



Università degli Studi di Milano - Bicocca

Scuola di Dottorato
in Scienze Giuridiche

Curriculum in **Diritto Privato**

La diligenza dell'amministratore di società



Francesca Tomasoni

Matricola: **709778**

XVIII Ciclo - a.a. **2012-2013**

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

INDICE

CAPITOLO PRIMO CENNI INTRODUTTIVI

- 1) Il dovere di amministrare con diligenza la società. Premesse generali.....5
- 2) Premesse in tema di gestione amministrativa.....9
- 3) La responsabilità dell'amministratore di società...11
- 4) Violazione del dovere di diligenza nelle azioni di responsabilità dell'amministratore.....16
- 5) Il numero crescente di azioni di responsabilità esercitate nei confronti degli amministratori di società e gli orientamenti della giurisprudenza sul tema della diligenza esigibile da essi.....26
- 6) La sentenza n. 1402 del 2012 della Corte d'Appello di Brescia. Spunti per una ricerca.....31
- 7) Indicazione delle linee di ricerca.....38

CAPITOLO SECONDO IL DOVERE DELL'AMMINISTRATORE DI GESTIRE LA SOCIETA' E PERSEGUIRE L'INTERESSE SOCIALE

- 1) Introduzione.....41
- 2) L'esclusività del potere - dovere di gestione in capo agli amministratori.....42
- 3) Il contenuto del potere - dovere di gestione.....53
- 4) La gestione corretta ed efficiente: gli obblighi dell'amministratore verso la società.....58
- 5) Gli obblighi a contenuto specifico.....62
- 6) Gli obblighi a contenuto generico.....69

- 7) Il dovere di perseguire l'interesse sociale quale espressione e specificazione del generale dovere di gestire la società in modo corretto ed efficiente.....79
- 8) Gli interessi coinvolti nella gestione societaria.....85
- 9) Il possibile contenuto della nozione di interesse sociale.....88
- 10) Rischi connessi ad un'eventuale gestione eccessivamente cauta e prudente dell'amministratore di società.....99

CAPITOLO TERZO

IL CANONE DELLA DILIGENZA DELL'AMMINISTRATORE

- 1) Introduzione.....103
- 2) La diligenza nel testo ante e post riforma.....104
- 3) Il parametro della “natura dell'incarico”.....109
- 4) Il parametro delle “specifiche competenze”.....112
- 5) Diligenza, perizia e professionalità dell'amministratore di società.....120
- 6) La Business Judgement Rule e il rischio.....131
- 7) L'individuazione dell'interesse sociale di riferimento per l'amministratore diligente.....143
- 8) Prime conclusioni sulla diligenza esigibile dall'amministratore di società ordinaria.....151

CAPITOLO QUARTO

LA DILIGENZA DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOCIETA' BANCARIA

- 1) Introduzione.....159
- 2) L'impresa bancaria: cenni in tema di peculiarità, interessi coinvolti, interesse sociale e rischio.....162
- 3) Il principio della sana e prudente gestione:

	l'evoluzione del concetto, i riferimenti normativi e l'art. 5 TUB.....	176
4)	La diligenza dell'amministratore di banca: il contenuto del dovere di gestire in modo "sano" e "prudente", aspetti "quantitativi".....	185
5)	La diligenza dell'amministratore di banca: il contenuto del dovere di gestire in modo "sano" e "prudente", aspetti "qualitativi".....	192
6)	Lo specifico e necessario requisito di professionalità dell'amministratore bancario.....	202
7)	Prime conclusioni sulla diligenza esigibile dall'amministratore di società bancaria: le sentenze Cass. 15 giugno del 2010 n. 14305 e Cass. 05 febbraio del 2013 n. 2737, un ulteriore contributo di riflessione.....	217
	CONCLUSIONI	225
	BIBLIOGRAFIA	237
	GIURISPRUDENZA DI MERITO	273
	GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'	275

CAPITOLO PRIMO

CENNI INTRODUTTIVI

I.1) Il dovere di amministrare con diligenza la società. Premesse generali.

Tra gli obblighi che gravano sugli amministratori, ed il cui inadempimento, può essere fonte di responsabilità, ve ne sono alcuni che hanno un contenuto specifico e già predeterminato dalla legge e dallo statuto sociale; vi sono, altresì, obblighi generali tra i quali, e sopra a tutti, dottrina e giurisprudenza maggioritaria fanno rientrare l'obbligo generale di amministrare con diligenza la società, ricavabile dall'art. 2392 c.c.¹

Gran parte dell'attività degli amministratori, che concretizza l'esercizio dell'impresa, si risolve in atti di gestione che sono ordinati alla realizzazione dell'oggetto dell'ente imprenditoriale ed al conseguimento dei suoi risultati economici.

Il principio dell'esclusività della gestione dell'impresa

¹ La distinzione è suggerita, tra i molti, da BONELLI, Gli amministratori di società per azioni, Milano, 1985, 160, il quale rileva come nessuna delle classificazioni degli obblighi degli amministratori che sono state proposte in dottrina, abbia rilevanza ai fini della responsabilità degli amministratori stessi “poiché, in caso di inadempimento, la responsabilità sussiste e va accertata con gli stessi criteri qualunque sia, tra quelle indicate, la classificazione che si preferisca seguire”; nello stesso senso FRE', La società per azioni, in Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, art. 2325 - 2461, Bologna-Roma, 1982, il quale osserva che se è vero “che non pochi doveri degli amministratori sono espressamente stabiliti dalla legge e indicati nell'atto costitutivo, è tuttavia evidente che soltanto una modesta parte dell'attività degli amministratori è in tal modo determinata”.

affidata agli amministratori², infatti, si concretizza in un potere-dovere di questi ultimi³; potere di agire per l'attuazione dell'oggetto sociale e, dunque di svolgere una efficiente azione, compiendo le scelte valutate più rispondenti agli interessi perseguiti; dovere di assicurare, attraverso quell'azione, e nei limiti fissati dall'oggetto sociale, una efficiente e corretta gestione⁴.

Tale attività richiede, nella maggior parte dei casi, l'apprezzamento della convenienza e del rischio che, di volta in volta, possono presentare sia i singoli affari gestionali, sia le più complesse strategie aziendali⁵.

Ciò implica l'esercizio di scelte discrezionali da parte degli amministratori, finalizzate al perseguimento di quello che, a seconda dei casi, deve essere considerato l'interesse sociale di riferimento⁶.

Il criterio della diligenza degli amministratori, principalmente nell'ambito dell'accertamento degli inadempimenti che, nelle azioni di responsabilità esperite nei loro confronti, vengono loro imputati, assume un ruolo assolutamente preminente e decisivo⁷.

Appaiono, infatti, decisamente problematici tutti quei casi, sempre più frequenti nella prassi, in cui si rimprovera

2 V. Infra Cap. II.2.

3 VIETTI, La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma, Milano, 2013, 32.

4 NAZZICONE - PROVIDENTI, Amministrazione e controlli nella Società per Azioni, in Il nuovo diritto societario, a cura di Lo Cascio, Milano, 2010, 12.

5 V. Infra Cap. III.6.

6 V. Infra Cap. II.9; III.7 e IV.2.

7 Tale constatazione viene costantemente ribadita e permea l'intera ricerca. Più precisamente, sull'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di società v. soprattutto infra Cap. I.3 e ss.

agli amministratori esclusivamente la mancanza della dovuta diligenza nella gestione dell'impresa sociale, ovvero sia la violazione non di un obbligo specificamente individuato, ma al contrario di un dovere generico ed indeterminato⁸ ossia, di un criterio standard che avrebbe dovuto indirizzare l'amministratore stesso ad una gestione corretta ed efficiente.

Essenzialmente, dunque, un'indagine sul tema della diligenza dell'amministratore di società, è di interesse rilevante sotto due aspetti.

Da un lato, contribuisce a riempire di contenuto il generale dovere dell'amministratore di gestire la propria impresa sociale, indirizzando così l'amministratore stesso nelle modalità in cui debbono avvenire tutte le sue scelte gestorie concrete⁹. Infatti, è proprio nei periodi di crisi economica, come l'attuale, che si avverte maggiormente la necessità che le norme sull'amministrazione della società, siano un metodo rivolto ad assicurare il più possibile la correttezza e la regolarità gestionale¹⁰.

Dall'altro lato, una specificazione circa il contenuto ed il livello del parametro di diligenza dell'amministratore

8 V. Infra, Cap. I.5; I.6.

9 La stessa Corte di Cassazione ha, infatti, ritenuto che, proprio in considerazione della natura dell'attività dell'amministratore, (che non si perfeziona attraverso il compimento di un unico atto giuridico, ma costituisce l'insieme di atti, negozi e fatti in relazione ai quali non è sempre agevole individuare le specifiche regole di condotta alle quali è chiamato ad attenersi nello svolgimento della sua attività), la diligenza abbia la funzione di specificare le regole di condotta alle quali l'amministratore è chiamato ad uniformarsi: v. Cass. 24 agosto 2004 n. 16707, in Foro It., 2005, I, 1844.

10 CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Milano, 2012, Prefazione.

può indirizzare l'interprete (che, a seconda delle circostanze può essere il giudice, il curatore, gli altri legittimati attivi a promuovere azioni di responsabilità ovvero il semplice studioso) a comprendere quando effettivamente l'atto gestorio, non tipizzato, sia stato compiuto in violazione del generale dovere di agire con diligenza e può, pertanto, "aprire le porte" ad una legittima affermazione di responsabilità dell'amministratore che l'ha posto in essere.

Ed invero, l'estensione dell'area della responsabilità degli amministratori per mala gestio rischia di rimanere indeterminata, se non si riesce a chiarire la portata della clausola generale prevista all'art. 2392 c.c., che ad essi impone di agire, nell'adempimento dei propri doveri, con la "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle proprie specifiche competenze", ove si consideri che la gestione di un'impresa comporta necessariamente l'esercizio di una complessa e dinamica attività economico-produttiva, in cui gli atti e i comportamenti dovuti non sono sempre prefissati, né possono essere prefigurati¹¹.

11Nelle attuali società di capitali, a causa della complessità organizzativa e delle enormi dimensioni che le stesse hanno assunto, risulta assolutamente impervia l'individuazione della condotta attiva o omissiva che doveva essere adottata dagli amministratori nelle ipotesi in cui manchi una norma di legge idonea a regolamentare, attraverso la prescrizione di un comportamento, la fattispecie concreta. Ed è proprio in tali fattispecie, non riguardanti condotte regolate da norme specifiche, che l'autorità giudiziaria, non potendo far ricorso con sufficiente affidamento, in situazioni molto complesse, al criterio generale della diligenza, è spesso indotta (più o meno consapevolmente), a giudicare la responsabilità dell'amministratore sulla base del risultato complessivo dell'attività di gestione (per definizione successivo rispetto al

Tale ultima affermazione, seppur vera disquisendo in generale di società di capitali, impone di volgere lo sguardo ad una peculiare tipologia di società nella quale, al contrario, i comportamenti dovuti sono stati, con il passare degli anni, via via maggiormente prefissati: la Banca.

L'attività bancaria, infatti, pur conservando la propria natura imprenditoriale¹², è governata da una molteplicità di regole “tecniche” essenzialmente tese a garantire una sana e prudente gestione che, quindi, contribuiscono a definire un canone di diligenza standard di comportamento gestorio; a ciò si aggiunga che sono le stesse norme disciplinanti la società bancaria ad imporre che gli amministratori siano scelti secondo specifici criteri di professionalità, richiedendo ad essi, quindi, uno specifico livello di diligenza o, per meglio dire, di perizia.

Un'indagine sulle differenze e le somiglianze tra gli elementi che caratterizzano la diligenza richiesta dall'amministratore di società ordinaria e le peculiarità che connotano l'amministratore di società bancaria, è uno strumento che si rivela molto utile per riempire vicendevolmente di contenuto il parametro di diligenza in entrambe le predette realtà.

I.2) Premesse in tema di gestione amministrativa.

Dall'esame della normativa sulla funzione, sulla struttura e sui poteri dell'organo amministrativo della società per azioni che verrà svolta, nel prosieguo, risulta chiaro che i cospicui poteri di gestione attribuiti dalla

comportamento); sul punto v. IANNACONE, Principi generali sulla responsabilità degli amministratori, in *La Governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, a cura di Vietti, Milano, 2013, 87.

12V. *Infra* Cap. IV. 2.

legge agli amministratori non sono rimessi alla loro mera discrezionalità.

Gli amministratori sono, infatti, liberi di apprezzare la convenienza degli affari da intraprendere e di tracciare le linee di politica aziendale più vantaggiosa per gli interessi della società, compiendo (ovvero non compiendo) i conseguenti atti gestori. Tuttavia, trattandosi di poteri attribuiti per la gestione di ingenti patrimoni altrui, l'esercizio di essi costituisce per gli amministratori anche un dovere.

In altri termini, la gestione della società costituisce certamente una loro prerogativa, ma rappresenta al tempo stesso un vero e proprio dovere giuridico, poiché il relativo potere, concesso in funzione della cura di interessi alieni, implica per il suo titolare l'obbligo di esercitarlo per il soddisfacimento di quegli interessi.

Affinché, però, l'esercizio del potere corrisponda al contenuto del dovere, è indispensabile l'esistenza di un prefissato criterio di comportamento che orienti gli amministratori nell'espletamento dei loro compiti e costituisca per i soci il metro di valutazione dell'operato dei primi, nell'esercizio del loro potere di controllo.

A questa imprescindibile esigenza provvede l'art. 2392 c.c.¹³ che, mediante una clausola generale, impone agli amministratori, non solo l'obbligo di esercitare i poteri di gestione, ma anche il dovere di esercitarli, in conformità agli obblighi e doveri stabiliti dalla legge e dallo statuto, con diligenza.

Si noti che in caso di inosservanza di tali doveri, è la

¹³Tale norma, al primo comma, prescrive che “gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”.

stessa disposizione citata che pone a carico dei trasgressori la responsabilità dell'inadempimento e l'obbligo di risarcire alla società i danni derivanti dalla trasgressione.

Il che permette, sin da subito, di svolgere una breve ma importante digressione intorno alla disciplina della responsabilità dell'amministratore di società per azioni, in virtù di quella che è la sua funzione di necessario contrappeso dei vasti poteri loro conferiti nell'interesse altrui, la quale deve sempre essere tenuta presente nello svolgersi della presente ricerca.

I.3) La responsabilità dell'amministratore di società.

Prima di addentrarci nell'analisi dei singoli doveri ed obblighi¹⁴ in capo agli amministratori, con particolare riferimento al significato da attribuire al dovere di gestire la società in modo diligente pare opportuno introdurre la disciplina della responsabilità civile degli amministratori.

C'è un limite, infatti, all'esercizio delle prerogative che la legge e lo statuto della società attribuiscono ai soggetti investiti delle funzioni gestionali di amministrazione della società: esso è costituito dalla responsabilità civile che riequilibra il rapporto soci - amministratori, caratterizzato dalla peculiare scissione tra proprietà e gestione¹⁵.

14I due termini, “doveri” ed “obblighi”, per alcuni Autori, non sono sinonimi. In realtà, i doveri di cui parla l'art. 2392, comma I, c.c., sarebbero imposti a favore di una serie indefinita di destinatari e non della sola impresa gestita verso la quale l'amministratore avrebbe più propriamente degli “obblighi”; sul punto si veda MARCINKIEWICZ, Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito, in Fallimento, 2011, 315.

15CONFORTI, Op. cit, 107.

La responsabilità degli amministratori costituisce, pertanto, la più salda garanzia del loro corretto esercizio della funzione gestoria e consente, di conseguenza, di guardare con tranquillità al rafforzamento dei loro poteri.

La minaccia del risarcimento del danno è, infatti, utilizzando la significativa metafora di Weigmann, “il peso che la legge colloca sull'altro piatto della bilancia, a fronte del potere, per assicurare un perfetto equilibrio nella conduzione efficiente della società”¹⁶.

La responsabilità degli amministratori deriva, con tutta evidenza, da una condotta, attiva od omissiva, che integri un inadempimento degli obblighi e doveri su di essi gravanti ed ai quali, perciò, dottrina e giurisprudenza, hanno dedicato le maggiori attenzioni.

L'analisi della condotta dell'amministratore, che sarà oggetto di esauriente approfondimento nei capitoli successivi, non esaurisce gli accertamenti necessari per la valutazione della sua responsabilità civile.

Infatti, oltre all'individuazione delle condotte che possono essere fonte di responsabilità, occorre per prima cosa specificare quali siano i soggetti, o le categorie di soggetti, nei confronti dei quali tale responsabilità si può configurare.

Dal comportamento difforme dell'amministratore può, anzitutto, originarsi un pregiudizio per la società amministrata (artt. 2392, 2393 e 2393 bis c.c.); nello specifico, ci troveremo di fronte ad un'azione sociale di responsabilità che potrà essere esercitata tanto dalla società medesima (art. 2393 c.c.¹⁷), quanto dai singoli soci (art.

¹⁶WEIGMANN, Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Torino, 1974, 102.

¹⁷La prima azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società è prevista dal nostro ordinamento

2393 bis c.c.¹⁸).

Non solo. La violazione da parte degli amministratori degli obblighi gravanti su di essi può danneggiare uno spettro amplissimo di soggetti terzi, che vanno dai creditori sociali (e sarà anche a loro riconosciuta la possibilità, in tal caso, di esperire un'azione di responsabilità ex art. 2394¹⁹), ai singoli soci o ad altri terzi (tutelati, a loro volta, dalla relativa azione di responsabilità

all'art. 2393 c.c. e consente alla società stessa di far valere in sede giudiziale il proprio diritto al risarcimento dei danni, conseguenti a comportamenti tenuti dagli amministratori in violazione degli obblighi loro imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dal generale dovere di diligenza. Legittimata attiva a deliberare l'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. è l'assemblea della società, conseguentemente l'azione dovrà essere oggetto di specifica delibera dell'assemblea ordinaria; il quorum richiesto per la costituzione e la deliberazione sarà, pertanto, quello ordinariamente previsto dalla legge o dallo statuto per ogni altra deliberazione.

18Il legislatore della Riforma societaria del 2003 ha introdotto, al successivo articolo 2393 bis c.c., la possibilità di esercitare l'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c., da parte di una minoranza dei soci, rappresentativa di una quota congrua del capitale sociale, differenziando tale percentuale a seconda che si tratti di società quotata o meno.

19Si tratta dell'azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali nei confronti degli atti pregiudizievoli compiuti dagli amministratori della società di cui essi sono creditori. In breve, l'art. 2394 c.c., prescrive che, per avviare tale azione sia necessario: un diritto di credito vantato da chi agisce, l'insufficienza del patrimonio societario all'adempimento delle obbligazioni assunte e che l'insufficienza patrimoniale derivi dalla violazione da parte degli amministratori degli obblighi, su di essi incombenti, inerenti la conservazione del patrimonio sociale.

ex art. 2395 c.c.²⁰).

Gli amministratori si trovano esposti, dunque, ad una sorta di “fuoco incrociato”²¹ che, non solo funge da contraltare alla separazione fra proprietà e potere ma serve a garantire una sana e prudente gestione dell'impresa sociale, nell'interesse non solo dei soci e dei terzi che con la società entrano in rapporto, ma, in definitiva, anche del mercato e di qualsiasi interesse, anche esterno, che venga in rilievo²².

Per comprendere la portata del parametro di diligenza dell'amministratore di società nel nostro ordinamento è necessario premettere una breve analisi delle caratteristiche generali della responsabilità di essi e, specificamente, di alcune singole peculiarità che distinguono le diverse azioni con riferimento a tale canone di comportamento

Presupposto ineliminabile di ogni singola ipotesi di responsabilità è, infatti, un inadempimento dell'amministratore di società a singoli e specifici doveri ed obblighi ad essi imposti dalla legge o dallo statuto ovvero al generale dovere di agire con diligenza.

La condotta alla quale sono tenuti gli amministratori di una società di capitali, e la cui violazione può

20Il riferimento è all'azione di responsabilità individuale del socio o del terzo ex art. 2395 c.c. che attribuisce appunto al singolo socio o al terzo, che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, un'azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno.

21SPIOTTA, Responsabilità, in *Assemblea e Amministratori*, a cura di Cavalli, Torino, 2013, 788.

22PESCATORE, *L'impresa societaria a base capitalistica. Amministrazione e controllo*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2003, 300 e v. *Infra* Cap. V, Conclusioni.

determinare la responsabilità civile degli stessi, si trova nella prima parte dell'art. 2392 c.c., ove si stabilisce che gli amministratori di società devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze²³.

La norma, dunque, non si limita a rinviare ai doveri ed agli obblighi specificamente previsti dalla legge e dalle norme statutarie, ma contiene un *quid pluris*: un precetto di carattere generale che impone agli amministratori un dovere di diligenza.

Tale canone, come si specificherà meglio, integra una modalità di condotta che deve indirizzare l'intero agire gestorio, tanto nell'adempimento di doveri ed obblighi predeterminati, quanto nelle più problematiche fattispecie di atti gestori discrezionali degli amministratori.

23Nello specifico, il vigente testo dell'art. 2392 c.c., "Responsabilità verso la società" recita: "Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal 3 comma dell'art. 2381, sono solidalmente responsabili se essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La responsabilità per gli atti o le omissioni non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale".

Le singole disposizioni legali o statutarie non esauriscono, cioè, l'ambito dei doveri gravanti sugli amministratori; oltre ai doveri espressamente individuati dalla legge o dallo statuto, si rinvia, infatti, una vasta area di comportamenti e situazioni non predeterminati e non disciplinati espressamente dal legislatore, ai quali l'amministratore è comunque tenuto ad adempiere, conformando la sua condotta ai canoni della diligenza²⁴.

Ed è per tale motivo che “costruire” una sorta di standard o soglia di diligenza, cui l'amministratore è tenuto, si rivela di fondamentale importanza.

Pertanto, qui di seguito, ci si potrà limitare all'analisi di alcune sole caratteristiche generali e di talune peculiarità della responsabilità dell'amministratore, che abbiano un particolare collegamento al caso in cui, costui, violi il proprio dovere di diligenza nel compimento dell'atto gestorio.

I.4) Violazione del dovere di diligenza nelle azioni di responsabilità dell'amministratore.

La responsabilità degli amministratori è ricollegata all'inadempimento “dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”, secondo l'art. 2392 c.c., ovvero di “obblighi inerenti la conservazione dell'integrità patrimoniale”, a norma dell'art. 2394 c.c.; l'art. 2395 c.c., invece, aggiunge solamente l'elemento soggettivo del dolo e della colpa alla predetta violazione di doveri ed obblighi.

La dottrina, lo si è sopra accennato e si avrà modo di

²⁴Cass. 11 luglio 2008 n. 19235, in *Giur. it.*, 2009, 883; Cass. 23 marzo 2004 n. 5718, in *Soc.*, 2004, 1517.

tornare ampiamente sul tema²⁵, suole distinguere fra obblighi specificatamente posti dalle leggi o dallo statuto sociale ed il dovere generale di amministrare con diligenza la società (e, secondo certi Autori²⁶, di perseguire l'interesse sociale).

È importante osservare come, nel primo caso, l'affermazione della responsabilità sia facilitata, in quanto è sufficiente, per l'attore, allegare e far accertare in giudizio che l'amministratore non abbia tenuto il comportamento specificatamente imposto; nella seconda ipotesi, invece, bisognerà preliminarmente determinare quale fosse il comportamento che l'amministratore avrebbe dovuto tenere, proprio alla stregua del canone della diligenza richiesta²⁷.

In ogni caso, comunque, la responsabilità dell'amministratore discende dall'inosservanza di obblighi e doveri, specifici oppure generici, inerenti la propria carica²⁸.

Quello che cambia, dunque, è solo l'onere probatorio. E ciò, sia con riferimento alle diverse ipotesi di responsabilità (azione sociale, azione dei creditori sociali, azione dei singoli soci o terzi), sia con riferimento alla violazione di obblighi a contenuto specifico ovvero a contenuto generico.

Per quanto attiene alle diverse ipotesi di responsabilità, questa può essere di natura contrattuale (è il caso dell'azione sociale²⁹), extracontrattuale (tale è

25V. Infra Cap. II.4 e ss.

26In particolare, BONELLI, La responsabilità degli amministratori di società per azioni, Milano, 1992, 160.

27VIETTI, La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma, Op. cit., 211.

28SPIOTTA, Responsabilità, Op. cit., p. 788.

29Secondo l'interpretazione dominante, la responsabilità verso la

sicuramente l'azione spettante ai singoli soci o terzi direttamente danneggiati³⁰) o d'incerta natura (ossia l'azione spettante ai creditori sociali, che viene collocata in una sorta di zona grigia, anche se l'orientamento attualmente dominante, al quale si aderisce, ne riconosce natura extracontrattuale³¹).

In sostanza, dunque, nel caso dell'azione sociale di responsabilità, data la sua natura contrattuale, l'attore dovrà solo dimostrare l'esistenza di un danno al patrimonio sociale ascrivibile all'inadempimento dell'amministratore³²(semplicemente “allegando” l'inadempimento), sarà

società ha natura contrattuale dovendosi, comunque, distinguere tra chi ne ravvisa il fondamento nella disciplina inderogabile che regola il contratto di s.p.a., di cui gli amministratori sarebbero organo necessario di esecuzione, e chi nel “contratto di amministrazione” derivante dalla nomina assembleare seguita dall'accettazione dei nominati. In tal senso, VASSALLI, sub Artt. 2392 - 2393, in Comm. Nicolini, Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 676 e sulla natura contrattuale dell'azione sociale, in generale, v. per tutti, CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società, Milano, 2003, 36.

30BONELLI, La responsabilità degli amministratori di società per azioni, Op. cit., 452; FRE', Società per Azioni, Op. cit., 530

31Molti Autori non prendono posizione sul punto, limitandosi a richiamare il fatto che secondo alcuni si tratta di responsabilità extracontrattuale mentre, secondo altri, trattasi di responsabilità contrattuale, in questo senso v. DAL MORO-MAMBRIANI, Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. e s.r.l., in www.ordineavvocatimilano.it. Viene definita, da molti anni come responsabilità extracontrattuale da DI SABATO, Manuale delle società, Torino, 1999, 284; WEIGMANN, Op.cit., 218; FRANZONI, Gli amministratori e i sindaci, in Tratt. Galgano, Torino, 2002, 356.

32Cass. 09 febbraio 2004 n. 2387, in Giust. civ. Mass. 2004, 2; Cass. 03 luglio 2009 n. 15677, in Giust. civ. Mass. 2009, 7-8, 1033; Cass. 12 febbraio 2010 n. 3373, in Giust. civ. Mass. 2010,

onere dell'amministratore provare la non imputabilità a sé del fatto dannoso (in ossequio allo schema generale di cui all'art. 1218 c.c.)³³. Qualora, invece, l'azione contro gli amministratori sia promossa dai creditori sociali, questi (aderendo alla tesi della natura aquiliana) sono tenuti a dimostrare sia il dolo o la colpa degli amministratori, sia il collegamento fra la loro condotta e il pregiudizio che ne è derivato. Infine, nel caso di azione ex art. 2395 c.c., l'onere probatorio è ancora più rigoroso, poiché l'attore deve provare che è stato un determinato comportamento colposo o doloso degli amministratori, commesso nell'esercizio dell'ufficio, ad indurlo a compiere l'atto da cui, in via diretta, è scaturito il danno.

La prova dello specifico inadempimento (cioè dell'atto gestorio illegittimo compiuto od omesso) si atteggia in modo ulteriormente diverso con riferimento alla violazione di obblighi a contenuto specifico ovvero a contenuto generico³⁴.

Si ripresenta, prima facie, la tradizionale distinzione tra obbligazione di risultato e di mezzi: nelle obbligazioni di mezzi, infatti, la prestazione dovuta prescinde da un

2, 197; Cass 15 luglio 2011. n. 15659, in Giust. civ. Mass. 2011, 7-8, 1075, Cass. 20 gennaio 2015 n. 826, in Giustizia Civile Massimario 2015.

33Cass. 20 ottobre 2008 n. 25977, in Riv. Commercialisti, 2009, I, 148; Trib. Milano, 24 ottobre 2008, in Giust. Milano, 2008, 10, 70. In dottrina, BONELLI, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, Milano, 2004, 161 ss; RORDORF, La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte), in Le soc. 2008, 1193; SALAFIA, L'azione di responsabilità contro gli amministratori delle società di capitali, in Le soc., 2008, 162.

34JAEGER, DENOZZA, TOFFOLETTO, Appunti di diritto commerciale, 2010, Milano, 388.

particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto.

Questa distinzione tra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi, nell'ambito della responsabilità dell'amministratore di società, si fonda su una lettura diretta a valorizzare l'ultima parte del primo comma dell'art. 2392 c.c., secondo il quale “gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura *dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*”. Si è ritenuto, infatti, che l'obbligo di diligenza, che alla lettera è riferito all'adempimento degli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto, determini, in realtà, un'autonoma obbligazione di amministrare con diligenza, per tutti quegli atti gestori da dover compiere, senza che essi siano specificamente predeterminati dalla legge o dallo statuto.

In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obligatione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi³⁵.

Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che interessa, e che è oggetto dell'obbligazione, è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza, in questi casi, opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in

35Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577 in Resp. Civ. e Prev., 2008, 4, 849; Cass., S.U., 29 luglio 2005, n. 15781 in www.altalex.com.

altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligatione³⁶.

Pertanto, nel primo caso (obbligazione generica - obbligazione di mezzi), l'onere della prova della non diligenza dell'amministratore è in capo alla società (o all'attore in generale), che dovrà allegare il comportamento dell'amministratore reputato negligente e provare che esso, avuto riguardo alla circostanze del singolo caso, possa essere considerato inadempimento al generale dovere di amministrare con diligenza³⁷ e con lealtà³⁸.

Nel secondo caso (obbligazione specifica-obbligazione di risultato), all'attore basterebbe allegare l'inadempimento all'obbligo specifico di risultato e sarà l'amministratore a dover provare il proprio comportamento

36Partendo da queste basi, la giurisprudenza ha affermato che, in via di principio, il professionista risulterà responsabile dell'inadempimento del proprio obbligo di mezzi solo nel caso in cui il cliente riesca a dimostrare che egli non ha fatto tutto il necessario per realizzare lo scopo perseguito dal cliente, cioè in base al confronto tra quanto non si è raggiunto e ciò che invece, osservando le regole tecniche della professione e prestando l'attenzione dovuta, si sarebbe potuto conseguire. Cfr. Cass., 18 aprile 2007, n. 9238 in www.altalex.com. (secondo la quale incombe sul cliente, il quale assume di avere subito un danno, l'onere di provare la difettosa od inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa od inadeguata prestazione professionale ed il danno), nonché Cass. 05 agosto del 2013 n. 18612 in *Giustizia civile*, massimario, 2013, Tribunale di Milano 01 dicembre 2014 n. 14260 in www.deiure.it, Cass. 08 settembre 2015 n. 17758 in *Diritto e Giustizia*, 2015.

37BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Op. cit. 1985, 165 e Cass. 17 gennaio 2007 n. 1045 in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 1.

38Trib. Milano, 1 ottobre 2011, in *Soc.*, 2011, 1475.

diligente, e quindi che l'evento dannoso era fuori dalla sua sfera di controllo e quindi da lui non evitabile.

Da quanto sin qui detto sembrerebbe, dunque, che questa distinzione tra obbligazioni di risultato (ovvero gli obblighi specifici) ed obbligazioni di mezzi (ovvero gli obblighi generici) sia netta e sempre ben distinta³⁹.

³⁹È opportuno precisare, tuttavia, che tale distinzione a ben vedere non è così netta neanche in dottrina e giurisprudenza, laddove, soprattutto negli ultimi anni in alcune attività professionali, prima tra tutte quella medica, si è detto che per determinate operazioni c.d. routinarie lo scarto tra le due ipotesi può ridursi, fino quasi a scomparire. In tali casi l'obbligazione a carico del professionista scivola verso l'obbligazione di risultato e, il mancato raggiungimento del risultato fa presumere la mancata diligenza del professionista, che dovrà quindi provare l'intervento di una causa sopravvenuta che ha reso impossibile adempiere diligentemente alla prestazione dovuta. CATALDI, *La responsabilità professionale del medico*, Bologna, 2006, cap. IX; BARALE, La responsabilità del chirurgo estetico, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005, 1359. Al riguardo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione 11 gennaio 2008 n. 577, in Resp. Civile e prev., 2008, 4, 849, hanno affermato che la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato deve ritenersi superata nonché, a ben vedere, priva di riscontri normativi: tutte le obbligazioni contrattuali implicano un risultato, comprese le obbligazioni professionali, complesse o semplici che siano. Sarà, dunque, onere del socio, creditore o terzo danneggiato: allegare l'inadempimento dell'amministratore, provare il danno patito e provare il nesso causale tra quest'ultimo e l'inadempimento; sarà invece onere del medico provare che non vi è stato inadempimento e che i danni lamentati sono stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile ovvero provare che, pur essendovi stata una sua condotta inadempiente, essa non è stata causa del danno lamentato e quindi non sussiste nesso causale tra condotta del debitore e pregiudizio del creditore. In realtà, benché auspicata dalla dottrina e dalla giurisprudenza la distinzione tra le due tipologie di obbligazioni ed il relativo

Con la conseguenza che la prova dell'inadempimento e, quindi, del comportamento illegittimo, attivo o omissivo, se si denuncia la violazione di obblighi a contenuto specifico si estrinseca nella semplice allegazione del risultato che doveva essere raggiunto mediante un certo atto dovuto e che non è stato raggiunto; quando ad essere invocata dall'attore è la violazione di un obbligo a contenuto generico (e nel nostro caso, del dovere di diligenza), occorrerà la preventiva individuazione ed allegazione del modello astratto di comportamento diligente cui avrebbe dovuto uniformarsi la condotta dell'amministratore, al quale si imputa la difforme (e negligente) condotta in concreto tenuta.

In realtà, il canone della diligenza viene in rilievo non solo per permettere di individuare il comportamento "corretto", benché discrezionale, che l'amministratore avrebbe dovuto tenere nel suo agire gestorio, bensì in tutti gli atti che egli compie durante la sua gestione societaria, qualsiasi sia la classificazione definitiva che gli si voglia dare, di modo che il predetto canone assuma la valenza di criterio di specificazione del "come" agire in ogni adempimento e, in sostanza, del "come" ben amministrare: diligentemente e, conseguentemente, correttamente ed efficacemente.

In dottrina, infatti, ci si chiedeva se la diligenza costituisca il metro di valutazione della condotta degli amministratori ovvero il vero e proprio oggetto della loro condotta: nel senso, cioè, che l'amministratore assuma specificamente l'obbligazione di agire con diligenza⁴⁰.

onere probatorio continua ad essere presente nella maggioranza delle pronunce giurisprudenziali, soprattutto in tema di responsabilità dell'amministratore di società.

40PETTERUTI, La responsabilità degli amministratori di società,

La Corte di Cassazione ha ritenuto che, proprio in considerazione della natura dell'attività dell'amministratore, che non si perfeziona attraverso il compimento di un unico atto giuridico, ma costituisce l'insieme di atti, negozi e fatti in relazione ai quali non sempre è agevole individuare le specifiche regole di condotta alle quali è chiamato ad attenersi nello svolgimento della sua attività, la diligenza abbia la funzione di specificare le regole di condotta alle quali l'amministratore è chiamato ad uniformarsi⁴¹.

Si è, dunque, recentemente ribadito che la responsabilità gestoria è sempre collegata, in generale, ad un'obbligazione di mezzi, parametrata alla diligenza dei singoli comportamenti degli amministratori nel compimento dei diversi atti e non ai risultati complessivi della gestione⁴².

Il rispetto delle regole, anche tecniche e non solo giuridiche, di buona gestione è oggi, un comportamento doveroso, e come tale è riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità.

Anche in virtù di quanto esposto nel presente

in www.cameracivilecassino.it

41Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in Foro It. 2005, I, 1844.

42Trib. Milano, 24 giugno 2011, n. 10697, in Soc., 2011, 1343 specifica che “Quando i comportamenti tenuti dagli amministratori non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto, e l’obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di *lealtà (...)* o dal dovere di *diligenza, consistente nell’adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali loro affidati, l’illecito è integrato dal compimento dell’atto in violazione di uno dei menzionati doveri. In tal caso l’onere della prova dell’attore non si esaurisce nella prova dell’atto compiuto dall’amministratore, ma investe anche quegli elementi del contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione dei doveri di lealtà e diligenza”*

capitolo introduttivo, si potrà arrivare a sostenere⁴³ che, quindi, i principi di sana e prudente gestione “escono” dai confini della pura tecnica aziendalistica, superando i confini dei settori vigilati (primo tra tutti quello bancario, ma anche quello assicurativo, e quello delle società quotate) e si estendono a tutte le società di capitali.

La Suprema Corte, peraltro, non ha mancato di sottolineare (e questo è l'orientamento tendenzialmente seguito dalla maggior parte dei giudicanti) che, in ogni caso, è fondamentale (ed è qui che la ricerca e l'esplicazione di un canone di diligenza che sia più specifico e standardizzato possibile gioca un ruolo di prim'ordine) individuare con precisione, fin dall'atto introduttivo del giudizio, la causa petendi ovvero l'indicazione dei comportamenti degli amministratori asseritamente contrari ai doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto (indipendentemente, dunque, che si tratti di un'azione sociale o di un'azione dei creditori sociali o di singoli soci e terzi ma anche indipendentemente, che si classifichi l'obbligazione come di risultato o di mezzi).

Non basta, dunque, invocare genericamente il compimento da parte dell'amministratore di atti di mala gestio; serve invece “l'indicazione di ben individuati comportamenti illegittimi, attivi o omissivi, imputati dall'attore agli amministratori della società”⁴⁴.

L'applicazione pratica di tutto questo schema, già di per sé non piuttosto facile da enunciare, è ovviamente fonte di problemi complessi, in sede giudiziale e dottrinale, quando si tratta di definire cosa sia e cosa non sia il corretto agere amministrativo; di qui la preoccupazione,

43Vedi Infra Cap. V Conclusioni

44Cass. 27 ottobre 2006 n. 23180, in Foro it., 2007, I, 327.

sempre più avvertita⁴⁵, di dare al concetto della diligenza un contenuto più specifico, pregnante e standardizzato senza, tuttavia, invadere illegittimamente la sfera discrezionale della decisione imprenditoriale insindacabile, ma senza nemmeno lasciare impregiudicati comportamenti negligenti, che sarebbero da punire e che tentano di nascondersi dietro lo schermo della c.d. Business Judgement Rule⁴⁶.

I.5) Il numero crescente di azioni di responsabilità esercitate nei confronti degli amministratori di società e gli orientamenti della giurisprudenza sul tema della diligenza esigibile da essi.

Si è detto poc'anzi che l'individuazione e l'approfondimento degli aspetti più salienti riguardanti il dovere di diligenza cui sono tenuti gli amministratori di società, oltre a contribuire quanto meno a livello teorico ad una buona gestione della società da parte degli amministratori stessi, si dimostra di grande utilità per tutti quei casi in cui viene in rilievo la problematica di capire se, nel caso specifico, si è di fronte a casi di responsabilità dell'amministratore di società, a seguito della sua violazione.

Nel corso degli anni, infatti, gli orientamenti della giurisprudenza sul punto hanno seguito direzioni completamente opposte e, ancor oggi, capita che vengano poste in risalto pronunce completamente discordanti sul tema e tali, pertanto, da generare confusione a discapito della certezza del diritto.

In Italia, la maggioranza e, negli anni scorsi quasi la totalità, delle azioni di responsabilità nei confronti degli

45SPIOTTA, Responsabilità, Op. cit., p. 885.

46Sulla specificazione di tale principio si rinvia al Cap. III.6.

amministratori viene esercitata solo nei casi in cui la società sia stata dichiarata fallita: situazioni in cui la legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità si trasferisce in capo al curatore, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto di cui agli artt. 2395 bis c.c. e art. 146 L.Fall.

Nel sistema giuridico italiano, infatti, a differenza di quanto accade negli ordinamenti stranieri, e sino all'estensione operata con la riforma del 2003, l'azione sociale di responsabilità trovava avvio esclusivamente con il pronunciamento favorevole della maggioranza dei soci riuniti in assemblea: il che, stante il legame intercorrente tra gli amministratori (soggetti passivi dell'ipotetica iniziativa assembleare) e l'assemblea (che li aveva in precedenza nominati), era fattore “frenante” dell'iniziativa⁴⁷.

Era raro, pertanto, che l'assemblea deliberasse l'azione di responsabilità contro gli amministratori: questi ultimi, infatti, sono in genere legati in vari modi alla maggioranza assembleare che li ha nominati, che spesso non è estranea alle loro violazioni e che, quindi, per lo più non intende agire in responsabilità contro i propri amministratori⁴⁸.

Per non parlare del danno all'immagine della società

47BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, *Op. cit.*, 1992, secondo cui “è raro che l'assemblea deliberi l'azione di responsabilità contro gli amministratori, questi ultimi infatti, sono in genere legati in vari modi alla maggioranza assembleare che li ha nominati, che spesso non è estranea alle loro violazioni, e che – quindi – per lo più non intende agire in responsabilità contro i propri amministratori”.

48ARATARI-IANNACONE, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2014, 68.

che può derivare dall'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e che induceva (ed induce) le maggioranze assembleari a particolare cautela nell'esercizio della detta azione.

All'interprete, pertanto, si presentano all'analisi scarsi casi, negli anni passati, di ricorso all'azione di cui all'art. 2393 c.c.; tuttavia, da una sommaria osservazione di tali fattispecie, emerge la circostanza che i Tribunali si sono dimostrati completamente riluttanti all'affermazione di una responsabilità dell'amministratore di società per la violazione del generale canone di diligenza, in quanto, tali condotte degli amministratori venivano ritenute riconducibili al merito della gestione e, pertanto, insindacabili⁴⁹.

L'applicazione del previgente art. 2392 c.c. tendeva, quindi, ad essere ristretta al campo delle violazioni di specifici obblighi di comportamento in quanto, si diceva, “il timore di scivolare su di un controllo di merito della gestione”⁵⁰ è immanente, atteso che il giudice, investito dell'esame di un'azione sociale di responsabilità, non può sindacare il merito degli atti o fatti compiuti dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio; non può, cioè, giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità e convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe ex post il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato. L'organo giudicante deve, invece, “accertare e valutare se gli amministratori abbiano violato l'obbligo di adempiere i

49Sull'insindacabilità delle scelte gestorie discrezionali v. in particolare infra Cap. III.6.

50SILVETTI E CAVALLI, Le società per azioni, in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi, Torino, 1983, 799.

doveri ad essi imposti dalla legge e dell'atto costitutivo con la diligenza del mandatario”⁵¹.

In quei pochi casi in cui la giurisprudenza ha affermato la responsabilità per violazione dell'obbligo generale di amministrare con diligenza, essa non ha svolto un sindacato sulla cattiva gestione alla stregua di regole tecniche o di criteri economici di opportunità e convenienza in relazione al settore di attività dell'impresa considerata, ma si è limitata, soltanto, a rilevare ipotesi di colpe gravi e macroscopiche, dovute ad evidente inesperienza o a spaventosa incapacità commerciale ed amministrativa, oppure ha considerato le scelte di gestione manifestamente irragionevoli come idonee, assieme eventualmente ad altre circostanze, a far presumere la violazione dell'obbligo di amministrare con diligenza⁵².

Il legislatore è da ultimo intervenuto con il nuovo art. 2393 bis c.c., introdotto con il dlgs. n. 6 del 2003, di attuazione della legge delega per la riforma del diritto societario, intitolato “Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci”, in tal modo, in conformità alle istanze formulate da quasi cinquant'anni da molti studiosi, si è avuta un'estensione applicativa dell'azione prevista dall'art. 2393 c.c. a favore delle minoranze sociali e, correlatamente, un incremento di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società⁵³.

La disciplina di questa azione della minoranza è lungi dall'essere completa e soddisfacente, è comunque

51Cass. 12 novembre 1965 n. 239 in Giur. it., 1966, I, 401.

52Sul punto v. BONELLI, La responsabilità dell'amministratore di società per azioni, Op. cit., 365; in cui la casistica viene ampiamente riportata e CAMPANA, La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali, in Nuova giur. Civ. Comm., 2000, 225 .

53V. anche Supra Cap. I.3.

importante il fatto che la legge preveda, oggi, che l'azione sociale di responsabilità possa essere esercitata anche dalla minoranza mentre, nel passato, quest'ultima doveva assistere impotente alle violazioni degli amministratori nominati dalla maggioranza, senza essere legittimata all'esercizio di tale azione

Il dato più rilevante, da tenere in considerazione, riguarda sicuramente il numero delle imprese “in crisi”, nel corso degli anni in continuo aumento, il quale ha fatto sì che, parallelamente, incrementassero in maniera esponenziale le procedure concorsuali nei confronti di tali imprese, e quindi, le azioni di responsabilità esercitate dalle società, dai creditori sociali, dai soci, dai terzi e, soprattutto, per loro conto, dai curatori fallimentari nei confronti degli amministratori e liquidatori delle società medesime.

Di pari passo con l'aumento delle azioni di responsabilità, che vedono legittimati passivi i diversi amministratori d'impresa, solitamente in crisi, si è assistito, altresì, ad un ribaltamento dell'orientamento sopra detto e, quindi, a pronunce sempre maggiori di condanna nei confronti degli amministratori medesimi.

I Giudici, infatti, hanno col tempo ampliato le ipotesi per cui affermare la responsabilità degli amministratori e sono giunti, nella quasi totalità dei casi, ad una condanna dell'amministratore di società per la violazione del generale dovere di diligenza nel compimento dell'atto gestorio, o dell'insieme degli atti gestori, posti alla valutazione dei Tribunali.

Sul punto, anticipando ciò che si andrà adeguatamente ad esporre nel prosieguo, possiamo infatti affermare che oggi, qualsiasi scelta di gestione, anche discrezionale e come tale insindacabile dal giudice nel merito, potrebbe essere fonte di responsabilità degli

amministratori, qualora questi l'abbiano adottata senza predisporre le opportune misure e cautele, che l'obbligo di diligenza impone necessariamente di adottare⁵⁴.

Ne consegue che, per andare esenti da responsabilità, gli amministratori non possono limitarsi a provare di non avere violato alcuno specifico obbligo di legge o di statuto, ma devono provare di aver adottato in concreto, ed in ogni atto gestorio, una condotta che possa definirsi diligente.

Questi dati, brevemente sintetizzati, e la considerazione che “la piena valorizzazione dell'imprenditorialità non può prescindere dalla rimozione di tutte quelle incertezze normative che, aggiungendosi alla normale alea dell'iniziativa economica, condizionano le scelte imprenditoriali, accrescendone la complessità e la *rischiosità*”⁵⁵ impongono di svolgere, nei successivi capitoli della presente ricerca, i doverosi approfondimenti che porteranno a riempire di contenuto il concetto della diligenza che “può essere richiesta” all'amministratore di società, affinché costui possa essere considerato adempiente al proprio generalissimo dovere di essere un buon amministratore, gestendo la società in modo corretto ed efficiente.

I.6) La sentenza n. 1402 del 2012 della Corte d'Appello di Brescia. Spunti per una ricerca.

In netto contrasto con l'attuale orientamento giurisprudenziale e dottrinale e con l'intenzione del legislatore stesso, che tende a responsabilizzare sempre di più l'amministratore di società, si pone una recente

54ASSONIME, Scelte gestionali e diligenza degli amministratori, 2009, in www.ilcaso.it

55CAMPANA, La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali, Op. cit., 215.

sentenza, dalla quale, peraltro, ha preso le mosse la presente ricerca.

È necessario precisare che, benché non si tratti di una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, la decisione che si riassume nel presente paragrafo si è rivelata interessante da analizzare per la sua “singolarità” all'interno di quello che abbiamo detto essere il panorama giuridico attuale. Inoltre, tale pronuncia ci dimostra ancor meglio l'esigenza di uniformare il concetto di diligenza dell'amministratore nel nostro ordinamento.

Si tratta della sentenza della Corte d'Appello di Brescia⁵⁶ secondo cui l'amministratore e/o liquidatore di una società non deve essere ritenuto responsabile per non avere intrapreso un'azione giudiziaria necessaria, in quanto, costui, è tenuto ad osservare i doveri imposti dalla legge e dallo statuto e, quindi, a garantire il patrimonio sociale e ad indirizzare l'attività economica nel modo più idoneo a realizzare l'interesse della società e non, anche, ad avere delle specifiche competenze tecniche in materia giuridica e fallimentare.

Per comprendere al meglio le motivazioni e la portata di tale statuizione pare imprescindibile una sintetica analisi della sentenza in commento e, prima ancora, della sentenza del primo grado di giudizio.

In primo grado il Tribunale di Cremona⁵⁷ aveva, al contrario, enunciato il principio secondo cui dovesse essere affermata la responsabilità dell'amministratore (e liquidatore) di società per non aver intrapreso una doverosa azione giudiziaria, il cui esito doveva ritenersi certo, in quanto il suo obbligo specifico di conservazione

56Corte di Appello di Brescia, 21 novembre 2012 n. 1402 in www.ildirittodegliaffari.it.

57Tribunale di Cremona 21 settembre 2010 n. 474, inedita.

del patrimonio sociale gli imponeva di proporla.

Il giudizio prendeva le mosse dall'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare della società Alfa⁵⁸, ai sensi dell'art. 146 comma II L.Fall., nei confronti di Tizio, nella sua qualità di amministratore unico e liquidatore della medesima società, per sentirlo condannare al risarcimento dei danni subiti dalla società e dai creditori sociali.

Nello specifico, veniva richiesto al Tribunale di Cremona di affermare la responsabilità dell'amministratore Tizio, per i danni occorsi alla società Alfa ed ai creditori sociali della medesima società, sia per non aver richiesto l'ammissione in prededuzione dei crediti maturati dalla società Alfa, nel periodo in cui questa era in bonis, nei confronti della società Beta fallita, sua creditrice; sia per non aver successivamente proposto opposizione allo stato passivo del fallimento di Beta che ammetteva i crediti vantati da Alfa al chirografo e non in prededuzione.

Il Tribunale di Cremona, rilevata l'indiscutibile prededucibilità dei crediti insinuati al passivo di Beta, riteneva infondata la prima contestazione rilevando che l'amministratore Tizio, in realtà, ne aveva chiesto la prededuzione.

