociale: in una logica, insomma, di potenziamento dell'organizzazione collegiale, spesso nella pratica ridotta a posizioni marginali e squilibrate in favore degli organi delegati, tali da comprometterne l'efficienza gestoria".

²¹⁸ A. VENDITTI, (nt. 79), 58, G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 404.

se di accadimenti esterni si trattasse e non di processi decisionali che devono coinvolgere la scienza, le specifiche competenze e lo spirito vigile di ciascuno”²¹⁹.

Accanto alle competenze che tradizionalmente delineano la figura del presidente di un organo collegiale, quindi, il legislatore della riforma ha dato ampio rilievo alla funzione informativa che diventa centrale nell’esercizio delle funzioni degli amministratori non esecutivi²²⁰. “Le funzioni menzionate dal comma 1° dell’art. 2381 c.c. hanno infatti sostanzialmente carattere ordinatorio, essendo dirette a garantire il regolare ed ordinato funzionamento del consiglio di amministrazione e l’adozione da parte dei suoi componenti di decisioni consapevoli e ponderate, anche attraverso la preventiva diffusione di adeguati dati informativi in ordine agli argomenti sui quali l’organo è chiamato a pronunciarsi, onde evitare che le riunioni consiliari possano rischiare di tradursi di fatto in una mera formalità, volta a consentire al *plenum* di dare il proprio benestare su decisioni già adottate in precedenza dagli organi delegati”²²¹.

c) Il presidente del consiglio di amministrazione e l’amministratore delegato.

- Secondo la nuova disciplina, in armonia con quanto già previsto in dottrina²²², al presidente, salvo diversa disposizione statutaria, non spettano compiti gestionali “ma quelli di far funzionare in modo efficiente il consiglio di amministrazione”²²³. Con il nuovo testo del c. 1 dell’art. 2381, “il legislatore del 2003 [...] ha colmato una lacuna ed ha fornito un chiarimento che consente di distinguere il ruolo del presidente rispetto a quello dell’amministratore delegato, evitando le

²¹⁹ G. M. ZAMPERETTI (nt. 207), 140.

²²⁰ G. M. ZAMPERETTI (nt. 207), 102; L. NAZZICONE, (nt. 59), 25.

²²¹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 666; G. D. MOSCO, *sub art. 2381*, (nt. 136), 595.

²²² O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 260.

²²³ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 38.

sovrapposizioni e le ambiguità che si sono spesso verificate nel passato”²²⁴. Nonostante la chiarificazione dei ruoli del presidente del consiglio di amministrazione e dell’amministratore delegato, la legge, come detto, non vieta il cumulo di tali cariche attribuendone la scelta alla volontà dei soci statutariamente manifestata. Dottrina specialistica²²⁵ ha evidenziato i possibili vantaggi e svantaggi che possono derivare alla società nel caso in cui si opti per la concentrazione di entrambe le cariche in capo ad un unico soggetto. Secondo tale studio la possibile attribuzione al presidente del consiglio di amministrazione anche della carica di amministratore delegato sembra, da un lato, presentare elementi di distonia con il sistema delineato dalla riforma ma, dall’altro, sembra facilitare l’adempimento degli obblighi posti a carico del presidente. Nel caso di combinazione del ruolo di presidente con quello di amministratore delegato viene meno, innanzitutto, quella neutralità dell’organo che è presupposto per un efficiente esercizio della funzione di soprintendenza sui flussi informativi dagli organi delegati ai deleganti. In tal caso, infatti, si potrebbero avere delle conseguenze sulla qualità delle informazioni fornite al consiglio dovuta all’interesse del presidente di proteggere le scelte svolte quale amministratore delegato. La separazione delle funzioni, inoltre, può consentire più facilmente al presidente di “stimolare il consiglio a svolgere quelle rilevanti funzioni di vaglio critico, di stimolo, di iniziativa, di confronto che sono generalmente auspiccate”²²⁶. Per contro, nel caso opposto, si potrebbe determinare un appiattimento del consiglio sulle posizioni degli organi delegati annullando, così, i benefici della collegialità. Il cumulo delle cariche potrebbe incidere anche sul corretto svolgimento

²²⁴ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, (nt. 41), 401; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 668; Per un’analisi statistica circa l’attribuzione di deleghe amministrative al presidente del C.d.A., S. LOPREIATO – E. PUCCI, *L’adeguamento del Consiglio di amministrazione al codice Preda nelle società quotate*, in AGE, 2003, 221 e ss..

²²⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 112. Sul punto, in riferimento alla legislazione anglosassone cfr. A. CADBURY, (nt. 64), 127 e ss..

²²⁶ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 112.

della dialettica consiliare e sulla funzione di ponderazione. Entrambe, infatti, si basano sulla reputazione di cui normalmente gode il presidente unitamente ad una sua equidistanza dai diversi consiglieri. Per tali ragioni la presenza di un presidente *super partes* potrebbe consentire il componimento dei diversi interessi senza giungere alla conta dei voti. D'altro canto, però, nel caso in cui si scelga la separazione dei ruoli, si potrebbe avere l'effetto indubbiamente positivo di consentire al presidente di avere tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei compiti che la legge gli assegna. L'esperienza straniera ci dice, inoltre, che nel caso di presidente-amministratore delegato si ha una *leadership* indiscussa, non vi è cioè ambiguità sulla guida dell'impresa, in quanto la stessa persona che presiede il consiglio di amministrazione è responsabile anche dell'attuazione delle strategie aziendali da quest'ultimo determinate²²⁷.

Le regole che disciplinano l'amministrazione nel caso in cui si scelga di cumulare le cariche in capo ad un unico soggetto sono le stesse regole previste in caso di coesistenza di più organi delegati²²⁸.

Il mancato riconoscimento in sede legislativa di poteri gestori al presidente del consiglio di amministrazione, in ogni caso, non diminuisce il ruolo da esso svolto nell'ambito dell'organizzazione societaria²²⁹ in quanto, anche se posto in una posizione²³⁰ di *primus inter pares*, è dotato di influenti poteri organizzativi in grado

²²⁷ A. CADBURY, (nt. 64), 133, [...] la maggior parte delle società viene fondata da un individuo, che probabilmente è sia il proprietario che l'amministratore. Se tutto va bene, questi rimane a capo della propria azienda man mano che cresce, essendo responsabile sia della direzione che della gestione. In questo senso, è un presidente/amministratore delegato. In una certa fase di sviluppo delle attività, possono affrontare delle ragioni per voler differenziare i due incarichi, come nel caso dell'introduzione di fonti finanziarie esterne, del divorzio tra proprietà e *management*, o qualora il fondatore voglia lasciare il comando".

²²⁸ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegale e la delega*, (nt. 82), 260.

²²⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 39.

²³⁰ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 99.

di “influire sulle modalità di esercizio del potere gestionale eventualmente conferito agli organi delegati”²³¹.

d) *La derogabilità delle funzioni legislativamente attribuite al presidente.* -

L’elencazione fatta dal legislatore delle funzioni attribuibili al presidente del CdA non ha carattere tassativo e può essere completata o modificata dallo statuto ma, in ogni caso, le modifiche statutarie devono essere coerenti “con la preservazione dei connotati neutrali ed organizzativi della funzione propria di tale ruolo”²³². In altre parole, il legislatore della riforma ha individuato alcune funzioni che debbono essere considerate inderogabili, ma ha lasciato all’autonomia statutaria la possibilità di individuare il soggetto che ne è titolare – prevedendo, però, che in via dispositiva la competenza sia del presidente -, e le forme con cui tali funzioni possono essere attuate²³³.

3. *Il contenuto dell’informazione dovuta dal presidente del consiglio di amministrazione e la sua attuazione.*

a) *Natura del dovere di informare del presidente del consiglio di amministrazione e sue modalità di esecuzione.* - L’obbligo informativo a carico del presidente del CdA sembra essere limitato alle sole materie comprese nell’ordine del giorno, come esplicitamente previsto dall’art. 2381²³⁴. Il legislatore nulla dice in merito alle modalità tramite le quali il presidente assolve al proprio obbligo

²³¹ G. M. ZAMPERETTI (nt. 207), 98; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 39 e ss..

²³² L. NAZZICONE, (nt. 59), 25.

²³³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 109; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 666, “La determinazione delle competenze, sopra sommariamente indicate, attribuite al presidente del consiglio di amministrazione trova ovviamente applicazione, come si è anticipato, in assenza di differenti disposizioni statutarie che peraltro, nell’ampliare o nel ridurre i compiti di tale organo in modo difforme a quanto previsto dalla legge, dovranno comunque rispettare eventuali norme inderogabili dell’autonomia privata”.

²³⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 140.

informativo e pertanto esse sono libere. “Il dovere in parola, sotto questo profilo, si attiene al criterio generale della idoneità dei mezzi allo scopo, a sua volta riconducibile al principio di diligenza”²³⁵. L’informazione, poi, non necessariamente deve essere fornita direttamente dal presidente, il quale deve dare le disposizioni perché i responsabili dei vari settori, da lui individuati, forniscano le informazioni rilevanti²³⁶. Si tratterebbe, secondo tale opinione, di una obbligazione di mezzi e non di risultato, e di una obbligazione indiretta cioè non di fare ma di far fare²³⁷.

In assenza di una specifica disposizione in merito si ritiene che le informazioni ai consiglieri debbano essere fornite prima della riunione del consiglio, ed il termine entro il quale la documentazione debba essere resa disponibile ai consiglieri vada determinato dal presidente o da regolamenti consiliari²³⁸. Secondo certa dottrina, però, la questione se l’informazione agli amministratori debba pervenire antecedentemente al consiglio o possa essere fornita in quella sede non avrebbe risposta univoca “in ragione delle imponderabili necessità dell’attività gestionale”²³⁹. Secondo tale dottrina il giudizio di adeguatezza dell’informazione non deve essere compiuto solo in modo assoluto ma anche in termini relativi, facendo riferimento sia alla complessità della materia da trattare che all’urgenza della stessa. Così, ad esempio, in relazione ad una materia complessa un’informazione istantanea non sarebbe adeguata, mentre nel caso di informazioni semplici anche un’informazione istantanea potrebbe risultare adeguata.

²³⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 148.

²³⁶ P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 680; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 148; A. DE NICOLA, *sub art. 2381*, (nt. 195), 113, nota 50, “Il presidente, previo eventuale coordinamento con gli organi delegati, avrà quindi il potere di istruire i vari responsabili delle funzioni aziendali affinché forniscano la documentazione necessaria”

²³⁷ P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 680.

²³⁸ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 40; P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 680; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informati*, (nt. 70), “L’adeguatezza dell’informazione attiene non solo al suo contenuto quantitativo e qualitativo, ma alla circostanza che essa sia fornita con ragionevole anticipo”.

²³⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 153.

b) *La convocazione del consiglio di amministrazione.* - Il legislatore ha stabilito che il presidente ha il potere, innanzitutto, di convocare il consiglio di amministrazione. L'individuazione di un soggetto titolare del potere di convocazione di un organo collegiale rappresenta la condizione base per il corretto funzionamento dell'organo stesso²⁴⁰. In assenza di una specificazione delle modalità di convocazione si ritiene che esse siano libere purché in grado di garantire ai destinatari, e cioè gli amministratori ed i membri dell'organo di controllo interno legittimati a partecipare alle riunioni del consiglio, di conoscere gli estremi della riunione che si individuano nel luogo, giorno, ora e relativo ordine del giorno²⁴¹. La comunicazione deve essere indirizzata singolarmente a ciascuno dei destinatari²⁴². In relazione al tempo intercorrente tra la comunicazione e la data dell'assemblea la dottrina ritiene che essa debba "avvenire tempestivamente o che il termine debba essere congruo"²⁴³, dove tempestivamente deve essere inteso con anticipo "sufficiente a consentire l'intervento"²⁴⁴. Il presidente, mancando anche in questo caso una specifica indicazione legislativa, si ritiene che abbia la facoltà di convocare il consiglio quando lo ritenga opportuno e che, invece, abbia "l'obbligo di convocarlo qualora vi sia la richiesta da parte di uno degli amministratori (applicandosi per analogia, e con gli opportuni adattamenti l'art. 2367, 1° comma, c.c., in tema di convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza), contenente l'indicazione delle materie da trattare"²⁴⁵ o, secondo altra interpretazione,

²⁴⁰ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 117.

²⁴¹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 666; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 119; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 266; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 400.

²⁴² O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 266.

²⁴³ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 266; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 667.

²⁴⁴ A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali: assemblea, amministratori, sindaci, Jovene*, Napoli, 1950, 120; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 400, nota 60.

²⁴⁵ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), 266; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 400; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 667; P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 455, Sanfilippo chiarisce, innanzitutto, "che l'iniziativa in un procedimento collegiale si articola in una fattispecie complessa di due elementi: 'l'atto di iniziativa (proposta, richiesta, etc.) in senso proprio, che apre il procedimento culminante nella deliberazione, e l'atto strumentale con cui l'iniziativa

quando la richiesta provenga dalla maggioranza degli amministratori in carica²⁴⁶. Se si accettano tali conclusioni relative al modello legale non sembra possibile, tramite

già formulata è inserita tra le questioni che formano oggetto dell'adunanza (formulazione dell'odg., o simili)”. L'autore, data per certa la competenza esclusiva del presidente nella convocazione del consiglio, pone il problema della competenza concorrente nella convocazione in capo ai singoli consiglieri; “se, in altre parole, ogni consigliere abbia o meno il potere di richiedere la convocazione del consiglio al presidente, al quale poi resterebbe comunque riservato l'atto strumentale per il perfezionamento della convocazione”. Sanfilippo sembra adottare una soluzione positiva al problema sulla base di molteplici argomentazioni. Innanzitutto, privare il singolo consigliere del semplice atto di iniziativa, o ridurre lo stesso ad un semplice invito, “significherebbe all'evidenza sposare una scelta di campo in favore di un rafforzamento tale della figura del presidente (secondo il modello legale), da farne il vero *dominus* del collegio. E tuttavia, una simile lettura della disciplina può ben lasciare perplessi, ove solo si ponga mente a come ridimensioni il ruolo partecipativo dei singoli componenti, svilendone così un aspetto cui la riforma si è invece visto, e sotto diversi profili, dar luce”. Né il riconoscimento del potere di iniziativa sembrerebbe incidere sull'unità di gestione. Inoltre, “non può dubitarsi, pure dopo la riforma, della piena titolarità del consiglio all'esercizio dei poteri di vigilanza e di intervento (art. 2381, comma 3°, c.c.): concedere quindi al presidente il potere di negare, anche ad un solo consigliere, di dar corso alla richiesta di convocazione del collegio significherebbe riservare esclusivamente al primo, e non già al consiglio, la competenza esclusiva a valutare se meriti accoglimento la proposta del componente che eventualmente solleciti il potere di intervento (ma anche di istruttoria) del consiglio medesimo. Né sembra lecito obiettare che resterebbe comunque in capo al consigliere il potere di esercitare il dissenso nelle forme rituali (art. 2392, comma 3°, c.c.), giacché, a parte ogni considerazione sulla pari efficacia e tempestività dello strumento nel coinvolgere tutti gli amministratori in merito alla questione sollevata, è parimenti indubbio che la riforma riconosce ora a ciascun consigliere il diritto all'informazione su ogni materia relativa alla gestione della società (art. 2381, comma ult., c.c.). Né, infine, potrebbe al contrario addursi la recente novella che indica, nel sistema monistico di società quotata, i soli consiglieri componenti del comitato per il controllo della gestione quali titolari di un potere individuale in ordine alla convocazione del consiglio (art. 151 *ter*, comma 3°, ult. periodo, t.u.f., come modificato ex l. n. 262/2005), trattandosi invero di disposizione speciale che attribuisce una competenza esclusiva di convocazione, e che non contraddice certo la competenza concorrente alla convocazione, che il modello legale comune mostra di riconoscere ad ogni consigliere come tale”. Sanfilippo pone, poi, il problema del sindacato da parte del presidente sulla richiesta di convocazione. La soluzione a cui giunge l'Autore sembra quella dell'esclusione di ogni sindacato di merito sulla richiesta, e la possibilità di rifiutare la richiesta di convocazione solo quando le materie fossero completamente estranee alla competenza del consiglio.

²⁴⁶ TRIB. CAMPOBASSO, ord. 31 ottobre 2007, in *Società*, 2008, 1140, con nota di F. DARDES, Secondo tale giurisprudenza, infatti, il sistema di amministrazione consiliare privilegia l'aspetto collegiale nella formazione delle scelte di gestione senza attribuire al presidente un ruolo di supremazia rispetto agli altri consiglieri, affidandogli “unicamente la convocazione dell'organo, la fissazione dell'ordine del giorno ed il coordinamento dei lavori delle sedute del consiglio nonché l'adeguata informazione di tutti i consiglieri riguardo alle materie da trattare di volta in volta” (TRIB. CAMPOBASSO, ord. 31 ottobre 2007, nt.). La funzione delle collegialità, secondo la stessa giurisprudenza, assolve “all'esigenza di tutelare l'interesse sociale alla ponderazione delle decisioni attraverso il ricorso a plurime esperienze di amministrazione e competenze professionali, nel quadro di una collaborazione costante e completamente finalizzata all'adozione di decisioni che al tempo stesso siano adeguatamente ponderate e rapidamente formate e condotte ad esecuzione nel superiore interesse alla regolarità gestionale, alla quale sono indispensabili l'univocità dell'azione amministrativa e la celerità dei relativi processi decisionali. L'attività del consiglio di amministrazione è perciò coerentemente governata in modo pressoché assoluto ed inderogabile dal principio maggioritario (cfr., in motivazione, Cass. Sez. I, 26-11-1998, 12012), al fine di evitare il pericolo che la gestione della società possa essere dilaniata da dissidi interni che potrebbero determinare l'impossibilità di realizzare gli obiettivi di guadagno prefissati e/o la distruzione delle risorse preordinate al perseguimento degli scopi sociali. Ampia libertà è lasciata invece all'autonomia statutaria nell'individuazione delle modalità di convocazione del consiglio e dei poteri di iniziativa al riguardo, con il solo divieto, implicito nell'inderogabilità del principio maggioritario, di prevedere clausole che consentano al presidente del C.d.A. di sottrarsi alla convocazione richiestagli dalla maggioranza degli amministratori in carica ovvero all'inclusione, nell'ordine del giorno, degli argomenti indicatigli dalla medesima maggioranza. La delega di funzioni consiliari a singoli componenti del C.d.A., inoltre, è rimessa anch'essa alla volontà del collegio e, perciò, della maggioranza validamente espressa al suo interno, che ne determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio e può in ogni tempo impartire direttive agli organi delegati, avocare a sé operazioni rientranti nella delega ed anche revocarla, soprattutto quando, [...], si sia verificata una situazione di grave contrasto fra il presidente e la maggioranza dei consiglieri” (TRIB. CAMPOBASSO, ord. 31 ottobre 2007, nt.). “[...] la volontà del presidente non potrebbe mai prevalere su quella espressa dalla maggioranza assoluta dei componenti dell'organo collegiale ed egli giammai potrebbe sottrarsi alla convocazione del consiglio richiestagli dalla maggioranza assoluta dei suoi componenti o esimersi dall'includere nel relativo ordine del giorno le materie indicategli dalla medesima maggioranza”.

clausola statutaria, “privare i singoli consiglieri del potere di richiedere al presidente la convocazione del consiglio, sia pure subordinandolo ad un *quorum* di richieste cumulative”²⁴⁷.

c) *L'ordine del giorno del consiglio di amministrazione*. - Il legislatore ha conferito al presidente il potere di fissare l'ordine del giorno delle riunioni consiliari. Funzione specifica dell'ordine del giorno è di informare preventivamente i partecipanti alla riunione delle materie oggetto di discussione e delibera. In tal modo si consente agli stessi soggetti di ricevere adeguate informazioni dal presidente e di chiedere informazioni sulle stesse materie agli organi delegati, *ex c.* 6° art. 2381, al fine di rendere effettivo il principio della amministrazione informata voluto dal legislatore del 2003²⁴⁸.

Dubbi sussistono in merito alla possibilità di discutere e deliberare su materie non contenute nell'ordine del giorno²⁴⁹. Sembra opportuno a tal proposito condividere quell'opinione che considera l'ordine del giorno come vincolante,

²⁴⁷ P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 461, “E’ noto, infatti, come solitamente gli statuti prevedano la clausola che ‘impone’ la convocazione del consiglio, in caso di richiesta da parte di un certo numero di componenti: si tratta, tuttavia, di comprendere se, nella specie, lo statuto intenda attribuire una competenza esclusiva (in capo ad una dato numero di consiglieri, unita eventualmente ad un mero atto di comunicazione del presidente, così quantomeno attenuando il rigore del procedimento informativo pre-consiliare), ovvero configurare una soglia minima di richiedenti perché si possa esercitare una competenza concorrente alla convocazione. Ma ove il dubbio venisse sciolto nel secondo senso, la clausola non potrebbe che mostrarsi illecita, privando ciascun componente della titolarità dello stesso atto di iniziativa alla convocazione consiliare (ancorché poi da perfezionarsi con atto necessario del presidente). Ed invero, una siffatta pattuizione, ancora una volta, per un verso, inficerebbe il diritto di ogni consigliere all’informazione in consiglio, riducendo ingiustificatamente gli spazi operativi per adempiere al proprio obbligo di agire in modo informato (art. 2381, comma ult. c.c.); per altro verso, finirebbe per eludere il potere dello stesso collegio di deliberare in merito ad iniziative di vigilanza ed intervento, pur sollecitate da un solo componente (art. 2381, comma 3°, c.c.). In senso conservativo (art. 1367 c.c.), allora, la clausola potrebbe verosimilmente intendersi quale disciplina ‘attenuativa’ non tanto dei poteri di sindacato del presidente sulla richiesta di convocazione, quanto della discrezionalità presidenziale in ordine a modalità, tempi e contenuto dell’avviso di convocazione; non sembrando lecito, tuttavia, trarre dalla mera mancata adesione del presidente alla richiesta di convocazione, formulata secondo tale clausola, facili automatismi circa la sussistenza dei presupposti di inerzia e soprattutto di urgenza di evitare n danno alla società, che esigono invece un accertamento rigoroso al fine di giustificare la pur sempre eccezionale ‘surroga’ dei consiglieri nel potere presidenziale di emanare l’atto di convocazione, pena l’inaccettabile varco ad usi surrettizi della clausola”.

²⁴⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 122.

²⁴⁹ P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 668, Montalenti pone solo il problema ma non individua una possibile soluzione; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 667; Morandi sembra invece non credere alla possibilità di poter discutere su materie non contenute nell'ordine del giorno salvo che, come si vedrà oltre, non vi sia un consenso unanime del consiglio in tal senso.

escludendo quindi la possibilità che, sulla base di presunte improrogabili ragioni di urgenza, possano essere poste in discussione materie che non siano state oggetto di adeguata informazione per tutti i membri del consiglio²⁵⁰. “Sarebbe veramente inutile continuare a dissertare della trasparenza che caratterizzerebbe in *thesi* il nuovo modello di organo amministrativo se si continuasse a pensare, come poteva accadere in passato, che gli amministratori possano arrivare ad una riunione nella quale nessuno (*rectius*: solo l’amministratore delegato) sa di che cosa si deve parlare e, soprattutto, cosa si deve deliberare: sarebbe questa una delle strade per continuare a fare del consiglio di amministrazione quanto già ricordato da Vivante, cioè ‘un mero ufficio decorativo, in balia di un direttore o di un amministratore che fa da padrone’”²⁵¹.

La vincolatività dell’ordine del giorno, però, può essere superata dal consenso unanime, esplicito o anche tacito, di tutti i consiglieri²⁵².

²⁵⁰ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 122, “L’inderogabilità dell’ordine del giorno si ricava con sicurezza dalla stretta connessione funzionale con l’obbligo di ogni consigliere di ‘agire in modo informato’ posto dall’art. 2381, sesto comma, c.c., con il correlativo potere di chiedere informazioni agli organi delegati da rendersi ‘in consiglio’ e con il dovere del presidente di far pervenire adeguate informazioni ‘sulle materie da trattare’”; P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 464, “il dubbio sulla natura dell’o.d.g. previsto dal modello legale sembra anzitutto da sciogliere, a ben guardare, a favore di un’accezione in senso forte. Spinge in tale direzione la palese correlazione posta dal legislatore tra il momento della fissazione delle materie all’o.d.g., da parte del presidente, e quello della somministrazione di ‘adeguate informazioni sulle materie iscritte all’ordine del giorno’, sempre da parte del presidente. L’adeguatezza dell’informazione a tutti i consiglieri, per opera dello stesso soggetto che è preposto alla formazione delle materie su cui deliberare in una data seduta consiliare, sembra infatti imporre quantomeno un congruo spazio temporale di riflessione in capo ad ogni componente sui contenuti dell’informazione stessa. Ed è evidente che consentire modificazioni od anche integrazioni dell’o.d.g., una volta riunito il consiglio, ancorché unitamente alla produzione di copiosa informazione nel corso della stessa adunanza rispetto alle nuove materie proposte ‘a sorpresa’ all’attenzione del collegio, finirebbe per relegare l’obbligo del presidente di curare l’informazione dei consiglieri in un adempimento per certi versi formale, e comunque ben poco fruibile, seduta stante, dai consiglieri stessi. [...] Del resto, configurare in senso forte l’o.d.g. fissato dal presidente, responsabile dell’informazione di tutti i consiglieri, non rischia affatto di compromettere la coerenza dell’azione amministrativa, là dove l’emerge la necessità di adottare atti indifferibili di amministrazione, per l’urgenza di evitare un danno alla società. Il sistema, infatti, conosce la regola che nega applicazione a dati regimi procedimentale della funzione amministrativa, ove sia in gioco il pericolo di un pregiudizio per il patrimonio sociale (arg. ex art. 2258, comma 3° c.c.); regola alla quale sembra potersi bene assegnare valenza ‘transtipica’, non trovando quel pericolo certo minore rilievo nel tipo azionario rispetto ai tipi personale. Ed anche ove si scarti la via dell’applicazione analogica, dovrebbe comunque convenirsi che, a ben riflettere, in simili circostanze, lo stesso criterio di correttezza converga nell’imporre una deroga al procedimento di informazione pre-consiliare”.

²⁵¹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 126.

²⁵² P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 667; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 126. Diversamente, P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 471, “A ben riflettere, tuttavia, la soluzione merita di essere disarticolata, disaggregando le possibili fattispecie. La soluzione più liberale si mostra, infatti, piuttosto incerta, in presenza di un modello (legale) di informazione preventiva, cui lo statuto non abbia inteso

Dubbi sussistono in merito alla possibilità che il singolo amministratore, in assenza di una specifica clausola statutaria²⁵³, possa chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno prima del consiglio²⁵⁴. Secondo una certa interpretazione²⁵⁵, ogni singolo consigliere è dotato del potere di richiedere che una determinata materia sia messa all'ordine del giorno, e ciò sulla considerazione che il consiglio di amministrazione è il luogo dove si deve sviluppare la discussione sulla gestione, e dove la completa informazione da parte di ogni membro consente di valutare collegialmente le conseguenze operative delle proposte di ogni singolo componente.

Il potere del presidente di fissare l'ordine del giorno costituisce uno strumento fondamentale nell'ambito della gestione in quanto può, da un lato, condizionare l'amministratore delegato, il quale vede il suo ruolo ridimensionato nella misura in cui il presidente decida di sottoporre al consiglio "ogni decisione di rilievo, anche se rientrante nella delega conferita all'amministratore delegato"²⁵⁶ e,

derogare, e che impone in capo ad ogni consigliere una ponderazione sulle materie iscritte all'o.d.g.: la via dle 'consiglio totalitario' aprirebbe, all'evidenza, un varco inaccettabile ad una sistematica inosservanza proprio di quel modello procedimentale scelto dallo statuto. In altri termini, l'ammissibilità di un 'consiglio totalitario' sembra compatibile soltanto in relazione a scelte statutarie che sminuiscano la pregnanza degli adempimenti pre-consiliari, segnatamente là dove lo statuto non abbia accolto del modello legale la fase informativa, pur lasciando la previsione di un o.d.g., allora, come si è detto, di natura debole. E argomentando *a maiori ad minus*, nulla poi sembra escludere che i soci scelgano un modello (intermedio) che mantenga sì un'informazione pre-consiliare, correlata ad un o.d.g. forte, ma che veda poi, per espressa disposizione statutaria, quell'informazione preventiva suscettibile di omissione, là dove si costituisca un 'consiglio totalitario': sempre che, s'intende, resti fermo il potere di ciascuno componente di opporsi alla discussione di quegli argomenti non preceduti da adeguata informazione prima dell'adunanza".

²⁵³ P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 468, sembrerebbe dubbia, secondo tale dottrina, la clausola statutaria che consenta al singolo consigliere di integrare l'ordine del giorno. "Ora, simile clausola statutaria sembra agevolmente superare non solo il giudizio di liceità – chè occorre sempre passare da una richiesta al presidente, non minandosi così la coerenza d'azione – ma anche quello di meritevolezza [...]. E tuttavia, l'evidente necessità di coordinare le diverse richieste in una coerente formulazione dell'o.d.g., di disciplinare gli aspetti logistici dell'adunanza e, soprattutto, di organizzare il processo di informazione preventiva dei consiglieri dovrebbero invero precludere agli statuti di disporre una competenza 'diffusa' in favore di ogni componente, vuoi nel coordinamento di quel procedimento di informazione, vuoi nella fissazione dell'o.d.g., da forte grado di 'resistenza' proprio per essere unito a quel processo informativo. Se, infatti, il legislatore, lasciando espressamente aperta una diversa disciplina statutaria, non ha imposto un ruolo necessariamente di primazia del presidente rispetto alla posizione degli organi delegati, così restando ben ammissibile che taluno dei poteri in discorso resti accentrato in capo ad un amministratore delegato, non sembra, tuttavia, che gli statuti possano persino organizzare, in deroga al modello legale, assetti inadeguati e quindi di dubbia meritevolezza (art. 1322, cpv., c.c.), per essere incoerenti rispetto alla stessa logica della composizione degli interessi che pur mostrano di perseguire".

²⁵⁴ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 667; P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 668, Montalenti fa riferimento al problema in termini dubitativi.

²⁵⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 133.

²⁵⁶ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 40; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 130.

dall'altro, richiede al presidente di coordinarsi con l'amministratore delegato per individuare le materie da iscrivere all'ordine del giorno e ottenere le informazioni da fornire al consiglio²⁵⁷.

d) *Il presidente quale coordinatore dei lavori del consiglio di amministrazione.* - Il legislatore del 2003 ha attribuito al presidente del consiglio di amministrazione anche il ruolo di coordinatore dei lavori del consiglio. In dottrina il ruolo di coordinatore del presidente del CdA è principio consolidato. Già alla luce del vecchio ordinamento la dottrina²⁵⁸ riteneva che la discussione consiliare si doveva svolgere in modo libero ed ordinato. Il che significava, secondo tale opinione, che ogni componente del consiglio, in condizione di piena parità, doveva poter esprimere la propria opinione sulla materia da discutere e deliberare, e che il presidente doveva rendere effettivo tale diritto. Tale interpretazione sembra da condividere anche oggi in quanto una discussione può considerarsi effettivamente libera solo quando si hanno a disposizione tutte le informazioni relative alla materia da trattare, e ciò sembra essere condiviso anche dal legislatore che ha cercato di rendere concreti tali principi, da un lato, con l'imposizione degli obblighi informativi a carico del presidente e degli amministratori delegati ed interessati e, dall'altro, con la previsione dell'obbligo di ogni singolo consigliere di agire in modo informato. Il presidente, pertanto, con un corretto esercizio del potere di coordinamento deve tendere a ridurre le asimmetrie informative ancora presenti tra i consiglieri al momento di apertura della discussione, stimolando i consiglieri in possesso di maggiori informazioni a condividerle con gli altri²⁵⁹, e deve garantire ad

²⁵⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 40; G. M. ZAMPERETTI (nt. 207), 130.

²⁵⁸ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 402; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegale e la delega*, (nt. 82), 267.

²⁵⁹ G. M. ZAMPERETTI (nt. 207), 135.

ogni componente di poter esercitare in modo pieno il proprio ruolo. Dubbi sembrano sussistere in merito alla natura originaria o derivata dei poteri del presidente. Secondo i primi interpreti²⁶⁰, l'attività di coordinamento rientra tra le funzioni originarie e proprie del presidente, e pertanto le decisioni in materia dallo stesso assunte sono prese in piena autonomia e non costituiscono espressione della decisione assunta dalla maggioranza dei consiglieri. Secondo altra dottrina²⁶¹, si potrebbero considerare originari quei poteri del presidente "dotati di un nesso funzionale con il sub-procedimento informativo e preparatorio dell'adunanza"²⁶², che di certo rimane nella piena titolarità del presidente sin quando lo stesso non deroghi al modello legale"²⁶³, e che il presidente esercita in modo autonomo e non per tacita delega consiliare. Però, negare al consiglio la possibilità di contrastare le scelte del presidente nel caso in cui tali scelte potrebbero incidere sulla coerenza o sulla tempestività delle scelte amministrative, spoglierebbe l'organo collegiale della funzione di garanzia dell'unità di gestione, e ciò in contrasto con lo spirito della riforma che attribuisce al consiglio specifici poteri di intervento e sostituzione rispetto alle operazioni poste in essere in esecuzione di una delega amministrativa"²⁶⁴. "L'ipotesi di carattere originario pare dunque da scartare: così, ove uno o più componenti propongono la c.d. inversione dell'o.d.g., soltanto il consiglio potrebbe essere arbitro supremo della sequenza delle materie da trattare;

²⁶⁰ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 667; L. NAZZICONE, (nt. 59), 25.

²⁶¹ P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 478.

²⁶² P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 476, "Sotto questa luce, se si pone quindi mente al modello legale ora in esame, e segnatamente alla direzione del sub-procedimento informativo e preparatorio dell'adunanza che la riforma pone in capo al presidente, non può che mostrarsi sicura la titolarità presidenziale di quei poteri che in quel sub-procedimento si calano o che allo stesso siano correlati: dichiarare l'apertura della seduta con la necessaria constatazione della regolare costituzione del consiglio; stimolare la discussione rivolgendo la richiesta di chiarimenti ai titolari di deleghe amministrative; rifiutarsi di porre in votazione materie estranee all'o.d.g. e, come tali, prive del flusso informativo che deve precedere l'adunanza; sospendere temporaneamente la seduta in funzione dell'acquisizione di ulteriori informazioni non fornite in precedenza ai componenti; dichiarare, infine, chiusa la seduta perché esauriti i punti da trattare all'o.d.g.. Poteri questi che, se ben si vede, lo statuto non potrebbe poi negare al presidente, senza realizzare assetti incoerenti e quindi immeritevoli di tutela, nella misura in cui restino ferme le competenze presidenziali di informazione pre-consiliare (art. 2381, comma 1°, c.c.)".

²⁶³ P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 478.

²⁶⁴ P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 478.

ancora, nel caso in cui il presidente decida di chiudere la discussione su un determinato punto o di sciogliere l'adunanza, non potrebbe certo privarsi lo stesso consiglio del potere di decidere su ulteriori approfondimenti”²⁶⁵

4. Il dovere di informare degli organi delegati.

a) *I precedenti*. - Il dovere che si va ad analizzare non risulta nuovo all'esperienza straniera²⁶⁶. Gli amministratori delegati, *ex art.* 2381, c. 5, sono tenuti a riferire, al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata nello statuto o almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate. Gli organi delegati sono tenuti, inoltre, ad informare, *ex art.* 2381, c. 3, il consiglio di amministrazione in merito all'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

L'introduzione nell'ordinamento italiano dell'obbligo informativo in esame è il frutto di un percorso seguito da certa parte della dottrina, e trova il suo precedente

²⁶⁵ P. M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, (nt. 217), 478.

²⁶⁶ L'importanza dell'informazione per gli amministratori non esecutivi, come riportato da specialistica dottrina anglosassone (A. CADBURY, nt. 64, 2007, 32), risulta in tutta la sua evidenza da un famoso articolo scritto da un amministratore di una grande società americana (la società era la Penn Central che, alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, era la maggiore compagnia ferroviaria degli Stati Uniti, nonché la sesta azienda del Paese) in seguito al tracollo di quest'ultima nel 1970. “Per un faticoso anno, [scrive l'amministratore], ho lavorato nel consiglio di amministrazione della Penn Central. L'addestramento fu veloce, brutale e molto pratico. Ancora oggi non tutte le azioni legali si sono concluse e quell'addestramento mi è costato molte più volte il prezzo di una retta alla Business School di Harvard. Ad ogni riunione di consiglio della Penn Central, che durava solo un'ora e mezzo, ci venivano presentate lunghe liste di spese di capitale relativamente modeste da approvare e ci venivano mostrati resoconti finanziari superficiali che raramente venivano discussi in dettaglio. Questi resoconti non erano concepiti per essere rivelatori e ci veniva richiesto di non portarli via dalla riunione. Ricevevamo sempre una relazione a voce da parte del presidente il quale ci prometteva risultati migliori per il mese successivo, che non si realizzarono mai”. Ciò che risulta chiaro da tale descrizione, evidenzia lo studioso inglese, è che il consiglio di amministrazione venne meno al suo lavoro. “Era allo stesso tempo disinformato e male informato e non esercitava alcun reale controllo sull'amministratore delegato. La colpa era dell'amministratore delegato e del consiglio di amministrazione, ma principalmente del primo, il cui compito era di assicurarsi che i membri del CdA disponessero delle informazioni necessarie a governare la società. Una informazione accurata e tempestiva è un elemento di controllo essenziale per il consiglio di amministrazione” (A. CADBURY, nt. 64, 32). Tale notazione sembra, in parte, essere stata recepita dal legislatore italiano del 2003.

nella legislazione speciale e negli atti della Consob²⁶⁷. La dottrina riteneva che pur in assenza di una specifica disposizione normativa, dato il generale dovere di vigilanza che gravava sugli amministratori, si doveva ammettere l'esistenza di poteri istruttori, di informazione e di ispezione, che rappresentavano il necessario presupposto per l'adempimento del loro dovere di vigilanza²⁶⁸. "Il dovere di vigilanza, presupponeva necessariamente un dovere di informazione a carico dei delegati"²⁶⁹, che si sostanziava nell'obbligo di fornire, di propria iniziativa, "informazioni sugli affari più importanti e, in genere, sull'andamento della gestione sociale da essi compiuta"²⁷⁰. La Comunicazione Consob DAC/RM/97001574 del 20 febbraio 1997, poi, imponeva ai delegati l'obbligo di informare il consiglio di amministrazione dell'attività svolta, di fornire un'apposita e puntuale informazione sulle operazioni che assumevano un'incidenza rilevante sulla situazione economico patrimoniale della società o caratterizzate da elementi di criticità. Altro precursore della disposizione in esame si rinviene, infine, nell'art 150 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria. Tale disposizione, nella sua originaria formulazione, stabiliva a carico degli amministratori l'obbligo di fornire informazioni, secondo le modalità stabilite dall'atto costitutivo e con la periodicità trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale della società o delle società controllate. Tale disposizione "apriva definitivamente la via per ammettere, seppure in via interpretativa, l'esistenza a livello di fonte primaria di un preliminare obbligo degli organi delegati di riferire in consiglio"²⁷¹.

²⁶⁷ Cfr. P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 499; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 411; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 682; A. DE NICOLA, *sub art. 2381*, (nt. 195), 119.

²⁶⁸ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 100; C. Di Nanni, (nt. 41), 174.

²⁶⁹ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegale e la delega*, (nt. 82), 311.

²⁷⁰ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegale e la delega*, (nt. 82), 312.

²⁷¹ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 500.

b) *La funzione.* - In relazione alla funzione della disposizione in esame, si ritiene che l'introduzione del dovere di informazione a carico degli amministratori esecutivi sia da considerare come strumentale per l'adempimento degli obblighi posti a carico degli amministratori non esecutivi, non potendo questi ultimi assolvere alle proprie funzioni in assenza dei dati che sono in possesso degli amministratori delegati, in quanto direttamente impegnati nella gestione²⁷². La nuova disciplina, in altre parole, sembra aver preso atto che “sono gli organi delegati, in particolare il consigliere delegato, che, essendo a capo della struttura, devono essere a conoscenza dell'andamento della gestione e delle operazioni di maggior rilievo del gruppo, e devono quindi riferire al consiglio ed al collegio sindacale perché possano effettuare valutazioni e deliberazioni collegiali sulla base di adeguate informazioni”²⁷³.

c) *I soggetti passivi del dovere di informazione nel caso di pluralità di organi delegati ed il loro coordinamento.* - Nel caso in cui vi sia una pluralità di organi delegati si pone il problema della imputabilità degli obblighi di informazione. Il riferimento al “generale andamento della gestione” e la mancata distinzione tra gli organi delegati lascerebbero intendere, secondo una parte della dottrina, “che la preoccupazione – e la relativa responsabilità – che il flusso periodico sia adeguato, corretto e tempestivo gravi su tutti gli amministratori provvisti di delega, indipendentemente dall'estensione più o meno ampia della medesima a ciascuno conferita”²⁷⁴. In tal caso, secondo tale opinione, sarebbe necessaria un'attività di coordinamento per esprimere una visione comune sull'andamento della gestione. In

²⁷² P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 682; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 410; P. ABBADESSA, *Profili tematici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 499, “il riformatore ha posto l'obbligo di informazione periodica a base dell'obbligo di vigilanza gravante sugli amministratori e, conseguentemente, della responsabilità di questi nei confronti della società (cfr. il combinato disposto degli artt. 2381, comma 5°, 2381, comma 3°, e 2391, comma 2°, c.c.) in dichiarata discontinuità rispetto al sistema previgente”.

²⁷³ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 49.

²⁷⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 210.

presenza di opinioni divergenti sarebbe opportuno che ogni delegato esprimesse le proprie ragioni, in modo che l'organo collegiale avesse una valutazione completa e potesse adottare gli opportuni provvedimenti. Secondo altra dottrina²⁷⁵, con un'interpretazione che sembra essere più convincente, nel caso di deleghe speciali, e cioè non estese all'intera gestione, l'obbligo informativo dell'amministratore non deve eccedere "le notizie e le valutazioni che ricadono nell'area gestionale affidata alla sua cura"²⁷⁶. Infatti, non avrebbe senso imporre ad un amministratore l'obbligo di fornire al consiglio di amministrazione un'informazione sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, quando lo stesso amministratore fosse costretto ad ottenere dal consiglio informazioni sulle materie che quest'ultimo avesse deciso di riservare alla sua esclusiva competenza.

d) *L'informazione intra-gruppo*. - L'informazione periodica non si limita all'ambito della singola società ma coinvolge anche i gruppi poiché la norma, nel disciplinare gli obblighi in parola, fa riferimento non solo alla "società" ma anche alle "sue controllate". Tale disposizione implica, quindi, che sotto la direzione della controllante si stabilisca un adeguato flusso informativo all'interno del gruppo o, quantomeno, fino alla controllante²⁷⁷. Obbligo analogo²⁷⁸, anche se con oggetto diverso, è previsto dall'art. 114 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria. Tale disposizione prevede l'obbligo a carico degli emittenti quotati di impartire direttive affinché le società controllate forniscano tutte le informazioni necessarie per adempiere gli obblighi di comunicazione previsti dalla legge. L'estensione delle informazioni anche alle società controllate implica la creazione di un sistema di

²⁷⁵ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 501.

²⁷⁶ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 501.

²⁷⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 220.

²⁷⁸ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50.

informazione, controllato dagli amministratori della delegante, che consente a questi ultimi di avere tutte le informazioni del gruppo e di trasmetterle, *ex art. 2381 c. 5*, al proprio consiglio di amministrazione²⁷⁹. In tal modo, il consiglio di amministrazione della controllante diventa il centro effettivo del gruppo e può, realmente, esercitare la propria funzione di indirizzo e coordinamento che oggi gli è esplicitamente attribuita dalla legge²⁸⁰. Se questo sembra essere il fine dell'informazione periodica *intra* gruppo risulta evidente che, nel caso in cui la controllante dimostri di non svolgere attività di direzione e coordinamento superando la presunzione dell'art. 2497-sexies, possa evitare di adempiere agli obblighi in esame. Infatti, non avrebbe alcun senso creare un costoso sistema informativo intragruppo quando poi la società controllante non può dirigere o influenzare la gestione delle controllate²⁸¹.

5. Il contenuto dell'informazione dovuta dagli organi delegati e la sua attuazione.

a) *L'oggetto e la qualità dell'informazione.* - Per quanto attiene alle materie oggetto di informazione periodica *ex c. 5 art. 2381*, il legislatore impone agli amministratori di riferire, innanzitutto, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione.

L'espressione "generale andamento della gestione", in realtà, era già stata usata dal legislatore nel vecchio testo dell'art. 2392. La dottrina aveva chiarito che "la gestione, per questa norma, è il complesso di atti finalizzati allo svolgimento

²⁷⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50.

²⁸⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 221.

²⁸¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 222 "una specifica informazione circa attività ed operazioni poste in essere dalle società controllate è giustificata solo nel caso in cui vi sia un'attività di influenza e orientamento delle stesse da parte degli organi delegati (o del consiglio di amministrazione) della società controllante, che debba essere sottoposta a vaglio critico da parte di chi (amministratore non esecutivo o sindaco) è preposto al controllo".

dell'impresa"²⁸². Nel nuovo testo dell'art. 2381 con la medesima espressione si ritiene che il legislatore della riforma abbia voluto far riferimento alla situazione economica complessiva dell'impresa sociale²⁸³.

Gli amministratori non esecutivi per poter conoscere il generale andamento della gestione debbono ricevere delle informazioni sintetiche, chiare e veritiere, della situazione economico-finanziaria e patrimoniale della società²⁸⁴.

L'informazione non deve essere, però, solo di sintesi, e cioè relativa ai fatti di gestione già manifestatisi, ma deve essere anche dinamica, dovendo far riferimento alla prevedibile evoluzione della gestione. La "prevedibile evoluzione" è una valutazione – quella che nel mondo anglosassone viene indicata come *soft information* cioè informazione inverificabile²⁸⁵, e non un dato certo o *hard information* che in contrapposizione alla *soft information* individua "la comunicatività solida dei numeri"²⁸⁶ - che viene fornita al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale che, nell'ambito dei rispettivi poteri e responsabilità, dovranno effettuare la valutazione finale ed assumere le eventuali decisioni del caso²⁸⁷. La qualifica dell'evoluzione come "prevedibile" induce a ritenere che le previsioni degli organi delegati debbano essere circoscritte a quegli sviluppi dell'attività d'impresa "che, secondo l'*id quod plerumque accidit* conseguono a un determinato plesso di circostanze di fatto, secondo un metodo che si fondi su elementi gravi (nel senso di ponderalmente consistenti), precisi e concordanti e non, meramente, su astratte e generali considerazioni di geopolitica economica"²⁸⁸.

²⁸² C. DINANNI, (nt. 41), 173.

²⁸³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 192; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 683.

²⁸⁴ Cfr. sul punto C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 412.

²⁸⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 198.

²⁸⁶ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 198.

²⁸⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 683.

²⁸⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 198.

L'informazione periodica deve avere ad oggetto anche le operazioni di maggior rilievo per dimensioni o caratteristiche. Il riferimento alle caratteristiche ed alle dimensioni implica che le operazioni dovranno essere valutate sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo²⁸⁹. Dal punto di vista quantitativo le operazioni di maggior rilievo vanno identificate nelle operazioni di maggior rilievo economico “sia per l'ammontare in gioco sia per le loro conseguenze”²⁹⁰. In altre parole, il parametro in esame mira ad identificare “la capacità delle operazioni di incidere sulla situazione economico-patrimoniale della società”²⁹¹.

Dal punto di vista qualitativo, invece, il riferimento alle caratteristiche richiede che siano oggetto di informativa, così come previsto dalla Relazione allo schema di d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, anche le operazioni atipiche, inusuali o compiute o deliberate da amministratori interessati (punto 6.III.2 della Relazione)²⁹². Facendo riferimento alla Comunicazione Consob DAC/RM/97001574 del 20 febbraio 1997, e in particolare, al concetto di informazione critica in essa contenuta, si è, altresì, ritenuto che il riferimento alle “caratteristiche” delle operazioni compiute dagli organi delegati richiede che rientrino nell'oggetto dell'informativa periodica “tutte le operazioni che, per la natura dell'oggetto o delle parti, presentino

²⁸⁹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 683; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, (nt. 41), 1328, “Tornando all'esame della prescrizione ai delegati di comunicare al consiglio le più importanti operazioni, penso che sia necessario il completamento della regola legislativa per mezzo dello statuto, il quale dovrà necessariamente, se si vogliono evitare inutili e costosi contenziosi, determinare le dimensioni o le caratteristiche delle operazioni di maggior rilievo, che dovranno costituire oggetto di comunicazione”.

²⁹⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50.

²⁹¹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 683; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 381, “la circostanza che l'informativa da parte degli organi delegati deve riguardare anche le operazioni di maggior rilievo effettuate dalle controllate conferma che – anche al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 114 t.u.f., dunque anche nelle s.p.a. non quotate, in presenza di un rapporto di controllo o almeno di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento il principio di parità di trattamento tra i soci viene superato dall'obbligo delle controllate di curare la trasmissione alla controllante di adeguate informazioni”.

²⁹² F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 50; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 381, “il riferimento alle caratteristiche delle operazioni consente di includere fra le operazioni oggetto di informazione al consiglio anche quelle non particolarmente significative sul piano economico, ma anomale rispetto alla normale operatività o caratterizzate dalla presenza di interessi rilevanti ai sensi dell'art. 2391 c.c. o di parti correlate; in questo modo è possibile coordinare la disciplina delle società non quotate con le espresse previsioni dell'art. 150, 1° comma, t.u.f., che menziona, tra l'altro, le operazioni nelle quali gli amministratori abbiano un interesse per conto proprio o di terzi o che siano influenzate da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento”.

profili di delicatezza tali da dover essere considerate ‘rilevanti’ ai fini dell’informazione periodica da parte degli organi delegati”²⁹³.

Il legislatore del 2003 non stabilisce in modo esplicito che gli organi delegati debbano informare il consiglio di amministrazione sull’assetto organizzativo amministrativo e contabile della società ma impone, al c. 3 dell’art. 2381, che il consiglio debba valutare, “sulla base delle informazioni ricevute”, l’adeguatezza dell’assetto amministrativo, contabile e finanziario della società. La valutazione dell’adeguatezza dell’impresa, nei suoi diversi profili, da parte del consiglio di amministrazione deve essere effettuata, secondo l’art. 2381, c. 3, sulla base delle informazioni ricevute. Risulta evidente quindi, anche se non esplicitamente incluso tra gli obblighi di informazione periodica di cui al c. 5 dello stesso art. 2381, l’obbligo informativo posto a carico degli amministratori esecutivi²⁹⁴. L’obbligo informativo a carico dei delegati non è stato formalizzato dal riformatore e, pertanto, ad eccezione di obblighi di carattere statutario, esso sarà adempiuto secondo le modalità che i delegati riterranno più opportune²⁹⁵.

L’art. 2381 non specifica il soggetto obbligato su cui grava l’onere informativo, ma non sembrano esistere dubbi che le informazioni, almeno prevalentemente, debbano provenire dai delegati²⁹⁶. La mancata specificazione del soggetto passivo lascerebbe spazio, secondo certa opinione²⁹⁷, ai preposti, in particolare all’*internal auditing*.

In relazione all’oggetto dell’informazione si è sostenuto che esso non debba consistere negli assetti, in quanto questi saranno oggetto della valutazione successivamente operata dai deleganti, ma debba probabilmente consistere in una

²⁹³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 202.

²⁹⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 203.

²⁹⁵ M. IRRERA, (nt. 177), 266.

²⁹⁶ M. IRRERA, (nt. 177), 267.

²⁹⁷ M. IRRERA, (nt. 177), 267.

relazione con cui i delegati spiegano come sono giunti alla creazione dello specifico assetto e la sua coerenza con l'impresa secondo i noti parametri della natura e della dimensione²⁹⁸. Dubbio resta in tale costruzione logica, a parer di chi scrive, il modo con il quale gli amministratori non esecutivi abbiano conoscenza dell'assetto da valutare. Infatti, sembrerebbe più opportuno che l'informazione proveniente dai delegati contenga, innanzitutto, una descrizione completa dell'assetto da valutare a cui si accompagnano le informazioni relative alle modalità con le quali esso è stato costruito e delle motivazioni per cui esso debba essere considerato coerente, per natura e dimensione, con l'impresa.

b) *La tempistica e il luogo dell'informativa.* - In merito al possibile carattere preventivo dell'informazione periodica, il legislatore non ha previsto nessun obbligo specifico, cioè non ha previsto un obbligo di preventiva comunicazione da parte degli amministratori, ad eccezione di quanto previsto per gli amministratori interessati dall'art. 2391, delle operazioni svolte nei limiti della delega²⁹⁹. “Il processo decisionale dell'amministratore delegato, in assenza di limiti alla delega, ha infatti carattere unisoggettivo e non già collegiale, ferma restando naturalmente la piena, ma potenziale, facoltà di indirizzo e di avocazione da parte del *plenum*”³⁰⁰. In relazione alle esigenze concrete dell'impresa, ed in forza del potere di decidere le modalità di esercizio della delega, sembra invece possibile attribuire carattere preventivo all'informazione periodica³⁰¹.

La periodicità con la quale l'informazione avente ad oggetto il generale andamento della gestione, la sua prevedibile evoluzione e le operazioni di maggior rilievo è fissata dallo statuto e in ogni caso deve essere resa almeno ogni sei mesi.

²⁹⁸ M. IRRERA, (nt. 177), 268.

²⁹⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 207.

³⁰⁰ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 208.

³⁰¹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 210.

Sembra corretta l'osservazione³⁰² per cui forse era più vantaggioso prevedere in via dispositiva una periodicità più intensa, ad esempio trimestrale, e consentire in via statutaria di derogarvi ma sempre nel limite massimo semestrale. In tal caso, infatti, ogni allungamento del periodo sarebbe stata “una scelta consapevole e, come tale, verosimilmente più aderente alle reali esigenze della singola società”³⁰³.

Il legislatore, invece, nulla dice in merito alla tempistica dell'informativa avente ad oggetto l'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società, ma la dottrina³⁰⁴ ritiene che vi debba essere omogeneità rispetto all'informazione periodica ex c. 5 art. 2381. Infatti, l'art. 2381 c. 3 attribuisce al consiglio, accanto alla valutazione degli aspetti organizzativi, la valutazione del generale andamento della gestione. “Da questa contiguità sembra doversi dedurre un'omogeneità di disciplina sul piano dell'informazione: l'andamento della gestione è infatti connesso – in modo più o meno visibile – all'adeguatezza e all'efficienza della struttura imprenditoriale che lo esprime, e sarebbe poco logico pensare che variazioni rilevanti apportate a quest'ultima non debbano essere oggetto di analoga rappresentazione in consiglio”³⁰⁵. Secondo altra interpretazione³⁰⁶, il vincolo minimo della comunicazione semestrale non è applicabile al caso di specie, e ciò in quanto quest'ultima ipotesi non è prevista tra quelle esplicitamente indicate nel c. 5 dell'art. 2381. In considerazione però, degli obblighi di “aggiornamento” degli assetti, la stessa dottrina ritiene, con un'applicazione estensiva del c. 5 dell'art 2381, che il flusso informativo avente ad oggetto gli assetti debba possedere almeno la

³⁰² G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 215.

³⁰³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 215.

³⁰⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 204.

³⁰⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 204.

³⁰⁶ M. IRRERA, (nt. 177), 266.

stessa periodicità minima fissata dalla legge o dallo statuto per le relazioni aventi ad oggetto il generale andamento della gestione³⁰⁷.

In relazione al luogo in cui l'informazione deve essere fornita non sembrano esistere dubbi nel ritenere ammissibile una comunicazione esterna alla riunione consiliare, purché diretta a tutti i consiglieri ed al presidente del consiglio di amministrazione³⁰⁸.

6. *La nozione di amministratori "interessati".*

a) *Dagli amministratori "in conflitto di interessi" agli amministratori "interessati".* Il principio contenuto nell'art. 2391, sinteticamente riassumibile "come quello di indipendenza e obiettività di giudizio nell'amministrazione"³⁰⁹, non è nuovo nel nostro ordinamento. Esso, infatti, era già espresso nell'art. 150 del Codice di commercio del 1882 e fu quasi completamente trasfuso, poi, nell'art. 2391 del codice civile del 1942³¹⁰. La volontà del legislatore della riforma di innovare la disciplina in esame, secondo parte della dottrina³¹¹, risulta chiara già dalla modifica alla rubrica dell'art. 2391 nella quale non si fa più riferimento al conflitto di interessi ma agli interessi degli amministratori³¹². Secondo la vecchia normativa l'amministratore che in una determinata operazione aveva "un interesse in conflitto con quello della società", per conto proprio o di terzi, doveva darne notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale e, inoltre doveva "astenersi" dalla

³⁰⁷ M. IRRERA, (nt. 177), 268.

³⁰⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 210.

³⁰⁹ G. GUIZZI, *sub art. 2381*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 653.

³¹⁰ G. GUIZZI, *sub art. 2381*, (nt. 309), 653. Per un'analisi storica del conflitto di interessi si rinvia a L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000, 89; cfr., inoltre, sul punto: M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI - L. A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2005, 424, nota 1; V. MELI, *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in AGE, 2003, 155.

³¹¹ C. MACRÌ, *Interessi degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 138; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 149.

³¹² C. MACRÌ, *Interessi degli amministratori*, (nt. 311), 138; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 149.

deliberazione avente ad oggetto tale operazione. In forza della nuova disposizione, l'amministratore deve dare comunicazione agli altri amministratori ed al collegio sindacale non più dei soli interessi in conflitto con quelli della società nella realizzazione di una determinata operazione, ma di "ogni interesse" che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione precisandone, altresì, "la natura, i termini, l'origine e la portata".

Secondo altra interpretazione, la nuova disciplina, nonostante le modifiche apportate non muta nel fine che "come la precedente concerne il conflitto di interessi, ed è volta a prevenire il pericolo dell'incidenza dell'interesse dell'amministratore sulla cura dell'interesse sociale"³¹³.

b) *Le peculiarità del dovere di informazione degli amministratori interessati.*

- Il dovere di informare posto a carico degli amministratori interessati si differenzia nettamente rispetto agli obblighi informativi degli organi delegati e del presidente trattandosi di un dovere "generale" ed "occasionale"³¹⁴. E' generale, in quanto "grava su ogni amministratore indipendentemente dalla sua posizione nell'organizzazione sociale"³¹⁵, ed occasionale, in quanto "sorge in relazione al progettato compimento di una certa operazione"³¹⁶.

c) *I modelli teorici per la prevenzione del conflitto di interessi e la soluzione adottata dal legislatore riformista.* - Dal punto di vista teorico le soluzioni adottate dai diversi sistemi per disciplinare il conflitto di interessi degli amministratori sono

³¹³ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 158; L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Cedam, Padova, 2005, I, 759, "essa [la disciplina contenuta nell'art. 2391] è tuttora dettata allo scopo di evitare che un amministratore venga sviato da un interesse personale in un'operazione, concludendola a condizioni favorevoli a sé (o a colui per conto del quale è in conflitto d'interessi) e dannose per la società".

³¹⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 236.

³¹⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 236.

³¹⁶ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 237.

sostanzialmente riconducibili a quattro modelli³¹⁷. Il primo di essi consiste nell'imporre un divieto assoluto all'amministratore interessato di compiere operazioni o prendere parte alle decisioni relative alle operazioni per le quali abbia un interesse. Il secondo modello prevede l'introduzione di regole procedurali in modo tale che la presenza di un amministratore interessato non possa in alcun modo influenzare la decisione della società. Il terzo modello offre la possibilità di compiere operazioni in conflitto a condizione, però, di sottoporre le stesse ad una verifica esterna alla società finalizzata ad accertare la convenienza (*fairness*) dell'operazione per la società stessa. L'ultimo modello, infine, consente di porre in essere qualsiasi operazione in conflitto senza alcuna forma di controllo.

I modelli descritti si differenziano in relazione alle “tecniche di regolamentazione” del conflitto di interessi prescelte dal legislatore, ma la distinzione potrebbe essere effettuata anche avendo a riferimento le “tecniche di repressione”, cioè le conseguenze che l'ordinamento prevede per la violazione delle norme in materia³¹⁸.

In tal modo si potrebbero distinguere, ad esempio, i sistemi dove la sanzione per l'inadempimento è di carattere reale, dove cioè la sanzione è l'invalidità della delibera assunta o dei negozi giuridici posti in essere, e sistemi dove la sanzione è di carattere obbligatorio, cioè la sanzione consiste nei rimedi risarcitori previsti dalla disciplina della responsabilità civile degli amministratori interessati³¹⁹.

Alcuni dei modelli teorici ora descritti sono nella realtà inattuabili. Infatti, il sistema del “divieto assoluto” o il sistema della “libertà” non sono applicabili,

³¹⁷ C. MARCHETTI, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.* 2004, 1231; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 303), 429.

³¹⁸ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 430. L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 26.

³¹⁹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 430.

almeno nella loro versione pura³²⁰. L'applicazione del divieto assoluto produrrebbe, nella realtà, un blocco assoluto dell'attività della società, mentre il sistema della libertà, in assenza di un mercato perfettamente efficiente in grado di sanzionare i comportamenti opportunistici degli esponenti aziendali, non eserciterebbe alcun controllo sugli amministratori interessati con inevitabili danni per la società, i soci ed i terzi³²¹. I legislatori europei, a fronte dei diversi modelli, hanno preferito, nella maggior parte dei casi, il sistema delle "regole procedurali", mentre il legislatore statunitense ha preferito il sistema del "controllo esterno" affidato alla giurisprudenza³²². In entrambi i casi i sistemi prescelti non sono mai stati applicati nella loro versione pura³²³.

Il legislatore italiano, secondo una certa dottrina, sembrerebbe a prima vista aver optato per il sistema procedurale ma, da uno studio più approfondito, il sistema adottato sembrerebbe essere "compatibile con un modello fondato in un'ultima analisi sul controllo sostanziale dell'operazione in conflitto di interessi, non troppo lontano da quello che emerge dalla giurisprudenza americana [...]"³²⁴.

7. *Il dovere di informazione degli amministratori interessati.*

a) *La funzione.* - Sembra corretto ritenere che la funzione dell'informativa ex art. 2391 sia quella di rendere espliciti gli interessi che possono inficiare

³²⁰ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 430.

³²¹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 431.

³²² M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 431.

³²³ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 431.

³²⁴ C. MARCHETTI, (nt. 317), 1251, Il sistema italiano, secondo l'autore, si muove nell'ottica sanzionatoria costituita dalla possibile responsabilità degli amministratori in conflitto di interessi. I giudici italiani, di regola, non entrano nel merito della scelta gestionale (*business judgment rule*) ma verificano se essa sia conforme alle regole procedurali, in ossequio al dovere di gestire con diligenza. Il rispetto della *business judgment rule* è, però, sempre meno presidiato quando la scelta gestionale si presuma viziata per conflitto di interessi. La violazione di tale regola è stata giustificata sostenendo che se è vero che obbligo dell'amministratore gestire con diligenza e perizia, è altresì obbligo degli stessi di agire nell'interesse della società o, in ogni caso, non in conflitto di interessi. "l'ammissibilità ed anzi la doverosità per il giudice di svolgere, per il caso di operazioni perfezionate in conflitto di interessi, uno scrutinio sulla *fairness* dell'operazione medesima ci pare, del resto, pienamente confermata e legittimata dalle 8in parte) già richiamate disposizioni codicistiche che impongono all'organo amministrativo di motivare le ragioni che hanno condotto ad approvare una operazione in cui tutti o alcuni gli amministratori hanno un interesse proprio".

l'indipendenza e l'obiettività di giudizio dell'amministratore³²⁵, e ciò allo scopo di consentire al consiglio di decidere avendo una conoscenza quanto più ampia possibile della materia oggetto di delibera e degli interessi coinvolti³²⁶, in attuazione del più ampio dovere degli amministratori di agire informati³²⁷. L'importanza della trasparenza nella disciplina delle società sembra giustificare il discusso maggior rigore della riformata disciplina del conflitto di interessi. "Il maggior rigore³²⁸ di questa disciplina, [si legge nella Relazione al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6], vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, essendo un gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma, soprattutto, il valore della trasparenza nella gestione della società".

³²⁵ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 309), 453. L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 765; ID., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 19, per Enriques scopo della norma è l'autocensura e la messa in guardia degli amministratori.

³²⁶ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 309), 453, Guizzi attribuisce alla norma una duplice finalità: "[...] di permettere agli altri componenti del consiglio sia di valutare la sussistenza o meno della fattispecie generatrice per l'amministratore interessato del dovere di astensione, sia per metterli in grado di procedere essi stessi ad una valutazione più ponderata in merito all'opportunità per la società dell'operazione da compiere".

Nel testo del presente lavoro non si affronta, in quanto si ritiene che si allontani dall'oggetto della presente indagine, la questione se sopravviva, nonostante la mancata riproduzione nel testo normativo, l'obbligo di astensione dalla partecipazione alla deliberazione da parte dell'amministratore interessato. La dottrina maggioritaria ritiene che l'obbligo di astensione sia venuto meno in seguito all'introduzione della riformata disciplina (F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, nt. 42, 145; L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, nt. 313, 768; F. GALGANO – R. GENCHINI, *Le nuove società di capitali e cooperative, Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III ed., Cedam, Padova, 2006, 454; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, nt. 310, 467; D. CANDELLERO, *sub art. 2391*, in G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2004, 749; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 157; R. RORDORF, *sub art. 2391*, in G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società, Società di capitali cooperative – consorzi reati societari*, Ipsoa, Vicenza, 2004, 438, "[...] l'amministratore interessato non delegato, non ha più alcun obbligo di astensione ma solo di informativa"). Secondo altra parte della dottrina, sebbene non sia espressamente previsto dalla norma, l'amministratore interessato deve astenersi dal deliberare (G. GUIZZI, *sub art. 2391*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, a cura di, *Jovene*, Napoli, 2004, 657).

³²⁷ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 453.

³²⁸ Si è detto "discusso maggior rigore" poiché autorevole dottrina (G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, nt. 311, 152) ha evidenziato che con maggior rigore ci si riferisce, probabilmente, alla sola disciplina civilistica, data la sostanziale inesistenza della disciplina penalistica del conflitto d'interessi nella disciplina riformata. Altra dottrina (D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in Riv. Dir. Comm., 2004, 1055), ha dimostrato che al "giudizio di particolare" deve essere attribuito un significato pregnante, tale da incidere sulla questione di fondo del modello di disciplina del conflitto di interessi, poiché introduce un nuovo modello di disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni. Tale dottrina evidenzia che dimostra che il più significativo profilo di novità della riforma consiste nel venir meno, ai fini del rimedio impugnatorio del voto determinante dell'amministratore interessato e che si è quindi in presenza di un nuovo modello di disciplina preventiva del conflitto di interessi.

b) *L'estensione quantitativa e qualitativa dell'informativa degli amministratori interessati rispetto all'informazione degli amministratori in conflitto di interessi.* - La novità più rilevante della disciplina di cui all'art. 2391 c.c. sembrerebbe consistere in “un'estensione quantitativa e qualitativa dell'obbligo di informazione degli amministratori – di ciascun amministratore nei confronti dell'altro e del collegio sindacale – circa ‘ogni interesse’, per conto proprio o di terzi, che eventualmente abbia ‘in una determinata operazione’, per quanto attiene all'*an* e alle sue modalità”³²⁹, finalizzata al rafforzamento del “dovere di indipendenza ed imparzialità”³³⁰ degli amministratori nel compiere le scelte per il perseguimento dell'oggetto sociale.

L'estensione dell'obbligo informativo è quantitativa in quanto l'obbligo ha ad oggetto “ogni interesse” e non più solo “gli interessi in conflitto con quelli sociali” esonerando, così, l'amministratore dall'onere di valutare l'interesse di cui è portatore rispetto a quello della società³³¹. In tal modo sembrerebbero essere superati anche tutti i problemi connessi all'autovalutazione dove il conflitto doveva essere stimato in relazione alle concrete condizioni dell'operazione e, pertanto, “gli amministratori avevano buon gioco a sottacere ogni notizia sul loro interesse all'operazione, poiché essi avrebbero sempre potuto sostenere che mancava un ‘conflitto’, perché le ‘concrete’ condizioni dell'operazione erano di mercato e nell'interesse sociale”³³².

L'estensione dell'obbligo informativo è, poi, di carattere qualitativa in quanto l'amministratore deve precisare la natura, i termini, l'origine e la portata dell'interesse consentendo, così, al consiglio di amministrazione di valutarlo

³²⁹ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 153.

³³⁰ G. GUIZZI, *sub art. 2381*, (nt. 309), 653; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 145.

³³¹ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 153; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 145.

³³² F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 147.

adeguatamente³³³. Il sistema vigente richiede all'amministratore, logicamente, un incremento della conoscenza dei propri interessi in relazione alle conseguenze che possono derivare dall'omissione dell'obbligo informativo in esame³³⁴.

Il legislatore del 2003 sembra, quindi, mostrare l'intenzione di voler uscire "da una visione necessariamente patologica di dati fenomeni, e anche nel caso della presenza di interessi laterali³³⁵ nei processi funzionali dell'organo amministrativo, [di adottare] la trasparenza e l'informazione quale 'filo rosso' della nuova disciplina³³⁶".

L'impostazione che risulta dalla nuova disciplina sembra essere anche più vicina alla realtà, poiché si ritiene irrealistico che nelle società, soprattutto medio-grandi, gli amministratori non siano portatori di interessi propri o di terzi³³⁷. Anzi, probabilmente, essi spesso siedono nel consiglio proprio perché sono portatori di particolari interessi. La presenza di interessi diversi rappresentati dagli amministratori non sempre risulta negativa, anzi può risultare positiva quando essi si tramutino in nuove opportunità o sinergie per la società³³⁸. La presenza di amministratori che rappresentano interessi economici non convergenti in alcuni casi può, addirittura, costituire un elemento di maggior garanzia per la società rispetto alla sola presenza di amministratori indipendenti e disinteressati³³⁹.

c) *La nozione di interesse.* - Nonostante le modifiche apportate dal riformatore per cui, come sopra detto, l'obbligo di informativa grava sugli amministratori interessati e non più sugli amministratori in conflitto di interessi,

³³³ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 153.

³³⁴ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 153.

³³⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 238, avendo la legge cessato di parlare esplicitamente di interessi in conflitto, ci si può riferire a questa più ampia categoria come a quella degli interessi laterali degli amministratori.

³³⁶ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 238.

³³⁷ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 237.

³³⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 238.

³³⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 238.

risulta evidente che nella nostra analisi resta centrale, come in passato, il concetto di interesse. Dall'analisi etimologica si evince che interesse deriva da “*inter esse*”, cioè “essere tra”, ed individua una relazione, ossia il partecipare, l'essere parte di qualcosa³⁴⁰. Un'applicazione letterale della norma porterebbe dunque ad estendere a dismisura l'obbligo di comunicazione a carico degli amministratori, imponendo all'amministratore di comunicare ogni relazione che intercorre con la società e rimettendo la decisione all'organo collegiale³⁴¹. Risulta necessario, pertanto, una delimitazione del concetto di interesse. Nel sistema *ante* riforma la dottrina aveva delimitato l'obbligo di comunicazione grazie al riferimento a “una determinata operazione” che indirizzava “verso una valutazione in concreto della situazione in conflitto, nel senso che la ricorrenza della fattispecie [andava] delineata tenendo conto non del tipo di operazione in astratto considerata, bensì di tutte le caratteristiche specifiche di quella operazione”³⁴². Alla luce della rinnovata disciplina parte della dottrina ritiene che si abbia interesse quando vi sia ragionevole motivo di ritenere che l'amministratore, nelle circostanze concrete, possa trarre dal compimento o dall'omissione di una operazione un'utilità quantitativamente e qualitativamente rilevante³⁴³, cioè che esista “una ‘soglia critica’ di rilevanza al di sotto della quale non si può ritenere sussistere un ‘interesse’ ai sensi dell'art.

³⁴⁰ L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 146; P. FERRO LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori*, in Riv. Dir. Comm, 2006, 662; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 240.

³⁴¹ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 154; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 240, “La profondità della nozione di interesse è anche correlata al fatto che ogni interesse confina, a valle, con il desiderio, che è fondamento della costituzione umana e che proprio negli interessi inizia a divenire giuridicamente rilevante; il problema si situa dunque nell'individuare la soglia al di sopra della quale il diritto deve iniziare a occupare degli interessi, la composizione dei cui antagonismi è suo scopo principe”.

³⁴² L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 203; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 154; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), “Il riferimento legislativo ad una ‘determinata operazione’ vuole solo esprimere l'esigenza che l'interesse dell'amministratore in conflitto con quello della società sia riscontrata non sulla base della ‘esteriore posizione negoziale’ dell'amministratore medesimo, ma con riguardo al ‘concreto’ oggetto della deliberazione, al suo contenuto effettivo [...]”.

³⁴³ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 760; ID., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 146.

2391”³⁴⁴. L’interesse, cioè, non deve essere marginale, remoto o insignificante.

L’utilità, in altre parole, costituisce interesse *ex art. 2391* se è in grado di influire sulle scelte di gestione dell’amministratore o sul suo voto³⁴⁵.

L’interesse si ritiene³⁴⁶ che vada reso noto anche se compatibile con l’interesse della società, anche se, cioè, l’interesse non sia in antitesi con quello della società ma sia ad esso strumentale. Secondo tale interpretazione sarebbe irrilevante che l’utilità sia o meno di natura economico-patrimoniale³⁴⁷. Non vi sarebbe ragione per limitare, nel silenzio della legge, le funzioni-obiettivo degli esseri umani alla sola dimensione materiale, e per ritenere che il legislatore “abbia implicitamente introdotto la finzione che essi siano motivati esclusivamente dallo scopo di massimizzare la propria ricchezza”³⁴⁸.

Il superamento del vincolo secondo cui l’interesse dell’amministratore dovesse essere in contrasto con quello della società e l’idea per cui sia irrilevante che l’utilità che l’amministratore possa trarre dall’operazione sia suscettibile o meno

³⁴⁴ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 441.

³⁴⁵ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 760; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 238, “ad attivare il dovere di informazione e i conseguenti meccanismi previsti dall’art. 2391 c.c., è dunque, ancora, la potenzialità dell’interesse socialmente rilevante a determinare una un’interferenza significativa sul procedimento decisionale e non già, come appariva ad una prima lettura, qualunque interesse anche solo minimamente collegato all’operazione *de qua*”; D. CANDELLERO, *sub art. 2391*, (nt. 326), 751, “In ogni caso l’interesse in questione dovrebbe, per attivare il meccanismo descritto dall’art. 2391, superare una soglia minima di rilevanza, sicché risultino esclusi dalla fattispecie quegli interessi di entità o natura tale da non poter ragionevolmente perturbare la serenità di giudizio dell’amministratore”. D. MAFFEIS, *Il “particolare rigore” della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società a capitali*, (nt. 328), 1063, nota, 29, secondo Maffeis, più semplicemente, “ad onta dell’espressione ‘ogni interesse’, l’amministratore non sarà tenuto a comunicare ‘ogni’ interesse. Esistono, infatti, interessi dell’amministratore che questi sicuramente non comunicherà e che nessuno pretenderà che siano comunicati o che sarebbe irrealistico ed ingenuo pretendere di fare oggetto di obbligo di comunicazione. Come esempio dei primi si pensi a quell’‘interesse’, a suo tempo evidenziato da Minervini a proposito del rappresentante volontario, a svolgere la propria attività in maniera da non essere chiamato a rispondere o a non essere revocato per giusta causa [...] e che sotto il vecchio regime si riteneva non dover essere oggetto di comunicazione dall’amministratore al consiglio proprio perché ‘convergente’ con l’interesse sociale [...]. Come esempio dei secondi si pensi all’intento di danneggiare, per qualsiasi ragione, la società, se si concedesse, come non si può [...], che il puro intento di danneggiare integri un ‘interesse’ rilevante ai fini del conflitto.

³⁴⁶ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 760; D. U. SANTUSUOSSO, (nt. 144), 143; F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, III ed., (nt. 326), 454; U. PATRONI GRIFFI, *sub art. 2391*, M. SANDULLI e V. SANTORI, *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, I, 463.

³⁴⁷ L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 150.

³⁴⁸ L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 150, “essa [l’utilità] comprende, oltre ai piaceri della ricchezza, i piaceri dei sensi, i piaceri dell’abilità (*skill*), i piaceri dell’amicizia (*amity*). I piaceri della reputazione, i piaceri del potere, i piaceri della pietà, i piaceri della benevolenza e i piaceri della malevolenza”; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 154, secondo gli autori la dizione “ogni interesse” legittima la tesi secondo cui l’interesse può essere sia patrimoniale che non patrimoniale.

di valutazione economica, potrebbe ampliare a dismisura il campo di azione della norma in esame³⁴⁹. L'introduzione di una "soglia critica" anche se condivisibile sul piano teorico potrebbe presentare qualche incertezza applicativa "come ogni distinzione basata su una nozione, necessariamente relativa, quale quella di 'rilevanza'"³⁵⁰. L'interesse, secondo tale più restrittiva opinione³⁵¹, pertanto, andrebbe valutato con riferimento alla concreta operazione, in modo tale da comprendervi "solo quelle utilità che al pari dell'operazione da compiere abbiano carattere di specificità e concretezza e il cui conseguimento sia non già in una relazione di mera occasionalità con l'operazione medesima, ma invece in un rapporto di derivazione immediata e diretta, rappresentando così quest'ultima la condizione necessaria e sufficiente (ancorché non l'unica) per l'integrale soddisfacimento di tale interesse (o per converso, là dove l'interesse sia al non compimento dell'atto gestorio, l'ostacolo alla sua realizzazione)"³⁵². Un approccio basato sul caso concreto, anche a fronte dei notevoli problemi applicativi, sembra essere più equilibrato rispetto a risposte ad alternative aprioristiche, che potrebbero condurre o a ritenere irrilevante l'interesse dell'amministratore in quanto coincidente con quello della società o, al contrario, a considerare l'interesse sempre rilevante in quanto in un modo o nell'altro, quale che sia la delibera che l'amministratore è chiamato ad assumere, sussiste sempre un interesse di quest'ultimo³⁵³. Al fine di ridurre l'ambito di applicazione del dovere informativo, oltre al riferimento alla "concreta operazione", risulterebbe utile, secondo la stessa interpretazione, escludere i casi in cui l'interesse dell'amministratore sia legato alla posizione dello stesso nell'ambito della società - si pensi all'acquisto di beni destinati al soggetto che

³⁴⁹ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (326), 654; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 441.

³⁵⁰ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 441.

³⁵¹ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 654; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 303), 441.

³⁵² G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 654; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 303), 441.

³⁵³ Cfr. sul punto M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 445.

ricopre la carica di amministratore -, includendovi invece i casi in cui l'interesse dell'amministratore discende dalla propria sfera extra-sociale³⁵⁴.

Questione aperta è se l'obbligo di comunicazione si applichi al caso in cui l'interesse dell'amministratore sia non solo compatibile ma coincidente con l'interesse sociale. In tal caso, secondo una prima interpretazione, non si applicherebbe la disposizione in esame in ossequio al principio per cui *cessante ratione legis cessate et ipsa lex*³⁵⁵. Secondo contrapposta opinione³⁵⁶, anche in tal caso graverebbe sull'amministratore l'obbligo di comunicazione in quanto una delle maggiori innovazioni del legislatore del 2003 sta proprio nel sottrarre, come sopra visto, la valutazione della rilevanza dell'interesse all'amministratore che ne è portatore, imponendo allo stesso solo l'obbligo di comunicare l'esistenza dell'interesse agli organi sociali che dovranno valutare l'operazione. "Sostenendo che, in caso di 'coincidenza' tra interesse dell'amministratore e interesse della società, la norma non sia applicabile, potrebbe aprirsi la porta a potenziali elusioni degli obblighi di trasparenza che essa prescrive, basate su tale supposta coincidenza"³⁵⁷. Spetterà alla giurisprudenza, come ha sottolineato autorevole dottrina³⁵⁸, quale delle due interpretazioni sia preferibile.

d) *L'interesse per conto terzi*. - La disposizione in esame impone all'amministratore di comunicare ogni interesse che lo stesso abbia per conto proprio o di terzi in una determinata operazione. Il riferimento all'interesse per conto terzi attrae nell'ambito della norma anche ogni situazione in cui l'amministratore in

³⁵⁴ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 443; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 152, "L'art. 2391¹, disponendo un obbligo di informazione e di trasparenza, stabilisce una tutela preventiva, finalizzata ad evitare che, per l'interesse extrasociale di uno o più amministratori, vengano compiute operazioni che siano, o possano risultare, dannose per la società".

³⁵⁵ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 760.

³⁵⁶ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 441.

³⁵⁷ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 441.

³⁵⁸ G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 311), 154.

base ad un obbligo giuridico, in forza di un legame derivante da rapporti societari od affettivi è “sensibile anche ad un interesse extra-sociale per conto terzi”³⁵⁹. La relazione che lega l’amministratore ed il terzo, infatti, non deve essere obbligatoriamente di carattere giuridico ma può essere la più diversa. Caso emblematico di interessi per conto terzi è rappresentato dall’ipotesi in cui l’amministratore sia anche componente degli organi di amministrazione di altre società. Soluzione rigorosa e prudente sembra essere quella per cui l’amministratore sia portatore degli interessi della società amministrata anche nei consigli di altre società dei quali faccia parte³⁶⁰.

e) *La nozione di operazione.* - L’interesse dell’amministratore deve essere riferito ad una “determinata operazione”. Per operazione si ritiene che possa intendersi “ogni fatto oggetto di una decisione esplicita o implicita”³⁶¹. Correttamente si è ritenuto necessario delimitare, così come per il concetto di interesse, il concetto di operazione, e ciò per circoscrivere l’ambito della disposizione in esame³⁶². L’elemento caratterizzante l’operazione è la discrezionalità, cioè la possibilità per l’amministratore di decidere se compiere o meno una determinata operazione³⁶³. Nel caso in cui l’amministratore sia un semplice esecutore della volontà assembleare, un conflitto d’interessi attuale non sembra configurabile neanche in astratto, “nel senso che con il proprio operato l’amministratore non può arrecare alcun danno alla società, questo essendo

³⁵⁹ L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 154; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 445.

³⁶⁰ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 441.

³⁶¹ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 763; ID., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 200, “[...] è stato giustamente osservato che si tratta di ‘un’espressione priva di un significato giuridico preciso ed univoco, ed anzi mutuata dal linguaggio economico’, per concludere che essa è ‘riferibile a qualsiasi fatto giuridicamente rilevante che si rifletta [...] sulla sfera patrimoniale sia della società sia del socio, indipendentemente dalla sua qualificazione sotto il profilo giuridico’. Questa soluzione è senz’altro valida anche nel contesto dell’art. 2391”.