La seconda contestazione, veniva ritenuta fondata e meritevole di accoglimento in quanto Tizio, non avendo proposto opposizione allo stato passivo per ottenere la prededuzione dovuta, ad avviso del Tribunale, aveva violato in tal modo il proprio obbligo specifico di conservazione del patrimonio sociale che, in questo caso, gli imponeva di proporre la predetta opposizione allo stato passivo.

Sulla scorta di tali considerazioni il Tribunale di

⁵⁸Si specifica che i nomi Alfa, Beta, Tizio sono di pura fantasia.

Cremona condannava, pertanto, l'amministratore e liquidatore della società Alfa a risarcire il danno subito, liquidandolo nella differenza tra la somma ricevuta dal fallimento Beta, quale creditore insinuato al chirografo, e quella che sarebbe spettata ad Alfa se fosse stata fatta opposizione allo stato passivo e fosse stata riconosciuta la predeuzione dei crediti in questione.

Specificano i Giudici cremonesi, il presupposto dell'azione sociale è la sussistenza di un danno prodotto alla società stessa da ogni inadempimento dell'amministratore che ha violato i doveri ad esso imposti dalla legge e dell'atto costitutivo ovvero inerenti all'adempimento delle sue funzioni con la diligenza richiesta.

La sentenza del Tribunale di Cremona veniva appellata da parte dell'amministratore condannato in primo grado, il quale censurava la ritenuta sussistenza di una propria responsabilità ex art. 146 comma II Legge Fall., sostenendo di non dover essere ritenuto responsabile, per non avere violato alcun obbligo giuridico su di lui incombente ed aver, invece, solamente compiuto una scelta inopportuna, ma pur sempre discrezionale.

L'amministratore asseriva, inoltre, che, quand'anche fosse stata proposta opposizione allo stato passivo non vi sarebbe alcuna certezza che questa sarebbe stata accolta.

Secondo il giudice d'Appello le motivazioni addotte dall'appellante sono fondate.

La Corte condivide, inoltre, l'orientamento secondo cui l'azione esercitata dal curatore fallimentare ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, pertanto, chi la promuove deve provare tre elementi: la violazione di un obbligo dell'amministratore, il danno verificatosi ed il nesso causale tra detta violazione e il danno.

Spetta, invece, all'amministratore dimostrare la non

imputabilità a sé del fatto dannoso, ovvero, secondo le regole generali del nostro ordinamento in tema di onere della prova, costui dovrà dimostrare di aver osservato ed adempiuto agli obblighi a lui imposti⁵⁹.

Compite tali premesse, si trattava di verificare, ad avviso della Corte d'Appello di Brescia, se l'omissione dell'impugnazione dello stato passivo integrasse una violazione degli obblighi facenti capo all'amministratore di società e, esattamente, dell'obbligo di diligenza.

Sul punto, i giudici d'Appello ritengono che, in linea generale ed astratta, gli amministratori sono tenuti al generale ed indeterminato obbligo di gestire il patrimonio sociale e di indirizzare l'attività economica nel modo più idoneo a realizzare l'interesse della società.

Tale obbligo indeterminato è, in realtà determinabile mediante il ricorso alla clausola generale sulla modalità del loro agire gestorio ovvero sia l'osservanza della diligenza del mandatario; nonché mediante l'indicazione dell'obiettivo cui l'azione amministrativa deve tendere e cioè la “massimizzazione dell'utile aziendale”.

Per quanto concerne la clausola generale della diligenza, la Corte precisa che essa debba essere parametrata: soggettivamente, alla professionalità dell'amministratore, mentre, oggettivamente, al caso concreto.

Tuttavia, specifica la Corte d'Appello, il giudizio sul grado di diligenza deve essere effettuato in via preventiva e non successiva; le circostanze soggettive ed oggettive da tenere in considerazione per effettuare tale giudizio, sono quelle esistenti nel momento in cui l'amministratore pone

⁵⁹Sul punto la stessa Corte d'Appello richiama espressamente le sentenze Cass. 29 ottobre 2008 n. 25977 in www.ilcaso.it e Cass. 11 novembre 2010 n. 22911 in Resp. Civ. Prev., 2011, 2045.

in essere l'atto che ha determinato il pregiudizio.

Posto ciò, secondo i Giudici dell'appello, l'amministratore sarà chiamato a rispondere del danno provocato solo allorquando si accerti l'avvenuta omissione di quelle cautele, verifiche ed informazioni preventive che sono da ritenersi normalmente necessarie per assumere scelte gestionali di quel determinato tipo ed in quelle circostanze.

Nel caso di specie, pertanto, secondo la Corte d'Appello occorre chiedersi se l'amministratore, con la diligenza del mandatario parametrata alle caratteristiche sopra esposte dovesse e potesse rendersi conto che la decisione del giudice fallimentare fosse sbagliata e che, pertanto, l'opposizione allo stato passivo avrebbe avuto un sicuro margine di fondatezza.

Sulla scorta di tali premesse, secondo i giudici di secondo grado, la scelta dell'amministratore e liquidatore Tizio di non fare opposizione allo stato passivo della società Beta non aveva violato gli obblighi di diligenza dell'amministratore, in quanto, ad avviso dei giudici di seconde cure: 1) la scelta di impugnare un provvedimento giurisdizionale essendo una facoltà e non un obbligo, rientra tra le scelte gestionali discrezionali dell'amministratore di società; 2) all'amministratore non possono essere chieste particolari competenze in campo giuridico e fallimentare, ma solo di gestione dell'impresa; 3) l'esito positivo dell'impugnazione non poteva a priori ritenersi certo.

Sulla base di tali motivazioni, dunque, la Corte d'Appello di Brescia accoglieva l'appello proposto dall'amministratore e liquidatore della società Alfa, respingendo l'azione di responsabilità esercitata nei suoi confronti dalla curatela fallimentare della società medesima.

Riassumendo, possiamo sostenere che, secondo l'orientamento della Corte d'Appello di Brescia, l'amministratore e liquidatore di una società non deve essere ritenuto responsabile per avere, o non avere, intrapreso un'azione giudiziaria non necessaria, o necessaria, in quanto: “l'impugnazione di un provvedimento giurisdizionale rientra nell'ambito discrezionale delle scelte gestionali, trattandosi di facoltà ma non certo di obbligo positivo, poiché l'esito positivo dell'impugnazione non poteva a priori ritenersi certo e poiché al liquidatore non possono essere richieste particolari competenze in campo tecnico giuridico e fallimentare, ma solo di gestione dell'impresa”.

È evidente, anzitutto, che tale principio appare in netto contrasto con la giurisprudenza consolidata che tende ad ampliare sempre di più i profili di responsabilità dell'amministratore di cui agli articoli 2392 e seguenti, anche e soprattutto con riferimento al concetto di diligenza dell'amministratore di società. Ma l'aspetto più significativo di questa pronuncia è, in verità, un altro.

Essa appare largamente illogica in quanto pur operando, nei diversi passaggi motivazionali, delle considerazioni esatte ed ormai assodate, frutto della copiosa e consolidata opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza fino ai giorni nostri⁶⁰, arriva inaspettatamente alla decisione di assolvere l'amministratore di società, in sostanza non tenendo in considerazione gran parte di quanto poco prima affermato dai Giudici stessi.

La Corte di Cassazione, lo si è già esposto e lo si

⁶⁰La questione verrà ampiamente approfondita nel prosieguo, vedi infra Cap. III

capirà meglio nel prosieguo⁶¹, nelle sue pronunce ribadisce, infatti, che il sistema della responsabilità degli amministratori di società per azioni, delineato dal codice civile dopo la riforma del 2003, si sviluppa su un doppio binario⁶²: non più solo la violazione degli obblighi che hanno un contenuto specifico, già delineato dalla legge e dallo statuto, ma anche l'inadempimento all'obbligo generale di amministrare con diligenza.

È ormai pacifico che qualsiasi scelta di gestione, anche discrezionale e quindi insindacabile nel merito⁶³, possa essere fonte di responsabilità degli amministratori se questi l'abbiano compiuta senza la dovuta diligenza ovvero senza adottare le opportune misure e cautele per evitare un pregiudizio alla società.

Ciò non significa, lo si capirà, che vengano sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentino profili di alea economica superiori alla norma, vuol dire, invece, che resta sempre valutabile il profilo della diligenza dell'amministratore mostrata da costui nell'apprezzare, preventivamente, i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti, ampiamente prevedibili.

I.7) Indicazione delle linee di ricerca.

Alla luce di tutto quanto esposto nel presente capitolo introduttivo sul tema della diligenza che “può essere richiesta” all'amministratore di società e di banca, anche e soprattutto in virtù delle pronunce giurisprudenziali più significative sul punto, due domande sorgono spontanee:

61Cfr capitolo II.4.

62Cass., 11 marzo 2011, n. 5876, in Giust. Civ. Mass., 2011, 399.

63Sulla base del noto principio della Business Judgement Rule.

1) All'amministratore di società, che non abbia le specifiche competenze in un determinato ambito, può imporsi di essere perito in ogni materia su cui è chiamato ad agire nella gestione societaria, in virtù della sua qualifica?

2) L'invocare la mancanza di specifiche competenze in un determinato ambito, può valere ad escludere a priori la responsabilità dell'amministratore per quei danni, magari anche ingenti, che sono occorsi alla società e/o ai creditori sociali, singoli soci o terzi, a seguito di quell'azione o omissione, che li ha cagionati?

Per cercare le risposte a tali quesiti è ora necessario procedere ad un'analisi più dettagliata dei singoli aspetti che ruotano intorno al concetto di diligenza dell'amministratore di società.

Tale disamina permetterà (nel modo che si spera possa essere più logico possibile) di riempire di contenuto il predetto parametro comportamentale e di rispondere così alle predette domande.

CAPITOLO SECONDO
IL DOVERE
DELL'AMMINISTRATORE DI
GESTIRE LA SOCIETÀ E
PERSEGUIRE L'INTERESSE
SOCIALE

II.1) Introduzione.

Gli obblighi posti in capo agli amministratori, che ci si accinge ad analizzare dettagliatamente, rappresentano, in realtà, un'articolazione e una specificazione del più generale potere e dovere di gestire correttamente la società ex art. 2380 bis c.c., e a quest'ultimo sono, pertanto, riconducibili⁶⁴.

Anche l'obbligo di diligenza, dunque, ne è una specificazione.

Parallelamente si deve constatare che, nell'ordinamento giuridico italiano la disciplina della responsabilità degli amministratori di società, conseguenza della violazione dei predetti obblighi di corretta gestione societaria, è tradizionalmente considerata principio fondamentale ed essenziale del sistema societario.

Si rinviene, infatti, nella responsabilità dell'organo amministrativo un baluardo insuperabile posto a tutela del generale interesse ad una corretta gestione societaria che, come abbiamo visto nel precedente capitolo⁶⁵, coinvolge non solo i soci, come soggetti direttamente interessati alla gestione del patrimonio sociale, ma anche i creditori

64TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Milano, 2008, 12.

65V. Supra Cap. I.4.

sociali, i terzi e più in generale il mercato⁶⁶.

Nell'introduzione della presente ricerca, si è già accennato all'importanza rivestita dall'obbligo di diligenza, posto in capo all'amministratore, ai fini di una corretta ed efficiente gestione della società.

Per tali motivi, pare opportuno, prima di descrivere quando una gestione amministrativa possa definirsi diligente (e quindi corretta ed efficiente), approfondire quale sia il concetto stesso di gestione societaria, la cui disposizione codicistica principale è l'art. 2380 bis c.c.

II.2) L'esclusività del potere - dovere di gestione in capo agli amministratori.

Il legislatore ha costruito un sistema di amministrazione e di controllo ai fini di una migliore operatività sotto l'aspetto della gestione aziendale. Nello specifico, la s.p.a. ha a disposizione tre modelli: quello tradizionale, il dualistico ed il modello monistico. Qualunque sia il modello adottato, gli organi societari del predetto sistema sono l'assemblea, l'organo amministrativo e l'organo di controllo.

Secondo il nostro Codice Civile, agli amministratori, in generale, spetta la gestione della società (art. 2380 bis c.c.) e, indipendentemente dalle funzioni specifiche svolte, è sancita una loro responsabilità solidale di verso essa (art. 2392, comma primo, seconda parte, c.c.)⁶⁷.

66TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Op. cit, 4.

67In verità la responsabilità solidale degli amministratori di società, benchè ancora espressamente prevista dal nostro codice civile è spesso considerata insoddisfacente, contraddittoria e, soprattutto, viziata nell'applicazione che ne fa la giurisprudenza maggioritaria che, troppo spesso, non tiene in considerazione l'esistenza della "delega" e della corrispondente esclusione della

Principio cardine del sistema è quello per cui nella società per azioni la funzione gestoria è esercitata dagli amministratori, i quali hanno il compito di svolgere ogni operazione utile ai fini dell'attuazione dell'oggetto sociale⁶⁸. Si osserva, infatti, come il primo comma dell'art. 2380 bis c.c. contribuisca alla definizione del contenuto stesso dell'attività di gestione, chiarendo che essa si sostanzia nel compimento di tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale⁶⁹.

È evidente, pertanto, che gli amministratori ricoprono un ruolo primario nell'economia della struttura corporativa dell'ente, di cui rappresentano un tassello indefettibile⁷⁰.

Diversamente da quanto accade nella società a responsabilità limitata, nella quale l'ingerenza dei soci nelle decisioni amministrative può ritenersi in qualche modo fisiologica⁷¹, con riguardo al modello azionario l'art.

solidarietà in presenza di essa, di modo che ogni amministratore deve rispondere, a seguito della Riforma, solo ed esclusivamente dei danni causati dalle sue violazioni. BONELLI, *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 171 e, ampiamente sul tema, VIETTI, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controllo*, Milano, 2014, 351.

68AIELLO, *Gli amministratori di società per azioni*, in *Trattato di Diritto Privato*, Tomo VI, diretto da Rescigno, Milano, 2013, 4.

69ABRIANI, Sub. Art. 2380 bis, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 671.

70Si è rilevato che l'ente non può esistere e neppure operare in mancanza dell'organo amministrativo, FRANZONI, *Società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1 disposizioni generali. Degli amministratori*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 2008, 5.

71AIELLO, *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l. reciproche interferenze tra tipi societari*, Bologna, 2012,

2380 bis, comma primo, c.c., introdotto con il dlgs. 17/01/2003 n. 6, prescrive che la gestione spetta agli amministratori in via esclusiva⁷², con conseguente rafforzamento della centralità delle loro prerogative, a discapito delle competenze assembleari⁷³.

Questa disposizione, pertanto, chiude il processo di ribaltamento dei ruoli degli amministratori e dell'assemblea, connesso alla stessa evoluzione del capitalismo e iniziato a livello legislativo con il codice del 1942, che ha portato la seconda a perdere ed i primi ad acquisire una competenza generale con riguardo al governo delle società; secondo un celebre Autore, infatti, “l'asse dei rapporti di forza si è progressivamente spostato dall'assemblea agli amministratori”⁷⁴.

Nel vigore della disciplina del 1942 i poteri dei due organi (assemblea e amministratori) erano suscettibili di significative sovrapposizioni, in ragione dell'abbondanza degli episodi nei quali i soci potevano essere chiamati a pronunciarsi in via preventiva, sull'opportunità di compiere determinate operazioni⁷⁵.

Benché già la disciplina previgente attribuisse i poteri gestori agli amministratori, questa regola andava temperata con il vecchio art. 2364, comma primo, n. 4, c.c., il quale stabiliva che l'assemblea ordinaria deliberava, tra l'altro, “sugli oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo,

209 ss.

72BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. Comm.*, I, 2003, 398.

73CERRATO, *Le deleghe di competenze assembleari nella società per azioni*, Milano, 2009.

74COTTINO, *Diritto societario*, Milano, 2011, 400.

75SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 1, Torino, 2004, 60 e ss.

o sottoposti al suo esame dagli amministratori”.

Ne derivava che una frazione delle decisioni amministrative, la cui ampiezza variava, per l'appunto, in funzione del tenore dello statuto e della condotta degli stessi amministratori, era suscettibile di attribuzione ai soci.

In ragione di siffatto dettato normativo, si erano consolidate interpretazioni divergenti: una parte della dottrina tendeva a valorizzare comunque la centralità dell'organo amministrativo, riconoscendo ad esso prerogative esclusive e autonome con riferimento all'intero ambito della gestione e ravvisando nelle decisioni dei soci meri pareri non vincolanti⁷⁶; all'opposto, un diverso orientamento predicava la sovranità dell'adunanza, negando che la conduzione degli affari fosse tassativamente riservata agli amministratori e attribuendo forza cogente alle deliberazioni assembleari dal contenuto gestorio⁷⁷.

Indipendentemente dall'opzione teorica prescelta, la disciplina previgente presentava significative ricadute sui profili operativi, incidendo in particolare sulla responsabilità per mala gestio, che interessa la presente ricerca. La preventiva approvazione di una determinata operazione da parte dell'assemblea poteva, infatti, sortire l'effetto di liberare gli amministratori dagli obblighi

76CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, 240; BONELLI, *Le direttive dell'assemblea degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 5.

77ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 1; CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 27; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1992, 420.

risarcitori nei confronti della società⁷⁸; in qual caso residuava soltanto l'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c., esperibile, tuttavia, non in tutti i casi di pregiudizio arrecato all'ente, ma esclusivamente laddove gli amministratori non si fossero astenuti dall'eseguire una delibera che, violando la legge o lo statuto, avesse contribuito a rendere il patrimonio sociale incapiente.

Per questa ragione, nonostante l'intervento dei soci potesse essere opportunamente richiesto allo scopo di coinvolgerli nelle operazioni più rilevanti, o per superare il dissenso eventualmente creatosi in seno al consiglio, l'art. 2364, comma primo, n. 4 c.c., aveva rischiato di trasformarsi in uno strumento non di tutela della sovranità assembleare, bensì di protezione degli amministratori. Costoro, infatti, avevano dato vita alla prassi di sottoporre all'adunanza assembleare tutte le operazioni più significative, onde scongiurare censure successive, soprattutto proprio con riguardo all'omessa osservanza del canone di diligenza⁷⁹.

Tale criticità era ben presente al legislatore della riforma, tanto che, come si legge nella relazione illustrativa, l'introduzione dell'art. 2380 bis c.c., si propone di “evitare che, come in passato poteva accadere, nessuno risponda di una data operazione: né l'assemblea che è per definizione irresponsabile, né gli amministratori che a discarico di responsabilità abbiano sottoposto l'operazione all'assemblea”.

78Tra le molte pronunce, si veda Trib. Milano del 05 novembre 1991, in Giur. It., 1992, I, 2, secondo cui: “l'aver agito in esecuzione di delibere assembleari in materia gestoria, anche se invalide, esclude la responsabilità dell'amministratori di società”.

79AIELLO, Gli amministratori di società per azioni, Op. cit., 6, descrive esaurientemente tale prassi e le sue conseguenze.

Come detto, oggi la disciplina è radicalmente mutata.

All'inserimento dell'art. 2380 bis c.c. ha fatto da contraltare la cancellazione del previgente art. 2364, comma primo, c.c., con conseguente soppressione dell'area di ingerenza dell'assemblea nella materia gestoria.

Può dirsi giunta a compimento, pertanto, la lunga evoluzione che ha portato gli amministratori, all'origine intesi come mandatari dei soci, ad “emanciparsi” e ad assumere il ruolo di un organo sociale dotato, come tutti gli altri, di proprie ed esclusive competenze, nell'esercizio delle quali altri soggetti non possono in alcun modo interferire⁸⁰.

In altre parole, gli amministratori, una volta nominati dall'assemblea, sono investiti di ampi poteri decisionali; tali poteri sono propri degli amministratori e non derivati dall'assemblea e sono esercitabili in posizione di piena autonomia rispetto ad essa⁸¹.

⁸⁰FERRI, Manuale di diritto commerciale, Torino, 2006, 340.

⁸¹L'orientamento attuale, infatti, ha superato la visione dell'amministratore che deriva i suoi poteri da un rapporto contrattuale di mandato con la società da gestire e ritiene invece che i suoi poteri provengano dalla legge, mediante l'instaurazione di un rapporto sui generis tra amministratore e società. Sul punto si veda CAMPOBASSO, Diritto commerciale 2. Diritto delle società, Torino, 2007, 357 e, esaustiva e recente, la sentenza del Tribunale di Roma del 18 novembre 2014, in Riv. Dott. Comm., 2015, I, 122, secondo cui il rapporto che lega l'amministratore alla società è un rapporto di immedesimazione organica, che non può essere qualificato né tout court solo come mandato né come rapporto di lavoro subordinato né come collaborazione continuata e coordinata, rientrando invero le prestazioni dell'amministratore piuttosto nell'area del lavoro professionale autonomo. Il suddetto rapporto, sicuramente di natura contrattuale, va ricondotto nell'ampio genus del contratto di prestazione d'opera, in cui peraltro continuano ad assumere

Per completezza si specifica, tuttavia, che tale innovazione, pur significativa, non va intesa nel senso della sussistenza del divieto assoluto, per gli azionisti, di assumere delibere relative ai fatti dell'amministrazione.

Anzitutto, l'esclusività delle competenze dell'organo specificamente preposto alla gestione si mantiene tale solo fino a quando la società si conservi in stato di integrità, mentre il verificarsi di una causa di scioglimento consente ai soci di incidere con forza sulle strategie e sulle modalità operative della liquidazione⁸².

Inoltre, anche nella fase speculativa, l'art. 2364, primo comma, n. 5, c.c., riserva ai soci una certa sfera d'intervento nell'area della gestione, pur in termini diversi dal passato, cancellando in radice il rischio di comportamenti opportunistici da parte degli amministratori.

La predetta disposizione stabilisce, infatti, che l'assemblea delibera sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di determinati atti degli amministratori. La differenza rispetto alla disposizione previgente è chiara: è fatto divieto all'autonomia privata di riservare competenze gestorie ai soci, potendosi unicamente richiedere il loro placet preventivo alla realizzazione di singole operazioni, la cui ampiezza va in ogni caso opportunamente circoscritta, dovendosi senz'altro reputare illegittime le clausole che

rilevato, come fonti integrative, tanto la disciplina del contratto di mandato quanto la disciplina del codice civile, che predetermina in larga parte il contenuto di detto contratto. Da tale diversa qualificazione del rapporto giuridico consegue, appunto, la derivazione originaria dei loro poteri.

82AIELLO, La liquidazione delle società di capitali, in Aiello e Altri, Le operazioni societarie straordinarie, in Tratt. Cottino, V, 2, 2011, 145.

subordinano al consenso dell'adunanza lo svolgimento dell'intera attività dell'ente o, comunque, di tali e tanti atti da sottrarre all'amministratore ogni effettivo margine di autonomia⁸³.

In sostanza, soltanto con riferimento agli specifici affari indicati nello statuto persiste ancor oggi un valido ed efficace condizionamento da parte dell'assemblea, atteso che essi non possono formare oggetto di decisione degli amministratori in assenza di idonea delibera autorizzativa, pena la revoca per giusta causa e l'esperimento, sussistendone i presupposti dell'azione di responsabilità.

Vincolo che opera esclusivamente a livello endosocietario, dal momento che, in conformità all'art. 2384 c.c., l'assenza di autorizzazione non è opponibile ai terzi, salva l'*exceptio doli*⁸⁴.

Alla stregua di quanto sopra esposto i soci non possono mai imporre agli amministratori un comportamento attivo determinato, godendo al contrario, ove l'autonomia privata l'abbia espressamente previsto, del potere di impedire il compimento di particolari atti.

Pertanto, nonostante i condizionamenti dell'assemblea non siano stati del tutto cancellati, ad essi è attribuita valenza meramente negativa, dalla quale

83MORANDI, Sub. Art. 2380 bis, in Commentario breve al diritto delle società, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2007, 478.

84Sull'istituto dell'*exceptio doli*, in generale, si veda PIRAINO, Il divieto di abuso del diritto, in Europa e Dir. Priv., I, 2013, 75; con particolare riferimento al medesimo istituto applicato all'art. 2384 c.c. si veda la sentenza del Tribunale di Milano del 22 dicembre 2008 in Riv. Dott. Comm., 2009, I, 51 con nota di CHIARAVIGLIO, Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv. c.p., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose, in Riv. Dott. Comm., 2009, I, 157.

discende una ingerenza in senso ostativo al potere gestorio dell'organo amministrativo: dal momento che la negazione equivale ad un divieto per gli amministratori di compiere l'operazione, mentre essi non sono vincolati a porla in essere in caso di sua concessione⁸⁵.

L'elemento più importante va individuato, in verità, nella circostanza che, come espressamente specificato dall'art. 2364 comma primo n. 5 c.c., in ogni caso la deliberazione dei soci non vale ad esonerare gli amministratori da responsabilità⁸⁶, con la sola eccezione di quanti si astengano dal compiere un atto per il quale lo statuto richieda il placet dell'assemblea e questo sia negato, ancorché dall'omissione sia derivato un danno alla società.

Da quanto brevemente descritto possiamo sostenere che l'autonomia dell'organo amministrativo trova, pertanto, coerente applicazione sul piano della responsabilità, la quale resta ferma anche nell'ipotesi in cui il processo gestionale veda il positivo intervento dei soci, del resto meramente autorizzativo e, come tale, destinato ad aggiungersi alla competenza degli amministratori, senza sostituirli. Possiamo aggiungere, dunque, che questi ultimi sono sempre onerati di disattendere le deliberazioni dell'adunanza relative ad operazioni contra legem, il che equivale a dire che non sono tenuti a conformarsi invariabilmente alle istruzioni dell'assemblea, con la conseguenza che la loro posizione non pare assimilabile,

85PORTALE, Rapporti tra assemblea ed organo gestorio nei sistemi di amministrazione, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa - Portale, 2, Torino, 2006, 26.

86PETRAZZINI, L'assemblea: competenze e procedimento, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, 376.

come spesso si è detto, a quella di mandatari dei soci⁸⁷.

Neutralizzato ope legis il rischio di comportamenti opportunistici, deve verosimilmente ritenersi che, nonostante l'attuale disciplina non contempli la facoltà degli amministratori di sottoporre ai soci questioni gestorie, questa pratica non presenti, di per sé, profili di illegittimità.

Ed invero, ora che dalla stessa non discende l'elisione degli obblighi risarcitori da mala gestio, se ne possono apprezzare i profili positivi, tra i quali, si è osservato, che “specie nelle società di ridotte dimensioni e che non fanno appello al mercato dei capitali di rischio, la discussione in assemblea di certe operazioni sociali può essere uno strumento per garantire alla generalità dei soci una corretta informazione ed offrire loro, anche indirettamente, un'occasione per valutare il comportamento dei soggetti chiamati ad amministrare, non solo sulla base dei conti ma anche della professionalità e competenza che emerge *dai loro comportamenti*”⁸⁸ ovvero in sostanza, possiamo aggiungere noi, per valutare la loro diligenza.

Di qui la tendenziale ammissibilità di una prassi che, pur inidonea a ottenere delibere vincolanti sul piano giuridico, può tuttavia contribuire alla verifica della permanenza del rapporto di fiducia con il gruppo di comando, o al superamento di eventuali divisioni interne tra amministratori.

Per completezza, e senza tuttavia poter articolare un discorso esaustivo sul punto, si sottolinea che le

87CAMPOBASSO, Diritto commerciale 2. Diritto delle società, Op.cit., 357.

88SARALE, Il nuovo volto dell'assemblea sociale, in Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, concorsuali, fiscali e penali, a cura di Ambrosini, I, Torino, 2005, 166.

circoscritte prerogative assembleari sopradette non costituiscono l'unico limite all'esclusività delle competenze gestorie degli amministratori regolarmente nominati.

Talora, infatti, le loro funzioni sono svolte, in assenza di un valido atto di designazione, da soggetti terzi formalmente estranei alla struttura corporativa dell'ente, che tuttavia operano, in concreto alla stregua di componenti dell'organo di gestione.

Aldilà delle questioni riguardanti l'ingerenza gestoria attuata da tali soggetti terzi ciò che rileva, ai fini della presente ricerca, è la circostanza che tale situazione di fatto viene equiparata a quella di diritto per quanto attiene al profilo sanzionatorio, con conseguente estensione ai c.d. amministratori di fatto delle disposizioni in tema di responsabilità da mala gestio⁸⁹, nonché, quindi, di tutto ciò che si dirà in tema di obblighi e diligenza dell'amministratore⁹⁰.

89AMBROSINI, La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili, 2007, Milano, 23.

90Particolare attenzione in dottrina ed in giurisprudenza ha sollevato la questione riguardante l'effettiva individuazione dei soggetti destinatari dell'azione di responsabilità. Partendo dal presupposto che la legge, riferendosi agli amministratori, intende quei soggetti che hanno assunto in modo legittimo la carica di amministratore, attraverso uno specifico iter formale, ci si è chiesti cosa succede se il soggetto che abbia ricoperto le funzioni di amministratore abbia acquisito la carica attraverso un procedimento che nulla ha a che vedere con lo schema ordinario, se cioè ci si trovi di fronte ad un soggetto che esercita le proprie funzioni in via di mero fatto. Nessuna menzione è stata fatta a tale figura neanche dal legislatore della riforma. Preliminarmente occorre dunque capire cosa si intenda per amministratore di fatto. Se inizialmente la giurisprudenza penale ha sempre attribuito un'attenzione minore ai requisiti formali della nomina ad amministratore e dell'accettazione, la giurisprudenza civile

In ogni caso, alla luce di tutto quanto sin qui detto, l'art. 2380 bis c.c. non lascia adito a dubbi: sono gli amministratori ad avere la competenza unica nella gestione aziendale, senza concorrenza né interferenza da parte dei soci. Con tale previsione si realizza la netta separazione fra proprietà e controllo; la proprietà rappresentata dagli azionisti ed il controllo affidato all'organo amministrativo, caricato pertanto delle relative responsabilità⁹¹.

II.3) Il contenuto del potere - dovere di gestione.

Posto che gli amministratori di società per azioni sono titolari, in via tendenzialmente esclusiva, del potere di gestione, si tratta ora di stabilire quali atti ed operazioni rientrino nel concetto di gestione societaria e, soprattutto, quale sia il canone da tenere sempre presente ed applicare affinché tale gestione possa altresì definirsi corretta ed efficiente, esonerando conseguentemente da responsabilità gli amministratori.

Per quanto attiene al contenuto del potere di gestione,

dapprima non ha attribuito grande rilevanza a tale figura, individuandola nella sola ipotesi in cui un soggetto avesse ricoperto la carica a seguito di un atto di nomina meramente irregolare. Recentemente si è invece assistito ad un allargamento progressivo della figura dell'amministratore di fatto che, seppur privo di qualsivoglia designazione, si sia di fatto ingerito nella gestione della società. Ciò posto è del tutto evidente che anche all'amministratore di fatto dovranno essere applicate le disposizioni previste dall'art. 2392 ss. c.c. in tema di responsabilità. Sul punto, tra i molti, si veda CASSANI, Responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto, in *Le Società*, X, 2013, 1057; SANTI DI PAOLA, *L'azione di responsabilità nella s.p.a.*, Milano, 2012, 34.

⁹¹TARTAGLIA, *Sistemi di amministrazione e di controllo nella s.p.a.*, Roma, 2014, 47.

mentre in passato la legge non lo stabiliva direttamente (ed andava pertanto ricavato, in positivo, dalle prescrizioni dei doveri e delle responsabilità a carico degli amministratori e, in negativo, dalle attribuzioni degli altri organi), oggi l'art. 2380 bis, comma primo, c.c. stabilisce espressamente che essi compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, risultando di conseguenza depositari di tutte le prerogative di amministrazione, ordinaria e straordinaria⁹².

A ciò si aggiunga che il loro campo di azione non si esaurisce negli atti gestori intesi in senso stretto, ma include anche potestà inerenti all'organizzazione ed al funzionamento della struttura corporativa⁹³. In particolare ad essi compete la cooptazione dei consiglieri venuti a mancare nel corso dell'esercizio (art. 2386 c.c.), la convocazione dell'assemblea e la determinazione del relativo ordine del giorno (art. 2366 c.c.), la preventiva redazione di un progetto per l'approvazione del bilancio (2423 c.c.) e delle operazioni straordinarie di fusione (art. 2501 ter c.c.) e scissione (2506 bis c.c.).

In sostanza il potere gestorio degli amministratori è contraddistinto da portata generale, benché con la limitazione discendente dal dovere di perseguire l'oggetto sociale, per scongiurare che il patrimonio dell'ente possa essere distratto dalla propria destinazione tipica.

La difficoltà è quella di individuare un parametro univoco, idoneo a stabilire quali operazioni rientrino nel predetto perimetro di potere gestorio e quali invece lo oltrepassino.

Già in epoca antecedente alla riforma del diritto

92COTTINO, Diritto societario, Op.cit., 405.

93BONELLI, Gli amministratori di spa dopo la riforma delle società, Op. cit., 30.

societario si era chiarito che l'estraneità di un atto all'oggetto sociale dovesse essere accertata caso per caso, verificando le concrete finalità dell'atto stesso e tenendo quindi conto non solo degli effetti strettamente giuridici, ma anche di quelli pratici ed economici⁹⁴, con la precisazione che spetta comunque agli amministratori stabilire le modalità del raggiungimento dell'obiettivo, potendo essi legittimamente compiere tutte quelle operazioni che, pur non essendo tipiche dell'attività prevista dallo statuto, si pongano comunque con essa in un rapporto di strumentalità o accessorietà⁹⁵.

La limitazione predetta non si traduce, tuttavia, nel difetto assoluto di potere gestorio, dal quale discenderebbe l'incapacità dell'ente di perfezionare atti estranei al proprio oggetto sociale. Al contrario, si badi bene, essa non incide sulla validità delle operazioni che coinvolgono terzi (che restano pertanto pienamente efficaci), rilevando esclusivamente nei rapporti endosocietari⁹⁶ e traducendosi, per quanto qui interessa, in un parametro idoneo a distinguere una condotta dell'amministratore conforme alla legge e allo statuto, da una condotta di mala gestio.⁹⁷

94Cass. 05 dicembre 1998 n. 12325 in Giur. It., 1999, 2317.

95In tal modo l'attività dell'amministratore dovrà essere valutata facendo riferimento non solo a quegli atti che in senso stretto sono attuativi dell'oggetto sociale, ma anche a tutti quelli che siano in rapporto funzionale con tale oggetto sociale. Conseguentemente, tutti quegli atti che non paiono idonei a soddisfare le esigenze collegate all'attuazione dell'oggetto sociale, dovranno essere considerate censurabili e quindi oggetto di un'azione di responsabilità. Significativa, sul punto, la pronuncia Cass. 21 novembre 2001 n. 16416 in Giust. Civ. Mass., 2002, 2024.

96BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, *Op.cit.*, 399.

97Esempi di atti estranei all'oggetto sociale sono stati considerati,

In particolare, tale condotta di mala gestio, oltre ad integrare gli estremi di una giusta causa di revoca, sarà quindi suscettibile (qualora ne sussistano i presupposti, anche sotto il profilo del danno) di azione di responsabilità⁹⁸.

Proprio con riferimento alla responsabilità per gli atti di gestione possiamo dire che l'art. 2380 bis c.c. acquista un'importanza fondamentale per la figura del consiglio di amministrazione⁹⁹.

Ed invero, se con il termine gestione si indica la gestione operativa della società giorno per giorno, il compimento delle operazioni direttive dell'attività d'impresa e/o la conclusione degli atti giuridici che impegnano la società verso l'esterno, è del tutto ovvio che già nelle imprese di medie dimensioni la "gestione" non spetta esclusivamente o prevalentemente agli amministratori, ma in gran parte al management societario, composto per lo più da dipendenti con funzioni dirigenziali¹⁰⁰.

Peraltro, non è raro che alcune funzioni di grande importanza siano affidate ad imprese o professionisti

nel corso degli anni: le concessioni di garanzie, la vendita o l'affitto dell'intera azienda sociale, il conferimento dell'intera azienda in società controllata. Sul punto, v. BONELLI, Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003, in *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, a cura di Aratari - Iannacone, Op.cit., 97 ss.

98BONELLI, *Gli amministratori di società dopo la riforma delle società*, Op. cit, 35.

99DE NICOLA, Sub art. 2380 bis, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, 90.

100 BIANCO-PALUMBO, *Il CDA: quale funzione e quando è efficiente*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, I, 13.

esterni attraverso contratti di servizi o consulenza: basti pensare ad alcuni avvocati indipendenti che svolgono di fatto la funzione di responsabile degli affari legali e come tali sono inseriti nell'organigramma aziendale, ovvero i commercialisti esterni che rivestono il ruolo di responsabile degli affari fiscali, ovvero, ancora, ad alcuni delicati settori come quello della revisione interne. Infine, non si può omettere che parte delle funzioni gestorie, quanto meno di stampo strategico, sono esercitate dagli amministratori della società capogruppo nei confronti delle controllate.

Tuttavia, resta comunque corretto affermare che la gestione dell'impresa sociale spetta esclusivamente agli amministratori: la circostanza, infatti, che gli amministratori si avvalgano di collaboratori sui quali esercitano un potere di direzione e una supremazia gerarchica, ed ai quali possono sempre impartire direttive e specifici ordini, nonché avocare a sé le operazioni e le attività delegate, consente, anche se la grande maggioranza della gestione sociale è delegata a collaboratori, di affermare che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente ad essi¹⁰¹.

Conseguentemente bisognerà interpretare la prescrizione dell'art. 2380 bis c.c. nel senso che il consiglio di amministrazione è il responsabile ultimo della gestione della società, intesa sia come gestione interna che rappresentanza esterna della stessa; il consiglio può operare direttamente o delegare alcuni compiti (con eventuale possibilità di sub delega) anche a soggetti esterni alla società, ma esso rimane la fonte ultima del potere, mantiene un "potere di direzione e supremazia gerarchica" nei confronti dei delegati e non potrà mai spogliarsi di tutte

101 ARATARI-IANNACONE, Op. cit., 85.

le sue attribuzioni, mediante delega generale ad un soggetto esterno al consiglio stesso.

Proprio perché gestire un'impresa è un'attività estremamente complessa e difficilmente sintetizzabile in comportamenti tipici a cui ancorarsi si è cercato, da sempre, di fare riferimento ai diversi doveri ed obblighi a cui, per legge, dettagliatamente o genericamente, sono tenuti gli amministratori.

Il primo problema che si pone è, pertanto, quello di individuare quali siano gli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto agli amministratori, la cui violazione determina la loro responsabilità.

È bene specificare sin da subito che, nella presente ricerca, viene accolta la tesi¹⁰² che pone, sopra a tutti, il dovere - obbligo¹⁰³ di diligenza degli amministratori previsto dall'art. 2392 c.c. e considerato il parametro di riferimento idoneo non solo a delimitare il perimetro del potere di gestione societaria, ma a definirne altresì la modalità corretta ed efficiente di esercizio, idonea ad esonerarli da responsabilità.

II.4) La gestione corretta ed efficiente: gli obblighi dell'amministratore verso la società.

Come accennato in apertura del presente capitolo, il generale dovere di gestire la società rappresenterebbe il contenuto della prestazione principale richiesta agli amministratori di società, nonché una generalissima obbligazione di mezzi.

102 Per tutti si veda BONELLI, La responsabilità degli amministratori, in Trattato delle Società per azioni, diretto da Colombo - Portale, Torino, 1991, IV, 308, secondo cui gli altri doveri c.d generici costituiscono solo il “particolare atteggiarsi dell'obbligo di amministrare con diligenza”.

103 V. Supra Cap. I.3.

Più nello specifico, la correttezza dell'amministrazione societaria pare oggi costituire una delle più rilevanti clausole generali del diritto societario moderno, dovendosi quindi ritenere che il principio della diligenza funga da strumento di misurazione del grado di adempimento di tale obbligo di amministrare correttamente¹⁰⁴.

Correttezza della gestione che, come avremo modo di specificare, è strettamente correlata all'efficienza della società stessa.

L'art. 2392 c.c., nella sua attuale formulazione, stabilisce infatti che gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Prima di addentrarci nell'esplicazione dell'evoluzione e del contenuto del dovere di diligenza, è opportuno procedere ad una classificazione degli obblighi incombenti sugli amministratori di società. Atteso che, tali obblighi sono imposti all'amministratore di società per il corretto esercizio della sua attività gestoria e la cui inosservanza abbiamo visto essere gravemente sanzionata dagli articoli 2392 - 2395 c.c.

La legge non fa un elenco di tutti gli obblighi che gravano sugli amministratori e, a parte poche ipotesi espressamente menzionate, si limita ad un generico richiamo dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo.

Una completa elencazione dei tanti adempimenti a cui gli amministratori sono tenuti nello svolgimento dell'attività sociale sarebbe probabilmente impossibile;

104 PETTERUTI, La responsabilità degli amministratori di società di capitali, in www.cameracivilecassino.it, 2012.

anche gli interpreti non hanno mai tentato di fare un elenco completo di tutti gli obblighi che il codice civile e svariate altre leggi (penali, previdenziali, fiscali, fallimentari) impongono agli amministratori e si sono limitati a generiche classificazioni.

Si sono distinte, quindi, le obbligazioni degli amministratori a seconda che esse fossero relative all'organizzazione della società ovvero all'esercizio dell'impresa sociale¹⁰⁵, ovvero a seconda che esse fossero poste a garanzia dell'integrità del patrimonio sociale ovvero al funzionamento degli organi sociali, ovvero ancora a seconda che avessero ad oggetto il compimento di attività giuridica oppure materiale, che avessero fonte legale o contrattuale. Ma, in caso di inadempimento, la responsabilità sussiste e va accertata qualunque sia, tra quelle indicazioni, la classificazione che si preferisca seguire.

105 Tale classificazione è stata recentemente ribadita da MAMBRIANI, in Appunti sintetici in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a., in Master di diritto societario di Altalex, Milano, 2013, il quale distingue le obbligazioni verso la società in due categorie: a) gli obblighi relativi al funzionamento dell'organizzazione, riferendosi a tutti quegli atti di impulso all'operatività degli organi sociali che gli amministratori sono tenuti a compiere per legge o per obbligo statutario e definendo tali obbligazioni di risultato, il cui inadempimento può essere di per sé causativo di danni alla società b) obblighi relativi alla gestione, riferendosi a tutti quegli atti materiali e giuridici finalizzati al raggiungimento dello scopo sociale; atti ovviamente non determinabili a priori ma significativi ed utili in relazione alle situazioni concrete che, di volta in volta, l'amministratore deve fronteggiare. Si tratta secondo l'autore di obbligazioni di mezzi, tra le quali, particolare rilievo assume, appunto, l'obbligo di agire con diligenza previsto dall'art. 2392 c.c.

Il criterio più soddisfacente e utile per differenziare le varie categorie di obblighi degli amministratori è quello che distingue tra obbligazioni aventi un contenuto specifico e già predeterminato dalla legge o dallo statuto, ed obbligazioni in cui la prestazione dell'amministratore, cioè il comportamento dovuto, non è specificato e va determinato, di volta in volta, con riferimento a tutte le circostanze del caso concreto.

Tale classificazione ha una rilevante valenza pratica in quanto riverbera i propri riflessi sull'onere processuale della prova in tema di responsabilità dell'amministratore di società.

Allorché sia violato un dovere incombente sull'amministratore in forza di una specifica disposizione di legge, la violazione costituirà, di per se stessa, manifestazione dell'inadempimento. Generalmente, infatti, quando la legge o lo statuto stabiliscono uno specifico dovere, non sorgono particolari difficoltà nel determinare il comportamento che deve essere tenuto. Naturalmente, anche in questi casi possono esservi complessità di applicazione nei singoli casi concreti, ma se la legge stabilisce l'obbligo di non appropriarsi di beni sociali, di non inquinare, di non accettare né pagare tangenti, di non creare fondi neri, di convocare l'assemblea in caso di perdite oltre certi limiti, di non proseguire la gestione sociale dopo la perdita del capitale sociale, etc., è chiaramente individuato quale sia il contenuto del comportamento da evitare oppure da porre in essere¹⁰⁶. Si potrebbe configurare, tutt'al più, una violazione più grave o meno grave di tali obblighi, con riferimento al canone della diligenza utilizzato nel loro adempimento, con

106 Tra i molti, v. BONELLI, Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003, in Aratari - Iannacone, Op.cit., 162.

conseguenze in termini di minore o maggiore danno risarcibile¹⁰⁷.

Nel caso in cui, invece, l'amministratore convenuto in giudizio abbia posto in essere la violazione di un obbligo generico, l'attore sarà tenuto alla dimostrazione che il comportamento tenuto dall'amministratore, nella fattispecie dedotta, sia stato difforme dai canoni generali prescritti.

In queste ipotesi, dunque, l'attore dovrà preliminarmente determinare quale sia il comportamento che l'amministratore doveva tenere alla stregua della diligenza dovuta.

Ciò in quanto il dovere generale di diligenza non indica il contenuto del comportamento che l'amministratore deve tenere o non tenere e, pertanto, non indica l'atto che l'amministratore deve compiere o non compiere, ma indica solo il modo o la modalità di comportamento e le procedure che gli amministratori devono seguire nel compiere qualsiasi atto di gestione. In sostanza occorrerà la prova che il comportamento dell'amministratore costituisce, avuto riguardo alle concrete circostanze del singolo caso, inadempimento del generale obbligo di amministrare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze.

Sulla base della classificazione accolta avremo: a) gli obblighi specificamente posti da varie leggi o dallo statuto; b) l'obbligo generico di diligenza, in grado di orientare l'amministratore nella modalità di compimento (o nell'omissione) di qualsiasi atto di gestione che non sia per legge dovuto.

II.5) Gli obblighi a contenuto specifico.

107 Tale aspetto viene approfondito al successivo paragrafo II.5.

Richiamando la distinzione in esame, per un'analisi esaustiva del dovere dell'amministratore di gestire la società, bisogna prendere le mosse dagli obblighi a contenuto specifico.

E' del tutto evidente che la specificità di tali obblighi emerge non tanto dal loro contenuto, bensì dalla circostanza che essi sono contemplati da "specifiche" disposizioni di legge.

In concreto, le ipotesi di violazione di obblighi e divieti a contenuto specifico nelle società per azioni, con l'ovvio avvertimento che nessuna elencazione sul tema può pretendere di essere esaustiva, consistono: a) nel convocare senza indugio l'assemblea nelle ipotesi di cui all'art. 2446 e 2447 c.c., di riduzione del capitale in caso di perdite o di riduzione al di sotto del limite legale; b) nel procedere alla redazione del bilancio d'esercizio ex art. 2423 c.c.; c) nell'osservare, nella redazione del bilancio, i principi di cui all'art. 2423 bis c.c.; d) nel controllare le valutazioni dell'esperto nominato ex art. 2343, 2440 e 2498 c.c. ed eventualmente revisionare la stima di costui; e) nel divieto di intraprendere nuove operazioni (art. 2279 c.c.); f) nel dovere di convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza (2374 c.c.); g) nell'obbligo di impugnare le delibere invalide (art. 2388 c.c.); nel divieto di uso di informazioni riservate (art. 184 dlgs n. 58 del 1998); nell'obbligo di dare esecuzione alle delibere assembleari (art. 2364 n. 4 c.c.); nel divieto di agire in concorrenza con la società (art. 2301 c.c.).

Gli obblighi a contenuto generico, cui sono assoggettati gli amministratori di società, vengono tradizionalmente fatti discendere, invece, dal generale dovere di adempiere alla propria attività con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze (art. 2392 c.c.), il quale comprende in sé

anche l'obbligo di agire in modo informato (art. 2381 c.c.), ed il divieto di agire in conflitto di interessi con la società (art. 2391 c.c.).

Il criterio classificatorio accolto si riflette sulle fasi di accertamento della responsabilità.

Si è detto che la violazione di obblighi a contenuto generico, affinché possa essere affermata la responsabilità dell'amministratore inadempiente, impone un'opera ricostruttiva, volta a determinare preliminarmente i canoni generali di comportamento e la "normalità" della fattispecie: il comportamento ricostruito come diligente in astratto dovrà essere applicato alla fattispecie concreta, per individuare, infine, dal raffronto con gli eventi, la deviazione nel comportamento dell'amministratore stesso.

Diversamente, lo si ribadisce, si atteggia il processo logico giuridico rivolto alla sanzione dell'inosservanza, da parte dell'amministratore, dell'obbligo specifico: la norma impone all'amministratore un determinato comportamento e la difformità appare perciò di immediato rilievo.

Prima di addentrarci nella specificazione dell'obbligo generale di diligenza ex art. 2392 c.c., oggetto della presente trattazione, pare interessante mettere in evidenza sin da ora come, il criterio della diligenza viene in rilievo, in realtà, quale canone generale di comportamento a cui l'amministratore è tenuto a conformarsi nell'adempimento di qualsiasi obbligazione; e pertanto, anche con riferimento, agli obblighi specifici e predeterminati dalla legge o dallo statuto a cui è tenuto.

Un esempio chiarirà quanto si vuole affermare: si consideri l'obbligo di controllo delle valutazioni dell'esperto nominato ex art. 2343, 2440 e 2498 c.c. e di eventuale revisione della stima di costui.

Inerisce agli obblighi dell'incarico conferito agli amministratori l'incombenza di garantire la conservazione

dell'integrità del capitale sociale¹⁰⁸; precedente ad essa, almeno in senso logico, può ritenersi il dovere, sempre a carico degli amministratori, di assicurare l'effettività del capitale sociale ovvero la congrua corrispondenza tra valore effettivo del conferimento effettuato dal socio e importo nominale del capitale¹⁰⁹.

L'obbligo di garantire l'effettività del capitale sociale si riscontra all'art. 2343 bis c.c., dettato per la fattispecie di acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o crediti dei promotori, dei fondatori, dei soci e degli amministratori, acquisto che (se interviene nei due anni dalla iscrizione della società nel registro delle imprese) deve essere autorizzato dall'assemblea ordinaria. Detta norma prevede che l'alienante debba presentare la relazione giurata di un esperto, designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, contenente la descrizione dei beni o dei crediti, il valore a ciascuno attribuito, i criteri di valutazione seguiti, nonché l'attestazione che il valore non è inferiore al corrispettivo,

108 V. art. 2394 c.c.

109 Tale obbligo incorre per tutta la durata della società, ma emerge e si esprime con maggiore pregnanza in occasione di tre momenti della vita sociale: a) all'atto della costituzione della società, ove l'atto costitutivo consenta, ed il socio intenda effettuare, conferimenti, anziché in denaro, in natura, ovvero conferire crediti ex art. 2342 c.c.; b) in occasione di successivi aumenti di capitali, in cui, del pari, uno dei soci intenda addivenire alla sottoscrizione della propria quota tramite conferimento di beni in natura o di crediti ex art. 2440 c.c. c) nel caso di trasformazione di una società in nome collettivo o in accomandita semplice in società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, ai sensi del previgente testo dell'art. 2498 c.c. e, dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, del nuovo art. 2500 ter c.c.

che deve essere comunque indicato.

La relazione deve essere depositata nella sede della società nei quindici giorni che precedono l'assemblea, affinché i soci possano prenderne visione; entro trenta giorni dall'autorizzazione, il verbale dell'assemblea, corredato dalla relazione dell'esperto, deve essere depositato a cura degli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese.

I commi terzo e quarto della medesima norma dettagliano gli obblighi, incontestabilmente specifici, degli amministratori: “gli amministratori e i sindaci devono, nel termine di centottanta giorni dalla costituzione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione indicata al primo comma e, se sussistono fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima. Fino a quando le valutazioni non sono state controllate, le azioni corrispondenti ai conferimenti sono inalienabili e devono restare depositate presso la società”.

I dubbi sono sorti in merito alla determinazione del contenuto concreto dell'obbligo gravante sugli amministratori.

Quali sono le modalità effettive di adempimento, da parte degli amministratori, dell'obbligo di revisione della stima?

In giurisprudenza si è osservato che, qualora si tratti di beni per la cui valutazione siano richieste particolari cognizioni specialistiche, gli amministratori dovranno avvalersi preventivamente dell'opera di un professionista a loro supporto tecnico, pur senza che ciò li esoneri da eventuali responsabilità¹¹⁰.

110 In tal senso la giurisprudenza, Trib. Napoli 23 gennaio 2009, in Giur. Comm., II, 2009, 1244 secondo cui “quando si tratta di beni per stimare i quali occorre un'alta specializzazione, gli

Appare con tutta evidenza incongruo che tale controllo possa essere rimesso interamente, nella pratica, alla discrezionalità degli amministratori, in quanto costoro, se non dotati di una specifica competenza tecnico - professionale, assai difficilmente potrebbero procedere ad un controllo produttore di un elaborato redatto da un consulente scelto e responsabilizzato.

Vero è che non si può certo parlare di un obbligo positivamente determinato, a carico degli amministratori, di farsi assistere da uno o più professionisti in sede di controllo.

A venire in rilievo, invece, è proprio il dovere di diligenza che incombe sugli amministratori nonché le relative norme che ne regolano la loro responsabilità: se la complessità del caso lo richiede, a causa dell'oggetto del conferimento o delle difficoltà dei criteri di valutazione, gli amministratori “devono” farsi assistere da consulenti dotati delle appropriate conoscenze tecnico professionali, in quanto tale “dovere” è come se fosse loro imposto dalla diligenza cui sono tenuti.

Solo in tal modo l'obbligo specifico su di essi incombente può dirsi diligentemente adempiuto e tale, pertanto, da poterli esonerare da un'eventuale risarcimento del danno a cui, altrimenti, sarebbero tenuti a seguito dell'esperimento di un'azione di responsabilità nei loro confronti.

Tirando le fila del discorso, si vuol mettere in evidenza la circostanza che, anche di fronte al compimento

amministratori, fisiologicamente privi di competenze specifiche per una siffatta valutazione tecnica, devono avvalersi (senza esenzione da responsabilità) dell'ausilio di uno o più professionisti operanti nel settore per controllare le valutazioni contenute nella stima (e non solo per procedere alla revisione della stessa).

di atti “dovuti” o “specifici” o “predeterminati”, il criterio della diligenza gioca un ruolo fondamentale, nelle modalità del loro adempimento.

In tale prospettiva, pertanto, anche gli obblighi specifici degli amministratori rappresentano una proiezione dell'obbligo generico di amministrare con diligenza, che deve ritenersi disatteso ogni qualvolta l'amministratore pretendesse di controllare e valutare ciò di cui non ha la minima conoscenza specifica - tecnica - professionale.

Alla luce di tali considerazioni si può ragionevolmente affermare che, per quanto attiene gli obblighi specifici ed autonomi incombenti sugli amministratori, le domande poste nella parte introduttiva della presente ricerca trovano risposta negativa¹¹¹.

Infatti, all'amministratore di società che non abbia le specifiche competenze ragionevolmente richieste in virtù dello specifico atto “dovuto” da compiere non può imporsi di essere perito a tutti i costi. Tuttavia, egli non potrà nemmeno andare esente a priori da responsabilità in quanto il generico obbligo di amministrare con diligenza permea ogni fase ed atto della gestione societaria e, pertanto, impone, per dirsi rispettato, di informarsi preventivamente circa il corretto adempimento di tale atto e finanche di farsi assistere nel suo compimento da qualcuno che di tali competenze sia effettivamente dotato.

Possiamo dunque affermare sin da ora che gli obblighi specifici degli amministratori, normativamente imposti, sono orientati ad una gestione cauta, prudente, ponderata e razionale della società.

Tale assunto verrà debitamente ripreso nel prosieguo della trattazione, allorquando si cercheranno di trarre delle

111 V. Supra Cap. I.8.

conclusioni generali intorno al contenuto della diligenza dell'amministratore¹¹².

Come accennato in premessa e nel primo paragrafo del presente capitolo vi sono, invece, numerosi atti durante la vita di una società che devono essere compiuti dagli amministratori e che non sono positivamente imposti, bensì rientrano nel generalissimo dovere di agire con diligenza ed il cui contenuto potrà specificarsi solo con riferimento alle circostanze dei casi concreti.

In tale ipotesi, lo si è detto, chi invoca la violazione dell'obbligo generale di amministrare con diligenza la società dovrà sempre provare l'inadempimento di tale dovere¹¹³.

Pertanto, l'attore sarà tenuto all'annoso onere della prova di determinare preliminarmente quale fosse il comportamento che l'amministratore doveva tenere alla stregua della diligenza dovuta e dimostrare, pertanto, che il diverso comportamento tenuto dall'amministratore costituisce inadempimento di tale obbligo generale.

È evidente, per tutti i motivi che si stanno esponendo, l'importanza che si può ricavare dal riempire di contenuto il concetto di diligenza a cui è genericamente tenuto qualsiasi amministratore di società.

II.6) Gli obblighi a contenuto generico.

Poc'anzi abbiamo identificato come unico obbligo generico dell'amministratore di società il generale dovere

112 V. Infra Cap. III.8 e VI.7.

113 Con riferimento alla tipologia di responsabilità dell'amministratore e alla prova dello specifico inadempimento di costui si rimanda a quanto ampiamente argomentato Supra Cap. I.4., ove si distingue la natura contrattuale o extracontrattuale delle diverse azioni e si dà atto degli orientamenti in tema di obbligazioni di mezzi e di risultato.

di diligenza.

Questo perché si ritiene che il dovere di usare la diligenza nella gestione (art. 2392 c.c.) che, come abbiamo più volte ribadito, costituisce parametro generale della corretta amministrazione societaria, sia idoneo a ricomprendere qualsiasi altro obbligo generico rinvenibile nel nostro ordinamento societario¹¹⁴.

Ciò posto, pare comunque opportuno procedere ad una breve analisi anche di altri obblighi generici, così classificati dalla dottrina nel corso degli anni, soprattutto, a seguito della Riforma del 2003, indipendentemente dal fatto che li si voglia ricomprendere nel più generale dovere di diligenza ovvero considerarli quali autonomi obblighi generici.

Obbligo a contenuto generico può essere considerato quello di agire in modo informato ex art. 2381 ultimo comma c.c., il quale, appunto, viene dai più inteso quale “trave portante di una diligente e responsabile attività di gestione”, nonché, appunto, la “primaria specificazione del criterio di diligenza”¹¹⁵.

Il citato articolo, al secondo comma, prevede anzitutto che, se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione possa delegare le proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più di essi. Gli amministratori destinatari della delega vengono

114 Tra i molti, si veda BONELLI, La responsabilità degli amministratori, in Trattato delle Società per azioni, diretto da Colombo - Portale, Op.cit., 308, secondo cui gli altri doveri c.d. generici costituiscono solo il “particolare atteggiarsi dell'obbligo di amministrare con diligenza”.

115 ZANARDO, Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni, Padova, 2010, 113 e 118.

comunemente indicati come delegati o esecutivi, mentre chi conferisce la delega come deleganti o non esecutivi; la delega, quindi, sembrerebbe poter essere concessa solo a membri dell'organo amministrativo¹¹⁶ e la relativa nomina deve essere fatta dal consiglio di amministrazione della società, previa autorizzazione dei soci.

Le funzioni principali della delega consistono proprio nella razionalizzazione del potere amministrativo, il che significa renderlo adeguato, in termini di prontezza e flessibilità, rispetto alle molteplici situazioni che gli amministratori devono affrontare¹¹⁷; nel contempo, tuttavia, gli amministratori deleganti non si spogliano né dei loro poteri, potendo intervenire ogni volta lo ritengano opportuno, né, in generale, della loro responsabilità¹¹⁸.

Per tale motivo una corretta informazione endoconsiliare, frutto di un adeguato sistema informativo, costituisce un elemento imprescindibile per garantire il regolare funzionamento dell'organo amministrativo della società per azioni e la giusta attribuzione della responsabilità tra i suoi componenti.

Il dovere di informazione, da intendersi nella duplice accezione di informarsi e di informare, che grava sui

116 MORANDI, sub art. 2381 in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, I, 670. In senso contrario, DE NICOLA, sub art. 2380 bis c.c., *Op.cit.*, 91.

117 BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 63.

118 Sul punto si registrano posizioni contrastanti, di recente Cass. 11 novembre 2010 n. 22911, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 2045, secondo cui il dovere di vigilanza sulla gestione permane anche in caso attribuzione di funzioni al comitato esecutivo o ai singoli amministratori delegati. I rimanenti consiglieri possono però fornire la prova che, nonostante si siano attivati diligentemente non abbiano potuto esercitare la vigilanza per il comportamento ostantivo degli altri componenti del collegio.

diversi amministratori coinvolti nella gestione, a vario titolo, si dimostra come il prerequisite fondamentale che consente agli amministratori di adempiere correttamente al proprio dovere di gestione e controllo dell'impresa, in modo diligente¹¹⁹.

Proseguendo la disamina degli obblighi c.d a contenuto generico merita di essere richiamato anche il nuovo articolo 2381 c.c., che ha disposto in capo agli amministratori delegati, due nuovi obblighi generali¹²⁰: il primo è costituito dal nuovo dovere di “curare” che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (comma quinto del predetto articolo). Compito degli amministratori delegati è quello, quindi, di porre in essere un'efficiente organizzazione dell'impresa sotto ogni profilo: controllo interno di gestione e dei rischi, sistema amministrativo e sistema contabile, organizzazione e

119 MOLLO, Il sistema di gestione informata nella s.p.a. e la responsabilità degli amministratori deleganti, Torino, 2013, 105.

120 Nello specifico, la Riforma ha soppresso il dovere degli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione (previsto ante Riforma dall'art. 2392, secondo comma, c.c.) e lo ha sostituito con i diversi doveri di curare e valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società, di dare con trasparenza un'ampia informativa, di agire in modo informato e di dare notizia di ogni interesse che essi possano avere nelle operazioni deliberate dalla società. In tal modo si è voluto evitare che, in materia di responsabilità, la differenza tra consigliere delegato e consiglieri deleganti venisse praticamente azzerata attraverso l'imposizione ai consiglieri deleganti di un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione che faceva pervenire la giurisprudenza maggioritaria a condanne solidali per tutti gli amministratori: i deleganti venivano condannati per gli inadempimenti commessi, i deleganti per mancata vigilanza.

gestione idonei a prevenire, per esempio, i reati di cui al Dlg. n. 231 del 2001¹²¹.

Si tratta di un compito divenuto in questi ultimi anni sempre più articolato e complesso, in quanto oggi il sistema dei controlli è affidato nella maggior parte dei casi a diversi organi non coordinati e con varie sovrapposizioni e duplicazioni di competenze (sindaci, revisori, amministratori indipendenti, internal audit, responsabile dei documenti contabili, etc)¹²².

Oltre al dovere di “curare” sopra richiamato, gli amministratori delegati hanno anche il dovere di “riferire” al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, sul generale andamento della gestione (il riferimento è ancora al comma quinto dell'art. 2381 c.c.). Tale dovere non è altro che una specificazione della presa d'atto del fatto che solo il consigliere delegato conosce davvero l'andamento della gestione e, riferendo al consiglio e al collegio, permette a costoro di poter valutare e deliberare, sulla base di adeguate informazioni ricevute.

Parallelamente a tali doveri, infatti, la Riforma ha posto in capo agli amministratori senza deleghe il dovere

121 Sulla violazione di tale dovere si veda Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in Giur. It., 2008, 2505.

122 In questa situazione di sovrapposizioni e di duplicazioni di competenze, opportunamente il Codice di Autodisciplina delle società quotate, ed. 2011, ha previsto che il consiglio di amministrazione, così come nomina un amministratore delegato incaricato della gestione, nomina anche un amministratore appositamente incaricato “dell'istituzione e del mantenimento di un efficace controllo interno e di gestione dei rischi”. Tale amministratore è responsabile della identificazione dei principali rischi aziendali, della gestione e della manutenzione del sistema di controllo interno, del rispetto delle regole e delle procedure interne e riferisce al consiglio le problematiche e le criticità emerse.

di “valutare” l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, comma terzo, c.c.); valutazione che, appunto, deve essere effettuata sulla base delle “informazioni ricevute” dagli organi delegati¹²³.

I deleganti devono, inoltre, “esaminare” i piani strategici, industriali e finanziari della società; devono, infine, “valutare” il generale andamento della gestione¹²⁴, agendo, come abbiamo poco sopra premesso, in modo

123 Originariamente tale obbligo non era inserito nella norma ma previsto per la prima volta nel Dlgs. 24 febbraio 1998 n. 58, art. 149, comma primo, lettera c e d, e riservato ai collegi sindacali di società quotate. L'inserimento del predetto obbligo all'art. 2381 c.c. non è altro che una presa di coscienza della realtà delle imprese odierne e di come l'organizzazione di una società possa nei fatti “prevenire” atti produttivi di danni o, addirittura, penalmente rilevanti.

124 Prima della Riforma del 2003, l'art. 2392, comma secondo, c.c., prevedeva l'obbligo in capo agli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione e, se a conoscenza di fatti pregiudizievoli, di intervenire per impedirne il verificarsi o per eliminarne o ridurne le conseguenze dannose. In caso di violazione di tali obblighi gli amministratori erano solidalmente responsabili nei confronti della società. Con la Riforma tale dovere di vigilanza generale è venuto meno ed è stato sostituito dall'attuale dovere di valutare il generale andamento della gestione. Bisogna specificare, tuttavia, che nonostante la Novella abbia modificato il predetto dovere riducendo l'area di responsabilità solidale praticamente “oggettiva” degli amministratori deleganti, la giurisprudenza maggioritaria continua ad affermare la responsabilità solidale degli amministratori sulla base di un'esserita permanenza del dovere di vigilanza anche dopo il 2003. Si veda Cass. 11 novembre 2010 n. 22911 in Resp. Civ. Prev., 2011, 2045 ma anche Trib. Milano 27 settembre 2011 n. 11379 in Soc., 2011, 1472 e, recentemente, Cass. 9 gennaio 2013 n. 319, in Notariato, 2013, 136.

informato.

Il dovere-potere di agire in modo informato è, lo si specifica, imposto (in quanto dovere) - riconosciuto (in quanto potere) a tutti gli amministratori, con o senza deleghe, in quanto le loro scelte, lo si capirà meglio nel seguito della ricerca, devono essere “informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione”¹²⁵.

Altro dovere generale previsto per gli amministratori, sia con che senza deleghe, è poi quello di “intervenire”, qualora vengano a conoscenza di fatti illeciti pregiudizievoli, per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (così l'art. 2392, secondo comma, c.c.). Anche tale dovere specifica ed integra il dovere di diligenza: ci si può domandare, infatti, quale amministratore potrebbe dirsi diligente se, a conoscenza di fatti o atti potenzialmente pregiudizievoli, non si attivi nel modo predetto.

È evidente, quindi, come questi doveri, seppur previsti in apposite disposizioni di legge, vengano ritenuti appartenenti alla categoria degli obblighi generici e, per quanto qui interessa, configurano importanti specificazioni ed integrazioni del più generale dovere di diligenza, di cui all'art. 2392, comma primo, c.c.

Il principio di circolarità dell'informazione tra i diversi soggetti implicati nella gestione societaria, alla base di una diligente amministrazione, si estende ad un ulteriore obbligo, considerato anch'esso generale: quello di dichiarare la propria situazione di interesse in un'operazione societaria da deliberare o da compiere, pena

125 In questo senso, la stessa Relazione alla legge di Riforma del 2003.

la sanzione dell'annullamento della relativa delibera, e quella della responsabilità dell'amministratore stesso.

Si tratta del dovere di non agire in conflitto di interessi con la società ex art. 2391 c.c, comma primo, c.c.

La riforma del 2003 ha modificato tale articolo che, originariamente, prevedeva il dovere di astensione dell'amministratore dal partecipare a deliberazioni inerenti ad operazioni nelle quali l'amministratore stesso versasse in ipotesi di conflitto di interessi. Con la novella, invece, è stato imposto agli amministratori il dovere di comunicare qualsiasi interesse che questi abbiano, comunque, in una determinata operazione che veda coinvolta la loro società.

In tal modo il dovere dell'amministratore è stato esteso alla denuncia di tutte quelle operazioni per le quali, pur non essendoci un concreto conflitto di interessi con la società amministrata, potrebbe comunque trarre un vantaggio che coincida con quello della società in una specifica e determinata operazione.

L'interesse previsto dalla norma è chiaramente un interesse specifico e non meramente potenziale, atteso che lo stesso amministratore deve precisare nella comunicazione agli altri amministratori ed al collegio sindacale la natura, i termini, l'origine e la portata dell'operazione cui ha interesse. Il conflitto di interessi deve altresì essere concreto, come concreto deve risultare il danno arrecato alla società dall'illegittimo comportamento dell'amministratore.

Nell'ipotesi in cui l'amministratore violi l'obbligo di informativa si realizza un inadempimento ex art. 1218 c.c, cui possono conseguire sia l'annullamento della deliberazione ex art. 2381, comma terzo, c.c., sia l'obbligo del risarcimento del danno ex art. 2391, comma quarto,

126 Per una disamina sul correlato ed importante tema del quantum del risarcimento del danno si veda PAVONE, La liquidazione del danno nell'azione di responsabilità, in www.csm.it. In sintesi, le coordinate di riferimento che la giurisprudenza e la stessa dottrina, in prevalenza, adottano per la determinazione del danno causato dalla infedele gestione della società amministrata, sono costituite dalla differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare. Anche se, recentemente, una parte della dottrina, si è attestata su posizioni concettuali diverse, ispirate alla necessità di evitare che agli amministratori si faccia carico anche di responsabilità che non sono connesse alle operazioni per le quali si intende loro attribuire responsabilità. Questa stessa necessità ha fatto segnalare, dunque, il pericolo che l'applicazione di un simile criterio di liquidazione del danno comporta il rischio di addossare agli amministratori anche perdite che non hanno contribuito a determinare. Resta, in ogni caso, sul piano pratico, la grande difficoltà di trovare un sistema di liquidazione che non pecchi di eccessivo garantismo, con l'effetto di causare conseguenze di segno speculare opposto. Infatti, normalmente, risulta assai difficile il circoscrivere gli effetti negativi di una operazione illecita nell'ambito della intera vicenda della gestione societaria, per la ragione che non esistono operazioni le cui conseguenze rimangano circoscritte senza espandersi con effetto di rimbalzo. Per quanto possibile, andrebbe ricostruita la situazione patrimoniale anteriore alla esecuzione dell'attività illecita per potere, successivamente, operare un esame comparativo nel quale dovrebbero essere identificate le componenti negative che hanno tratto origine, con sufficiente certezza, dalla gestione determinando le perdite del patrimonio o la sua diminuzione. Certamente non è di agevole applicazione pratica una analisi di questo tipo, sarà determinante lo studio di ogni singola operazione, allo scopo di individuarne non solo le precise connotazioni per poterne, poi, accertare le conseguenze, ma anche le finalità alle quali queste stesse operazioni erano dirette. Questa ricerca consentirà di metter in luce anche gli antecedenti motivanti delle scelte di gestione

Nel caso, poi, l'interesse concorrente sia imputabile all'amministratore delegato, quest'ultimo non solo ha l'obbligo dell'informativa, ma anche il dovere di astensione dal compimento dell'operazione.

A ben vedere, in realtà, anche il dovere di non agire in conflitto di interessi può essere assorbito nel più ampio dovere di gestire la società con diligenza, di cui il primo costituisce, pertanto, solo una specificazione¹²⁷: non è infatti certamente diligente l'amministratore che, nell'esercizio delle proprie funzioni, persegue interessi propri o altrui a discapito dell'interesse della società.

L'art. 2391 c.c. si limita, pertanto, a stabilire degli obblighi di carattere procedurale, diretti a garantire, in via preventiva e cautelare, che il perseguimento dell'interesse sociale non sia a priori pregiudicato dalla presenza di

illecite, i soggetti interessati al risultato che si intendeva conseguire realmente, a prescindere dalle enunciazioni formali; la prevedibilità della incidenza negativa e positiva di tali effetti, e la loro portata, sulla situazione in atto al momento della produzione degli effetti, per circoscriverne l'ambito di operatività attestato dai mutamenti constatabili, almeno, secondo un giudizio di accorta ordinarietà; si potrà ottenere che sia evitato che ulteriori conseguenze, estranee alla dipendenza causale di quelle operazioni, si facciano rientrare, erroneamente, in un ambito non proprio ed a carico di soggetti che non ne devono rispondere.

127 In tal senso, tra i molti, ANGELICI, Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c. in Riv. Dir. Comm., 1970, I, 104; GUIZZI, Sub. Art. 2391, in Società di capitali, Commentario, a cura di Niccolini-Stagno D'Alcontres, Napoli, 2, 2004, 652; STESURI, Il conflitto di interessi, Milano, 1999, 130; VENTORUZZO, Sub. Art. 2391 in Amministratori (art. 2380 - 2396 c.c.) a cura di GHEZZI in Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005;

un interesse personale proprio (o altrui) degli amministratori nella gestione della società.

Tale ultima affermazione ci è utile per introdurre l'analisi di un altro obbligo o dovere generico dell'amministratore, tradizionalmente ritenuto principio cardine di una corretta ed efficiente gestione societaria, ovvero sia il dovere di perseguire l'interesse sociale.

La particolare importanza di tale generico dovere all'interno della nostra ricerca impone che ad esso vengano riservati appositi spazi di approfondimento nel prosieguo.

II.7) Il dovere di perseguire l'interesse sociale quale espressione e specificazione del generale dovere di gestire la società in modo corretto ed efficiente.

Così classificati gli obblighi degli amministratori, nella nostra ricerca volta ad individuare uno standard astratto di comportamento diligente dell'amministratore, idoneo a indirizzarlo nelle proprie scelte gestorie ed a porlo al riparo da azioni di responsabilità per negligenza, occorre ora considerare il tema dell'interesse sociale, sotto il profilo dell'esercizio della funzione gestoria, in quanto esso ha da sempre costituito, e tuttora sembra costituire, parametro idoneo a definire dei criteri giuridicamente vincolanti, ai quali gli amministratori si devono attenere nella gestione della società¹²⁸.

Individuare l'esatta portata della nozione di interesse sociale da perseguire, dunque, può contribuire a riempire

128 CALANDRA BUONAURA, Funzione amministrativa e interesse sociale, in Valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in *AA.VV. L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger: atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2010, 103.

di contenuto il concetto di diligenza, in modo da indirizzare le scelte gestorie degli amministratori nei casi concreti.

Occorre in primo luogo chiedersi se effettivamente esista un dovere, per gli amministratori, di perseguire l'interesse della società; risolta positivamente tale questione bisogna indagare quali possano essere i soggetti i cui interessi sono suscettibili di venire in rilievo nel perseguimento dell'interesse sociale da parte dei gestori dell'impresa, ed infine è necessario definire tale interesse.

Alla prima domanda è possibile sicuramente dare risposta affermativa.

Nel nostro ordinamento non esiste una norma che espressamente definisca la finalità dell'azione amministrativa¹²⁹ (diversamente, lo si vedrà¹³⁰, nell'ordinamento bancario, ove l'art. 5 del T.u.b. permette di elencare delle finalità-scopo ed una finalità-mezzo ben precise), non potendosi ritenere tale il poco sopra esaminato art. 2380 bis c.c. comma primo, che investe gli amministratori del compito di compiere “le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”.

La soluzione positiva viene, pertanto, desunta in via interpretativa dall'obbligazione principale e generale degli amministratori di gestire la società e, quindi, dal fatto che, come ogni altro obbligato, essi sono tenuti ad adempiere eseguendo la propria prestazione in modo puntuale, esatto e corretto.

Come noto, infatti, la prestazione in generale consiste

129 ANGELICI, *La società per azioni e gli “altri”*, in *Valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Op. cit., 59 secondo cui nella gestione dell'impresa azionaria non sono positivamente individuabili specifiche finalità, potendo rilevare ogni interesse pertinente all'impresa.

130 V. Infra Cap. IV. 3.

sempre in un comportamento del debitore diretto a soddisfare un interesse del creditore; in ogni obbligazione, quindi, da un lato è richiesta sempre un'attività del debitore, dall'altro l'attività deve pure dirigersi alla realizzazione di un risultato utile. È possibile, però, che nel titolo costitutivo il contenuto dell'obbligazione sia indicato o con riferimento al risultato utile, senza che sia dato particolare rilievo all'esplicazione dell'attività, oppure con riferimento al particolare tipo di attività dovuta, considerata in sé e per sé, e relegato nello sfondo il fine utile a cui essa è rivolta.

In realtà in tutte le obbligazioni è dovuto un risultato ed il risultato implica sempre il doveroso impiego dei mezzi necessari per il suo conseguimento¹³¹.

Si deve osservare, piuttosto, che vi sono obbligazioni per cui lo sforzo necessario per il soddisfacimento dell'interesse creditorio è rimesso, in maggiore o minore misura, alla scelta discrezionale del debitore circa i mezzi e i modi della sua attuazione.

Esemplare in tal senso è proprio l'obbligazione fondamentale degli amministratori di società per azioni di gestire la società ai quali, ai fini della scelta di come adempiere è riconosciuta una certa apparente libertà.

Spetta, infatti, agli amministratori scegliere i mezzi necessari ed idonei per il raggiungimento del fine di gestire la società in modo corretto ed efficiente nonché indirizzare, conseguentemente, la propria attività.

Quanto al modello normativo di condotta, che deve informare l'azione degli amministratori, soccorre, al fine di

131 BIANCA, Diritto civile, IV, Milano, 1998, 75, GIORGIANNI, Obbligazione, in N.mo Dig.It., 1965, 598, MENGONI, Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi, Op. Cit., 189.

limitare il possibile arbitrio, la citata norma dell'art. 2392 c.c., che richiede la diligenza prevista per le obbligazioni in generale dall'art. 1176 comma secondo del c.c, come si avrà modo di meglio specificare nel prosieguo¹³².

Non si può non sottolineare sin da subito la peculiarità che caratterizza il dovere dell'amministratore di gestire la società con diligenza, per quanto concerne le aspettative dei soggetti implicati nell'obbligazione, i quali mirano ad un risultato economico determinato.

Ed invero, la funzione amministrativa, in linea generale comporta sempre, per chiunque la svolga, l'esercizio di poteri volti a realizzare la cura di interessi patrimoniali altrui e, in quanto tale si palesa essenziale nella vita di una società.

In ordine a tale funzione, nell'ordinamento vigente, si è visto che l'organo amministrativo la esercita in via sostanzialmente esclusiva, e si può affermare che gli amministratori debbano occuparsi della cura di interessi altrui, ad essi estranei, che si puntualizzano, essenzialmente, con riferimento alla consistenza patrimoniale della società. Pertanto, l'attività amministrativa viene svolta dall'amministratore, non solo per conto, ma anche nell'interesse della società e, quindi, non per un interesse proprio.

Più nello specifico, con riferimento alla diligenza richiesta all'amministratore di società, è ormai pacifico e riconosciuto legislativamente che essa debba essere parametrata con riguardo alla natura dell'attività esercitata ex art. 1176 secondo comma c.c. e, quindi, nel caso di società di capitali, essa debba essere riferita alla particolare aspettativa della società e dei soci di conseguire un risultato economico positivo, sicchè l'amministratore è

132 V. Infra Cap. III. 2.

tenuto a curare con ogni attenzione che questo risultato venga raggiunto, ponendo in essere tutti gli atti gestionali che possono risultare, fra quelli possibili, i più opportuni ed utili¹³³.

Per tali motivi è generalmente incontestato il fatto che il dovere di diligenza ricomprenda in sé quello di perseguire l'interesse sociale¹³⁴.

Attraverso il ricorso alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, gli amministratori devono assumere e realizzare quelle decisioni che, tra le diverse alternative possibili, abbiano la finalità di perseguire l'interesse sociale.

Che l'interesse della società debba indirizzare l'attività gestoria degli amministratori è confermato sia dal generale principio in base al quale nei rapporti obbligatori l'attività del debitore deve essere valutata in funzione (e tendere alla realizzazione) dell'interesse del creditore (art. 1174 c.c.), sia dal ricorso ai doveri di correttezza e buona fede oggettiva (art. 1175 c.c. e 1375 c.c.), quale principi di integrazione e/o valutazione della condotta del debitore.

Il comportamento degli amministratori, pertanto, non deve uniformarsi al solo criterio di diligenza ma, dovendosi ispirare ad una diligenza qualificata dalla buona fede oggettiva, deve tendere al miglior risultato possibile.

È evidente che la definizione del contenuto del criterio della diligenza degli amministratori viene ampiamente influenzata dalla nozione che si intende

133 Trib. Milano, 1 dicembre 1988, in Soc., 1989, 173.

134 BONELLI, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, Op.cit., 179, secondo cui nel valutare la diligenza dell'amministratore, occorre tenere conto "dell'aspettativa della società di conseguire un risultato economico positivo" e che, pertanto, l'amministratore "doveva prestare quella diligenza che meglio potesse consentire la realizzazione di tale risultato".

attribuire all'interesse sociale da perseguire¹³⁵.

Risulta utile, pertanto, una breve digressione sul tema che possa contribuire, a conclusione della presente ricerca, a riempire di significato il concetto di diligenza, al fine di dare ad esso un contenuto il più oggettivo e standardizzato possibile, con riferimento principalmente a tutti quei casi, come, a titolo di esempio, quello che ha dato il là alla presente ricerca¹³⁶, in cui il compimento di un atto ovvero l'omissione di esso (la mancata impugnazione dello stato passivo, per intenderci) abbia comportato non tanto una diminuzione patrimoniale, bensì un mancato guadagno, magari anche ingente¹³⁷.

135 SALVATO, Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza, in *Società*, 2001, I, 14.

136 V. *Supra*, Cap. I.6.

137 Si ritiene, infatti, che gli amministratori debbano indirizzare la propria attività nel modo più idoneo a realizzare l'interesse della società e che di conseguenza, si aggiunge, incorrano in responsabilità verso la società non solo per le perdite arrecate al patrimonio sociale, ma anche per il conseguimento di risultati insoddisfacenti, qualora siano direttamente riconducibili al loro operato. Ed invero, la dottrina più accreditata sostiene che gli amministratori sono tenuti nei confronti della società non solo ad evitare che si producano perdite patrimoniali ma, diversamente da quanto prescritto dall'art. 2394 c.c., che menziona solo la "conservazione dell'integrità del patrimonio sociale", hanno il dovere di provvedere affinché la società consegua lo scopo per cui si è costituita e, quindi, di gestire l'impresa in modo da realizzare un lucro, e rispondono dell'inadempimento a tale dovere, ai sensi dell'art. 2392 c.c., anche quando il loro comportamento abbia provocato non una diminuzione del patrimonio sociale, ma un mancato guadagno, in questo senso CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 217; TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a*, Op. cit., 14.

E ciò, a ben vedere, a discapito di diversi possibili interessi coinvolti, che possono non essere solamente quelli che a prima vista vengono in rilievo (gli interessi dei soci).

II.8) Gli interessi coinvolti nella gestione societaria.

Nella gestione di una società sono coinvolti molteplici interessi.

Innanzitutto gli interessi dei soci (gli azionisti, nella s.p.a.), che investono parte del loro patrimonio nella società e partecipano al rischio d'impresa, al fine di ricavarne benefici economici, nei termini sia patrimoniali, come aumento del valore dell'investimento, sia reddituali, come utile derivante dall'esercizio dell'attività d'impresa.

A ben vedere, in realtà, già all'interno di questa apparente unitaria categoria è possibile contraddistinguere degli interessi diversi, a seconda della tipologia di azionista.

Vi è il socio che investe nel breve termine e quello che investe nel lungo periodo; vi è il socio che per la dimensione del suo investimento ha buona ragione di voler intervenire direttamente nella gestione dell'impresa ed il socio che, invece, si preoccupa massimamente dei risultati finanziari nel breve periodo del suo investimento¹³⁸.

Queste brevi considerazioni portano subito a suddividere, in generale, due importanti categorie di soci: il c.d. "speculatore" ed il c.d. "risparmiatore".

Tale classificazione riveste un'importanza fondamentale nella nostra ricerca ai fini del diverso

138 LIBONATI, *Riflessioni su "l'interesse sociale" di Pier Giusto Jaeger*, in *Valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Op. cit., 77.

atteggiarsi del dovere di diligenza dell'amministratore nell'ambito delle sue scelte discrezionali e, molto spesso, incerte e rischiose.

Accanto agli interessi dei soci vi sono poi gli interessi di altre categorie di soggetti, collettivamente denominati stakeholders¹³⁹, quali: i creditori o finanziatori, i dipendenti, i fornitori, i clienti e i consumatori dei prodotti dell'impresa, la comunità dove la società opera e che può subire effetti dall'attività d'impresa, i partecipanti al mercato finanziario dove i titoli della società sono oggetto di negoziazione, lo Stato e gli altri enti pubblici, in funzione degli interessi pubblici che devono curare.

Ciascuna di queste categorie di soggetti ha interesse a che la società sia gestita in modo tale che i proprio interessi non siano pregiudicati ma, altresì, che l'impresa sociale assuma l'obbligazione di curare i medesimi interessi e ne promuova la realizzazione¹⁴⁰.

Alla luce dei molteplici interessi coinvolti nella gestione societaria, occorre chiedersi quale sia quello prioritario e, più specificamente, nell'interesse di chi, l'amministratore, debba gestire la società; nonché, quindi, quale sia l'interesse sociale che deve guidare la gestione dell'impresa.

Secondo la teoria economica, la società deve essere gestita nell'interesse del soggetto in grado di assicurare la gestione più efficiente dell'impresa e l'efficienza generale del sistema economico.

Al riguardo le teorie principali sono due: una si

139 Per una rassegna delle varie categorie di stakeholders v. ZATTONI, *Aspetti proprietari e corporate governance*, Milano, 2006, 73.

140 ULISSI, *Interessi extrasociali e operazioni con parti correlate*, in *La responsabilità degli amministratori di società e la determinazione del danno*, Op. cit., 281 e ss.

incentra sull'interesse degli azionisti: c.d. shareholder value; l'altra, sull'interesse dei sopra richiamati stakeholders.

Secondo la teoria dello shareholder value¹⁴¹, la gestione della società deve mirare a creare valore per gli azionisti, i quali non hanno diritto ad una remunerazione determinata del loro investimento e sono maggiormente esposti ai comportamenti abusivi da parte degli amministratori; in particolare essi beneficiano del c.d. reddito residuale della gestione e cioè di quanto residua alla società dopo che siano stati regolati i rapporti con i suoi diversi creditori. Essi hanno quindi i maggiori incentivi a creare efficienza, perché ogni miglioramento si traduce per loro in maggiore guadagno. Massimizzare il valore per gli azionisti vuol dire quindi massimizzare l'efficienza dell'impresa e, conseguentemente, il benessere generale. Secondo la teoria dello shareholder value il valore di mercato delle azioni è la misura dell'efficienza dell'impresa.

Secondo la teoria dello stakeholder value, invece, nella gestione della società occorre trovare un equilibrio tra gli interessi degli azionisti e quelli degli altri soggetti coinvolti nell'impresa. Si ritiene, infatti, che il valore delle azioni non sia il criterio esclusivo per valutare l'efficienza e che esso non conduca, pertanto, ad una maggior efficienza generale. L'attenzione agli interessi degli

141 Teoria nata nei paesi anglosassoni, di matrice liberista e che presuppone un'economia di mercato, si veda FERRANDO, *Teoria della creazione del valore e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Impresa Progetto - Electronic Journal of Management*, 1, 2010, www.impresaprogetto.it; RAPPAPORT, *Creating Shareholder Value. The New Standard for Business Performance*, in GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, 2005, Torino, 106;

stakeholders aumenterebbe, al contrario, il benessere collettivo; inoltre, poiché in tal modo si rafforzerebbe l'immagine e la reputazione della società, varrebbe anche accresciuto, nel lungo periodo, il valore per gli azionisti¹⁴².

Ciò che rileva, in ogni caso, è come tutti i problemi che “ruotano intorno” alla nozione di interesse sociale, che da sempre si va cercando in dottrina, riguardano proprio l'opportunità di impedire ad un soggetto di perseguire strategicamente il proprio interesse esclusivo e di obbligarlo, invece, a tenere conto anche degli interessi di altri soggetti¹⁴³.

In sostanza, poiché nella s.p.a. si assiste a quel fenomeno sopra analizzato per cui la gestione dell'impresa è affidata a chi non è titolare e, spesso, il potere degli amministratori richiede di essere ampiamente discrezionale, sembra realistico osservare che l'esercizio di tale potere in concreto apra lo spazio al perseguimento di molteplici interessi e che quello dei soci possa configurarsi solo come uno dei tanti.

II.9) Il possibile contenuto della nozione di interesse sociale.

È arduo determinare quale sia il contenuto dell'obbligo di perseguire l'interesse sociale¹⁴⁴.

Punto di partenza imprescindibile, (ma anche, come

142 Teoria sostenuta dagli istituzionalisti, tra i molti, LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. Società*, 2009, 1 ss.

143 DENOZZA, *L'interesse sociale tra coordinamento e cooperazione*, in *Valorizzazione del capitale sociale e protezione degli stakeholders*, Op. cit., 9.

144 BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Op. cit., 182.

vedremo, punto d'arrivo della presente ricerca su tale questione), ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere la famosa e significativa risposta che il giurista Walter Rathenau diede, decenni fa, nella sua qualità di amministratore di società, agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, i quali si lamentavano di non aver guadagnato abbastanza dal loro investimento azionario. L'insigne giurista rispose che la sua società non esisteva per “distribuire dividendi a l'orsignori, ma per far andare i battelli sul Reno”¹⁴⁵.

L'espressione “i Battelli del Reno” è diventata, da allora, sinonimo dell'interesse sociale, cioè della oggettivizzazione della impresa e, con essa, della proprietà, al punto da determinare una contrapposizione fra interesse degli azionisti, legittimi proprietari dell'impresa, e l'interesse dell'impresa in sé.

La soluzione emersa dall'esempio del pensatore tedesco Rathenau è il passaggio da un'ottica di cosiddetta shareholders value a quella di stakeholders value.

L'espressione merita di essere approfondita, avendo riguardo, seppur brevemente alle due diverse e più importanti interpretazioni, prettamente dottrinali, che circondano il concetto di interesse sociale¹⁴⁶.

145 ASQUINI, I Battelli del Reno, in Scritti, III, 1961, 221 ss. A quasi vent'anni dall'approvazione del nuovo Codice Civile, l'Autore riprendeva la nota espressione che era stata utilizzata dal Ministro della Ricostruzione e poi Ministro degli Esteri della Repubblica di Weimer, Walter Rathenau, in un periodo di deciso consolidamento del capitalismo industriale e finanziario, dopo la grande crisi del 1873 e del 1900. L'Autore de “L'Economia Nuova” (Die Neue Wirtschaft) aveva così risposto alle lagnanze degli azionisti della Norddeutscher Lloyd che si lamentavano di non aver guadagnato abbastanza dai propri investimenti.

146 Tra i moltissimi Autori sull'argomento: JAEGER, L'interesse

Da un lato abbiamo la c.d. teoria istituzionalista dell'interesse sociale, tipica della dottrina tedesca dell'*Unternehmen an sich*¹⁴⁷, che considera l'interesse sociale superiore e distinto dagli interessi dei soci, siano essi intesi singolarmente o come collettività: essa parte dall'affermazione della rilevanza preminente per l'ordinamento giuridico dell'impresa in sé e reputa di conseguenza l'interesse dell'impresa, ossia l'interesse sociale, superiore a qualunque altro, subordinando ad esso gli interessi degli stessi soci¹⁴⁸.

In base a questa concezione, la società viene in considerazione quale organizzazione di uomini e mezzi, con una valorizzazione, dal punto di vista del contratto di società, dell'oggetto dello stesso (ovvero la creazione

sociale, Milano, 1964; JAEGER, L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo) in *Giur. Comm.*, 2000, I, 795 ss.; ASCARELLI, L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c. in *Riv. Soc.* 1956, 93 ss; MIGNOLI, L'interesse sociale, in *Riv. Dir. Soc.*, 1958, 731; ASQUINI, I battelli del Reno, in *Scritti*, III, 1961, 221; GAMBINO, Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni, Milano, 1987, 231; D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro It.*, 1988, V, 48; PREITE, Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni, in *Trattato sulle società per azioni a cura di Colombo-Portale*, Torino, 1992, III, 2, 20; COTTINO, Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo), in *Riv. Soc.*, 2005, 693.

147 RATHENAU, *L'economia nuova*, trad. it., Bari, 1922.

148 GALGANO, La società per azioni, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano, Padova, 1988, VII, 61; per un'ulteriore panoramica v. SILVETTI - CAVALLI, *Op. cit.*; PREITE, Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni, *Op. cit.*, 20; OPPO, Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 486.

dell'organizzazione per l'esercizio dell'attività economica) rispetto allo scopo (il perseguimento dell'interesse dei soci al lucro e alla divisione degli utili)¹⁴⁹ e, poiché l'elemento caratterizzante la società è l'organizzazione, vale a dire l'impresa, coloro che l'impresa dirigono e gestiscono (gli amministratori) si trovano ad avere un ruolo di assoluta preminenza rispetto a coloro che investono i capitali ma rimangono estranei all'esercizio dell'attività economica.

L'interesse sociale è, dunque, identificato con l'interesse dell'impresa, considerata quale soggetto economico attivo, creatore di ricchezza e di occasioni di lavoro e, pertanto, assumono rilevanza gli interessi di tutti coloro che partecipano ad essa: non solo dei soci, presenti e futuri, ma anche dei lavoratori dipendenti, dei creditori sociali, dei consumatori e, dato che l'impresa opera nel mercato e contribuisce al benessere collettivo, anche l'interesse generale dell'economia pubblica e dello Stato (i c.d. stakeholders)¹⁵⁰.

In Italia, questa dottrina era diffusa, in forma più blanda rispetto alle teorizzazioni germaniche, sotto la vigenza del passato codice del commercio, anche se, all'interno di essa, esistevano svariate posizioni.

La giurisprudenza dell'immediato dopoguerra, anche

149 MIGNOLI, *L'interesse sociale*, Op. cit., 731; PAVONE LA ROSA, *Profili della tutela degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1965, 85.

150 Si arriva poi sino alle teorizzazioni estreme di questa concezione, che ritengono l'impresa un bene comune, impongono a tutti coloro che vi operano l'obbligo di fedeltà, obbligano l'imprenditore ad esercitare la sua attività in modo da conseguire, oltre al suo interesse personale, il bene dell'impresa, l'utilità generale, del popolo e dello Stato e prevedono forme varie di "cogestione" dell'impresa, in cui i lavoratori dipendenti partecipano agli organi deliberativi della società datrice di lavoro, sul punto GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1996, 42.

se con isolate pronunce non essendo il tema oggetto di casistica applicativa diffusa, si era espressa con accenti marcati in senso istituzionalistico¹⁵¹.

In contrapposizione con la teoria istituzionalista dell'interesse sociale si è sviluppata, soprattutto nel nostro Paese, la teoria contrattualista¹⁵² che risolve l'interesse sociale nell'interesse comune dei soci e concepisce l'impresa come oggetto della società. Essa parte da una valorizzazione del momento genetico della società, cioè dal contratto di società e in essa, poiché il contratto è l'accordo di due o più parti, ciascuna delle quali si determina alla stipulazione mossa da proprie esigenze personali, in vista del raggiungimento di un determinato scopo, assume un ruolo fondamentale proprio quella contrapposizione d'interessi di cui è, invece, negata l'esistenza dalla teoria istituzionalista.

L'interesse sociale è, secondo questo orientamento, l'interesse comune dei soci: i soci, con la loro manifestazione di volontà, hanno dato vita alla società, essi possono modificarne la struttura, l'attività, il capitale e

151 Cass. 20 giugno 1958 n. 2148, in Foro It., 1959, I, 1150; Cass. 25 ottobre 1958 n. 3471, in Foro it., I, 204.

152 FERRI, Poteri della maggioranza e diritti del socio, in Banca, borsa e titoli di credito, 1952, II, 160; CARNELUTTI, Tutela penale della minoranza nella società per azioni, in Riv. soc., 1956, 298; MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina deliberazioni assembleari e di consiglio*, in Riv. dir. comm., 1956, 314; MIGNOLI, L'interesse sociale, Op. cit., 725; SENA, Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: *l'interesse pubblico come interesse extra-sociale*, in Riv. Soc., 1958, 43; GRECO, Le società nel sistema legislativo italiano, Torino, 1959, 240; PATRONI GRIFFI, Il controllo giudiziario sulle società per azioni, Napoli, 1971, 233; D'ALESSANDRO, Il controllo giudiziario sulle società per azioni, in Temi di diritto societario, 1997, I, 229.

possono anche decretarne la fine; la creazione della società non determina il sorgere di un interesse astratto dell'impresa di natura pubblica, giacché i rapporti tra soci e tra questi e la società, rimangono essenzialmente di diritto privato¹⁵³.

L'interesse sociale sarebbe, dunque, il minimo comune denominatore che unisce i soci dalla fondazione della società al suo scioglimento, è l'interesse in vista del quale più persone si sono determinate a stipulare il contratto di società, per il quale mantengono in vita l'ente e venendo meno il quale, ne decreteranno la morte; è la tendenza alla realizzazione dello scopo del contratto e, poiché il contratto deriva dall'incontro delle volontà delle sue parti, non può che essere comune a tutti coloro che al contratto partecipano¹⁵⁴.

Questa dottrina non si preoccupa di definire il contenuto dell'interesse sociale, ma vuole soltanto predisporre il procedimento per la sua definizione, lasciando in sostanza ai soci il compito di individuare di volta in volta in cosa esso consista e le modalità della sua realizzazione¹⁵⁵;

153 GRECO, Op. cit., 240, il quale scrive che “è contraddittorio, ed è contra legem, attribuir loro, istituzionalmente, il perseguimento di interessi e scopi diversi da quello comune ai soci”

154 MINERVINI, Op. cit., 314; MENGONI, Appunti per una *revisione della teoria del conflitto d'interessi* nelle deliberazioni assembleari delle s.p.a., in Riv. soc., 1956, 434; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, Op. cit., 748; GRECO, Op. cit., 241.

155 Il luogo in cui questa determinazione avviene è l'assemblea, nella quale le deliberazioni vengono approvate, salvo casi particolari, se ottengono il voto favorevole dei soci che rappresentano la maggioranza del capitale azionario. L'opzione del legislatore in favore del principio maggioritario, implica che la decisione in ordine al contenuto dell'interesse sociale sia

Si è posto, nell'ambito di queste teorie, il problema, non di poco conto, di definire se dell'interesse sociale debbano essere considerati titolari solo i soci attuali o se possano assumere rilevanza anche le posizioni dei soci futuri.

Per i contrattualisti, chiaramente, l'interesse sociale deriva dall'adesione al contratto di società e pertanto solo coloro che fanno parte della società possono esserne considerati portatori¹⁵⁶.

Diversamente per gli istituzionalisti, secondo i quali, a venire in considerazione sono gli interessi di tutti i soci che fanno parte dell'impresa societaria, quelli attuali ma anche e soprattutto quelli futuri¹⁵⁷. E, pertanto, sia i soci c.d. "speculatori" ma anche, e soprattutto, i soci c.d. "risparmiatori".

Dunque, mentre si è visto che una delle conseguenze della teoria istituzionalista era l'imposizione dell'obbligo di esercitare l'attività sociale in modo da perseguire l'interesse dell'impresa (ovvero, principalmente, la continuazione dell'attività di impresa, in linea con l'affermazione de "I battelli del Reno"), ossia un interesse diverso e superiore a quello dei soci; per i contrattualisti, invece, la determinazione dell'interesse sociale è rimessa

rimessa non a tutti i soci, ma solo ad una certa parte di essi.

156 Ritenere rilevanti anche le posizioni dei soci futuri, finirebbe per snaturare la stessa nozione di società per azioni, in cui l'estrema mobilità del titolo impedisce di prevedere se e quanto a lungo un soggetto resterà titolare delle azioni e, comunque, si sostiene che chi entra a far parte della società sia in grado di predeterminare il rischio del proprio investimento (il prezzo che paga per le azioni), per cui non vi sarebbero, in realtà, concrete esigenze di protezione. In questo senso, MENGONI, *Op. cit.*, 434; MIGNOLI, *L'interesse sociale, Op. cit.*, 749 e ss.

157 V. anche supra Cap. II.8. e infra cap. III.

ai soci e ne deriverebbe, quindi, che i soci siano liberi di specificarlo come meglio credono.

La pluralità di posizioni in ordine alla questione dell'interesse sociale, dimostra che al problema non si era riusciti a dare una risposta esauriente, che permettesse alla dottrina di attestarsi su dei punti fermi.

Recentemente, la questione dell'interesse sociale è stata affrontata in maniera diversa: si è ritenuto che il vizio di fondo delle elaborazioni precedenti consistesse nel voler a tutti i costi dare una definizione unitaria ad un concetto che è, invece, variegato e composito, cosa che ha da sempre portato i commentatori a soluzioni necessariamente parziali e, perciò, insoddisfacenti.