³⁶² L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 763.

³⁶³ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 763.

imputabile piuttosto alla deliberazione precedente del consiglio di amministrazione”³⁶⁴.

8. *Il contenuto dell’informazione dovuta dagli amministratori interessati e la sua attuazione.*

a) *Le quattro dimensioni dell’informazione dovuta dagli amministratori interessati.* - Ai sensi del 1° c. dell’art. 2391 c.c. l’informazione che l’amministratore deve fornire deve precisare la natura, i termini, l’origine e la portata dell’interesse che egli ha in una determinata operazione. Con tale disposizione il legislatore ha voluto inequivocabilmente stabilire che l’amministratore deve fare una descrizione esaustiva del proprio interesse in una determinata operazione, che nulla, cioè, deve essere taciuto in merito all’interesse *extra*-sociale di cui egli sia portatore³⁶⁵. Tale obbligo risulta chiaramente coerente “con la esplicitazione del principio che è dovere degli amministratori agire in modo informato (art. 2381), principio rispetto al quale la previsione di un dovere di rendere informazioni per quelli degli amministratori che sono a conoscenza di notizie e fatti rilevanti ai fini della più adeguata ponderazione delle scelte gestorie rappresenta per così dire il naturale corollario”³⁶⁶. Le “quattro dimensioni”³⁶⁷ nelle quali si articola l’informazione avente ad oggetto l’interesse dell’amministratore rappresentano, pertanto, il contenuto minimo dell’obbligo informativo in esame evitando quindi la possibilità che venga fornita una generica informazione³⁶⁸.

³⁶⁴ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 764.

³⁶⁵ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 764; G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 155; D. MAFFEIS, *Il “particolare rigore” della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società d capitali*, (nt. 328), 1063, nota 30.

³⁶⁶ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656.

³⁶⁷ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 448.

³⁶⁸ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656, in riferimento all’esigenza di evitare un’informazione generica.

Per “natura” dell’interesse si può intendere il tipo di utilità che l’amministratore può trarre da quella operazione³⁶⁹. In particolare l’amministratore interessato potrebbe essere tenuto ad informare gli altri amministratori se si tratti di un interesse patrimoniale o meno, se esso sia conflittuale o meno con l’interesse della società, se esso sia attuale o potenziale³⁷⁰. Infatti, anche alla luce della nuova disciplina, le ipotesi più interessanti sono proprio quelle nelle quali vi sia un conflitto tra l’interesse dell’amministratore e quello della società, in quanto proprio in presenza di un interesse conflittuale è più probabile che sussista un danno potenziale per la società, che costituisce ulteriore presupposto per l’impugnazione della delibera, oltre al risarcimento a cui potrebbe essere tenuto l’amministratore al verificarsi dei danni³⁷¹. Per quanto attiene agli interessi potenziali, poi, sembra corretto ritenere che gli stessi rientrino nel campo di applicazione della norma, a condizione che siano rilevanti³⁷².

Per “termini” dell’interesse, secondo una prima interpretazione, dovrebbe intendersi qualsiasi connotato individuatore dell’interesse e, pertanto, assumerebbe un valore residuale³⁷³. Altra interpretazione attribuisce al lemma in esame, invece, il compito di indicare se il perseguimento degli interessi dell’amministratore sia compatibile o meno con l’interesse sociale³⁷⁴. Più convincente sembrerebbe essere quell’opinione secondo cui il legislatore imponendo la descrizione dei termini degli interessi abbia sostanzialmente richiesto “una sua accurata descrizione ‘qualitativa’: da che cosa è rappresentato, in che modo si manifesta e quale ne sia l’estensione”³⁷⁵.

³⁶⁹ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656.

³⁷⁰ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449; G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 154.

³⁷¹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 326), 449, nota, 63.

³⁷² M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 326), 449.

³⁷³ L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 154.

³⁷⁴ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656.

³⁷⁵ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt.310), 449.

Con l'imposizione dell'obbligo di informare sull'origine dell'interesse si ritiene che il legislatore abbia richiesto all'amministratore di dare notizie sulla genesi, sulla storia dell'interesse³⁷⁶. Risulta rilevante per gli altri amministratori, infatti, conoscere come e quando sia nato l'interesse dell'amministratore e, in particolare, se esso sia sorto prima o dopo rispetto all'ideazione dell'operazione oggetto di delibera.

Infine, con "portata" dell'interesse si ritiene che il legislatore abbia richiesto all'amministratore di quantificare i vantaggi e gli svantaggi che gli potrebbero derivare dall'operazione oggetto di delibera, in modo da fornire ai destinatari dell'informazione un criterio in base al quale valutare la situazione³⁷⁷. Corretta sembra essere la notazione per cui il valore degli interessi in gioco debba essere indicato sia in termini assoluti che in termini relativi, cioè che debba essere specificata la loro incidenza sul patrimonio dell'amministratore³⁷⁸. Tale informazione, infatti, potrebbe essere rilevante al fine di valutare l'indipendenza di giudizio dell'amministrazione in relazione all'operazione da deliberare³⁷⁹. L'indicazione dell'ammontare del guadagno per l'amministratore non sarebbe essenziale, secondo altra opinione, essendo sufficiente indicare l'esistenza dell'interesse da parte dell'amministratore³⁸⁰. Scopo dell'informazione fornita dall'amministratore, secondo tale opinione, non sarebbe quella di riequilibrio delle informazioni ma, come nel sistema *ante* riforma, quella di autocensura, funzione, quest'ultima, accentuata dalla maggiore analiticità delle informazioni da fornire. Tale opinione, però, è stata criticata ritenendo che sia possibile accettare la tesi per cui non sia richiesta un'informazione quantitativa solo se per informazione

³⁷⁶ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449; G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 154.

³⁷⁷ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449; G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 656.

³⁷⁸ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449.

³⁷⁹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449.

³⁸⁰ L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 764.

quantitativa si intenda l'utilità che l'amministratore ritenga poter trarre dall'operazione e non l'incidenza sulla propria situazione economica poiché, come sopra detto, tale informazione potrebbe consentire agli altri amministratori di valutare l'indipendenza di giudizio dell'amministratore interessato³⁸¹. La portata dell'interesse potrebbe, infine, avere ad oggetto anche l'indicazione del profilo temporale dello stesso, in particolare la durata dell'interesse per l'amministratore³⁸². Anche tale elemento risulterebbe, infatti, rilevante ai fini della valutazione dell'operazione da parte degli altri amministratori.

b) *La forma*. - Il legislatore del 2003 nulla ha detto in merito alla forma della comunicazione. In conformità ai principi generali dell'ordinamento si ritiene, pertanto, che la forma sia libera - in linea teorica e se lo statuto nulla prevede in merito -, e che l'obbligo in parola può essere adempiuto in qualsiasi modo, purché sia garantita la stessa informazione a tutti gli amministratori ed al collegio sindacale³⁸³. Nella pratica, però, risulta necessaria la forma scritta in quanto consente all'amministratore interessato di poter dimostrare di aver adempiuto ai propri doveri³⁸⁴. Opportuno sarebbe, a tale fine, la specificazione nello statuto delle modalità con le quali la comunicazione deve essere effettuata prevedendo, eventualmente, una modulistica specifica da allegare agli altri documenti che devono essere trasmessi in relazione alle riunioni assembleari³⁸⁵. In ogni caso delle

³⁸¹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449.

³⁸² M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 449.

³⁸³ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 452; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 249; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 155; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 222, a sua volta citando G. FRÈ e G. SBISÀ, *sub art. 2391*, in *Della società per azioni*, in A. SCIALOJA e C. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1997, I, 829, “[...] conseguentemente ritenendosi che l'amministratore debba darne notizia nel modo che [...] ritiene più idoneo per poter dimostrare all'occorrenza di aver adempiuto all'obbligo che gli è imposto”.

³⁸⁴ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 452; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 250.

³⁸⁵ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 452.

comunicazioni degli amministratori interessati bisogna prendere nota nei verbali del consiglio³⁸⁶.

c) *Il termine*. - Il legislatore, al pari della forma, non ha fissato un termine entro cui la comunicazione deve essere effettuata. La dottrina sul punto non sembra essere uniforme. Secondo una prima interpretazione, che si ritiene preferibile, se si considera la comunicazione strumentale rispetto all'obbligo degli amministratori di deliberare in modo informato, l'informazione dovrà essere resa agli altri amministratori prima della riunione consiliare, "entro un termine che non può essere definito *a priori*, ma che dovrà comunque essere determinato volta per volta in considerazione della maggiore o minore complessità delle valutazioni che si richiede vengano compiute dagli altri amministratori alla luce delle caratteristiche con cui in concreto si manifesta il rapporto di interferenza tra interesse personale del dichiarante e interesse sociale"³⁸⁷. Secondo diversa opinione, la mancata definizione del termine in relazione al caso concreto renderebbe incerta la definizione dello stesso, "con evidenti – e inaccettabili – ripercussioni sulla stabilità della delibera del consiglio"³⁸⁸. Risulterebbe accettabile, pertanto, che la comunicazione possa avvenire anche durante la riunione, a condizione che siano rispettati i requisiti di contenuto previsti dall'art. 2391 e sia inviata anche al collegio sindacale³⁸⁹. Secondo altra interpretazione, ancora, la comunicazione dovrebbe essere immediata ed in

³⁸⁶ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 452; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 250, Zamperetti sembra invece indicare anche la possibilità che dell'informazione non venga presa nota nei verbali del consiglio. Infatti egli afferma che "L'utilizzo della forma scritta, nel caso in cui la dichiarazione non sia raccolta nel verbale di adunanza del consiglio [...]".

³⁸⁷ G. GUIZZI, *sub art. 2391*, (nt. 326), 453. Sembrerebbe conforme G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 253, affermando che [...] si deve tuttavia giungere alla conclusione che il tempo del suo corretto adempimento è legato alle circostanze concrete dell'operazione"; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 223, "[...] l'informazione debba essere data tempestivamente. Dovrà valutarsi in relazione alle circostanze del caso se vi sia stato ritardo nell'adempimento".

³⁸⁸ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 453.

³⁸⁹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 453. Diversamente, L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 155, "Non occorre che la notizia sia data durante la discussione, svoltasi nel corso della riunione consiliare, in quanto essa può essere fornita con ogni mezzo ed anche data separatamente a ciascuno dei destinatari, con modalità distinte".

ogni caso dovrebbe essere effettuata prima che l'operazione venga compiuta³⁹⁰. Tale soluzione, si è obiettato, sembrerebbe consentire una comunicazione successiva alla delibera ma anteriore all'esecuzione dell'operazione, e ciò in contrasto con la norma che sanziona tale ultima ipotesi con l'invalidità³⁹¹.

d) *I destinatari dell'informativa degli amministratori interessati.* -

Destinatari della comunicazione sono gli altri amministratori ed il collegio sindacale. La comunicazione, pertanto, deve essere indirizzata ai singoli amministratori ed al presidente del collegio sindacale³⁹². La giustificazione di tale affermazione, per quanto attiene agli amministratori, deve essere ricercata oltre che nella lettera della norma anche nella sua *ratio*, atteso che la legittimazione all'impugnativa degli amministratori ha carattere individuale³⁹³. Inoltre, la comunicazione tende a porre ciascun amministratore nella condizione di poter attivarsi, se legittimato, per convocare il consiglio o di richiamare l'attenzione di chi sia competente per ottenere la convocazione dell'organo collegiale. In relazione al collegio sindacale, invece, poiché la legittimazione all'impugnativa sembra essere di competenza dell'organo collegiale, risulta sufficiente la comunicazione al suo presidente fermo l'obbligo di quest'ultimo di darne comunicazione ai singoli membri³⁹⁴.

³⁹⁰ U. PATRONI GRIFFI, *sub art. 2391*, (nt. 346), 463.

³⁹¹ M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 453, nota 76.

³⁹² L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, (nt. 313), 764; ID., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 221, "[...] ossia letteralmente a tutti gli altri amministratori [...]"; L. NAZZICONE, *sub art. 2391*, (nt. 326), 155; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 251; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, (nt. 310), 452, nota 73. In senso contrario alla comunicazione unicamente al presidente del collegio sindacale U. PATRONI GRIFFI, *sub art. 2391*, (nt. 339), 463.

³⁹³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 251; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, (nt. 310), 221.

³⁹⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 251.

9. Gli obblighi informativi nella società quotata (art. 150 TUIF).

a) *Le peculiarità dell'informativa ex art. 150 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria (Tuif).* - Una breve analisi dell'obbligo informativo contenuto nell'art. 150 del d. lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico dell'intermediazione finanziaria, in breve Tuif) risulta indispensabile per evitare disallineamenti tra la disciplina in parola prevista per le società di diritto comune e la medesima disciplina prevista per le società quotate³⁹⁵.

L'obbligo informativo dell'art. 150 del Tuif, a differenza di quello previsto dall'art. 2381 c.c., è un obbligo interorganico in quanto impone agli amministratori di riferire tempestivamente, secondo le modalità stabilite nello statuto e con periodicità almeno trimestrale, all'organo di controllo sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate. In particolare, poi, gli amministratori devono riferire sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento. Scopo della norma è quello di fornire all'organo di controllo un flusso tempestivo e costante³⁹⁶ di informazioni tali da consentirgli di svolgere in modo efficace le proprie funzioni³⁹⁷.

Diversa è la periodicità dei flussi informativi previsti dall'art. 2381 e dall'art. 150 del Tuif. Secondo la normativa speciale l'obbligo in parola deve essere assolto

³⁹⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 225.

³⁹⁶ Tale impostazione risulta poi ripresa dalla riforma del 2003 come sopra accennato. Sul punto cfr. G. D. MOSCO, *Cognosco ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in R. ALESSI, N. ABRIANI e U. MORERA, *Il collegio sindacale le nuove regole*, Giuffrè, Milano, 2007, 312, "La più rilevante novità della riforma con riguardo all'acquisizione delle informazioni da parte del collegio sindacale è che sono ora gli stessi amministratori a dovergli fornire di propria iniziativa informazioni, assumendo questa modalità un carattere 'stabile e fisiologico' che non si riscontra nella modalità tradizionale di accesso alle notizie caratterizzata dal necessario attivismo dei sindaci nella raccolta delle informazioni. [...] Diversamente dal t.u.f. che interviene con l'art. 150, nell'ambito della specifica sezione dedicata al collegio sindacale [...]".

³⁹⁷ F. MAIMERI, *sub art. 150*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Cedam, Padova, II, 1998, 1389; G. CAVALLI, *sub art. 150*, in G. F. CAMPOBASSO (Commentario diretto da), *Testo unico della finanza*, Utet, Torino, 1998, 1249; F. PARRELLA, *sub art. 150*, in C. R. BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, 799.

dagli amministratori con periodicità almeno trimestrale, mentre secondo la disposizione civilistica si richiede che l'informazione venga resa nei termini fissati dallo statuto o, in ogni caso, almeno ogni sei mesi. Secondo certa dottrina, sebbene l'art. 150 del Tuif faccia riferimento all'informazione da fornire al collegio sindacale, non sembrerebbe "contestabile che tale informazione – ove si dovesse ritenere che essa possa essere fornita non dal consiglio, ma da amministratori a ciò delegati – andrebbe allora trasmessa dai delegati al consiglio con la stessa periodicità prevista per l'informazione al collegio sindacale"³⁹⁸.

b) *La portata generale degli obblighi informativi ex art. 2381, c. 5, c.c.* - La citata sfasatura temporale richiede un necessario approfondimento, in quanto si potrebbe giungere alla non condivisibile conclusione che gli obblighi informativi siano più stringenti nelle società di diritto comune rispetto alle società quotate.

Risulta rilevante sul punto l'analisi effettuata da recente dottrina³⁹⁹. Secondo tale studio se si ritiene che l'attribuzione del dovere informativo possa essere attribuita agli organi delegati, si determina un'anomalia per cui gli amministratori non esecutivi ricevono un'informativa semestrale mentre l'organo di controllo riceve un'informativa trimestrale. Il problema, invece, non sembra sussistere se si accetta la tesi per cui l'obbligo in parola è di competenza dell'organo collegiale senza, peraltro, possibilità di delega. In tal caso, infatti, si rende necessaria la preventiva informazione del consiglio di amministrazione da parte degli organi delegati, con l'eliminazione dell'evidenziato sfasamento temporale. Risulta necessario, pertanto, individuare i soggetti passivi dell'obbligo informativo *ex art. 150 Tuif* o, *recte*, se tale funzione sia delegabile. Nel sistema *ante* riforma la norma non offriva

³⁹⁸ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 381.

³⁹⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 226.

un'interpretazione univoca. Secondo una parte della dottrina⁴⁰⁰, anche se non esisteva un obbligo esplicito da parte dell'amministratore delegato di informare preventivamente il consiglio di amministrazione, tale dovere risultava implicitamente dagli obblighi informativi posti a carico del consiglio di amministrazione. Secondo altra interpretazione, "se [era possibile] ammettere che, in linea di principio, il dovere di relazione [incombette] sull'organo amministrativo e non sui singoli amministratori, il silenzio della legge non [consentiva] d'ipotizzare l'illegittimità di una delega conferita ad uno o più dei suoi componenti operativi, ferma restando, beninteso, la possibilità di vietarla in sede di statuto"⁴⁰¹.

Alla luce della vigente disciplina sembra corretto ritenere che nel sistema tradizionale e nel sistema dualistico la formulazione e la trasmissione dei flussi informativi indirizzati all'organo di controllo, anche in assenza di espressa indicazione normativa, possano essere oggetto di delega, non essendo tale materia indelegabile per legge⁴⁰². L'art. 2381, poi, individua gli organi delegati quali responsabili dell'informativa, anche interorganica, e "non vi è ragione per escludere che questo possa avvenire anche nelle società quotate, nelle quali il ruolo del consigliere si allontana progressivamente dalla gestione quotidiana dell'impresa sociale, e conseguentemente, dalla conoscenza 'in presa diretta' dei singoli fatti gestionali e della loro adeguata collocazione gerarchica e funzionale in un flusso informativo periodico"⁴⁰³. Nel sistema dualistico in forza del c. 2 dell'art. 150 Tuif il dovere di informare è adempiuto dal consiglio di gestione nei confronti del consiglio di sorveglianza, mentre nel sistema monistico lo stesso obbligo è posto a carico degli organi delegati ed a favore del comitato per il controllo sulla gestione.

⁴⁰⁰ F. MAIMERI, *sub art. 150*, (nt. 397), 1390, "acquisito quindi il diritto/dovere del consiglio di essere informato periodicamente dell'esercizio delle deleghe [...]".

⁴⁰¹ G. CAVALLI, *sub art. 150*, (nt. 397), 1252.

⁴⁰² G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 227.

⁴⁰³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 227.

In relazione al sistema tradizionale e dualistico, indipendentemente dalla soluzione che si ritiene più opportuna circa la possibilità di delegare il dovere informativo verso l'organo di controllo, sembra corretta quell'opinione secondo cui una sfasatura temporale tra l'informativa spontanea resa dai delegati ai deleganti e quella resa all'organo di controllo sia poco giustificabile rispetto al sistema⁴⁰⁴. Diversamente, infatti, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione secondo cui il legislatore avrebbe garantito, con l'art. 2381, una perfetta coincidenza temporale, ed inevitabilmente di contenuti, dei flussi informativi rivolti all'organo amministrativo e a quello di controllo nelle società di diritto comune e avrebbe, invece, previsto un'asimmetria informativa nelle società quotate⁴⁰⁵. Tale ipotesi risulta inaccettabile perché la trasparenza risulterebbe garantita più nelle società di diritto comune che nelle società quotate dove, come già visto in premessa, assume un ruolo fondamentale⁴⁰⁶.

La soluzione al problema va ricercata nel valore da attribuire al c. 5 dell'art. 2381 c.c.. Il legislatore della riforma introducendo tale disposizione ha previsto la creazione di un flusso informativo, eguale per contenuto e periodicità, dall'organo delegato agli organi deleganti e di controllo⁴⁰⁷. Tale obbligo si ritiene non possa essere limitato all'ambito delle sole società quotate ma debba valere per tutte le società in cui si sia optato per il conferimento di una delega amministrativa⁴⁰⁸. In forza di quanto detto e dato che il legislatore prevede un esplicito termine trimestrale per l'informativa da rendere all'organo di controllo delle società quotate, si ritiene che nel caso in cui una società quotata abbia optato per un regime di amministrazione delegata, gli organi delegati debbano informare con la medesima

⁴⁰⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 229; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, (nt. 70), 381.

⁴⁰⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 230.

⁴⁰⁶ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 230.

⁴⁰⁷ Cfr. G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 231.

⁴⁰⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 231.

periodicità, e con parità di contenuto, gli organi deleganti e l'organo di controllo⁴⁰⁹. La stessa conclusione si ritiene debba essere estesa, con qualche piccola variazione, anche al caso delle società che abbiano adottato il sistema di amministrazione monistico⁴¹⁰. Infatti, secondo tale opinione, sebbene l'art. 150 c. 2 del Tuir nel sistema monistico faccia carico direttamente agli amministratori delegati dell'obbligo informativo previsto dal c. 1 dello stesso articolo, gli amministratori non esecutivi si trovano nelle stesse condizioni dei corrispondenti organi dei restanti sistemi di amministrazione. Tale considerazione induce a ritenere, in forza delle medesime argomentazioni previste nel caso in cui si sia optato per il sistema tradizionale o dualistico di amministrazione e controllo, che non sia opportuno avallare una asimmetria informativa tra organi deleganti ed organo di controllo.

⁴⁰⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 231.

⁴¹⁰ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 231

Capitolo III

I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI

1. *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato:* a) *L'ambito di applicazione del dovere di agire informati;* b) *Il dovere di informarsi quale specificazione della prestazione dovuta dagli amministratori;* c) *Il contenuto dell'informazione degli amministratori non esecutivi.* 2. *Il potere di ciascun amministratore di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società:* a) *La titolarità del potere;* b) *Il contenuto e gli strumenti dell'informazione;* c) *L'informazione adeguata.* 3. *L'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile:* a) *L'adeguatezza quale clausola generale dell'organizzazione d'impresa;* b) *Il "genere" adeguatezza;* c) *Le specie.* 4. *La "valutazione" degli assetti adeguati.* 5. *Il potere degli amministratori non esecutivi di emanare direttive vincolanti in materia di assetto societario.* 6. *Il superamento del limite "delle informazioni ricevute".* 7. *L'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società.* 8. *La valutazione del generale andamento della gestione.*

1. *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato.*

a) *L'ambito di applicazione del dovere di agire informati.* - L'art. 2381, c. 6, c.c. impone agli amministratori di agire in modo informato. Tale disposizione costituisce, da un lato, una regola di carattere generale da applicare ad ogni

componente dell'organo amministrativo⁴¹¹ della società e, dall'altro, rappresenta per gli amministratori non esecutivi il completamento della disciplina dell'informazione. Recente dottrina ha definito il dovere in esame come “dovere riflessivo di informazione”, in quanto esso ha ad oggetto un'attività che ha come destinatario lo stesso soggetto agente, finalizzata a far sì che quest'ultimo “divenga recettore di informazione diretta all'esercizio di una diligente attività di gestione”⁴¹².

La norma in esame, secondo i primi commentatori, “recepisce l'opinione, prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, secondo cui, seppure non esista un dovere degli amministratori di non commettere errori e nemmeno di essere ‘periti’ nei più diversi settori dell'organizzazione e della gestione dell'impresa sociale, [richiede che] le loro scelte ‘devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione’”⁴¹³. “Il dovere di vigilanza, in particolare, è un mero dovere di attenzione alle più rilevanti vicende della società, che fa carico agli amministratori, esista oppure no un organo delegato. Esso si specifica in un diritto-dovere di ‘informazione’ e in un diritto-dovere di ‘istruzione’ sui singoli atti ogni volta che, in base alla diligenza del mandatario, vi è motivo di ritenere che l'interesse del mandante possa essere compromesso”⁴¹⁴.

⁴¹¹ F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2005, 339, “Il dovere di vigilanza, in particolare, è un mero dovere di attenzione alle più rilevanti vicende della società, che fa carico agli amministratori, esista oppure no un ‘organo’ delegato”; M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 110, “La regola che l'art. 2381 enuncia nella prima parte del 6° comma [...] essa riguarda, indifferentemente dal sistema di amministrazione adottato, tutti gli amministratori, a prescindere dal fatto che la responsabilità della gestione compete ad essi in modo collegiale o in forza di delega”; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), “Questo dovere è stabilito dall'art. 2381, 6° comma, c.c. per tutti gli amministratori, anche per quelli a cui sono state attribuite deleghe, per i quali si traduce in un dovere di curare un'adeguata istruttoria e di compiere una congrua ponderazione nelle decisioni da assumere e nelle proposte da presentare al consiglio”.

⁴¹² G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 260.

⁴¹³ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 52 l'Autore nell'ultima parte della citazione rinvia alla Relazione alla legge di riforma, n. 6.III.4).

⁴¹⁴ F. DI SABATO, *Diritto delle società*, (411), 339, così si spiega il principio secondo cui chiedere notizie agli organi delegati o nell'ambito del consiglio compete al singolo amministratore, per sottrarsi alla responsabilità personale”. La riforma ha preteso “un elevato livello di consapevolezza per tutti gli amministratori per assicurare contributi approfonditi nelle scelte gestionali”, così S. PESCATORE, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di Diritto*

b) *Il dovere di informarsi quale specificazione della prestazione dovuta dagli amministratori.* - Il dovere di informarsi da parte degli amministratori, secondo una certa dottrina, già nel sistema previgente era correlato al dovere di amministrazione poiché, si affermava, “non è immaginabile che si gestisca alla cieca”⁴¹⁵. Il dovere in parola, cioè, era quindi già desumibile nel sistema *ante* riforma quale specificazione del dovere di diligenza. La Suprema Corte⁴¹⁶ sembrava concordare con tale interpretazione. Infatti, “se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé [*business judgment rule*], deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita. Secondo un criterio fatto proprio da questa Corte, il discrimine va individuato nel fatto che mentre la scelta tra compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall’eventuale omissione, da parte dell’amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in altre parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il modo in cui sono compiute”.

Anche nel sistema riformato la violazione del dovere di informazione determinava violazione del dovere di agire con diligenza⁴¹⁷. Gli amministratori, secondo tale opinione, “sono inadempienti al loro dovere di diligenza se effettuano

commerciale, 8° ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 285; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 380.

⁴¹⁵ A. BORGIOI, (nt. 1), 263.

⁴¹⁶ CASS. CIV., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, 1518, con nota di A. FUSI.

⁴¹⁷ F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 635, “In particolare, per quanto riguarda il dovere di diligenza, esso impone agli amministratori di agire ‘con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico’, e soprattutto di ‘agire in modo informato’ e secondo le loro specifiche competenze”; L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 36, “l’obbligo di tenersi informati da parte dei singoli amministratori previsto dall’ultimo comma della norma in commento – in attuazione dell’art. 4°, 8° comma, lett. g) della l. 3 ottobre 2001, n. 366, e già affermato dalla giurisprudenza precedente – è una specificazione del dovere di diligenza tipico dell’amministratore: vale a dire, la diligenza è quella professionale del gestore d’impresa, dunque a conoscenza delle norme tecniche della buona gestione e delle concrete circostanze dell’operazione”.

le scelte di gestione con colpevole improvvisazione, senza soppesare i vantaggi e svantaggi che l'operazione può presentare per la società"⁴¹⁸.

Si è diversamente, ritenuto⁴¹⁹ che, nonostante il dovere di agire informato sia stato anticipato dalla giurisprudenza, esso costituisca un elemento di novità rispetto alla disciplina previgente. Il dovere in parola si porrebbe in una posizione intermedia tra il dovere generico di diligenza ed i doveri specifici previsti dalla legge. La tradizionale distinzione tra doveri generici e doveri specifici ha una valenza teorica ma soprattutto pratica. "La differenza si coglie in punto di prova dell'inadempimento: per quelli generici chi assume l'inadempimento dell'amministratore deve dimostrare quale sarebbe stato in un certo contesto il comportamento doveroso e che l'amministratore ne ha tenuto uno diverso; per quelli specifici, in presenza di predeterminazione del comportamento dovuto, è sufficiente la prova della sua inosservanza"⁴²⁰. Il dovere in esame sembra, quindi, essere generico "nel senso che presenta un certo grado di indeterminatezza della fattispecie, che richiede un giudizio, non certamente meccanico o immediato, di sussunzione della condotta concreta in una fattispecie astratta elastica. Al tempo stesso, tuttavia, è anche specifico perché identifica attività dovute infinitamente più ristrette rispetto al latissimo perimetro della gestione dell'impresa, delimitato solo dall'oggetto e dall'interesse sociale"⁴²¹.

Considerato che la diligenza manca di un contenuto predefinito poiché, secondo una condivisa definizione, essa costituisce "l'impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato scopo"⁴²², il legislatore ha fornito un contenuto attraverso l'obbligo di agire informato. In altre parole, sebbene il dovere

⁴¹⁸ F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 417), 635.

⁴¹⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 297.

⁴²⁰ G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2005, 154.

⁴²¹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 297, la specificità secondo l'Autore è bivalente, in quanto incide sia sull'oggetto, influenzando sul concetto di gestione dell'impresa, sia sul modo, caratterizzando un profilo della diligenza.

⁴²² C. M. BIANCA, *Diritto civile, l'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 90.

riflessivo di informazione affondi le proprie radici nel dovere di diligenza⁴²³, se ne differenzia in quanto individua il contenuto della prestazione “che non è più l’anodino ‘gestire l’impresa’ ma qualcosa di più, cioè gestire l’impresa essendo o divenendo informati, cioè compiendo un’attività di verifica e di istruttoria”⁴²⁴. La conseguenza di quanto ora detto, secondo la stessa dottrina, si rinviene nella valutazione della condotta dell’amministratore che sembra potersi scindere in due distinti momenti. Il primo attiene alla valutazione dell’informazione acquisita dall’amministratore rispetto all’azione che si apprestava a compiere; il secondo, invece, ha ad oggetto la diligenza in senso proprio. Tale distinzione, inevitabilmente, facilita l’onere probatorio nell’esercizio di un’azione contro l’amministratore, in quanto è sufficiente per l’attore dimostrare “l’inadeguatezza dell’istruttoria [cioè del procedimento mediante il quale sono state acquisite le informazioni] rispetto alla decisione imprenditoriale per arrivare a conseguenze giuridicamente rilevanti in termini di revoca o, dimostrato il nesso di causalità, di responsabilità”⁴²⁵.

c) *Il contenuto dell’informazione degli amministratori non esecutivi.* - Il dovere di agire informato costituisce, come detto, anche il naturale completamento della disciplina dell’informazione degli amministratori non esecutivi⁴²⁶. La dottrina, già nel sistema antecedente alla riforma, facendo leva sull’obbligo di vigilanza posto a carico degli amministratori ammetteva, anche in assenza di una espressa disposizione, l’esistenza di “poteri istruttori, di informazione e di ispezione, che costituiscono il necessario presupposto per l’adempimento del dovere in

⁴²³ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 303, “agire diligentemente significa in primo luogo agire in modo informato, e agire in modo informato significa adottare, o contribuire ad adottare, scelte che costituiscono il punto di arrivo di un percorso non necessariamente portatore di esito positivo, ma il cui possibile esito negativo sia stato valutato e consapevolmente accettato”; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt.), 581, “L’ultimo comma, se da un lato sancisce che ‘gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato’ (il che, del resto, è implicito nel dovere di diligenza), [...]”.

⁴²⁴ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 300.

⁴²⁵ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 301.

⁴²⁶ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 259.

discorso”⁴²⁷. Risulta evidente, infatti, che “l’unico modo [per gli amministratori non delegati] per sfuggire alle responsabilità connesse all’azione di alcuni amministratori non è sicuramente l’ignoranza, ma piuttosto l’attenta vigilanza e la denuncia dei fatti censurabili”⁴²⁸. Il potere di informarsi da parte degli amministratori costituiva, pertanto, una vera e propria fase dell’attività di controllo⁴²⁹.

Nella sua attuale formulazione il dovere di agire informato a carico degli amministratori non esecutivi pone, secondo attenta interpretazione, problemi in ordine al suo contenuto per quanto attiene al rapporto amministratori deleganti ed amministratori delegati, “essendo evidente che una sua estensione non adeguatamente controllata potrebbe condurre a risultati ancora più rigidi di quelli imposti dal sistema previgente, che – quanto meno – limitava l’obbligo di vigilanza al generale andamento della gestione, laddove l’art. 2381, comma 6°, c.c., nella sua formulazione letterale, non pone limiti”⁴³⁰.

La dottrina sul punto sembra essere divisa, in quanto non è chiaro in che cosa si debba concretizzare l’obbligo di agire informato da parte dei deleganti in relazione all’attività dei delegati.

Secondo alcuni interpreti “ogni amministratore può [...], di norma, fare ragionevole affidamento sulle informazioni ricevute dagli organi delegati, ma deve invece attivarsi, chiedendo e raccogliendo tutte le informazioni opportune per esercitare una decisione ponderata, laddove le circostanze lo richiedano o vi sia

⁴²⁷ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 100; A. BORGIOLO, (nt. 1), 266; C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 411, “La lacuna normativa al riguardo era avvertita dagli studiosi più attenti [...]. In mancanza di una testuale previsione nel nostro ordinamento, la dottrina italiana più avveduta faceva discendere l’esistenza di un obbligo di informazione dai principi generali quale quello di attuazione del rapporto gestorio secondo i canoni di correttezza e buona fede, nonché degli obblighi di informazione e comunicazione previsti *ex artt.* 1710, comma 2, e 1711, comma 2, in capo al mandatario nei confronti del mandante”.

⁴²⁸ C. DINANNI, (nt. 41), 175.

⁴²⁹ A. BORGIOLO, (nt. 1), 267, “La vigilanza è, in definitiva, un’attività di controllo che viene a scandirsi secondo tre momenti successivi. La prima fase consiste in un’operazione di natura conoscitiva: qui si svolge, in sostanza, un’attività istruttoria diretta a percepire la realtà delle cose; la seconda implica un giudizio, o comunque una valutazione (conformità o meno della situazione alle norme – giuridiche o tecniche – che la regolano); l’ultima fase consiste, invece, nell’eventuale adozione di un provvedimento, in presenza di una valutazione negativa della situazione”.

⁴³⁰ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 504.

anche il minimo dubbio circa l'effettiva fondatezza o esaustività delle informazioni messe a disposizione dagli organi delegati"⁴³¹.

Tale interpretazione ha determinato la prassi di utilizzare per l'acquisizione delle informazioni e per la loro elaborazione strutture specializzate esterne alla società "in grado di fornire sufficienti garanzie di 'neutralità' ed oggettività. Frequente è così, specie in operazioni di acquisizioni, la richiesta a consulenti esterni di verifiche che vengono in gergo denominate *due diligence* o *fairness opinion*"⁴³². La considerazione per cui l'obbligo di richiedere un supplemento di informazioni scatti solo in presenza di lacune, contraddizioni o profili meritevoli di approfondimento è, secondo certa dottrina⁴³³, condivisibile ma risulta necessario che tale formula sia riempita di contenuto in relazione ai singoli casi pratici.

"Diviene quindi fondamentale l'orientamento che verrà assunto dalla giurisprudenza nella concreta applicazione della tesi in questione"⁴³⁴. L'acquisizione di informazioni da fornire al consiglio si può tradurre anche nella creazione di costi

⁴³¹ F. GHEZZI, *sub art. 2380*, in F. CHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GREZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005, 14; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2006, 581, "pertanto in presenza di deleghe, il dovere di agire informati, si pone in relazione al diritto di essere informati da parte degli organi delegati, e comporta naturalmente l'obbligo di verificare l'adeguatezza e la completezza dell'informazione ricevuta"; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 693, "Ed è chiaro che in tal modo s'implica la ragionevolezza e normalità di un 'affidamento' nelle informazioni ricevute: che cioè in via di principio non possa esservi responsabilità, anche quando risultino successivamente inesatte, salvo naturalmente i casi in cui della situazione si sia concretamente a conoscenza ovvero siano riscontrabili motivi, a causa della fonte da cui provengono o del modo in cui sono fornite, per dubitare della plausibilità delle informazioni medesime"; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 1568, "Tale ultima disposizione tuttavia – lungi dal potersi intendere come una sorta di reintroduzione del tradizionale dovere, in capo ai deleganti, 'di vigilare sul generale andamento della gestione' – sembra limitarsi ad imporre loro un dovere di richiedere informazioni in presenza di indizi che, sulla base della 'diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze', dovrebbero far sorgere dubbi in ordine alla affidabilità e/o alla completezza delle 'informazioni ricevute' e/o delle 'relazioni' presentate dagli amministratori delegati". Sul punto cfr. P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 504; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 338, "[lascia almeno ipoteticamente supporre una qualche carenza di informazione transittiva, tale da aver reso necessario l'esercizio del potere di richiesta da parte di uno o più amministratori [...]"]; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali. La nuova disciplina*, (nt. 41), 90; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto della società*, a cura di M. CAMPOBASSO, Utet, Torino, 2006, 378.

⁴³² C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 693;

⁴³³ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 387.

⁴³⁴ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 387.

aggiuntivi che possono interferire nella scelte di gestione⁴³⁵. In tal caso, quindi, la decisione di acquisire ulteriori informazioni diventa una scelta di carattere gestionale, con conseguente insindacabilità del rifiuto di fornire ulteriori informazioni da parte dell'organo delegato e conseguente silenzio da parte dell'organo delegante.

Secondo altra dottrina, invece, l'obbligo di agire informati richiederebbe l'attivazione di un costante flusso informativo tra gli organi delegati e gli amministratori non esecutivi⁴³⁶. Tale interpretazione, però, finirebbe per ricondurre, come detto, a risultati ancora più rigidi di quelli previsti dal sistema precedente e ciò in evidente contrasto con la volontà del riformatore⁴³⁷. Secondo tale ultima opinione⁴³⁸, in modo condivisibile, si potrebbe pervenire ad una soluzione più equilibrata del problema sulla considerazione che, “mentre l'obbligo di vigilare sulla gestione prescritto dal testo originario dell'art. 2392, comma 2°, c.c. imponeva agli amministratori deleganti un obbligo incondizionato di controllare l'attività dei delegati (seppure limitatamente al generale andamento della gestione), l'obbligo di agire in modo informato di cui al vigente art. 2381, comma 6°, c.c. – predicando l'informazione come una caratteristica dell'agire – può essere correttamente interpretato nel senso di stabilire che gli amministratori deleganti sono tenuti ad informarsi (non in via generale, ma) solo in funzione di un atto o di un attività relativi alle attribuzioni delegate che essi vanno a compiere, quale può essere (*in*

⁴³⁵ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 387, “si pensi al caso in cui l'organo delegato proponga al consiglio l'approvazione di un'operazione strategica da concludere in tempi brevi, consistente nella presentazione dell'offerta in un'importante gara d'appalto (ad esempio, per la costruzione di una diga), supportando la proposta con una relazione tecnica. In questa ipotesi, se gli amministratori deleganti chiedono che venga acquisita una nuova relazione, redatta da un tecnico scelto da loro, il soddisfacimento della richiesta ha per l'impresa societaria un costo diretto che potrebbe essere rilevante e soprattutto presenta il rischio del pesante costo indiretto rappresentato dalla eventuale perdita della possibilità di partecipare alla gara di appalto”.

⁴³⁶ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 684, “si vuole così soddisfare l'esigenza di assicurare un costante flusso informativo tra consiglio di amministrazione ed organi delegati, evitando che il primo possa essere di fatto esautorato del proprio ruolo e delle proprie competenze o che possa assumere un atteggiamento di passività di fronte all'operato degli organi delegati”.

⁴³⁷ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 505.

⁴³⁸ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 505.

primis) la valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche la diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri di direttiva e di avocazione, sia questa frutto o meno del giudizio che essi si sono formati in conseguenza dei flussi informativi ricevuti e vagliati"⁴³⁹.

2. Il potere di ciascun amministratore di chiedere agli organi delegati che "in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

a) *La titolarità del potere di chiedere informazioni agli organi delegati.* - Strumentale all'adempimento del dovere degli amministratori non esecutivi di agire essendo informati sull'attività degli amministratori esecutivi è il diritto riconosciuto ai primi di chiedere ai secondi che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

Il legislatore, con tale disposizione, interviene sull'annoso problema dell'attribuzione al consiglio o ai singoli amministratori del potere di acquisire informazioni presso gli organi delegati⁴⁴⁰. In forza dell'ultimo comma dell'art. 2381, letteralmente, si riconosce all'amministratore, individualmente, il potere di chiedere agli organi delegati che, in consiglio, siano fornite informazioni relative alla gestione della società⁴⁴¹.

La dottrina sembra essere divisa relativamente al potere dell'amministratore non esecutivo di chiedere informazioni unicamente agli

⁴³⁹ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 505.

⁴⁴⁰ O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, (nt. 82), "E' controverso [...] se il dovere di vigilanza abbia carattere individuale o debba essere esercitato collegialmente dal consiglio; [...]. Il dovere di vigilanza ha per oggetto il generale andamento della gestione: si tratta quindi di un controllo avente natura sintetica, che investe (almeno di massima) l'attività, e non i singoli atti. È dubbio, però, qualora si ritenga che il dovere di vigilanza abbia carattere individuale, se gli amministratori delegati (a differenza dei deleganti) siano però tenuti ad una vigilanza di natura analitica sull'attività posta in essere dagli altri delegati"; cfr., inoltre sul punto, A. Borgia, (nt. 1), 265.