Si è così proposta una nuova prospettiva di lavoro, che, abbandonata la visione, per così dire, monolitica dell'interesse sociale, ne fa un concetto complesso, comprendente in sé una pluralità d'interessi, tutti egualmente rilevanti; tuttavia, v'è da dire che anche questa impostazione s'è rivelata poco appagante, in quanto, ancora una volta, l'individuazione degli interessi rilevanti ha portato gli interpreti a risultati molto diversi¹⁵⁸.

Alla luce di tutto quanto sin qui riassunto, relativamente alle due concezioni dell'interesse sociale, possiamo osservare come l'affermazione contrattualista, che considera l'interesse sociale come interesse comune ai soci sia piuttosto ambigua, dato che non chiarisce quale degli interessi in conflitto assuma una posizione di preminenza e, anzi, sembra appiattare nella nozione di

158 Per una panoramica ben ricostruita sulla questione che, per evidenti ragioni di brevità, non si può riportare completamente si rimanda a NERI, Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni, in Rivista di diritto bancario e finanziario on line, 2002, www.tidona.com.

“comune” le situazioni contrastanti esistenti all’interno della società.

Peraltro si è evidenziata la problematica, rilevante ai fini della presente ricerca, di capire quale interesse debba essere privilegiato tra i diversi soci: se quello dei soci di breve periodo, legati alla speculazione, ovvero quello dei soci di lungo periodo, legati al risparmio.

Nessuna delle due teorie, istituzionalista e contrattualista, è in verità ritenuta in grado di fornire una risposta adeguata dell’attuale disciplina delle società di capitali.

Si ritiene che una visione che contempi entrambe le concezioni, considerate in rapporto di sinergia anziché d’incompatibilità reciproca, possa risolvere il problema: e così, il contrattualismo potrebbe servire a spiegare le dinamiche interne all’assemblea, mentre l’istituzionalismo darebbe conto della posizione degli altri organi sociali, in special modo proprio del potere - dovere degli amministratori di gestire la società in maniera diligente e, pertanto corretta ed efficiente.

Proprio con riferimento all'amministratore di società e a tale suo primario dovere necessita, sin da subito, di essere nuovamente richiamata l'affermazione, già citata nelle prime righe del presente paragrafo, di quell'amministratore tedesco che ha sostenuto che scopo della propria società e, quindi del suo agire gestorio, sia “far andare i Battelli sul Reno”.

Per anni, ed ancor oggi, tale affermazione è stata evocata dagli innumerevoli commentatori in tema di interesse sociale solo ed esclusivamente come emblema dell'istituzionalismo puro in contrapposizione, invece, ad un'altra ed opposta affermazione, ritenuta, invece, tipica del contrattualismo più radicale, ovverosia quella che prescrive di avere degli amministratori “vichinghi sui ponti

delle diverse navi (rectius società)”¹⁵⁹.

Recentemente entrambe le affermazioni sono state richiamate nell'utilizzo di una significativa metafora, secondo la quale le c.d. “navi vichinghe” hanno ricacciato i “Battelli del Reno” dentro le rade, fermandone la regolare navigazione, e sono diventate le schegge impazzite e speculative del sistema¹⁶⁰.

Orbene, è evidente che le due diverse e contrastanti visioni dell'amministratore di società, al di là della loro classificazione in un senso o nell'altro delle diverse teorie, hanno in comune la circostanza di riferirsi ad un modello standard di buon amministratore, all'interno di un'impresa sociale¹⁶¹.

A ben vedere, inoltre, le diverse affermazioni parametrano tale modello di buon amministratore e, quindi, la diligenza a costui richiesta nell'agire gestorio, al suo diverso modo di atteggiarsi nei confronti di tutte quelle scelte discrezionali, non predeterminate o imposte, e dunque suscettibili di essere considerate, altresì, rischiose. Rischio che, lo vedremo meglio avanti¹⁶², permea l'intero agire gestorio.

159 Per una specificazione di questa frase e della sua portata si rimanda a D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Foro It.*, 1988, V, 48 e MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata in Contratto e Impresa*, 1986, 733.

160 FORTUNATO, *Battelli del Reno e scorribande vichinghe: un difficile compito per il giurista*, in *I battelli del Reno*, *Rivista online di diritto ed economia dell'impresa*, 2013.

161 LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003*, *Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, II, 198, secondo il quale, appunto, l'interesse sociale coincide con quello alla corretta gestione imprenditoriale.

162 V. *Infra* Cap. III.

È possibile premettere sin da ora che, se nella nozione di interesse sociale che l'amministratore è tenuto a perseguire, soprattutto nell'ambito delle proprie scelte discrezionali, si fa rientrare la possibilità di speculazione, di rischiare, di compiere scelte avventate e soprattutto azzardate, ma comunque gestorie ed insindacabili, avremo quale modello di amministratore diligente: l'amministratore c.d. "Vichingo", colui che specula e vuole il rischio.

Se, invece, nella nozione di interesse sociale che l'amministratore è tenuto a perseguire, nell'ambito delle medesime proprie scelte discrezionali, si fa rientrare la necessità di ridurre al più possibile la speculazione ed il rischio, a favore della prudenza, dell'oculatezza e dell'avvedutezza, avremo quale modello di amministratore diligente: l'amministratore c.d. "Traghetto del Reno", che non specula e non vuole il rischio, ma che gestisce la società in modo che potremmo definire sin da subito "sano e prudente"¹⁶³.

A seconda dell'interesse sociale che in concreto si ritiene debba prevalere e, quindi, del modello di buon amministratore che si intende privilegiare, possiamo, dunque, affermare che la diligenza dovuta, nei termini di prudenza e avvedutezza, sarà più oppure meno elevata.

Tuttavia, operando in tal maniera, il risultato è una difformità delle valutazioni che, oltre a dar vita ad una diversità di soluzioni, non aiuta nell'identificazione di affidanti modelli legali di condotta che possano contribuire a raggiungere la "famosa" doppia finalità delle presente ricerca¹⁶⁴.

La questione si potrà risolvere solo nel prosieguo,

163 V. Infra Cap. Banca.

164 V. Supra Cap. I.1.

allorquando si integrerà il concetto stesso di diligenza con le problematiche della c.d Business Judgment Rule e del rischio d'impresa¹⁶⁵ nonché degli interessi coinvolti nello specifico ambito bancario¹⁶⁶.

II.10) Rischi connessi ad un'eventuale gestione eccessivamente cauta e prudente dell'amministratore di società.

Con l'ovvia premessa che il tema è specificamente inerente alla materia dell'analisi economica del diritto e lo si può toccare in via del tutto sommaria, risulta comunque opportuno evidenziare, per poter successivamente prendere una posizione anche intorno a tale aspetto, le critiche che certi studiosi (appunto di analisi economica del diritto, per lo più comparatistica), hanno sollevato con riferimento alle conseguenze connesse ad una possibile “gestione eccessivamente cauta e prudente dell'amministratore di società di capitali”.

Secondo certi Autori, infatti, il pericolo che si cela dietro l'affermazione dell'obbligo di rispettare, nel perseguimento dell'interesse sociale, gli interessi di altri soggetti (unitamente all'ovvia constatazione che a seguito della riforma del 2003 si è assistito ad una maggiore responsabilizzazione degli amministratori di società) è quello di indurre costoro ad una gestione eccessivamente cauta e prudente che, da molti, è stata definita inefficiente.

L'inefficienza è stata richiamata principalmente rispetto alle preferenze dei soci, per evidenziare come un conseguente aggravio dei costi gestionali e precauzionali, che si avrebbe con una gestione improntata alla prudenza, potrebbe andare a discapito sia dei soci stessi, sia degli

165 V. Infra Cap. III.6.

166 V. Infra Cap. IV.2.

interessi del mercato e dell'economia in generale.

È stato osservato che l'amministratore dovrebbe essere l'interprete principale dell'interesse sociale e delle preferenze dei soci e non può, dunque, sostituire la propria propensione al rischio a quella dei soci, normalmente più alta.

I soci, sarebbero, infatti, soggetti solitamente più propensi al rischio, in considerazione della possibilità di realizzare una efficiente diversificazione del proprio investimento; viceversa gli amministratori, che investono quasi integralmente il proprio capitale umano nella società, sarebbero tendenzialmente più avversi al rischio¹⁶⁷.

Si è sottolineato, tuttavia, che mentre i primi possono beneficiare dei vantaggi che deriverebbero dalla possibile diversificazione dei propri investimenti, nonché da operazioni più redditizie, ma più rischiose; sugli amministratori incombe invece il rischio “non diversificabile” della loro maggiore responsabilità associata alle operazioni più rischiose.

Tale considerazione, di fatto, induce l'amministratore ad essere sicuramente più prudente ed avverso al rischio nonché a ricorrere (secondo questi commentatori “eccessivamente”) a pareri e consulenze esterne con aggravio di costi.

Oltre, spesso, ad indurlo a soprassedere dal compiere operazioni e scelte gestorie che potrebbero risultare di beneficio per il patrimonio sociale nei termini di redditività immediata e, dunque, di efficienza, ma che potrebbero,

167 Sull'avversione al rischio degli amministratori come caratteristiche che ne contraddistinguono l'attività, anche a prescindere dalla presenza di una crisi, v. MOKAL, *An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives, and the Creditors' Bargain*, 2000, in *Cambridge Law Journal*, 59, 27.

invece, rivelarsi rischiose nei termini di redditività ed efficienza futura con il rischio di essere, successivamente, sottoposto ad un'azione di responsabilità.

Ciò, fino al limite estremo, segnalato soprattutto dalla letteratura americana, di scoraggiare amministratori capaci e competenti dall'assumere e mantenere il proprio incarico proprio per evitare il rischio di essere esposti a rilevanti azioni di responsabilità¹⁶⁸.

Tuttavia, anche qualora le predette osservazioni e critiche fossero condivisibili, non si può certo pretendere che il corretto amministratore sia colui che, indipendentemente da una propria propensione al rischio alta o bassa, “sappia adattarsi tempestivamente alle mutevoli situazioni del mercato passando con rapidità da iniziative altamente rischiose, e dunque potenzialmente molto profittevoli, fino ad atteggiamenti che possono *appiattirsi sul criterio dell'economicità (...) in situazioni di mercato meno facili*”¹⁶⁹.

Una simile impostazione della corretta ed efficiente gestione societaria potrebbe determinare, peraltro, una sostituzione (di fatto) delle valutazioni discrezionali del giudice, all'autorità e alle scelte degli amministratori, chiamati dai soci a gestire il patrimonio sociale.

168 PETRONE, La responsabilità degli amministratori di società nel sistema americano, in *Dir. Ec. Ass.*, 1995, 363; DELLACASA, Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori, in *Contratto e impresa*, 1999, 222.

169 Come è stato invece sostenuto v. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione dei soci nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, 308.

CAPITOLO TERZO

IL CANONE DELLA DILIGENZA DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETA'

III.1) Introduzione.

Alla luce di tutto quanto fino ad ora esposto è possibile affermare che il canone della diligenza debba essere considerato sia quale dovere generico, tale da individuare caso per caso i corretti comportamenti gestori dovuti dall'amministratore di società, ma non specificamente predeterminati dalla legge, sia quale parametro di riferimento per la valutazione della corretta gestione societaria con riguardo ad ogni azione o omissione posta in essere dagli amministratori di società.

Ed invero, secondo l'orientamento prevalente negli anni, ed ancora oggi, la diligenza risulta essere sia un criterio di determinazione del contenuto stesso della obbligazione degli amministratori di gestire la società, “di guisa che il dovere di diligenza viene a coincidere con il dovere di adempimento”¹⁷⁰; sia un parametro di commisurazione dell'adempimento e della responsabilità “*per stabilire se l'attività di prestazione, svolta dal debitore, corrisponda o meno all'esatto adempimento dell'obbligazione*”¹⁷¹. In tal modo la diligenza delimita l'area dei possibili comportamenti corretti, di ciò che, nel singolo caso, deve ritenersi esatta prestazione¹⁷². Intesa in

170 MENGONI, *Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*, in Riv. Dir. Comm., 1954, I, 189.

171 MENGONI, *Op. cit.*, 206.

172 ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, 15; DI

quest'ultimo senso, quindi, la diligenza non conduce ad una individuazione univoca della condotta dovuta, ma realizza soltanto un giudizio in termini di esatto o inesatto adempimento¹⁷³.

Che lo si voglia intendere nel primo significato oppure nel secondo, è innegabile, in ogni caso, che il canone della diligenza permea l'intero agire gestorio degli amministratori.

III.2) La diligenza nel testo ante e post riforma.

Attualmente, lo si è più volte ribadito, l'art. 2392, comma primo, c.c. prevede che gli amministratori debbano adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

“Natura dell'incarico” e “specifiche competenze” sono, dunque, i criteri cui deve ancorarsi la valutazione dell'adeguatezza della diligenza, spiegata dall'amministratore di società nel caso concreto.

Prima di indagare quale sia il significato di questi parametri e proseguire, così, nell'opera di riempimento del contenuto il generale concetto di diligenza, si rivela utile una breve digressione circa l'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale di tale concetto.

L'art. 2392 c.c., nel testo anteriore alla riforma del 2003, disponeva che “gli amministratori devono adempiere ai doveri ad essi imposti con la diligenza del mandatario”.

MAJO, Delle obbligazioni in generale, in Commentario al codice civile, a cura di Scialoja - Branca, 1994, Roma-Bologna, 298.

173 TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Milano, 2008, 28.

La norma ha costituito l'asse portante e l'elemento di continuità all'interno del sistema della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni nel nostro ordinamento, rappresentando ed individuando, per essi, il più generale canone di comportamento.

La disposizione è stata, ed è ancora, adoperata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in via integrativa e sussidiaria, per prendere posizione in fattispecie concrete di problematica inquadrabilità¹⁷⁴.

Va sottolineato, infatti, che l'accertamento della diligenza nella fattispecie concreta ha costituito e rappresenta un tipico e non delegabile esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto il giudice si trova a dover determinare egli stesso il canone generale di comportamento diligente dovuto e ad applicarlo al caso concreto sottopostogli.

Anche per questi motivi è molto importante individuare un corretto e quanto più standard possibile parametro di riferimento da applicare alla fattispecie concreta, che si caratterizza, per l'appunto, nella determinazione dell'intensità con cui deve atteggiarsi il dovere di diligenza incombente, in via generale, sull'amministratore.

Si è detto che l'art. 2392 c.c., nella formulazione originaria del codice civile, si riferiva alla diligenza del mandatario¹⁷⁵, ovvero sia a quel canone di comportamento

174 Sul tema si veda CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Milano, 2003, 368.

175 Il richiamo al parametro della diligenza del mandatario poggiava, in realtà, sulla circostanza che gli amministratori venivano, per l'appunto, considerati come semplici mandatari dei soci, in virtù del rapporto (di mandato) sottostante che li legava alla società medesima da amministrare; sulla natura giuridica del rapporto giuridico che si instaura tra amministratore e società si

previsto all'art. 1710 c.c. secondo cui “il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia”; tale disposizione rimandava quindi, a propria volta, alla diligenza del buon padre di famiglia, prescritta dall'art. 1176, comma primo, c.c. nell'adempimento delle obbligazioni di mezzi. E obbligazione di mezzi, lo si è visto¹⁷⁶, è ormai pacificamente riconosciuta quella degli amministratori di gestire la società con diligenza.

Dottrina e giurisprudenza, già nel vigore della disciplina previgente alla riforma, erano pressoché unanimi nel ritenere che in realtà la diligenza andasse parametrata alla particolare attività, alla determinata contingenza storica, alla specifica area geografica ed ai rilievi di ordine economico delle diverse fattispecie concrete in cui l'amministratore era tenuto a gestire la società.

Nello specifico, si fronteggiavano sul punto due diversi orientamenti.

L'uno, riteneva sufficientemente esaustivo il richiamo alla diligenza del mandatario; pertanto, secondo tale visione, la diligenza cui era tenuto l'amministratore doveva ritenersi null'altro e nulla più che quella del buon padre di famiglia, di cui all'art. 1176 comma primo c.c.¹⁷⁷.

A ben vedere, tuttavia, tale indirizzo tendeva in ogni caso a sopravvalutarne la portata, per superare la tradizionale genericità del significato.

veda anche Supra Cap. II.2.

176 Si veda Supra Cap. II.6

177 In questo senso di veda VISINTINI, Inadempimento e mora del debitore in Commentario al codice civile a cura di Cuffaro, Milano, 2006, 162; MONTALENTI, L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, in Giur. Comm., 2003, I, 422.

Si riteneva infatti che, benché il riferimento dovesse essere quello del buon padre di famiglia, tale parametro volesse solo indicare che doveva aversi riguardo ad un modello tipico e astratto, e non alla diligenza del particolare debitore in questione; si scriveva, infatti, che “non deve, invece, ritenersi che tale diligenza sia quella dell'uomo medio, il criterio del buon padre di famiglia è in realtà più severo o, se si preferisce, meno generico”¹⁷⁸.

Secondo un diverso e maggioritario orientamento, la diligenza richiesta all'amministratore di società per azioni doveva essere, invece, quella prevista al secondo comma, del detto art. 1176 c.c., ovverosia quella che utilizzerebbe un uomo normalmente diligente, in relazione alla particolare natura dell'attività prestata¹⁷⁹; era, insomma, “la diligenza esigibile da parte di chi ha assunto il compito di gestire una impresa”¹⁸⁰.

Il legislatore della riforma ha fatto propria

178 Così, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 174.

179 TINA, *L'esonero da responsabilità dell'amministratore di s.p.a.*, Op. cit., 33; ed è questa l'impostazione che trovava ampi consensi in dottrina, vigente la precedente disciplina, tra i molti v. BALZARINI, *Insindacabilità delle scelte di gestione compiute dagli amministratori e responsabilità dei medesimi verso la società*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1998, 429; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991, 49; CORONA, *Note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci e degli amministratori nei confronti dei creditori sociali*, in *Dir. Fall.*, 1989, I, 18; GALASSO, *Mala gestio degli amministratori*, in *Società*, 1989, 1191; PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, 100; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 144.

180 GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Milano, 2003, 277.

quest'ultima impostazione.

Pur eliminando il generico richiamo alla diligenza del mandatario, senza tuttavia pregiudicare il riferimento all'art. 1176 c.c., quale norma di applicazione generale, il nuovo testo dell'art. 2392, primo comma, c.c. stabilisce, come già anticipato, che gli amministratori di società per azioni debbano adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla “natura dell'incarico”.

In tal modo resta, dunque, definitivamente escluso il richiamo alla generica diligenza del buon padre di famiglia¹⁸¹.

Sotto questo profilo, si può tuttavia ritenere che la presunta portata innovativa, segnalata da una parte della dottrina¹⁸², del nuovo testo dell'art. 2392 comma primo, (prima parte) c.c., resti confinata su un piano meramente semantico, che nulla aggiunge ai risultati già ottenuti in sede interpretativa ed applicativa, rispettivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che avevano già fondato un'opera ricostruttiva tesa ad arricchire di contenuti e ad assicurare una costante attualizzazione del termine “diligenza”.

Il concetto di diligenza, in altre parole, si è evoluto, per opera dei numerosi studiosi e degli operatori del diritto, di pari passo con il modernizzarsi delle dinamiche

181 BUONOCORE, Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate, in *Giur. Comm*, I, 2006, 389; MONTALENTI, L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, *Op.cit.*, 437.

182 MONTALENTI, L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, *Op.cit.*, 429; ORTOLANO, Poteri, doveri e limiti degli amministratori, in *AA.VV. La riforma del diritto societario: il parere dei tecnici tre anni dopo*, a cura di Danovi, Milano, 2007, 123.

economico-gestionali dell'impresa sociale.

In ogni caso, si ritiene che anche il criterio di cui all'art. 1176 c.c., secondo comma, configuri solamente un'accettabile punto di partenza, ma non possa esaurire il contenuto del concetto di diligenza, postulando anzi l'inserzione all'interno di esso di ulteriori possibili canoni valutativi quali la perizia, la professionalità, la prudenza, l'oculatezza, la ragionevolezza.

A tal fine, come verrà ripreso nel prosieguo¹⁸³, ha da sempre “giocato” un ruolo fondamentale, e continua tuttora a rivestire un'importanza per nulla indifferente, nei termini di scelte discrezionali c.d. “rischiose”, il dovere degli amministratori, nelle loro decisioni gestorie, di perseguire l'interesse sociale.

III.3) Il parametro della “natura dell'incarico”.

Il primo parametro, cui deve ancorarsi la valutazione dell'adeguatezza o meno della diligenza spiegata dall'amministratore nel caso concreto, è la natura dell'incarico.

Posto, come si è argomentato poco sopra, che il legislatore della riforma si sia, sul punto, limitato a recepire le concordanti spinte dottrinali ed interpretazioni giurisprudenziali, oggi, con l'espresso riferimento alla “natura dell'incarico”, non vi è più alcun dubbio sul fatto che il tasso di diligenza professionale richiesto sia quello prescritto dall'art. 1176 secondo comma, c.c.¹⁸⁴.

183 V. Supra Cap. II.7 e ss; Infra Cap. III.7.

184 Sul punto, peraltro, è recentemente intervenuta una sentenza del Trib. Milano del 20 aprile 2009, in *Giustizia a Milano*, 2009, 4, 29, che, benché di molto successiva alla Riforma del 2003, ha specificato, giudicando su di un caso antecedente la predetta riforma, che “l'art. 2392, nella sua vecchia formulazione, imponeva agli amministratori un obbligo di amministrare con

Si tratta di un parametro oggettivo che, a propria volta, impone, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'amministratore, di tenere in considerazione due "subparametri".

L'uno, è quello del contesto organizzativo in cui si inserisce l'attività dell'amministratore e, quindi, le caratteristiche concrete della società amministrata. In questo senso, si fa riferimento sia all'organizzazione imprenditoriale in senso ampio, ossia il settore di attività, gli elementi dimensionali e la complessità di articolazione; sia all'organizzazione imprenditoriale in senso stretto della società ovvero la configurazione degli organi sociali, del modello di gestione, della compagine azionaria.

In sostanza, in virtù di tale "subparametro" possiamo affermare che: maggiori sono le dimensioni e la complessità della società, più elevato è il tasso di diligenza richiesto all'amministratore di società dalla natura del suo incarico¹⁸⁵.

Il secondo "subparametro" è costituito dalla posizione e dalle funzioni in concreto svolte da ciascun

diligenza e senza conflitti di interessi, sancendo così con una clausola generale il contenuto della diligenza dovuta. Il parametro di diligenza, al quale il giudice deve riferirsi per determinare la responsabilità degli amministratori e sindaci implica i criteri di valutazione dell'art. 1176 comma secondo c.c., in tema di responsabilità professionale, e pertanto presuppone il riferimento sia alle caratteristiche oggettive dell'impresa (dimensioni, organizzazione, settore di attività, struttura dell'azionariato) sia alle funzioni concretamente espletate da ciascun amministratore".

185 ROSSI, Sub art. 2392, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei - Alberti, Padova, 2005, 792, secondo cui "Deve quindi affermarsi un principio di diretta proporzionalità tra complessità e dimensioni dell'impresa amministrata, da un lato, e grado di diligenza del gestore, dall'altro lato".

amministratore all'interno della società: presidente o consigliere, delegato o meno.

In tal caso, più (o più concentrati) sono i poteri e più elevato è il tasso di diligenza richiesto all'amministratore di s.p.a. dalla natura del suo incarico¹⁸⁶.

Per completezza espositiva pare opportuno prendere in considerazione, in quest'ambito, anche la disputa dottrinale in tema di applicazione, ovvero non applicazione, dell'art. 2236 c.c., all'amministratore di società di capitali.

Come noto, la norma dispone che qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, *“il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave”*.

Secondo alcuni commentatori della Riforma il parametro della “natura dell'incarico”, positivizzando il riferimento al concetto di diligenza professionale di cui all'art. 1176, secondo comma, c.c., potrebbe consentire all'amministratore, conseguentemente, di invocare a proprio discarico la limitazione di responsabilità ivi prevista per il prestatore d'opera professionale, qualora

186 DE NICOLA, Amministratori, art 2380 - 2396, in La responsabilità verso la società, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, 555, secondo il quale “l'accertamento della responsabilità presuppone il riferimento alla posizione concretamente assunta da ciascun amministratore nell'ambito dell'organo collegiale (...)”, egli riporta altresì un esempio concreto “Ad esempio, al presidente potrà essere contestato di non aver convocato il consiglio di amministrazione o di non essersi adoperato affinché le adeguate informazioni fossero fornite a tutti i consiglieri in occasione del consiglio. L'amministratore membro del comitato di controllo interno potrà invece essere ritenuto responsabile se la società ha subito un danno in quanto egli ha ommesso di esercitare le specifiche funzioni di controllo ad esso attribuite”.

costui sia stato chiamato a decidere e ad agire su una questione riguardante, appunto, problemi tecnici di speciale difficoltà¹⁸⁷.

Tuttavia, l'impostazione attualmente prevalente, propende per la non applicabilità del predetto art. 2236 c.c. all'amministratore di società, per due ragioni¹⁸⁸.

L'una, di carattere sistematico: se il legislatore avesse voluto inserire un tale principio "rivoluzionario" lo avrebbe esplicitato espressamente nelle norme di legge; l'altra, prende in considerazione la ratio stessa della disposizione, ponendo in evidenza come essa configuri una norma di carattere eccezionale e come tale insuscettibile di analogia.

Conseguentemente, dunque, si ritiene che l'amministratore non possa giovarsi di un'attenuazione di responsabilità, secondo la previsione dell'art. 2236 c.c.

III.4) Il parametro delle specifiche competenze.

Il secondo parametro, di natura ovviamente soggettiva, costituisce la vera novità, apportata dalla riforma del 2003, al canone della diligenza dell'amministratore.

Entrano a questo punto in gioco i requisiti individuali del singolo amministratore: il suo curriculum vitae, il suo

187 PANZANI, Il fallimento e le altre procedura concorsuali, Torino, 2002, II, 1477; SALVATO, Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza, in Società, 2001, 20.

188 FORTINO, La responsabilità civile del professionista, Milano, 1984, 100; VISENTINI, La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore, a cura di Afferni-Visentini, Principi civilistici nella riforma del diritto societario, Milano, 2005, 103; ZANARDO, Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni, Padova, 2010, 197.

livello d'istruzione e le proprie esperienze professionali maturate.

Prima di addentrarci nell'analisi di questo parametro di diligenza, giova sin da ora premettere che le “specifiche competenze” non vanno confuse con i requisiti di professionalità, a cui lo statuto sociale potrebbe subordinare l'assunzione della carica di amministratore, ai sensi dell'art. 2387, comma primo, c.c.

Ed invero, nell'ipotesi prevista dalla disposizione citata, la valutazione della professionalità va compiuta in astratto e, come dettato espressamente, anche con riferimento ai requisiti previsti al riguardo dai codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati.

L'art. 2392, comma primo, c.c. si pone su un piano diverso (ed ulteriore rispetto agli eventuali requisiti di professionalità richiesti dallo statuto), imponendo un riscontro della “professionalità” dal punto di vista concreto del rapporto tra competenza dell'amministratore e gli specifici settori di attività e/o le singole operazioni di gestione societaria¹⁸⁹.

In tal modo il legislatore ha introdotto un criterio di determinazione del grado di diligenza richiesto all'amministratore che, aggiungendosi a quello riferito all'impresa e alla sua organizzazione, tenga conto del livello di “professionalità” dell'amministratore: in modo che, chi è munito di maggiori competenze (ossia conoscenze tecniche - professionali e manageriali) dovrà osservare un obbligo di diligenza più intenso.

Il che non significa misurare il grado di diligenza dovuto da ogni singolo amministratore, ma ricostruire un modello di diligenza di costui anche sulla base

189 CONFORTI, Op. cit., 378.

dell'esperienza e della qualità professionale che ci si poteva ragionevolmente attendere dall'amministratore soggetto a valutazione.

Ciò che rileva, dunque, sono le “competenze” all'amministratore ragionevolmente ascrivibili ed obiettivamente riscontrabili alla luce del relativo percorso formativo e professionale¹⁹⁰.

Di conseguenza, i criteri per valutare la diligenza degli amministratori, che abbiano concorso all'adozione e all'attuazione di una determinata delibera dell'organo amministrativo, dovranno declinarsi diversamente, a seconda dell'attinenza delle cognizioni specifiche di ciascun amministratore con le materie oggetto della delibera in discorso.

La posizione di chi, ad esempio, sia un esperto fiscale verrà valutata più criticamente rispetto a chi non abbia tali specifiche competenze, qualora il consiglio di amministrazione abbia deliberato un'operazione le cui negative implicazioni fiscali avrebbero dovuto essere evidenti prima facie ad un esperto della materia¹⁹¹; ancora, in caso di operazioni di investimento speculativo in strumenti finanziari derivati, la diligenza dell'amministratore specializzato in finanza aziendale dovrà essere valutata con maggior rigore, rispetto alla diligenza degli amministratori che non vantino (né

190 ROSSI, Sub art. 2392, in *Il nuovo diritto delle società*, Op.cit., 7 evidenzia come il riferimento alle specifiche competenze dell'amministratore imponga di “ricostruire il modello di amministratore diligente anche sulla base dell'esperienza professionale che ci si poteva ragionevolmente attendere dall'amministratore oggetto di valutazione”.

191 DE NICOLA, articolo 2392, in *Amministratori* a cura di GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Milano, 2005, 546.

avrebbero dovuto vantare sulla base del proprio curriculum formativo e/o professionale) analoghe competenze¹⁹².

Tuttavia, ciò non significa pretendere che ogni amministratore sia provvisto della “personale” cognizione di tutte le svariate tecniche professionali e manageriali richieste per la migliore gestione dell'impresa, né, tantomeno, esonerare da responsabilità l'amministratore sprovvisto di conoscenze tecniche adeguate al compimento di determinati atti gestori.

Partendo da tale secondo assunto, vi è stato infatti chi¹⁹³, in dottrina, ha sollevato una duplice questione: da un lato si è detto che la nuova formulazione dell'art. 2392, comma primo, seconda parte, c.c., apra le porte alla possibilità di esonerare da responsabilità chi invochi la mancanza di specifiche competenze nel compimento di quell'altrettanto specifico atto gestorio che, ex post, si è rivelato pregiudizievole; dall'altro lato, è stata sollevata la questione, collegata alla precedente, di un ingiustificato inasprimento della responsabilità per quegli amministratori dotati di capacità, esperienze e cognizioni particolari.

Effettivamente, a prima vista, la norma potrebbe

192 DE NICOLA, *Amministratori*, Op. cit., 557; 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*, a cura di Campobasso, 2, Milano, 2006, 839; ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Milano, 2007, 6; VENTORUZZO, *Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma*, in *Riv. Dott. Comm.*, II, 2004, 366.

193 BUSSANI-VENCHIARUTTI, *Variazioni sulla colpa*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 1987, I, 47; TINA, *Op. cit.*, 42.

alimentare il dubbio che il riferimento alle specifiche competenze dell'amministratore possa essere invocato in difesa di quest'ultimo, nel caso in cui le relative competenze risultino inferiori a quelle richieste dalla natura dell'incarico.

Al riguardo pare potersi condividere, ormai pacificamente, l'opinione secondo cui la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico andrebbe intesa come lo standard minimo di diligenza, cui ciascun amministratore deve attenersi per non incorrere in responsabilità.

Una diversa interpretazione porterebbe, infatti, a facili elusioni del disposto normativo, poiché consentirebbe agli amministratori di sottrarsi alle proprie responsabilità semplicemente eccependo la propria incompetenza in materia. Per non parlare del fatto che, interpretata nel primo senso, la norma potrebbe dar luogo a degli sconvenienti ed inefficienti fenomeni di “selezione avversa”, disincentivando proprio i soggetti più qualificati ad accettare incarichi di amministrazione di società.

In ogni caso, pare assolutamente maggioritaria l'impostazione secondo cui, mediante il predetto parametro, il livello minimo di diligenza sia stato, semmai, innalzato proprio in considerazione di quelle specifiche competenze di volta in volta vantate o pretese dal singolo amministratore, e non ridotto, qualora le stesse si rivelassero inferiori a quanto è ragionevole attendersi sulla scorta della natura dell'incarico.

È da condividere, in definitiva, l'opinione di chi ha sostenuto come il richiamo al possesso da parte del singolo amministratore di specifiche competenze avrebbe l'effetto di determinare un maggior rigore nel giudizio di responsabilità ed un innalzamento della condotta diligente

cui l'amministratore sarebbe tenuto¹⁹⁴.

Si realizzerebbe in tal modo un inasprimento della responsabilità degli amministratori dotati di capacità, esperienze e cognizioni particolari, tenuti appunto ad un livello superiore di diligenza e, di conseguenza, ad una maggiore esposizione debitoria¹⁹⁵.

Tuttavia, anche tale conclusione va ponderata e riconsiderata con maggior attenzione.

Se è vero che la nuova previsione normativa può determinare, sul piano operativo, una differente distribuzione della responsabilità tra i membri del consiglio di amministrazione a seconda delle specifiche competenze e capacità di ciascun amministratore, sul piano giuridico-formale, non sembra potersi escludere che fosse possibile giungere ad un risultato analogo anche alla luce della previgente disciplina. Non è corretto ritenere che, sulla base dell'art. 2392 c.c., vecchio testo, l'amministratore particolarmente diligente e qualificato andasse comunque esente da ogni responsabilità se, adagiandosi sul semplice modello del buon amministratore, non avesse fatto effettivo ricorso alle

194 AIELLO, Gli amministratori di società per azioni, in Trattato di Diritto Privato, Tomo VI, diretto da Rescigno, Milano, 2013, 64, secondo cui le abilità specifiche sortiscono l'effetto di elevare lo standard minimo di diligenza altrimenti esigibile sulla base del mero criterio obiettivo, mai di abbassarlo. Si veda anche DI AMATO, sub. Art. 2476, in Società a responsabilità limitata, La riforma del diritto societario, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 202.

195 VENTORUZZO, Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma, Op.cit., 368; ALEMAGNA, Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma, in Società, 2004, 284; RABITTI, Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori, Milano, 2004, 154.

proprie competenze, esperienze e qualità superiori, in virtù delle quali era stato normalmente nominato.

Anche precedentemente alla riforma, infatti, la personalizzazione del giudizio di responsabilità sulla base delle caratteristiche soggettive del debitore, poteva presumersi dall'applicazione dei principi di correttezza e buona fede, che impongono al debitore di fare ricorso a tutte le proprie risorse, nei limiti della loro esigibilità, per garantire la soddisfazione dell'interesse del creditore¹⁹⁶.

Sul punto, tanto prima della riforma quanto nel contesto attuale, bisogna specificare che spesso, al momento della costituzione del vincolo contrattuale, le stesse parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, fanno riferimento alle speciali qualità individuali del debitore, quale elemento caratterizzante il proprio regolamento di interessi, esplicitamente o anche solo implicitamente.

Ci si può chiedere, dunque, dove stia la portata davvero innovativa della norma che impone all'amministratore di fare riferimento alle "specifiche competenze".

Sicuramente, lo si è sopra esposto, è stata positivizzata la regola "non scritta" secondo cui una scelta gestionale imperita, ricorrendone tutti gli altri presupposti necessari positivi (danno, nesso causale) e negativi (impossibilità della prestazione ex art. 1218 c.c.), comporterà la responsabilità dell'amministratore perito

196 BRECCIA, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, 13, FORTINO, La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici, 1984, 77; NATOLI, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958, 31; TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Op. cit., 41.

che, tramite il ricorso alle proprie specifiche competenze tecniche e professionali, avrebbe potuto contribuire ad una scelta differente e perita.

Tuttavia, la vera novità sta nel fatto che l'amministratore non dotato delle specifiche competenze per quella specifica scelta gestionale (imperito) non potrà, semplicemente, invocarne la mancanza per andare esente da responsabilità; occorrerà, invece, verificare se abbia tenuto, in via preliminare, una condotta comunque diligente ossia se abbia fatto affidamento alle informazioni preventivamente assunte per quella scelta gestoria da chi di quelle specifiche competenze fosse concretamente dotato e, successivamente, se le abbia debitamente ponderate in virtù del proprio livello minimo di diligenza comunque richiesto al "buon amministratore", sulla base della "natura dell'incarico"¹⁹⁷.

Dunque, il nuovo articolo 2392 c.c., tramite la previsione di un giudizio di responsabilità apparentemente differenziato, riconosce implicitamente, anzitutto che non tutti i membri del consiglio di amministrazione devono essere necessariamente forniti di specifiche competenze e, inoltre, che l'amministratore privo di quelle particolari cognizioni tecniche e professionali richieste per la gestione dell'impresa sociale, ha il dovere di fare ricorso ad esperti o consulenti, anche esterni all'organico sociale.

L'amministratore privo delle competenze richieste per la scelta gestoria dovrà, quindi, compiere tale scelta sulla base di un ragionevole affidamento circa informazioni, pareri, opinioni assunte da amministratori forniti di tali capacità o da esperti in materia, anche esterni al consiglio di amministrazione. Peraltro, il semplice

197 TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Op. cit., 41.

affidamento non basta ad esonerare da responsabilità, in quanto questo deve essere altresì caratterizzato dalla ragionevolezza.

In sostanza, l'amministratore non perito dovrà sempre fare ricorso a quella cultura d'impresa del "buon amministratore" che deve comunque possedere, per valutare se i giudizi espressi dagli amministratori periti o dai consulenti esterni, a cui si sia diligentemente rivolto, siano attendibili.

Per meglio specificare quanto appena esposto e comprendere a pieno il contenuto del concetto di diligenza dell'amministratore risulta utile ampliare il discorso alla nota e controversa questione, dibattuta in dottrina e giurisprudenza, intorno al tema della perizia dell'amministratore di società.

III.5) Diligenza, perizia e professionalità dell'amministratore di società.

Tra le maggiori questioni si pongono in tema di diligenza dell'amministratore di società vi è la problematica riguardante la necessità o meno del requisito della perizia: ci si chiede se la diligenza richiesta a costui debba intendersi comprensiva anche della perizia, intesa come capacità personale e professionale.

Negli anni una parte della dottrina ha dato risposta positiva a tale quesito, sostenendo che l'incarico di amministratore possa essere correttamente espletato solo qualora costui abbia la personale ed effettiva abilità tecnica richiesta per l'esercizio di questa attività¹⁹⁸.

Si è sostenuto che nella stessa nozione di adempimento della prestazione rientri anche l'uso della perizia richiesta dall'espletamento della funzione da

198 CANTILLO, *Le obbligazioni*, 1992, Torino, 559.

svolgere; nel senso che, l'imperizia delle scelte, per definizione, non permette di qualificare come correttamente adempiuta la propria obbligazione di gestire la società con diligenza¹⁹⁹.

Si è anche sottolineato come le scelte di gestione possano dirsi adeguate solo se alla diligenza si accompagna la perizia, poiché l'interesse del "creditore/società" richiede che in numerose operazioni, vengano impiegate tecniche appropriate, perciò connotate dalla dovuta perizia nelle decisioni²⁰⁰.

Tale orientamento, già negli scorsi anni, è rimasto largamente minoritario.

La dottrina prevalente escludeva, ed esclude, che nella diligenza richiesta agli amministratori di società sia da ricomprendere la perizia. Ciò che si è da sempre sostenuto e si continua a ribadire è che non può pretendersi che l'amministratore di società sia perito in tutte le materie che possono presentarsi durante il suo agire gestorio e che, pertanto, la diligenza dell'amministratore non comprende la personale cognizione delle svariate tecniche, la cui applicazione può essere opportuna per una migliore gestione dell'impresa²⁰¹.

Ciò che si impone all'amministratore è di essere diligente in ogni fase della propria gestione societaria. Costui, pertanto, avrà il dovere, di fronte alle inevitabili sue lacune, anzitutto di assumere le necessarie informazioni tecniche e professionali in relazione a quella specifica operazione gestoria da compiere.

199 FRANZONI, *Gli amministratori e dei sindaci*, Torino, 2002, 359.

200 WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Op. cit., 147.

201 BONELLI, *La responsabilità degli amministratori della società per azioni*, Op. cit., 61.

In sostanza, tale orientamento ha più volte ribadito il principio secondo cui “neanche all'amministratore più diligente può richiedersi che egli sia contemporaneamente un esperto in contabilità, in materia finanziaria, nella redazione dei bilanci, nel settore o settori dell'attività di impresa...”²⁰²

Lo stesso testo della Relazione alla legge di riforma del 2003 sembrerebbe avallare tale interpretazione, laddove precisa 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 debbano essere necessariamente periti in contabilità, in materia finanziaria e in ogni settore della *gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale*”.

Ciò non vuol dire automaticamente, come si è tentato di esporre nel precedente paragrafo²⁰³, che l'amministratore sia, allora, esonerato da responsabilità laddove invochi la mancanza di competenze nel settore riguardante la scelta gestoria in questione.

Infatti, si richiede all'amministratore che egli sia comunque diligente e che di fronte alla propria mancanza di conoscenze tecniche si avvalga di collaboratori ed eventualmente di consulenze, affinché le scelte ed iniziative che dovrà in definitiva assumere siano “meditate e frutto di un rischio calcolato, e non già di irresponsabile o negligente improvvisazione”²⁰⁴

In definitiva, dunque, ci si può limitare ad osservare che, contrariamente a quanto talora ritenuto, la diligenza di cui all'art. 2392 c.c., come confermato dalla stessa

202 Per tutti, BONELLI, Gli amministratori di s.p.a., Op. cit, 179.

203 V. Supra Cap. III.4.

204 Ancora BONELLI, Gli amministratori di s.p.a., Op. cit, 179.

relazione alla riforma del diritto societario, non richiede necessariamente un determinato livello di perizia da parte degli amministratori, se intesa quest'ultima come il possesso personale delle cognizioni tecniche idonee a coprire tutti i settori dell'attività sociale; ma, più semplicemente, si pretenda che la società sia comunque gestita ed amministrata con le dovute conoscenze e competenze tecniche²⁰⁵.

Ferma restando la necessità di un “substrato” di cultura di impresa, essenziale per una gestione diligente²⁰⁶, l'amministratore può anche non avere un proprio bagaglio di cognizioni tecniche adeguato ed essere tuttavia diligente se, consapevole dei propri limiti, ha cura di valersi dell'opera di esperti e qualificati collaboratori interni o consulenti esterni all'organico sociale²⁰⁷.

205 TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a., Op. cit., 298.

206 ROSSI, Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni, in AMBROSINI (a cura di) La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili, Milano, 2007, 9; SALAFIA, Profili di responsabilità degli amministratori di società di capitali, in Società, XI, 2005, 1333.

207 In un'ottica comparatistica si osserva che la facoltà di ricorrere alla collaborazione e alla consulenza esterna di esperti, e conseguentemente, il riconoscimento anche a livello legislativo della impossibilità di richiedere ai directors la personale padronanza di tutte le conoscenze tecniche necessarie per l'esercizio dell'attività sociale, è espressamente prevista anche nel sistema statunitense fra le prerogative dei componenti del board. Ed invero, l'amministratore può fare affidamento sulle informazioni, le opinioni, i reports, gli statements o altri dati finanziari, preparati da consulenti o esperti, nei limiti in cui l'amministratore ragionevolmente ritenga che queste rientrino nella competenza professionale dell'esperto e del consulente. Peraltro, anche in questo sistema giuridico si specifica che il

Dovendosi, al contrario, ritenere non diligente l'imperito che non faccia ricorso a tal genere di accorgimenti.

Semplificando, dunque, possiamo sostenere che la perizia sia riconducibile alla più generale nozione di diligenza, della quale rappresenta, in realtà, una importante specificazione.

L'amministratore diligente dovrà, pertanto, avere le capacità necessarie: a) per determinare se avvalersi o meno di esperti, b) per selezionarli e valutarne l'affidabilità; c) in secondo luogo, deve possedere quelle competenze indispensabili per comprendere quanto da questi ultimi riferito e decidere di conseguenza.

Tale ultima affermazione merita di essere specificata; l'amministratore non andrà automaticamente esente da responsabilità solo per aver agito sulla base dei consigli ed opinioni espresse dall'esperto in materia di cui si avvalso, ma dovrà avere la capacità di ponderare le informazioni ricevute.

Se è vero che non si può pretendere il possesso di una generale perizia è evidente che un corretto adempimento del dovere di gestire la società con diligenza (unitamente alla sua specificazione consistente nel dovere di agire in modo informato ex art. 2381, comma sesto, c.c.²⁰⁸), presuppone una adeguata capacità di comprensione, discernimento e valutazione sia nella

ricorso ad esperti o consulenti non costituisce, tuttavia, una difesa idonea ad escludere ogni responsabilità degli amministratori, ma può rendere evidente il fatto che l'amministratore abbia agito in buona fede o con la dovuta diligenza. Sul punto, KNEPPER - BAILEY, *Liability of corporate officers and directors*, 1992, 3.

208 Sul dovere di agire in modo informato si veda *Supra* Cap.

II.6.

richiesta stessa di informazioni (ossia nella decisione se avvalersi o meno di competenze esterne), sia nella ricezione delle informazioni sulla gestione; l'amministratore dovrà essere in possesso di quei "rudimenti" della cultura d'impresa, indispensabili a svolgere proficuamente tale attività valutativa²⁰⁹.

In sostanza, l'amministratore non perito dovrà fare ricorso a quella cultura di impresa che deve comunque possedere per valutare se i giudizi espressi da chi è perito siano attendibili²¹⁰.

Sul punto, ci si potrebbe chiedere, altresì, se vi sia nel nostro ordinamento, un obbligo di accettare la carica di amministratore solo se in grado di esercitare tale funzione in modo diligente, nei termini sopra riportati. Secondo opinioni dottrinali recenti, l'accettazione della carica da parte di chi non padroneggi le nozioni necessarie per adempiere al mandato in conformità al livello qualitativo generalmente accettato costituisce di per sé sola un esempio di negligenza e come tale va censurata ogniqualvolta si riveli foriera di danno per la società o i suoi creditori²¹¹.

Il punto di equilibrio, pertanto, non è poi così distante da quello individuato da una pronuncia, molto discussa, della Corte di Cassazione, ancora nel vigore della

209 AMBROSINI, La responsabilità degli amministratori, in Trattato di diritto privato, Tomo VI, diretto da Rescigno, Milano, 2013, 663.

210 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, 644; JAEGGER, La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica, in Giur. Comm., 1988, I, 548.

211 AIELLO, Gli amministratori di s.p.a, Op. cit., 64.

legge del 1942, la quale ha affermato che “il principio secondo cui il dovere di diligenza non comprende il dovere di perizia non può esonerare il singolo amministratore dalla conoscenza delle regole fondamentali ed essenziali *alla professionalità di quella funzione (...); con la conseguenza che la mancata acquisizione di queste regole fondamentali da parte di un amministratore prima di assumere la relativa carica costituisce violazione del dovere di diligenza che su lui grava e lo rende imputabile di ogni forma di responsabilità connessa*”²¹².

Discorso diverso vale per l'amministratore perito che abbia assunto una decisione negligente proprio sulla base delle competenze tecniche e professionali di cui fosse in possesso o per le quali, addirittura, è stato scelto dalla società come gestore.

Ed invero, al momento della costituzione del vincolo contrattuale, le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, possono fare riferimento alle speciali qualità individuali del debitore, quale elemento caratterizzante il regolamento dei propri interessi, esplicitamente o anche solo implicitamente. In relazione agli amministratori di società, indipendentemente da un'espressa previsione contrattuale in tal senso, la particolare considerazione delle competenze, delle esperienze e delle cognizioni tecnico professionali, effettuata anche solo implicitamente da parte della società durante il procedimento di selezione dei

212 Cass. n. 3483 del 4 aprile 1998 in Giur. It., 1999, 324 e in Giust. Civ., 1999, I, 1809 con nota di con nota di BONAZZA, Conflitto di interessi dell'amministratore, conferma o revirement della giurisprudenza della Suprema Corte? In Soc., 1999, 62; SCHERMI, Appunti sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni, in Dir. Fall., 1999, II, 1032; ZUCCONI, La delega di fatto non esonera gli amministratori da responsabilità, in Società, 1999, 68.

membri del proprio consiglio di amministrazione, comporta un diverso livello di prestazioni da questi ultimi atteso.

Quando, dunque, la competenza professionale costituisce il motivo o uno dei motivi dell'attribuzione della carica di amministratore, questo, nella specifica materia di competenza, sarà tenuto a possedere e ad utilizzare la perizia che ha indotto la società alla sua nomina²¹³.

È bene ricordare, peraltro, che quando la scelta della società si basi proprio su specifici requisiti tecnici e professionali posseduti dall'amministratore, in quanto idonei a garantire una gestione più efficiente, e quando questi ultimi vengono cristallizzati nello statuto, tali prescrizioni statutarie sono equiparate nell'efficacia a quelle di cui all'art. 2382 c.c., rappresentando pertanto altrettante ipotesi di ineleggibilità e di decadenza²¹⁴.

Infatti, una cosa è la diligenza e/o la perizia, altra cosa è la professionalità.

Si impone, pertanto, una breve digressione intorno al tema della professionalità dell'amministratore, che si rivelerà utile anche successivamente, in sede di sua comparazione con la professionalità richiesta all'amministratore di società bancaria²¹⁵.

Si è detto che uno degli elementi più importanti introdotti dalla riforma è consistito nel correlare la responsabilità non soltanto ad un nuovo parametro di diligenza (quello richiesto dalla natura dell'incarico, ben

213 SALVATO, Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza, in *Società*, 2001, 20.

214 RAINELLI, Sub. Art. 2392, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Contalenti, Bologna, 2004, 684.

215 Vedi *infra* Cap. IV.6.

differente da previgente parametro del buon padre di famiglia) ma, anche, alle specifiche competenze possedute, maturate ed acquisite dai singoli amministratori.

Si è anche aggiunto che, secondo l'orientamento prevalente l'amministratore non ha l'obbligo di essere perito.

Si è altresì affermato che, nel nostro ordinamento, la carica di amministratore di società, in generale, non richiede per poter essere esercitata la dimostrazione del possesso di requisiti di professionalità nella materia.

Ciò non toglie, tuttavia, che il funzionamento dell'assetto amministrativo societario sia tanto più efficace ed efficiente quanto più solide siano le competenze specifiche possedute dai vari amministratori, coinvolti nella gestione della società.

Anche quello della professionalità dell'amministratore di società è, pertanto, un tema particolarmente rilevante, nonostante ancora poco indagato, laddove anche (e soprattutto) dalla professionalità e dalla preparazione degli amministratori dipende il corretto ed efficiente funzionamento della società.

Nella maggior parte dei casi, lo si è accennato poc'anzi, la scelta dei componenti dell'organo di gestione è basata sulla valutazione di specifiche caratteristiche soggettive dei designandi (soprattutto negli enti di maggiore dimensioni), nonostante ciò la legge si astiene dal prescrivere per tutti gli amministratori il possesso di precisi requisiti professionali.

A ben vedere soltanto con riguardo alle società quotate e a quelle operanti in settori particolarmente sensibili (tra i quali, appunto, l'attività bancaria) alcune norme speciali stabiliscono che essi debbano obbligatoriamente presentare peculiari caratteri di

onorabilità, indipendenza e, per quanto a noi più interessa, professionalità²¹⁶.

Anche nell'ambito di società ordinaria è sempre possibile, tuttavia, introdurre specifiche disposizioni in materia nello statuto, al quale è consentito, in forza dell'art. 2387 c.c., subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti, da indicarsi direttamente o per relationem, tramite il rinvio a codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o dalle società di gestione di mercati regolamentati, come accade, appunto, nella prassi.

Le qualità di volta in volta richieste insistono, nella maggior parte dei casi: sull'onorabilità, afferente all'assenza di condanne penali; sull'indipendenza, da intendersi come indifferenza ai condizionamenti, interni ed esterni, e attitudine all'esclusivo perseguimento dell'oggetto sociale ed infine, appunto, sulla professionalità che presuppone il possesso di particolari titoli, abilitazioni o qualifiche e, più in generale, di un determinato grado di competenza²¹⁷.

Ciò significa che la professionalità dell'amministratore non si deve formare ex novo dal momento della nomina in poi, bensì che le competenze e i requisiti professionali necessari allo svolgimento dell'incarico devono essere precedentemente posseduti dall'amministratore che viene nominato.

Se così non fosse la società non avrebbe alcun vantaggio ed, anzi, molto probabilmente potrebbe subire dei danni.

216 In tema di società bancaria si veda infra Cap. IV.6.

217 FRANZONI, Società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori, Comm. Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 2008, 274.

L'eventuale espressa previsione di specifici requisiti di professionalità sarà strettamente connessa al successivo sindacato sull'operato degli amministratori e, dunque, a quella diligenza dovuta proprio in relazione alle specifiche competenze, nell'ambito dei giudizi di responsabilità dell'amministratore stesso, ove l'adeguatezza del predetto livello di professionalità dovrà essere, pertanto, di volta in volta verificata in relazione alla singola realtà aziendale, in dipendenza della dimensione di quest'ultima e della complessità e della natura delle attività esercitate²¹⁸.

Il livello di professionalità, logicamente, è destinato ad accrescersi a seconda della tipologia e dimensione della società presa in considerazione.

Da tutto quanto sin d'ora esposto risulta evidente che la molteplicità e la complessità dei rischi che contraddistinguono l'attività imprenditoriale della società imporrebbe agli amministratori, incaricati della gestione della società, in tutte le sfaccettature che implica tale potere gestorio, di possedere un livello di professionalità ed adeguate capacità che permettano loro di comprendere e utilizzare tecniche di valutazione dei rischi sempre più sofisticate (basti pensare, a titolo di esempio, le valutazioni richieste in tema di rischi finanziari che, sempre più spesso, sono effettuate per mezzo di complessi modelli statistico - matematici).

Prima facie si potrebbe pertanto sostenere che, benché non imposto normativamente, chi viene chiamato a coprire il ruolo di amministratore di una società dovrebbe essere dotato di un livello adeguato di competenze ed esperienze, destinate comunque auspicabilmente ad

218 BUONOCORE, Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile, in Giur. Comm., 1/2006, I, 5.

accrescersi e a svilupparsi proprio nello svolgimento dell'incarico ricoperto.

Tuttavia è pacifico che, sebbene auspicabile, nella società ordinaria non è imposto ai soggetti chiamati a gestire l'impresa di possedere un'adeguata preparazione e specifiche competenze tecnico - professionali.

Conseguentemente, si rivela ancora più importante continuare a riempire di contenuto il generale canone di diligenza dell'amministratore, quello sì, legislativamente imposto.

III.6) La Business Judgement Rule e il rischio.

Da quanto sin d'ora esposto emerge chiaramente che l'amministratore particolarmente perito è tenuto a comportarsi, nei limiti del proprio settore di competenze, in conformità alle regole d'arte, andando incontro a responsabilità ogniqualvolta faccia errata applicazione delle proprie conoscenze. Al contrario, il soggetto che non sia specialmente esperto non è tenuto a diventarlo, ma deve comunque astenersi dal compiere operazioni che presuppongono il possesso di specifiche competenze ed abilità, senza aver preventivamente interpellato un professionista ed aver ragionevolmente fatto affidamento sulle informazioni ricevute.

Il parametro della diligenza costituisce una classica clausola generale e, come tale, è contraddistinto da un contenuto tendenzialmente aperto, idoneo a ricomprendere tutte quelle cautele che vanno osservate dall'amministratore.

È pacifico, tuttavia, che nessuna censura possa legittimamente essere sollevata in ordine al merito delle scelte gestorie, non potendo mai arrivare a sostenere che il nostro ordinamento imponga agli amministratori "l'obbligo di amministrare con successo economico la società loro

affidata”²¹⁹ al contrario, si legge ormai negli scritti dei principali Autori, “i soci possono sperare che gli amministratori riescano nel loro compito, ma non possono imputare ad essi di non aver avuto fortuna”²²⁰.

Tale regola, nota come business judgement rule, è un presidio di garanzia dell'autonomia delle scelte gestionali operate dagli amministratori, ed al tempo stesso l'esplicitazione del carattere privatistico degli interessi di cui sono portatori i soci e gli amministratori stessi, i quali sono l'espressione dei partecipanti alla compagine societaria²²¹.

Tuttavia, gli interessi privatistici sottesi alla business judgement rule, pur rimanendo i primi a venire in rilievo, debbono trovare contemperamento nell'altra esigenza, dall'impronta nettamente pubblicistica, costituita dal corretto esercizio delle attività economiche di gestione societaria. Pertanto, l'insindacabilità nel merito dei singoli atti gestori degli amministratori da parte del giudice non può sconfinare in un arbitrio, che sia di pregiudizio per tutti gli altri soggetti nella cui sfera possa interferire l'attività della società.

Si evidenzia, infatti, come nel corso degli anni il limite della citata regola, costituito dall'essere uno strumento valutativo rigido e poco elastico, è emerso nella

219 BONELLI, La responsabilità degli amministratori, Op.cit, 361.

220 Tra i molti AIELLO, Gli amministratori di società per azioni, Op. cit., 67; CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Milano, 2012, 388; FRE', Società per azioni, Op. cit., 502; WEIGMANN, Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Op. Cit., 168.

221 CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Op. cit., 389.

prassi forense²²², ove difficilmente si è arrivati a sanzionare la violazione dell'obbligo di diligenza (mentre, quasi sempre la responsabilità degli amministratori è stata fondata sulla violazione di obblighi specifici sugli stessi gravanti, in quanto infrazioni più facilmente accertabili)²²³.

Il principio sopra affermato veniva costantemente ribadito dalla giurisprudenza, nei seguenti termini: “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 valutare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe ex post il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso e attuato dall'organo all'uopo legittimato”; aggiungeva la costante giurisprudenza, in accordo con la più autorevole dottrina, che “(il giudice) deve invece accertare e valutare se gli amministratori abbiano violato l'obbligo di adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo”²²⁴.

222 Si veda supra Cap. I.5.

223 CAMPANA, La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali, in Nuova giur. Civ. Comm., 2000, 225.

224 In principio, Cass. del 12 novembre 1965 n. 2359, in Foro it., 1965, I, 1820. Pronunce successive che hanno ribadito il medesimo orientamento sono numerose: Cass. del 7 marzo 1970 n. 558, in Foro it., 1970, I, 1728; Cass. del 21 marzo 1974 n. 790, in Giur. Comm., 1974, II, 509; Cass. del 28 aprile 1997 n. 3652, in Soc., 1997, 1389, con nota di FIGONE, Insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori; Cass. del 23 marzo 2004 n. 5718, in Riv. Notariato, 2004, 1571, con nota di CHIRILLI, La responsabilità degli amministratori di spa tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico; Cass. del 24 agosto 2004 n. 16707, in Giur. Comm., 2005, II, 246, con nota di SALINAS, Responsabilità degli amministratori,

Tale ultima affermazione è fortemente significativa, in quanto, per tutte quelle scelte gestorie, non legislativamente imposte e che, nella pratica, si traducono in decisioni circa l'opportunità e la convenienza sul “se” ed il “come” porre (ovvero non porre) in essere determinati atti e operazioni, il principio è stato interpretato nel corso degli anni nel senso che, comunque, debba sempre venire in rilievo la valutazione della diligenza dell'amministratore.

Tale valutazione postula l'adozione del metodo della prognosi postuma, consistente nella disamina della correttezza della condotta fonte di danno sulla base delle circostanze conosciute o che avrebbero dovuto essere conosciute dall'amministratore all'epoca del compimento della scelta gestoria; con la conseguenza che, in tal modo, il giudizio si appunta non sul risultato della gestione (vietato sulla base della regola della business judgement rule), bensì sul procedimento di maturazione delle decisioni degli amministratori e sulle modalità della loro attuazione²²⁵.

Ed invero, l'esigenza di non assicurare una pressoché totale impunità a quegli amministratori, pur chiaramente inadempienti, ma il cui contenuto della violazione non potesse essere riferito ad uno specifico obbligo, ha condotto la giurisprudenza e la dottrina ad assumere un diverso atteggiamento sulla base del collegamento tra l'obbligo di diligenza ed il rischio d'impresa.

È proprio il rischio d'impresa che deve imporre agli amministratori una valutazione critica delle proprie incombenze gestionali.

operazioni infragruppo, vantaggi compensativi.
225 AIELLO, Gli amministratori di società per azioni, Op. cit., 67.

Sicuramente, infatti, l'opera gestionale e di amministrazione, discrezionale e finalizzata al raggiungimento dello scopo sociale, si dispiega nell'ambito del rischio d'impresa, che è connaturato intrinsecamente in qualsiasi attività societaria.

Il tema della diligenza dell'amministratore di società, così come quello della sua conseguente responsabilità, è infatti strettamente correlato a quello della individuazione, misurazione e monitoraggio dei rischi a cui ogni società è per natura esposta; una efficiente struttura della società deve essere in grado di competere e creare valore nella consapevolezza e nel monitoraggio delle principali fonti di rischio.

Specificamente ci si riferisce non al solo generale rischio di perdere i capitali investiti bensì a tutte quelle declinazioni di rischio in cui l'attività imprenditoriale si deve necessariamente imbattere.

Non è questa la sede per affrontare la tematica del sistema di controllo interno e di gestione del rischio; tuttavia ci si limita ad evidenziare che la prassi aziendale ha, nel corso degli anni, identificato le principali categorie di rischio, secondo una tassonomia che viene poi nello specifico declinata a seconda delle situazioni concrete e degli ambiti specifici in cui opera la società²²⁶. Significativa potrebbe essere la mappatura dei rischi segnalata da Assogestioni²²⁷ che identifica otto categorie di

226 BERETTA, Valutazione dei rischi e controllo interno, Milano, 2004.

227 Assogestioni è l'associazione italiana delle società di gestione del risparmio. Nata nel 1984 rappresenta le principali SGR italiane operanti in Italia, diverse banche e imprese di assicurazioni che operano nell'ambito della gestione individuale e della previdenza complementare. Fanno parte dell'associazione anche alcune società di gestione estere che operano in Italia. Tra

rischio: rischi strategici, rischi finanziari, rischi operativi, rischio di sicurezza e tutela del patrimonio, rischi di compliance, rischi di delega di poteri, rischi tecnologici e dei sistemi informativi, rischi di integrità²²⁸

Una gestione dei rischi che sia efficace e funzionante concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne²²⁹.

Affrontare i rischi è compito dell'organo amministrativo ed è evidente l'utilità e i vantaggi che riceverebbe la società dalla capacità e professionalità degli amministratori di saper individuare e valutare preventivamente gli stessi.

Sul punto si evidenzia sin da ora come, nei settori regolamentati (per quanto più ci interessa nelle banche) sono state, infatti, elaborate dal legislatore norme secondarie specifiche, complesse ed in continua evoluzione, sia con riferimento ai requisiti di professionalità degli amministratori, sia con riferimento alle diverse categorie di rischio ed alle modalità di contenimento di esso²³⁰.

Per quanto attiene alla società ordinaria, lo si è detto,

le varie attività svolte, Assogestioni elabora la classificazione dei fondi comuni di investimento e, insieme all'ABI (Associazione Bancaria Italiana) e ad Assosim, è una delle tre principali associazioni di categoria tra gli intermediari finanziari italiani

228 Si rimanda alla Guida operativa breve per amministratori indipendenti e sindaci di Assogestioni, del novembre 2011, scaricabile in www.assogestioni.it

229 MARCHETTI Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate, in Riv. Soc., 1/2012, 37

230 Sul tema si veda infra Cap. VI.1.

non vi sono norme che richiedono specifici requisiti di professionalità per poter assumere la carica di amministratore; a ciò si aggiunga che non vi sono neanche disposizioni volte a regolamentare e contenere il rischio d'impresa, lasciando in tal modo agli amministratori, sembrerebbe, un'ampia libertà di azione.

Una disposizione a cui fare riferimento anche per quanto attiene alla valutazione e ponderazione del rischio, benché generica, però c'è ed è, ancora una volta, la diligenza.

Tuttavia, anche basandosi sui criteri di riferimento finora esaminati, definire con precisione quando l'amministratore, nell'esercizio della sua libertà d'azione nelle scelte discrezionali rischiose, sia stato diligente è tutt'altro che agevole.

L'esercizio dell'attività d'impresa spesso richiede decisioni caratterizzate da un alto contenuto d'innovazione, effettuate, sovente, in condizioni di incertezza che, associate alla necessità di far fronte a situazioni anche imprevedibili o difficilmente prevedibili, non sempre consentono di inquadrare la gestione sociale in un modello di condotta di diligenza standard predefinito.

Tale rischio deve essere affrontato con una valutazione critica, guidata ed ispirata alla più ampia e profonda conoscenza dei possibili, prevedibili e pensabili fattori che influenzano il risultato, tanto sul versante positivo che su quello negativo²³¹.

Solo dalla ponderazione di tutti i dati conosciuti può sorgere, corretta e non sindacabile, la scelta gestoria: in mancanza di una ragionata analisi e di una ponderata disamina, il risultato viene, invece, affidato alla pura sorte,

231 Si veda la sentenza del Tribunale di Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 122.

alla irrazionalità di decisioni e l'amministratore compie l'atto dannoso in maniera non conforme al modello di condotta che è legittimo pretendere sulla base del canone della diligenza, ovvero che costui sia oculato e prudente²³².

Ciò che conta, dunque, e che bisogna tenere in considerazione nel giudizio sulla diligenza dell'amministratore è, nuovamente, la fase preliminare e prodromica all'assunzione della scelta gestionale, prendendo in considerazione, dunque, tutti quei controlli, riscontri, precauzioni e cautele, ai quali l'amministratore diligente è tenuto.

Il giudizio sulla diligenza, in tal modo, non implica prese di posizione sull'opportunità del determinato atto, ma viene ad investire il contenuto, vale a dire il “come” l'amministratore ha agito, ex ante, ovvero se ha assunto tutte quelle informazioni, verifiche, cautele che l'applicazione dell'ordinaria diligenza imponeva di conoscere e di valutare prima di prendere quella decisione gestionale.

In sostanza, la diligenza deve riguardare non le scelte gestionali in sé, bensì le procedure necessarie per adottarle in modo ponderato, il c.d. decision making process, di modo che è solo l'eventuale omissione di quelle “cautele, di quelle verifiche, o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità dell'amministratore verso la *società*”²³³.

232 IUDICA, Sulla responsabilità di amministratori di s.p.a. per transazioni concluse con i debitori sociali, in Giust. Civ., 1983, 606.

233 Cass. n. 3652 del 28 aprile 1997, in Foro It., 1998, I, 3247 e

In definitiva, il giudizio sulla diligenza non può mai investire le scelte di gestione degli amministratori, ma tutt'al più il modo in cui esse sono state compiute.

Tuttavia, anche ragionando in tal senso, rimane aperta la problematica di individuare, anche ed a maggior ragione nell'ambito delle scelte gestorie “rischiose”, quale sia lo standard di condotta diligente, quindi corretto ed efficiente, cui l'amministratore è tenuto nel suo atteggiarsi nei confronti del rischio.

A tal fine, lo si è già ricordato in precedenza, ha da sempre “giocato” un ruolo fondamentale, e continua tuttora a rivestire un'importanza non del tutto indifferente nei termini di scelte c.d. “rischiose”, il dovere degli amministratori, nelle loro scelte gestorie discrezionali, di perseguire l'interesse sociale.

Anche laddove sia possibile stabilire una regola di comportamento adeguatamente precisa, la successiva individuazione dell'operazione contraddistinta dalla massima utilità attesa, idonea ex ante a realizzare la massimizzazione dell'interesse sociale, infatti, non sempre rappresenta un risultato dai contorni ben definiti²³⁴.

più recentemente Trib. Milano, 29 maggio 2004, in *Giur. It.*, 2004, 2334; Trib. Milano, 2 maggio 2007, in *Giust. a Milano*, 2007, 9, 61; CAMPANA, *La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali*, Op. Cit., 225; CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Op. cit., 42; DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contratto e impresa*, 1999, 22; DI AMATO, *Le S.r.l. profili sostanziali e dinamiche processuali*, Milano, 2011, 343.

234 PORRINI, *Incertezza e rischio*, in *Lezioni di analisi economica del diritto*, a cura di Chiancone e Porrini, Torino, 1997, 209; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del*

I margini di incertezza e opinabilità nella determinazione dell'operazione efficiente e, per converso, i margini di errore e di arbitrio nel giudizio di responsabilità sono riconducibili non solo alla discrezionalità nella valutazione delle variabili prese in considerazione (ovvero l'entità del risultato possibile e la probabilità che lo stesso si realizzi) e al livello tendenzialmente incompleto di informazione degli amministratori (che rende inevitabilmente imprecisa la stessa valutazione), ma molto spesso al grado di propensione al rischio proprio della società, al cui interesse l'attività dell'amministratore deve tendere.

Nella determinazione dell'utilità attesa associata alle possibili scelte gestionali alternative, (nella individuazione cioè dell'operazione che massimizza l'interesse sociale) è fondamentale il diverso atteggiamento di propensione o di avversione dei soci al rischio di impresa.

Posto che nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali occorre tenere in considerazione l'interesse del creditore ex art. 1174 c.c., la già complessa valutazione delle scelte degli amministratori nel contesto del giudizio di responsabilità effettuato dal giudice assume, pertanto, confini ancora più incerti, non solo per gli ampi margini di discrezionalità nella considerazione delle variabili di riferimento, ma anche per la difficile individuazione delle preferenze dei soci nella gestione dell'impresa sociale, che possono incidere sulla scelta finale.

È chiaro, infatti, che la propensione al rischio tra i diversi soci può essere differente, ma è altrettanto vero che gli amministratori dovranno necessariamente fare riferimento ad un valore mediano obiettivo, o, comunque, desumibile dal contesto del contratto sociale.

codice civile, in Giur. Comm., I, 2006, 35.

Ciò comporta che, in caso di incertezza, gli amministratori non possano semplicemente riferirsi alle preferenze della maggioranza dato che, in generale, le preferenze personali dei soci possono mutare nel tempo. In tal caso, l'unica soluzione effettivamente e razionalmente praticabile sembra quella di riferirsi al modello di un investitore neutrale al rischio²³⁵.

Per tutto quanto sin qui esposto in tema di gestione societaria, di diligenza, di rischio d'impresa (ma anche per tutto quanto si aggiungerà nei paragrafi successivi e nel prossimo capitolo, relativo alle stesse tematiche nell'ambito dell'impresa bancaria) pare proprio che non si ravvisino, nel nostro ordinamento societario, disposizioni volte a privilegiare chi è mosso da intenti puramente speculativi di breve periodo, mentre invece sembra prevalente la tutela del socio interessato alla crescita di valore della società nel tempo, e ciò anche in funzione di un allargamento di coloro che possono e potranno beneficiare della ricchezza creata dalla società²³⁶.

Tale conclusione potrebbe essere un buon punto di partenza per riempire ulteriormente di contenuto il concetto di diligenza e per fornire, quindi, un criterio con il quale sindacare le scelte di gestione e individuare responsabilità amministrative²³⁷.

Ciò che si può chiedere agli amministratori, pertanto, nel loro agire diligente è di effettuare una pianificazione corretta e di adottare scelte coerenti con tale pianificazione, evitando di assumere decisioni troppo

235 PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, 312.

236 TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Op. Cit., 50.

237 CALANDRA BUONAURA, *Valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Op. Cit., 109.

rischiose, azzardate, speculative che, se anche possono produrre profitti nel breve periodo, rischiano di compromettere la redditività futura dell'impresa o addirittura di distruggere valore.

Per quanto riguarda il mercato azionario, troppo spesso quest'ultimo è caratterizzato da irrazionalità e da fattori di inefficienza che ne compromettono il funzionamento; il difetto di informazione, i conflitti di interesse e la ricerca esasperata di opportunità di guadagno immediato sono fattori ineliminabili che spesso inquinano la corretta determinazione del valore attuale dei guadagni futuri.

In ogni caso, quando sono gli amministratori ad adottare strategie volte ad ottenere nel breve risultati molto positivi è difficile e raro che il mercato sia in grado di comprenderne e valutarne a pieno gli effetti prospettici nel medio e lungo termine.

Per un efficiente funzionamento del mercato e per una corretta determinazione del valore delle azioni riveste, quindi, importanza fondamentale il fatto che gli amministratori non si facciano condizionare dall'ansia del risultato immediato o non siano incentivati a conseguirlo (per esempio con incentivi retributivi misurati su risultati di breve periodo) e che, d'altra parte, non si pretenda di giudicare il loro operato sulla base dei risultati di brevissimo periodo.

Il contenuto applicativo concreto di tali osservazioni si riflette proprio nel nostro lavoro di ricerca, volto a riempire di contenuto il dovere di diligenza per permettere di orientare l'operato gestionale degli amministratori e di sindacarne le scelte gestorie discrezionali in sede di giudizio di responsabilità.

In buona sostanza, la valutazione dell'operato degli amministratori sotto il profilo della sostenibilità della

creazione di valore per gli azionisti nel lungo periodo permette di imputare ad essi una responsabilità per violazione del dovere di perseguire l'interesse sociale (e, quindi, del più generale dovere di diligenza) quando il conseguimento dei risultati sia avvenuto con modalità che, pur magari producendo una redditività immediata, hanno comportato l'assunzione di rischi tali da compromettere gravemente la stabilità dell'impresa e la sua futura redditività.

Anche considerando le difficoltà di un controllo di merito sulle scelte gestionali, che abbiamo visto derivare dalla business judgement rule²³⁸, si può in tal modo dare all'interesse sociale effettività e concretezza come criterio che consente di riempire di contenuto il canone della diligenza e permette anzitutto al giudice di aggirare l'ostacolo dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie e, all'amministratore di società di avere una "linea guida" da seguire nelle proprie scelte.

III.7) L'individuazione dell'interesse sociale di riferimento per l'amministratore diligente.

Da quanto sin qui esposto possiamo pacificamente affermare che i parametri della "natura dell'incarico" e "delle specifiche competenze" dell'amministratore configurano solamente un'accettabile punto di partenza, ma non possono esaurire il concetto di diligenza, postulando anzi l'inserzione su di esso di ulteriori canoni valutativi quali la perizia, la professionalità, la prudenza, l'oculatezza, la ragionevolezza, ecc.

Abbiamo altresì accennato al fatto che vi sono scelte gestorie talmente rischiose, nei termini di incertezza nella specificazione della condotta dovuta, che necessitano di

238 Si veda supra Cap. III.5.

essere a loro volta ancorate ad un ulteriore parametro di riferimento, quello dell'interesse sociale da tutelare.

Sul punto, abbiamo concluso il precedente capitolo avente ad oggetto, in generale, il dovere degli amministratori di gestire la società, sollevando le problematiche intorno all'individuazione della nozione di interesse sociale. E avevamo, inoltre, lasciato aperta la questione su quale fosse il modello di buon amministratore da seguire, in presenza di scelte discrezionali: il “Traghetto del Reno” ovvero il “Vichingo”²³⁹?

Posto che, ancor oggi, una specifica definizione di interesse sociale e di quale teoria (istituzionalista o contrattualista) debba prevalere nell'agire gestorio degli amministratori è questione aperta e dibattuta, da quanto sin qui esposto risulta da condividere l'orientamento che identifica tale interesse nella massimizzazione del valore di scambio delle azioni nel lungo periodo ovvero, più in generale, nell'interesse ad una crescita di valore della società sostenibile nel tempo che tenga, tuttavia, sempre in considerazione anche gli interessi degli stakeholders.

Questi ultimi sono da intendere non tanto come interessi sociali rientranti nel generale dovere di “perseguire l'interesse sociale”, bensì come limiti ad esso. Limiti che, paraltro, risulta conveniente per la stessa società tenere in considerazione e ciò, sia per assicurarsi che gli stakeholders mantengano il loro rapporto con la società e che prestino la loro collaborazione con la necessaria motivazione (se si tratta di finanziatori, fornitori, dipendenti o clienti), sia per motivi di immagine e reputazionali, nei confronti della comunità di riferimento, dell'opinione pubblica e delle istituzioni. Per questo, spesso, sono le stesse società, nei loro codici di

239 V. Supra Cap. II.9

comportamento o codici etici o di autodisciplina, a dare volontaria rilevanza a tali interessi.

Ma al di là di tali limiti impliciti (e dei casi in cui vi sono specifiche disposizioni normative che impongono il perseguimento di interessi di ben individuati stakeholders²⁴⁰ ovvero dettano standard o principi di comportamento orientati in tal senso), non vi è un obbligo per gli amministratori di perseguire specifici interessi degli stakeholders ma, solo, di ben amministrare la società, in una prospettiva di lungo periodo.

Ciò che si richiede all'amministratore nel proprio agire diligente, lo si ribadisce, è di effettuare una pianificazione corretta e di adottare scelte coerenti con tale pianificazione, evitando di assumere decisioni troppo rischiose, azzardate, speculative che, se anche possono produrre profitti nel breve periodo, rischiano di compromettere la redditività futura dell'impresa o addirittura di distruggere valore.

Due interessanti pronunce, benché antecedenti alla Riforma Societaria, si sono espresse efficacemente in tema di valutazione del rischio ed in tema di giudizio circa la scelta gestoria discrezionale “rischiosa” assunta dall'amministratore di società.

La prima pronuncia ha sostenuto che, nel valutare la responsabilità dell'amministratore relativamente ai danni che dalla sua gestione siano derivati alla società, si deve considerare che: se è vero che l'opera di gestione e amministrazione (discrezionale e finalizzata al raggiungimento dello scopo sociale) si dispiega nell'ambito del rischio di impresa, non è men vero che il rischio d'impresa deve essere affrontato con valutazione critica dei

240 Come, appunto, nel caso dell'impresa bancaria, v. infra Cap. IV.2.

fatti, improntata, guidata ed ispirata alla più ampia, profonda conoscenza dei possibili, prevedibili e pensabili fattori che influenzano il risultato sia sul versante positivo sia su quello negativo.²⁴¹

L'altra pronuncia contiene, invece, un'efficace sintesi del necessario processo logico-giuridico, tramite il quale si può pervenire all'accertamento della conformità del singolo atto "rischioso" compiuto dagli amministratori al generale canone della diligenza²⁴². Il fenomeno giuridico analizzato è sempre la società, ma l'attenzione, fin dalla premessa argomentativa, viene indirizzata piuttosto sull'impresa sociale. Nel precedente in esame si legge, infatti, che gli atti degli amministratori delle società di capitali devono essere funzionali all'esercizio dell'attività d'impresa, caratterizzata, per sua natura, dall'elemento del rischio. Secondo i giudici bisogna, dunque, aver presente che la diligenza dell'amministratore costituisce l'oggetto di un giudizio da riferirsi *ex ante* e non *ex post*, nel senso che occorre avere presenti le circostanze oggettive e soggettive nel momento in cui sono stati posti in essere gli atti dai quali è conseguito il pregiudizio per la società.

Prosegue la sentenza affermando che il compimento di scelte che si sono rivelate successivamente inopportune per la società sotto il profilo economico non giustifica l'azione di responsabilità, in quanto il contenuto delle decisioni degli amministratori è insindacabile, essendo censurabili, solo le modalità attraverso cui quelle scelte sono state effettuate.

241 In questi termini, Trib. Milano 26 giugno 1989, in *Società*, 1989, 1179, con nota di GALASSO, *Mala gestio degli amministratori*.

242 Trib. Parma, 3 novembre 1999, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001, I, 220.

La pronuncia conclude il proprio ragionamento sostenendo che, quando si arrivi al convincimento che le scelte gestorie, indipendentemente dal loro esito infausto, non siano state né irragionevoli, né avventate, bensì ponderate sulla base di concrete e ragionevoli aspettative, deve necessariamente escludersi la responsabilità dell'amministratore.

Bisognerà verificare in concreto, pertanto, se agli amministratori possa muoversi l'addebito di aver contravvenuto all'obbligo di diligenza inteso in questo significato.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, e con le ulteriori specificazioni che seguiranno²⁴³, la risposta al quesito che ci siamo posti, circa la scelta del modello di buon amministratore che andrà ad integrare il canone della diligenza da seguire nelle diverse scelte gestorie discrezionali risulta dunque, ora, molto più agevole.

Il modello di amministratore diligente è il c.d. "amministratore Traghetto del Reno", da intendere non più, o almeno non solo, come l'emblema dell'istituzionalismo, bensì come il modello standard di buon amministratore²⁴⁴.

Per quanto riguarda l'interesse sociale, buon amministratore, dunque, è colui che, anche senza averne uno specifico dovere, tenga conto nel suo agire gestorio di tutti gli interessi coinvolti nella gestione dell'impresa sociale.

Anzitutto, ovviamente, l'interesse dei soci. Tale

243 Si vedano le Conclusioni della presente ricerca.

244 Il noto giurista Asquini, considerato dai più come uno dei maggiori esponenti dell'istituzionalismo puro, a ben vedere, in realtà, si era sin da subito espresso proprio in questo senso ASQUINI, I battelli del Reno, in *Rivista delle società*, 1959, 221 e in *Scritti*, III, 1961, 365;

interesse si deve intendere come l'interesse di tutti i soci e non solo di una parte di essi (ossia della maggioranza o dei soci di controllo).

Più specificamente, i soci vogliono sicuramente perseguire uno scopo lucrativo (la divisione degli utili), come evidenziato nella nozione di contratto di società ex art. 2247 c.c.. La divisione degli utili, ovvero l'interesse lucrativo, connota pertanto l'interesse dei soci.

Tuttavia, non può trattarsi dell'interesse lucrativo specifico di un solo gruppo storicamente determinato di soci, specialmente, appunto, nelle società di capitali ed in particolare in quelle quotate, ove la compagine azionaria è soggetta a continue variazioni, agevolate dalla negoziazione in borsa dei titoli e l'interesse dei singoli investitori-soci può essere guidato da considerazioni di brevissimo periodo, indifferenti alle sorti future della società o anche antitetiche rispetto a queste²⁴⁵.

L'interesse dei soci che si riflette nell'interesse della società non è, dunque, solo l'interesse lucrativo immediato ma anche l'interesse, riferibile all'intera categoria dei soci, presenti e futuri, alla conservazione della capacità reddituale dell'impresa (ossia al “far andare i Battelli sul Reno”, per dirlo, ancora una volta, con le parole dell'insigne amministratore e studioso del tema dell'interesse sociale)²⁴⁶.

L'interesse dei soci vede una più specifica caratterizzazione alla luce dell'elemento funzionale della società che, come detto, trova riscontro nella volontà

245 Ad esempio alcuni soci potrebbero essere favorevoli ad operazioni che diano un beneficio economico immediato, in vista della cessione delle azioni detenute, pur potendo queste operazioni essere pregiudizievoli per il futuro sviluppo della società o anche per la stessa conservazione dell'impresa.

246 ASQUINI, I battelli del Reno, Op. cit., 221;

contrattuale dei soci. La partecipazione ad una società è infatti innanzitutto partecipazione ad una attività d'impresa, prima ancora che investimento lucrativo e quindi l'interesse dei soci, che assurge a interesse della società, è l'attenzione all'impresa, all'organismo produttivo e più precisamente l'interesse ad una gestione dell'impresa comune che consenta la realizzazione dell'oggetto sociale (lo scopo produttivo), la conservazione e l'incremento del patrimonio e della capacità reddituale dell'impresa nel tempo e, attraverso queste, la massimizzazione del profitto per tutti i soci²⁴⁷.

A tal fine la gestione deve essere “corretta”, intendendo con ciò non solo il rispetto delle norme giuridiche generali e delle regole tecniche volte ad assicurare efficacia ed efficienza gestionale, ma anche l'osservanza, da parte di coloro che operano per la società, dei doveri di fedeltà, lealtà ed integrità²⁴⁸. Si capirà ancor

247 L'atto costitutivo delle società deve prevedere, tra l'altro, la durata della società ed il socio, partecipando alla società ed accettando il contenuto dell'atto costitutivo, si impegna quindi, mediamente, all'esercizio collettivo dell'impresa per il periodo indicato di durata della società. Ciò può voler dire che l'interesse dei soci, conseguenza dei loro stessi vincoli negoziali, è che l'organizzazione produttiva dell'impresa sia preservata nel tempo. Ancora, il principio di redazione del bilancio, di cui all'art. 2423 bis c.c., primo comma, n.1, impone agli amministratori di redigere il bilancio valutando le singole voci “nella prospettiva della continuazione dell'attività”. Inoltre, il Principio 1. Punto 2. Del Codice di autodisciplina delle società quotate (edizione dicembre 2011) prevede espressamente che “gli amministratori agiscono e deliberano con cognizione di causa e in autonomia, perseguendo l'obiettivo prioritario della creazione di valore per gli azionisti in un orizzonte di medio-lungo periodo”.

248 Doveri meglio conosciuti negli ordinamenti anglossassoni

meglio cosa si intende per gestione “corretta” quando, a breve, si analizzerà il concetto di gestione “sana” con riferimento alla società bancaria²⁴⁹.

Gli interessi degli altri stakeholders, nella misura in cui sono riconducibili a questa nozione di interesse sociale, devono senz'altro essere oggetto di attenzione nella gestione della società²⁵⁰.

Gli interessi di alcuni stakeholders, peraltro, sono spesso espressamente tutelati da disposizioni di legge che pongono specifici obblighi in capo alle società, in questo caso tali interessi non entrano a far parte dell'interesse sociale, ma costituiscono limiti ad esso e, anche se tali limiti possono incidere profondamente sulla libertà di gestione dell'impresa, non alterano dal punto di vista concettuale la nozione dell'interesse del soggetto “società”.

In generale, dunque, non vi è un obbligo generico nel nostro ordinamento giuridico, di tutela degli interessi degli stakeholders da parte degli amministratori di società. Tuttavia è pacifico che la tutela di tali interessi venga considerata dalla società come funzionale al miglior perseguimento dell'interesse della società in una prospettiva di lungo periodo; non si tratta dunque di interessi che prendono il sopravvento sull'interesse della società (salvo, lo si ribadisce, specifiche disposizioni di legge in tal senso) ma di interessi che vengono tutelati subordinatamente alla tutela dell'interesse della società o,

come duty of loyalty e duty of trust.

249 V. *Infra* Cap. IV. 4 e IV.5.

250 Vi può essere incertezza sulla rilevanza di questi interessi solamente in rapporto alla nozione di interesse sociale, ovvero sul fatto se gli amministratori siano obbligati a tenerli in considerazione e ciò, soprattutto, quando privilegiare gli interessi degli stakeholders potrebbe tradursi in un danneggiamento degli interessi dei soci.

comunque, indirettamente²⁵¹.

Senza contare che può essere molto conveniente per una società tenere in considerazione gli interessi degli stakeholders, pur in assenza di uno specifico dovere, e ciò sia per assicurarsi che essi mantengano il loro rapporto con la società e che prestino la loro collaborazione con la necessaria motivazione (i finanziatori, fornitori, dipendenti o clienti), sia per i motivi di immagine e reputazionali, nei confronti della comunità di riferimento, dell'opinione pubblica e delle istituzioni²⁵².

In conclusione, possiamo affermare che, per quanto attiene al concetto di interesse sociale, attraverso il ricorso alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, gli amministratori devono perseguire l'interesse sociale, assumendo e realizzando quelle decisioni che, tra le diverse alternative possibili, rispettino sicuramente l'interesse interno dei soci, ma anche quello esterno dei creditori sociali e dei terzi coinvolti nell'impresa sociale, tutelando così la propria società.

III.8) Prime conclusioni sulla diligenza esigibile dall'amministratore di società ordinaria.

Buon amministratore ovvero amministratore diligente è (oltre a colui che, senza averne uno specifico dovere, tiene conto nel suo agire gestorio di tutti gli interessi coinvolti nella gestione dell'impresa sociale²⁵³),

251 ULISSI, Interessi extrasociali e operazioni con parti correlate, in La responsabilità degli amministratori di società e la determinazione del danno, a cura di Vietti, Milano, 2014.

252 E proprio per questi motivi molte società, nei loro codici di comportamento o codici etici o anche codici autodisciplinari, danno volontaria rilevanza a tali interessi.

253 Si richiamano qui le conclusioni del precedente paragrafo

chi, al di là delle qualifiche possedute, dalla specializzazione giuridica, tecnica o scientifica (elementi comunque senz'altro valutabili ai fini della definizione dello standard di diligenza), possiede una preparazione tecnico-professionale di base che, in relazione all'ambito gestorio in cui opera gli consenta di espletare correttamente e diligentemente l'incarico affidatogli²⁵⁴.

E, pertanto, di fronte alle proprie inevitabili lacune, non solo sia in grado di comprendere la necessità di affidarsi a pareri esterni di professionisti, consulenti, esperti in materia, ma sia successivamente in grado anche di comprendere quanto riferito ed agire correttamente sulla base delle informazioni ricevute.

Si è ribadito più volte nel corso della trattazione che un corretto adempimento di tale dovere (il dovere di amministrare con diligenza) presuppone una adeguata capacità di comprensione, discernimento e valutazione, sia nella richiesta che nella ricezione delle informazioni sulla gestione.

La diligenza esigibile dall'amministratore di società riguarda, dunque, la fase prodromica delle scelte imprenditoriali ovvero il c.d. decision making process e consiste nell'adottare tutte quelle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo. Il giudice si asterrà, dunque, dal sindacare il merito delle scelte gestionali nel caso in cui gli amministratori abbiano in buona fede, raggiunto una decisione, adeguatamente informata ed in assenza di un conflitto di interessi con quello della società.

Tuttavia la “raccolta” di informazioni non basta, in

con riferimento al tema dell'interesse sociale, Cap.III.7.

254 ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori di società per azioni*, Padova, 2010, 188.

quanto l'amministratore stesso deve successivamente valutare e ponderare correttamente le informazioni ricevute e, anche in questo caso, valutare il "rischio" di seguirle o discostarsene.

Tutto ciò, di fronte alle operazioni più "rischiose" e/o comunque discrezionali, adottando uno standard di buon amministratore tipico del c.d. Amministratore Traghettatore del Reno: ossia apprezzando preventivamente e, se necessario proprio con l'adeguata istruttoria decisionale, i margini di rischio connessi all'atto gestorio da compiere, e quando si arrivi al convincimento che le scelte gestorie, indipendentemente dal loro esito infausto, non siano state né irragionevoli, né avventate, bensì ponderate sulla base di concrete e ragionevoli aspettative, deve necessariamente escludersi la responsabilità dell'amministratore²⁵⁵.

Pertanto, bisognerà verificare in concreto se agli amministratori possa muoversi l'addebito di aver contravvenuto all'obbligo di diligenza inteso in questo significato.

Nel compimento e nell'evolversi delle diverse scelte gestorie discrezionali è naturale che esista e si inserisca il rischio d'impresa: ed, infatti, l'evento negativo che dipenda dai normali e naturali rischi dell'attività imprenditoriale non deve essere imputato agli amministratori, secondo il principio della business judgement rule, ma solo se non dipende da loro colpa.

Tale colpa non si identifica con l'insuccesso dell'attività economica dell'amministratore. Essa è invece da valutare con riferimento alla diligenza dimostrata nel processo decisionale che ha portato a quella scelta e,

255 Cass. 12 agosto 2009 n. 18231 in Giust. Civ. Massim., 2009, 7.

pertanto, sulla “sana e prudente” ponderazione del rischio che, già prima facie, veniva in rilievo e che gli amministratori hanno accettato per propria negligenza, pur potendo prevedere sin dal momento in cui l'atto era stato compiuto che le conseguenze sarebbero risultate dannose.

La soluzione “scelta”, secondo cui l'amministratore diligente è colui che ha l'obbligo di valutare congruamente, in via preventiva, i margini di rischio connaturati alle operazioni sociali che sia chiamato ad intraprendere, emerge in modo evidente da una serie di pronunce giurisprudenziali in cui la responsabilità del gestore dell'impresa sociale ricorreva non per la violazione di norme di legge o di clausole statutarie, ma proprio per il mancato rispetto di un dovere generale di accuratezza imposto a chi governa un'impresa²⁵⁶.

Per riprendere quanto affermato nella fase introduttiva della presente ricerca²⁵⁷ è possibile ora sostenere che l'eventuale sentenza assolutoria nei confronti dell'amministratore di società non viene più costruita, come in passato, sulla contrapposizione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, ovvero sul richiamo ad una rigorosa applicazione delle norme sugli inadempimenti contrattuali nella diligenza “esigibile dall'amministratore”.

L'orientamento maggioritario tende ora a considerare maggiormente le fasi preliminari e prodromiche all'assunzione delle scelte gestionali. Si va quindi a considerare, nel giudizio sulla responsabilità dell'amministratore negligente tutti quei controlli, riscontri, precauzioni e cautele, ai quali l'amministratore diligente

256 Cass. 12 agosto 2009 n. 18231 in Giust. Civ. Massim., 2009, 7; Trib Milano 20 aprile 2009, in Giustizia a Milano, 2009, 4, 29.

257 Si veda Cap. I.4 e I.5.

era tenuto.

L'accertamento della diligenza che può essere richiesta all'amministratore di società nelle proprie scelte gestorie insindacabili e spesso rischiose, nella configurazione che si sta prospettando, non implica prese di posizione sull'opportunità, vale a dire sul "se" un determinato atto dovesse essere compiuto ma viene ad investire il contenuto, e cioè il "come" l'amministratore ha agito nella fattispecie de qua.

La diligenza può riguardare non le scelte gestionali in sé, opportune o inopportune che siano, bensì le procedure (ossia le cautele, le informazioni, i pareri tecnici), necessarie per adottarle in modo ponderato, che diventano ancora più doverose quando la società si trovi in difficoltà economiche, dovendo gli amministratori tener conto non solo dell'interesse sociale della società e dei soci, bensì anche di quello dei creditori sociali²⁵⁸.

Una pronuncia del Tribunale Milano²⁵⁹, benché ormai datata, sintetizza in maniera molto evidente quanto sin qui si va dicendo. Si legge espressamente nella detta sentenza che un'accorta organizzazione gestionale, rivolta alla realizzazione dell'interesse sociale ed al conseguimento di utile da ripartire fra i soci, deve basarsi su regole di avvedutezza e di prudenza, la cui violazione configura una violazione dell'obbligo di diligenza, che deve essere osservato dall'amministratore di società.

Nello specifico, "l'amministratore non può compiere scelte irrazionali ed avventate di pura sorte, o azzardate, prevedibilmente rischiose od imprudenti, e non può superare i limiti fissati da quella ragionevolezza che deve

258 CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Op. cit., 395.

259 Trib. Milano, 2 marzo 1995, in Foro It., 1995, I, 706.

connotare la discrezionalità dell'imprenditore, secondo cui ogni scelta anche nel campo dell'attività d'impresa non può discostarsi dalle valutazioni tecnico-professionali che potrebbe esprimere ogni altro operatore che svolga un'attività dello stesso tipo”.

Ad avvalorare la soluzione scelta si richiama un'ulteriore pronuncia che ha espressamente affermato come gli atti gestionali discrezionali trovino un limite nella temerarietà dell'operazione, che discende sia dall'altissimo rischio che con essa la società viene ad assumere, sia dalle rilevanti conseguenze economiche e finanziarie cui l'ente va incontro. Secondo la sentenza in esame, “sotto il profilo soggettivo, il limite può essere identificato nella manifesta imprudenza dell'affare compiuto, intesa come consapevole incapacità dell'amministratore di prevedere o presagire i pericoli o gli eventi, ovvero come colpevole affidamento dell'amministratore di evitare, pur avendole previste, le conseguenze pregiudizievoli e di riuscire invece a lucrare sui benefici dell'azzardo”²⁶⁰.

Infine, una recente pronuncia dei Giudici milanesi²⁶¹ rende ancor più cristallino quanto si è fin qui esposto. Nelle motivazioni della predetta sentenza, benché assolutoria nei confronti dell'amministratore, il Tribunale richiamando i principi posti alla base della Business Judgment Rule, sostiene che, per affermare la responsabilità dell'amministratore, la società attrice avrebbe dovuto dimostrare l'irragionevolezza e l'imprudente scelta compiuta dall'amministratore secondo criteri di valutazione ex ante e non allegando il semplice

260 Trib. Reggio Emilia del 12 giugno 1996, in *Dir. Fall.*, 1996, II, 718.

261 Trib. Milano, n. 4562 del 04 aprile 2013 in *Società*, 2013, XI, 1255.

esito infelice di una ordinaria scelta di gestione e denunciare l'atto compiuto come asseritamente "speculativo" esclusivamente sulla base delle sue conseguenze pregiudizievoli.

Si può pertanto concludere, sul punto, (e nello stesso senso hanno concluso anche i Giudici nella predetta pronuncia) che costituisce specificazione del generico dovere di amministrare con diligenza, l'obbligo che incombe sugli amministratori di astenersi dal compimento di operazioni che, per il rischio che comportano, appaiono indiscutibilmente ed oggettivamente imprudenti²⁶².

Possiamo anticipare quanto si andrà a concludere alla luce della presente ricerca²⁶³, ovvero che incombe, su ogni amministratore di capitali il dovere di gestire la società in modo sano e prudente, quale specificazione del dovere di diligenza.

Per completezza, con riferimento alla responsabilità omissiva dell'amministratore per atti gestori discrezionali, la cui omissione ha comportato un pregiudizio per la società amministrata e/o per i creditori sociali, merita un richiamo anche una recente pronuncia del Tribunale di Milano che, in un caso molto simile a quello da cui ha preso le mosse la presente ricerca, ha concluso in maniera opposta a quest'ultima, ovverosia conformemente a quanto fino ad ora si è sostenuto²⁶⁴.

Nello specifico, i giudici di merito hanno ritenuto fondato l'addebito di negligente inerzia mosso nei confronti dell'amministratore della società attrice che abbia

262 Ci si riferisce ancora alla pronuncia del Trib. Reggio Emilia del 12 giugno 1996, cit..

263 Si veda *Infra*, Conclusioni.

264 Trib. Milano, 29 agosto 2013 in *Società*, 2013, 11, 1255 con nota di STABILINI, Sul danno derivante dal mancato esercizio dell'attività di recupero di un credito da parte del liquidatore.

omesso di svolgere le attività legali di recupero del credito che la propria impresa sociale vantava nei confronti di altra e che, ove realizzata all'esito di una condotta diligente dell'amministratore, avrebbe consentito alla società di godere dei frutti e/o di utilizzare il ricavato per il tempestivo pagamento dei propri debiti sociali.

Il Tribunale, in definitiva, ha ritenuto responsabile l'amministratore di mala gestio imputandogli di essere stato negligente nell'omissione di una condotta che, benché discrezionale, con una valutazione ex ante e la doverosa richiesta di specifiche informazioni in merito, avrebbe molto probabilmente comportato il tempestivo realizzo del credito ed evitato pregiudizi per la società ed i suoi creditori sociali.

È evidente come i principi appena enunciati dal Tribunale milanese non siano altro che un'espressa conferma del ragionamento svolto fino ad ora in tema di diligenza dell'amministratore nonché importanti punti d'arrivo della giurisprudenza su questo tema e sulle correlate azioni di responsabilità degli amministratori stessi per la violazione di questo loro fondamentale dovere.

CAPITOLO QUARTO

LA DILIGENZA

DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETA' BANCARIA

IV.1) Introduzione

Si è più volte ribadito come il fine primario della presente ricerca sia quello di riempire di contenuto il canone delle diligenza che qualsiasi amministratore di qualunque società è tenuto ad adottare nel proprio agire gestorio.

Per raggiungere questo obiettivo si rivela utile prendere in considerazione le peculiarità che caratterizzano la gestione dell'impresa bancaria con specifico riferimento, appunto, al tema della diligenza del “buon amministratore bancario”.

Ciò al fine, come si è già anticipato nel corso della trattazione²⁶⁵, di indagare le differenze ma soprattutto di scoprire le somiglianze, sul punto, tra società ordinaria e società bancaria, in modo da poter concludere il presente lavoro con una visione generale e d'insieme sulla figura del diligente amministratore di società.

Potrebbe sorgere spontaneo domandare per quale motivo si è deciso di approfondire proprio la disciplina del potere gestorio e della diligenza dell'amministratore di società bancaria.

La risposta è duplice ed attiene a quelle che, a prima vista, risultano essere fondamentali differenze rispetto al tema dell'amministratore di società ordinaria:

a) anzitutto, perché vige, ormai ovunque, nell'ambito

265 Si veda Supra Cap. I.1.

dell'ordinamento bancario il principio espresso della “sana e prudente gestione”; b) inoltre, per il fatto che agli amministratori di banca è espressamente imposto il requisito della “professionalità”.