⁴⁴¹ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 506; L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 36.

amministratori esecutivi, tenuti a riferire in consiglio. O se, viceversa, sia possibile riconoscere al singolo amministratore il potere di acquisire direttamente, *i.e.* fuori dal consiglio, informazioni presso i dirigenti ed effettuare atti di ispezione presso le strutture aziendali.

Secondo un primo orientamento, che sembra essere condiviso anche dalla Suprema Corte⁴⁴², tale potere non dovrebbe essere riconosciuto all'amministratore *uti singulus*⁴⁴³. Gli amministratori non delegati, in altre parole, possono esercitare il loro potere informativo solo nei confronti degli organi delegati, i quali sono tenuti a riferire in consiglio. Al singolo amministratore non è riconosciuto un autonomo potere, e correlativo dovere, individuale d'indagine, ma le informazioni possono essere acquisite soltanto in sede collegiale, e le stesse non sono acquisite direttamente ma vengono fornite all'amministratore da altri⁴⁴⁴. "Di qui [anche] l'importanza di un'adeguata verbalizzazione delle riunioni del consiglio, anche ai fini della ripartizione delle responsabilità in relazione alle informazioni che il

⁴⁴² CASS., 19 giugno 2007, 23838, (nt. 210), "[...] atteso il potere (ma, che si qualifica come doveroso nell'ottica dell'indicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche una autonoma potestà di indagine)".

⁴⁴³ F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 581, nota 9, "Il percorso passa dunque attraverso gli organi delegati [...] e non attraverso ipotetiche e dubitevoli indagini eseguite direttamente ed individualmente presso le strutture aziendali e gli uffici del personale amministrativo"; L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 36; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali. La nuova disciplina*, (nt. 41), 93; P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt.), "[...] opportunamente il legislatore precisa che tale valutazione va effettuata non già con forme ispettive, bensì sulla base dei dati ad esso comunicati"; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, (nt. 431), 1568, "Quel che, invece, deve escludersi è la sussistenza di un diritto individuale degli amministratori non delegati di compiere direttamente ispezioni o controlli sugli atti societari: dal che discende – ovviamente – l'impossibilità di imputare loro un qualche responsabilità per omissione al riguardo"; G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 338, "[...] è dunque più giustificato che l'informazione richiesta ai sensi del secondo comma venga resa in un contesto maggiormente formale, in presenza di tutti gli amministratori e dei sindaci e con possibilità di repliche e controrepliche da parte di tutti i consiglieri, esecutivi e non esecutivi"; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 506; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, (nt. 411), 339, [...] così si spiega il principio secondo cui chiedere notizie agli organi delegati o nell'ambito del consiglio compete al singolo amministratore, per sottrarsi alla responsabilità personale"; F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, (nt. 326), 449; G. FERRI, *Le società*, in Tratt. Dir. Civ. it. fondato da F. VASSALLI, X, tomo III, Torino 1987, 667; A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in Riv. Dir. Comm., 1996, 6. Cfr. sul punto A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in C. AMATUCCI E V. BUONOCORE (a cura di), *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 2008, 156.

⁴⁴⁴ C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 692.

comitato esecutivo abbia (o piuttosto non abbia) fornito”⁴⁴⁵. Tale orientamento sembra essere condivisibile, “a suo favore depongono elementi testuali. Il 6° comma dell’art. 2381 c.c. prevede espressamente che le informazioni siano fornite in consiglio e trova riscontro nel 3° comma della disposizione, secondo cui la valutazione da parte del c.d.a. del generale andamento della gestione è compiuta sulla base della relazione degli organi delegati”⁴⁴⁶. Tali poteri sono poteri del consiglio, il quale può esercitarli direttamente o a mezzo delega⁴⁴⁷. Nulla toglie, pertanto, che gli amministratori possono proporre e deliberare atti di ispezione come collegio⁴⁴⁸.

Secondo altra opinione, invece, “se si ritiene che il nuovo ordinamento non ha liberato gli amministratori tutti, e in particolare quelli non operativi, dal dovere di vigilanza sulla gestione e se, contemporaneamente, si tiene conto del fatto che opportunamente la nuova legge prescrive ad ogni amministratore di ‘agire in modo informato’, [...], non si può ritenere che la nuova legge abbia privato gli amministratori non operativi di quel potere individuale di informazione sulla gestione, senza bisogno della mediazione del consiglio, salva ovviamente la competenza esclusiva di questo nell’assumere le decisioni, che le informazioni raccolte consigliano o impongono”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 581, nota 10.

⁴⁴⁶ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 386, “Benché l’argomento testuale non vada sopravvalutato, specialmente se applicato alla legislazione recente (alla luce del livello tecnico di redazione che sovente la caratterizza), in questo caso vi sono elementi univoci e concordanti. A ciò si aggiunga che, adottando una soluzione diversa, si rischierebbe di ripristinare sostanzialmente il sistema previgente, che secondo l’opinione più diffusa e condivisibile, ha condotto (per scelte giurisprudenziali probabilmente non imposta dalla clausola legislativa del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione) al risultato insoddisfacente di una indiscriminata estensione della responsabilità degli amministratori deleganti”.

⁴⁴⁷ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 386.

⁴⁴⁸ P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 852, [...] è vero che gli amministratori non possono procedere ad atti individuali di ispezione, ma certamente possono proporli e deliberarli come collegio. E altrettanto dicasi per la valutazione dell’andamento della gestione”.

⁴⁴⁹ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, 293; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto della società*, a cura di M. CAMPOBASSO, (nt. 431), 366, l’attività di vigilanza spetta “oltre che al consiglio collegialmente, anche al singolo amministratore individualmente. E ciò in quanto il singolo amministratore è in ogni caso personalmente e solidalmente responsabile dei danni che alla società possono

Tale possibilità, in effetti, fu ipotizzata dal legislatore in sede di formulazione della legge, ma la proposta non fu accolta nel timore che il riconoscimento di tale potere avrebbe determinato un eccessivo carico per i dirigenti ed i dipendenti ed avrebbe ulteriormente responsabilizzato l'amministratore delegante⁴⁵⁰. Il problema era in parte già noto nel sistema *ante* riforma. La dottrina sottolineava che una vigilanza troppo assidua e approfondita poteva finire con l'intralcio l'attività dei delegati, paralizzandola. "L'eccesso di controlli potrebbe essere, infatti, controproducente, perché 'di garantismo si muore'"⁴⁵¹. Secondo la stessa dottrina gli amministratori non esecutivi non devono ostacolare l'attività di gestione dei delegati, perché questi hanno il diritto di adempiere liberamente alla propria funzione. Pertanto, nel caso di insorgenza di conflitti il problema potrebbe essere risolto tramite l'intervento del consiglio di amministrazione⁴⁵². Secondo quell'opinione che riconosce il potere di informarsi degli amministratori quale potere individuale, probabilmente anche alla luce della citata dottrina *ante* riforma, il possibile impatto negativo sulla funzionalità dell'attività dei delegati e delle strutture da questi dipendenti, dovuto all'esercizio indiscriminato del potere degli amministratori non operativi di assumere informazioni, potrebbe essere eliminato mediante una regolamentazione statutaria⁴⁵³.

derivare dall'omessa vigilanza. Più esattamente, ogni amministratore può esaminare e controllare i documenti sociali, può compiere atti di ispezione, nonché, se vi sono amministratori con funzioni delegate, chiedere a questi ultimi che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società"; B. LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e società*, Giuffrè, Milano, 2005, 389, "Com'è ovvio gli amministratori, in quanto esclusivi competenti della gestione, non incontrano limiti al loro potere di (ricerca di) informazioni sull'andamento della società. Non esiste 'riservatezza della gestione sociale nei loro confronti; né necessità di interventi collegiali per acquisire notizie. Sono 'tenuti ad agire in modo informato' (art. 2381, 6° comma), cadendo in negligenza se omettono di provvedervi".

⁴⁵⁰ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 36.

⁴⁵¹ A. BORGIOI, (nt. 1), 266, l'Autore rinvia per la citazione a G. MINERVINI, in *Giur. comm.*, 1980, 814.

⁴⁵² A. BORGIOI, (nt. 1), 267.

⁴⁵³ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 293.

b) *Il contenuto e gli strumenti dell'informazione.* - Per quanto attiene al contenuto delle informazioni che possono essere raccolte dagli amministratori non esecutivi nell'esercizio del loro potere informativo, stando alla citata dottrina che riconosce agli amministratori non esecutivi il potere di chiedere informazioni unicamente all'amministratore esecutivo, le informazioni devono essere strumentali all'esercizio dei poteri del consiglio, "e quindi avere per oggetto elementi utili quali (come dice il comma 3°) la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, i piani strategici, industriali e finanziari, o l'andamento generale della gestione, non quindi le singole operazioni, se non quelle di maggior rilievo (vedi comma 5), nel qual caso potrà trattarsi anche di operazioni poste in essere dalle società controllate"⁴⁵⁴.

Secondo la dottrina che riconosce agli amministratori non esecutivi il potere di informazione sulla gestione senza la mediazione del consiglio intervenendo direttamente nei confronti dei dirigenti della società, le informazioni raccolte dagli amministratori sono sempre finalizzate ad una consapevole partecipazione all'attività del consiglio, e non possono essere invece finalizzate a lodare o accusare gli amministratori delegati⁴⁵⁵. "Se dall'esame delle scritture contabili e dei relativi documenti il consigliere non operativo ricavasse qualche dubbio sulla correttezza dell'operato dell'amministratore delegato, sia in termini di convenienza sia in termini di legittimità, egli potrà appunto, invitarlo a riferire in consiglio ed, in quella sede, quel dubbio potrà essere esaminato e valutato in una dialettica nella quale potrà essere coinvolto anche il membro delegato"⁴⁵⁶.

Sebbene non siano specificati gli strumenti tramite i quali esercitare il diritto di informarsi, "comune pratica aziendale consente di identificarli nella

⁴⁵⁴ F. FERRARA JR. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 581, nota 8.

⁴⁵⁵ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 292.

⁴⁵⁶ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 292.

richiesta di notizie agli stessi delegati, se vi sono, o ai dirigenti della struttura, in ogni caso, e nella materiale verifica del funzionamento della struttura stessa”⁴⁵⁷.

c) *L’informazione adeguata.* - Resta, infine, da chiarire quando l’amministratore sia da considerare sufficientemente informato. “I principi di corretta amministrazione, [tra i quali rientra il dovere di agire in modo informato], sembrano riassumersi nell’adozione di procedure decisionali adeguate, che includono la raccolta e l’elaborazione di informazioni pertinenti, nonché nell’evitare operazioni manifestamente irragionevoli, azzardate, in conflitto di interessi o estranee all’oggetto sociale: non ci si allontana di molto – come si vede – dalle acquisizioni giurisprudenziali in tema di diligenza e dovere di azione informata. [...] Per determinare con sufficiente approssimazione l’entità dell’informazione dovuta, il collegamento evidenziato tra l’art. 2381, sesto comma, e l’art. 2392 c.c. permette di chiamare in ausilio i due parametri conformativi della diligenza, a ‘natura dell’incarico’ e le ‘specifiche competenze’⁴⁵⁸, in seguito specificamente analizzati. Secondo la citata opinione, per natura dell’incarico si intende il riferimento “alla posizione dell’amministratore nell’ambito dell’organo gestorio e al tipo di incarico a questi affidato”⁴⁵⁹, mentre le specifiche competenze “richiamano le particolari conoscenze per le quali l’amministratore è stato nominato. Il livello di informazione corrispondente al canone normativo dell’agire informato deve dunque essere individuato attraverso il rapporto tra le conoscenze di cui il singolo amministratore dispone (e per le quali si assume egli sia stato nominato) e la decisione imprenditoriale da adottare”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ V.SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 292.

⁴⁵⁸ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 311.

⁴⁵⁹ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 311.

⁴⁶⁰ G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 311.

3. *L'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile.*

a) *L'adeguatezza quale clausola generale dell'organizzazione d'impresa.*

- La disciplina dell'informazione risulta strumentale, in caso di delega, al corretto adempimento degli obblighi posti dal riformatore a carico dei deleganti, ed è strettamente connessa con quella della responsabilità degli amministratori, come si evince dall'espresso richiamo contenuto nel c. 2 dell'art. 2392, e come in seguito si vedrà.

In questa sede risulta sufficiente, ai fini della nostra analisi, notare che gli obblighi di valutazione, sebbene il legislatore li ponga a carico dell'organo collegiale, coinvolgono direttamente i singoli amministratori non esecutivi. Infatti, "ogni singolo amministratore non esecutivo che abbia concorso col proprio voto favorevole all'approvazione (da parte del *plenum*) dei documenti informativi rimessi dai titolari di deleghe risponderà solidalmente con i titolari stessi dei comportamenti di *mala gestio* posti in essere da questi ultimi [...]"⁴⁶¹.

L'organo delegante deve, innanzitutto, valutare sulla base delle informazioni ricevute l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società. Si tratta di una regola, come è stato sottolineato da autorevole dottrina⁴⁶², che rappresenta una delle maggiori innovazioni prodotte dalla riforma del 2003. "La novità più 'nuova' della riforma delle società di capitali del 2003 (d. lgs. 17 gennaio 2006 n. 6) [...], capace, [secondo tale opinione], di mutare i 'fondamentali' di un tema centrale come quello della responsabilità d'impresa e dei gestori di questa, quali che siano le sembianze che all'esterno l'impresa abbia assunto, è contenuta nell'art. 2381: nella seconda parte del terzo comma di questa

⁴⁶¹ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 89.

⁴⁶² V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, ESI, Napoli, 2006, 200; ID., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

norma è stabilito che il consiglio di amministrazione, ‘sulla base delle informazioni ricevute valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (...)’, mentre nel quinto comma si dispone che ‘gli organi delegati curano che l’assetto organizzativo amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa’⁴⁶³.

La portata innovativa della norma, secondo la stessa dottrina, risulta chiara se, accanto alla norma in esame, si considerano le seguenti altre disposizioni: a) l’art. 2403, per cui “il collegio sindacale vigila sull’osservanza della legge e dello statuto, sui principi di corretta amministrazione e in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e dal suo concreto funzionamento”; b) l’ultima parte del c. 3° dell’art. 2381, per cui il consiglio di amministrazione “esamina, quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, valuta sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione”⁴⁶⁴; c) l’art. 2392, in tema di responsabilità degli amministratori verso i soci, dove il criterio della diligenza del mandatario è stato sostituito con quello della “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze”, e dove viene eliminato il generico dovere di vigilanza. Se a tutto ciò si aggiunge, poi, l’art. 2380-bis che al c. 1, che esalta l’aspetto gestorio, risulta facile comprendere quanto il riformatore abbia valorizzato i poteri degli amministratori e quanto sia destinato a cambiare il tema della responsabilità dell’impresa e dei suoi amministratori⁴⁶⁵. “In definitiva, la legge interviene per la prima volta sulle concrete modalità di organizzazione interna dell’attività d’impresa, che è materia tradizionalmente lasciata all’autonomia

⁴⁶³ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 200.

⁴⁶⁴ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 200, l’Autore sottolinea che anche tale principio non appartiene alla nostra tradizione.

⁴⁶⁵ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 200.

decisionale dell'imprenditore, prescrivendo che l'assetto organizzativo sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"⁴⁶⁶.

La stessa attenta dottrina esalta il carattere di novità del principio di adeguatezza in quanto esso riguarderebbe non solo il rapporto società-amministratori, ma, quale prescrizione ordinaria dei valori costituzionali (art. 41 della Costituzione), anche il rapporto impresa-mercato⁴⁶⁷. Diversamente, secondo altra dottrina il principio di adeguatezza non rappresenterebbe una frattura rispetto al passato, in quanto l'obbligo di costruire assetti adeguati sarebbe già contenuto nell'obbligo di diligenza⁴⁶⁸.

Le difficoltà del tema in esame, risulta evidente, dipendono dalla novità dello stesso⁴⁶⁹ e dall'impatto devastante che esso avrà sul fondamentale tema della responsabilità d'impresa.

In seguito alla riforma, infatti, l'adeguatezza deve essere considerata "alla stregua di una clausola generale dell'organizzazione d'impresa"⁴⁷⁰, con la evidente conseguenza che si tratta di un obbligo a carico dell'imprenditore⁴⁷¹,

⁴⁶⁶ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 200.

⁴⁶⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 210; ID., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 29, "la responsabilità torna al centro del sistema impresa e non solamente, per fortuna, con riferimento ai profili penalistici, e torna nei termini prospettati da chi [...] notò che l'agire esterno dell'imprenditore comportava l'accollo di particolari doveri in relazione alla necessità di dover tenere conto, accanto ai fini propri di ogni imprenditore – produzione, scambio, guadagno –, anche dell'interesse di altri soggetti e, in primo luogo, dell'intera comunità. Oggi, questa affermazione costituisce quasi una conseguenza naturale del sopravvivere di una legislazione speciale che ha finalmente recepito e tradotto in prescrizioni ordinarie i valori costituzionali contenuti nell'art. 41".

⁴⁶⁸ P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 493.

⁴⁶⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 200; l'Autore evidenzia chiaramente come il tema in parola sia nuovo per la nostra tradizione giuridica. "Presente nelle trattazioni aziendalistiche limitatamente agli aspetti organizzativi, il principio di adeguatezza è stato - si ripete - pressoché ignorato, ove si eccettuino gli aspetti patrimoniali e qualche riferimento all'adeguatezza tecnica". M. IRRERA, (nt. 177), 75.

⁴⁷⁰ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 202; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 840, "La riforma del diritto societario ha elevato i principi di corretta amministrazione a clausola di carattere generale di comportamento degli amministratori, prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [...]".

⁴⁷¹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 202; ID., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 29 "perché il terreno applicativo di elezione dell'adeguatezza è quello della responsabilità da 'inadeguatezza' organizzativa, contabile, amministrativa, patrimoniale e tecnica: forse, la nuova frontiera della responsabilità degli amministratori e della stessa impresa"; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informati*, (nt. 70), 384, secondo Sacchi, l'art. 2382, comma 3°,

“suscettibile di essere sanzionato in via autonoma nel caso di sua violazione da parte dell’organo amministrativo”⁴⁷², così come confermato da recente giurisprudenza⁴⁷³. L’introduzione dell’adeguatezza tra i principi generali non è sufficiente, però, affinché essa possa essere considerata una clausola generale del nostro ordinamento giuridico. Per ottenere tale risultato “occorre che del principio in parola si descrivano gli adattamenti e il modo in cui concretamente opera e soprattutto si rappresentino le possibilità applicative”⁴⁷⁴.

Le fonti del principio di adeguatezza nell’attuale ordinamento sono molteplici⁴⁷⁵. Accanto all’art. 2381 vi è, innanzitutto, l’art. 2403 il quale “precisa che, nell’ambito della vigilanza del collegio sindacale sui principi di corretta amministrazione, rientra la vigilanza ‘sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento’. Si tratta di una specificazione del dovere generico di vigilanza sui suddetti principi che, mentre non altera la portata del dovere, ha la funzione di precisare quale sia, per presunzione assoluta, l’attività minimale di controllo che lo stesso implica”⁴⁷⁶. La circostanza per cui il legislatore ha considerato il principio di correttezza amministrativa solo come oggetto della vigilanza da parte dei sindaci e non come dovere esplicito degli amministratori, infatti, non riduce la sua portata in capo ai singoli amministratori⁴⁷⁷.

“detta un precetto in controtendenza rispetto alle indicazioni del sistema della riforma, la quale (soprattutto per la s.r.l., ma anche per la s.p.a.) restringe sensibilmente gli spazi riservati alla disciplina inderogabile”

⁴⁷² M. IRRERA, (nt. 177), 77.

⁴⁷³ TRIB. MILANO, 13 febbraio 2008, n. 1774, “[...] per quanto attiene all’omessa adozione di un adeguato modello organizzativo, da un ato, il danno appare incontestabile in ragione dell’esborso per la concordata sanzione e, dall’altro, risulta altrettanto incontestabile il concorso di responsabilità di parte convenuta che, quale Amministratore delegato e Presidente del C.d.A., aveva il dovere di attivare tale organo, rimasto inerte al riguardo; [...]”

⁴⁷⁴ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 8.

⁴⁷⁵ Cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 205; M. IRRERA, (nt. 177), 93 e ss.; P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 493.

⁴⁷⁶ M. RIGOTTI, *sub art. 2403*, in F. GHEZZI (a cura di), *Collegio sindacale Controllo contabile*, in P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società, Giuffrè*, Milano, 2005, 177.

⁴⁷⁷ M. IRRERA, (nt. 177), 60, “ho già sottolineato l’anomalia costituita dal fatto che il richiamo ai principi, appunto, di corretta amministrazione sia previsto espressamente solo quale obbligo di vigilanza da parte dei sindaci e non già come

Importante fonte del principio di adeguatezza è, inoltre, la disciplina civilistica in tema di adeguatezza patrimoniale⁴⁷⁸.

La legislazione speciale, poi, ha contribuito in maniera notevole alla definizione del principio di adeguatezza. In particolare devono essere considerate quali fonti del principio in esame sia l'art. 53, comma 1°, del d. lgs. 1° settembre 1993 n. 385, sia l'art. 149 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58. La prima di tali disposizioni attribuisce alla Banca d'Italia, tra l'altro, potestà di emanare disposizioni di carattere generale avente ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni, mentre la seconda delle citate disposizioni attribuisce al collegio sindacale la vigilanza, tra l'altro, "sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli spetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione; [...] sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate ai sensi dell'art. 114, comma 2". Altra fonte del principio di adeguatezza è costituita dall'art. 6 del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, per cui la persona giuridica è esonerata da responsabilità per i reati commessi dalle persone poste al vertice della propria struttura se prova che "l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi".

Fonti importanti del principio di adeguatezza sono, inoltre, le disposizioni regolamentari⁴⁷⁹ emanate dalla Banca d'Italia e dalla Consob in

dovere espresso facente capo agli amministratori; tale circostanza non esclude affatto, peraltro, che la corretta amministrazione, su cui l'organo di controllo interno è chiamato a vigilare, non rappresenti – nell'ottica dell'organo di gestione – un punto di riferimento determinante"; M. RIGOTTI, *sub art. 2403*, (nt. 476), "[...] tale obbligo di vigilanza presuppone un corrispondente obbligo, ancorché non esplicitato, degli amministratori esecutivi di curare il suddetto sistema".

⁴⁷⁸ Il tema dell'adeguatezza patrimoniale è l'unico aspetto della disciplina in esame che beneficia di ampi contributi. Cfr. G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in Trattato delle società per azioni, diretto da COLOMBO e PORTALE, I, 2, *Utet*, Torino, 2004, 41; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 3.

attuazione, rispettivamente, del Testo unico bancario (d. lgs. 1° settembre 1993 n. 385) e del Testo unico dell'intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58), i regolamenti ISVAP (in particolare la circolare 366D del 3 marzo 1999), ed i codici individuali e collettivi di autodisciplina. Particolare importanza, tra le norme regolamentari, deve essere riconosciuta al regolamento emanato dalla Banca d'Italia 14 aprile 2005 sulla gestione collettiva del risparmio che costituisce “un vero e proprio trattato dell'adeguatezza”⁴⁸⁰.

b) *Il “genere” adeguatezza.* - Prima di procedere nell'analisi delle diverse specie di adeguatezza risulta necessario individuare, se possibile, il genere⁴⁸¹ adeguatezza. Del principio di adeguatezza, secondo autorevole dottrina, “si può indicare, [in modo assolutamente condivisibile], l'oggetto individuandolo o nella struttura degli uffici e delle persone ad essi proposti (adeguatezza organizzativa in senso stretto) o nella consistenza patrimoniale (adeguatezza patrimoniale) o nelle strutture di rilevazione contabile (adeguatezza contabile) o nella dotazione di macchinari, attrezzature e locali di svolgimento dell'attività (adeguatezza tecnica), ma non si può darne una definizione in assoluto soprattutto perché non esiste un assetto organizzativo ideale”⁴⁸². Nonostante tale limite, la stessa dottrina ritiene che “adeguare” significhi “commisurare”, in quanto più di ogni altro significato che ad esso nella lingua italiana è possibile attribuire rende meglio il pensiero del legislatore della riforma, in particolare della prima parte del comma quinto dell'art. 2381 “là dove il legislatore ‘relativizza’ o, se si vuole ‘commisura’ l'adeguatezza, oltre che alle dimensioni, anche alla concreta attività che l'impresa svolge, che sono

⁴⁷⁹ M. IRRERA, (nt. 177), 93 e ss..

⁴⁸⁰ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 206, nota 368.

⁴⁸¹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 206, nota 368; la distinzione tra genere e specie dell'adeguatezza è presa in prestito da Buonocore.

⁴⁸² V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 203.

poi i due più elementari parametri di classificazione e di valutazione delle imprese che, seppur con diversa valenza, il codice indica e disciplina: per le ‘dimensioni’ nell’art. 2083 e per la ‘natura’ nell’art. 2195”⁴⁸³. In realtà, anche se il legislatore avesse ommesso tale indicazione l’interprete avrebbe dovuto in ogni caso considerare tali parametri, e ciò in quanto non è la stessa cosa valutare l’adeguatezza di un’impresa di servizi o di un’impresa di produzione e, allo stesso modo, non è la stessa cosa valutare l’adeguatezza di un’impresa che non utilizzi dipendenti rispetto ad un’impresa di grandi dimensioni che faccia uso di un gran numero di dipendenti⁴⁸⁴.

In forza di quanto detto risulta evidente il carattere relativo dell’adeguatezza, e che non esiste “un assetto adeguato ideale e universalmente valido, ma, come ci insegna la scienza aziendalistica, esistono assetti organizzativi adeguati fra i quali l’imprenditore deve scegliere, tenendo presenti i parametri legali della ‘natura’ e delle ‘dimensioni’ e gli altri criteri che si riterrà di applicare per giustificare la scelta medesima [...]”⁴⁸⁵.

Altra dottrina⁴⁸⁶, invece, ha seguito un diverso percorso per attribuire un significato all’espressione “assetti adeguati”. Secondo tale opinione l’obbligo di predisporre “assetti” si inserisce nella recente tendenza della legislazione d’impresa verso la procedimentalizzazione dell’organizzazione aziendale⁴⁸⁷. “In tale contesto, ‘assetti adeguati’ significa la realizzazione di un sistema integrato e coordinato di

⁴⁸³ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 203; M. IRRERA, (nt. 177), 84, secondo Irrera l’adeguatezza è normativamente caratterizzata dai parametri della natura e della dimensione dell’impresa. “Essi ben rappresentano la variabilità degli assetti che possono essere giudicati adeguati solo caso per caso e non certo in astratto”.

⁴⁸⁴ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 203.

⁴⁸⁵ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 203.

⁴⁸⁶ M. IRRERA, (nt. 177), 75.

⁴⁸⁷ M. IRRERA, (nt. 177), 76, “interventi in settori dell’ordinamento tra di loro molto diversi sono accomunati da tale prospettiva: le disposizioni in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro (d. lgs. 19 settembre 1994, 626); l’apparato legislativo sulla *privacy* (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196), con l’obbligo di predisporre un documento programmatico sulla sicurezza e, soprattutto, le norme concernenti la responsabilità delle persone giuridiche (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231) sono la migliore riprova di un filo conduttore che ruota intorno, appunto, alla creazione di una struttura organizzativa aziendale idonea a consentire il corretto svolgimento dell’attività d’impresa”.

operazioni tra di loro correlate idoneo ad assicurare risultati ‘soddisfacenti’, riducendo – grazie alla suddivisione per fasi dei diversi processi – la possibilità di errore”⁴⁸⁸. Tale definizione, a parer di chi scrive, ha il vantaggio di esaltare l’aspetto della procedimentalizzazione dell’attività d’impresa, ma presenta il grosso limite di non attribuire un significato specifico al principio di adeguatezza.

L’adeguatezza di un sistema, pertanto, dipende dalla dimensione dell’impresa e dal tipo di attività esercitata.

c) *Le specie*. - Chiarito il problema della definizione del principio di adeguatezza è necessario ora affrontare il problema delle diverse *species* in cui essa si manifesta. Il legislatore prevede tre tipi di adeguatezza – organizzativa, amministrativa e contabile – a cui bisogna aggiungere quella patrimoniale e quella tecnica⁴⁸⁹.

Secondo parte della dottrina risulta evidente che la specificazione fatta dal legislatore non è estremamente chiara⁴⁹⁰.

Il legislatore, secondo una prima opinione, con l’individuazione delle diverse specie di adeguatezza ha voluto semplicemente “far riferimento alla complessiva struttura interna dell’impresa, considerata non solo sotto l’aspetto organizzativo, ma anche sotto il profilo contabile e amministrativo [...]”⁴⁹¹, che ne assicura l’operatività e l’efficienza nel rispetto della legge⁴⁹².

Seguendo altra dottrina⁴⁹³, invece, come per l’adeguatezza in generale anche per le singole *species* è possibile individuarne l’oggetto e, al più, i principi che

⁴⁸⁸ M. IRRERA, (nt. 177), 76.

⁴⁸⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 202.

⁴⁹⁰ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 38.

⁴⁹¹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 676; L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 38.

⁴⁹² P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 676; L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 38.

⁴⁹³ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 207.

le governano o le strutture nella quali essa si concretizza o, *recte*, che risultano indispensabili per la loro attuazione.

Nell'adeguatezza organizzativa in senso lato si ritiene che rientrino sia l'adeguatezza amministrativa, sia quella contabile, sia quella patrimoniale, sia quella tecnica⁴⁹⁴. L'adeguatezza organizzativa⁴⁹⁵, in senso proprio, del personale e degli uffici, sembra essere governata dai principi di coordinamento e gerarchia⁴⁹⁶, “e postula l'attivazione di direzioni strategiche come la direzione vendite, che cura i rapporti con i clienti, la direzione *marketing*, cui è affidato il rapporto con il mercato e, quando necessario, la direzione generale”⁴⁹⁷. Essa ha ad oggetto l'organigramma della società, quale suddivisione dei compiti tra i diversi soggetti, uffici e divisioni⁴⁹⁸.

L'adeguatezza contabile ha ad oggetto l'organizzazione delle contabilità dell'impresa o, usando l'espressione sopra chiarita, la procedimentalizzazione della contabilità d'impresa, cioè delle scritture e dei documenti imposti all'imprenditore

⁴⁹⁴ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 207.

⁴⁹⁵ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 8, “che non è sinonimo di organizzazione”.

⁴⁹⁶ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 19, L'Autore ritiene opportuno rinviare ad una definizione di organizzazione adeguata coniata da aziendalisti, che contiene i germi delle diverse *species* dell'adeguatezza. “[...] una determinata unità sociale può essere considerata validamente organizzata quando esiste un'autorità (criterio gerarchico) che coordina (criterio del coordinamento) le diverse attività e le diverse mansioni (criterio funzionale), svolte possibilmente in modo convenientemente specializzato (criterio della specializzazione produttiva e della dimensione dei compiti) e standardizzato (criterio della standardizzazione), in vista del raggiungimento di determinati obiettivi (criterio dei fini comuni oppure convergenti o, quantomeno, non incompatibili), essendo l'attività complessiva opportunamente preordinata (criterio della pianificazione e della programmazione) e disciplinata da specifiche norme (criterio delle regole di condotta) oltre che informata ai criteri della responsabilità personale, della collaborazione e dell'equità ed inoltre allorché esistono un adeguato sistema informativo come presupposto essenziale per le decisioni (criterio delle decisioni 'informate'), nonché un acconcio sistema di controlli (criterio del controllo) sia formali (osservanza delle regole, validità e rispetto delle procedure, esecuzione degli ordini, adeguatezza delle tecniche e dei metodi di rilevazione dei fatti nonché puntuale riscontro di quanto rilevato), sia sostanziali (realizzazione degli obiettivi e impiego delle risorse, vale a dire efficacia ed efficienza)” (G. DACCÒ, *L'organizzazione aziendale*, Padova, CEDAM, 1992, 71).

⁴⁹⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 207.

⁴⁹⁸ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 38.

societario⁴⁹⁹. Nella maggior parte dei casi l'adeguatezza contabile richiede la creazione di una direzione amministrativa⁵⁰⁰.

L'adeguatezza amministrativa ha ad oggetto il profilo amministrativo della struttura dell'impresa⁵⁰¹, e cioè "i processi atti ad assicurare il corretto svolgimento delle singole ed anche minute attività aziendali"⁵⁰².

L'adeguatezza patrimoniale dopo la riforma assume una sua particolare connotazione poiché il legislatore, ferma la disciplina a tutela del capitale, ha "sempre più spesso fatto riferimento al patrimonio netto come punto di riferimento tecnico per l'adozione di determinate deliberazioni"⁵⁰³.

Per quanto attiene alla disciplina a tutela del capitale giova ricordare in questa sede che la sottocapitalizzazione formale, cioè la costituzione di una s.p.a. o di una s.r.l. con un capitale inferiore al minimo stabilito dalla legge, determina "l'invalidità dell'atto costitutivo prima dell'iscrizione, ciò desumendosi dalla circostanza che il n. 3 del 1° comma dell'art. 2332 commina, invece, la nullità della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese solo se manchi 'ogni indicazione' relativa al capitale sociale"⁵⁰⁴. Alla sottocapitalizzazione formale si aggiunge la sottocapitalizzazione sostanziale⁵⁰⁵, cioè l'inadeguatezza del capitale rispetto all'oggetto sociale o ai programmi della società⁵⁰⁶. In altri ordinamenti, è stato evidenziato⁵⁰⁷, la sottocapitalizzazione della società è vista come presupposto per il

⁴⁹⁹ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt.), 38. Secondo chi scrive nella contabilità rientrano anche tutte le rilevazioni contabili che la moderna scienza della ragioneria richiede all'imprenditore ai fini di una gestione adeguata alla natura ed alle dimensioni della propria impresa.

⁵⁰⁰ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt.), 207.

⁵⁰¹ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt.), 676.

⁵⁰² L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt.), 38.

⁵⁰³ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt.), 207.

⁵⁰⁴ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt.), 25.

⁵⁰⁵ G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, (nt. 478), 41; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, (nt. 478), 3.

⁵⁰⁶ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 25; G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, (nt. 420), 79.

⁵⁰⁷ C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità <<proporzionata>> dei soci*, Milano, Giuffrè, 2002.

superamento della personalità giuridica. Infine, l'adeguatezza patrimoniale richiede, per la sua realizzazione, la creazione di una direzione finanziaria⁵⁰⁸.

L'adeguatezza tecnica ha ad oggetto "non solo il complesso dei luoghi in cui si svolge la produzione industriale o si somministra il servizio o si svolge l'attività commerciale propriamente detta, ma anche il complesso dei beni, macchinari ed attrezzature che servono a produrre i beni e a somministrare il servizio, nonché gli uffici direttamente collegati all'attività d'impresa o alla particolare natura dell'attività svolta, come possono essere l'ufficio studi o l'ufficio ricerca che certi tipi d'impresa non possono non avere"⁵⁰⁹.

4. *La "valutazione" degli assetti adeguati.* - La responsabilità per la creazione di un assetto adeguato viene suddivisa tra i deleganti, a cui è attribuito il compito di "valutarne" l'adeguatezza, i delegati, a cui spetta "curarne" l'adeguatezza e l'organo di controllo, a cui spetta "vigilare" sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. In altre parole, il legislatore ha suddiviso i compiti in modo tale che "qualcuno gestisce (gli amministratori delegati); qualcuno valuta (gli amministratori deleganti); qualcuno vigila (i sindaci)"⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 207.

⁵⁰⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 203. Secondo l'Autore, l'adeguatezza tecnica trova il proprio fondamento nei seguenti provvedimenti: a) un primo provvedimento è costituito dall'art. 118 del d. lgs. 206/2005, codice del consumo, lett. e, che esclude la responsabilità del produttore "se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso"; b) un secondo provvedimento è individuabile nel d.p.r. 24 maggio 1998 n. 203, che individua la migliore tecnologia disponibile nel sistema tecnologico, adeguatamente verificato e sperimentato, che consente il contenimento o la riduzione delle emissioni a livelli accettabili; c) un terzo provvedimento è costituito dal d. lgs. 19 settembre 1994 n. 626, art. 3 che, tra le misure generali a tutela del lavoratore, richiede all'imprenditore l'eliminazione "dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico e, ove ciò non è possibile, la loro riduzione al minimo"; d) un quarto provvedimento è costituito dal d. lgs. 22 luglio 2005 mirante ad eliminare i rischi connessi alla raccolta dei rifiuti, alla costruzione di apparecchiature a ciò finalizzate, a vietare l'uso di sostanze tossiche; e) infine, vi sono due provvedimenti regolamentari, il Regolamento della Banca d'Italia del 14 aprile 2005 sulla gestione collettiva del risparmio, che contiene numerosi riferimenti all'adeguatezza tecnica, e la circolare ISVAP n. 366D".

⁵¹⁰ A. PISANI MASSAMORMILE, (nt. 443), 143.

L'analisi dei rapporti tra i diversi soggetti coinvolti e le inevitabili conseguenze in termini di responsabilità⁵¹¹, esplicitamente previste dal c. 2 dell'art. 2392, saranno esaminate in seguito. In questa sede bisogna soffermare l'attenzione sui doveri dei deleganti e quindi chiarire il significato da attribuire al verbo valutare.

L'espressione usata dal riformatore non risulta di immediata comprensione, con la conseguenza di poter essere causa di rilevanti conseguenze anche sul piano applicativo⁵¹². La valutazione operata dal consiglio di amministrazione, secondo una certa interpretazione, consiste nell'esame critico, nella verifica e nella formulazione di un giudizio sugli assetti, “ si tratta – in altre parole – di un controllo di merito da parte dell'organo delegante che può sfociare in un'approvazione oppure, [...], nell'impartire direttive rivolte ad una ridefinizione degli stessi o ad una loro modificazione”⁵¹³. Gli amministratori non delegati rappresentano “la coscienza critica, ma pur sempre imprenditoriale, dei delegati, valutano il come dell'esercizio dell'impresa durante il suo fluire, i risultati prodotti quelli conseguibili, la posizione sui mercati merceologico e finanziario, la corretta individuazione e l'effettivo rispetto dell'interesse sociale e dunque l'assenza di conflitti di interesse”⁵¹⁴.

La valutazione che deve essere effettuata dall'organo delegante, come detto, è di merito, per cui quest'ultimo organo deve verificare che effettivamente gli

⁵¹¹ *Relazione allo schema di d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6* “La posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili va valutata distintamente, in relazione alle circostanze di ogni singolo caso e ai diversi obblighi che fanno loro capo. Così, per assicurare che la società abbia ‘un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa’, gli organi delegati devono ‘curarne’ l'adeguatezza (art. 2381, quinto comma); il consiglio e i deleganti devono ‘valutarne’ l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (art. 2381, terzo comma); e il collegio sindacale deve ‘vigilare’ sulla permanente sussistenza di tale adeguatezza e sul suo concreto funzionamento (art. 2403, primo comma)”; A. PISANI MASSAMORMILE, (nt. 443), 145, “Stando così le cose, la valutazione degli amministratori non delegati si distingue dalla vigilanza dei sindaci, perché la prima riguarda il merito, la seconda la legalità (poi, se si vuole, sostanziale) degli atti di esercizio dell'impresa; la prima guarda necessariamente al futuro (perché l'esercizio dell'impresa è attività dinamica, indissolubilmente legata alla programmazione), la seconda solo al passato (il giudizio di conformità alla legge ed allo statuto non potendo appuntarsi che su uno o più atti storicamente esistenti)”.

⁵¹² M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 53.

⁵¹³ M. IRRERA, (nt. 177), 265; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 53.

⁵¹⁴ A. PISANI MASSAMORMILE, (nt. 443), 145.

assetto organizzativo, amministrativo e contabile siano adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa⁵¹⁵. Secondo la stessa dottrina la prova che il verbo valutare comprenda anche il significato di approvare si deduce dall'art. 2403 che attribuisce al collegio sindacale il compito di vigilare sugli assetti adottati dalla società, ma l'adozione non può derivare che dalla manifestazione "di una valutazione positiva su di essi, ossia di un'approvazione da parte del consiglio"⁵¹⁶.

In fondo come si è evidenziato, già dal punto di vista logico l'attività di valutare "sconta un'ineliminabile componente critica, cioè finisce col risolversi in un giudizio, a sua volta suscettibile di duplice concretizzazione: positiva (approvazione) o negativa (disapprovazione)"⁵¹⁷.

Diversamente si è ritenuto⁵¹⁸ che la mancata esplicita indicazione del potere di approvare da parte del consiglio non costituisce un aspetto di particolare rilevanza. Infatti, secondo tale lettura, "in presenza di criticità – emergenti dai flussi informativi o comunque riconoscibili da parte degli amministratori deleganti a seguito dell'esercizio del loro dovere di agire in modo informato [...] – degli assetti, dei piani o del generale andamento della gestione, una responsabilità appare configurabile anche in assenza di una deliberazione di approvazione del consiglio, ove non vi sia stata un'attivazione, ad esempio impartendo direttive agli organi delegati"⁵¹⁹.

L'attribuzione ai deleganti del potere di valutazione degli assetti adeguati andrebbe letta come l'espressione della volontà del legislatore di attribuire il "potere e dovere di amministrare ad un organo unitario, e non ai suoi componenti

⁵¹⁵ M. IRRERA, (nt. 177), 265.

⁵¹⁶ M. IRRERA, (nt. 177), 265.

⁵¹⁷ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 54.

⁵¹⁸ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 2008, 382.