Per quanto riguarda il primo aspetto è importante sottolineare sin da ora che, benché il principio della sana e prudente gestione sia stato definito recentemente in dottrina “il prezzemolino di ogni minestra”²⁶⁶, nella nostra ricerca, questo concetto verrà preso in considerazione essenzialmente con riferimento agli amministratori, per i quali si ritiene che la clausola in questione rappresenti, appunto, una regola di buona amministrazione²⁶⁷.

È possibile cogliere immediatamente, quindi, una rilevante differenza con la società ordinaria.

Per quest'ultima è stato necessario compiere uno “sforzo” per poter riempire di contenuto il concetto di diligenza di un buon amministratore di fronte a tutte quelle scelte gestorie c.d. insindacabili, ed il problema si è posto ancor più marcatamente, per quelle operazioni considerabili più rischiose.

Nella società bancaria, al contrario, il potere gestorio del buon amministratore e, quindi, la sua diligenza, è espressamente condizionato dal dovere di gestirla in modo sano e prudente²⁶⁸. Non solo.

266 PORZIO in *La crisi dei mercati finanziari*, a cura di Rispoli e Rotondo, Milano, 163.

267 CIOCCA, *La nuova finanza in Italia*, Torino, 2000, 177. Si veda anche l'importante contributo di MAZZINI, *Rischio d'impresa, diligenza e responsabilità degli amministratori di banca*, Milano, 1996, 65.

268 Per meglio specificare: mentre nell'ambito della società ordinaria sembra che gli amministratori siano tendenzialmente lasciati liberi di scegliere tra una gestione rischiosa ed una gestione prudente, e il nostro sforzo è stato quello di indagare quella scelta

Si vedrà, nel corso della trattazione del presente capitolo, come riempire di contenuto questo concetto si rivela più facile rispetto al medesimo lavoro, compiuto nei paragrafi precedenti, per il canone della diligenza dell'amministratore di società ordinaria.

Ciò in quanto nell'ambito bancario, a differenza dell'impresa ordinaria, vi è una eterodeterminazione di gran parte delle regole tecniche di gestione, che non sono demandate alla mera "natura dell'incarico" ed alle "specifiche competenze" dell'amministratore, bensì vengono imposte, o quanto meno indirizzate, dalle copiosa legislazione secondaria elaborata dagli organi di vigilanza (ci si riferisce alle c.d. Istruzioni e Circolari, emanate da Banca d'Italia)²⁶⁹.

In tale ambito vi è, dunque, una evidente attenuazione della discrezionalità delle scelte amministrative, che costituisce invece uno dei principi cardine dell'ordinamento nelle società ordinarie.

A ciò si dovrà aggiungere il secondo importante aspetto, quello riguardante il dovere di professionalità legislativamente imposto all'amministratore di banca, a differenza dell'amministratore di società ordinaria ove l'imposizione di tale requisito attualmente è ancora solamente un'auspicazione²⁷⁰.

Prima di elaborare in maniera più approfondita i concetti di "sana e prudente gestione" e di "professionalità" è opportuno capire, a monte, per quale

debba essere garantita da un amministratore che possa definirsi diligente, (si veda ampiamente il Supra Cap. III); nell'ambito della società bancaria agli amministratori è normativamente imposta una gestione prudente della società.

269 LEMME, Amministrazione e controllo nella società bancaria, Milano, 2007, 76.

270 Si veda Supra Cap. III.5.

motivo tali requisiti sono espressamente prescritti nella società bancaria e non, invece, in quella ordinaria.

Ciò significa inquadrare, in via preliminare, gli aspetti più generali attinenti alle peculiarità dell'impresa bancaria e, correlativamente, agli interessi dei soggetti coinvolti, nonché all'interesse sociale che, in tale contesto, è tenuto a perseguire il buon amministratore bancario.

Solo dopo aver analizzato questi temi sarà possibile concentrare la nostra attenzione sul concetto di diligenza dell'amministratore di società bancaria, con particolare riguardo, appunto, al principio di “sana e prudente gestione”²⁷¹ ed al tema della necessaria “professionalità”²⁷².

IV.2) L'impresa bancaria: cenni in tema di peculiarità, interessi coinvolti, interesse sociale e rischio.

Il sistema generale dettato dal codice civile pone enfasi non solo sul modello ordinario dell'impresa, ma anche sui modelli speciali, dalla piccola impresa, all'impresa familiare, all'impresa agricola etc., ossia su modelli che chiaramente costituiscono una eccezione alla fattispecie generale di impresa, tale da legittimare la previsione di una disciplina speciale loro dedicata.

Occorre chiedersi anzitutto se, anche per l'impresa bancaria, la cui attività è esplicitamente prevista dall'art. 2195 c.c. tra quelle per così dire “ordinarie”, vi sia la possibilità di identificare una peculiarità, tale da ricondurla ad una categoria autonoma con un proprio statuto²⁷³.

271 Si veda Infra, Cap. IV.3, ma il concetto è ripetuto e si sussegue all'interno di tutto il presente capitolo.

272 Si veda Infra Cap. IV.6.

273 L'art. 2195 c.c., al punto 4), include tra gli imprenditori,

Per rispondere al quesito bisogna analizzare il momento caratterizzante dell'impresa stessa che è l'attività esercitata²⁷⁴, ciò in quanto, come noto, è l'attività a qualificare il soggetto, e non viceversa.

Il problema, allora, diviene quello di capire se la generale categoria delle imprese commerciali possa essere suddivisa in varie sottocategorie, ciascuna dotata di un proprio statuto, distinte in base all'attività in concreto esercitata.

Ed invero, è certo che una nozione diretta di statuto autonomo delle varie categorie di impresa commerciale non è rinvenibile nel codice civile ma, l'assenza di una tale sub classificazione non può far concludere automaticamente che esse siano tutte soggette al medesimo statuto senza possibilità di ulteriori distinzioni²⁷⁵.

E il caso della banca è proprio quello in cui è l'attività a costituire il criterio in base al quale si identifica uno statuto particolare dell'impresa²⁷⁶; questa si presenta tipicamente scissa nell'esercizio correlato di due distinte attività: quella di raccolta del risparmio tra il pubblico e quella di esercizio del credito²⁷⁷. Tuttavia, ed è questo uno

soggetti all'obbligo di registrazione nel registro delle imprese, coloro che “esercitano un'attività *bancaria*”, prescrivendo che, ad essa, si applichino le disposizioni di legge che fanno riferimento alle imprese commerciali, salvo diversamente disposto.

274 LEMME, Amministrazione e controllo nella società bancaria, Op. cit., 2.

275 PANUCCIO, Impresa, in Enc. Dir., XX, Milano, 1970, afferma che “è la natura dell'attività a determinare il tipo di statuto in concreto applicabile”.

276 GIANNINI, Problemi della banca come impresa, in Banca, borsa e tit. credito, 1981, I, 385.

277 DESIDERIO, L'attività bancaria (fattispecie e evoluzione), 2004, Milano, 50 e PORZIO, Le imprese bancarie, in Tr. Dir. Comm., dir. da Buonocore, sez. III, I, 2007, 165.

dei dati di maggior rilievo, a loro volta tali sub attività si presentano in forma estremamente tipizzata e minuziosamente regolamentata.

Ciò posto, che quella bancaria sia una tipica attività di impresa lo si deduce tanto dalla sua inclusione nell'elenco di cui all'art. 2195 c.c., quanto dalla stessa formulazione dell'art. 10, primo comma, del Testo Unico Bancario (T.U.B), ove si ribadisce che l'attività bancaria ha carattere di impresa²⁷⁸.

Va altresì notato che il continuo allargamento della nozione di attività delle banche²⁷⁹, non può non avere riflessi sulla stessa nozione di banca come impresa e sulla sua gestione: l'ampliamento delle attività esercitabili dalla banca anche in via esclusiva, comporta che il regime particolare dell'ente creditizio, anche sotto il profilo dell'esistenza di specifiche forme di esercizio dell'amministrazione e del controllo, si estenda alle attività non tipicamente bancarie, in quanto comunque esercitate da una banca.

Tali attività, peraltro e per quanto a noi interessa, una volta che siano compiute dalla banca divengono strettamente funzionali al particolare regime di ponderazione del rischio, che si vedrà essere proprio dell'attività bancaria²⁸⁰.

278 L'art. 10 del TUB recita espressamente: “La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere di impresa”.

279 La banca, infatti, può esercitare tutte le attività ammesse al mutuo riconoscimento di cui all'art. 1 comma 2 lettera f) del TUB, purché espressamente previste nello proprio statuto.

280 Ovverosia al principio “vertice” della sana e prudente gestione, come sottolineato anche da FERRO - LUZZI, *La “connessione” delle attività connesse delle banche*, in Banca, borsa e tit. cred., 2001, I, 153.

La banca, dunque, svolge attività aventi caratteristiche di imprenditorialità peculiari, tanto da farne un'impresa dotata di un particolare statuto²⁸¹.

È interessante notare che non è mancato chi, anni fa, ha configurato l'attività bancaria come servizio pubblico, invece che attività imprenditoriale²⁸². Ed a ben vedere i limiti posti in concreto all'esercizio dell'attività bancaria ed alla gestione della stessa sono tali che la tesi della banca esercente un pubblico servizio potrebbe apparire più che una semplice provocazione: si tratterebbe di un sistema in cui la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito sarebbero attività riservate alla pubblica amministrazione o, al limite, affidate a terzi mediante negozi concessori.

Tuttavia, tale non è certamente il nostro sistema giuridico.

Non si discute sul fatto che l'attività bancaria sia organizzata, professionale e che abbia ad oggetto lo scambio di servizi (o anche la produzione), l'unica incertezza potrebbe rilevarsi intorno al limite della economicità, ma tale dubbio non ha ragion d'essere in quanto la concezione accolta generalmente riguardo al predetto limite è quella non di necessario scopo lucrativo, bensì di mero bilanciamento tra costi e ricavi²⁸³.

Non rimane che concludere nel senso che l'attività

281 NIGRO, Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione, in Tr. Dir. Priv., a cura di Rescigno, vol. 15, 2, Torino, 2001, 633.

282 In questo senso, importanti Autori come NIGRO M., Profili pubblicistici del credito, in La disciplina pubblicistica del credito, a cura di Nigro-Retortillo, Padova, 1970 e PORZIO, Il governo del credito, Napoli, 1976.

283 Sul punto si veda SPADA, La tipicità delle società, Padova, 1974, 51.

bancaria è necessariamente attività di impresa. Attività d'impresa che deve essere esercitata in forma societaria e, più nello specifico, della società per azioni nella quale può essere operata, come abbiamo già avuto modo di vedere²⁸⁴, una scissione tra proprietà e gestione.

La limitazione alla sola forma giuridica della società per azioni risponde all'evidente esigenza di garantire l'esercizio di un'attività così peculiare attraverso un modello organizzativo che sia dotato di autonomia patrimoniale piena e di flessibilità operativa²⁸⁵.

Tale scelta è rimasta imm modificata anche dopo la riforma delle società di capitali e, anzi, proprio ad opera della riforma del diritto societario, la s.p.a. può adottare modelli di amministrazione e controllo ulteriori rispetto a quello tradizionale²⁸⁶, che rispondono, da un lato, all'esigenza di flessibilità operativo-organizzativa e, dall'altro, proprio alla necessità di garantire la prescritta gestione sana e prudente²⁸⁷.

Permane immutata l'esigenza di un intervento pubblico, a tutela del risparmio, con conseguente rilevanza pubblicistica dell'attività e dei servizi bancari nel senso che il settore bancario non consente al privato di iniziare liberamente l'attività, con scelta rimessa solo all'iniziativa economica dell'imprenditore.

Attualmente, infatti, ai sensi dell'art. 14, comma

284 Si veda Supra Cap. II.2.

285 Su tale esigenza STANZIALE, L'accesso al mercato, in Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario ed alla normativa collegata, a cura di Razzante, Lacaita, 2006, 89.

286 Si specifica, tuttavia, che la presente ricerca prende in considerazione il sistema c.d. tradizionale.

287 TRICOMI, Commento all'art. 14 Tub, in Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Costa, 2013, Torino, 130.

secondo, TUB, l'accesso all'attività è condizionato all'autorizzazione da parte della Banca d'Italia, che verifica l'esistenza di diverse condizioni tra le quali, ed è quanto a noi interessa, anche condizioni oggettive attinenti alla struttura organizzativa dell'ente che intende iniziare l'attività medesima, in modo che possa essere garantito da parte di quest'ultimo il perseguimento di una gestione sana e prudente.

È la valenza economico-pubblicistica dell'attività bancaria a rendere ragione della cautele imposte dal legislatore, comunitario e nazionale, fin dall'inizio dell'impresa, con la costruzione di un filtro che, senza costituire una barriera all'accesso, deve tuttavia selezionare i soggetti che si affacciano al mercato, escludendo quelli che non siano in possesso dei requisiti minimi per lo svolgimento dell'attività bancaria²⁸⁸.

È interessante notare come tale principio dell'autorizzazione venga giustificato anche dagli economisti che si occupano della materia, i quali sostengono che “se fosse abbandonato o eroso in modo sostanziale, verrebbe minata una delle basi stesse su cui le economie di mercato hanno prosperato per circa un secolo, e diverrebbe nuovamente dubbia la capacità di resistenza di tali economie di fronte a gravi tensioni *finanziarie*”²⁸⁹.

L'autorizzazione viene ad essere, quindi, parte integrante dell'impianto di vigilanza sull'attività bancaria, volta ad evitare assetti non prudenziali delle banche che,

288 BORRELLO, Il controllo del credito, in AA.VV., Trattato di diritto amministrativo, a cura di Cassese, Milano, 2003, 2818.

289 Sul punto un interessante articolo di PADOA SCHIOPPA, L'autorizzazione bancaria è ancora necessaria? In Banca Impresa e società, 2000, 3 e 16.

svolgendo le proprie funzioni di garanti della liquidità del sistema economico e della gestione del risparmio, mettano a repentaglio la stabilità del sistema (ovvero uno degli obiettivi primari della vigilanza).

In tal modo, dunque, possono essere selezionate le imprese più meritevoli ad assicurare la sana e prudente gestione a garanzia della stabilità, tanto del singolo intermediario quanto del sistema nel suo complesso²⁹⁰.

Non è questo il luogo per esaminare nel dettaglio tutte le peculiarità che caratterizzano l'attività bancaria ma possiamo sicuramente affermare che la banca, per le sue caratteristiche, costituisce una fattispecie dotata di uno statuto autonomo e distinto rispetto a quello delle altre società commerciali.

In definitiva, possiamo sostenere che le peculiarità che connotano la società bancaria giustificano l'esistenza del criterio della "sana e prudente gestione", presente ormai ovunque nell'ambito della sua disciplina, che si riverbera direttamente sulla materia della propria amministrazione.

Questo criterio, infatti, ha un'importanza tale da condizionare ogni scelta gestoria dell'amministratore di società bancaria oltre a consentire, in primis, un costante e penetrante controllo sull'organizzazione e sulle scelte squisitamente interne della struttura imprenditoriale²⁹¹.

Le citate peculiarità consentono di ritenere necessaria

290 Sulla complessa disciplina dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria si veda ANTONUCCI, Commento all'art. 14, in Commentario al Testo Unico Bancario, a cura di Porzio e Al., Milano, 2011, 156.

291 MONTEDORO, Amministrazione e responsabilità nelle società bancarie e negli enti finanziari, in AA.VV., Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria, a cura di Capriglione, Padova, 2003, 68.

nel sistema bancario sia l'esistenza di un organismo di vigilanza, in grado di condizionare le scelte gestionali imponendo determinati vincoli e cautele, sia, a monte ed in generale, una minimizzazione di ogni profilo di rischio imprenditoriale.

L'attività bancaria, invero, intesa come coordinamento di risparmio ed erogazione, presenta ovviamente in sé dei margini di rischio economico, ma il fine a cui deve tendere tale attività (e, pertanto, l'operare dei suoi amministratori) deve essere necessariamente quello di minimizzare il rischio sino, tendenzialmente, ad annullarlo.

Abbiamo già visto come in ogni attività imprenditoriale, come tale caratterizzata dal profilo di economicità, è insita l'assunzione di un rischio²⁹².

Si parla, in generale di “rischio d'impresa” proprio a sottolineare l'indissolubile legame tra l'iniziativa economica implicita in ogni progetto imprenditoriale e l'incognita legata alla non garanzia di equilibrio tra costi e ricavi della medesima attività²⁹³.

Il rischio viene generalmente visto come contraltare o come accessorio dello scopo lucrativo, ma l'imprenditore che agisca correttamente e diligentemente tenderà dunque, come abbiamo visto, a minimizzarlo.

Nell'impresa ordinaria, tuttavia, tale minimizzazione non si è mai detto che debba spingersi sino all'abbandono totale dello scopo lucrativo, in quanto il rischio abbiamo visto essere in qualche modo connaturato all'essenza dell'attività economica organizzata ed è normale, dunque,

292 Si veda Supra Cap.III.3.

293 CORRENTI, L'imprenditore, in Tr. Dir. Priv., a cura di Rescigno, 15, Torino, 2004, 290 e BUONOCORE, Imprenditore, In Enc. Dir., Milano, 1970, 522.

che la gestione amministrativa presenti margini di rischiosità²⁹⁴.

Nel settore bancario, invece, un'assunzione dei rischi eccessiva ed imprudente ha portato al fallimento di singoli istituti finanziari e causato problemi sistemici negli stati membri dell'Unione Europea e nel mondo²⁹⁵.

Ed invero non si può non accennare alla recentissima crisi finanziaria che sta colpendo le banche italiane proprio contestualmente alla redazione della presente ricerca²⁹⁶.

Sono anni, ormai, che il sistema finanziario italiano si trova in cattive condizioni, ma la crisi è arrivata sulle prime pagine di tutti i giornali soprattutto a partire dall'autunno scorso, quando dopo il fallimento di quattro banche popolari (Banca Etruria, Carichieti, Banca Marche e Cassa di Risparmio di Ferrara) è divenuta particolarmente visibile e preoccupante.

I problemi che, da tempo, affliggono le banche italiane sono noti e sono in buona parte di origine locale: si criticano i dirigenti "antiquati"²⁹⁷, le frequenti collusioni con la politica, la quantità di filiali e di dipendenti di gran lunga maggiore rispetto a quanto necessario per le loro dimensioni, e una sorte di campanilismo finanziario che ha portato alla nascita di decine di istituti minuscoli e spesso poco efficienti. Uno dei problemi principali di cui si discute attualmente²⁹⁸, direttamente collegato alle

294 Il riferimento è ancora a Supra capitolo III.6.

295 NIGRO A., La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2013, I, 11 e ss.

296 Il riferimento è, dunque, alla primavera/estate 2016.

297 Espressione utilizzata dalla rivista *Il Post* in "I guai delle banche italiane spiegati", 09 luglio 2016, in www.ilpost.it.

298 PROVENZANI, Banche Italiane in crisi, cause, rischi e prospettive, 13 luglio 2016, in www.forexinfo.it

questioni di più lunga durata, è quello dei cosiddetti NPL, ossia i crediti deteriorati che “pesano” sui bilanci delle banche e rendono difficile erogare nuovi prestiti.

Questi crediti deteriorati sono frutto in parte della crisi economica, che ha fatto sì che diversi privati e imprenditori non fossero più in grado di ripagare gli interessi sui prestiti ricevuti; ma in gran parte sono proprio il risultato di scelte imprudenti e sconsiderate da parte degli amministratori delle banche, che hanno prestato imprudentemente somme che difficilmente avrebbero potuto essere restituite.

A causa delle regole che impongono un rapporto tra patrimonio e prestiti erogati, questi NPL bloccano la capacità delle banche di prestare nuovi soldi e quindi causano un grave danno a tutto il sistema economico, oltre a far temere per la solidità delle banche più deboli ed esposte a questo problema²⁹⁹.

Governo, Banca d'Italia e l'associazione di categoria delle banche (l'ABI), sembrano tutti d'accordo su quale sia la soluzione da adottare: usare soldi pubblici per salvare le banche.

Il problema è come farlo. Non solo la soluzione pratica è ancora piuttosto incerta, ma c'è un altro grosso ostacolo da superare: la BRRD, ossia la c.d. procedura di Bail-In³⁰⁰.

299 Il problema è emerso con sempre più chiarezza anche grazie alle ispezioni e agli stress test della BCE, che hanno rivelato la difficile situazione italiana. I risultati di un nuovo round di stress test sono attesi entro fine luglio e potrebbero rivelare ulteriori buchi di capitale e quindi rendere ancora più urgente una soluzione. Le possibilità, in quel caso, sono sostanzialmente due: aumentare il patrimonio delle banche oppure ridurre la quantità di NPL.

300 In Italia d.lgs. 16 novembre, n. 180 e d.lgs. della stessa data

Un rimedio, infatti, è sembrata poter essere l'applicazione della direttiva europea BRRD³⁰¹: le nuove regole europee concedono agli stati la possibilità di salvare le banche, ma – semplificando molto – la concedono solo nella misura in cui parte del salvataggio venga fatta pagare ai proprietari (cioè gli azionisti) e agli investitori della banca (cioè gli obbligazionisti) e, in casi estremi, anche a coloro che hanno depositato nella banca grosse somme di denaro (i depositi fino a 100 mila euro sono assicurati e in teoria non rischiano nulla, tranne in caso di eventi enormemente negativi)³⁰².

Dopo l'applicazione parziale della direttiva nel caso delle quattro banche, le critiche però sono arrivate da quasi tutte le forze politiche, oltre che da giornali e singoli commentatori. L'applicazione della norma di salvataggio ha portato perdite tra azionisti e investitori, tra cui molti risparmiatori comuni che hanno contestato la perdita dei loro risparmi.

Il presidente dell'ABI ha recentemente affermato che la BRRD è “anticostituzionale”³⁰³. Uno dei problemi della

n. 181, che recepiscono la direttiva BRRD.

301 Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento Bank Recovery and Resolution Directive (in seguito BRRD).

302 A occhio è una norma più che sensata: prima di usare i soldi di tutti i cittadini per salvare una banca è bene che il conto venga pagato da chi quella banca l'ha gestita, cioè gli azionisti, e poi da chi ha scommesso sulla sua solidità, cioè gli obbligazionisti. In questo modo si “responsabilizzano” queste figure, che sapendo che dovranno pagare parte del fallimento, sono incentivate ad amministrare in maniera efficiente. Per questa ragione, la BRRD è stata votata anche dall'Italia nel 2013, senza che all'epoca nessuno avesse da ridire.

303 *Relazione del Presidente dell'Assemblea dell'Associazione*

BRRD, evidente nel caso delle quattro banche popolari, è che un numero elevatissimo di obbligazioni subordinate (le prime a subire perdite in caso di dissesto di una banca) non sono state vendute a investitori “normali”, che possiedono la competenza necessaria ad acquistare questi strumenti, ma sono state acquistate da privati cittadini, pensionati o risparmiatori senza alcuna conoscenza specifica³⁰⁴.

Per questo il governo sta cercando di ottenere dall'Europa la possibilità di salvare le banche italiane senza applicare la BRRD.

Tuttavia, l'intervento pubblico o bail out, inevitabilmente falsa le regole della concorrenza e finisce addirittura per premiare quegli operatori bancari che non hanno fatto buon uso delle risorse che provenivano dalla raccolta ovvero che hanno avuto un comportamento qualificabile quale moral hazard³⁰⁵. L'intervento pubblico comporta una distorsione nel mercato e finisce per dare un

Bancaria dell'08 luglio 2016, in www.abi.it.

304 L'Economist ricorda che circa 200 miliardi di obbligazioni bancarie italiane sono oggi nelle mani di privati cittadini.

305 Il rischio morale è presente in macroeconomia, laddove gli operatori economici possono sentirsi incentivati a intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, qualora essi possano contare una significativa probabilità che i costi associati a un eventuale esito negativo delle loro azioni ricadano sulla collettività, o su altri operatori o categorie di operatori. Ad esempio, una politica di intervento delle autorità per salvare imprese a rischio di fallimento potrebbe indurre gli operatori a finanziare progetti eccessivamente rischiosi, nell'ottica di realizzare i benefici in caso di successo, e di affidarsi all'intervento dello stato in caso contrario. Un esempio di moral hazard recente è quello di cui è stata accusata la dirigenza della Lehman Brothers – e, più in generale, di cui sono stati accusati alcuni degli operatori del sistema finanziario – a seguito del crollo della banca stessa nel 2008.

sostegno e favorire quelle banche la cui governance ha agito in violazione dei principi della sana e prudente gestione sino a provocarne il dissesto, consentendone una artificiosa permanenza sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio, con pregiudizio per le posizioni degli altri competitori che affrontano rischi e oneri senza aiuti esterni³⁰⁶.

A fronte di tale ultima significativa affermazione è ancora più evidente l'importanza che la gestione bancaria, quantomeno in futuro, sia affidata ad amministratori diligenti, che gestiscano la società in modo sano e prudente e che siano professionali, nei modi e termini che si vanno a specificare nel corso della presente trattazione.

La crisi è dipesa dal fatto che le banche, o meglio, le loro strutture di vertice si sono mostrate incapaci di valutare correttamente i rischi, nonché dalla circostanza che i sistemi interni di controllo non hanno funzionato; il vero problema, allora, si è cominciato a capirlo e si continua in questa direzione, è quello di apprestare strumenti idonei ad assicurare che alle banche in quanto tali sia impedito sempre e comunque di assumere rischi eccessivi, indipendentemente dalle propensioni, aspirazioni o vantaggi dei loro amministratori e managers.

Nell'attività bancaria, inoltre, il profilo organizzativo assume rilevanza assolutamente centrale per la tutela non solo dei creditori sociali, ma del mercato e del sistema economico nel suo insieme considerato.

Vi è un'esigenza di natura non solamente privatistica ma pubblicistica di tutela specifica della correttezza dello svolgimento dell'attività, soprattutto con riguardo al diritto

306 INZITARI, BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (dlgs 180/2015) in Rivista di Diritto Bancario, n. 5 del 2016, 1.

di informazione e protezione della parte debole, ma altresì nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti.

Gli amministratori delle banche sono i garanti, oltre che dell'interesse dei soci, della regolarità del funzionamento dell'impresa. Ciò a tutela dei creditori e dei clienti della banca, dei terzi in genere e del sistema economico nel suo complesso³⁰⁷.

È necessario dunque che la costruzione dei modelli di governance bancaria tenga conto dell'esistenza di specifiche esigenze pubbliche, e di tutela di tutti gli interessi coinvolti.

Da qui, l'importanza della regolamentazione di settore, che si deve muovere nell'ambito della normativa civilistica come quadro di riferimento di principio, per poi addivenire alla costruzione di un modello basato sulle esigenze di un ordinamento speciale, che non ha al centro della sua dinamica il problema della massimizzazione di valore degli azionisti³⁰⁸.

Ed un buon funzionamento del sistema di amministrazione è sicuramente essenziale per limitare i conflitti e le crisi economiche.

Lo stesso discorso deve valere per quanto attiene al canone della diligenza dell'amministratore della banca.

Per costui, il canone di diligenza di riferimento prende comunque le mosse dalla disciplina civilistica generale di cui all'art. 2392 c.c., ma il suo contenuto deve essere letto alla luce del principio di sana e prudente gestione e della dovuta professionalità richiesta

307 MONTEDORO, Amministrazione e responsabilità nelle società bancarie e negli enti finanziari, in AA.VV., Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria, a cura di Capriglione, Padova, 2003, 79.

308 Si veda la differenza con l'impresa ordinaria e l'intero excursus intorno all'interesse sociale di cui al Cap. III.7.

all'amministratore di banca.

Essa non è diligenza generica, ma tecnica; è quindi perizia, cui risponde una specifica ed adeguata professionalità, controllata dalla vigilanza.

Il canone di diligenza del buon banchiere, a bene vedere, si specifica con molta meno difficoltà nell'impresa bancaria in relazione alla varia, multiforme e complessa disciplina tecnica dettata dalle amministrazioni indipendenti, preposte alla vigilanza delle banche.

Conseguentemente, si pongono con molta meno drammaticità nel settore bancario, rispetto alla società ordinaria, i problemi del rapporto tra obbligo di diligenza ed insindacabilità nel merito delle scelte gestionali e ciò proprio in forza della specifica regolamentazione pubblicistica che orienta e spesso impone al buon banchiere determinate scelte, basate su una gestione che deve essere specificamente sana e prudente.

La diligenza del buon amministratore di banca è, pertanto, quella che si risolve in una gestione sana e prudente della società amministrata e che, a sua volta, si concretizza nell'adempimento delle regole imposte delle Autorità di Vigilanza, nonché nell'uso della buona tecnica bancaria che l'amministratore obbligatoriamente dotato del requisito di professionalità è tenuto a conoscere.

Per comprendere al meglio quanto si sta sostenendo è opportuno procedere ora ad un'analisi attenta e dettagliata delle più importanti peculiarità della società bancaria, che interessano specificamente il tema della presente ricerca.

IV.3) Il principio della sana e prudente gestione: l'evoluzione del concetto, i riferimenti normativi e l'art. 5 TUB.

Abbiamo accennato, in apertura del presente

capitolo³⁰⁹, alla quella curiosa affermazione di un noto Autore che ha definito il principio della sana e prudente gestione come “il prezzemolino di ogni minestra”³¹⁰.

La metafora si riferisce al fatto che il Testo Unico Bancario è letteralmente costellato di norme che fanno capo a tale principio, talvolta espressamente, altre volte nella sostanza (l'art. 5, l'art. 14, gli artt. 19 e 20, l'art. 56, l'art. 57 e l'art. 61 ne fanno esplicita menzione; ma altre norme che pur indirettamente richiamano il concetto sono l'art. 15, gli artt. 53 e 67, l'art. 48, l'art. 107)³¹¹.

E' dunque indiscutibile che il legislatore del TUB abbia fatto della sana e prudente gestione il principio chiave della normativa.

L'espressione sana e prudente gestione compare per la prima volta nella Seconda direttiva banche (89/646 CEE). Questa direttiva afferma la necessità di un controllo degli assetti proprietari degli enti creditizi, imponendo, in sede di richiesta di autorizzazione, la comunicazione alle autorità di vigilanza dei titolari di partecipazioni qualificate e prevede, poi, che le Autorità creditizie dei paesi membri rifiutino l'autorizzazione se “per tenere conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente”, esse non sono soddisfatte della qualità degli azionisti.

309 Si veda Supra Cap.IV.1.

310 L'espressione è del giurista Franco Belli e viene richiamata da PORZIO in *La crisi dei mercati finanziari*, Op. Cit. 16.

311 Secondo ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012, 56, “in tutti i nodi cruciali della disciplina di vigilanza, il parametro cui viene agganciata l'azione di vigilanza è quello di garantire - o non contrastare - una sana e prudente gestione, parametro sia così letteralmente formulato, sia proposto in termini diversi che comunque sono riconducibili alla stessa matrice”.

Analogamente in caso di nuove acquisizioni di partecipazioni rilevanti, qualora l'influenza esercitata dai nuovi soci “possa essere di ostacolo ad una gestione sana e prudente dell'ente”, si prevede che le autorità competenti debbano prendere i provvedimenti opportuni.

La normativa comunitaria, dunque, si inseriva nella logica di prevenire conflitti di interessi.

A ben vedere, l'esigenza di evitare conflitti di interessi tra banche e soci di controllo era, del resto, già ben presente alle autorità creditizie italiane che, scottate dall'esperienza degli anni trenta, avevano sempre ispirato la loro condotta al c.d. principio di separatezza tra banca e industria.

Tale principio nel 1990 veniva recepito nella normativa primaria in occasione dell'introduzione in Italia della legislazione diretta a tutelare la libertà del mercato (Legge n. 287 del 1990), ove si regolava l'acquisto di partecipazioni rilevanti nelle banche e si vietava l'acquisto da parte di imprenditori che “svolgono attività economiche non finanziarie”.

Per giustificare il dominante uso del criterio, la relazione al TUB, invoca l'adozione di tale principio sulla base della sua derivazione comunitaria ma, in verità, la direttiva in commento adotta il criterio della sana e prudente gestione solo nelle due norme sopra citate; mentre, si è detto, nel Testo Unico i redattori si sono entusiasmatisi per l'espressione e l'hanno adoperata dappertutto: il termine suona bene e garantisce valori di cui nessuno può in astratto negare la fondatezza³¹².

Tuttavia, per questo criterio sembra passare tutto: passa il controllo sui mezzi patrimoniali,

312 ANTONUCCI, Assetti proprietari, in *Diritto Bancario Comunitario*, a cura di Alpa, Capriglione, 2002, Torino, 115.

sull'organizzazione interna, su tutte le scelte squisitamente interne ad una struttura imprenditoriale³¹³.

Anche per questo motivo si vuole tentare di individuare e riempire di contenuto il suo significato, benché sempre con riferimento alla figura del diligente amministratore di società.

In ogni caso, dalla seconda direttiva possiamo subito ricavare un primo dato: la gestione dell'ente creditizio non è sana quando non è autonoma rispetto ai soci.

La normativa comunitaria, in definitiva, imponeva alle autorità nazionali competenti di intervenire, affinché non si creassero condizioni di una gestione non sana.

Nell'attuazione della seconda direttiva, il Dlgs n. 481 del 1992 non si limitava a riprodurre, con qualche correzione, le regole sopra indicate (art. 17), ma il legislatore delegato utilizzava la formula anche per giustificare e limitare il potere della Banca d'Italia di autorizzare le modifiche di statuto delle banche (art. 21). Per la legislazione allora vigente, infatti, la Banca d'Italia aveva il potere discrezionale di approvare le modifiche statutarie.

L'autorizzazione diventa, invece, accertamento, e tale accertamento diventa limitato ad assicurare che le modifiche “non contrastino con la sana e prudente gestione”.

Questo ampliamento trovava giustificazione, appunto, nella stessa Seconda direttiva, la quale richiedeva che l'ente creditizio fosse “dotato di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate misure di controllo”.

Ai fini della presente ricerca occorre rilevare come si introduce, così, un senso diverso dell'espressione “sana e

313 ANTONUCCI, Diritto delle banche, Op. cit., 56.

prudente gestione”; la formula serve, cioè, ad individuare un carattere positivo dell'organizzazione dell'ente, funzionale ad una gestione efficiente.

Il Testo Unico bancario richiama questo immediato precedente nella norma in tema di autorizzazione (art. 14), peraltro aggiungendo il riferimento esplicito anche al caso della fusione (art. 57) ed amplia ulteriormente la rilevanza della sana e prudente gestione inserendola espressamente tra i fini della vigilanza esercitata dalle autorità creditizie sulle banche, all'art. 5 TUB.

Il criterio in questione viene in questo modo a costituire una sufficiente motivazione di tutti gli atti delle autorità creditizie ed invero, la Banca d'Italia lo richiama nella premessa di ogni suo provvedimento.

Ai fini della presente ricerca è proprio l'art. 5 TUB a venire in considerazione e, quindi, a dover essere analizzato più nel dettaglio.

La disposizione, rubricata “Finalità e destinatari della vigilanza”, al primo comma, recita espressamente: “Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza ad esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza ed alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia”³¹⁴.

Ad una prima lettura della norma in commento sembrerebbe, anzitutto, che essa sia indirizzata esclusivamente ad individuare le finalità che le autorità di

314 L'art. 5 TUB prosegue come di seguito: “La vigilanza si esercita nei confronti delle banche, dei gruppi bancari e degli intermediari finanziari. Le autorità creditizie esercitano altresì gli altri poteri a esse attribuiti dalla legge”.

vigilanza possono perseguire³¹⁵, nonché parrebbe porre sullo stesso piano³¹⁶ le predette finalità ivi elencate: sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario, osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

In realtà, e per tale motivo l'art. 5 TUB viene preso come punto di riferimento del nostro discorso, la predetta disposizione normativa, autorizzando le autorità di vigilanza ad intervenire a garanzia della sana e prudente gestione della banca, a ben vedere, si rivolge prima di tutto agli stessi amministratori che sono tenuti in primis a gestire la banca stessa e, dunque, prescrive ed impone

315 È pacifica in dottrina la considerazione secondo cui l'enucleazione delle finalità compiuta dal primo comma della norma in epigrafe disegna un perimetro d'azione che esclude un uso dei poteri di vigilanza strumentale e finalità esterne a quelle proprie del mercato e dell'impresa bancaria, in consonanza con la logica pervasiva dell'impresa e del mercato di cui il Testo Unico è al tempo stesso effetto e causa, in questo senso ALBAMONTE, BASSO, CAPONE, MARANGONI, *La vigilanza sulle banche*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, 490. La norma in questione, nel raccordare i poteri di vigilanza a ben individuati obiettivi, assolve la funzione di garantire i destinatari della vigilanza stessa contro possibili sviamenti dell'azione autoritativa: in questo senso si veda ANTONUCCI, *Commento all'art. 5 tub*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, Torino, 2013, 35.

316 Per il coordinamento delle enunciate finalità non si rinvencono strumenti all'interno della norma, la cui complessa e generica enucleazione non offre criteri di opzione per il perseguimento dell'una piuttosto che dell'altra finalità, che si potrebbe ipotizzare, come è stato evidenziato, si possano trovare in reciproco contrasto, sul punto si veda ancora ANTONUCCI, *Commento all'art. 5 tub*, *Op. cit.*, 38.

espressamente ad essi, seppur per via mediata, di amministrare in modo sano e prudente.

In questo senso, dunque, il canone della diligenza a cui gli amministratori bancari sono tenuti nel loro agire gestorio viene vincolato a tale doppio parametro: essere amministratori diligenti significa espressamente gestire in modo sano ed in modo prudente la società bancaria.

Il criterio, pertanto, è stato elevato al rango di clausola generale che, da un lato informa l'attività di vigilanza³¹⁷ e, dall'altro, esplicita un principio-guida cui debbono sempre ispirarsi i comportamenti imprenditoriali della banca, quanto meno improntandosi a criteri di ragionevolezza e a regole di buona amministrazione, a regole cioè di buona gestione bancaria, le quali si compendiano anche in vere e proprie norme di azione (di comportamento) dettate dalle autorità creditizie³¹⁸.

Chiarito ciò si può comprendere ancor meglio l'interpretazione che di dette finalità è stata compiuta, nel corso degli anni, dagli studiosi della materia e, soprattutto dai principali autori di analisi economica del diritto³¹⁹.

Si è già anticipato il fatto che l'art. 5 TUB evidenzia, in realtà, due distinti piani di tutela: in un'ottica microeconomica, la sana e prudente gestione della banca, a difesa della stabilità delle singole imprese bancarie; mentre quale obiettivi macroeconomici la stabilità, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario³²⁰.

317 PATRONI GRIFFI, L'autonomia statutaria degli enti creditizi tra libertà e controlli, in *Rass. Dir. Civ.*, 1994, n. 2, 368.

318 MAZZINI, *Op. cit.*, 65.

319 Tra i molti TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Milano, 1992, 366 nella dottrina economica CIOCCA, *La nuova finanza in Italia*, Torino, 2000.

320 Nello specifico, in tal senso, si veda GRECO, *Commento all'art. 5 TUB*, in *Testo Unico Bancario Commentario*, a cura di

Gestire la società bancaria in modo sano e prudente costituisce dunque il mezzo (il fine-mezzo) per conseguire le vere e proprie finalità (fini-scopo) costituite dalla stabilità (prima del singolo intermediario e così, parallelamente del sistema finanziario), dall'efficienza (prima facie della singola banca e ciò anche in termini di redditività e così, di riflesso, del sistema finanziario), nonché dalla competitività del sistema finanziario.

Il concetto di sana e prudente gestione va, dunque, a riassumere tanto l'idoneità strutturale ed organizzativa quanto quella patrimoniale dell'impresa bancaria, alla luce dell'esigenza della stabilità e dell'efficienza del sistema³²¹.

In particolare, se per gestione prudente si intende l'attenzione al rischio e per gestione sana l'efficienza funzionale, l'adeguatezza patrimoniale, la correttezza e la qualità dell'organizzazione amministrativa, il continuo ripetersi del concetto nell'ambito della legislazione bancaria, in un ideale percorso dalla "nascita" alla "morte" dell'organismo bancario, rappresenta proprio l'esigenza degli organi di controllo di individuare e scoraggiare i comportamenti degli operatori contrari ai criteri di buona amministrazione³²² e, quindi (letta tale affermazione alla luce della presente ricerca), di indirizzare nonché responsabilizzare gli amministratori ad una diligenza in questi specifici termini.

Da un altro punto di vista, e coerentemente con le finalità della nostra analisi, possiamo dunque affermare che quello della sana e prudente gestione si configura

Porzio, Milano, 2010 – 2011, 950.

321 LAMANDA, Le finalità della vigilanza in AA.VV. La nuova legge bancaria, a cura di Ferro Luzzi e Castaldi, Milano 1996, I, 157.

322 DE ANGELI - ORIANI, La sana e prudente gestione delle banche, in *Bancaria*, 1995, XI, 80.

come un criterio necessario e fondamentale ad indirizzare il diligente comportamento dell'amministratore di società bancaria nonché ad individuare casi in cui al contrario, il detto comportamento può reputarsi negligente.

Poiché l'art. 5 TUB, oltre a influenzare l'agire gestorio si rivolge alle autorità di vigilanza è pacifico che, ove non si possa assicurare una sana e prudente gestione per mezzo dello stesso TUB, l'azione di vigilanza possa intervenire predisponendo un complesso di regole e comportamenti di natura prudenziale, entro i quali le banche successivamente esercitano, più o meno liberamente, la propria attività d'impresa.

È infatti impossibile definire una volta per tutte quale sia il comportamento ottimale della banca, o meglio dei suoi amministratori, ma spetta agli organi di gestione della stessa adottare comportamenti che siano conformi ai predetti criteri³²³.

La stessa Banca d'Italia, nella relazione annuale per l'anno 1993 scrive che “la prudente gestione è riferita al grado di avversione al rischio dei soggetti vigilati” (...); per quanto attiene al concetto di “gestione sana” rinvia, invece, alla necessità che gli intermediari operino ispirandosi ai criteri di piena efficienza funzionale rispetto agli obiettivi aziendali (di norma il profitto e, potremmo dire quindi, la c.d. redditività dell'impresa) e di correttezza nello svolgimento degli affari³²⁴.

Il criterio, per come è formulato all'interno del TUB, non ha valore assoluto, ma è soggetto ad un processo di “storicizzazione”³²⁵, che consente la riferibilità ai

323 LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, Op. cit. 175.

324 BANCA D'ITALIA, *Relazione Annuale*, 1993, 285 in www.Bancaditalia.it

325 CAPRIGLIONE, *Commentario al Testo Unico delle leggi in*

mutamenti che, nel tempo, incidono sull'essenza di detta clausola.

Ciò implica che il contenuto precettivo del principio in questione diviene conoscibile in relazione alle indicazioni dell'autorità di vigilanza, che emana di volta in volta specifiche disposizioni normative c.d. secondarie, alle quali le banche debbono attenersi.

In ogni caso, comunque, sia per quanto attiene tali disposizioni secondarie, che ormai permeano l'intero agire gestorio bancario, sia per quanto riguarda più in generale il doveroso comportamento diligente degli amministratori, cui sono tenuti nell'esercizio del loro potere - dovere amministrativo, occorre individuare, nel concreto, che cosa si intenda con i termini “gestione sana” e “prudente”.

IV.4) La diligenza dell'amministratore di banca: il contenuto del dovere di gestire in modo **“sano” e “prudente”, aspetti “quantitativi”**.

Poco sopra si è accennato al fatto che la formulazione della norma art. 5 T.U.B. non debba trarre in inganno.

Le finalità ultime dell'azione di vigilanza sono di carattere generale e consistono nella stabilità, nell'efficienza, nella competitività del sistema³²⁶.

La sana e prudente gestione, quale fine della vigilanza, è volta invece a designare un metodo di esercizio dell'amministrazione della singola banca.

La Banca d'Italia, quindi, detta regole volte a raggiungere una sana e prudente gestione, affinché tramite essa possa assicurarsi, in ultima analisi, l'obiettivo di un mercato efficiente, stabile e concorrenziale.

materia bancaria e creditizia, Padova, 2012, 55.

326 D'AMBROSIO, La vigilanza, in AA.VV. Manuale di diritto dei mercati finanziari, Milano, 2004, 67.

Nello specifico, Banca d'Italia fa rientrare nei concetti di sana e prudente gestione, senza distinzioni specifiche tra l'uno e l'altro concetto, gli aspetti dell'adeguatezza patrimoniale, dei requisiti patrimoniali, della valutazione del rischio, delle partecipazioni detenibili, dell'organizzazione amministrativa, contabile e dei controlli interni³²⁷.

A ben vedere, dunque, i limiti da essa prescritti investono non soltanto gli assetti tecnici e c.d. "quantitativi" dell'impresa bancaria ma anche, e prima ancora, quelli organizzativi e c.d. "qualitativi", che ai primi sono funzionali.

Vengono garantiti, dunque, strumenti in grado di indirizzare le scelte degli amministratori diligenti (mediante disposizioni generali nei confronti delle banche e dei loro amministratori tenuti ad applicarle), senza vincolarle in maniera obbligata, ma tali da incidere profondamente sulla dinamica gestionale e da limitare correlativamente i loro poteri e la loro libertà di iniziativa.

Nel primo concetto, quello della gestione "sana", vengono principalmente fatti rientrare gli aspetti dell'adeguatezza patrimoniale e dell'organizzazione amministrativa.

Quanto al primo profilo, si ritiene che un amministratore diligente debba garantire il mantenimento di un livello adeguato di patrimonialità.

La previsione di un livello di patrimonializzazione adeguato non è propria delle sole banche, ma in generale di tutte le società di capitali³²⁸.

327 LEMME, Amministrazione e controllo nella società bancaria, Milano, 2007, 77.

328 Sul punto, PORTALE, Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, in Tr. Soc. az., a cura di Colombo e Portale, I,

Nelle società di capitali la scelta intorno agli strumenti di investimento del capitale sociale è sostanzialmente rimessa al prudente apprezzamento degli amministratori (fatti salvi i casi di limitazioni imposte dalla legge, che tuttavia costituiscono delle eccezioni al generale principio di libertà di scelta³²⁹), il cui unico limite è costituito da un lato dalla coerenza tra utilizzo del capitale ed oggetto sociale, dall'altro dalla generale ragionevolezza delle scelte amministrative. Questi limiti, tuttavia, non riguardano specificamente la consistenza e l'utilizzo del patrimonio sociale ma, in generale, l'intera azione amministrativa.

A ciò si aggiunga che, nelle società ordinarie, il solo limite riguardante il patrimonio è quello risultante dagli artt. 2446 e 2447 c.c.³³⁰

Torino, 2004, 3.

329 Si veda l'art. 2361 c.c.

330 L'art. 2446 c.c. prescrive che, quando il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti (...); se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. L'art. 2447 c.c. disciplina la riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale prescrivendo che, se per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327 c.c., gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per

Nelle banche, viceversa, gli amministratori sono vincolati non solo al mantenimento di un livello adeguato di patrimonialità ma anche, di fatto, alla scelta di strumenti di investimento ad elevata liquidità³³¹.

Le istruzioni di vigilanza³³², infatti, prevedono una diversificazione del calcolo del patrimonio, creando l'entità virtuale denominata "patrimonio di vigilanza", nella quale il patrimonio della banca viene suddiviso a seconda del livello di liquidità e di realizzabilità delle sue componenti, attive e passive. La somma algebrica di tali componenti non può mai essere inferiore al capitale minimo richiesto ai fini dell'autorizzazione all'attività bancaria.

Le componenti che concorrono a formare il patrimonio di vigilanza sono il patrimonio di base, il patrimonio supplementare e le deduzioni.

Il patrimonio di base è costituito dal capitale, dalle riserve, dal fondo rischi bancari generali e dagli strumenti innovativi di capitale, dall'utile del periodo, dai "filtri prudenziali", al netto delle azioni proprie, dell'avviamento, delle immobilizzazioni immateriali delle perdite, delle rettifiche di valore e dei "filtri prudenziali".

Il patrimonio supplementare è viceversa formato dalle riserve di valutazione, dagli strumenti ibridi di patrimonializzazione e dalle passività subordinate, dagli strumenti innovativi di capitale non computabili nel

deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

331 LEMME, Amministrazione e controllo nella società bancaria, Op. cit., 79.

332 Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Circolare n. 288 del 3 aprile 2015 in www.bancaditalia.it

patrimonio di base, dalle plusvalenze nette su partecipazione, dai “filtri prudenziali”, dalle eccedenze, da altri elementi positivi; da tali elementi vanno sottratte le minusvalenze nette sui titoli e sulle partecipazioni, “filtri prudenziali” ed altri elementi negativi.

Dalla somma di tali elementi vengono ulteriormente sottratti partecipazioni, strumenti ibridi di patrimonializzazione e prestiti subordinati nei confronti di banche e società finanziarie, secondo un complesso meccanismo di ponderazione.

Patrimonio di base e patrimonio supplementare vengono diversamente conteggiati nel calcolo del patrimonio di vigilanza: mentre il primo viene computato integralmente, il secondo viene computato solo nel limite dell’ammontare del patrimonio di base, mentre singole componenti del patrimonio supplementare vengono a propria volta computate solo parzialmente in questo.

Ne deriva, in definitiva, un complesso sistema nel quale, ed è questa, la differenza con le società ordinarie, solo una quota del patrimonio effettivo viene considerato utile ai fini della vigilanza.

Mentre, dunque, la regola generale è quella in base alla quale la garanzia per i creditori è costituita dall’intero patrimonio sociale, ed è su questo, senza sostanziali correttivi, che vengono computati i requisiti minimi di capitale, nel caso delle società bancarie vi è l’ulteriore garanzia costituita dalla costante permanenza del patrimonio sociale al di sopra di una soglia, che è certamente ben maggiore rispetto al capitale minimo richiesto ai fini autorizzativi, in quanto non tutto il patrimonio, ma solo la parte “sostanziale” di esso viene computata.

Peraltro, l’adeguatezza patrimoniale come sopra esposta non è il solo strumento di garanzia “quantitativa”

dell'impresa bancaria a cui è tenuto l'amministratore di società.

Un ruolo essenziale è svolto altresì dai requisiti patrimoniali, che misurano la capacità della banca di affrontare i rischi connessi all'insolvenza dei propri debitori.

I requisiti patrimoniali dettati dalle Istruzioni di vigilanza, riguardando principalmente l'aspetto del rischio, potrebbero essere annoverati, pertanto, tra i doveri di gestire in modo prudente.

Essi hanno l'effetto sostanziale di restringere l'operatività gestionale degli amministratori, che sono vincolati all'aumento delle attività sia sotto il profilo quantitativo, che sotto il profilo qualitativo, essendo di fatto costretti a privilegiare, al fine di mantenere i requisiti patrimoniali al di sopra della soglia imposta dalla vigilanza, le attività a rischio basso o nullo rispetto a quelle a rischio più elevato. Evidentemente questo comporta anche una minor possibilità per la banca di finanziarsi con il ricorso a strumenti di rischio medio alto, ma maggiormente vantaggiosi in termini di rendimento.

Va inoltre segnalato che la Banca d'Italia può individualmente imporre alle banche un diverso e più elevato requisito patrimoniale, in presenza di peculiari situazioni di rischio.

Anche in questo caso è evidente la discrasia rispetto alle società ordinarie, nelle quali la normativa ha carattere generale, e non individuale.

Peraltro, la possibilità di variazioni di margini operativi con provvedimenti individuali rivolti ai singoli intermediari e, quindi, ai "singoli" amministratori costituisce, come si accennava in apertura del presente capitolo, spoliazione del potere di indirizzo e gestione "discrezionale" ed autonoma da parte degli amministratori.

Rimanendo sul tema del rischio, per quanto attiene nello specifico al secondo parametro, in base al quale vincolare la diligenza dell'amministratore bancario, il dovere di gestire in modo prudente si esplica principalmente nella disciplina del contenimento del rischio.

Il punto di riferimento legislativo è l'art. 53 del TUB che individua nel contenimento del rischio il secondo pilastro della vigilanza regolamentare (dopo la predetta adeguatezza patrimoniale)³³³.

L'espressione usata nella lettera b) del primo comma, in particolare, estende il principio di contenimento al rischio a tutte le "*sue diverse configurazioni*".

Abbiamo cercato di ricostruire, nel precedente capitolo, il problema della gestione rischiosa dell'impresa ordinaria ed abbiamo già accennato al fatto che, a differenza di quest'ultima, nell'impresa bancaria vige espressamente il principio della prudente gestione che, nella sostanza, impone agli amministratori di banca una gestione avversa al rischio³³⁴.

L'attività delle banche, in generale, è soggetta a diverse tipologie di rischio: si distingue tra il rischio di credito, legato alla possibilità che i clienti affidati ed in generale i prenditori del credito non restituiscano quanto

333 Nello specifico l'Art. 53 TUB rubricato "Vigilanza regolamentare" prescrive espressamente a Banca d'Italia di emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; c) le partecipazioni detenibili; d) il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione; d-bis) l'informativa da rendere al pubblico sulle materie di cui alle lettere da a) a d).

334 Si veda Supra Cap. III.

da essi percepito; il rischio di liquidità, che ha ad oggetto la possibilità che la banca non disponga del denaro per soddisfare i propri creditori, ossia i depositanti; il rischio dei tassi, legato alla riduzione del differenziale sui tassi attivi e passivi di mercato; il rischio di cambio, legato all'andamento del rapporto tra le valute.

Il rischio di credito³³⁵, in particolare, rappresenta uno dei punti cruciali della vigilanza prudenziale, con la predisposizione di strumenti via via più raffinati per la sua misurazione; ma anche il rischio derivante dalla trasformazione delle scadenze assume rilievo centrale, costituendo uno degli aspetti tecnicamente più delicati dell'attività bancaria.

Tutte queste tipologie di rischio insite nella realtà bancaria, ognuno con le proprie peculiarità, ha fatto sì che la gestione dell'amministratore diligente venisse espressamente vincolata al parametro della prudenza, sotto questo specifico aspetto.

IV.5) La diligenza dell'amministratore di banca: il contenuto del dovere di gestire in modo **“sano” e “prudente”, aspetti “qualitativi”**.

Si è detto che i limiti imposti da Banca d'Italia agli amministratori delle banche investono non soltanto gli assetti tecnici e c.d. “quantitativi” dell'impresa bancaria a cui abbiamo accennato al paragrafo che precede, ma anche e prima ancora quelli organizzativi e c.d. “qualitativi”.

Come noto, l'adeguato funzionamento del mercato bancario si regge principalmente sulla “fiducia” nella correttezza dei comportamenti degli intermediari e sulla

335 Si veda, per un approfondimento generico ed aggiornato il “Rischio di credito” in www.borsaitaliana.it.

solidità degli stessi³³⁶.

È pacifico, dunque, che sistemi di governance non adeguati e poco trasparenti compromettano la fiducia degli intermediari e si ripercuotano negativamente sul funzionamento del mercato finanziario.

Le banche, infatti, assumono un ruolo chiave nell'economia svolgendo la funzione di raccolta del risparmio e veicolando il flusso di esso verso le attività produttive.

Le attività del sistema bancario hanno effetti che si riflettono sui due lati principali dell'economia: da una parte i soggetti che effettuano il risparmio (c.d. depositanti), dall'altro lato le imprese che utilizzano il capitale per lo svolgimento dell'attività economica³³⁷.

Per assicurare una gestione sana e prudente della banca vengono in rilievo quindi sia gli strumenti di vigilanza prudenziale c.d. “quantitativi” (ossia, sostanzialmente i diversi coefficienti patrimoniali da tenere in considerazione nell’agire gestorio) ma anche, ed alla base, quelli c.d. “qualitativi” che riguardano ed incidono sull'organizzazione e sul governo in generale delle banche³³⁸.

Premesso che, a seguito della Riforma, ogni società deve dotarsi di un assetto organizzativo, amministrativo e

336 RABITTI BEDOGNI, Modelli di governo societario, in La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno, a cura di Vietti, Milano, 2014, 199.

337 Come ben evidenziato nell'indagine conoscitiva condotta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel 2007 (IC 36) in www.agcm.it.

338 D'AMBROSIO-PERASSI, Il governo societario delle banche, in La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno, a cura di Vietti, Milano, 2014, 210.

contabile adeguato alla struttura, alla dimensioni ed alla natura dell'impresa, nel caso dell'impresa bancaria, le linee generali dell'assetto organizzativo, ai sensi dell'art. 53, comma primo, lettera d) del TUB, sono dettate espressamente dalle Istruzioni di vigilanza.

Ciò in quanto una composizione degli organi amministrativi della banca che sia qualitativamente adeguata alle proprie peculiarità e caratterizzata dalla professionalità dei propri gestori è sicuramente alla base della stabilità, ma è anche una potente leva competitiva nel mercato.

Un tipo di amministrazione sana e prudente da parte di amministratori diligenti e professionali è, infatti, il miglior segnale che la banca può dare al mercato sulla propria affidabilità e sulla propria capacità di tutelare adeguatamente non solo gli azionisti ed i creditori direttamente collegati con essa, ma una ben più ampia e variegata categoria di risparmiatori e la collettività in generale³³⁹.

Da questo punto di vista, dunque, amministratori bancari la cui diligenza sia già qualitativamente predeterminata permettono, nel loro agire, di perseguire una gestione sana e prudente.

Procedendo, più nel dettaglio, nell'analisi della disciplina dell'organizzazione amministrativa bancaria si deve rilevare come già la seconda direttiva in materia

339 Sul punto, decisamente interessante per la presente ricerca di veda l'intervento di Carmelo Barbagallo Capo del Dipartimento di Vigilanza Bancaria e Finanziaria Banca d'Italia presso l'associazione bancaria Italiana al Convegno "*L'impresa bancaria: i doveri e le responsabilità degli amministratori. Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*" del 26 marzo 2014 in www.bancaditalia.it.

bancaria (dir. 89/646/CEE) estendeva l'ambito della vigilanza prudenziale proprio all'organizzazione amministrativa e contabile ed ai controlli interni; l'art. 13 della direttiva predetta impone invero all'autorità di vigilanza del paese d'origine di esigere “che ciascun ente creditizio sia dotato di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno”.

In Italia, la norma della seconda direttiva è recepita dall'art. 22, primo comma, lett. d) del Dlg. n. 481 del 1992, per poi confluire nell'art. 53, primo comma, lett. d) del TUB³⁴⁰.

La successiva delibera del CICR del 2 agosto 1996³⁴¹, attuativa di tale ultimo articolo, ha collegato espressamente la disciplina dei profili organizzativi delle banche all'obiettivo di assicurare la competitività della banca e la gestione efficiente del rischio; ha, quindi, affidato alla Banca d'Italia il potere di dettare Istruzioni “volte ad assicurare che le banche si dotino al proprio interno di unità di controllo, di auditing e di riscontro amministrativo - contabile che, operando secondo criteri di funzionalità ed efficienza, concorrano al corretto andamento della gestione aziendale”, consentendo all'autorità di vigilanza di “stabilire requisiti organizzativi

340 Che, come sopra accennato, prescrive espressamente a Banca d'Italia di emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto, appunto, il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile. Rilevano poi anche le disposizioni sulla convocazione degli organi gestionali delle banche (art. 53, comma terzo, TUB) e sull'approvazione delle modifiche statutarie (art. 56 TUB). Sul punto, più nello specifico, BRESCIA MORRA, Gli amministratori delle banche nella disciplina di vigilanza, in A.G.E., n. 1/2004, 105.

341 Delibera reperibile in www.mef.gov.it

minimi”.

Le Istruzioni di vigilanza per le banche hanno seguito tali indicazioni.

Il primo riferimento è alle Istruzioni di Vigilanza per le Banche del 21 aprile 1999 (ultimo aggiornamento del 10 aprile 2007)³⁴², la Circolare, fino ad aprile 2007, ha raccolto in modo organico le diverse disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia. Successivamente, essa è stata modificata ed integrata da disposizioni separate³⁴³.

342 Reperibili, unitamente ai singoli aggiornamenti, in www.bancaditalia.it.

343 Tra le quali si richiama il provvedimento della Banca d'Italia 09 luglio 2007 in www.bancaditalia.it. Detto provvedimento individua uno specifico “rischio di non conformità alle norme”, delineato come “rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di leggi o di regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)”. Tale rischio richiede un duplice livello di azione: “è necessario, da un lato, promuovere una cultura aziendale improntata a principi di onestà, correttezza, rispetto non solo della lettera ma anche dello spirito delle norme; dall'altro lato, approntare specifici presidi organizzativi, volti ad assicurare il rigoroso rispetto delle prescrizioni normative e di autoregolamentazione”. È quindi richiesta una specifica azione, che preveda l'elaborazione, ad opera del consiglio di amministrazione, di politiche di gestione del rischio, ivi inclusa “la costituzione all'interno delle banche e dei gruppi bancari di una specifica funzione dedicata al presidio e al controllo della conformità” (*compliance bancaria*), organizzata, “secondo il principio di proporzionalità, in coerenza quindi con le specifiche caratteristiche dimensionali ed operative”. La funzione di compliance (permanente, indipendente e dotata di adeguate risorse) ha il compito di monitorare l'adeguatezza organizzativa e procedurale della struttura aziendale

Il secondo importante riferimento è costituito dalle Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, di cui alla Circolare 27 dicembre 2006, n. 263, come da ultimo aggiornamento del 02 luglio 2013³⁴⁴.

Queste ultime, in particolare, evidenziano anzitutto l'esigenza di affiancare agli strumenti di vigilanza di tipo quantitativo, come sopra descritti, “indicazioni volte a favorire, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale, la definizione di un sistema di controlli interni efficiente ed efficace”³⁴⁵, delineando i ruoli del consiglio di amministrazione e dell'alta direzione, con particolare attenzione al rischio di credito.

Le Istruzioni predette includono nel consiglio di amministrazione, oltre all'organo consiliare, il comitato esecutivo e gli altri organi collegiali delegati. Richiedono, quindi, ad esso di: approvare gli orientamenti strategici e le politiche di gestione del rischio nonché la struttura organizzativa della banca, verificare che l'alta direzione definisca un assetto di controlli interni autonomo e coerente con la propensione al rischio prescelta; assicurarsi che sia periodicamente verificata la funzionalità del sistema dei controlli interni, che gli siano portati a conoscenza i risultati della verifica; adottare con tempestività misure correttive.

Dell'alta direzione fanno parte l'amministratore

a fronteggiare il rischio, proponendo le necessarie modifiche, nonché quello (gravoso in un periodo di sovrapproduzione di norme di diversa fonte e livello, come l'attuale) della “identificazione nel continuo delle norme applicabili alla banca e la misurazione / valutazione del loro impatto su processi e procedure aziendali”.

344 Anch'esse reperibili, unitamente ai singoli aggiornamenti, in www.bancaditalia.it.

345 Tit. IV, cap. 11, sez. I.

delegato, il direttore generale e l'alta dirigenza munita di poteri delegati e che svolge funzioni di gestione. L'alta direzione predispone le misure necessarie ad assicurare l'istituzione e il mantenimento di un sistema di controlli interni efficienti ed efficaci.

Si evidenzia l'importanza dell'assetto organizzativo delle banche e come esso sia strettamente collegato con una gestione che possa definirsi efficiente ed adeguata.

Alla buona organizzazione della banca viene riconosciuta una valenza strategica e messa sullo stesso piano dell'adeguatezza patrimoniale.

Oggi il riferimento principale ed attuale è costituito dalle Disposizioni di Vigilanza per le Banche di cui alla Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (ultimo aggiornamento al 17 maggio 2016)³⁴⁶.

Secondo quanto previsto dai principi generali delle medesime Disposizioni: a) sotto il profilo quantitativo, il numero dei componenti degli organi sociali deve essere adeguato alle dimensioni e alla complessità dell'assetto organizzativo della banca al fine di presidiare efficacemente l'intera operatività aziendale per quanto concerne la gestione ed i controlli; b) sotto il profilo qualitativo, il corretto assolvimento delle funzioni che ricadono sotto la responsabilità degli organi con funzioni di supervisione strategica richiede la presenza di soggetti che siano: pienamente consapevoli dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni che ciascuno di essi è chiamato a svolgere (funzione di supervisione o gestione; funzioni esecutive e non; componenti indipendenti, ecc.); dotati di professionalità adeguate al ruolo da ricoprire, anche in eventuali comitati interni al Consiglio, e calibrate

346 Reperibili, unitamente ai singoli aggiornamenti, in www.bancaditalia.it

in relazione alle caratteristiche operative e dimensionali della banca; con competenze diffuse tra tutti i componenti e opportunamente diversificate, in modo da consentire che ciascuno dei componenti, sia all'interno dei comitati di cui sia parte che nelle decisioni collegiali, possa effettivamente contribuire, tra l'altro, a individuare e perseguire idonee strategie e ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca; che dedichino tempo e risorse adeguate alla complessità del loro incarico; che indirizzino la loro azione al perseguimento dell'interesse complessivo della banca, indipendentemente dalla compagine societaria che li ha votati o dalla lista da cui sono tratti, operando con autonomia di giudizio.

Le Disposizioni richiedono che l'attenzione venga posta su tutti i componenti, ivi compresi quelli non esecutivi, in quanto partecipino delle decisioni assunte dall'intero Consiglio e chiamati a svolgere un'importante funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi.

L'autorevolezza e la professionalità dei consiglieri non esecutivi devono essere adeguate all'efficace esercizio di queste funzioni, determinanti per la sana e prudente gestione della banca: è quindi fondamentale che anche la compagine dei consiglieri non esecutivi posseda complessivamente ed esprima adeguata conoscenza del business bancario, delle dinamiche del sistema economico-finanziario, della regolamentazione bancaria e finanziaria e, soprattutto, delle metodologie di gestione e controllo dei rischi, in quanto conoscenze essenziali per l'efficace svolgimento dei compiti loro richiesti³⁴⁷.

347 Sul tema della professionalità dell'amministratore bancario si veda più ampiamente Infra Cap. IV.6).

Le Disposizioni prescrivono, altresì, che nell'organo che svolge la funzione di supervisione strategica, debbano essere nominati soggetti indipendenti che vigilino con autonomia di giudizio sulla gestione sociale, contribuendo ad assicurare che essa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione.

Nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa la presenza nei comitati consiliari specializzati (aventi compiti istruttori, consultivi, propositivi) anche di tali soggetti indipendenti agevola l'assunzione di decisioni, soprattutto con riferimento ai settori di attività più complessi o in cui è più elevato il rischio che si verifichino situazioni di conflitto di interessi.

L'obiettivo delle Disposizioni, dunque, è garantire che negli organi di vertice siano presenti soggetti capaci di assicurare che il ruolo ad essi attribuito sia svolto in modo efficace.

Ciò richiede che le professionalità necessarie a realizzare questo risultato siano chiaramente definite ex ante (ed eventualmente riviste nel tempo per tenere conto delle criticità emerse) e che il processo di selezione e di nomina dei candidati tenga conto di tali indicazioni.

In occasione del recente aggiornamento delle Disposizioni³⁴⁸, la Banca d'Italia ha introdotto una serie di novità più specificamente riguardanti la composizione del Consiglio e la formazione dei comitati consiliari.

Tali novità sono riassumibili come segue: nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa il numero massimo dei consiglieri non è superiore a 15, fatti salvi casi eccezionali che vanno analiticamente valutati e

348 Il riferimento è al predetto ultimo e recente aggiornamento del 17 maggio 2016.

motivati; i componenti del Consiglio devono garantire un'adeguata dedizione di tempo al loro incarico, tenuto conto della natura e della qualità dell'impegno richiesto, delle funzioni svolte nella banca (anche in relazione alle sue caratteristiche), di altri incarichi in società o enti, impegni o attività lavorative svolte, fermo il rispetto dei limiti al cumulo degli incarichi previsti in attuazione della Direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (CRD IV); il numero di consiglieri indipendenti deve essere pari ad almeno un quarto dei componenti del Consiglio di Amministrazione, in possesso di professionalità e autorevolezza tali da assicurare un elevato livello di dialettica interna all'organo di appartenenza ed apportare un contributo di rilievo alla formazione della volontà del medesimo; nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica è necessario che siano costituiti 3 comitati specializzati in tema di "nomine", "rischi" e "remunerazione", ciascuno composto, di regola, da 3-5 membri, tutti non esecutivi e in maggioranza indipendenti.

I comitati devono distinguersi tra loro per almeno un componente e, ove sia presente un consigliere eletto dalle minoranze, questi fa parte di almeno un comitato. I lavori di ciascun comitato sono coordinati da un presidente scelto tra i componenti indipendenti; il Presidente del Consiglio di Amministrazione deve avere un ruolo non esecutivo e non svolgere, neppure di fatto, funzioni gestionali.

In ottemperanza a quanto previsto dalle vigenti Disposizioni di Vigilanza per le banche in materia di governo societario, emanate dalla Banca d'Italia, i Consigli di Amministrazione (o di sorveglianza e di gestione) delle banche sono tenuti ad identificare la propria composizione quali-quantitativa ritenuta ottimale per

l'efficace assolvimento dei compiti e responsabilità loro affidati dalla legge, dalle disposizioni di vigilanza e dallo statuto.

Si evidenzia, infine, che le vigenti Disposizioni dettagliano ruolo e compiti dell'organo di supervisione strategica e dei suoi comitati (ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa generale) rimandando a questo riguardo anche alla regolamentazione della Circolare Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006 (15° aggiornamento del 2 luglio 2013) in tema di disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche e, in particolare, del sistema dei controlli interni, nonché a quella della Circolare Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 (7° aggiornamento del 18 novembre 2014) in materia di sistemi di remunerazione e incentivazione delle banche.

Benché la disciplina transitoria delle Disposizioni preveda l'adeguamento a buona parte delle previsioni sopra riportate entro il 30 giugno 2017, è molto interessante notare come il Consiglio di Amministrazione di alcune società bancarie, nell'individuare la propria composizione quali-quantitativa considerata ottimale, sembra stia tenendo sin d'ora conto delle medesime³⁴⁹.

Gli amministratori bancari sembra, dunque, vogliano cercare di seguire alla lettera le prescrizioni di Banca d'Italia ed avere al proprio interno organi di gestione costituiti da amministratori diligenti, che gestiscano la società bancaria in modo sano e prudente, secondo tutto quanto fin qui descritto.

IV.6) Lo specifico e necessario requisito di

349 Ed invero si veda la composizione quali-quantitativa di Unicredit S.p.a in www.unicreditgroup.eu e di Antonveneta in www.antonveneta.it.

professionalità dell'amministratore bancario.

Tra gli aspetti c.d. “qualitativi” del contenuto del dovere di gestire la società in modo sano e prudente, che caratterizza la diligenza dell'amministratore bancario, una specifica trattazione richiede il requisito della professionalità, che caratterizza espressamente l'amministratore di banca rispetto all'amministratore di società ordinaria.

L'art. 14 TUB, che disciplina l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, oltre ad imporre alla Banca d'Italia di negare l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni ivi elencate alle lettere dalla a) alla f) non risulti garantita la sana e prudente gestione, stabilisce espressamente, alla lettera e), che la Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando “i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo abbiano i requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza indicati nell'articolo 26 ”, ed aggiunge che “La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti *garantita la sana e prudente gestione*”³⁵⁰.

350 Si riporta per completezza l'intera parte prima del detto art. 14 TUB “La Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; a-bis) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica b) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia; c) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; d) sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate; e) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'articolo 26; f) non sussistano, tra la banca o i soggetti del

Affinché sia potenzialmente garantita una gestione sana e prudente della banca occorre espressamente, dunque, che i componenti del consiglio di amministrazione possiedano, oltre all'onorabilità ed alla indipendenza, lo specifico requisito della professionalità.

L'art. 26 predetto, rimanda il compito della definizione dei requisiti in questione al Ministero dell'Economia e delle Finanze che, sentito il parere della Banca d'Italia, è chiamato ad emanare il relativo regolamento³⁵¹.

La disposizione dà attuazione ai principi contenuti nella direttiva 77/80, art. 3, secondo cui le autorità creditizie dei Paesi membri non concedono l'autorizzazione quando le persone (almeno due) che determinano effettivamente l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio non possiedano l'onorabilità necessaria o l'esperienza adeguata per esercitare tali funzioni.

Il precetto comunitario aveva già trovato ingresso nel nostro ordinamento con il D.p.r. n. 350 del 1985 che, sulla

gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che *ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza*. La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e *prudente gestione*".

351 L'art. 26, primo comma, rubricato "Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali", recita letteralmente: "I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza stabiliti con regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze adottato, sentita la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400". Il comma secondo del medesimo articolo, nella sua prima parte, prosegue: "il difetto dei requisiti determina la decadenza *dall'ufficio*".

base di una presunzione assoluta e valida per tutti gli enti creditizi, considerava capaci di determinare effettivamente l'orientamento dell'attività dell'ente: il presidente del consiglio di amministrazione ed il direttore generale³⁵².

Esso fissava, poi, requisiti di onorabilità ed esperienza diversamente determinati per ciascuno dei due uffici.

Il D.p.r. citato, peraltro, aveva adottato una scelta di maggior rigore rispetto a quella indicata dal legislatore comunitario, stabilendo che i requisiti di professionalità e onorabilità dovessero essere posseduti anche dall'amministratore delegato e dai membri di organi collegiali ai quali fossero attribuiti poteri in materia di concessione del credito.

In estrema sintesi la professionalità richiesta agli amministratori ed ai direttori generali era integrata dal pregresso esercizio sufficientemente prolungato di un'attività "significativa"³⁵³.

Il Testo Unico bancario ha demandato l'individuazione dei requisiti personali degli esponenti aziendali alla normativa regolamentare di attuazione, contenuta nel decreto del Ministero del Tesoro n. 161 del 1998, recante il regolamento per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle banche e delle cause di sospensione.

Il Testo Unico, dunque, da un lato ha integralmente

352 Art. 2, primo e terzo comma, del D.p.r. n. 350 del 1985. Per una panoramica più completa si veda ULISSI-LUCIANI, Commento del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350, rispettivamente sub. Art. 2, 3 e 4, in Codice Commentato della banca, a cura di Capriglione e Mezzacapo, 1990, II, 1439 e ss.

353 Così NUZZO, Commento all'art. 26 Tub, in Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Costa, Torino, 2013, 215.

abrogato le disposizioni del citato D.p.r., dall'altro ha completamente delegificato la materia dei requisiti soggettivi degli esponenti bancari, declassandola al rango delle norme regolamentari³⁵⁴.

Recentemente, lo specifico tema dei requisiti di professionalità degli esponenti delle banche, che a noi interessa particolarmente, è stato oggetto di rinnovata attenzione a livello europeo, in un primo momento con un documento del Basel Committee on Banking Supervision dell'ottobre 2010 sui “Principle for enhancing corporate governance” e, in seguito, con le Linee Guida sul governo interno delle banche elaborate dall'EBA del 27 settembre 2011 e con il “Green Paper on the EU corporate governance framework” della Commissione Europea nell'aprile 2011.

354 Va detto, per completezza, che si è fortemente dubitato in dottrina della legittimità in sé della delegificazione della disciplina dei requisiti degli esponenti bancari, non soltanto perché essa devolve in toto a regolamenti ministeriali una materia che tocca la capacità e la libertà di autodeterminazione delle persone, ma anche perché i regolamenti in questione, dovendo essere emanati ai sensi dell'art. 17 della L. n. 400 del 1988, possono essere adottati esclusivamente sulla base di un'espressa previsione normativa che, oltre ad autorizzare l'autorità governativa a disporre con norme secondarie, fissi tuttavia anche i criteri di principio, nel rispetto dei quali la potestà regolamentare debba essere esercitata, così MAZZINI, *Rischio d'impresa, diligenza e responsabilità degli amministratori di banca*, 1996, 42. Si è osservato altresì che questi criteri, nel nostro caso, mancano completamente: “talché l'autorità amministrativa viene a godere, sul punto, di assoluta libertà di determinazione, con una vistosa violazione del principio di legalità; sul punto, NIGRO, *L'autorizzazione “all'attività bancaria” nel T.U. Delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. Banc. e Merc. Fin.*, 1994, I, 285.

In particolare, le linee guida adottate da parte dell'Autorità europea di vigilanza hanno spinto la Banca d'Italia a emanare, in data 11 gennaio 2012, una comunicazione relativa all'applicazione delle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario.

Procedendo con ordine, la disciplina contenuta nel citato D.p.r. n. 350 del 1985, all'art. 2, secondo comma, prevedeva che per il presidente, per l'amministratore delegato e per i membri dotati di poteri in materia di credito, i requisiti di esperienza consistevano nell'avvenuto esercizio, per almeno un triennio a) di un'attività di amministrazione, direzione e controllo presso società ed enti del settore creditizio, finanziario o assicurativo ovvero di funzioni dirigenziali in pubbliche amministrazioni aventi attinenza con i predetti settori; b) di un'attività di amministrazione, direzione o controllo in enti pubblici o imprese pubbliche e private aventi dimensioni adeguate a quelle dell'ente creditizio presso il quale la carica deve essere ricoperta; c) di attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario o assicurativo o attività di insegnamento universitario in materie giuridiche ed economiche.

Per quanto riguarda la carica di direttore generale era, invece, richiesto il possesso di una specifica competenza professionale acquisita in materia creditizia, finanziaria o assicurativa attraverso esperienze di lavoro in posizioni di adeguata responsabilità, per un periodo non inferiore al quinquennio.

Solo per talune banche minori la disciplina dei requisiti di professionalità dei rispettivi esponenti si caratterizzava per un più tenue contenuto e per un più circoscritto ambito di attribuzioni rispetto all'analoga qualificazione degli incarichi nelle altre categorie bancarie.

L'art. 4 del citato D.p.r. n. 350 infine, stabiliva l'incapacità ad assumere le cariche di amministratore e direttore generale, nonché le cariche che importano l'esercizio di funzioni equivalenti, per coloro che avessero svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo in enti operanti nel settore creditizio, finanziario e assicurativo, che siano stati sottoposti a procedure di amministrazione straordinaria, fallimento o liquidazione coatta amministrativa, almeno per i due esercizi precedenti all'adozione dei relativi provvedimenti, divieto che aveva la durata di tre anni dalla data dei provvedimenti stessi.

L'adozione di una delle indicate procedure era dunque considerata come sintomo di mala gestio³⁵⁵ perpetrata dall'amministratore bancario atteso che, normalmente, i presupposti per l'avvio delle suddette misure di rigore sono riconducibili ad atti di cattiva gestione, coinvolgenti le capacità e le responsabilità degli esponenti di vertice nella conduzione complessiva dell'impresa³⁵⁶.

La disciplina contenuta nel d.m. n. 161 del 1998 presenta alcune significative differenze rispetto a quella previgente, pur se gran parte dei precetti portati da quest'ultima sono stati riproposti.

Anzitutto il regolamento non contempla più la distinzione dei requisiti sulla base di criteri dimensionali. Mentre in passato venivano previsti requisiti personali meno stringenti per gli esponenti aziendali delle casse rurali e artigiane, delle banche popolari aventi non più di

355 DI SABATO, Sui requisiti soggettivi degli esponenti bancari: profili di diritto societario, in Banca, Borsa e Tit. Cred., 1988, I, 66.

356 In tal senso DESIDERIO, Le norme di recepimento della direttiva comunitaria 77/780 in materia creditizia, in Quaderni di ricerca giuridiche della Banca d'Italia, 1986, n. 6, 37.

tre sportelli, dei monti di credito su pegno di seconda categoria e delle casse comunali di credito agrario, oggi rileva unicamente la distinzione tra soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione delle banche costituite in forma di società per azioni e nelle banche popolari, da un lato, e soggetti che espletano tale attività nelle banche di credito cooperativo, dall'altro. È prevista, poi, una disciplina comune a tutti coloro che esercitano funzioni di controllo dei conti nelle banche in genere.

L'aspetto più significativo, riguarda però il venir meno della distinzione tra i “membri di organi collegiali ai quali vengono attribuiti poteri in materia di concessione di credito” e gli altri amministratori, essendo oggi richiesto il possesso dei requisiti di professionalità in capo a tutti i consiglieri di amministrazione della banca.

Nello specifico, dunque, il d.m. n. 161 prevede che i consiglieri di amministrazione delle banche costituite in forma di società per azioni e delle banche popolari debbano aver maturato una esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l'esercizio di: a) attività di amministrazione o di controllo ovvero compiti direttivi presso imprese; b) attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o comunque funzionali all'attività della banca; c) attività di insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche; d) funzioni amministrative o dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo ovvero presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni che non hanno attinenza con i predetti settori purché le funzioni comportino la gestione di risorse economico finanziarie.

Per il presidente del consiglio di amministrazione, i requisiti sono definiti tramite un mero rinvio a quelli

stabiliti per i consiglieri, con la precisazione che il periodo necessario a maturare il requisito professionale della necessaria esperienza è elevato da tre a cinque anni.

Per l'amministratore delegato e il direttore generale, la previsione dei requisiti di professionalità è formulata in maniera del tutto differente. Tali esponenti devono infatti possedere specifiche competenze in materia creditizia, finanziaria, mobiliare o assicurativa maturata attraverso esperienze di lavoro in posizione di adeguata responsabilità (sia in banche, sia in imprese non creditizie né affini ma aventi una dimensione comparabile con quella della banca presso la quale la carica deve essere ricoperta), per un periodo non inferiore a un quinquennio.

Differenti criteri per la determinazione del requisito di professionalità sono applicabili al caso delle banche di credito cooperativo ed ai soggetti che svolgono funzioni di controllo dei conti, per i quali tuttavia si rimanda alla lettura della norma in commento³⁵⁷.

Successivamente le Disposizioni Applicative dell'11 gennaio 2012 hanno prescritto un supplemento di professionalità riguardante tutti i componenti dell'organo amministrativo adeguato allo specifico ruolo che l'amministratore è chiamato a svolgere.

357 Il sistema delineato dal d.m. n. 161 del 1998, distinguendo i diversi requisiti di professionalità per coloro che ricoprono la funzione di gestione e per coloro che ricoprono la funzione di controllo, potrebbe risultare oggi parzialmente inadeguato, tenuto conto che i nuovi modelli alternativi di governance introdotti dalla riforma del 2003 per la società per azioni a volte non prevedono una netta separazione tra tali funzioni; così NUZZO, Commento all'art. 26 Tub, Op. cit., 217. Tale lacuna normativa regolamentare è stata però in tempi recenti parzialmente colmata con l'emanazione delle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario del 04 marzo 2008.

È importante prendere in considerazione il processo di selezione dei componenti del consiglio di amministrazione della banca che, secondo le Disposizioni Applicative, si articola in una pluralità di fasi:

I) identificazione preventiva della composizione quali-quantitativa del consiglio ritenuta ottimale, con individuazione dei coerenti profili teorici dei candidati, ivi comprese le caratteristiche di professionalità e di eventuale indipendenza; si richiede che le analisi e le valutazioni all'uopo effettuate dal consiglio siano frutto di un esame approfondito e formalizzato, svolto con il contributo “fattivo” nelle banche maggiori del comitato nomine, nelle altre degli amministratori indipendenti; II) trasmissione dei risultati dell'analisi alla Banca d'Italia; III) se la nomina deve essere effettuata dall'assemblea, i risultati dell'analisi devono essere portati a conoscenza dei soci in tempo utile affinché la scelta dei candidati da presentare possa tenere conto delle professionalità richieste, ferma naturalmente restando la possibilità per gli azionisti di svolgere proprie valutazioni sulla composizione ottimale del board e di presentare liste di candidati coerenti con queste, motivando eventuali differenze rispetto alle analisi svolte dal consiglio; IV) in caso di presentazione di liste da parte del consiglio ovvero cooptazione dei consiglieri, il comitato nomine ovvero gli amministratori indipendenti sono chiamati ad esprimere il proprio parere sull'idoneità dei candidati a rivestire i profili predeterminati; V) si ritiene opportuno che la proposta di candidati avanzata dai soci o dal consiglio venga corredata di un curriculum volto ad identificare per quale profilo teorico ciascuno di essi risulta adeguato e dell'eventuale parere del comitato nomine; VI) verifica successiva da parte del consiglio, sentito il parere del comitato nomine o degli amministratori indipendenti, circa la rispondenza tra la

composizione quali-quantitativa ritenuta ottimale e quella effettiva risultante dal processo di nomina.

In conformità alla disciplina codicistica, lo strumento-base di organizzazione del consiglio di amministrazione delle banche per l'esercizio delle sue funzioni è la delega amministrativa. Solo nelle banche di minori dimensioni e limitata complessità operativa, la figura dell'amministratore delegato può essere surrogata da quella del direttore generale.

Le predette Disposizioni Applicative intervengono sul punto fissando in primo luogo il principio della necessaria distinzione all'interno del consiglio di amministrazione fra le funzioni di supervisione strategica e le funzioni di gestione e riconoscendo con ciò implicitamente alla delega amministrativa il connotato essenziale della struttura organizzativa della società bancaria (fatta salva l'eccezione poc'anzi detta per le banche di minor dimensione).

Alla fissazione del principio generale, segue la formulazione di "linee applicative", volte ad agevolare, su alcuni aspetti specifici della materia, l'attuazione delle norme generali, senza esaurirne il contenuto precettivo. La disciplina di vigilanza, oltre a fissare limiti di contenuto e titolarità della delega amministrativa nell'ambito bancario, si sofferma a prevedere delle specifiche missioni per gli amministratori non esecutivi e per gli amministratori indipendenti.

Le Disposizioni di Vigilanza attribuiscono il valore di principio generale alla prescrizione che stabilisce la presenza in consiglio di un numero adeguato di componenti non esecutivi "con ruoli e compiti ben definiti, che svolgano efficacemente la funzione di contrappeso nei confronti degli esecutivi e del management della banca, che favorisce la dialettica interna all'organo di

appartenenza”.

Le linee applicative precisano che i componenti non esecutivi devono in particolare a) acquisire, avvalendosi dei comitati interni, informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale; b) evitare di essere coinvolti nella gestione esecutiva e di assumere posizioni in conflitto di interessi con la società c) essere fattivamente impegnati nei compiti loro affidati; d) partecipare ai processi di nomina e revoca dei responsabili delle funzioni interne di controllo e di gestione dei rischi (in particolare revisione interna e controllo di conformità).

Il ruolo degli amministratori non esecutivi risulta fortemente valorizzato dalle Disposizioni Applicative del 2012 ove si legge che: “l'autorevolezza e la professionalità di questi soggetti devono essere adeguate ai loro compiti sempre più determinanti per la sana e prudente gestione della banca: è quindi fondamentale che anche la compagine dei consiglieri non esecutivi posseda ed esprima adeguata conoscenza del business bancario, delle dinamiche del sistema economico - finanziario, della regolamentazione della finanza e, soprattutto, delle metodologie di gestione e controllo dei rischi. Si tratta di conoscenze essenziali per l'efficace svolgimento dei compiti loro richiesti”.

Fra gli amministratori non esecutivi un numero predeterminato dallo statuto, in misura che tenga conto delle dimensioni dell'organo e dell'operatività della società, deve rivestire la qualità di amministratore indipendente, con la specifica missione, secondo i principi generali, “di vigilare, con autonomia di giudizio, sulla gestione sociale, contribuendo ad assicurare che essa sia svolta nell'interesse della società ed in modo coerente con gli obiettivi della sana e prudente gestione”; precisano inoltre le linee applicative che gli amministratori “devono

possedere professionalità ed autorevolezza tali da assicurare un elevato livello di dialettica interna all'organo di appartenenza e da apportare un contributo di rilievo alla formazione della volontà del medesimo”.

La struttura interna delle grandi società caratterizzate da un elevato grado di complessità operativa, non si limita alla presenza di uno più “organi” delegati, ma include anche la presenza di uno o più comitati specializzati con compiti istruttori, consultivi ed eventualmente propositivi.

Per quanto riguarda le società bancarie, la costituzione di tali comitati è resa obbligatoria dalla disciplina di Vigilanza nelle realtà aziendali di maggiori dimensioni o connotate da un'elevata complessità operativa.

Le linee applicative precisano che a) tali comitati includano componenti indipendenti e siano composti da un numero di membri, di norma compreso fra tre e cinque, adeguato ai compiti ad esso affidati, b) che essi vadano costituiti ove maggiore è il rischio di conflitti di interesse; c) che in ogni caso la composizione, il mandato, i poteri (mai decisionali), le risorse messe a disposizione ed i regolamenti interni vadano chiaramente definiti³⁵⁸.

L'importanza del ruolo dei comitati nel concetto di funzionamento dell'organo amministrativo è confermata dal fatto che le maggiori banche italiane presentano una struttura di governance in cui, accanto ai comitati tipici, sono costituiti altri comitati, quali il comitato per le strategie, il comitato per il bilancio, il comitato per la responsabilità sociale d'impresa, il comitato per la

358 Nelle banche quotate che aderiscono al codice di autodisciplina troverà naturalmente applicazione la più stringente normativa prevista da tale codice, reperibile in www.borsaitaliana.it.

comunicazione ed altri.

In conclusione, dunque, anche per quanto attiene lo specifico aspetto della professionalità dell'amministratore di banca è interessante prendere in considerazione le prassi poste in essere dai singoli istituti di credito, contemporaneamente alla stesura della presente ricerca.

Ed invero, ferme restando le professionalità richieste dalla normativa (primaria e secondaria) e dai rispettivi statuti sociali per l'assunzione della carica, nonché le indicazioni provenienti dalla European Banking Authority, per assicurare il buon funzionamento dell'organo amministrativo, gli amministratori dovranno possedere una significativa presenza di ciascuna delle seguenti componenti:

- I) Conoscenza del business bancario e finanziario in senso lato, con competenze strategiche oltre a quelle specifiche sulla gestione crediti e sulle tematiche di liquidità, acquisita mediante l'esperienza pluriennale in qualità di esponente aziendale presso istituzioni finanziarie e/o l'esercizio di attività professionale e/o l'insegnamento universitario in materie economico bancarie;
- II) Conoscenza dei rischi tipicamente afferenti il mondo bancario e dei relativi sistemi di controllo, acquisita mediante l'esperienza pluriennale presso Istituzioni finanziarie e/o l'esercizio di attività professionali rilevanti ed eventualmente l'insegnamento universitario in materie economiche;
- III) Competenze legali /societarie, di Corporate Governance e della Regolamentazione di settore acquisita mediante l'esperienza pluriennale in qualità di esponente aziendale presso istituzioni finanziarie, aziende quotate possibilmente operanti in settori regolamentati, associazioni di settore, ambito

professionale/accademico.

E' inoltre auspicabile, ove possibile, una presenza dei seguenti elementi:

- IV) Conoscenza dei territori di riferimento della banca e del Gruppo e delle relative caratteristiche socio-economiche e di mercato
- V) Competenze manageriali maturate in realtà complesse che possano portare un contributo in termini di miglioramento della Banca relativamente a: presenza sul mercato, organizzazione aziendale e gestione delle risorse umane.
- VI) La gestione dell'elevato livello di complessità della Banca comporta la necessità della presenza nel Consiglio di profili professionali coerenti; è quindi opportuno che ciascuna area di competenza sia presidiata con specifiche professionalità specialistiche in grado di assicurare una gestione efficace e consapevole.

Al fine di assicurare un adeguato confronto all'interno del Consiglio di Amministrazione, di assumere decisioni con sempre maggiore consapevolezza e di attribuire ai Consiglieri incarichi diversi all'interno del Consiglio e nei Comitati consiliari, si ritiene opportuno che, per ciascuno degli ambiti identificati, in Consiglio siano presenti più soggetti con comprovate competenze, che possano contribuire ad una maggiore efficacia ed efficienza nell'attività del Consiglio³⁵⁹.

359 Si vedano, tra i molti, il "La composizione quali-quantitativa del Consiglio di Amministrazione" di Veneto Banca S.p.a in www.gruppovenetobanca.it; il "Documento sulla composizione quali-quantitativa ottimale del Consiglio di Amministrazione" della Banca Popolare di Vicenza in www.popolaredivicenza.it; la "Composizione quali-quantitativa ottimale dell'organo amministrativo" della Banca popolare dell'Emilia Romagna in

IV.7) Prime conclusioni sulla diligenza esigibile dall'amministratore di società bancaria: le sentenze Cass. 15 giugno del 2010 n. 14305 e Cass. 05 febbraio del 2013 n. 2737, un ulteriore contributo di riflessione.

Per trarre le prime conclusioni attinenti alla diligenza dell'amministratore di banca risulta interessante analizzare, come è stato fatto in maniera più approfondita per l'amministratore di società³⁶⁰, alcune pronunce giurisprudenziali sul tema della violazione del dovere di diligenza nelle azioni di responsabilità.

In particolare si richiamano due sentenze della Suprema Corte³⁶¹ che, praticamente nel medesimo arco temporale di quella richiamata in apertura della presente ricerca, sembra porsi in totale contrasto con quanto ivi affermato intorno al concetto della diligenza che può essere richiesta all'amministratore di società³⁶².

Analizzando brevemente la prima³⁶³ delle due sentenze possiamo notare come la Suprema Corte, infatti, abbia confermato la sentenza d'Appello che aveva affermato la responsabilità di un amministratore di società bancaria per la violazione del proprio dovere di diligenza, nei termini di accortezza e perizia che sosteneva essere insito in quel tipo di attività esercitata.

www.bper.it;

360 Si veda Supra Cap. I.3) e ss.

361 Cass. 15 giugno 2010 n. 14305, in Italggiure.it e Cass. 05 febbraio 2013, n. 2737 in *Diritto e Giustizia*, 0, 2013, 147 con nota di TARANTINO, Multati anche i consiglieri senza deleghe non collusi: dovevano vigilare in *Diritto e Giustizia*, Op. cit., 150.

362 Si richiamano la sentenza Corte di Appello di Brescia, 21 novembre 2012 n. 1402 in www.dirittodegliaffari.it, ampiamente analizzata al Cap. I.6)

363 Cass. 15 giugno del 2010 n. 14305 in Italggiure.it.

Nello specifico, la Cassazione convalidava la sanzione pecuniaria inflitta da Banca d'Italia, ai sensi degli art.li 53 e 144 del TUB, ad un consigliere di amministrazione di una banca di credito cooperativo, al quale erano imputabili gravi negligenze nella vigilanza. Nella determinazione dell'ammontare della sanzione amministrativa, il meccanismo stabilito dalla legge n. 689 del 1981 sulle sanzioni amministrative pecuniarie consente al giudice di comminare una sanzione che, nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, tenga conto delle circostanze e delle condizioni soggettive dell'amministratore. La sanzione, ritenuta equa dalla Corte d'Appello, è stata giudicata quindi tale anche in Cassazione.

I giudici di seconde cure avevano precisato che, nello specifico, l'entità e la gravità delle varie infrazioni rilevate e contestate all'amministratore (tra le quali, per esempio, omesse valutazioni delle capacità di rimborso della clientela; tolleranza di sconfinamenti; concessione di rilevanti affidamenti senza adeguate valutazioni circa le iniziative finanziate; anticipazioni su fatture; omessi riscontro di linea ed omessi controlli sull'attività di sportello) giustificavano la valutazione dell'organo di controllo Banca d'Italia che, pur nella palese gravità delle infrazioni, frutto di condotta improntata a superficialità, imprudenza ed in palese dispregio della normativa bancaria, contenendo l'importo della singola sanzione (nello specifico, in Euro 9.000,00), aveva comunque tenuto conto anche delle condizioni personali dell'opponente, contemperandole con l'obiettiva esigenza disciplinare del provvedimento.

Il caso, infatti, è ancora più interessante se si pensa che si trattava, in verità, di una piccola banca di credito cooperativo ove l'amministratore in questione non solo non aveva una stabile retribuzione ma, peraltro, non possedeva

una specifica professionalità (che non gli era neppure richiesta).

Ciò nonostante, secondo i Giudici di Legittimità tali condizioni non determinano alcuna limitazione “ai doveri di diligenza, di accortezza e prudenza insiti in quel tipo di attività esercitata; e neppure al rispetto della normativa di vigilanza bancaria, da osservarsi rigorosamente in relazione sia alle specifiche responsabilità connesse con la funzione che l'amministratore si è assunto volontariamente, che alle peculiarità dell'attività di gestione del credito, dalla quale scaturiscono imprescindibili esigenze di vigilanza sulle procedure operative e di controllo del rischio, qualunque sia la dimensione della banca”.

L'aspetto in assoluto più rilevante della sentenza in commento è l'affermazione del principio secondo il quale l'incarico di amministratore di società bancaria impone a chi lo svolge di adottare uno standard di diligenza professionale; standard che, peraltro, prescinde dalle dimensioni dell'impresa e dalla misura del compenso ricevuto³⁶⁴.

La pronuncia, nonostante la breve motivazione, richiama uno dietro l'altro, una serie di criteri e di principi che da sempre ruotano intorno alla ricerca del generale concetto di diligenza esigibile dall'amministratore di società (criteri e principi che si è cercato di analizzare anche nel presente lavoro) e che è possibile riassumere nei seguenti punti:

i) Anzitutto la sentenza in commento accosta, mettendoli in sostanza sullo stesso piano, i concetti di diligenza, di accortezza e di prudenza, che ritiene essere

364 BATTISTI, Diligenza professionale e governance della “piccola banca”, 2010, in www.complianceaziendale.com.

requisiti impliciti della particolare tipologia di attività esercitata.

È evidente che ci si potrebbe subito chiedere se la Suprema Corte intenda riferirsi all'attività di amministrazione di società, in generale, ovvero alla amministrazione della società specificamente bancaria.

ii) La pronuncia richiama, altresì, il doveroso rispetto della copiosa normativa di vigilanza bancaria, da osservarsi, scrive, “rigorosamente”.

Si rileva sin da subito, dunque, come ad integrare il canone di diligenza richiesto all'amministratore, vi siano nell'ordinamento bancario specifiche disposizioni che questi deve necessariamente osservare.

iii) La Suprema Corte ricorda, poi, che l'amministratore si è assunto volontariamente la funzione di gestire la società.

Circa tale aspetto, sembra che i Giudici di Legittimità vogliano sottolineare la circostanza che l'amministratore sia (o comunque debba essere) ben conscio dei propri doveri e delle norme che è obbligato a perseguire, nonché delle relative responsabilità connesse a tale carica e a tali obblighi.

iv) I giudici rammentano le peculiarità che caratterizzano l'attività di gestione del credito e ne ricollegano le esigenze di vigilanza e di controllo del rischio che sostengono essere, appunto, imprescindibili.

Si può evidenziare, in particolare, il fatto che il discorso sulla diligenza esigibile dall'amministratore di società bancaria è stato svolto in chiave funzionale alla tutela degli interessi protetti che, nel caso in esame, non sono solo quelli della società stessa e dei singoli soci o creditori ma, trattandosi di una banca, quelli di rilevanza generale, della tutela del credito e del risparmio.

v) Infine, è importante evidenziare che la Cassazione

nella citata pronuncia ricollega espressamente tutto quanto da essa statuito alla posizione dell'amministratore di ogni tipologia di società bancaria, qualunque sia la sua dimensione e qualunque sia la posizione di importanza, anche a livello retributivo, occupata dall'amministratore nella detta impresa.

Quanto alla seconda pronuncia della Suprema Corte³⁶⁵, richiamata nel titolo del presente paragrafo, da una breve analisi è possibile ricavare gli aspetti più interessanti, ai fini della nostra ricerca.

Nel caso in esame la Suprema Corte ha rigettato il ricorso di due componenti del Consiglio di Amministrazione di una nota banca (confermando la sanzione amministrativa pecuniaria nei loro confronti), a causa dell'acquisizione, da parte della loro Banca, di partecipazioni rilevanti nel capitale di altro Istituto di credito, senza la preventiva autorizzazione della Banca d'Italia, con operazione inadatta e gravemente dannosa per la Banca acquirente, dal punto di vista finanziario.

I consiglieri avevano proposto opposizione, ai sensi dell'art. 145 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, dinanzi alla Corte d'Appello di Roma, la quale però rigettava l'opposizione e confermava le sanzioni inflitte ai ricorrenti.

Di conseguenza, i suddetti Consiglieri presentavano ricorso in Cassazione.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso, sostenendo che, pur se sprovvisti di deleghe, i consiglieri di amministrazione fossero responsabili di comportamento omissivo, ritenuto che, ai sensi del TUB, la omessa valutazione da parte loro, dei profili prudenziali

365 Cass. 05 febbraio 2013, n. 2737 in *Diritto e Giustizia*, 0, 2013, 147.

dell'operazione, anche con riferimento all'impatto dell'acquisizione dell'altro Istituto bancario sull'assetto tecnico, finanziario ed organizzativo della Banca acquirente, fosse da censurare.