⁵¹⁹ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 382.

singolarmente considerati”⁵²⁰. Il riformatore ha esaltato le competenze gestorie dell’organo collegiale, ponendolo al centro dell’attività gestoria⁵²¹, ed ha esplicitamente indicato il compito dei deleganti e dei delegati, con particolare attenzione in relazione all’adeguatezza. Una delle caratteristiche della riforma, anzi, consiste proprio nella “valorizzazione del controllo come momento di verifica dell’adeguatezza”⁵²².

Il riformatore ha, infatti, affidato ai delegati “la funzione di ‘curare’ che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, ai deleganti ha commesso la ‘valutazione’ dell’adeguatezza e quindi sostanzialmente una funzione di controllo”⁵²³. Curare l’assetto organizzativo, amministrativo, contabile, patrimoniale e tecnico vuol dire “porre in essere una corretta organizzazione della società”⁵²⁴, “costruire gli stessi”⁵²⁵, occuparsi in concreto di essi⁵²⁶. La costruzione di assetti adeguati è un’attività che richiede la conoscenza perfetta della struttura aziendale e che, pertanto, non può che essere svolta da quei soggetti, gli organi delegati, “chiamati - giorno per giorno – a condurre l’attività d’impresa”⁵²⁷. Parte della dottrina ritiene che la vera novità della riforma è data proprio dall’intestazione “*ex lege* di tale obbligo agli organi delegati,

⁵²⁰ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 409.

⁵²¹ C. ROMANO, *sub art. 2381*, (nt. 94), 409. In tal senso si spiegherebbe, secondo l’autore, anche la legittimazione dell’organo delegante ad impartire direttive ed istruzioni agli organi delegati; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell’amministrazione della s.p.a.*, (nt. 41), 1327, “La legge ha, cioè, regolato i rapporti fra consiglio e delegati allo scopo di coinvolgere il consiglio nella gestione, sia pure con riferimento alle operazioni più importanti; coinvolgimento che non si realizzerebbe se il consiglio non facesse conoscere ai delegati le valutazioni che via via va facendo sulla loro condotta amministrativa”.

⁵²² V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 225.

⁵²³ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 225.

⁵²⁴ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 51.

⁵²⁵ M. IRRERA, (nt. 177), 265.

⁵²⁶ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 38.

⁵²⁷ M. IRRERA, (nt. 177), 265.

ferma restando la successiva ‘valutazione’ da parte del consiglio di amministrazione [...]”⁵²⁸.

Se si accetta la tesi secondo cui il verbo adeguare significa “commisurare, rendere idoneo o conveniente un *quid*, l’obbligo dell’impresa è anche quello di ‘aggiornare’, [...], costantemente l’assetto organizzativo alle sopravvenienze normative, scientifiche e tecnologiche”⁵²⁹. Gli assetti, in altre parole, potrebbero esser immaginati come “una creatura in perenne movimento”⁵³⁰, al pari dell’attività d’impresa. La gestione degli assetti adeguati, pertanto, deve essere considerata come un’attività di carattere continuativo che deve costantemente seguire l’evoluzione dell’impresa societaria⁵³¹.

Il principio di adeguatezza anche se esplicitamente previsto solo per le società per azioni, è un principio che deve essere applicato ad ogni tipo d’impresa: “sarebbe ben strano che, sol perché di sembianze diverse, due imprese omologhe per oggetto ricevessero un trattamento differenziato”⁵³².

5. *Il potere degli amministratori non esecutivi di emanare direttive vincolanti in materia di assetto societario.* - Il contrasto nell’ambito dell’art. 2381 tra il secondo e terzo comma, primo periodo, da un lato, e il terzo comma, secondo periodo, e il quinto comma, dall’altro, non è sfuggito ad attenta dottrina⁵³³.

⁵²⁸ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 494, “Nessun dubbio che, in assenza di tali organi, l’obbligo sia a carico, a seconda dei casi, dell’amministratore unico o del consiglio di amministrazione”.

⁵²⁹ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, (nt. 462), 14.

⁵³⁰ M. IRRERA, (nt. 177), 266.

⁵³¹ M. IRRERA, (nt. 177), 266.

⁵³² V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 207.

⁵³³ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, (nt. 41), 403, “perché nel primo blocco di norme si sancisce il principio della sovranità del consiglio di amministrazione, quando lo statuto prevede tale possibilità, nel determinare contenuto, limiti e modalità della delega, mentre il secondo gruppo di norme sembrerebbe dato per scontato che agli organi delegati sia riservata *ex lege* l’intera gestione della società: lo si desume

Il problema che si presenta è, pertanto di stabilire se in presenza di delega gli organi deleganti conservino il potere di imporre direttive vincolanti ai delegati aventi ad oggetto l'assetto della società. L'esercizio di tale potere sarebbe compatibile con il sistema, "dato che il consiglio è comunque chiamato a valutare la loro adeguatezza. Il momento del 'giudizio' espresso tramite la valutazione deve trovare un successivo profilo di tipo sanzionatorio, consistente nel potere di impartire direttive in ordine ad una riformulazione o modificazione degli assetti"⁵³⁴. Tale potere sarebbe esercitabile non solo *ex post* ma anche *ex ante* imponendo direttive ai delegati.

Secondo altra opinione, dietro il problema della vincolatività delle direttive consiliari si cela "il pericolo che, attraverso l'incondizionato esercizio del potere di direttiva, il sistema dell'amministrazione delegata possa essere svuotato di ogni utilità e che soprattutto possa essere alterato il funzionamento degli ordinari meccanismi di responsabilità"⁵³⁵. Si potrebbe sostenere la possibilità da parte dei delegati di "disattendere il deliberato consiliare ogni qual volta la sua esecuzione possa importare il sorgere di una loro responsabilità. Ma sulla percorribilità di

in modo abbastanza piano dal secondo periodo del 4° comma e soprattutto dal 5° comma, nei quali bruscamente e senza che si sentisse la necessità di una frase di raccordo seppur minima, si sancisce che il consiglio di amministrazione 'valuta sulla base della relazione degli organi delegati il generale andamento della gestione' e si rincara la dose sancendo che 'gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione (...) sul generale andamento della gestione sociale e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo (...) effettuate dalla società e dalle sue controllate'. Desidero precisare che la mia osservazione attiene eminentemente ai profili della tecnica legislativa e non al merito delle statuizioni [...]. In altri termini, sarebbe stato preferibile che, volendo salvare il principio della delega, si fosse chiaramente detto che agli organi delegati, ove previsti, può essere affidata dagli amministratori la gestione della società o, volendo saltare a piè pari il principio della libertà di delega, che, attivandosi gli organi delegati, a questi va affidata necessariamente la gestione della società, con le esclusioni tradizionali e nuove".

⁵³⁴ M. IRRERA, (nt. 177), 261; conforme, G. D. MOSCO, *sub art. 2381*, (nt. 136), 599, nota 32; M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, (nt. 197), 939, "[...] il potere di impartire direttive, esso – a ben guardare – è intrinseco e immanente al rilascio stesso della delega. Cosa vuol dire, infatti, se non impartire direttive, additare al delegato, come detto, il *quomodo* dell'esercizio delle funzioni demandategli? Da un'angolazione prettamente ricostruttiva si mostra, invece, interessante sottolineare come le direttive eventualmente impartite debbano stimarsi vincolanti e ciò, perché, diversamente, il legislatore non si sarebbe scomodato con un'espressa previsione"; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, (nt. 41), 1327, "Questo [il consiglio], infatti, non può limitarsi a ricevere le notizie inviategli, ma, come prescrive il terzo comma dell'art. 2381 c.c., deve valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile realizzato dai delegati e, di conseguenza, comunicare a questi ultimi l'esito di questa valutazione e, secondo i casi, invitare alla modifica o aggiustamento o miglioramento dell'organizzazione stessa".

⁵³⁵ M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 103.

questa strada grava ora il peso delle novità intervenute in quel campo e, segnatamente, il fatto che l'art. 2364, n. 5, tiene 'ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti'⁵³⁶. La soluzione andrebbe pertanto individuata nell'esimente del comma 3 dell'art. 2392, che esclude la responsabilità dell'amministratore dissenziente⁵³⁷.

Il riconoscimento del potere di emanare direttive vincolanti nei confronti dei delegati non si ritiene ammissibile, secondo chi scrive, in quanto si tradurrebbe nell'alterazione dei principi stabiliti in materia dal legislatore, spogliando di fatto l'organo delegato di una sua propria funzione ed alterando, come in seguito si vedrà, la disciplina della responsabilità degli amministratori. Infatti, l'emanazione di una direttiva vincolante nei confronti degli organi delegati travalicherebbe il limite del giudizio o, *recte*, dell'approvazione o disapprovazione dell'assetto societario, entrando nell'ambito delle scelte e quindi della gestione, della cura, che il legislatore ha deciso di affidare al delegato⁵³⁸. Come si è opportunamente rilevato, il riconoscimento del potere di emanare direttive vincolanti violerebbe quella "[...] sorta di ripartizione 'verticale' [voluta dal riformatore] dei poteri tra gli organi delegati e il consiglio di amministrazione, a ciascuno dei quali spettano in vero

⁵³⁶ M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 104.

⁵³⁷ M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, (nt. 94), 104; M. S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, (nt. 197), 939, "L'autonomia del delegato non ne esce, in ogni caso, dimidiata: ove egli reputi le direttive ricevute pregiudizievoli e deleterie, vi si atterrà compiendo l'atto ma, facendo constatare a verbale il proprio dissenso e informandone per iscritto il presidente dell'organo interno di controllo, fruirà dello scarico di responsabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2392, [...]".

⁵³⁸ Cfr. M. SANDULLI, *sub art. 2392*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, , Torino, 2003, 475, secondo l'Autore l'art. 2381 ha introdotto una significativa novità. "Ha lasciato alla disponibilità dello statuto o dell'assemblea la possibilità che si creino due categorie di amministratori, uno esecutivo ed uno di controllo; ma poi ha normativamente fissato le competenze ed i doveri delle due categorie [...]. Tale opzione ha, ovviamente, una influenza diretta sul tema della responsabilità. Innanzi tutto, viene imposta una chiara e definita portata delle deleghe, fermo peraltro, il potere di dare direttive o di avocare operazioni pur rientranti nella delega. Ovviamente, in queste due elusioni dalle deleghe, implicitamente compaiono potenziali ipotesi di responsabilità diretta (concorrenti, in caso di direttive; collegiali, co-responsabilità degli organi delegati quali componenti del consiglio e dei deleganti, in caso di avocazione. [...] va comunque precisato [...] il combinato disposto del secondo e dell'ultimo comma indica i campi di interesse del consiglio, per vero, riferiti a valutazioni della struttura e degli uffici, piuttosto che al loro effettivo funzionamento; così come impone al consiglio la sola valutazione di piani strategici, industriali e finanziari, la cui predisposizione è da ritenersi di competenza degli organi delegati o della dirigenza".

poteri diversi, riconducibili cioè a fasi logicamente diverse, relativi tuttavia ai medesimi ambiti di gestione”⁵³⁹.

A fronte dell'impossibilità di emanare direttive vincolanti, sembra necessario sottolineare che l'approvazione o la disapprovazione possa essere motivata.

La conclusione sfavorevole alla legittimità di direttive vincolanti in relazione agli assetti dell'impresa si ritiene che sia valida anche per quanto attiene al potere di avocazione degli organi deleganti⁵⁴⁰.

In entrambi i casi, in ipotesi di contrasto tra gli amministratori non esecutivi e gli esecutivi resta fermo il diritto dei primi di revocare la delega facendo così cadere il presupposto che attribuisce la cura degli assetti adeguati agli amministratori esecutivi⁵⁴¹.

6. *Il superamento del limite “delle informazioni ricevute”.* -

L'art. 2381, comma 3°, impone di valutare gli assetti dell'impresa in forza delle informazioni ricevute. Questa disposizione, “non può essere letta se non nel senso che gli amministratori non sono tenuti legittimati ad atti di ispezione individuale, non già nel senso che le informazioni ricevute – quali esse siano – esauriscono il terreno della loro verifica. È ben vero il contrario, non solo nel senso che dovrà richiedersi, come si è detto, un supplemento di informativa ogni qualvolta se ne constati l'insufficienza, ma altresì nel senso che il consiglio dovrà accertarsi che siano espressamente precisate le caratteristiche dei modelli organizzativi e delle

⁵³⁹ G. FERRI, JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 632; M. IRRERA, (nt. 177), 251, “Il modello [...] sembra distinguere il momento dell'azione da quello dell'esame e della valutazione: il primo di competenza dei delegati, il secondo di appannaggio del consiglio; conseguentemente delle azioni o delle inazioni risponderanno i delegati mentre della carenza delle analisi e delle valutazioni effettuate saranno ritenuti responsabili gli amministratori non esecutivi”.

⁵⁴⁰ In tal senso cfr. M. IRRERA, (nt. 177), 261.

⁵⁴¹ M. IRRERA, (nt. 177), 261.

procedure, le verifiche in concreto effettuate per valutarne l'adeguatezza, gli eventuali difetti riscontrati, i miglioramenti adottati”⁵⁴².

La possibilità di fare affidamento sulle informazioni ricevute a meno che non si conosca realmente la situazione o vi siano riscontrabili motivi per dubitare delle informazioni ricevute ha generato la prassi del ricorso all'acquisizione di informazioni a mezzo di strutture esterne, indipendenti e specializzate⁵⁴³. Il poterdovere di chiedere ulteriori informazioni evita, d'altro canto, che “ai deleganti sia attribuita una vigilanza meramente passiva che potrebbe condurre ad una loro sostanziale deresponsabilizzazione”⁵⁴⁴. La possibilità di applicare al caso in esame il dovere di agire informato potrebbe essere limitata dalla circostanza per cui la norma farebbe letteralmente riferimento alle informazioni relative alla gestione della società e, in senso stretto, gli assetti non rientrerebbero nella gestione della società”⁵⁴⁵?

In conclusione, la previsione secondo cui la valutazione degli assetti avviene in base alle informazioni ricevute dai deleganti, “non esonera l'amministratore dal dovere di informarsi ulteriormente, ove necessario, [e non con forme ispettive], a mente dell'obbligo generale di cui al 6° co., ma circoscrive, in

⁵⁴² P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 851.

⁵⁴³ C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 692.

⁵⁴⁴ R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 385, “E' appena il caso di sottolineare che la circostanza che l'art. 2392, 2° comma, c.c. – sul dovere di impedire il compimento dei fatti pregiudizievoli di cui gli amministratori sono a conoscenza o di eliminare o attenuare le conseguenze dannose – richiami solo il 3° comma e non il 6° comma dell'art. 2381 c.c. non consente certamente di affermare che la violazione dei doveri previsti da quest'ultima disposizione (ossia il dovere di agire informato o richiedere ulteriori informazioni), non sia produttiva di responsabilità (in presenza, ovviamente, di un danno causalmente riconducibile alla violazione). A questo proposito, senza bisogno di sottolineare l'incongruenza del risultato a cui altrimenti si perverrebbe, è sufficiente osservare che, se e quando vi è violazione dei doveri previsti dall'art. 2381, comma 6, c.c., vi è anche negligenza rilevante ai sensi dell'art. 2392 c.c.”.

⁵⁴⁵ M. IRRERA, (nt. 177), 269, Tale problema, però, sarebbe facilmente superabile considerato che gli assetti costituiscono “la premessa dell'attività gestoria. Si può sostenere cioè che nel più non può che starci anche il meno: quale coerenza avrebbe un sistema che consentisse agli amministratori (nel nostro caso il consiglio di amministrazione) di richiedere ed ottenere informazioni riguardanti la gestione operativa della società e non quelle che stanno a monte di esse, ossia gli assetti chiamati a governare nel suo complesso l'attività d'impresa

prima istanza, il suo dovere di attivazione ad una meditata valutazione dei documenti ricevuti”⁵⁴⁶.

In base a tutto quanto ora detto in relazione al principio di adeguatezza, risulta evidente che la predisposizione di assetti adeguati costituisce lo strumento per l’assunzioni di scelte meditate e consapevoli e, allo stesso tempo, “il metro di giudizio per la responsabilità d’impresa”⁵⁴⁷. L’applicazione del principio in esame porta con sé dei problemi che dovranno inevitabilmente essere affrontati quali, ad esempio, l’individuazione della condotta che l’imprenditore deve seguire in presenza di situazioni di incertezza scientifica o tecnologica, la delimitazione del dovere dell’imprenditore di conoscere e valutare i rischi dell’impresa, e “non tanto e solo quelli finanziari e operativi o quelli relativi alla violazione delle norme legali e regolamentari o ancora quelli connessi con il corretto funzionamento delle procedure contabili di rilevazione dei dati di gestione, ma anche i rischi connessi con le norme dettate a tutela dell’ambiente, della sicurezza dei prodotti, della salute dei lavoratori e della sicurezza degli ambienti di lavoro, essendo intuitivo capire che è proprio quest’ultima categoria di rischi che può, con maggiore frequenza, dar luogo all’incertezza scientifica e tecnologica e che, di conseguenza, sono le imprese che producono farmaci ed alimenti che devono avere un *auditing* interno in grado di controllare l’adeguatezza dell’organizzazione tecnica in questo campo”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ P. MONTALENTI, *sub art. 2381*, (nt. 178), 682; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 507.

⁵⁴⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 214.

⁵⁴⁸ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, (nt. 462), 215.

7. *L'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società.* - Sulla base delle informazioni ricevute l'organo delegante, ai sensi del c. 3 dell'art. 2381, deve esaminare quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società. I piani, tra i quali rientrano sia i *budgets* annuali sia i *business plans* pluriennali⁵⁴⁹, rappresentano la massima espressione del potere di gestione poiché sintetizzano gli obiettivi dell'impresa e le strategie tramite le quali perseguirli⁵⁵⁰.

In relazione ai piani, il primo problema che ci si pone è l'individuazione del soggetto che deve redigerli.

Il 3° c. dell'art. 2381 c.c., infatti, non specifica il soggetto titolare di tale funzione, né sembrano esistere ulteriori riferimenti in altre disposizioni. Il riformatore, però, attribuisce all'organo collegiale il compito di "esaminare" i piani "quando elaborati". Tali espressioni risultano utili al fine dell'identificazione del soggetto titolare del potere di redazione dei piani. Il verbo "esaminare" e l'espressione "quando elaborati", infatti, indicano inequivocabilmente che l'oggetto dell'esame non è frutto del lavoro dell'organo collegiale.

Certa dottrina⁵⁵¹ ha evidenziato come la redazione dei piani non possa essere attribuita all'assemblea poiché tale funzione costituisce la massima espressione del potere di gestione che, inequivocabilmente, l'art. 2380-*bis* attribuisce agli amministratori. Le espressioni usate dal legislatore sembrano essere, dunque, manifestazione, anche se non esplicitamente previsto per la materia in esame dal c. 5 dell'art. 2381, di quel riparto "verticale" voluto dal riformatore in

⁵⁴⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 52.

⁵⁵⁰ M. IRRERA, (nt. 177), 262.

⁵⁵¹ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 40; M. IRRERA, (nt. 177), 262.

presenza di deleghe⁵⁵². Tale conclusione risulta coerente, inoltre, anche dal punto di vista aziendale in quanto le strategie debbono necessariamente essere elaborate da chi quotidianamente gestisce l'impresa, e cioè dagli organi delegati⁵⁵³.

In secondo luogo, al pari di quanto visto in tema di assetti, risulta importante chiarire il significato da attribuire al verbo esaminare. In sede di lavori preparatori in luogo del verbo esaminare era stata proposta l'espressione "esamina ed approva". L'eliminazione della "approvazione" non deve trarre in inganno, secondo certa dottrina, poiché il verbo esaminare deve essere inteso nel senso di "approvare", in quanto "è questa la situazione che normalmente si verificherà: è anzi, questo, uno dei principali compiti che gli statuti di regola riservano alla competenza del consiglio"⁵⁵⁴. Si deve ritenere, quindi, che il verbo deliberare sia stato usato dal legislatore nel senso più ampio e quindi comprendente anche il significato di approvare "atteso che nessun'altra norma della riforma contempla [i piani] (né in tema di assemblea, né in tema di compiti degli organi delegati); che la decisione circa gli obiettivi strategici imprenditoriali è tipica attribuzione del consiglio di amministrazione, e non dell'assemblea né dei delegati, posto che nessuna delega in materia sarebbe corretta; che l'art. 2381, 3° comma, c.c. vale a fissare proprio i compiti indelegabili da parte del consiglio di amministrazione"⁵⁵⁵. L'argomentazione, però, più convincente per attribuire al verbo esaminare il significato di approvare o disapprovare si basa sul c. 2 dell'art. 2392. Secondo tale opinione se si accetta la tesi secondo cui "i flussi informativi intercorsi tra gli organi delegati e quello delegante possono condurre ad un'estensione della responsabilità

⁵⁵² G. FERRI, JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 632, "Si pensi inoltre ai 'piani strategici, industriali e finanziari della società', che – deve ritenersi – sono 'elaborati' dall'organo delegato ed 'esaminati' dal consiglio di amministrazione"; M. IRRERA, (nt. 177), 262.

⁵⁵³ M. IRRERA, (nt. 177), 262.

⁵⁵⁴ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 52; M. IRRERA, (nt. 177), 262; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 851, "[...] il consiglio 'esamina', *rectius* dovrebbe dirsi, come si è detto, 'approva' (così il Codice di Autodisciplina), 'i piani strategici, industriali e finanziari'".

⁵⁵⁵ L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 40.

dei primi a carico dei componenti del secondo, ragioni di buon senso e di equità richiedono che la detta estensione abbia luogo unicamente quelle volte in cui le informazioni sull'attività gestoria già compiuta e da compiersi siano state non solo esaminate e valutate ma addirittura condivise e fatte proprie attraverso, appunto, la relativa approvazione”⁵⁵⁶.

La possibilità, da parte degli amministratori non esecutivi, di impartire direttive vincolanti agli esecutivi in merito ai piani da quest'ultimi predisposti pone, in buona sostanza, le stesse problematiche già viste in relazione al principio di adeguatezza. Anche in questo caso si ritiene che la soluzione più opportuna sia quella del non riconoscere agli esecutivi la possibilità di impartire direttive vincolanti agli esecutivi. Le argomentazioni a sostegno di tale scelta sono le stesse già illustrate in tema di adeguatezza e alle quali, pertanto, si rinvia.

Il legislatore, infine, ha sottolineato la non obbligatorietà dei piano con l'espressione “quando elaborati”. Risulta evidente che la redazione dei piani non è una scelta discrezionale degli amministratori in quanto essa, come sopra visto, deve essere ricollegata al più ampio discorso dell'adeguatezza. Infatti, nel perseguire la realizzazione di un assetto adeguato può risultare indispensabile, in relazione alla natura ed alla dimensione dell'impresa, la predisposizione dei piani strategici, industriali e finanziari. La mancata redazione non è priva di conseguenza in quanto può essere fonte di inadeguatezza della struttura dell'impresa con conseguente responsabilità⁵⁵⁷ degli amministratori esecutivi e non esecutivi, nei termini che in seguito si vedrà.

Il limite delle informazioni ricevute nell'adempimento del dovere di esaminare i piani si ritiene debba essere integrato con l'obbligo di agire in modo informato, analogamente a quanto detto in relazione al principio di adeguatezza. Le

⁵⁵⁶ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 89.

⁵⁵⁷ In tal senso, M. IRRERA, (nt. 177), 262.

motivazione che spingono a tale conclusione sono le stesse già sopra viste in tema di adeguatezza, ed alle quali si rinvia. Si rende necessario in proposito una sola precisazione, e cioè che la possibile limitazione dell'obbligo di agire informato relativamente "alla gestione della società" - contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2381 - non si pone nel caso in esame in quanto i piani rientrano nell'ambito della gestione sociale.

8. *La valutazione del generale andamento della gestione.* - Il consiglio di amministrazione, infine, sulla base della relazione degli organi delegati - prosegue la norma di cui al 3° comma dell'art. 2381 - valuta il generale andamento della gestione. In questa sede, così come già fatto nell'analisi del principio di adeguatezza e dell'esame dei piani, si cercherà di analizzare il contenuto di tale obbligo, rinviando le implicazioni in termini di responsabilità degli amministratori al capitolo successivo.

Nell'analisi del dovere di informare degli organi delegati si è specificato che con l'espressione "generale andamento della gestione" il riformatore ha, con ogni probabilità, voluto far riferimento alla situazione economica complessiva dell'impresa sociale⁵⁵⁸. In merito al significato da attribuire al verbo valutare non sembrano sussistere dubbi che debba essere inteso come sinonimo di approvazione, al pari di quanto visto in tema di adeguatezza⁵⁵⁹. Per quanto attiene alle informazioni in base alle quali gli amministratori non esecutivi formulano il loro giudizio, la relazione fornita dagli esecutivi non risulta vincolante dovendo i primi agire, senza

⁵⁵⁸ Cfr. cap. II, par. e, in particolare: G. M. ZAMPERETTI, (nt. 207), 192; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58) 683.

⁵⁵⁹ Per tutti, M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 89; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, (nt. 41), 1327, "Deve [il consiglio], inoltre, valutare il generale andamento della gestione, sul quale i delegati periodicamente lo informano, esprimendo, di conseguenza l'esito della valutazione stessa, la quale potrà anche comprendere esortazioni o inviti o addirittura prescrizioni".

dubbio, in modo informato in forza del c. 6 dell'art. 2381⁵⁶⁰. La specificazione dei doveri degli amministratori senza deleghe non significa “[...] che il loro compito possa sempre esaurirsi nell’esame di una relazione. Anzitutto, [...], il consiglio deve ‘valutare’ l’andamento della gestione, e dovrà quindi richiedere ogni integrazione necessaria, là dove la relazione sia eccessivamente sintetica o reticente o incompleta o comunque non esauriente: conclusione a cui si giunge linearmente, [...], ove si colleghi sistematicamente la regola in esame al dovere individuale di ‘agire in modo informato’ e di ‘chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società [...]”⁵⁶¹. La valutazione sembra essere limitata solo ai risultati della gestione e non anche alla sua prevedibile evoluzione che, in forza del c. 5 dell'art. 2381, risulta oggetto di comunicazione da parte dei delegati ai deleganti⁵⁶².

Con la previsione della valutazione del generale andamento della gestione il legislatore ha inteso attribuire all’organo collegiale “non più un vero e proprio obbligo di vigilanza sulla gestione [- così come previsto dalla precedente legislazione -], bensì, più correttamente, un compito di valutazione degli atti posti in essere dagli organi delegati che, pur dovendo essere comunque assolto sulla base di una relazione di questi, mira ad evitare una eccessiva restrizione delle prerogative e dei margini d’azione dei primi e un loro totale estraniamento dalla conduzione dell’impresa sociale”⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Per le motivazioni si rinvia a quanto detto sul punto sia in tema di adeguatezza che in relazione all’esame dei piani. Cfr. in particolare: L. NAZZICONE, *sub art. 2381*, (nt. 59), 37, P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 679, “Tuttavia in tali casi i deleganti non potranno assumere un atteggiamento meramente passivo, pretendendo di andare esenti da responsabilità per non aver ricevuto informazioni adeguate da parte dei delegati. È infatti posto dall’ultimo comma della norma in esame un generale dovere di agire in modo informato in capo a tutti gli amministratori, ciascuno dei quali può inoltre richiedere agli amministratori esecutivi di fornire in consiglio ulteriori informazioni relative alla gestione sociale”..

⁵⁶¹ P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 851.

⁵⁶² F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 52.

⁵⁶³ P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 679; F. BONELLI, *Prefazione*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Giuffrè, Milano, 2007, IX.

Capitolo IV

LE RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI

1. *Diligenza e perizia nel sistema previgente:* a) *Il dibattito sul valore da attribuire alla diligenza e l'esistenza o meno dell'obbligo di esseri periti;* b) *Le decisioni manifestamente imprudenti o irragionevoli.* 2. *La diligenza e la perizia nel sistema riformato:* a) *Le due dimensioni della diligenza riformata: la "natura dell'incarico" e le "specifiche competenze";* b) *La perizia;* c) *Le decisioni manifestamente imprudenti o irragionevoli.* 3. *Il superamento dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione:*a) *La "nuova" responsabilità degli amministratori deleganti;* b) *La discussa sopravvivenza dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione.* 4. *La responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei loro doveri:* a) *L'applicazione del principio di solidarietà nelle diverse articolazioni dell'organo amministrativo;* b) *La diversa interpretazione degli obblighi degli amministratori ed il principio di solidarietà;* 5. *La responsabilità degli amministratori per non aver fatto quanto potevano per impedire il compimento o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli di cui sono a conoscenza:* a) *La conoscenza dell'atto pregiudizievole;* b) *Il dovere di intervento.* . 6. *Le ipotesi di esenzione da responsabilità:* a) *L'esenzione da responsabilità degli amministratori per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo;* b) *L'esenzione da responsabilità per le funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori (le*

deleghe di fatto); c) L'esenzione da responsabilità per gli amministratori dissenzienti e non colpevoli.

1. Diligenza e perizia nel sistema previgente.

a) *Il dibattito sul valore da attribuire alla diligenza e l'esistenza o meno dell'obbligo di esseri periti.* - La diligenza è, in generale, "l'impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine"⁵⁶⁴. La diligenza dovuta dal debitore, in particolare, "è l'impiego normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore"⁵⁶⁵. In riferimento agli amministratori, la diligenza può essere definita, pertanto, come "uno *standard* astratto di comportamento che gli amministratori devono osservare"⁵⁶⁶. Il problema principe in relazione alla diligenza è quello di individuare lo *standard* a cui rapportare il comportamento degli amministratori.

Secondo la vecchia formula dell'art. 2392 gli amministratori dovevano adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza del mandatario. Il parametro da utilizzare nella valutazione della diligenza era, in forza delle disciplina sul mandato (art. 1710), quello del buon padre di famiglia. "Anche l'amministratore del grande gruppo multinazionale [secondo un'interpretazione letterale] si sarebbe dovuto attenere all'equilibrato buon senso dell'onesta massaia"⁵⁶⁷. Gli interpreti, pertanto, si posero il problema se il parametro a cui rapportare la diligenza dovesse essere semplicemente quello del buon padre di

⁵⁶⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, (nt. 422), 90.

⁵⁶⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, (nt. 422), 90; "La diligenza dovuta dal debitore si pone come criterio fondamentale di determinazione della prestazione obbligatoria e, insieme, come criterio di responsabilità. Come criterio di responsabilità la diligenza indica lo sforzo che il debitore deve impiegare per evitare l'inadempimento o l'inesattezza dell'adempimento. Come criterio di determinazione della prestazione la diligenza indica il modello di precisione e di abilità tecnica cui il comportamento dovuto deve conformarsi".

⁵⁶⁶ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 179.

⁵⁶⁷ P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, (nt. 141), 79.

famiglia o se, invece, si poteva richiedere all'amministratore di adempiere ai propri doveri secondo i più rigidi parametri richiesti ai professionisti.

Parte della dottrina ritenne opportuno non fermarsi ad un'interpretazione letterale della norma. Sulla scorta che la *peritia artis* richiesta al professionista si fondava essenzialmente sul carattere continuativo dell'attività svolta e sull'esigenza di tutelare in modo particolare coloro che affidavano la cura dei propri interessi, in via fiduciaria, all'attività del professionista, non v'era dubbio che la diligenza speciale dell'art. 1176, comma 2°, dovesse essere applicata anche all'attività d'impresa⁵⁶⁸.

Altra dottrina, dopo aver affermato l'applicabilità agli amministratori della diligenza del professionista, sottolineava che il c. 2 dell'art. 1176 c.c. esigeva "la *peritia artis*, quando dalle circostanze concrete del comportamento tenuto dal debitore all'atto di assumere l'obbligazione [era] dato desumere la sua promessa, comunque identificabile attraverso un'interpretazione di buona fede del contratto, di eseguire la prestazione a regola d'arte, ossia con le qualità proprie delle prestazioni fornite dal buon professionista di quella specialità: e ciò a prescindere dalla oggettiva sussistenza, nel debitore, della qualità di professionista"⁵⁶⁹.

Nell'ambito dello stesso filone dottrinale attenta interpretazione⁵⁷⁰, considerato che l'ordinamento italiano fosse incline a tutelare l'interesse del creditore, riteneva che la diligenza, essendo strumentale all'adempimento, dovesse

⁵⁶⁸ V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 170; "Quanto al carattere di continuità, si è visto che la dottrina commercialistica lo ha affermato come principale carattere della professionalità dell'imprenditore. La rilevanza, poi, dell'attività d'impresa per quanto concerne la tutela dei consumatori, del risparmio e del sistema economico in genere è stata ampiamente illustrata nei paragrafi precedenti. In materia societaria, infine, si aggiunge il particolare rapporto tra amministratori ed azionisti, che in tutti gli ordinamenti tende ad assumere carattere fiduciario (*fiduciary relationship, Treupflicht*)". Nello stesso senso G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt.), 201.

⁵⁶⁹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 201, l'Autore rinvia a fa riferimento a MENGONI, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.* 1954, I, 21.

⁵⁷⁰ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 145.

essere “profilata nell’ottica più favorevole al raggiungimento del risultato”⁵⁷¹. Poiché il comportamento del debitore era finalizzato al soddisfacimento di un interesse del creditore risultava evidente che esso fosse destinato a variare secondo il risultato da raggiungere. La diligenza era “perciò, sotto questo profilo, un concetto elastico”⁵⁷². La variabilità dell’obiettivo non comportava, secondo tale opinione, una variazione del metro normale di diligenza ma, semplicemente, imponeva al debitore di adottare i mezzi necessari, secondo canoni di normalità, per l’adempimento dell’obbligazione. In altre parole, al cambiare del fine cambiavano anche i mezzi ma non il metodo per la loro scelta. Pertanto “l’imperizia è fonte di responsabilità. Infatti, il soddisfacimento dell’interesse del creditore richiede, in numerosi rapporti, l’impiego di tecniche appropriate. Non bastano la buona volontà e lo sforzo soggettivo perché la prestazione possa ritenersi adempiuta. Non basta neppure addurre che l’imperizia preesista alla nascita del rapporto. E nemmeno rileva il fatto che il creditore fosse al corrente della mancanza di capacità tecnica nel debitore già nel momento in cui è sorta l’obbligazione. In questi casi la responsabilità non scaturisce dalla considerazione che nessuno deve obbligarsi al di là delle proprie attitudini, perché altrimenti verrebbe in discussione la validità del rapporto, originariamente impossibile, e il risarcimento andrebbe limitato a titolo di *culpa in contraendo*. Essa sussiste in quanto il criterio di condotta che si pretende è oggettivo ed impone di prescindere dalle qualità personali del soggetto”⁵⁷³. Il c. 2 dell’art. 1176, secondo tale dottrina, andava analizzato alla luce di tali risultati. Ad una prima lettura, tale disposizione sembrava essere un’eccezione rispetto alla regola, per cui una perizia corrispondente alla natura dell’attività esercitata sarebbe stata richiesta solo nell’esercizio di un’attività professionale, mentre negli altri casi

⁵⁷¹ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 145.

⁵⁷² R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 146.

⁵⁷³ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 146.

sarebbe stato sufficiente uno sforzo di normale intensità, indifferenziato anche in relazione alla diversità dei rapporti. In realtà, contrariamente alle apparenze, il comportamento diligente andava “sempre commisurato alla natura della prestazione”⁵⁷⁴ e, pertanto, il co. 2 dell’art. 1176 assumeva valore di “esemplificazione legislativa”⁵⁷⁵. Tali conclusioni erano giustificate dal richiamo alla diligenza in molte disposizioni che disciplinavano degli obblighi per il cui adempimento era necessario l’utilizzo di nozioni tecniche ed, inoltre, dalla Relazione al codice dove si affermava che per determinare l’impegno normalmente richiesto per l’adempimento dell’obbligazione bisognava avere riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze che concorrevano a determinarlo. “Cosicché, [concludeva tale dottrina] la prestazione dell’amministratore di una società per azioni, valutata secondo il modello del diligente buon padre di famiglia, importa necessariamente l’uso di cognizioni tecniche”⁵⁷⁶. E, in risposta alla interpretazione⁵⁷⁷ secondo cui gli amministratori di una banca potevano non conoscere la tecnica bancaria in quanto affiancati da specialisti in possesso delle richieste conoscenze, la stessa dottrina riteneva che dagli amministratori “non si pretende certo l’onniscienza, ma solo le cognizioni necessarie per esercitare l’ufficio: agli amministratori tocca pur sempre il compito di sorvegliare il generale

⁵⁷⁴ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 147.

⁵⁷⁵ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 148.

⁵⁷⁶ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 148; cfr., inoltre, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, (nt. 568), 170; ID., *L’amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Milano, Giuffrè, 2003, 164; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, Diritto delle società, Utet*, Torino, 1995, 2, 345; ID., *Diritto Commerciale, Diritto delle società*, a cura di M. CAMPOBASSO, (nt. 431), 377; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, (nt. 411), 342; A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2005, 554; C. GRANELLI, (nt. 431), 1567; *Trib. Milano*, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 326; *Trib. Pinerolo*, 2 novembre 2004, in *Giur. it.* 2005, 1660

⁵⁷⁷ A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, (nt. 90), 388, nota 204; conforme G. CABRAS, *La responsabilità per l’amministrazione delle società di capitali, Utet*, Torino, 2002, 31.

andamento e non possono farlo certamente senza guardare alle norme tecniche di buona gestione”⁵⁷⁸.

La diligenza del buon padre di famiglia era, quindi, improntata al canone di normalità, intendendosi per tale la “diligenza normalmente adeguata al fine”⁵⁷⁹. Il rinvio dell’art. 1176 c. 2, secondo la stessa opinione, nell’adempimento delle obbligazioni professionali alla natura dell’attività esercitata non individuava una diversa diligenza. “La diligenza professionale è pur sempre diligenza media, che esige la perizia normale della categoria professionale cui il debitore appartiene o dovrebbe appartenere nell’assumere l’obbligazione”⁵⁸⁰. La perizia andava intesa quale perizia in senso oggettivo e cioè quale impiego di adeguate nozioni tecniche, che si distingueva dalla perizia in senso soggettivo quale abilità e preparazione tecnica⁵⁸¹ del singolo soggetto. Perizia e diligenza non dovevano essere considerate nozioni diverse: “la prima è infatti un momento della seconda”⁵⁸². Una delle dimensioni in cui si articolava la diligenza, invero, era costituita dall’impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici⁵⁸³.

Secondo altra interpretazione il richiamo al mandato contenuto nell’art. 2392, ante riforma, faceva sì che la diligenza richiesta all’amministratore fosse quella normale, del *bonus pater familias*, “e non quella professionale, che per l’art. 1176, co. 2 c.c. può collegarsi ad alcune particolari attività”⁵⁸⁴. La diligenza richiesta all’amministratore non era, secondo tale opinione, valutabile in relazione all’attività

⁵⁷⁸ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 148, nota 18; cfr., inoltre, A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all’azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 334; TRIB. MILANO, 29 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2333.

⁵⁷⁹ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, (nt. 422), 91.

⁵⁸⁰ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, (nt. 422), 91.

⁵⁸¹ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, (nt. 422), 95.

⁵⁸² C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, (nt. 422), 95; per l’inscindibilità della perizia dalla diligenza cfr. M. SANDULLI, *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2005, 484.

⁵⁸³ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, (nt. 422), 95.

⁵⁸⁴ C. Di Nanni, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, (nt. 41), 212; G. CABRAS, *La responsabilità per l’amministrazione delle società di capitali*, (577), 31; A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, (nt. 90), 388.

professionale esercitata, ma era “quella che si ricava da un criterio obiettivo e generale, non subiettivo per cui non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto gli era possibile per poter adempiere esattamente all’obbligazione”⁵⁸⁵. All’amministratore, secondo la stessa opinione, non si richiedeva di essere esperto nei campi in cui la società svolgeva la propria attività, salvo che fosse stato nominato per la sua specifica competenza o fossero stati richiesti determinati requisiti professionali o che, comunque, la mancanza di competenza impedisse in concreto di assolvere alle funzioni attribuite. Peraltro, gli amministratori potevano ovviare alla loro imperizia in specifici campi, avvalendosi di collaboratori esperti⁵⁸⁶.

Secondo altra dottrina⁵⁸⁷, infine, la diligenza a cui era tenuto l’amministratore era la diligenza del buon padre di famiglia che però non doveva essere identificata con la diligenza dell’uomo <<medio>> in quanto si caratterizzava per due specifici aspetti. Innanzitutto, l’attività dell’amministratore, al pari di qualsiasi altro debitore, doveva tendere a soddisfare l’interesse del creditore che, nel caso specifico, consisteva nell’aspettativa della società al conseguimento di un risultato economico positivo. In secondo luogo, la diligenza doveva valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata (art. 1176, II c.), cioè <<alla natura particolare del rapporto ed a tutte le circostanze che concorrono a determinarlo>>. Tale dottrina, però, riteneva che la perizia non rappresentasse un aspetto della diligenza. “La diligenza dell’amministratore, pur dovendosi valutare in modo obiettivo, con riguardo alla natura dell’attività esercitata e tenendo presente tutte le particolarità del singolo caso non comprende la ‘personale’ cognizione delle svariate tecniche la cui applicazione può essere opportuna per una migliore gestione

⁵⁸⁵ A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, (nt. 90), 388.

⁵⁸⁶ G. CABRAS, *La responsabilità per l’amministrazione delle società di capitali*, (nt. 577), 31; A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, (nt. 90), 388, nota 204.

⁵⁸⁷ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992, 47.

dell'impresa. L'amministratore non ha, quindi, un obbligo di essere 'perito', ma solo di essere diligente"⁵⁸⁸.

b) *Le decisioni manifestamente imprudenti o irragionevoli.* - I dubbi circa il valore da attribuire alla diligenza avevano creato in passato anche problemi in sede giurisprudenziale, in particolare in relazione a quei comportamenti che pur non concretizzandosi in violazioni di doveri imposti dalla legge o dallo statuto costituivano pur sempre violazione dell'obbligo del bene amministrare⁵⁸⁹. Questi atti imponevano al giudice di verificare in concreto se essi, del tutto indipendentemente dalla la violazione di un dovere imposto dalla legge o dallo statuto, costituissero una trasgressione delle regole di diligenza cui gli amministratori erano tenuti ad adeguarsi e rappresentavano, pertanto, atti di *mala gestio* suscettibili di generare la responsabilità degli amministratori. Secondo un'attenta analisi la giurisprudenza che ha giudicato tali casi si era "compendiata nella verifica sul caso concreto e nella risposta negativa ad uno dei due seguenti quesiti: a) il danno subito dalla società per effetto dell'operazione compiuta ha avuto causa da un comportamento dell'amministratore tecnicamente superficiale? b) il danno subito dalla società ha avuto causa in un comportamento imprudente"⁵⁹⁰? I giudici in linea di principio dichiaravano l'insindacabilità in sede giudiziaria delle scelte degli amministratori ma, in concreto, assumevano delle decisioni di segno opposto⁵⁹¹. Questa giurisprudenza partiva dal presupposto che un danno vi era stato e nel decidere se di tale danno dovessero rispondere gli amministratori effettuava una valutazione *a posteriori* dei comportamenti degli amministratori, che aveva ad oggetto non

⁵⁸⁸ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 587), 62.

⁵⁸⁹ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 26.

⁵⁹⁰ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

⁵⁹¹ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

soltanto il modo in cui le scelte erano state adottate “ma, il più delle volte, l’opportunità tecnica della scelta e la loro stessa ragionevolezza. E la conclusione di codesto (arbitrario) *modus procedendi* [era] sovente quella di ritenere gli amministratori responsabili allorché la loro scelta, per l’appunto, [fosse] apparsa tecnicamente non professionale, incongrua e arbitraria”⁵⁹². In conclusione, la giurisprudenza valutava come negligente le scelte degli amministratori dannose per la società ogni volta in cui non si riusciva a stabilire con certezza che esse fossero dipese da un errore incolpevole, “e quindi affermandosi che il danno si era prodotto o per imperizia o per (macroscopica o irragionevole) imprudenza”⁵⁹³.

2. La diligenza e la perizia nel sistema riformato.

a) *Le due dimensioni della diligenza riformata: la “natura dell’incarico” e le “specifiche competenze”*. - Il riformatore, alla luce dei problemi ora accennati e delle diverse opinioni in merito, in luogo del rinvio alla disciplina del mandato introduce due specifici parametri in base ai quali valutare la diligenza dell’amministratore: la “natura dell’incarico” e le “specifiche competenze”.

L’esplicito riferimento alla natura dell’incarico richiama, inequivocabilmente, la diligenza professionale di cui al c. 2 dell’art. 1176. Con tale disposizione il legislatore sembra aver accettato quell’interpretazione, sopra vista, che anche nel sistema previgente qualificava la diligenza dell’amministratore come diligenza professionale⁵⁹⁴. Il rapportare la diligenza alla “natura dell’incarico”

⁵⁹² F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28, “Ciò accade ad esempio tutte le volte in cui ci si sofferma a valutare i profili di congruità economica delle operazioni compiute, ma anche in tutta una serie di altri casi in cui la valutazione sul merito della scelta, giudicata in principio inammissibile, viene tuttavia effettuata in concreto e *a posteriori*, senza alcun reale rapporto con la valutazione della diligenza che il giudice è esclusivamente chiamato ad effettuare”.

⁵⁹³ F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

⁵⁹⁴ P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 838; F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 29, “Ciò significa che la prova liberatoria richiesta dall’art. 1218 c.c. non potrà essere fornita per la mancanza di quei requisiti di professionalità, indispensabili a svolgere l’attività di amministrazione”; A. ROSSI,

sembra richiedere, inoltre, il dimensionamento della responsabilità dell'amministratore, più che alla natura dell'attività esercitata dalla società⁵⁹⁵, alla posizione assunta dallo stesso nell'ambito dell'organo collegiale, e "cioè, a seconda che si sia amministratore con funzione di presidente, con delega, con delega componente di un organismo collettivo o non titolare di particolari incarichi"⁵⁹⁶.

Nella valutazione delle diligenza accanto al parametro oggettivo – rappresentato dalla "natura dell'incarico" –, il legislatore introduce anche un parametro di carattere soggettivo costituito dalle "specifiche competenze"⁵⁹⁷. Con tale parametro si inserisce un elemento di valutazione che dipende dal rapporto tra attività esercitata dalla società e specifiche competenze degli amministratori⁵⁹⁸, dove per specifiche competenze si fa riferimento alle loro "competenze tecniche e professionali: non anche a quelle gestorie"⁵⁹⁹. Le ragioni di tale scelta sono probabilmente da ricercare nella vocazione della società per azioni alla realizzazione di attività complesse, dove assume un ruolo importante la divisione del lavoro e ciò non solo con riferimento ai diversi fattori produttivi e ai diversi organi sociali, ma

Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Giuffrè, Milano, 2007, 5.

⁵⁹⁵ A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 555, secondo l'autore "l'accertamento della responsabilità presuppone il riferimento sia alle caratteristiche della società (avendo riguardo, ad esempio, alle sue dimensioni o al settore di attività), sia alla posizione concretamente assunta nell'ambito dell'organo collegiale, ossia se si tratti di amministratore con deleghe, con deleghe ma membro di un organo collegiale (il comitato esecutivo) ovvero di amministratore senza deleghe o non esecutivo e, in quest'ultimo caso, se costui sia componente di un comitato consultivo costituito ad hoc quale il comitato per il controllo interno, quello nomine o quello remunerazioni previsti dal Codice di autodisciplina della Borsa Italiana"; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 5, anche Rossi pone l'accento "alle dimensioni dell'impresa sociale, alla sua articolazione organizzativa, al settore di attività in cui si esplica l'attività economica, alla struttura dell'azionariato" e, conseguentemente, nella definizione della responsabilità ritiene che debba affermarsi "una proporzionalità tra complessità e dimensioni dell'impresa amministrata, dall'un lato, e grado di diligenza del gestore, dall'altro, quanto meno al fine di diminuire i costi di agenzia, all'interno di una struttura complessa, attraverso il rafforzamento di una minaccia di responsabilità vieppiù credibile"; A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società*, Manuale breve, Giuffrè, Milano, 2006, 226, "In altre parole, per determinare la diligenza dovuta si dovranno considerare la dimensione della società e dell'impresa esercitata, la tipologia di quest'ultima e le qualità individuali dell'amministratore che hanno costituito la base per la sua nomina".

⁵⁹⁶ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 473; A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*, in *Società*, 2004, 1520.

⁵⁹⁷ C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 677.

⁵⁹⁸ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 473; A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 556.

⁵⁹⁹ G. FERRI JR. *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 45.

anche con riferimento al contributo che il singolo componente di questi ultimi è in grado di apportare⁶⁰⁰. “In altri termini, quelle caratteristiche di complessità, se per un verso richiedono un adeguato grado di professionalità, per un altro verso, data l’eterogeneità e non comparabilità dei diversi contesti imprenditoriali concreti, rendono illusorio il tentativo di costruire in termini oggettivi una figura di ‘buon amministratore’ (illusorio, cioè, il processo di tipizzazione che l’art. 1176, secondo comma, c.c. indica all’interprete). Da ciò la soluzione di assegnare rilevanza alle caratteristiche professionali proprie dell’amministratore, quelle in definitiva in considerazione delle quali gli è stato affidato il relativo incarico: con l’ulteriore conseguenza, ancora sul piano della valutazione politica dell’ordinamento, di ‘responsabilizzare’ i soci al momento della sua scelta”⁶⁰¹.

b) *La perizia*. - Il richiamo alle specifiche competenze riporta alla questione, assai dibattuta nel sistema *ante* riforma, “se la responsabilità degli amministratori potesse essere affermata per difetto di perizia (ad es. in materia contabile, finanziaria, ecc), oltre che per difetto di diligenza, *rectius* se la perizia dovesse rientrare nell’ambito della nozione di diligenza”⁶⁰².

Nella Relazione alla legge di riforma del 2003, paragrafo 6. III 4., a chiarimento, si afferma che “nell’adempimento dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto gli amministratori devono usare la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico: il che non significa che gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell’amministrazione dell’impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono

⁶⁰⁰ C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 677.

⁶⁰¹ C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 677, “non vi è dubbio [sottolinea Angelici], che questa dimensione ‘soggettiva’ non riguarda in effetti l’intero grado di diligenza cui è tenuto l’amministratore di società per azioni, il suo complessivo *duty of care*, ma soltanto una specifica frazione di esso, quella che attiene al profilo della perizia, se si vuol dire al *duty of skill*”.

⁶⁰² F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 681

essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione”.

Nonostante tale precisazione la dottrina sembra essere divisa.

Secondo una prima opinione agli amministratori non è imposto il dovere di perizia, neanche in forma minima, e il richiamo fatto dal legislatore alle loro specifiche competenze “ vuole solo precisare che un amministratore, così come è negligente se prende una decisione senza ponderazione, o senza calcolarne i rischi, o senza utilizzare le informazioni che già abbia e che comunque deve richiedere, parimenti è negligente se prende una decisione senza utilizzare le specifiche competenze che egli abbia”⁶⁰³. Sembrerebbe, quindi, che il legislatore abbia eliminato il riferimento alla perizia in senso oggettivo ed abbia attribuito valore alla perizia in senso soggettivo.

Secondo una altra opinione, invece, le qualità personali del singolo amministratore non entrano in gioco al fine di valutare se egli abbia esattamente adempiuto, ma servono per specificare lo *standard* di riferimento “anche alla luce del ... *curriculum vitae* dell’amministratore”⁶⁰⁴. Il riferimento alle specifiche competenze più che rinviare alla perizia, determinerebbe a carico degli amministratori un dovere di competenza. Infatti, alla luce del c. 6 dell’art. 2381, sussisterebbe un obbligo del “nominato di accettare l’incarico di amministratore se e solo se in grado di esercitare la funzione, in particolare dovendo almeno essere in grado di elaborare e valutare le informazioni ricevute”⁶⁰⁵.

⁶⁰³ BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A.. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 180; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 417), 635; A. SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, 681; L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2003, 480; L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 6, Abete sottolinea, inoltre, che è responsabile per colpa-negligenza l’amministratore che dovendo decidere su questioni tecniche che esulano dalle proprie competenze non si sia avvalso di collaboratori competenti; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 7.

⁶⁰⁴ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 9.

⁶⁰⁵ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 10.

Secondo altra dottrina, ancora, la nuova disciplina non ha eliminato il dovere di perizia a carico dei singoli amministratori, ma ha imposto di valutare la responsabilità degli amministratori in relazione alle specifiche competenze da essi possedute⁶⁰⁶. Secondo tale opinione “[...] deve comunque ritenersi che l’accettazione della carica di amministratore, in ogni caso, debba comportare una consapevolezza della funzione e quindi della necessità di un livello di diligenza, la quale non può non comprendere anche la perizia. In sostanza, l’accettazione della carica di amministratore, in mancanza di un livello di competenza accettabile, è già di per sé è indice del difetto di diligenza minima esigibile (diligenza non nell’esercizio dell’attività, ma già dell’accettazione di un determinato incarico)”⁶⁰⁷.

L’art. 2392, secondo altra interpretazione, ha previsto due parametri ai quali rapportare il comportamento degli amministratori: “quello generale valevole per ogni amministratore (la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico, che è poi la diligenza professionale ex art. 1176, comma 2), e quella rafforzata prevista per i soggetti dotati di particolari competenze che, proprio in virtù di queste, sono nominati amministratori”⁶⁰⁸. Secondo tale opinione, quindi, il riformatore ha

⁶⁰⁶ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474; M. SPIOTTA, *sub art. 2392*, in G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Torino, 2004, 766; F. VASSALLI, *sub art. 2392*, in G. NICCOLINI e A. STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Jovene, Napoli, 2004, 681, secondo Vassalli sebbene la relazione chiarisca che agli amministratori non si richiede di essere periti in ogni settore della gestione, ma solo di agire in base a scelte informate e meditate e non di irresponsabile improvvisazione, nella stessa relazione “non si fa alcun cenno al nuovo parametro delle ‘specifiche competenze’ dei singoli amministratori, che pare implicare una valutazione autonoma della posizione di ciascun amministratore proprio sotto il profilo delle perizia o professionalità”; A. ROSSI, *sub art. 2392*, in A. Maffei Alberti, (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, I, 795; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, Giuffrè, 2003, I, 369; G. COTTINO, *Note minime, divaganti e irriverenti, su amministratori, << perizia >>, tangenti e responsabilità*, in *Giur. it.* 2004, 2338, Cottino sottolinea che “il fatto che lo statuto possa prevedere che gli amministratori posseggano speciali competenze, non esclude, anzi un certo senso postula, che là dove lo statuto tace, essi debbano possedere almeno quelle normali”; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, in *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 182, “[...] resta confermato che si tratta della diligenza tipica del gestore professionale di impresa altrui, esigibile in ragione dell’alterità dell’interesse curato dall’amministratore di società e caratterizzata pura dalla perizia, quale prudenza ed avvedutezza richiesta per il compimento delle attività tipiche gestorie ed anche per il controllo sull’agire degli altri amministratori”.

⁶⁰⁷ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474.

⁶⁰⁸ G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, (nt. 420), 154; cfr. nello stesso senso B. LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e società*, (nt. 449), 395; P. MONTALENTI, *La società quotata*, Cedam, Padova, 2004, 216; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, (nt. 41), 838, Montalenti ritiene che il legislatore non richiede la perizia agli amministratori ma, nonostante ciò,

attribuito rilevanza non solo alla perizia in senso oggettivo ma anche a quella soggettiva.

Le diverse posizioni sembrano essere però ridotte ad unità dalla considerazione per cui l'incarico di amministratore è stato osservato non è "suscettibile di diversificazioni che possano influire sulla configurazione della diligenza: unica è la funzione amministrativa – verrebbe da dire, con il compianto Ariberto Mignoli, che la professione di amministratore non è suscettibile di diversificazioni, anche gli eventuali delegati svolgendo, al di là delle attribuzioni specifiche, la medesima funzione gestoria e potendo essere il *quid pluris* da essi svolto apprezzato con un compenso aggiuntivo - e unico deve essere, di conseguenza, il criterio con cui viene valutato il comportamento dell'investito; e tale criterio, in alternativa a quello della diligenza del mandatario, non potrà che essere quello della diligenza professionale di cui al 2° comma dell'art. 1176 c.c.. Sarà poi il giudice [...] a valutare in concreto, anche in base a parametri diversificati [...] il comportamento dell'amministratore per giudicare se egli abbia osservato il criterio prescritto dal codice nell'espletamento dell'incarico"⁶⁰⁹.

considera irraggiungibile lo *standard* di diligenza imposto dal I co. dell'art. 2392 in assenza di "un'adeguata se pur sommaria preparazione allo svolgimento dell'incarico". La precisazione secondo cui la diligenza degli amministratori deve essere parametrata alle loro specifiche competenze determina per Montalenti un avvicinamento dello *standard* alla perizia, "nel senso che là dove l'amministratore abbia delle competenze attinenti a profili significativi del contenuto di deliberazioni, operazioni, attività gestionali in genere da cui possa insorgere la loro responsabilità – si pensi ai profili legai, finanziari o tecnici -, la valutazione della diligenza dovrà essere effettuata con criteri differenziati per l'amministratore esperto di finanza oppure ancora per l'amministratore esperto nel settore di attività della società"; F. GALGANO, R. GENGHINI, *Le nuove società di capitali e cooperative Il nuovo diritto societario*, (nt. 326), 2006, 479, gli Autori esplicitamente associano alla diligenza la prudenza e la perizia; A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 557; "Si tratta di un criterio che, se è vero che non presuppone il possesso di particolari competenze, rimanda tuttavia alla necessaria verifica in concreto della particolare attività svolta e delle circostanze del caso, quali ad esempio, il tipo di società amministrata, le dimensioni e il settore dell'attività esercitata; l'importanza dell'operazione, il tempo e le risorse a disposizione, ecc."; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 315; F. FERRARA JR - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 611; A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, (nt. 595), 226; R. TETI, La responsabilità degli amministratori di s.r.l., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, 2, 2007, 3, 633

⁶⁰⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, (nt. 41), 406.

Alla luce delle modifiche apportate dal recente legislatore, la perizia assume il valore di “regola di comportamento” nell’assunzione delle decisioni⁶¹⁰. L’introduzione del riferimento alla natura dell’incarico, secondo tale interpretazione, deve essere valutato insieme ad altre novità introdotte dalla riforma. In particolare, essa va rapportata al complesso di norme che impongono ad ogni amministratore di agire informato e che, stabilendo in modo dettagliato le modalità di acquisizione delle informazioni, “sembra indirizzare il concetto di professionalità e quello connesso di perizia, ad un *modus operandi* tipico e vincolato”⁶¹¹. Da ciò si può accettare che la perizia rientri nella diligenza, “ma purché si abbia cura di precisare quel che il legislatore intende per perizia, avuto riguardo alla diligenza degli amministratori di s.p.a.: non già e non mai una speciale qualificazione professionale tale da richiedere una decisione piuttosto che un’altra, bensì soltanto un particolare modo di comportarsi per giungere alla decisione, quale che essa sarà, secondo regole tali da assicurare che la decisione stessa sia effettuata con il massimo del bagaglio conoscitivo possibile”⁶¹². La diligenza, quindi, nel nuovo sistema non può mai essere oggetto di un obbligo o il contenuto di una prestazione, ma solo il modo tramite cui adempiere esattamente alla prestazione⁶¹³. Il riferimento alla diligenza nel giudizio di responsabilità implica unicamente una valutazione in merito alle modalità con cui la decisione viene assunta – dove la legge, peraltro, indica anche il grado di informazione necessaria -, con l’esclusione di ogni giudizio in merito alla natura della scelta e della decisione che ne consegue.

⁶¹⁰ F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

⁶¹¹ F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

⁶¹² F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

⁶¹³ F. VASSALLI, *L’art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 28.

c) *Le decisioni manifestamente imprudenti o irragionevoli.* - L'introduzione dei nuovi parametri in base ai quali valutare la diligenza consente anche la soluzione al problema del giudizio circa decisioni imprudenti o irragionevoli degli amministratori, e cioè dei casi in cui pur derivando un danno alla società non sia stato violato alcun obbligo da parte dell'organo amministrativo⁶¹⁴. L'introduzione del parametro della natura dell'incarico ai fini della valutazione della diligenza dell'amministratore significa, secondo tale interpretazione, che si ha violazione del dovere di diligenza solo quando non vengono rispettate le regole prestabilite per lo svolgimento di tale attività, e non quando vengono assunte scelte manifestamente imprudenti o irragionevoli⁶¹⁵. D'altro canto, osserva la stessa dottrina⁶¹⁶, la prudenza non appartiene alla diligenza essendo la prima, almeno in parte, una qualità dello spirito. Cosa diversa è, invece, la cautela che appartiene alla diligenza e si manifesta nell'operare con ponderazione e circospezione. In altre parole, le modifiche legislative specificando il contenuto della diligenza confermano il principio, noto nel mondo anglosassone come *business judgement rule*, secondo cui se "gli amministratori sono stati adempienti a tutti i loro obblighi, non sorge una loro responsabilità, nemmeno se gli amministratori abbiano commesso errori di valutazioni o abbiano assunto iniziative eccessivamente rischiose o comunque

⁶¹⁴ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 33.

⁶¹⁵ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 33; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 16, Rossi secondo altro procedimento logico giunge al medesimo risultato per cui il giudice può sindacare solo scelte irrazionali. Secondo l'Autore "il giudice chiamato a valutare la legittimità del comportamento dell'amministratore, come già affermato da certa giurisprudenza di merito, dovrà calarsi nel contesto storico ed ambientale, in cui è maturata la decisione oggetto di valutazione, al fine di impostare un giudizio *ex ante* sulla normale inerenza dell'atto al contesto imprenditoriale nel quale si muoveva l'amministratore convenuto in giudizio. In questo contesto, tenuto conto 'della natura dell'incarico' e delle 'specifiche competenze dell'amministratore', il giudice dovrà individuare una fascia di atti che corrispondono ad uno *standard* di diligenza determinato sulla base di un criterio di normale consequenzialità. [...] E' evidente che detto procedimento argomentativo si traduce, nella realtà giudiziario, in una *fictione juris*: il giudice chiamato a decidere dell'inerenza di un atto gestorio ad una diligente attività di amministrazione non avrà bisogno di individuare l'insieme degli atti che corrispondono ad un diligente adempimento dell'obbligo di gestione dell'impresa sociale, e si accontenterà di affermare che l'amministratore non può compiere operazioni irrazionali ed avventate, di pura sorte, o azzardate, prevedibilmente rischiose ed imprudenti, e non può superare i limiti fissati da quella ragionevolezza che deve connotare la discrezionalità dell'imprenditore, per dedurre poi l'irrazionalità o, al contrario la ragionevolezza dell'atto di giudizio".

⁶¹⁶ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 33.

abbiano compiuto operazioni che siano risultate dannose o non convenienti per la società. Gli amministratori hanno infatti il potere di amministrare la società e di compiere quelle operazioni che reputano più convenienti nell'interesse sociale, e non sono responsabili se determinate operazioni – purché compiute con diligenza e nell'interesse sociale – si rivelino *a posteriori* dannose o frutto di decisioni erranee o inopportune”⁶¹⁷. La responsabilità degli amministratori secondo la *business judgment rule* sussisterà solo nel caso in cui la decisione sia stata irrazionale⁶¹⁸. Gli errori o le scelte inopportune sono rilevanti solo come circostanze dalle quali si può presumere “l'esistenza di una violazione dell'obbligo di diligenza [comprensivo dell'obbligo di effettuare le scelte con quelle ‘cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste dall'ordinaria diligenza professionale’] o dell'obbligo di non agire in conflitto di interessi”⁶¹⁹.

3. *Il superamento dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione.*

a) *La “nuova” responsabilità degli amministratori deleganti* - Nel sistema previgente secondo l'opinione dominante, “in ipotesi di delega di poteri,

⁶¹⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 184. CASS., 12 novembre 1965, n. 2359, “Il giudice investito dell'esame di un'azione sociale di responsabilità non può sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori e dai sindaci nell'esercizio del loro ufficio; non può, cioè, giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato; deve, invece, accertare e valutare se gli amministratori abbiano violato l'obbligo di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario”; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), “[...] se è vero che il giudice non ha il controllo di merito sulle scelte gestorie, l'agire amministrativo è tuttora discrezionale e non libero: il giudice, dunque, non controlla l'opportunità della scelta, ma le modalità del percorso decisionale seguito dagli amministratori, la completezza degli accertamenti di fatto preventivi da essi espletati e delle cautele poste in essere, al fine di accertarne la correttezza nella situazione di fatto”.

⁶¹⁸ F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, (nt. 589), 34; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 18, “Il controllo sul sindacato dell'autorità giudiziaria in materia di atti gestori potrà svolgersi sul piano della congruità della motivazione, la quale, considerato l'esposto procedimento argomentativo, dovrà dare conto del contesto storico ed ambientale in cui è nato l'atto giudicato ed esprimere un giudizio di naturale consequenzialità ovvero di irrazionale avulsione dell'atto stesso dal contesto accertato, se del caso arricchendo la motivazione con l'individuazione dell'atto marginale oltre il quale si sarebbe superato il confine dell'aderenza al modello dell'amministratore ideale”.

⁶¹⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 186.

sorge[va] a carico degli amministratori un autonomo dovere di vigilanza attiva sul generale andamento della gestione: ‘gli illeciti commessi dall’amministratore delegato o dal comitato esecutivo [...] non importa[vano] di per sé la responsabilità degli altri amministratori: questi rispondevano [...] se, all’illecito dell’amministratore o del componente del comitato esecutivo, fa[ceva] riscontro un illecito proprio, quello di non aver adempiuto all’obbligo generale di vigilanza e di intervento’⁶²⁰.

Il c. 2° dell’art. 2392 *ante* riforma imponeva, infatti, “in ogni caso” una responsabilità solidale agli amministratori per non aver vigilato “sul generale andamento della gestione” o per non aver fatto, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La formulazione dell’art. 2392 dimostrava, quindi, in modo chiaro come il legislatore prevedesse “accanto agli altri obblighi e doveri, un distinto ed autonomo obbligo degli amministratori avente ad oggetto appunto la vigilanza sul generale andamento della gestione”⁶²¹.

⁶²⁰ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 86; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 193; A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (576), 550, “Secondo l’opinione comunemente accolta, i due obblighi suesposti [obbligo di vigilanza ed obbligo di intervento] non costituivano il presupposto per l’affermazione di una diligenza ulteriore addirittura maggiore rispetto a quella richiesta agli amministratori ai sensi del primo comma dello stesso articolo. Tali doveri costituivano pertanto una specificazione dell’obbligo di amministrare con diligenza. In quanto tali, e non essendo qualcosa di diverso da quest’ultimo obbligo, i doveri di vigilanza e di intervento facevano singolarmente carico a tutti gli amministratori, quali doveri minimali e residuali: il dovere di vigilanza esisteva anche nei casi in cui mancasse una delega, e il dovere di intervento sussisteva indipendentemente da come gli amministratori fossero venuti a conoscenza degli atti pregiudizievoli”; C. DI NANNI, (nt. 41), 165, “In conclusione, il dovere di vigilanza, con il connesso potere di controllo sulla gestione dell’impresa appartiene alla funzione propria degli amministratori della società per azioni”. Secondo parte della dottrina il dovere di vigilanza sorgeva solo in presenza di una delega. Cfr. in tal senso A. BORGIOLO, *L’amministrazione delegata*, (nt. 1), 263; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (nt. 77), 426; F. DE VESCOVI, *Controllo degli amministratori sull’attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, 83. Per l’opinione per cui l’obbligo di vigilanza esisteva solo per le materie non delegabili, cfr. A. MURTULA, *Sul dovere di vigilanza degli amministratori di società di capitali*, art. 2392 2° comma c.c., in *Dir. fall.* 1968, I, 69.

⁶²¹ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 87; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 193; A. BORGIOLO, *L’amministrazione delegata*, (nt. 1), 262. Tale impostazione risulta ancora attuale secondo autorevole dottrina. In particolare, F. DI SABATO, *Diritto delle società*, (nt. 411), 339, “il dovere di vigilanza, in particolare, è un mero dovere di attenzione alle più rilevanti vicende della società, che fa carico agli amministratori, esista oppure no un organo delegato”; A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 551; C. DI NANNI, (nt. 41), 165.

Gli illeciti commessi dagli organi delegati non comportavano di per sé la responsabilità degli altri amministratori⁶²². Questi ultimi, infatti, erano considerati responsabili se all'illecito degli organi delegati faceva riscontro un illecito proprio, e cioè il mancato adempimento all'obbligo generale di vigilanza e di intervento⁶²³. Era perciò necessario “non solo l'inadempimento dei delegati ai propri obblighi, ma anche quello dei non delegati al dovere di vigilanza. Ed [era] pure necessario, secondo i principi, che fra l'uno e l'altro [sussistesse] un nesso di causalità, perché come [...] nel caso dei sindaci (art. 2407 c.c.), [era] incongruo che i non delegati [fossero] chiamati a rispondere quando, malgrado il diligente esercizio del potere di vigilanza, il danno si sarebbe ugualmente verificato”⁶²⁴.

A tale interpretazione si obiettava, però, che l'istituzione di organi delegati riduceva di molto l'effettivo potere decisionale degli amministratori non delegati, fin quasi ad annullarlo⁶²⁵. Per cui la responsabilità dei deleganti non trovava una sufficiente e ragionevole giustificazione. Tale obiezione veniva però facilmente superata osservandosi che l'inevitabile diminuzione di potere dell'organo delegante, in presenza di delega, non poteva condurre “alla conclusione che non sussiste un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione sociale anche a

⁶²² O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 86.

⁶²³ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 86; A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, (nt. 1), 262, con diverso ragionamento Borgioli giunge alle stesse conclusioni. “In presenza di delega vale, infatti, il principio secondo il quale solo i delegati rispondono in relazione alle attribuzioni loro affidate. Viene così ad interrompersi il nesso di solidarietà fra i vari amministratori e la delega opera come motivo di limitazione o comunque attenuazione della responsabilità. La responsabilità solidale vale solo per i delegati, in quanto (e nei limiti in cui) siano investiti di uguali funzioni delegate. Essa viene, invece, meno nei confronti dei non delegati, oppure anche degli altri delegati, in quanto investiti di funzioni diverse (per cui, in relazione alle funzioni che non sono state loro delegate, essi sono da equiparare agli altrui amministratori non delegati). Il principio della responsabilità solidale torna, invece, ad operare anche per i non delegati in relazione all'inadempimento di due tipi di obblighi sui quali ci dobbiamo ora soffermare: quello c.d. di vigilanza e quello c.d. di intervento”. Cfr., inoltre, R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 193, “la legge ammette tuttavia che la responsabilità resti circoscritta ai soggetti che abbiano ottenuto una delega, o facciano parte del comitato esecutivo, quando la violazione riguardi la sfera delle loro attribuzioni”.

⁶²⁴ A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, (nt. 1), 263; M. MENICUCCI, *Fatto illecito dei dirigenti e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 439, “Con ciò si vuol dire che, stante il disposto dell'art. 2392 c.c., secondo cui [...], la responsabilità degli amministratori discende dalla violazione di un vero e proprio obbligo su di essi gravante *ex lege*, di cui *condicio sine qua non*, è il fatto che altri – amministratori o dirigenti – abbiano posto in essere o un'attività illecita”.

⁶²⁵ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 87.

carico degli amministratori deleganti. Infatti pare in netto contrasto con il sistema affermare che un gruppo di amministratori non sia soggetto a responsabilità⁶²⁶.

Una tale conclusione sembrava, inoltre, in contrasto con lo scopo perseguito dal legislatore con le disposizioni in esame. “Il legislatore del 1942 aveva creduto di trovare [in tal modo] un punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze di favorire, da una parte, la presenza in consiglio di personalità che, pur non essendo disposte ad impegnarsi a tempo pieno, erano in grado di offrire un contributo rilevante, in termini di professionalità, esperienza ed obiettività, alla migliore qualificazione dei processi decisori all’interno dell’organo gestorio di vertice, e di evitare, dall’altra, che il ruolo degli amministratori ‘non esecutivi’ potesse trasformarsi in una comoda sinecura, imponendo a tutti un obbligo di vigilanza sull’operato dei delegati (non assiduo ed analitico, incompatibile con la misura dell’impegno che essi erano disposti a profondere nella società) ma limitato al ‘generale andamento della gestione’⁶²⁷. Infatti, come attentamente sottolineato⁶²⁸, anche se il controllo attribuito ai deleganti poteva risultare difficile, o addirittura impossibile, esso era limitato dal principio secondo cui *nemo ad impossibilia tenetur*, e dall’oggetto del controllo che doveva essere circoscritto al generale andamento della gestione, cioè alla verifica della “coerenza delle scelte strategiche imprenditoriali con gli scopi perseguiti dalla società”⁶²⁹. “Sotto questo profilo la

⁶²⁶ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 88.

⁶²⁷ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 501; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 195; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 88. Cfr. Relazione al codice civile n. 981.

⁶²⁸ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 88; C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, (nt. 41), 65, “L’unità della gestione, infatti, garantisce la realizzazione dell’interesse sociale, che deve essere considerato punto di riferimento di tutta la vita della società e limite all’operato di qualsiasi soggetto che assuma, di diritto o di fatto, decisioni in nome della società. Compito degli amministratori, dunque, non è solo quello di operare, ma anche di controllare con continuità le altrui iniziative; e quindi di vigilare affinché non vi siano lesioni dell’interesse sociale e che, conseguentemente, tutta la gestione sia indirizzata verso la sua realizzazione. In questo senso deve intendersi, perciò, la formula <generale andamento della gestione> sociale, usata dall’art. 2392 c.c.”.

⁶²⁹ R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, (nt. 20), 195, “Quindi anche un singolo atto può essere fonte di responsabilità, quando esso sia di tale rilevanza da influire sulle sorti dell’ente sociale: basta pensare alla vendita o alla costruzione di uno stabilimento, alla cessione o all’acquisto di un’importante partecipazione

norma [aveva] quindi la funzione non di addossare agli amministratori deleganti una gravosa responsabilità, ma semmai di delimitarne il contenuto”⁶³⁰.

Nonostante tali orientamenti della dottrina secondo cui la responsabilità degli amministratori *ex art. 2392* non poteva essere considerata una responsabilità senza colpa e per fatto altrui, la presenza dell’obbligo generale di vigilanza aveva finito col trasformare la responsabilità dell’amministratore in una responsabilità sostanzialmente oggettiva⁶³¹.

Con la riforma, pertanto, il legislatore ha, inevitabilmente, dovuto affrontare il difficile problema⁶³².

Esso ha, innanzitutto, codificato il diverso ruolo svolto dagli amministratori deleganti rispetto agli amministratori delegati, attribuendo ai primi doveri più lievi (art. 2381 c. 3) rispetto ai secondi (art. 2381 c. 5).

Considerato, poi, che la responsabilità degli amministratori è una responsabilità per colpa e per fatto proprio, e specificamente una responsabilità da inadempimento dei rispettivi doveri, l’esistenza di doveri maggiori a carico dei delegati rispetto ai deleganti implica una maggiore responsabilità dei consiglieri delegati rispetto ai consiglieri deleganti⁶³³.

azionaria, e l’esemplificazione potrebbe continuare”; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 96, “gli amministratori debbono vigilare, secondo una certa dottrina, affinché la gestione della società sia diretta al conseguimento di un utile mediante l’esercizio dell’attività economica che costituisce l’oggetto sociale”.

⁶³⁰ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, (nt. 1), 88.

⁶³¹ CASS. 29 agosto 2003, 12696, CASS., 6 dicembre 2000, n. 15487; CASS., 22 ottobre 1998, n. 10488; CASS., 24 marzo 1998, n. 3110; CASS., 7 novembre 1997, 10937; Trib. Milano 4 luglio 1983. Come correttamente puntualizzato (P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, nt. 43, 502), infatti, il successo della legislazione per clausole generali – e tra queste indubbiamente rientra l’obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione - dipende, in primo luogo, dalla capacità della giurisprudenza di creare un catalogo di fattispecie che permetta di ottenere un livello accettabile di certezza applicativa. “Nella specie, non solo tale processo virtuoso è completamente mancato, ma, all’opposto, come tutti sanno, la prassi giurisprudenziale si è consolidata nel senso di utilizzare l’obbligo in discorso per estendere, non sarebbe esagerato dire indiscriminatamente, la responsabilità dei delegati a tutti i componenti del consiglio tanto da far parlare, con riferimento agli amministratori non esecutivi, di una responsabilità (quasi) oggettiva”

⁶³² P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 502.

⁶³³ F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), VIII, “La riforma, [secondo la stessa opinione], ha voluto espressamente evitare che la differenza di doveri e responsabilità tra consigliere (o organo) delegato e consiglieri deleganti venisse in pratica azzerata attraverso l’imposizione ai consiglieri deleganti di un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, dovere che, previsto dall’art. 2392, comma 2 *ante* riforma, era interpretato dalla prevalente giurisprudenza, [come sopra visto], in modo molto esteso, sicché si perveniva a condanne solidali senza distinzioni per ‘tutti’ gli

A tal fine, il riformatore ha sostituito il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione con gli specifici doveri contenuti nei commi 3 e 6 dell'art. 2381 e nel comma 1 dell'art. 2391⁶³⁴, sopra esaminati. Inoltre, nella Relazione al d. lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 esso ha chiarito lo scopo di tale modifica. “La eliminazione del precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza”. In presenza di delega, quindi, gli amministratori “non saranno più tenuti, come si riteneva in passato, a una costante, impossibile vigilanza su tutti gli atti della società, ma dovranno svolgere [...] con diligenza i compiti prescritti dalla legge, con le modalità previste dalla stessa”⁶³⁵.

amministratori: i delegati venivano condannati per gli inadempimenti commessi, i deleganti per mancata vigilanza”; F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 678.

⁶³⁴ In tal senso cfr. F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), VIII; ID., *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 159; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 417), 620; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, (nt. 41), 405; M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474; F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 606), 679, nota 19; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43); P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, (nt. 138), 1454; D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, (nt. 144), 138; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, (nt. 41), 355; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 581.

⁶³⁵ A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, (nt. 595), 227.

b) *La discussa sopravvivenza dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione.* - Parte della dottrina⁶³⁶, però, ritiene che il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione sopravviva sebbene non sia più esplicitamente contenuto nel testo della legge o, quantomeno, che i doveri conservati a carico dell'amministratore delegante sono "[...] tali che, in concreto, [...], i suoi obblighi di vigilanza 'specifici' non dovrebbero risultare notevolmente inferiori a quello generale di cui al previgente art. 2392"⁶³⁷ o, ancora, che lo stesso dovere di vigilanza non sia stato annullato dalla riforma ma semplicemente trasformato.

La rimozione dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, innanzitutto⁶³⁸, determinerebbe, dal punto di vista strutturale, una situazione inaccettabile, nella quale l'organo collegiale non avrebbe alcun obbligo conoscitivo nei confronti dell'operato dei delegati, ai quali corrisponderebbe un'assoluta libertà di azione da parte di questi ultimi che opererebbero al sicuro da qualsiasi controllo degli altri consiglieri. Tale situazione determinerebbe "la conseguenza che proprio il ruolo degli amministratori non esecutivi in seno al *plenum* finirebbe col risultare di oltremodo problematica giustificazione sotto il profilo sia logico che funzionale"⁶³⁹.

Le argomentazioni a sostegno delle diverse opinioni a favore della sopravvivenza diretta o indiretta dell'obbligo di vigilare sull'andamento della

⁶³⁶ O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, (nt. 156), 803; A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 567; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 189; V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 293; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 87; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 23; F. GALGANO e R. GENCHINI, *Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 480, "In questo secondo caso, [violazione del c. 2 dell'art. 2392], egli sarà responsabile per la violazione, valutabile alla stregua della dovuta diligenza, di quel generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione che è imposto dallo stesso art. 2381, comma 3°, [...]".

⁶³⁷ A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 567.

⁶³⁸ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 87.

⁶³⁹ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 87, "accadrebbe, in definitiva, che i consiglieri privi di deleghe degraderebbero al rango di invitati di pietra o di meri *yesmen*, sistematicamente, *rectius* aprioristicamente, ben disposti verso le condotte serbate dai colleghi titolari di deleghe, allora però nel contesto di organi collegiali immotivatamente pletorici e, soprattutto, pericolosamente privi di meccanismi di vicendevoles e reciproco riscontro interno".

gestione si fondano, per la maggior parte, sul diverso significato delle disposizioni contenute nel c. 3 dell'art. 2381, espressamente richiamato dall'art. 2392 c. 2.

Alla luce della riforma, secondo una prima opinione⁶⁴⁰, il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione non solo è stato conservato dal legislatore ma addirittura trae “adesso maggiore efficacia e vigore dall'espressa precisazione delle sue (tassative) modalità di adempimento”⁶⁴¹. Il dovere di vigilanza sulla gestione si articola, infatti, nell'obbligo di esaminare i piani strategici, industriali e finanziari predisposti dagli organi delegati; nell'obbligo di valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili; nell'obbligo di supervisionare il generale andamento della gestione. A tali obblighi si aggiunge l'ulteriore dovere di prevenire, eliminare o attenuare le conseguenze dell'atto dannoso posto in essere dal delegato. In tal modo si ottiene una perfetta “perimetrazione” del dovere di vigilanza che risolve, secondo la stessa dottrina⁶⁴², tutta la problematica inerente al dovere di vigilanza che in passato ha impegnato dottrina e giurisprudenza.

Altri⁶⁴³ hanno ritenuto che nella disciplina riformata permanga a carico dei deleganti un potere-dovere di controllo sull'azione altrui. Infatti, se il consiglio di amministrazione ha il potere di impartire direttive ai delegati, di avocare operazioni rientranti nella delega, ed il singolo consigliere ha il potere di valutare la

⁶⁴⁰ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 87.

⁶⁴¹ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 87.

⁶⁴² M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 88, “L'amministratore che vigila sul generale andamento della gestione è, perciò, quello che in concreto perviene a (o si prodiga, per quanto gli sia possibile, per giungere a) fruire dei flussi informativi dovuti dai titolari di deleghe; flussi informativi che, a loro volta, col concernere la strutturazione impressa all'organismo imprenditoriale (:gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili), l'operatività *de futuro* (: i piani strategici, industriali e finanziari) e quella pregressa (: la relazione sul generale andamento della gestione), garantiscono la c.d. *tracciabilità* delle decisioni assunte dagli organi delegati, nel contempo facendo del *plenum* una sorta di ‘casa di vetro’ trasparente e priva di zone d'ombra, dentro la quale, dovendo essere tutto (quanto particolarmente significativo e pregnante) da tutti condiviso, ciascuno può vedersi chiamato – se non immune da colpa – a rispondere di comportamenti propri, secondo il modulo della solidarietà passiva”. Questo sarebbe, secondo l'opinione in esame, il senso da attribuire al c. 2° dell'art. 2392 ed in particolare al rinvio in esso contenuto a comma terzo dell'art. 2381, rinvio che valorizzerebbe la nuova disposizione codicistica che per la prima volta disciplina i doveri d'informativa degli organi delegati verso i deleganti.

⁶⁴³ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 189.

gestione sociale, “ciò significa che l’esercizio di tali poteri costituisce nel contempo un obbligo, quando sia necessario ad evitare per il compimento di atti dannosi per la società da parte degli organi delegati”⁶⁴⁴.

L’obbligo generale di vigilanza, secondo altra interpretazione, non è stato annullato dalla riforma ma è mutato da vigilanza attiva in vigilanza passiva⁶⁴⁵. L’art. 2381 c. 3 risulta composto di due parti: la prima stabilisce i criteri di conferimento delle deleghe e precisa che il consiglio può sempre avocare le operazioni rientranti nella delega; la seconda elenca i compiti residuali degli amministratori non esecutivi. Il rinvio di cui all’art. 2392, secondo tale opinione, avrebbe un contenuto precettivo per entrambe le parti dell’art. 2381 c. 3. In forza di quanto disposto dalla prima parte dell’art. 2381, quindi, il consiglio assumerebbe una responsabilità per *culpa in eligendo* nel caso in cui decide di avocare a sé operazioni rientranti nella delega, accollandosi in tal modo la responsabilità per le scelte di gestione che possono essere fonti di eventuale danno per la società⁶⁴⁶.

In forza della seconda parte dell’art. 2381, invece, il riformatore ha operato un netto ridimensionamento dell’obbligo di vigilanza a carico dei deleganti, trasformando quest’ultima da una generale vigilanza attiva ad una specifica vigilanza passiva⁶⁴⁷. L’attività di controllo esercitata dall’organo delegante avviene, infatti, sulla base delle informazioni ricevute dai delegati secondo quanto stabilito dal c. 5 dell’art. 2381. “Dal combinato disposto degli artt. 2392, comma 2°, e 2381, comma 3° scaturisce dunque l’inesistenza di alcun obbligo di autonoma attivazione in capo agli amministratori deleganti: questi sono passivi destinatari di informazioni e la loro *culpa in vigilando* può sorgere solo all’esito della mancata reazione a ‘fatti pregiudizievoli’ che gli stessi organi delegati decidano di portare a conoscenza del

⁶⁴⁴ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 189.

⁶⁴⁵ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 24.

⁶⁴⁶ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 24.

⁶⁴⁷ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 24

consiglio di amministrazione”⁶⁴⁸. Secondo tale opinione, l’unica forma di vigilanza attiva è configurabile in forza del diritto di ciascun amministratore di richiedere che siano fornite informazioni in consiglio (art. 2391 c. 6). Pertanto, nel caso in cui tale potere non sia esercitato e nel rispetto dell’obbligo di agire informato, “gli amministratori deleganti potranno legittimamente restare invitati di pietra di un consesso nel quale gli amministratori delegati saranno liberi di illustrare o, al contrario, di occultare fatti ed atti relativi alla loro attività gestoria”⁶⁴⁹.

La vigilanza attiva sul generale andamento della gestione non può essere recuperata nemmeno tramite l’obbligo di agire informato, e ciò in quanto la doverosità dell’informazione dipende dalla necessità di concretizzare l’attività del consiglio in una formale deliberazione. Sembra, invece, che le funzioni di controllo previste dal c. 3 dell’art. 2381 non si debbano tradurre in una deliberazione dell’organo collegiale, con la conseguenza che non ci sarà nemmeno il presupposto per l’applicazione del dovere di informarsi⁶⁵⁰.

Nonostante tali considerazioni si è osservato⁶⁵¹ che, in forza dell’ultima parte del c. 3 dell’art. 2381, resta l’obbligo di valutare il generale andamento della gestione. Anche tale obbligo, però, risulta limitato dalla relazione degli organi delegati. “Saranno questi a decidere se, quanto e quando far correre il rischio della responsabilità per *culpa in vigilando*, fornendo loro adeguate informazioni, agli amministratori privi di deleghe”⁶⁵².

Un sistema così strutturato, tuttavia, avrebbe l’effetto di deresponsabilizzare eccessivamente gli amministratori non esecutivi, “consentendo loro di sedere in comode poltrone beandosi della placida ignoranza dei (peggiori)

⁶⁴⁸ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 25.

⁶⁴⁹ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 25.

⁶⁵⁰ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 25.

⁶⁵¹ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 25.

⁶⁵² A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 26.

fatti di gestione nella quale gli organi delegati scelgano di lasciarli”⁶⁵³. Tale disfunzione, secondo la stessa opinione, sarebbe colmata dal principio di collegialità imposto dall’art. 2381 c. 4, “[...] specie in occasione della redazione del bilancio di esercizio e quando ci si trovi a dover fronteggiare perdite incidenti sul capitale sociale ai sensi degli artt. 2446 e 2447. Allora, neppure gli amministratori potranno sottrarsi all’obbligo di aprire gli occhi e di attivarsi nella verifica dei risultati della gestione da contabilizzare in bilancio ovvero nell’indagine sui motivi che abbiano portato alla necessità di investire i soci delle decisioni riguardanti la possibile o necessaria riduzione del capitale per perdite”⁶⁵⁴.

Stando ad altra interpretazione la dipendenza della vigilanza sul generale andamento della gestione dalle informazioni fornite dai delegati, non consentirebbe ai deleganti di assumere una posizione passiva, “dal momento che – come dispone l’ultimo comma dell’art. 2381 c.c. – [gli amministratori] sono tenuti ad agire in modo informato, possono richiedere ai delegati ulteriori informazione e anzi debbono richiederle quando ciò sia imposto appunto dall’obbligo di agire in modo informato”⁶⁵⁵. Il vincolare la responsabilità degli amministratori non esecutivi per

⁶⁵³ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 26.

⁶⁵⁴ A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, (nt. 594), 26.

⁶⁵⁵ O. CAGANASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, (nt. 156), 803; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 507, “Tale silenzio non può certo essere interpretato [...] nel senso di mandare assolti da responsabilità gli amministratori deleganti i quali, di fronte ai flussi informativi provenienti dagli amministratori delegati, assumono un contegno meramente passivo, omettendo di provocare i necessari approfondimenti informativi richiesti dal caso. E ciò sia che si ritenga, attraverso un’interpretazione sistematica della legge, che la riserva (‘fermo restando’) vada riferita, oltre che al comma 3°, anche al comma 6° dell’art. 2381 c.c., sia che si preferisce appellarsi all’obbligo generale di amministrazione diligente stabilito dall’art. 2392, comma 1°, c.c., alla stregua del quale non potrebbero certo dirsi regolarmente adempiti gli obblighi di esame e di valutazione intestati dalla legge agli amministratori deleganti in caso di comportamenti, anche parzialmente, corrivi”. V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 293, “Nella riforma la vigilanza sull’andamento generale della gestione, sulla quale, è bene rammentarlo, i delegati sono tenuti a fornire una informazione periodica al consiglio, si basa, per un verso, sul complesso delle informazioni periodiche e su quelle relative a specifici atto dovuti dai delegati, e, per altro verso, sull’insieme delle informazioni che ciascun componente non operativo è tenuto ad assumere, mediante esercizio del potere ispettivo sopra esaminato, ed a riportare in consiglio per le conseguenti necessarie valutazioni e decisioni. Questa vigilanza, dunque, non costituisce un dovere generico le cui modalità di adempimento sono rimesse alla discrezione degli amministratori, ma è un dovere specifico che può abbracciare non solo la gestione complessivamente considerata, ma anche specifici atti. Con la conseguenza che sarà oggi più agevole individuare una responsabilità dei membri non operativi dei consigli di amministrazione, in quanto potrà farsi discendere dall’inadempimento di specifiche obbligazioni, bene individuabili nel contesto in cui la società vive ed agisce”.

omessa vigilanza alle informazioni fornite dai delegati limiterebbe la loro responsabilità solo alle ipotesi in cui “gli episodi di *mismnagemnt* siano stati sufficientemente descritti nei documenti informativi *de quibus*, in modo che qualunque soggetto dotato degli *standards* di diligenza e di avvedutezza che si devono legittimamente pretendere dal gestore dell’impresa societaria avrebbe potuto coglierne la valenza obiettivamente negativa”⁶⁵⁶.

La sopravvivenza di fatto dell’obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione è stata articolatamente criticata da chi⁶⁵⁷, correttamente, ritiene ormai non più vigente tale dovere. Secondo tale opinione, innanzitutto, non sussisterebbe alcun legame tra l’art. 2381, commi 5 e 6, ed il soppresso obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione⁶⁵⁸. Inoltre, continuare a considerare ancora vigente tale obbligo si porrebbe in contrasto con uno dei principali obiettivi della

⁶⁵⁶ M.S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 89.

⁶⁵⁷ In tal senso cfr. F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), VIII; ID., *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 159; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, (nt. 417), 620; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, (nt. 41), 405; M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474; F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 679, nota 19, Vassalli in ultima istanza ritiene che la soluzione corretta sia quella che considera superato il dovere di vigilanza. In realtà, però, secondo Vassalli non sembra più proponibile, alla stregua della riforma, “la questione se gli amministratori privi di deleghe possano oggi limitarsi a vigilare sulla gestione (nonostante poi l’art. 2381, co. 3, ne richieda solo la ‘valutazione’), ‘sulla base’ delle informazioni fornite dagli organi delegati ovvero debbano continuare a vigilare sulla gestione secondo quanto richiede, nelle singole circostanze del caso, l’obbligo generale di diligenza”. P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), secondo Abbadessa “in coerenza all’enfasi posta dalla legge delega sull’autonomia organizzativa delle società, la soluzione avrebbe potuto essere quella di autorizzare la delega solo all’interno di una cornice regolamentare destinata a regolare dettagliatamente i rapporti informativi fra delegati e deleganti e, per riflesso, l’attività di controllo dei primi sui secondi, ma il legislatore italiano ha preferito affrontare e risolvere direttamente il problema, sostituendo all’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione – che, all’atto pratico, aveva dato così cattiva prova di sé – con un sistema procedimentalizzato di flussi informativi dagli organi delegati al collegio (come è noto: sugli assetti organizzativi; sui piani strategici, industriali e finanziari; nonché sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione e sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate) e di speculari compiti valutativi da parte di quest’ultimo”; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, (nt. 70), 374, “E’ stato, dunque, rimosso il generale ‘obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione (già contemplato dall’art. 2392 c.c., 2° comma), sostituendolo con l’onere di agire informato, atteso il potere (ma, che si qualifica come doveroso nell’ottica dell’indicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche un’autonoma potestà di indagine)”; P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, (nt. 138), 1454; D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, (nt. 144), 138; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, (nt. 41), 355; P. MORANDI, *sub art. 2381*, (nt. 58), 679; G. FERRI JR., *L’amministrazione delegata nella riforma*, (nt. 53), 628; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 581.

⁶⁵⁸ F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), IX; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 563), nota 4, 612, “la disposizione secondo cui gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato (art. 2381., comma 6) non può dunque [...] esser considerata un succedaneo dell’abrogato obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione di cui al vecchio art. 2392, comma 2, che spesso aveva condotto i giudici ad equiparare la responsabilità degli amministratori non esecutivi a quella degli amministratori esecutivi. Con la nuova configurazione dei rapporti tra amministratori esecutivi ed amministratori non esecutivi la questione si pone in termini diversi”.

riforma, “obiettivo consistente nel differenziare gli obblighi e le responsabilità dei delegati rispetto agli obblighi e responsabilità dei deleganti, al fine di evitare ‘indebite estensioni’ delle responsabilità di questi ultimi”⁶⁵⁹.

Il sistema abrogato sanzionava, come visto, in conseguenza degli inadempimenti dei delegati anche i deleganti per omessa vigilanza, introducendo in sostanza una responsabilità oggettiva estranea al nostro ordinamento che il legislatore, come espressamente detto nella relazione, ha voluto abrogare. Pertanto, non sembrerebbe accettabile “da un lato, riconoscere che la riforma ha stabilito ‘la formale soppressione ... del dovere di vigilanza’ e, dall’altro, affermare che tale soppressione ‘non comporta l’esonero degli amministratori ... da quel dovere’”⁶⁶⁰. Un ulteriore motivazione è stata poi individuata nella circostanza per cui spesso anche gli organi specificamente deputati al controllo – quali sindaci, società di revisione ed *internal auditing* –, anche se dotati di poteri ispettivi e strutture per esercitare tali poteri, non sono in grado di individuare gli illeciti commessi nella gestione sociale. Pertanto, è sembrato del tutto inopportuno al legislatore “affermare un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione a carico di soggetti che – quali gli amministratori senza deleghe – non hanno né i poteri, né le strutture per effettuare tale vigilanza (il che, naturalmente, non esclude che anche gli amministratori senza deleghe abbiano – come dispone l’art. 2381, comma 6 – il dovere di agire in modo informato e di chiedere che in consiglio, in modo simmetrico per tutti gli amministratori, siano fornite informazioni relative alla gestione della società)”⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), IX.

⁶⁶⁰ F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), IX..

⁶⁶¹ F. BONELLI, *Prefazione*, (nt. 563), X.

La tesi del superamento dell'obbligo di agire informato è stata recentemente confermata anche dalla Suprema Corte⁶⁶², la quale ha riconosciuto che la riforma ha alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori non esecutivi, riconoscendoli responsabili verso la società “nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa. [Secondo la Corte di Cassazione] è stato, dunque, rimosso il generale ‘obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione’ [...], sostituendolo con l’onere di ‘agire informato’, atteso il potere (ma, che si qualifica come doveroso nell’ottica dell’indicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche un’autonoma potestà di indagine)”. Con tale ultima notazione, la Corte sembra aver risolto anche il dubbio, sollevato da attenta dottrina⁶⁶³, relativo al mancato richiamo da parte dell’art. 2392 del c. 6 dell’art. 2381. Tali conclusioni sono sicuramente condivisibili, essendo in armonia con il disegno complessivo della figura dell’amministratore non esecutivo tracciato dal riformatore, senza tralasciare l’attribuzione del giusto peso ai nuovi doveri imposti a tale categoria di amministratori.

4. La responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall’inosservanza dei loro doveri.

a) *L’applicazione del principio di solidarietà nelle diverse articolazioni dell’organo amministrativo.* - Gli amministratori, ai sensi del c. 1 dell’art. 2392, sono solidalmente responsabili verso la società per non aver adempiuto con la

⁶⁶² CASS., 19 giugno 2007, 23838, (nt. 210).

⁶⁶³ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 606), 685, “Forse sarebbe stato opportuno richiamare anche questo comma [c. 6 art. 2381] agli effetti di un quadro organico e completo che garantisse una responsabilità solidale di tutti gli amministratori in relazione al compimento da parte di taluni di essi di fatti pregiudizievoli. La circostanza che quest’ultimo comma dell’art. 2381 non sia stato espressamente richiamato dall’art. 2392, co. 2, è probabilmente dipesa dal fatto che in esso la richiesta di informazioni costituisce una mera facoltà degli amministratori: ma ciò appare in contrasto con quanto previsto nella prima parte dello stesso art. 2381, co. 6, nel quale è stabilito che gli amministratori ‘sono tenuti ad agire in modo informato’”.

diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto⁶⁶⁴. Il vincolo di solidarietà, però, si rompe nel caso di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori, o nel caso degli amministratori dissenzienti. Lo stesso vincolo rinasce, poi, in capo agli amministratori non esecutivi per gli specifici doveri ad essi imposti dal c. 3 dell'art. 2381, e in capo a tutti gli amministratori nel caso in cui questi ultimi pur essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose⁶⁶⁵.

Il legislatore, nella Relazione allo schema di d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, ha sottolineato che, nonostante le modifiche, “è stata conservata le responsabilità solidale di amministratori, sindaci e revisori contabili per i danni conseguenti alle violazioni rispettivamente imputabili, salva comunque la possibilità di provare – trattandosi di responsabilità per colpa e per fatto proprio – di essere immuni da colpa (v. artt. 2392, ultimo comma; 2407, secondo comma, e 2409-*sexies*, primo comma). Sembra dunque accettata dal legislatore quella opinione già propria di parte della

⁶⁶⁴ F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 449, “La responsabilità degli amministratori verso la società ha, per opinione unanime, natura di responsabilità contrattuale; ma non è responsabilità per inadempimento [...] di un asserito, ma inesistente, ‘contratto di amministrazione’: è responsabilità per violazione, da parte loro, dello statuto della società. Non basta, perché sorga la loro responsabilità, che si sia verificato un danno a carico della società e che questo danno sia in qualche modo riferibile alla condotta degli amministratori; occorre, invece, che agli amministratori possa essere imputato lo specifico inadempimento – ossia la mancata esecuzione o una esecuzione non conforme al canone della prescritta diligenza, prudenza, perizia – di un obbligo imposto loro dal contratto di società, sia che si tratti di un obbligo derivante dal contenuto legale di questo contratto (‘doveri ad essi imposti dalla legge’), sia che si tratti di obbligo derivante dal suo contenuto patrizio (‘doveri ad essi imposti dallo statuto’); ed occorre, inoltre, che il danno subito dalla società sia conseguenza del loro inadempimento (‘conseguenza immediata e diretta’, ai sensi dell’art. 1223)”.

⁶⁶⁵ F. DISABATO, *Diritto delle società* (nt. 411), 339, Di Sabato sottolinea il diverso regime di responsabilità in presenza o meno di delega: “la regola generale, secondo cui tutti gli amministratori rispondono in solido verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, si applica in tal caso solo ai componenti del comitato esecutivo e agli amministratori delegati. Agli altri amministratori fa carico invece la responsabilità solidale, fermi restando gli obblighi di esame, di valutazione e di vigilanza stabiliti dall’art. 2381 co. 3 accennati in precedenza, se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne o attenuarne le conseguenze dannose”

dottrina e della giurisprudenza secondo cui la responsabilità degli amministratori è sempre una responsabilità per colpa e per fatto proprio⁶⁶⁶.

Considerato che si ha solidarietà passiva “quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento di uno libera anche gli altri” (art. 1292 c.c.), risulta necessario “distinguere l’ipotesi in cui l’attività sociale sia opera del consiglio di amministrazione, da quella in cui l’attività sia compiuta da un organo delegato”⁶⁶⁷. Il comportamento illecito degli amministratori, anche omissivo, non deve sostanziarsi in una mera violazione formale dei precetti di legge, “ma deve aver causato, ai sensi dell’art. 1223, un danno effettivo al patrimonio sociale (anche se, del caso, *sub specie*, di mancato guadagno)”⁶⁶⁸. In ogni caso, come ulteriormente chiarisce la Relazione, la posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili va valutata distintamente, in relazione alle circostanze di ogni singolo caso e ai diversi obblighi che fanno loro capo.

Nella prima ipotesi, e cioè nel caso di amministrazione collegiale, “tutti gli amministratori rispondono ‘solidalmente’ dell’illecito insito nell’atto collegiale del consiglio (art. 2392¹)”⁶⁶⁹.

La responsabilità però, come detto, va valutata in relazione al singolo caso ed agli obblighi che fanno capo ai singoli amministratori⁶⁷⁰. Pertanto, il vincolo

⁶⁶⁶ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2 Diritto delle società*, 6^a, (nt. 431), 379, “Infatti, la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che sia immune da colpa [...]”; A. DE NICOLA, *sub art. 2391*, in F. GHEZZI a cura di, *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005, 559; F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 677, “La responsabilità degli amministratori ha natura solidale, ma è pur sempre responsabilità per fatto proprio, fondata sulla colpa e non responsabilità oggettiva, né per fatto altrui”.

⁶⁶⁷ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 188; F. GALGANO – R. GENGHINI, *Le nuove società di capitali e cooperative Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 449, “la società potrà, perciò, agire nei confronti di uno fra essi, senza che si dia luogo a litisconsorzio necessario, salva naturalmente l’applicazione delle norme sul regresso delle obbligazioni solidali”.

⁶⁶⁸ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 678.

⁶⁶⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 188.

⁶⁷⁰ A. DE NICOLA, *sub art. 2391*, (nt. 666), 565; F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 449, “La responsabilità investe ciascun amministratore in ragione del fatto di aver personalmente partecipato all’atto che ha causato il danno o, se non vi ha partecipato (ad esempio, perché si trattava di attribuzioni proprie del

di solidarietà “non sussiste qualora gli obblighi violati riguardino, in concreto, solo taluni amministratori: ad es. obbligo di non concorrenza (art. 2390) oppure interesse personale di un amministratore in una determinata operazione (art. 2391¹). In questi casi la responsabilità incide (solidalmente) solo sugli amministratori inadempienti: cioè, solo sugli amministratori che si trovavano in posizione di concorrenza o di interesse personale nell’operazione, e non abbiano adempiuto a quanto disposto dagli artt. 2390 e 2391^{1,671}.

Tale conclusione, ovviamente, risulta criticabile a seconda se si accetti oppure no la sopravvivenza dell’obbligo generale di vigilanza da parte degli amministratori ed al limite che si attribuisce al dovere di agire informati, profili entrambi esaminati in precedenza ed a cui si rinvia⁶⁷².

Nella seconda ipotesi, e cioè quando ci si trovi in presenza di deleghe, la responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi sussiste solo “(i) per le materie non delegate o non delegabili; (ii) per le materie che, anche se delegate, siano state portate all’esame del consiglio; (iii) per gli inadempimenti commessi dagli stessi amministratori senza deleghe (v. gli obblighi imposti dall’art. 2381^{3 e 6}, espressamente richiamato dall’art. 2392²); (iv) per l’ipotesi in cui essi, ‘essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose’ (art. 2392²)”⁶⁷³. Così, “se i sistemi organizzativi e informativi si sono dimostrati efficienti, se gli amministratori hanno sempre agito con scrupolo, se hanno chiesto ed ottenuto dagli organi delegati informazioni circa l’evoluzione della gestione sociale, l’eventuale inadempimento di un amministratore delegato non può essere imputato anche a

comitato esecutivo o del consigliere delegato o in concreto assegnate ad uno o più amministratori: art. 2392, comma 1°), di non aver fatto quanto potevano per impedirne il compimento o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, comma 2°).

⁶⁷¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 189.

⁶⁷² Cfr. sul punto F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 189, nota 259.

⁶⁷³ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 190.

loro”⁶⁷⁴. In particolare, poi, l’amministratore non esecutivo che abbia approvato in consiglio i documenti informativi forniti dagli organi delegati ai sensi dell’art. 2381, sarà solidalmente responsabile con gli autori degli atti di *mala gestio*, “ciò, ovviamente, a condizione che gli episodi di *mismanagement* siano stati sufficientemente descritti nei documenti informativi *de quibus*, in modo che qualunque soggetto dotato degli *standards* di diligenza e di avvedutezza che si devono legittimamente pretendere dal gestore dell’impresa societaria avrebbe potuto coglierne la valenza obiettivamente negativa. Viceversa, nell’ipotesi in cui delle condotte di *mala gestio* nulla venga detto in alcuno dei documenti informativi destinati al vaglio del consiglio di amministrazione – o altrimenti vi si accenni soltanto, ma con modalità che ne lasciano cogliere, a un soggetto mediamente attento, la portata pregiudizievole (a sua volta non suscettibile di essere appresa attingendo a fonti diverse), allora non vi è spazio per l’estensione di responsabilità di cui si viene discorrendo, ogni addebito dovendo rimanere circoscritto all’autore del comportamento scorretto, pena altrimenti la reviviscenza di quella responsabilità oggettiva o per fatto altrui che, reputata inammissibile nell’apprezzamento vuoi della dottrina vuoi della giurisprudenza, la novella si è prefisso, come detto, di rimuovere definitivamente”⁶⁷⁵.

Sembra quindi corretta la conclusione secondo cui la riforma ha definito i limiti della responsabilità degli amministratori, in base ad una analitica ripartizione di competenze e responsabilità tra amministratori esecutivi ed amministratori non esecutivi⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, (nt. 595), 227.

⁶⁷⁵ M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 89; F. GHEZZI, *sub art. 2380*, (nt. 431), 14; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 581; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, (nt. 431), 693; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, (nt. 431), 1568; A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, (nt. 595), 227.

⁶⁷⁶ A. DE NICOLA, *sub art. 2391*, (nt. 666), 565, De Nicola osserva in proposito che il tema della responsabilità degli amministratori è da sempre destinato a dibattersi tra la severità e la competenza, e quanto più si allarga la responsabilità

b) *Le diverse interpretazioni degli obblighi degli amministratori ed il principio di solidarietà* - In base alla riorganizzazione dell'organo di amministrazione operata dal legislatore della riforma, la posizione dei singoli amministratori dovrebbe essere "valutata distintamente, in ragione delle diverse funzioni in concreto attribuite e dei conseguenti obblighi su ciascuno gravanti. Come è stato correttamente osservato, la conseguenza della diversificazione degli obblighi sarà un'amplificazione della responsabilità degli organi delegati rispetto ai deleganti, 'in conformità al dato di fatto del loro diverso ruolo, dei loro diversi poteri e retribuzioni'"⁶⁷⁷.

Anche in questo caso le conclusioni non paiono incontrovertibili, potendosi ottenere risultati diversi in conseguenza del diverso significato che si attribuisce alle disposizioni che disciplinano gli obblighi degli amministratori quali, ad esempio, il riconoscimento o meno del dovere generale di vigilanza, il valore da attribuire alle specifiche competenze degli amministratori, l'esistenza o meno di un dovere di perizia e, in particolare, ai limiti da porre all'obbligo di agire informati (art. 2381, c. 6)⁶⁷⁸.

Così in relazione alla redazione di false comunicazioni sociali e, in particolare all'approvazione da parte del consiglio di un bilancio falso, secondo una parte della dottrina, non sussisterebbe un inadempimento degli amministratori non esecutivi, "in quanto costoro non hanno un obbligo di verificare la correttezza degli

degli amministratori fino a farla diventare sostanzialmente oggettiva, tanto più si stimola la diligenza degli stessi ma, contemporaneamente, si allontanano coloro che preferiscono non essere chiamati a rispondere per comportamenti di altri. "Sfortunatamente, i più avversi al rischio sono proprio coloro i quali hanno più da perdere in termini reputazionali dal coinvolgimento in azioni di responsabilità e per i quali una posizione in più (con annessa remunerazione) in un consiglio di amministrazione ha un'utilità marginale minore: stiamo parlando, insomma, dei soggetti maggiormente affermati professionalmente che potrebbero quindi essere più utili alla società. Inoltre l'eccessiva oggettivizzazione della responsabilità potrebbe portare ad una cautela fin troppo eccessiva nella conduzione degli affari sociali".

⁶⁷⁷ A. DE NICOLA, *sub art. 2391*, (nt. 666), 565, il riferimento operato da De Nicola è a G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e cooperative*, Utet, Torino, 2004, 122; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 52.

⁶⁷⁸ Cfr. cap. III, par. 1.

innumerevoli dati contabili sintetizzati nel bilancio, sicché non sussiste una loro responsabilità per il mancato accertamento della falsità delle poste di bilancio [...]. In tali ipotesi sussiste, invece, in genere, un inadempimento e una responsabilità solidale sia dell'amministratore delegato (quanto meno per non aver curato l'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile della società, come imposto dall'art. 2381³), sia del collegio sindacale (che non ha vigilato su tale assetto, come imposto dall'art. 2403), sia del revisore contabile (che non ha esercitato il dovuto controllo sulla contabilità come imposto dall'art. 2409-*bis*), sia delle strutture della società (direttore generale, direttore amministrativo) per eventuali violazioni commesse⁶⁷⁹. Secondo la stessa opinione una responsabilità degli amministratori non esecutivi si avrebbe solo nel caso in cui uno o più di essi, "in base alle loro specifiche competenze e alla diligenza dovuta nell'esaminare la bozza di progetto di bilancio loro inviata, potevano rendersi conto delle falsità; oppure se il consiglio era stato informato dall'amministratore delegato delle carenze o omissioni della contabilità posta a base del progetto di bilancio; oppure se lo stesso consiglio abbia effettuato illegittime valutazioni di poste o apportato illegittime modifiche ai dati contabili predisposti dalle strutture amministrative e contabili della società"⁶⁸⁰.

Stando ad altra autorevole opinione, invece, sebbene non sussista più a carico degli amministratori un dovere generale di vigilanza sulla gestione "se il comportamento dannoso è direttamente imputabile solo ad alcuni amministratori (membri del comitato esecutivo o amministratori delegati), con essi risponderanno in solido anche gli altri qualora, per violazione di specifici obblighi posti a loro carico, non abbiano prevenuto o impedito l'attività dannosa dei primi. Ne risponderanno però solo per *culpa in vigilando*, con la conseguenza che, se costretti

⁶⁷⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 190.

⁶⁸⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 189, nota 260.

a risarcire il danno, avranno diritto di regresso per l'intero nei confronti dei primi»⁶⁸¹.

⁶⁸¹ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2 Diritto delle società*, 6^a, (nt. 431), 379, “È vero infatti che l'attuale disciplina, a differenza della precedente, non pone più a carico degli amministratori un dovere generale di vigilanza sulla gestione. L'art. 2381, 3° comma, pone infatti a carico degli amministratori senza deleghe specifici obblighi: a) valutare 'sulla base delle relazioni degli organi delegati' il generale andamento della gestione; b) valutare, sempre 'sulla base delle informazioni ricevute', l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; c) esaminare, quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società. Non è men vero però che la legge impone a tutti gli amministratori di agire in modo informato (art. 2381, 6° comma) e di adempiere i propri obblighi con la diligenza del buon professionista (art. 2392, 1° comma, c.c.). il che comporta, fra l'altro, il potere-dovere dei consiglieri di amministrazione di sollecitare informazioni e chiarimenti agli organi delegati (art. 2381, 6° comma) e di adempiere i propri obblighi con la diligenza del buon professionista (art. 2392, 1° comma, c.c.). il che comporta, fra l'altro, il potere-dovere dei consiglieri di amministrazione di sollecitare informazioni agli organi delegati (art. 2381, 6° comma), ed anche di verificare le informazioni ricevute se vi sia ragione di ritenere che le stesse non siano complete o attendibili. Inoltre, si stabilisce che 'in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 2381, sono solidalmente responsabili se essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose' (art. 2392, 2° comma)”; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 189, nota 259, secondo Bonelli “la tesi non sembra accettabile perché, tra l'altro, presume un obbligo a carico degli amministratori senza deleghe di prevenire gli inadempimenti degli organi delegati, obbligo che l'art. 2392² prevede solo per gli atti pregiudizievoli dei quali gli amministratori abbiano conoscenza”.

Il principio di solidarietà quale regola residuale da applicare in assenza di distinzioni di ruoli e competenze nell'ambito dell'organo amministrativo. – La diversificazione dei ruoli e delle responsabilità degli amministratori operata dalla riforma ha spinto da ultimo, altra dottrina (V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 649), a considerare la regola della solidarietà come regola residuale. Secondo tale opinione, “in presenza di più fatti del consiglio di amministrazione che integrano inadempimento ai doveri gestori si dovrebbe distinguere se questi fatti sono tutti imputabili a tutti gli amministratori, o meno; si dovrebbe poi identificare il danno (ed il nesso causale) riferibile a ciascuno dei fatti; e, in conclusione, singoli componenti del consiglio potrebbero risultare esenti da responsabilità, ed il danno risarcibile da imputare ad un singolo componente del consiglio che venga ritenuto responsabile potrebbe essere maggiore o minore di quello imputabile ad altri. In questa prospettiva, la regola della solidarietà, confermata dalla riforma (art. 2392, c. 1), avrebbe un valore residuale. Essa continuerebbe a valere solo come regola presuntiva, destinata ad essere applicata ogni volta che non risultasse provata nel processo una effettiva diversificazione di ruoli e di competenze; ma non porterebbe sempre e comunque ad una piena e totale identità di posizioni tra i componenti del consiglio” (V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, cit., 649). Tale conclusione determinerebbe come conseguenza che spetterebbe al singolo amministratore l'onere di provare la propria assenza di colpa.

La circostanza per cui il singolo amministratore non abbia concretamente assunto la decisione che è risultata poi dannosa per la società, come ad esempio l'assenza la mancata partecipazione alle riunioni consiliari, “non lo esime da responsabilità sia in base alla regola generale della collegialità dell'organo amministrativo, sia perché gli obblighi generali di diligenza e di vigilanza richiedono che ciascun amministratore sia sempre informato sull'andamento della gestione e, se del caso, intervenga per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose” (F. VASSALLI, *sub art. 2392*, nt. 589, 677). La Relazione allo schema di d. lgs, 17 gennaio 2003, n. 6, specifica che “per assicurare che la società abbia un 'assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa', gli organi delegati devono 'curarne' l'adeguatezza (art. 2381, quinto comma); il consiglio e i deleganti devono 'valutarne' l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (art. 2381, terzo comma)”. Risulta evidente, quindi, che se può sussistere una responsabilità dell'amministratore delegato, quanto meno per non aver curato l'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile della società, può, allo stesso modo, sussistere una responsabilità dell'amministratore non esecutivo in merito alla valutazione da quest'ultimo effettuata dell'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile della società.

5. *La responsabilità degli amministratori per non aver fatto quanto potevano per impedire il compimento o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli di cui sono a conoscenza (dovere di intervento).*

a) *La conoscenza dell'atto pregiudizievole.* - La seconda parte del c. 2 dell'art. 2392 impone il vincolo di solidarietà passiva a carico degli amministratori che essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuare le conseguenze dannose, c.d. dovere di intervento⁶⁸². “Tutti gli amministratori [quindi] sono solidalmente responsabili di fatti pregiudizievoli a meno che dei medesimi essi non abbiano avuto conoscenza, nonostante l'osservanza di tutti i doveri espressamente dalla legge precisati attraverso l'esercizio dei quali quella conoscenza può essere raggiunta”⁶⁸³.

La responsabilità a carico degli amministratori, in tal caso, è di tipo omissivo in quanto essi saranno responsabili per essersi astenuti da un intervento correttivo o impeditivo di atti pregiudizievoli degli amministratori esecutivi, oppure per non aver posto in essere gli interventi idonei ad eliminare o attenuare gli effetti dannosi degli atti pregiudizievoli⁶⁸⁴.

“Condizioni di questa responsabilità, sono la conoscenza dell'atto pregiudizievole in fase di commissione o già commesso, secondo i casi, ed il potere di intervento”⁶⁸⁵.

⁶⁸² A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, (nt. 595), 226, si rammenta che “[...] la responsabilità degli amministratori è [...] sempre collegata ad un inadempimento da parte dell'amministratore o alla commissione di un illecito”.

⁶⁸³ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 685; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 190, “Resta fermo, in definitiva, che il compimento dell'atto dannoso da parte dell'organo delegato può essere imputato anche al delegante, esclusivamente nel caso in cui esista un qualsiasi concorso di questi all'evento mediante la sua condotta individuale: per aver attivamente partecipato all'atto, per aver omesso di impedirlo allorché egli potesse utilmente attivarsi o per aver omesso, ove possibile, di ridurre o eliminare le conseguenze dannose”.

⁶⁸⁴ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

⁶⁸⁵ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

Per quanto attiene alla conoscenza dell'atto pregiudizievole, innanzitutto, va detto che la norma “non precisa le modalità di acquisizione dell'informazione”⁶⁸⁶, così come chiarito da una recente pronuncia della Cassazione. Nel sistema riformato, anche se il punto è ancora controverso, gli amministratori non esecutivi non sono più gravati dall'obbligo generale di vigilanza⁶⁸⁷. Tale dovere è stato sostituito da specifici obblighi, tra cui l'obbligo di valutare, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile; l'obbligo di esaminare i piani strategici, industriali e finanziari della società; l'obbligo di valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione e, non ultimo, l'obbligo di agire in modo informato⁶⁸⁸.

Risulta però evidente, come sottolineato da attenta dottrina⁶⁸⁹, che la disciplina del c.d. dovere di intervento “risente della soluzione che si intende dare dopo la riforma alla questione dell'ampiezza del dovere di vigilanza degli amministratori, atteso che la vigilanza stessa è strumentale all'esercizio dei poteri-doveri di intervento e ciò per il semplice fatto che attraverso l'esercizio di essa, si acquisisce quella consapevolezza preventiva o successiva al fatto pregiudizievole che costituisce il necessario e logico presupposto dell'esercizio dei poteri indicati nel co. 2 e nel co. 3 dell'art. 2392”⁶⁹⁰. Parimenti, la disciplina in esame dipende dalla soluzione che si intende dare al dovere di agire informato e, in particolare, al potere-dovere di richiedere informazioni oltre quelle fornite dall'organo delegato⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ Cass. 19 giugno 2007, (nt. 210).

⁶⁸⁷ Cfr. par. 3.

⁶⁸⁸ Cfr. in relazione all'ultimo punto A. DE NICOLA, *sub art. 2391*, (nt. 666), 564, “[...] il dovere di intervento in capo agli amministratori deleganti discende non più dal generale dovere di vigilanza sulla gestione sociale, ormai soppresso dall'art. 2392, ma dal dovere di agire in modo informato di cui all'ultimo comma dell'art. 2381, [...]”. P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 507.

⁶⁸⁹ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 606), 684.

⁶⁹⁰ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 606), 684.

⁶⁹¹ Cfr. Cap. I, par. 7 e 8; F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 68.

Così secondo quella dottrina minoritaria⁶⁹² che ritiene che nonostante la riforma sugli amministratori gravi un obbligo generale di vigilanza e che riconosce in capo agli amministratori poteri ispettivi nell'esercizio del loro dovere di agire informato, la conoscenza dei fatti pregiudizievoli può derivare sia dalla conoscenza occasionale sia dall'esercizio del citato potere ispettivo. Secondo tale opinione, l'amministratore sarebbe responsabile non solo per l'omissione del dovere di intervento nel caso di effettiva conoscenza del fatto, ma anche nel caso di colpevole ignoranza del fatto pregiudizievole. La mancata conoscenza dell'atto pregiudizievole concorrerebbe, insieme alle altre previste dalla legge, a giustificare la responsabilità dell'amministratore⁶⁹³. Tuttavia, stando alla stessa opinione, "poiché la conoscenza dei fatti della gestione da parte dell'amministratore non operativo è collegata al suo potere ispettivo e informativo, una colpa di essa potrà ravvisarsi solo se egli si sia astenuto dall'approfondire l'indagine relativamente a fatti il cui rischio sia stato già palesato, per esempio in seno alle indagini preventive fatte svolgere dal delegato, e non sia stato adeguatamente valutato, a causa di negligenza o imperizia"⁶⁹⁴. Tale tesi, sembra in verità poco condivisibile in quanto presuppone l'attribuzione agli amministratori non esecutivi di poteri, quali quello ispettivo, o di qualità, quali quella di essere periti che, come sopra visto, sono ampiamente discussi.

Secondo, invece, chi ritiene superato il dovere generale di vigilanza, l'inciso "fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381" contenuto nel c. 2 dell'art. 2392, costituisce "un filtro tra atti di gestione e amministratori non esecutivi [...], che fa sì che la conoscenza di fatti pregiudizievoli sia per lo più destinata ad essere ottenuta tramite le informazioni date (se date) al consiglio dal comitato

⁶⁹² V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

⁶⁹³ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), "Secondo le ordinarie regole della condotta colposa ed alla stregua dell'interpretazione del precedente testo, alla 'conoscenza' di tali fatti va equiparata la conoscibilità con la diligenza propria della carica ricoperta".

⁶⁹⁴ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

esecutivo stesso (o dall'amministratore delegato) che li avrebbe posti in essere"⁶⁹⁵. L'obbligo di agire informati non può essere considerato, secondo tale opinione, un succedaneo dell'abrogato compito di vigilanza sul generale andamento della gestione⁶⁹⁶. In altre parole, l'eliminazione dell'obbligo generale di vigilanza e la conferma del dovere di vigilanza, mitigato dal richiamo al terzo comma dell'art. 2381, impongono a carico dell'amministratore un dovere di informazione con conseguente responsabilità in caso di mancato intervento sui fatti noti⁶⁹⁷. In tal modo sembra correttamente attuata, secondo tale interpretazione, la delega attribuita dalla legge al governo "tendente, da una parte a delimitare le fonti di responsabilità e dall'altra ad evitare una generale ed indiscriminata responsabilità per ogni fatto di gestione"⁶⁹⁸.

Rispetto alla vecchia formula dell'art. 2392, c. 2, infine, il legislatore fa riferimento a "fatti" pregiudizievoli in luogo di "atti". Tale modificazione sarebbe giustificabile considerando che l'evento pregiudizievole può consistere anche in una omissione, "con il che la formula appare più appropriata"⁶⁹⁹.

b) *Il dovere di intervento.* - Per quanto attiene al dovere di intervento, invece, va innanzitutto precisato che "ai membri del consiglio la legge non attribuisce poteri sugli atti degli organi delegati, essendo questi riservati al consiglio di amministrazione"⁷⁰⁰. A tal fine sono stati attribuiti rilevanti strumenti sanzionatori all'organo collegiale, strumenti che derivano dalla sovraordinazione di quest'ultimo rispetto ai delegati e dalle modalità di nomina degli stessi⁷⁰¹: "revoca della delega;

⁶⁹⁵ F. FERRARA JR. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 612.

⁶⁹⁶ Cfr. par. 1.

⁶⁹⁷ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 475.

⁶⁹⁸ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 475.

⁶⁹⁹ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 685.

⁷⁰⁰ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

⁷⁰¹ O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, (nt. 156), 803.

emanazione delle direttive, compimento di atti in luogo dei delegati, revoca di atti posti in essere dai delegati (poteri questi ultimi che trovano fondamento nella competenza concorrente del consiglio rispetto a quella attribuita ai delegati); revoca dei delegati costituiscono appunto gli strumenti sanzionatori utilizzabili dal consiglio per adempiere al dovere di intervento”⁷⁰².

Il singolo amministratore non esecutivo, pertanto, non avrà possibilità di intervento ma dovrà riferire la riscontrata irregolarità all’organo collegiale e sollecitarne il relativo intervento⁷⁰³. Lascia perplessi, in proposito, la tesi per cui “lo statuto potrebbe consentire al consiglio di amministrazione di autorizzare preventivamente i propri componenti, non delegati a speciali incarichi, ad intervenire in via di urgenza sugli atti pregiudizievoli dei delegati, salve le sue definitive determinazioni; oppure potrebbe direttamente prevedere questo potere eccezionale dei membri non operativi del consiglio. Naturalmente, in questi casi, la responsabilità per l’esercizio imprudente o inesperto del potere di urgenza graverebbe sul consigliere che se ne sia avvalso”⁷⁰⁴. Le perplessità, in tal caso, derivano dalla evidente considerazione che il conferimento del citato potere determinerebbe in realtà l’attribuzione di una delega da parte del consiglio ad uno dei suoi componenti su materie che sono di competenza dell’organo collegiale determinando, in tal modo, il venir meno della architettura predisposta dal riformatore generando un “corto circuito” nel nuovo sistema di amministrazione e controlli.

Resta, infine da chiarire un ultimo punto e cioè l’ambito di operatività del dovere di intervento. Il comma 2 dell’art. 2392 è introdotto dalla prescrizione “in ogni caso”. Tale prescrizione è da ricollegare all’ultima parte del comma precedente,

⁷⁰² O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, (nt. 156), 803; V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

⁷⁰³ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

⁷⁰⁴ V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, (nt. 449), 294.

e cioè ai casi in cui ci si trovi in presenza di deleghe amministrative siano esse di fatto o di diritto⁷⁰⁵. “perciò, la norma del comma 2°, che vale ‘in ogni caso’, vale anche nelle ipotesi in cui le funzioni amministrative non siano delegate”⁷⁰⁶.

6. *Le ipotesi di esenzione da responsabilità.*

a) *L'esenzione da responsabilità degli amministratori per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo.*- La regola generale secondo cui gli amministratori rispondono in solido verso la società per non aver adempiuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, fermo quanto disposto dal c. 2 dell'art. 2392, trova un correttivo in determinate specifiche ipotesi.

Il vincolo di solidarietà passiva che lega gli amministratori viene meno, innanzitutto, quando il danno alla società sia derivato dall'esercizio di funzioni attribuite al comitato esecutivo. Tale limitazione, in realtà, era prevista anche nel previgente ordinamento. La disposizione in esame fa riferimento, letteralmente, alle “attribuzioni proprie” del comitato esecutivo. Correttamente, però, è stato osservato “che, nonostante i termini utilizzati, non vi sono attribuzioni proprie del comitato esecutivo, cioè attribuzioni previste dalla legge; in effetti ai sensi dell'art. 2381, è il consiglio che può delegare proprie attribuzioni al comitato, se lo statuto lo prevede”⁷⁰⁷. Il riferimento contenuto nella norma alle attribuzioni proprie del comitato esecutivo, in assenza di una specifica disposizione in materia, sembra pertanto inevitabilmente da ricondurre all'art. 2381⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ F. GALGANO–R. GENGHINI, *Le nuove società di capitali, Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 449.

⁷⁰⁶ F. GALGANO–R. GENGHINI, *Le nuove società di capitali, Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 449.

⁷⁰⁷ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474. Per un'analisi delle funzioni delegabili si rinvia al cap. I.

⁷⁰⁸ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 559.

b) *L'esonazione da responsabilità per le funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori (le deleghe di fatto)*. - Il vincolo di solidarietà viene meno, altresì, in relazione “alle funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”.

Innanzitutto, risulta evidente che il legislatore non ha esplicitamente disciplinato l'ipotesi dell'amministratore o degli amministratori destinatari di una formale delega⁷⁰⁹. La dottrina⁷¹⁰ ha, però, risolto tale leggerezza del riformatore interpretando l'espressione “in concreto attribuite ad uno o più amministratori” come comprensiva sia delle deleghe formali che delle deleghe di fatto, e ciò “nonostante l'espressione linguistica, la quale, a prima vista, sembrerebbe incomprensibilmente riferita soltanto alle seconde”⁷¹¹. In ogni caso, infatti, non sembra essere dubitabile che “siano <in concreto attribuite> anche le deleghe sorrette dal consenso previsto dall'art. 2381, comma 2°, c.c.”⁷¹².

Il consiglio di amministrazione per poter delegare le proprie attribuzioni, ai sensi del c. 2 dell'art. 2381 deve essere preventivamente autorizzato dai soci, e ciò o tramite statuto o tramite deliberazione assembleare. Già nel sistema previgente, però, era problema ampiamente discusso se il consiglio di amministrazione potesse procedere in assenza della prescritta delega da parte dei soci al riparto interno delle proprie funzioni e con quali effetti⁷¹³, generando così le cc.dd. deleghe atipiche o non autorizzate o interne. La giurisprudenza prevalente riteneva che tale riparto di

⁷⁰⁹ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 683, “[...] le deleghe a singoli amministratori sono previste solo nella versione <di fatto> senza più menzione espressa dell'amministratore o degli amministratori formalmente delegati”.

⁷¹⁰ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 559; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 46 e 190, “[...] ma l'art. 23921 esclude, per le attribuzioni delegate, la responsabilità solidale degli amministratori senza delega [...]”. E in particolare “[quando, cioè, come è normale, l'amministrazione pluripersonale si svolge in regime di delega (che deve essere consentita dai soci, perché altrimenti non deresponsabilizza il consiglio [...]), la responsabilità degli amministratori senza deleghe sussiste solo: “(i) per le materie non delegate o non delegabili; (ii) per le materie che, anche se delegate, siano state portate all'esame del consiglio; (iii) per gli inadempimenti commessi dagli stessi amministratori senza deleghe (v. gli obblighi imposti dall'art. 2381³ e ⁶, espressamente richiamato dall'art. 2392²); (iv) per l'ipotesi in cui essi, ‘essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose’ (art. 2392²)”.

⁷¹¹ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 559.

⁷¹² P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 509, nota 61.

⁷¹³ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 507,

funzioni non fosse possibile⁷¹⁴. Secondo la dottrina dominante, invece, la delega di fatto era lecita, ma non intaccava il vincolo di solidarietà passiva che legava gli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni⁷¹⁵. Secondo tale interpretazione⁷¹⁶, neanche quando la ripartizione delle funzioni all'interno dell'organo collegiale era lecita, perché rispondente all'interesse della società, gli amministratori potevano essere considerati esenti dalle loro responsabilità. La ragione di tale risultato era così riassunta. “In effetti, anche il debitore che si avvale dell'opera di terzi nell'adempimento delle obbligazioni compie un atto perfettamente lecito (art. 1228 c.c.), eppure è chiamato a rispondere del dolo o della colpa del terzo. Lo stesso deve dirsi del mandatario, il quale, se nell'esecuzione del mandato <sostituisce altri a se stesso, senza esservi autorizzato o senza che ciò sia necessario per la natura dell'incarico, risponde dell'operato della persona sostituita> (art. 1717¹ c.c.). Solo se la sostituzione era autorizzata, allora la responsabilità viene limitata alla culpa *in eligendo* (art. 1717² c.c.) (e, verosimilmente *in vigilando*). Non diversa sembra la posizione degli amministratori, i quali ricorrono all'aiuto di collaboratori nello svolgimento delle attività di loro competenza. Quando essi affidano ad altri compiti che rientrano nelle loro funzioni tipiche (non quindi lo svolgimento di attività o il compimento di atti di natura puramente esecutiva) lo fanno a proprio rischio e pericolo, in quanto risponderanno dell'eventuale inadempimento di costoro. Analoga

⁷¹⁴ CASS., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. It.*, 1999, 328; CASS., 29 agosto 2003, n. 12696, *Giur. It.*, 2004, 557.

⁷¹⁵ G. FERRY JR., *Le deleghe interne*, (nt. 160), 172; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 43, “La delega esclude la responsabilità solidale dei consiglieri deleganti per l'inosservanza dei doveri relativi all'esercizio delle attribuzioni delegate (art. 23921 c.c.). Di conseguenza, a parte la responsabilità – che evidentemente rimane – per le funzioni non delegate, i deleganti rispondono solo per il mancato esercizio della vigilanza sul generale andamento della gestione delegata, o per non aver fatto quanto potevano per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, o eliminare o anche solo attenuare, le conseguenze dannose art. 23922 c.c.). Questa attenuazione della responsabilità degli amministratori deleganti sussiste solo se la delega è stata consentita dai soci (nell'atto costitutivo o, nel di questo, in delibera dell'assemblea) (v. art. 2381 c.c.): in caso contrario, se cioè manca il consenso dei soci, gli amministratori non possono autolimitarsi la loro responsabilità, procedendo a – seppur lecite – ripartizioni interne nell'ambito dei propri membri (cc. dd. deleghe interne o atipiche), o affidando determinate funzioni e poteri a direttori generali”; A. BORGIOI, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 731, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, (nt. 568), 225.

⁷¹⁶ A. BORGIOI, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, (nt. 715), 739.

soluzione deve, evidentemente, ammettersi anche nel caso in cui i compiti di gestione vengano affidati ad alcuni soltanto degli amministratori, in assenza di una regolare delega: gli altri amministratori risponderanno degli inadempimenti dolosi o colposi di questi ultimi, con il che risulta confermato il principio della responsabilità solidale”⁷¹⁷.

Secondo altra tesi⁷¹⁸, invece, “al consiglio, anche in difetto di autorizzazione, non avrebbe potuto disconoscersi il potere di effettuare un riparto interno di funzioni nei limiti e con gli effetti in cui gli veniva riconosciuta la possibilità di traslare in capo a terzi porzioni più o meno rilevanti dell’attività gestoria, ad esempio attraverso rapporti di ordinario mandato. Da tale premessa la dottrina in esame deduceva due importanti conseguenze applicative: a) che la <delega tipica> non avrebbe in nessun caso potuto estendersi, oltre che alle funzioni strettamente organizzative, all’area delle gestione inderogabilmente riservata all’organo amministrativo (gestione strategica) ed al direttore generale ove nominato dall’assemblea o per disposizione dello statuto; b) che gli amministratori deleganti potevano essere chiamati a rispondere in solido con i delegati in caso di omesso controllo, con la precisazione che il controllo dovuto riguardo alla <delega atipica> non era quello consentito con riferimento alla delega tipica (generale andamento

⁷¹⁷ A. BORGIOLO, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, (nt. 715), 739.

⁷¹⁸ P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa nella società per azioni*, (nt. 2), 106, “Mi chiedo, tuttavia, se gli amministratori, limitatamente ai compiti trasferibili ad estranei senza il consenso dei soci, possano legittimamente attuare un riparto interno di funzioni svincolato dalle condizioni abilitative prescritte dall’art. 2381, salvo naturalmente, ad assoggettarsi al regime ordinario della *culpa in vigilando*. Non c’è dubbio che tale risultato può essere ottenuto mediante la costituzione di un rapporto contrattuale di diritto comune tra la società e gli amministratori (nulla impedisce che questi assumano la posizione di terzi rispetto all’ente): il problema che adesso mi pongo è se allo stesso esito si possa giungere attraverso una delega in senso proprio, rimessa, però, alla libera disponibilità del consiglio, come lo è, nella specie, il trasferimento delle mansioni ad estranei. [...] mi pare che la risposta affermativa trovi sostegno nella considerazione che non si può utilizzare una norma con evidente finalità garantista – l’art. 2381, nella parte in cui subordina la delega al consenso dei soci – per ricavarne un principio – divieto di qualsiasi riparto interno di mansioni in difetto del cennato consenso – che finirebbe inevitabilmente per ritorcersi contro l’interesse della società, giacché il consiglio, per attuare una convincente *Geschäftsverteilung* tra i suoi membri, sarebbe costretto a ricorrere alla costituzione di rapporti contrattuali esterni, assoggettati ad una disciplina certamente meno favorevole per la società”; ID., *Il direttore generale*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, 1991, 465; ID., *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 42), 508.

della gestione), bensì quello assiduo ed analitico da esplicitarsi sull'operato dei collaboratori”⁷¹⁹.

L'introduzione da parte del riformatore del riferimento alle funzioni “in concreto” attribuite ad uno o più amministratori sembra aver riaperto il dibattito ora accennato.

Secondo una prima interpretazione⁷²⁰, che sembra in realtà essere aderente alla suddivisione dei compiti e delle responsabilità tra gli amministratori voluta dal legislatore del 2003, l'espressione “in concreto” non può far riferimento alle deleghe atipiche, in quanto per aversi la limitazione di responsabilità da parte dei deleganti è necessario il preventivo consenso da parte dei soci. “In caso contrario, se cioè manca il consenso dei soci, gli amministratori non possono autolimitarsi la loro responsabilità, procedendo a – seppur lecite – ripartizioni di funzioni nell'ambito dei propri componenti (cc. dd. deleghe atipiche)”⁷²¹. L'espressione “in concreto” usata dal riformatore significherebbe, quindi, “solo che – per aversi limitazione della responsabilità degli amministratori senza delega – non è necessaria una formale delibera del consiglio di amministrazione di nomina del delegato e di attribuzioni allo stesso di determinati poteri, ma è sufficiente che <in concreto> determinate funzioni siano attribuite ad uno o più amministratori (e siano da loro effettivamente esercitate: se l'amministratore delegato, come spesso avviene, fa decidere al consiglio di amministrazione materie od operazioni che pur rientrano nella sua delega, l'intero consiglio è responsabile, senza alcuna limitazione, dell'operazione portata al suo esame)”⁷²². Sembrerebbe della stessa opinione altra

⁷¹⁹ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 508.

⁷²⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 46.

⁷²¹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 47; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 37.

⁷²² F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, (nt. 42), 49, nota 59; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 611, “dove l'espressione <in concreto> sembra alludere alla possibilità di una sorta di delega di fatto, non formalizzata, la quale presuppone comunque che sia consentita dallo statuto o dall'assemblea. Si ricadrebbe altrimenti nel fenomeno delle deleghe c.d. atipiche [...] le quali tuttavia non potrebbero,

autorevole dottrina⁷²³ secondo cui una delega di fatto non è possibile in quanto “le funzioni o sono state attribuite o no”⁷²⁴ e, pertanto, “il riferimento al <concreto>, probabilmente può riguardare la definizione della delega, mentre non si può pensare ad un esercizio di fatto, che di per sé escluderebbe l’esistenza della delega”⁷²⁵.

Secondo altri ancora⁷²⁶, invece, il legislatore facendo riferimento alle funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori avrebbe voluto innovare rispetto al sistema precedente, eliminando il vincolo di solidarietà anche nell’ipotesi di deleghe di fatto, “sollecitato dall’esigenza di valorizzare, in generale, la fluidità operativa del consiglio, sfruttando anche, all’occorrenza, le specifiche competenze di ciascun amministratore”⁷²⁷.

come tali, escludere la responsabilità degli altri, quanto piuttosto eventualmente attenuarla (nell’ottica della ricercata graduazione) in considerazione di un affidamento di fatto consolidatosi nell’ambito del consiglio stesso”; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, (nt. 41), 36, “Tutto, a ben guardare, pare dovuto a un equivoco, ossia al fatto che la locuzione <funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori> (di cui all’art. 2392, primo comma, secondo periodo, cod. civ.) venga considerata afferente, appunto alla figura della delega atipica avendosi – come detto – unicamente quando manchi <a monte> l’autorizzazione dei soci, l dove <funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori> sono quelle accordate senza il ricorso ad un apposito deliberato consiliare ma pur sempre su placet dei sodali, allora in una costruzione in cui le conclusioni tornano ad essere congruenti con le rispettive premesse: (i) nella delega atipica, difettando il *placet* dei soci, permane l’eventuale responsabilità solidale di tutti i consiglieri, mentre, (ii) in caso di <funzioni in concreto attribuite...>, mancando soltanto il deliberato consiliare e non il detto *placet*, è ragionevole ritenere che la responsabilità solidale venga meno (art. 2392, primo comma, secondo periodo, cod. civ.)”.

⁷²³ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474.

⁷²⁴ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474.

⁷²⁵ M. SANDULLI, *sub art. 2392*, (nt. 538), 474.

⁷²⁶ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 509; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2 Diritto delle società*, 6^a, (nt. 431), 371, nota 46, “Peraltro, anche in mancanza di autorizzazione statutaria o assembleare, il consiglio di amministrazione può provvedere ad un riparto interno di funzioni (cd. delega interna o atipica). Ciò risulta dal nuovo art. 2392, 1° comma, che attenua la responsabilità degli amministratori deleganti per l’inosservanza dei doveri relativi a funzioni <in concreto attribuite ad uno o più amministratori>”; G. FERRI JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, (nt. 599), 42, “La situazione è ora radicalmente mutata: da un lato, infatti, la mera attribuzione in concreto di determinate funzioni a uno o più singoli amministratori vale a isolare in capo a costoro le conseguenze dell’inadempimento degli obblighi relativi alle funzioni ad essi affidate; dall’altro, e conseguentemente, gli obblighi derivanti dalla legge e dall’atto costitutivo non potranno più essere riferiti alla funzione di amministrazione in quanto tale, ma ai singoli amministratori”; G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, (nt. 420), 149; M. S. DESARIO, *L’amministratore delegato nella riforma delle società La nuova disciplina*, (nt. 197), 939.

⁷²⁷ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 509. Cfr. sul punto A. BORGIOI, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, (nt. 715), 737, “Non sembra dubbio peraltro che, anche in assenza di delega, l’esigenza di snellire e razionalizzare l’attività di gestione sia, almeno di fatto, ugualmente presente e risponda, in linea di massima, anche all’interesse della società. Sotto tale profilo potrebbe lasciare qualche dubbio l’affermazione incondizionata della responsabilità degli amministratori, per il solo fatto di aver omesso di seguire il metodo collegiale, argomentando dalla circostanza che, così facendo, essi hanno, in definitiva, violato una prescrizione di legge. Infatti gli amministratori sono chiamati a realizzare l’oggetto sociale e non si può allora del tutto escludere che una distribuzione interna di funzioni, diretta ad es., a valorizzare le rispettive capacità e

Se si ammette la validità delle deleghe di fatto, secondo la stessa dottrina⁷²⁸, si pone un problema di disciplina applicabile a tale fattispecie. In particolare, nel caso di deleghe non autorizzate si pone il problema della delimitazione dell'oggetto della delega e dei rapporti che intercorrono tra deleganti e delegati, con particolare attenzione al problema dell'imputazione delle responsabilità derivanti dall'esercizio delle loro funzioni. Per quanto attiene all'oggetto, la dottrina⁷²⁹ in esame non ritiene applicabile né l'interpretazione⁷³⁰ secondo cui la delega potrebbe essere limitata ad incarichi occasionali, in quanto eccessivamente limitativa, né, tanto meno, la tesi⁷³¹ secondo cui ad essa resterebbe preclusa l'area organizzativa della gestione, di cui alla prima parte del c. 1 dell'art. 2380-*bis*, mentre resterebbe accessibile invece l'area delle funzioni esecutive (di cui alla seconda parte del c. 1 dell'art. 2380-*bis*). Questa seconda ipotesi non risulterebbe accettabile per il difetto opposto alla prima, in quanto finirebbe con l'includere "nell'area della libera delegabilità operazioni di carattere fortemente strategico – quali, ad esempio, l'acquisto o la cessione di partecipazioni di controllo, l'ingresso o l'uscita da particolari mercati, l'instaurazione di rapporti di alleanza con altre imprese o la risoluzione degli stessi – sol perché l'organo amministrativo ha rinunciato ad

competenze dei membri del consiglio, risponda, in effetti, ad una esatta valutazione circa il modo migliore di fare l'interesse della società. Si tratta in definitiva di una *questio facti* da valutare caso per caso".

⁷²⁸ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 510.

⁷²⁹ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 510.

⁷³⁰ A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, (nt. 576), 560, "E' possibile che la norma possa essere interpretata nel senso che la solidarietà è esclusa nel caso in cui ad alcuni amministratori vengano attribuiti espressamente, benché informalmente, determinati compiti, magari in modo non continuativo".

⁷³¹ G. FERRI JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, (nt. 599), 44, "Un'autorizzazione siffatta non è invece necessaria al fine di consentire al consiglio di amministrazione di ripartire (al proprio interno) le funzioni più propriamente esecutive, che si risolvono nel compimento di quelle operazioni a cui si riferisce la seconda parte del comma 1 dell'art. 2380-bis c.c.. Non solo, infatti, il consiglio di amministrazione, anche in mancanza di un'autorizzazione siffatta, può suddividere la gestione in una pluralità di ambiti (ciò che anche nel sistema precedente alla riforma doveva affermarsi), ciascuno dei quali affidato a singoli amministratori legittimati al compimento disgiunto delle relative <operazioni>, e tenuti ad operare unicamente nell'ambito di loro competenza: ma a tale ripartizione delle funzioni consegue automaticamente quella degli obblighi che, ancorché riferiti indistintamente all'organo amministrativo, si appunteranno in via esclusiva sul soggetto al quale è stato affidato l'ambito di gestione al quale ciascuno di essi si riferisce".

inserirle in un processo di pianificazione strategica, affidato di norma, agli organi delegati e soggetto al successivo esame del *plenum* (art. 2381, comma 3°, c.c.)”⁷³².

Per quanto attiene al problema della responsabilità dei deleganti, in realtà le soluzioni adottate dai diversi interpreti che riconoscono nel riferimento “in concreto” la validità delle deleghe atipiche risultano diverse. Secondo una prima opinione le deleghe di fatto, così come le deleghe atipiche, non possono nel vigente ordinamento, come non potevano nel sistema antecedente, esonerare da responsabilità gli altri consiglieri, “dato che vige comunque il disposto dell’art. 2392, 2° comma, c.c.”⁷³³. Secondo altra interpretazione “il comma 1 del nuovo art. 2392 c.c., come già quello originario, deve essere interpretato nel senso che alla delega (autorizzata) e (ora) alla attribuzione <in concreto> di funzioni ad uno o più amministratori consegue il venir meno non soltanto della solidarietà, ma, prima ancora, e più radicalmente, della stessa responsabilità (e dunque, appunto, della stessa sussistenza dei relativi doveri): profili, questi tra di loro non sempre distinti, a causa di quella tendenza, ampiamente diffusa, ma non per ciò solo convincente, a considerare la solidarietà, in materia di responsabilità degli amministratori, come profilo che finisce per fondare la responsabilità di ciascuno di essi, non limitandosi a presupporla, come invece è a dirsi in generale (nonché, secondo quanto qui si sostiene, anche in tal caso)”⁷³⁴. Altra autorevole dottrina⁷³⁵, considerato ormai superato il vincolo di solidarietà passiva tra i membri dell’organo collegiale, ritiene non applicabile l’art. 2381 in quanto non esiste alcun riferimento legislativo in tal senso e, inoltre, perché una perfetta equiparazione in termini di responsabilità tra le

⁷³² P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 510.

⁷³³ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 189.

⁷³⁴ G. FERRI JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, (nt. 599), 45.

⁷³⁵ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 511.

due diverse specie di deleghe non sembra “del tutto convincente”⁷³⁶. L’inapplicabilità dell’art. 2381 “non può significare che gli amministratori deleganti restino dispensati da qualsiasi attività di vigilanza sull’operato dei delegati, con l’assurda conseguenza che essi sarebbero chiamati a rispondere delle eventuali condotte pregiudizievoli solo se, essendo venuti casualmente a conoscenza delle stesse, abbiano trascurato di intervenire (art. 2392, comma 2°, c.c.). Al contrario, in ottemperanza al generale obbligo di amministrazione diligente (art. 2392, comma 1°, c.c.), essi saranno tenuti ad esercitare sull’attività dei delegati non autorizzati (non già quel controllo più lasco dovuto secondo la vecchia e, ancor più, secondo la nuova disciplina sull’attività dei delegati autorizzati, bensì) quella medesima vigilanza assidua ed analitica, che l’organo amministrativo è tenuto ad esercitare nei confronti di tutti i collaboratori dell’impresa”⁷³⁷.

c) *L’esenzione da responsabilità per gli amministratori dissenzienti e non colpevoli.* - Il vincolo di solidarietà, infine, trova un ulteriore limite nel caso degli amministratori dissenzienti e non colpevoli. Per sottrarsi alla solidarietà, così come nel sistema *ante* riforma, “l’amministratore che sia immune da colpa deve adempiere ad una duplice formalità: far annotare <senza ritardo> il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e darne immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”⁷³⁸. La formalizzazione del dissenso costituisce il comportamento minimo che l’amministratore deve adottare per contrastare la realizzazione di atti ritenuti dannosi per la società⁷³⁹. Tale comportamento, infatti,

⁷³⁶ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 511.

⁷³⁷ P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, (nt. 43), 511.

⁷³⁸ F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, (nt. 431), 611.

⁷³⁹ Cfr. in tal senso L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 191.

“serve non tanto in sé ad escludere la responsabilità, quanto ad indurre gli altri amministratori alla ponderazione e ad eventuali ripensamenti”⁷⁴⁰.

Il semplice dissenso, espresso nelle forme richieste, non è sufficiente ad esonerare gli amministratori se non sono immuni da colpa⁷⁴¹, e cioè se non hanno “fatto tutto quanto in loro potere in adempimento dei loro doveri”⁷⁴². Alla luce delle modifiche apportate dalla riforma al regime della responsabilità degli amministratori, e in particolar modo accogliendo la tesi del superamento del generale obbligo di vigilanza, per essere immune da colpa l’amministratore non solo deve aver fatto quanto poteva per impedire il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dell’atto dannoso⁷⁴³, ma deve aver altresì rispettato gli specifici obblighi posti a suo carico dal riformatore e, in particolare, gli obblighi di cui al terzo comma dell’art. 2381⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 191.

⁷⁴¹ L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 191.

⁷⁴² A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, (nt. 595), 227; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, (nt. 606), 191, “se, cioè, pur potendo utilmente attivarsi per impedire l’evento, abbia omissso di farlo, se del caso anche impugnando la deliberazione dannosa”; “[...] e cioè avendo fatto tutto quanto in loro potere in adempimento dei loro doveri”.

⁷⁴³ F. GALGANO e R. GENCHINI, *Il nuovo diritto societario*, terza ed., (nt. 326), 481, “ossia solo se non abbia omissso quanto poteva per impedire il compimento dell’atto dannoso o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”.

⁷⁴⁴ F. VASSALLI, *sub art. 2392*, (nt. 589), 687, “L’immunità da colpa va poi oggi desunta più che da un difetto generico di prudenza nell’esercizio del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, nella precisa violazione dei precetti di legge che impongono agli amministratori di acquisire ogni conoscenza sulla gestione attraverso i procedimenti chiaramente indicati nel nuovo testo dell’art. 2381”.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA P., *Profili topici della nova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, 2, 2006, 501.

ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975.

ABBADESSA P., *Il direttore generale*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, Utet, Torino, 1991.

ABETE L., *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 5.

ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979.

ALLEGRI V., *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in V. SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2003, 164.

AMATUCCI C., *Fatto illecito della società e responsabilità <<proporzionata>> dei soci*, Milano, Giuffrè, 2002.

AMBROSINI S., *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 354.

AMBROSINI S. (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Giuffrè, Milano 2007.

AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 380.

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali, lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2003.

ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 675.

ASCARELLI T., *Appunti di diritto commerciale*, I, Roma, 1936.

BELCREDI M e CAPRIO L., *Struttura del CdA ed efficienza della <<corporate governance>>*, in *AGE*, 2003, 61.

BIANCA C. M., *Diritto civile, l'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2004.

BIANCO M. - CASAVOLA P., *Corporate governance in Italia: alcuni fatti e problemi aperti*, in *Riv. soc.*, 1996, 426.

BIANCO M. e PALUMBO G., *Il CdA: quale funzione e quando è efficiente*, in *AGE*, 2003, 13.

BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1991.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992.

BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003.

BONELLI F., *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 700.

BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 620.

BONELLI F., *Prefazione*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Giuffrè, Milano, 2007.

BORGIOLI A., *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 726.

BORGIOI A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 593.

BORGIOI, A., *L'amministrazione delegata*, Nardini, Firenze, 1982, 57.

BRANDEIS L. D., *Other People's Money and How the Bankers Use it*, St. Martin's Press, London, 1914.

BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società, Società per azioni, II*, Giuffrè, Milano, 1948.

BRUNETTI G., *Il Consiglio di amministrazione nelle medie imprese familiari chiuse: alcuni casi/esperienze*, in *AGE*, 2003, 37.

BRUTTI N., *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 236.

BUONOCORE V., *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 389.

BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, ESI, Napoli, 2006.

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

BUONOCORE V., *Intervento conclusivo: Impresa e mercati finanziari, governance*, in C. AMATUCCI e V. BUONOCORE (a cura di), *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti, Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 2008.

CABRAS G., *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, UTET, Milano, 2002.

CADBURY A., *Corporate governance cosa è*, LUISS University Press, Roma, 2007.

CAGNASSO O., *Gli organi delegati nella società per azioni profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976.

CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 4, 1991.

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

CAGNASSO O., *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la 'delega di fatto' tra norme 'vecchie' e 'nuove'*, in *Giur. it.*, 2004, 559.

CAGNASSO O., *Nomina dei delegati e <<interferenze>> di organi o soggetti esterni al consiglio*, in *Riv. soc.*, 2007, 1071.

CALANDRA BONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 534.

CARNEVALI U., *La responsabilità civile degli amministratori*, in DEL RE F. (a cura di), *Atti del convegno di Milano del 12 Dicembre 1987*, Giuffrè, Milano, 1989.

CASAVOLA P.- BIANCO M., *Corporate governance in Italia: alcuni fatti e problemi aperti*, in *Riv. soc.*, 1996, 426;

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale, 2, Diritto della società*, a cura di M. CAMPOBASSO, Utet, Torino, 2006, 2.

CAMPOBASSO G. F., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, Utet, Torino, 2004.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale, Diritto delle società*, Utet, Torino, 1995, 2.

CAPRIO L. e BELCREDI M., *Struttura del CdA ed efficienza della <<corporate governance>>*, in *AGE*, 2003, 61.

CANDELLERO D., *sub art. 2391*, in G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2004.

CASTRONOVOC., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

CAVALLI G., *sub art. 150*, in G. F. CAMPOBASSO (Commentario diretto da), *Testo unico della finanza*, Utet, Torino, 1998.

CENTOZONE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza deleghe nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. Soc.*, 2007, 722.

COLAVOLPE A., *Responsabilità solidale degli amministratori per illeciti amministrativi del dirigente*, in *Società*, 2001, 1061.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, Giuffrè, 2003.

CORBETTA G., *Il Consiglio di amministrazione nelle <<imprese familiari chiuse>>: quale ruolo possibile?*, in *AGE*, 2003, 25.

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

CORSI F - FERRARA JR. F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2006.

COTTINO G., *Note minime, divaganti e irriverenti, su amministratori, <<perizia>>, tangenti e responsabilità*, in *Giur. it.*, 2004, 2338.

DACCÒ G., *L'organizzazione aziendale*, Padova, CEDAM, 1992.

DACCÒ G., *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *AGE*, 2003, 183.

D'AGOSTINO S., *Passato e presente dell'atto ultra vires nel sistema di gestione delle società per azioni non quotate: la vendita dell'unico immobile strumentale all'attività sociale*, in Riv. notariato, 2005, 1291.

D'ALESSANDRO F., *Società per azioni: le linee generali della riforma*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 29.

DARDES F., *Deliberazioni del consiglio di amministrazione, metodo collegiale e poteri del presidente*, in Società, 2008, 1138.

DAVIES P. L., *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London 2003.

DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata*, in Riv. società, 2003, 480.

DE GREGORIO A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da L. BOLAFFIO, A. ROCCO, C. VIVANTE, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1938, IV, 336.

DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale Imprenditori – Società*, Società editrice Dante Alighieri p. a., Milano – Roma – Napoli – Città di Castello, 1967.

DE NICOLA A., *sub art. 2381*, in F. GHEZZI a cura di, *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005.

DE NICOLA A., *sub art. 2391*, in F. GHEZZI a cura di, *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005.

DE NICOLA A., *sub art. 2392*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2005.

DE RENTIIS L., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e di s.r.l. nell'ambito della procedura concorsuale di fallimento*, in *Il corriere di merito*, 2006, 604.

DESARIO M. S., *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Società* 2004, 938.

DESARIO M. S., *La gestione delegata nelle società di capitali*, Cacucci, Bari, 2007.

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

DI CATALDO V., *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 644.

DI SABATO F., *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2005.

DI NANNI C., *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nelle società per azioni*, Jovene, Napoli, 1992.

EISENBERG M. A., *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 617.

ENRIQUES L., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000.

ENRIQUES L. – A. POMELLI, *sub art. 2391*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Cedam, Padova, 2005.

FANELLI G., *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1952.

FARENGA L., *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni. Profili sostanziali e processuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 331.

FERRARA JR. F. –CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2006.

FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Controlli – Bilancio Modificazioni dello statuto S.r.l. – Gruppi di società*, Utet, Torino, 3, 2007, 5.

FERRI G., *Le società*, in Tratt. Dir. Civ. it. fondato da F. VASSALLI, X, tomo III, Torino 1987.

FERRI JR. G., *Le deleghe interne*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1995, 167.

FERRI JR. G., *L'amministrazione delegata nella riforma*, *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 625.

FERRI JR G., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 39.

FERRO LUZZI P., *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 661.

FERRO LUZZI P., *Indipendente...da chi; da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, 204

FIGONE A., *Insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori*, in *Società*, 1997, 1389.

FIorentino A., *Gli organi delle società di capitali: assemblea, amministratori, sindaci*, Jovene, Napoli, 1950.

FORTUNATO S., *I <<controlli>> nella riforma del diritto societario*, in *La Riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003.

FRÈ G., SUB ART. 2392, in *Della società per azioni*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, , Bologna-Roma, 1997.

FRÈ G., *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Foro Italiano, Roma, 1938.

FRÈ G. e SBISÀ G., *sub art. 2391*, in A. SCIALOJA e C. BRANCA (diretto da), *Della società per azioni, Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1997, I.

FUSI A., *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*, in *Società*, 2004, 1517.

GALGANO F., *Le società*, Zanichelli, Bologna, 1986.

GALGANO F. –GENCHINI R., *Le nuove società di capitali e cooperative, Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, terza ed., Cedam, Padova, 2006.

GAMBINO A., *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, 1.

GHEZZI F., *sub art. 2380*, in F. CHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GREZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005.

GHIGLIONE P., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a. per atti o omissioni dei precedenti amministratori?*, in *Società*, 2006, 189.

GHINI A., *Deleghe del consiglio di amministrazione a singoli componenti*, in *Società*, 2005, 709.

GRANELLI C., *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 1565.

GUIZZI G., *sub art. 2381*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Jovene, Napoli, 2004.

GUIZZI G., *sub art. 2391*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Jovene, Napoli, 2004.

IRRERA M., *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005.

LIBONATI B., *Riflessioni in tema di corporate governance*, relazione al convegno *Tutela del risparmio, nuove regole di governance e disciplina delle autorità di vigilanza*, Foggia, 29-30 ottobre 2004.

LIBONATI B., *Diritto commerciale, Impresa e società*, Giuffrè, Milano, 2005.

LOPREIATO S e PUCCI E., *L'adeguamento del Consiglio di amministrazione al codice Prea nelle società quotate*, in *AGE*, 2003, 213.

LOWRY J. and DIGNAM A., *Company Law*, Oxford University Press, 2006.

LUMINOSO A., *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 739.

LUTTER M., *Una introduzione al Codice tedesco di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2002, 231.

MACRÌ C., *Interessi degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 135.

MAFFEIS D., *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società d capitali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, 1053.

MAFFEZZONI I., *Contributo allo studio del comitato esecutivo nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 1998.

MAIMERI F., *sub art. 150*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Cedam, Padova, II, 1998.

MARCHETTI C., *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. comm.* 2004, I, 1229.

MARCORA G., *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, Milano, 1931.

MARGHERI A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. BOLAFFIO e C. VIVANTE, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1909.

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

MELI V., *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *AGE*, 2003, 155.

MENGONI L., *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.* 1954, I, 21.

MENICUCCI M., *Fatto illecito dei dirigenti e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 438.

MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956.

MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 147.

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1449.

MONTALENTI P., *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, *Riv. soc.*, 2002, 802.

MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal teso unico alla riforma del diritto societario*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2003.

MONTALENTI P., *La società quotata*, Cedam, Padova, 2004.

MONTALENTI P., *sub art. 2381*, in G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Torino, 2004.

MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 435.

MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, 294.

MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, 2, 2006, 835.

MORANDI P., *sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Cedam, Padova, 2005, I, 670.

MOSCO G. D., *sub art. 2381*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Jovene, Napoli, 2004.

MOSCO G. D., *Cognosco ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in R. ALESSI, N. ABRIANI e U. MORERA, *Il collegio sindacale le nuove regole*, Giuffrè, Milano, 2007.

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

NAZZICONE L., *sub art. 2381*, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003.

NAZZICONE L., *sub art. 2391*, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003.

NAZZICONE L., *sub art. 2392*, in *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003;

NUZZO A., *Sulle sedi di decisione nelle società quotate e sulla prevenzione di abusi da concentrazione di potere*, in *AGE*, 2003, 81.

PARRELLA F., *sub art. 150*, in C. R. BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, 799.

PATRONI GRIFFI U., *sub art. 2391*, in M. SANDULLI e V. SANTORI, *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, I.

PESCATORE S., *La responsabilità degli amministratori*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di Diritto commerciale*, 8° ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 285.

PETTITI P., *Struttura del comitato esecutivo*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1995.

PISANI MASSAMORMILE A., *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in C. AMATUCCI e V. BUONOCORE (a cura di), *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti, Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 2008, 121.

PORTALE G. B., in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, I, 2, Utet, Torino, 2004, 41.

PORTALE G. B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 3.

PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2005

PUCCI E. e LOPREIATO S., *L'adeguamento del Consiglio di amministrazione al codice Preda nelle società quotate*, in *AGE*, 2003, 213.

PULITANÒ D. *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 899.

RIGOTTI M., *sub art. 2404*, in F. Ghezzi (a cura di), *Collegio sindacale Controllo contabile*, in P. MARCHETTI –L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005.

RESCIGNO M. - PRESTI G., *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2005.

RORDORF R., *sub art. 2381*, in G. BONFANTE, D.CORAPI, G. MARZIALE, R, RORDORF, V. SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società Società di capitali cooperative – consorzi reati societari*, Ipsoa, Vicenza, 2004.

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

ROMANO C., *sub art. 2381*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 2003.

ROSSI A., *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Giuffrè, Milano, 2007.

ROSSI A., *sub art. 2392*, in A. Maffei Alberti, (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Cedam, Padova, 2005.

SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, in *Giur. Comm.*, 2008, 379.

SALAFIA V., *Gli organi direttivi nelle società quotate in mercati regolamentati*, in *Società*, 1998, 253.

SALAFIA V., *L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori*, in *Società*, 2001, 1191.

SALAFIA V., *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Società*, 2002, 1465.

SALAFIA V., *Profili di responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Società* 2005, 1333.

SALAFIA V., *Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, 290.

SALAFIA V., *L'autorizzazione assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Società*, 2008, 423.

SALAFIA V., *Il concreto esercizio dell'azione di responsabilità sociale*, in *Società*, 2008, 1061.

SALANDRA V., *Società commerciali*, in *Nuovo Dig. It.*, XII, 1, Torino, 1940.

SALVATO L., *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Società*, 2001, 14.

SANDULLI M., *sub art. 2392*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Giapichelli, Torino, 2003.

SANDULLI M., *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2005, 484.

SANFILIPPO P. M., *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, 2, 2006, 441.

SANTOSUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2005.

SBISÀ G. e G. FRÈ, *sub art. 2391*, in *Della società per azioni*, in A. SCIALOJA e C. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1997, I.

SCOGNAMIGLIO G. (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003.

SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 154.

SILVESTRINI A., *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, 684.

SOPRANO E., *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934.

SPIOTTA M., *sub art. 2392*, in G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Torino, 2004.

STELLA RICHTER JR. M., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca impresa società*, 2005.

STELLA RICHTER JR. M., *La collegialità del consiglio di amministrazione*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1995, 163.

TETI R., *La responsabilità degli amministratori di s.r.l., Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Utet, Torino, 2, 2007, 630.

TINA A., *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 334.

TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2006.

VASSALLI F., *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2003, 23.

VASSALLI F., *sub art. 2392*, in G. NICCOLI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Jovene, Napoli, 2004.

VENDITTI A., *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Jovene, Napoli, 1955.

VENTORUZZO M., *sub art. 2391*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2005.

VITALI M. L., *I doveri degli amministratori e la protezione degli azionisti alla luce del nuovo diritto societario inglese*, in *Riv. soc.*, 2008, 210.

VIVANTE C., *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 359.

VIVANTE C., *Le società commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1906, II, 358.

VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale Le società commerciali*, Vallardi, Milano, 1929.

WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, Torino, 1974.

ZAMPERETTI, G. M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005.