Diversamente da quanto affermato dai ricorrenti, infatti, i quali sostenevano l'inesistenza di un obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, e dell'obbligo di richiedere informazioni su operazioni di competenza dell'organo delegato, la Cassazione ha statuito, ribadendo peraltro un principio già più volte affermato, che i consiglieri fossero tenuti, quale membri dell'organo collegiale, a vigilare sull'operato degli organi esecutivi; ciò sia per accertarsi che detto operato fosse conforme agli indirizzi stabiliti dal Consiglio, sia per evitare atti pregiudizievoli.

Secondo tale statuizione, dunque, tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione devono vigilare ed agire, in particolare quelli della Banca.

All'epoca, come rimarcato dalla Corte d'Appello di Roma, i predetti amministratori senza deleghe "non avevano preso iniziative per verificare le operazioni che si stavano compiendo", soprattutto in riferimento a "una serie di finanziamenti che apparivano gravemente sospetti, trattandosi di finanziamenti per importi rilevanti (in media 50 milioni di euro per operazione) richiesti da persone fisiche sulla base di domande assolutamente generiche e deliberati in tempi brevissimi, con istruttorie del tutto sommarie".

La Corte Suprema ha ritenuto tale condotta sanzionabile per colpa in vigliando, "essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio".

Al di là della massima sopra riportata la presente sentenza è interessante laddove, nelle proprie motivazioni, richiama espressamente il dovere di diligenza che può

essere chiesto agli amministratori ex art. 2392 c.c., con particolare riferimento alla società bancaria.

Sotto questo profilo la Cassazione evidenzia anzitutto che il Testo Unico Bancario all'art. 26 esige espressamente il possesso, in capo ai soggetti investiti di funzioni di amministrazione presso banche, di particolari requisiti di professionalità.

Sottolinea, poi, come le Istruzioni di Vigilanza (emanate dalla Banca d'Italia, in attuazione del citato testo unico, con la circolare n. 229 del 21 aprile 1999, e successive modificazioni ed integrazioni) attribuiscono al consiglio di amministrazione il compito di approvare "gli orientamenti strategici e le politiche di gestione del rischio"; gli impongono, inoltre, di "essere consapevole dei rischi a cui la banca si espone", di *"conoscere e approvare le modalità attraverso le quali i rischi stessi sono rilevati e valutati"*, di assicurarsi "che venga definito un sistema informativo corretto, completo e tempestivo" e che *"la funzionalità, l'efficienza e l'efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutate e che i risultati del complesso delle verifiche siano portati a conoscenza del consiglio medesimo"*; gli fanno carico, ancora, di adottare *"con tempestività idonee misure correttive"* "nel caso emergano carenze o anomalie".

In materia di società bancarie, pertanto, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacchè anche i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno

l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo.

Ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione.

Infine, è assolutamente interessante rilevare che è sempre la stessa Suprema Corte, nella medesima pronuncia, a sottolineare come il dovere di diligenza così inteso “è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme (...in questa materia) dettate dal codice civile”.

CONCLUSIONI

Nel corso della presente ricerca si è cercato costantemente, approfondendo diverse tematiche, di riempire di significato il concetto di diligenza esigibile dall'amministratore di società.

Per affrontare questo argomento è stato necessario analizzare e risolvere le diverse problematiche che, ormai da anni, ruotano intorno al concetto di diligenza e di corretta gestione societaria.

Che cosa si intende per gestione della società? Quali atti sono dovuti e quali invece sono frutto di scelte discrezionali degli amministratori? Quali sono gli interessi da perseguire quando si compiono atti (dovuti e/o discrezionali) di gestione societaria? Quali sono i riflessi delle scelte di gestione nella specifica realtà societaria da tenere presente e quali quelli che esorbitano la realtà sociale, andando ad influire su aspetti e soggetti estranei ad essa?

Analizzando questo tema e ponendosi, tra le altre, le predette domande ci si è imbattuti nella problematica dell'interesse sociale, che si è scoperto essere uno dei problemi giuridici, nel campo del diritto societario, più dibattuti a partire dagli inizi dello scorso secolo.

Sono state esaminate le diverse e contrapposte teorie sul significato di questo concetto (c.d. teorie istituzionalistiche versus teorie c.d. contrattualistiche), in quanto esse avevano in comune, per il tema che è stato affrontato, quello di fungere da limite all'agire gestionale degli amministratori.

Da questo punto di vista, pertanto, una discussione in tema di interesse sociale è stata in grado di contribuire al problema giuridico di individuare le dovute regole di

comportamento e le loro condizioni di applicabilità, nonché le conseguenze applicative per i casi in cui bisognava valutare l'azione di un soggetto che avesse agito in un determinato modo (ovverosia nell'ambito delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori per la violazione dei loro doveri di diligenza e/o di agire informati).

Per quanto riguarda l'argomento della presente ricerca, il punto focale è stato quello di distinguere nei due orientamenti, da una parte la visione (istituzionalistica) tipica del socio cassetista e risparmiatore basata su una corretta gestione societaria avveduta, prudente e tipicamente avversa al rischio.

Dall'altra parte una visione societaria (contrattualistica) tipica del socio speculatore, interessato alla redditività del valore delle proprie azioni nel breve periodo tipica di una gestione speculativa e rischiosa.

Quale visione avrebbe dovuto prevalere e come si coordinano tali diversi punti di vista con riferimento allo specifico tema dei doveri degli amministratori di società ordinaria e del loro correlato obbligo di agire informati?

In assenza di un'unica norma specificamente dedicata ci si è concentrati sulla ormai nota distinzione sostenuta dalla dottrina tra obblighi a contenuto specifico ed obbligo a contenuto generico. Come noto, infatti, vi sono numerose norme che prescrivono espressamente all'interno del codice civile, così come in fonti ulteriori ed eterogenee, i comportamenti doverosi che gli amministratori sono chiamati a tenere in ogni fase dell'attività sociale.

Vi sono, poi, dei doveri c.d. generici, che discendono in via interpretativa da clausole generali contenute nel codice civile.

Si tratta anzitutto del dovere di agire con “la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle

proprie specifiche competenze” come prescritto dall'art. 2392 c.c., di modo che la conseguente responsabilità venga valutata in relazione alle caratteristiche specifiche dell'impresa gestita (nei termini di dimensioni, tipo di attività, etc) ma anche al grado di professionalità posseduto dall'amministratore stesso.

Proprio su quest'ultimo aspetto si sono concentrati gli ulteriori approfondimenti.

Sono state ricostruite le diverse opinioni dottrinali e pronunce giurisprudenziali su questo tema e sono state affrontate le problematiche, strettamente connesse alla professionalità dell'amministratore, riguardante la sua perizia.

Laddove la norma di legge prescrive che l'amministratore sia diligente sottintende, altresì, che esso sia perito in ogni materia che si possa presentare nel corso del suo agire gestorio?

Benché gli orientamenti sul tema siano completamente contrastanti (ognuno apportando le proprie valide motivazioni) l'interpretazione prevalente, e che si è sposata nella presente ricerca, ritiene che l'obbligo di agire in modo informato comporti un dovere, se non direttamente di perizia, quanto meno di diligente e consapevole ricorso a competenze esterne.

Si pretende, dunque, che nel compiere le operazioni richiedenti competenze tecniche specifiche gli amministratori, di fronte alle inevitabili lacune della loro preparazione, “si avvalgano di collaboratori ed eventualmente di consulenze affinché le scelte ed in iniziative che loro in definitiva dovranno decidere siano meditate e frutto di un rischio calcolato, e non già di irresponsabile negligente improvvisazione”.

Se non lo fanno, essi saranno ritenuti inadempienti verso la società, non essendo dunque ammissibile che,

sulla base dell'invocata assenza di specifiche competenze in materia, si garantisca l'immunità ad ogni amministratore negligente, il quale per consapevole ignoranza provochi gravi danni alla società e in generale a coloro che si sono affidati all'amministratore stesso.

Proprio in vista delle conseguenze che la violazione dei doveri degli amministratori (tanto specifici quanto generici) comporta in termini di loro responsabilità, la ricerca è proseguita concentrandosi sulla disamina della relative azioni esperibili nei loro confronti e sull'onere della prova.

Quest'ultimo tema ha portato ad approfondire, altresì, il principio notoriamente esistente, benché non scritto, della Business Judgement Rule, tradotta nella prassi come l'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie dell'amministratore. Si è infatti detto, a riguardo, che gli amministratori in genere non rispondono di ogni operazione sbagliata poiché “non è detto che in una gestione commerciale si abbia l'obbligo di compiere solo operazioni di sicuro successo” e perché “i soci possono sperare che gli amministratori nel loro compito riescano ma non possono imputare ad essi di non avere avuto fortuna”.

Sul punto gli studi condotti hanno portato a condividere l'opinione di quegli autori secondo cui l'esistenza della Business Judgement Rule nel nostro ordinamento non dovrebbe far ritenere che l'aver commesso un grave errore o l'aver assunto rischi sproporzionati alla consistenza dell'impresa siano circostanze del tutto irrilevanti nella valutazione del loro dovere di agire con diligenza.

Infatti, se gli errori e le scelte irragionevoli che hanno portato un danno alla società sono inescusabili, proprio perché gli amministratori potrebbero non essersi attenuti al

criterio della diligenza, non si capisce per quale motivo il gestore avventato e negligente dovrebbe essere protetto dalla Business Judgement Rule ed esonerato da responsabilità.

In conclusione, alla luce di quanto esposto nella ricerca e poco sopra riassunto nei tratti essenziali, è stato possibile affermare che l'amministratore di società ordinaria, per essere diligente, è tenuto a gestire la società in modo cauto e prudente ed è, peraltro, incentivato a farlo, quantomeno per ridurre al minimo il rischio di azioni di responsabilità nei propri confronti.

Una volta giunti ad affermare che la diligenza richiesta all'amministratore di società coincide con una gestione cauta e prudente (nei termini sinteticamente sopra riassunti), si è rivelato interessante approfondire le peculiarità riscontrabili nell'ambito dell'amministrazione della società bancaria per poter procedere, infine, ad una comparazione con la s.p.a. ordinaria.

Da una parte, infatti, l'amministratore di società ordinaria è tenuto ad un generale dovere di diligenza, senza la prescrizione di una modalità "corretta e orientata" del suo esercizio, che a sua volta, si è detto, dovrebbe essere individuata in una gestione comunque sempre cauta e prudente.

Dall'altra parte, invece, vi è l'amministratore di banca il quale è vincolato per espressa previsione normativa a gestire (ossia amministrare) l'impresa bancaria in modo letteralmente sano e prudente, nonché a rispettare lo specifico requisito della professionalità.

È bastato prendere le mosse dall'analisi del Testo Unico Bancario per riscontrare, sin da subito, come il principio della sana e prudente gestione bancaria sia presente in numerosissime norme. Dopo una prima ricostruzione storiografica dell'origine del concetto e della

sua evoluzione nell'ordinamento italiano, l'attenzione si è rivolta allo studio specifico delle diverse norme del T.U.B che prevedono tale principio.

Alla luce dell'approfondimento predetto si è compreso che il cuore delle ricerche dovesse incentrarsi sulla disamina dell'art. 5 del T.U.B., tale norma impone espressamente alle autorità di creditizie (CICR, Ministro dell'economia e delle finanze e soprattutto Banca d'Italia) di esercitare i loro poteri sulle banche avendo riguardo alla sana e prudente gestione, alla stabilità complessiva, all'efficienza e competitività del sistema finanziario.

La disposizione è sembrata prima facie prescrivere solamente una lista di finalità che Banca d'Italia è tenuta a perseguire durante la propria attività di vigilanza. Tuttavia, a seguito dei doverosi approfondimenti, si è potuto riscontrato come il principio della sana e prudente gestione configuri una vera e propria regola di condotta, una sorta di dovere ma anche di finalità generale, posta nei confronti degli amministratori della banca, che risultano vincolati, quindi, ad agire perseguendo una gestione sana e prudente.

Per comprendere cosa fosse la gestione sana e prudente ed ampliare il discorso alle altre finalità legislativamente individuate dall'art. 5 T.U.B. si è rivelato fondamentale volgere uno sguardo alle disposizioni specifiche sulla sana e prudente gestione bancaria che si trovano al di fuori del T.U.B.: principalmente la Circolare n. 229 del 1999 e successive integrazioni e modifiche e la Circolare n. 263 del 2006 anch'essa modificata ed integrata nel tempo.

In tal modo, pertanto, si è potuto comprendere che sana e prudente gestione significa gestione profittevole, nel rispetto di tutti gli interessi che vengono in rilievo, ma soprattutto avversa al rischio, ponderata e ragionata.

Le numerose prescrizioni contenute nei diversi

provvedimenti di Banca d'Italia (circa l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, i limiti alle partecipazioni detenibili, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni) si risolvono infatti in veri e propri obblighi imposti agli amministratori, che trovano la loro fonte proprio nel principio generale della sana e prudente gestione.

Restava da chiedersi, anche in questo ambito, quali fossero gli interessi sociali che il legislatore avrebbe voluto perseguire prescrivendo un dovere di gestire la società in modo sano e prudente, tanto come clausola generale quanto con le variegate disposizioni espresse.

Su questo tema, a seguito di una ragionata ricerca, è stato possibile condividere l'opinione di quegli autori che ritengono il principio della sana e prudente gestione non come un "fine-scopo" dell'attività di vigilanza bensì come un "fine-mezzo" dell'attività di amministrazione diligente, proprio per poter arrivare a conseguire quelli che sono i "fine-scopo" espressamente dettati dalla norma stessa all'art. 5 del T.U.B, e di quelli che possono essere ricavati in via interpretativa.

In parole più semplici, l'amministratore di società bancaria deve gestire l'impresa in modo sano e prudente ("fine-mezzo/modalità") per perseguire la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario previsti dall'art. 5 T.U.B (i veri e propri "fine-scopo").

Portando questo discorso sul piano dell'interesse sociale è opinione pacifica che la peculiarità dell'impresa bancaria porti a ritenere meritevoli di particolare tutela gli interessi c.d. terzi: dei clienti, dei risparmiatori, del sistema economico nel suo complesso con privilegio, dunque, della stabilità complessiva, dell'efficienza e della competitività del sistema finanziario previsti dall'art. 5 T.U.B a

discapito, sembrerebbe, della redditività.

Intorno a quest'ultimo aspetto, sono state svolte alcune ricerche che hanno posto in luce come l'instabilità delle banche sia tanto più grave quando si leghi la redditività delle stesse al rischio.

Si è visto come sia la stabilità ad integrare un interesse di ciascuna banca che la porta a sopravvivere nel sistema economico ed anche, e soprattutto, nel lungo periodo a conseguire una maggiore redditività; a fronte di un'instabilità che porta, al contrario, alle grandi crisi economiche.

Conclusione di un simile ragionamento è la considerazione che non il rischio ma la prudenza è il fattore che porta alla stabilità, all'efficienza e alla tanto auspicata redditività.

Alla luce delle osservazioni che precedono è possibile concludere che, nell'ambito dell'impresa bancaria, in virtù degli interessi coinvolti, l'amministratore diligente nella sua gestione debba attenersi ai doveri imposti dalla sana e prudente gestione, sia in via specifica (tramite i provvedimenti vincolanti di Banca d'Italia), sia in via interpretativa e generale sulla base della portata generale del principio stesso.

L'amministratore di banca in questo modo garantisce senza dubbio la stabilità, l'efficienza e la competitività della singola banca e del sistema finanziario nel suo complesso.

Tuttavia, proprio perseguendo tali interessi che sembrerebbero essere esclusivamente generali, l'amministratore mediante la gestione sana e prudente si troverà a perseguire e garantire altresì l'interesse alla redditività della banca stessa, che è sicuramente interesse degli shareholders, ma che è indispensabile altresì per assicurarsi la fiducia degli stakeholders e perseguire così

l'efficienza e la redditività.

In virtù della deduzioni sopra avanzate in tema di amministrazione della società bancaria è possibile finalmente riprendere e consolidare quanto affermato con riferimento alla società ordinaria.

Ed invero, si può affermare che l'obbligo generale previsto per l'amministratore di società ordinaria di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze comprenda il dovere di attenersi ai principi della sana e prudente gestione societaria il quale, benché non scritto espressamente (come accade invece nell'impresa bancaria), è facilmente ricavabile in via interpretativa dalle diverse prescrizioni in tema di doveri a loro imposti ed in tema di relativa responsabilità a loro ascritta.

Infatti, riprendendo quanto esposto nei diversi capitoli ed interpretandolo avendo riguardo a tutto quanto esposto nella presente ricerca è possibile evidenziare come: I) i doveri c.d. specifici previsti nei confronti degli amministratori (ai quali gli amministratori non possono fare altro che attenersi per cercare di non incorrere in responsabilità) spesso hanno quale ratio sottesa proprio una gestione della società che sia cauta, prudente, calcolata, ponderata; II) è pacifica la circostanza che la c.d. "eccessiva responsabilizzazione" operata, più o meno volutamente, dalla riforma del 2003 si sia in ogni caso risolta in una gestione da parte degli amministratori molto più cauta e prudente, anche solo al fine di evitare eventuali azioni di responsabilità nei loro confronti; III) la stessa disputa dottrinale intorno al dovere dell'amministratore di società di essere perito, oltre che diligente, si è recentemente risolta a favore del riconoscimento di un obbligo di perizia in capo agli amministratori a sua volta tradotto nel "dovere, se imperiti, di assumere le necessarie

informazioni, di evitare decisioni avventate, rischiose...”, che altro non significa se non, appunto, essere cauti e prudenti.

Anche con riferimento al dovere di professionalità, alla luce degli studi effettuati, è possibile trarre delle conclusioni che portano ad accomunare la diligenza esigibile dall'amministratore di società ordinaria con quella richiesta dall'amministratore bancario.

È vero che l'amministratore di società bancaria, per dirsi diligente, dovrà necessariamente essere provvisto dello specifico e sempre più dettagliato requisito della professionalità; ma non è meno vero che, benché legislativamente non imposto, il predetto requisito non debba sussistere (o non sia quantomeno auspicabile la sua necessaria sussistenza) anche in capo agli amministratori della c.d. società ordinaria.

In considerazione di tutto quanto esposto è possibile quindi affermare che “buon amministratore” è quell'amministratore cauto e prudente, in contrapposizione all'amministratore che specula e vuole il rischio.

Rischio che a prima vista sembra portare alla redditività ma che in realtà porta all'instabilità, alle crisi e, spesso, al fallimento stesso delle società.

L'amministratore diligente è dunque colui al quale non si impone di essere perito in ogni materia su cui è chiamato ad agire ma che, di fronte alla mancanza di alcune specifiche competenze, gestisca la propria società in modo sano e prudente, informandosi e ponderando le proprie scelte, in modo da condurla alla realizzazione degli interessi alla stabilità, all'efficienza, alla concorrenza, alla sopravvivenza e soprattutto alla redditività della società stessa, dei suoi soci e dei terzi.

È possibile concludere, pertanto, che la regola della sana e prudente gestione, intesa come avversità al rischio e

alla speculazione, che sia imposta normativamente come nel caso dell'impresa bancaria o che sia desumibile in via interpretativa come per le società ordinarie, è in ogni caso il modello organizzativo efficiente ed imprescindibile della buona amministrazione ovvero della diligenza dell'amministratore di società.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV, Commentario alla riforma delle società, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2005.

ABBADESSA, La gestione dell'impresa nella società per azioni, Milano, 1975.

ABRIANI, Gli amministratori di fatto delle società di capitali, Milano, 1998.

ABRIANI, Sub. Art. 2380 bis, in Il nuovo diritto societario, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004.

ALPA, Scritti in onore di Francesco Capriglione: le regole del mercato finanziario, Padova, 2010.

AIELLO, Gli amministratori di società per azioni, in Trattato di Diritto Privato, Tomo VI, diretto da Rescigno, Milano, 2013.

AIELLO, La liquidazione delle società di capitali, (a cura di) Aiello e Altri, Le operazioni societarie straordinarie, in Trattato di diritto commerciale, (diretto da) Cottino, V, 2, 2011.

AIELLO, *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l. reciproche interferenze tra tipi societari*, Bologna, 2012.

ALBAMONTE, BASSO, CAPONE, MARANGONI, La vigilanza sulle banche, in Diritto delle banche e degli intermediari finanziari, a cura di Galanti, Padova, 2008.

AMBROSINI, La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili, Milano, 2007.

AMBROSINI, La responsabilità degli amministratori, in Trattato di Diritto Privato, Tomo VI, diretto da Rescigno, Milano, 2013.

AMBROSINI, DEMARCHI, MONTALENTI (a cura di), Banche, consumatori e tutela del risparmio: servizi di investimento, market abuse e rapporti bancari, Milano, 2009.

ANGELICI, Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c. in Riv. Dir. Comm., 1970, I.

ANGELICI, La circolazione della partecipazione azionaria, in Colombo-Portale, Trattato delle società per azioni, Torino, 1991.

ANGELICI, La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale, II, Padova, 2006.

ANGELICI, La società per azioni e gli “altri”, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger: atti del convegno*, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2010.

ANGELICI, Tavola rotonda su “*l'interesse sociale tra contrattualismo ed istituzionalismo*” nel V convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “*orizzonti di diritto commerciale*”, “*L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore della crisi*” Roma 21-22 febbraio 2014

ANNUNZIATA, La disciplina del mercato mobiliare, Torino, 2014.

ANTONUCCI, Assetti proprietari, in Diritto Bancario Comunitario, a cura di Alpa, Capriglione, 2002, Torino.

ANTONUCCI, Commento all'art. 5 tub, in Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Costa, Torino, 2013.

ANTONUCCI, Commento all'art. 14, in Commentario al Testo Unico Bancario, a cura di Porzio e Al., Milano, 2011.

ANTONUCCI, Diritto delle banche, Milano, 2012.

ARATARI-IANNACCONE, La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno, Torino, 2014.

ASCARELLI, Dispute metodologiche e contrasti di valutazione, in Riv. dir. e proc. Civ., 1953.

ASCARELLI, Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio, oggetto e capacità sociale, in Riv. Società, 1959.

ASCARELLI, Interesse sociale e interesse comune nel voto, in Riv. trim. dir. e proc. Civ., 1951.

ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in Riv. Soc., 1956.

ASCARELLI, Problemi preliminari nella riforma delle società anonime, in Foro it., 1936, IV.

ASCARELLI, Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni, in Riv. dir. Comm., 1930.

ASQUINI, Conflitto di interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee di società per azioni, in Riv. dir. comm., 1919, II.

ASQUINI, I battelli del Reno, in Rivista delle società, 1959 e in Scritti, III, 1961.

ASSONIME, Scelte gestionali e diligenza degli amministratori, 2009, in www.ilcaso.it

AULETTA, Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone, in Scritti giur. in onore di Carnelutti, 1950, III.

BALZARINI, Insindacabilità delle scelte di gestione compiute dagli amministratori e responsabilità dei medesimi verso la società, in Resp. Civ. Prev., 1998.

BANCA D'ITALIA, Relazione Annuale, 1993, in www.Bancaditalia.it.

BANI, Regolazione strutturale contro regolazione prudenziale: gli insegnamenti delle crisi, Torino, 2012.

BASSI, Correttezza e contratto di società, in Giur. Comm., 2002, I.

BARALE, La responsabilità del chirurgo estetico, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005.

BARBAGALLO, Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista di Banca d'Italia, *Convegno: "l'impresa bancaria: i doveri e le responsabilità degli amministratori"*, 26 marzo 2014, in

www.bancaditalia.it ;

BATTISTI, Diligenza professionale e governance della “piccola banca”, 2010 in www.complianceaziendale.com.

BELLACOSA, Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali, Milano, 2006.

BERETTA, Valutazione dei rischi e controllo interno, Milano, 2004.

BERLE– MEANS, Società per azioni e proprietà privata, trad. it., Torino, 1966.

BERLOTTI, Riforma societaria e «perizia» degli amministratori nella gestione: un problema aperto? (nota a Trib. Milano, 14 aprile 2004) in Giur. It., 2004.

BERNINI, La responsabilità nel sistema statunitense, in AA.VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Padova, 2013.

BERTACCHINI, Oggetto sociale e interesse tutelato nella società per azioni, Milano, 1995.

BERTOLOTTO-SPIOTTA, Assemblea e amministratori, Torino, 2013.

BIANCA, Diritto civile, IV, Milano, 1998.

BIANCHI, Coefficienti patrimoniali e gestione strategica della banca, in Banche e banchieri, 1991.

BIANCO-PALUMBO, Il CDA: quale funzione e quando è efficiente, in Analisi Giuridica dell'Economia, 2003, I.

BIGIAMI, Interesse sociale e interesse pubblico, in Riv. Dir. Civ., 1956.

BOCCUZZI, *Crisi d'impresa e attività bancaria: analisi del rapporto tra diritto fallimentare e disciplina speciale delle banche*, Bari, 2012.

BOCCUZZI, Introduzione a AA.VV. Il metodo dei rating interni, a cura di Cannata, Bari, 2008.

BOCCUZZI, *Rischi e garanzie nella regolazione finanziaria*, Bari, 2006.

BONAZZA, Conflitto di interessi dell'amministratore, conferma o revirement della giurisprudenza della Suprema Corte?, in Soc., 1999.

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.

BONELLI, *Gli amministratori di SPA a dieci anni dalla riforma del 2003, La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, a cura di Aratari - Iannaccone, Torino, 2014.

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.

BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991.

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di*

società per azioni, Milano, 1992.

BONELLI, Le direttive dell'assemblea degli amministratori di società per azioni, in *Giur. Comm.*, 1984, I.

BONTEMPI, Diritto bancario e finanziario, Milano, 2014.

BORGIOLI, L'amministrazione delegata, Firenze, 1982.

BORRELLO, Il controllo del credito, in *AA.VV.*, Trattato di diritto amministrativo, a cura di Cassese, Milano, 2003.

BRESCIA MORRA, Gli amministratori delle banche nella disciplina di vigilanza, in *A.G.E.*, n. 1/2004.

BRESCIA MORRA, Le forme della vigilanza, in *AA.VV.*, *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, tomo I, Padova, 2005.

BRESCIA MORRA, Società per azioni bancaria: proprietà e gestione, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2000.

BROGI, Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione in Banca, impresa e società, 2010.

BUONOCORE, Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile, in *Giur. Comm.*, I, 2006.

BUONOCORE, La riforma del diritto societario, Torino, 2003.

BUONOCORE, Imprenditore, In *Enc. Dir.*, Milano, 1970.

BUONOCORE, Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate, in *Giur. Comm.*, 2003.

BUSSANI-VENCHIARUTTI, Variazioni sulla colpa, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, I, 1987.

CALANDRA BUONAURA, Funzione amministrativa e interesse sociale, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger: atti del convegno*, Milano, 9 ottobre 2009, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2010.

CALANDRA BUONAURA, Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni, Milano, 1985.

CAMMARANO, La tutela del risparmio bancario, 1979.

CAMPANA, La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2000.

CAMPOBASSO, Diritto commerciale, 1, *Diritto delle società*, Torino, 2007.

CAMPOBASSO, Diritto commerciale, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2007.

CANTILLO, Le obbligazioni, Torino, 1992.

CAPRIGLIONE, Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive, in AA.VV., *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, Padova, 2003

CAPRIGLIONE, Commentario al Testo Unico delle leggi

in materia bancaria e creditizia, terza edizione, Padova, 2012.

CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009

CAPRIGLIONE, *Eurosclerosi e globalizzazione. (Contro un possibile ritorno all'euroscetticismo)*, in *Rivista Tri. Dir. Econ.*, 2010, I.

CAPRIGLIONE, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia*, Milano, 1983.

CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994.

CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010.

CARNELUTTI, *Tutela penale della minoranza nella società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956.

CASELLA - RUOZI, *L'amministratore di società*, Milano, 1997.

CASSANI, *Responsabilità dell'amministratore di diritto e dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 2013, X.

CATALDI, *La responsabilità professionale del medico*, Bologna, 2006.

CATANIA, *Origine e conclusione del mandato amministrativo di s.p.a. chiuse*, Roma, 2013.

CAVALLUZZO - GATTI, *Nessuna responsabilità per il liquidatore "inerte"*, in www.Isole24ore.com

CERAMI, Il controllo giudiziario sulle società di capitali, Milano, 1954.

CERRATO, Le deleghe di competenze assembleari nella società per azioni, Milano, 2009.

CHIARAVIGLIO, Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv. c.p., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose, in Riv. Dott. Comm., 2009, I.

CHIRILLI, La responsabilità degli amministratori di spa tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico, in Riv. Notariato, 2004.

CIOCCA, Il finanziamento degli investimenti industriali: bilanci e prospettive, in AA.VV., Interesse e profitto, Bologna, 1982.

CIOCCA, La nuova finanza in Italia, Torino, 2000.

COLESANTI, Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2011.

COLOMBINI-CALABRO', Crisi finanziarie, Banche e Stati, Torino, 2011.

COLOMBO – PORTALE, Trattato delle società per azioni, Torino, 1993, 3, II.

CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società, Milano, 2003.

CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Milano, 2012.

CORONA, Note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci e degli amministratori nei confronti dei creditori sociali, in *Dir. Fall*, 1989, I.

CORRENTI, *L'imprenditore*, in *Tr. Dir. Priv.*, a cura di Rescigno, 15, Torino, 2004.

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

COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006.

COSTA, *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: dlgs. 1 settembre 1993 n. 385 e successive modificazioni*, Torino, I, artt. 1-69, 2013.

COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in *AA.VV. Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011.

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007.

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.

COSTI, *La responsabilità dell'impresa*, in *Quad. Giur. Comm.*, n. 287.

COSTI, *Relazione di sintesi*, in *AA.VV. L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger : atti del convegno*, Milano, 9 ottobre 2009, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2010.

COTTINO, *Diritto societario*, Milano, 2011.

COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni*

sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo), in Riv. Soc., 2005.

COTTINO, L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta, in Giur. Comm., 2005, I.

COTTINO, Note minime, divaganti e irriverenti, su *amministratori, "perizia", tangenti e responsabilità*, in Giur. it., 2004.

D'ALESSANDRO, Il controllo giudiziario sulle società per azioni, in Temi di diritto societario, 1997, I.

D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da "i battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in Foro It., 1988, V.

D'AMBROSIO, La vigilanza, in AA.VV. Manuale di diritto dei mercati finanziari, Milano, 2004.

D'AMBROSIO-PERASSI, Il governo societario delle banche, in La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno, a cura di Vietti, Milano, 2014.

DAL MORO - MAMBRIANI, Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. e s.r.l., in www.ordineavvocatimilano.it

DE ANGELI-ORIANI, La sana e prudente gestione delle banche, in Bancaria, 1995.

DE MARTINI, La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società, in Riv. dir. comm., 1953, I.

DE NICOLA, Amministratori; art. 2380 - 2396, in

Responsabilità verso la società, a cura di Ghezzi, Milano, 2005.

DE NICOLA, Sub art. 2380 bis, in Commentario alla riforma delle società, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005.

DE ROSA, Responsabilità solidale degli amministratori e funzioni delegate tra vecchio e dovere di vigilanza e nuovo obbligo di agire in modo informato, in *Resp. Civile e Previdenza*, 5, 2013.

DELL'ATTI, Il sistema bancario e la crisi finanziaria, Bari, 2014

DELL'ATTI, La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a., Milano, 2012.

DELLACASA, Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori, in *Contratto e impresa*, 1999.

DELLI PRISCOLI, Modelli societari. La responsabilità dell'amministratore di s.p.a, 2012, in www.treccani.it

DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. Comm.* 2009, I.

DENOZZA F., Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 2.

DENOZZA, La nozione di informazione privilegiata tra "*shareholder value*" e "*socially responsible investing*" in

Giur. Comm. 2005, I.

DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, in *AA.VV. L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2010.

DENOZZA, *Norme efficienti: l'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

DESARIO, *Profili di responsabilità degli esponenti di banche dissestate e « decalogo del buon banchiere»*, in *Bancaria*, 2003, 2.

DESIDERIO, *L'attività bancaria (fattispecie e evoluzione)*, Milano, 2004.

DESIDERIO, *Le norme di recepimento della direttiva comunitaria 77/780 in materia creditizia*, in *Quaderni di ricerca giuridiche della Banca d'Italia*, 1986, n. 6.

DI AMATO, *Le S.r.l. profili sostanziali e dinamiche processuali*, Milano, 2011, 343.

DI AMATO, *Sub. Art. 2476, in Società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003.

DI CATALDO, *La governance delle società bancarie : convegno in memoria di Niccolò Salanitro, 21 settembre 2012*, Università di Catania, Dipartimento Seminario giuridico, Villa Cerami, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2012;

DI MAJO, Delle obbligazioni in generale, in Commentario al codice civile, a cura di Scialoja - Branca, Roma-Bologna, 1994.

DI SABATO, Manuale delle società, Torino, 1992.

DI SABATO, Sui requisiti soggettivi degli esponenti bancari: profili di diritto societario, in Banca, Borsa e Tit. Cred., 1988, I.

DIMUNDO, Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, in Quaderni CSM, 1997.

FAUCEGLIA, I criteri di valutazione del rischio nella disciplina di responsabilità di amministratori e sindaci delle banche, in AA.VV., Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2, Milano, 2002.

FERRANDO, *Teoria della creazione del valore e responsabilità sociale dell'impresa*, in Impresa Progetto - Electronic Journal of Management, 1, 2010, in www.impresaeprogetto.it.

FERRARINI, Valore degli azionisti e governo societario, in Riv. Soc., 2002.

FERRARO, Note in tema di responsabilità degli amministratori nelle società per azioni ed in tema di azioni di responsabilità: *profili pratici*, in www.businessjus.com

FERRI, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in Banca, borsa, tit. cred., 1969, III.

FERRI, Eccesso di potere e tutela delle minoranze, in Riv. dir. comm., 1934, I.

- FERRI, Manuale di diritto commerciale, Torino, 2006.
- FERRI, Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, *conflitto d'interessi*, in Banca, borsa, tit. cred., 1959, II.
- FERRI, Poteri della maggioranza e diritti del socio, in Banca, borsa e titoli di credito, 1952, II.
- FERRO-LUZZI, *La "connessione" delle attività connesse delle banche*, in Banca, borsa e tit. cred., 2001, I.
- FERRO-LUZZI, Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa, in Riv. dir. comm., 2005, I.
- FIGONE, Insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori, in Soc., 1997.
- FOIS, *L'interesse sociale tra teorie dello sviluppo dell'impresa e teoria del rischio*, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger* : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.
- FORTINO, La responsabilità civile del professionista, Milano, 1984.
- FORTUNATO, Battelli del Reno e scorribande vichinghe: un difficile compito per il giurista, in I battelli del Reno, rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa, 27 marzo 2013.
- FRANZONI, Gli amministratori e i sindaci, in Tratt. Galgano, Torino, 2002.

FRANZONI, Società per azioni. III. Dell'amministrazione e del controllo. 1 disposizioni generali. Degli amministratori, in Comm. Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 2008.

FRE', La società per azioni, in Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982.

GAETA, La discrezionalità del liquidatore nell'ambito delle trattative, in Società, VIII, 2012.

GALANTI, Diritto delle banche e degli intermediari finanziari, Milano, 2008.

GALASSO, Mala gestio degli amministratori, in Società, 1989.

GALGANO, Diritto commerciale. Le società, 2006.

GALGANO, Il nuovo diritto societario, Milano, 2003.

GALGANO, La società per azioni, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, a cura di Galgano, VII, Padova, 1988.

GAMBINO, *L'interesse sociale* e il voto in assemblea, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*: in ricordo di Pier Giusto Jaeger : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.

GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 1987.

GAMBINO, Spunti di riflessione sulla riforma: *l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle*

esigenze di finanziamento dell'impresa, in Giur. comm., II, 2002.

GASPERONI, *Le azioni a favore dei prestatori di lavoro*, in *Rivista delle società*, 1959.

GIANNINI, *Problemi della banca come impresa*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1981, I.

GIORGIANNI, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012.

GIORGIANNI, *Obbligazione*, in *N.mo Dig.It.*, 1965.

GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1996.

GOWER, *Modern company law*, London, 1957.

GRECO, *Commento all'art. 5 TUB*, in *Testo Unico Bancario Commentario*, a cura di Porzio, Milano, 2010 – 2011.

GRECO, *Commento sub. Art. 5 in Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Porzio e Altri, Milano, 2010.

GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959.

GUACCERO , *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Milano, 2007.

GUARINO, *Relazione al Convegno su “L'armonizzazione della legislazione bancaria” del 1936* in *Riv. Banc.*, III, 1993.

GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di “correttezza”*

sul procedimento deliberativo assembleare, in Riv. Soc., 2002.

GUIZZI, Sub. Art. 2391, in Società di capitali, Commentario, a cura di Niccolini-Stagno D'Alcontres, 2, Napoli, 2004.

JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.

JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in Giur. Comm., 2000, I.

JAEGER, Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale, in Riv. dir. ind., 1970, I.

JAEGER, DENOZZA, TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2010.

KESSLER, Walther Rathenau, trad. it., Bologna 1995.

KNEPPER - BAILEY, *Liability of corporate officers and directors*, 1992.

IANNACONE, *Principi generali sulla responsabilità degli amministratori*, in *La Governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, a cura di Vietti, Milano, 2013.

INZITARI, BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (dlgs 180/2015) in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 5 del 2016, 1.

IUDICA, *Sulla responsabilità di amministratori di s.p.a. per transazioni concluse con i debitori sociali*, in *Giust. Civ.*, 1983.

LA ROCCA G., *Impresa e società nel gruppo bancario*, Milano, 1995.

LA ROCCA M., *La gestione finanziaria dell'impresa: prospettive d'analisi e valutazione*, Catanzaro, 2012.

LAMANDA, *Le finalità della vigilanza in AA.VV. La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro Luzzi e Castaldi, Milano 1996, I.

LEGROTTagLIE, *Ruolo degli amministratori nella gestione ordinaria dell'attività sociale e loro remunerazione*, in AA.VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013.

LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, 2007.

LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in Riv. Società, 2009.

LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003*, Appunti per un corso di diritto commerciale, in Riv. Dir. Soc., 2008, II.

LIBONATI, *Riflessioni su "l'interesse sociale"* di Pier Giusto Jaeger, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger: atti del convegno*, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.

LEMME, *Amministrazione e controllo nella società*

bancaria, Milano, 2007.

LEMME, Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento, in Banca, Borsa e Tit. cred., 2011.

LOLLI, La crisi delle banche e i possibili rimedi tra patrimonio di vigilanza e regole di trasparenza, in Contratto e impresa, I, 2013.

MAMBRIANI, Appunti sintetici *in tema di responsabilità* degli amministratori di s.p.a., in Master di diritto societario, Altalex, Milano, 2013.

MARCHETTI, La nexus of contracts theory. Teorie e visioni del diritto societario, Milano, 2000.

MARCHETTI, La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Torino, 2015.

MARCHETTI, Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate, in Riv. Soc., 1, 2012.

MARCINKIEWICZ, Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito, in Fallimento, 2011.

MARCOLONGO, *La responsabilità nella fase di scioglimento*, in AA.VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013.

MAROTTA-PITTALUGA, *La regolamentazione degli intermediari bancari*, Bologna, 1993.

MASERA, *La corporate governance nelle banche*, Bologna, 2006.

MASERA, La crisi globale: finanza, regolazione e supervisione alla luce del rapporto De Larosiere, in AA.VV., Scritti in onore di Francesco Capriglione, Padova, 2010.

MASERA, La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto de Larosiere, in Riv. trim. dir. ec., 2009, I.

MASERA, Il rischio e le banche, 2001, in Mondo banc., V, 2001.

MATINO, La responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, in AA.VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Padova, 2013.

MAUGERI, Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo, in Giur. Comm., I, 2012.

MAURA, La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci, Macerata, 2007.

MAZZINI, Rischio d'impresa, diligenza e responsabilità degli amministratori di banca, Milano, 1996.

MERUSI, Le leggi del mercato, Bologna, 2002.

MENGONI, Appunti per una revisione della teoria del *conflitto d'interessi nelle deliberazioni assembleari delle s.p.a.*, in Riv. Soc., 1956.

MENGONI, Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi, in Riv. Dir. Comm., 1954, I.

MEZZACAPO, Le banche nel mercato, in Il governo

delle banche in Italia, Torino, 2006.

MIGNOLI, Idee e problemi nell'evoluzione della company inglese, in *Rivista delle Società*, 1960.

MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Rivista delle società*, 1958.

MIGNOLI, Interesse di gruppo e società a sovranità limitata, in *Contratto e Impresa*, 1986.

MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. Comm.*, 1956.

MINSKY HYMAN, *Governare la crisi. L'equilibrio in un'economia instabile*, a cura di Levi e Padula, Milano, 1989.

MINSKY HYMAN, *L'instabilità finanziaria: l'attuale dilemma e la struttura del sistema bancario e finanziario*, in *Struttura e stabilità del sistema finanziario*, a cura di Cesarini-Onado, Bologna, 1979.

MINSKY HYMAN, *Keynes e l'instabilità del capitalismo*; introduzione di Riccardo Bollofiore, Torino, 2009.

MINSKY HYMAN, *Potrebbe ripetersi?: instabilità e finanza dopo la crisi del '29*; introduzione di Augusto Graziani, traduzione di Franco Picollo, Torino, 1994;

MOKAL, *An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives, and the Creditors' Bargain*, 2000, in *Cambridge Law Journal*, 59.

MOLLO, Il sistema di gestione informata nella s.p.a. e la responsabilità degli amministratori deleganti, Torino, 2013.

MONTALENTI, Democrazia industriale e diritto *dell'impresa*, Milano, 1981.

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, a cura di Campobasso, 2, Torino, 2006.

MONTALENTI, Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I.

MONTALENTI, Interesse sociale e amministratori, in *AA.VV. L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger* : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2010.

MONTALENTI, L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, in *Giur. Comm.*, 2003, I.

MONTALENTI, Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari, Milano, 2011.

MONTEDORO, Amministrazione e responsabilità nelle società bancarie e negli enti finanziari, in *AA.VV.*, Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria, a cura di Capriglione, Padova, 2003.

MORANDI, Sub. Art. 2380 bis, in *Commentario breve al diritto delle società*, diretto da Maffei Alberti, Padova,

2007.

MORETTI, Il governo societario, in Il Sole 24 ore, I ed., 2007

NAZZICONE - PROVIDENTI, Amministrazione e controlli nella Società per Azioni, in Il nuovo diritto societario, a cura di Lo Cascio, Milano, 2010.

NERI, Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni, in Rivista di diritto bancario e finanziario, in Rivista di diritto bancario e finanziario on line, 2002, www.tidona.com.

NIGRO, Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione, in Tr. Dir. Priv., a cura di Rescigno, vol. 15, Torino, 2001.

NIGRO A., L'autorizzazione all'attività bancaria nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in Dir. Banc. Mer. Fin., 1994.

NIGRO A., La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 2013, I.

NIGRO A., *Polivalenza di interessi nell'ordinamento bancario e riflessi sull'organizzazione dell'impresa privata esercente attività bancaria*, in *L'ordinamento del credito fra due crisi*, a cura di Vitale, Bologna, 1977.

NIGRO M., Profili pubblicistici del credito, in La disciplina pubblicistica del credito, a cura di Nigro-Retortillo, Padova, 1970.

NUZZO, Commento all'art. 26 Tub, in Commento al testo

unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Costa, Torino, 2013.

ONADO, Aspetti economici e tecnici del capitale proprio delle banche, in Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato, a cura di Portale, Milano, 1983.

OPPO, Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni, in Riv. Dir. Civ., 2003, I.

ORTOLANO, Poteri, doveri e limiti degli amministratori, in AA.VV. La riforma del diritto societario: il parere dei tecnici tre anni dopo, a cura di Danovi, Milano, 2007.

PADOA SCHIOPPA, L'autorizzazione bancaria è ancora necessaria? In Banca Impresa e società, 2000.

PANUCCIO, Impresa, in Enc. Dir., XX, Milano, 1970.

PANZANI, Il fallimento e le altre procedure concorsuali, II, Torino, 2002.

PATRONI GRIFFI, Il controllo giudiziario sulle società per azioni, Napoli, 1971.

PATRONI GRIFFI, L'autonomia statutaria degli enti creditizi tra libertà e controlli, in Rass. Dir. Civ., 1994, n. 2.

PAVONE, La liquidazione del danno nell'azione di responsabilità, in www.csm.it.

PAVONE LA ROSA, Profili della tutela degli azionisti, in Riv. Soc., 1965.

PELLIZZI, Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare, in Riv. dir. civ., I, 1967.

PESCATORE, L'impresa societaria a base capitalistica. Amministrazione e controllo, in Manuale di diritto commerciale, a cura di Buonocore, Torino, 2003.

PEROTTA-BERTOLI, Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. Corporate governance a dieci anni dalla riforma del diritto societario, in Riv. Dottori comm., fasc. 4, 2013.

PETRAZZINI, L'assemblea: competenze e procedimento, in Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009.

PETRONE, La responsabilità degli amministratori di società nel sistema americano, in Dir. Ec. Ass., 1995.

PETTERUTI, La responsabilità degli amministratori di società di capitali, in www.cameracivilecassino.it, 2012.

PIRAINO, Il divieto di abuso del diritto, in Europa e Dir. Priv., 1, 2013.

PIRAS, Discrezionalità amministrativa, in Enc. dir., vol. XIII, Milano, 1964.

PISCITELLO, La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule, in Società, 2012.

PONTOLILLO, Commento sub art. 5 T.U.B., in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Capriglione, terza edizione,

Padova, 2001.

PORTALE, Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, in Tr. Soc. az., a cura di Colombo e Portale, I, Torino, 2004, 3.

PORTALE, Rapporti tra assemblea ed organo gestorio nei sistemi di amministrazione, in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa - Portale, 2, , Torino, 2006.

PORZIO, Il governo del credito, Napoli, 1976.

PORZIO, La sana e prudente gestione, in Dir. banc. e mercato fin., 2008, III.

PORZIO, Le imprese bancarie, in Tr. Dir. Comm., dir. Da Buonocore, sez. III, I, 2007

PORZIO, Vigilanza e Sana e prudente gestione, in La crisi dei mercati finanziari, a cura di Rispoli Farina e Rotondo, Milano, 2009.

PORZIO, Testo Unico bancario. Commentario, Milano, 2011.

PREITE, Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni, in Trattato sulle società per azioni a cura di Colombo-Portale, III, Torino, 1992.

PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992.

PREITE, La destinazione dei risultati nei contratti associativi, Milano, 1988.

PROVENZANI, Banche Italiane in crisi, cause, rischi e prospettive, 13 luglio 2016, in www.forexinfo.it.

RABITTI, Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori, Milano, 2008.

RABITTI BEDOGNI, Modelli di governo societario, in La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno a cura di Vietti, Milano, 2014.

RAINELLI, Sub. Art. 2392, in Il nuovo diritto societario, Commentario, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Contalenti, Bologna, 2004.

RAPPAPORT, Creating Shareholder Value. The New Standard for Business Performance, in Gallino, *L'impresa irresponsabile*, 2005, Torino, 106.

RATHENAU, L'economia nuova, trad. it., Bari, 1922.

RATHENAU, La realtà delle società per azioni, in Rivista delle Società, 1960.

REICH, Supercapitalism, Icon books, 2007.

REVELL, Rischio e solvibilità delle banche, Milano, 1978.

REVELL, Adeguatezza del capitale, riserve occulte e accantonamenti nelle azioni di credito, in Saggi.

RICCI, Ricordo di Pier Giusto Jaeger, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger* : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in

- Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.
- RORDORF, Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi, in *Le società*, VI, 2013.
- RORDORF, La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte), in *Soc*, 2008.
- ROSA, Patti parasociali e gestione delle banche, in *Rivista delle società*, a cura di Rossi, Milano, 2010.
- ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. Soc.*, 2008.
- ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008.
- ROSSI, Potere della maggioranza e diritto di opzione, in *Rivista delle soc.*, 1962.
- ROSSI., Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni, in *La responsabilità di amministratori sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Milano, 2007.
- ROSSI, Sub art. 2392, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei - Alberti, Padova, 2005.
- ROSSI, *Utile di bilancio, riserve e dividendi*, Milano, 1958.
- RUTA, *Lineamenti di legislazione bancaria*, Roma, 1965.
- SACCHI, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*:

in ricordo di Pier Giusto Jaeger : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.

SALAFIA, L'azione di responsabilità contro gli amministratori delle società di capitali, in Le soc., 2008.

SALANITRO, La concorrenza nel settore bancario, in Banca, borsa, tit. cred., II, 1996.

SALINAS, Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo, vantaggi compensativi, in Giur. Comm., 2005, II.

SALVATO, Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza, in Società, I, 2001.

SANDULLI- SANTORO, La riforma delle società, Torino, 2007.

SANTI DI PAOLA, L'azione di responsabilità nella s.p.a, Milano, 2012.

SANTOSUOSSO, La riforma del diritto societario, Milano, 2003.

SARALE, Il nuovo volto dell'assemblea sociale, in Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, concorsuali, fiscali e penali, a cura di Ambrosini, I, Torino, 2005.

SCARPA - FORTUNATO, Banche e responsabilità civile, Milano, 2008.

SCHERMI, Appunti sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni, in Dir. Fall., 1999, II.

SCIUTO - SPADA, Il tipo della società per azioni, in Tratt. Colombo - Portale, 1, Torino, 2004.

SCOGNAMIGLIO, Interesse sociale e interesse di gruppo, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger* : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.

SCOGNAMIGLIO, Mala gestio, rinuncia dell'amministratore al compenso e non invocabilità dei vantaggi compensativi, in Società, XI, 2012.

SENA, Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: *l'interesse pubblico come interesse extra-sociale*, in Riv. Soc., 1958.

SILVETTI - CAVALLI, Le società per azioni, in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da Bigiavi, Torino, 1983.

SPADA, La tipicità delle società, Padova, 1974.

SPAZIANI, L'importanza dell'organizzazione aziendale. Come rendere compatibili le ragioni di vigilanza con l'esigenza di tutelare l'autonomia dell'imprenditore bancario? In AA.VV., *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro- Luzzi e Castaldi, Milano, 1996.

SPIOTTA, Responsabilità, in *Assemblea e Amministratori*, a cura di Cavalli, Torino, 2013.

SPOLIDORO, *Appunti sull'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in AA.VV. *L'interesse sociale tra*

valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.

SPOLIDORO, *“Principi e problemi” delle società per azioni* nel libro di Carlo Angelici, in Rivista delle società, fasc. 1, 2014.

STABILINI, Sul danno derivante dal mancato esercizio dell'attività di recupero di un credito da parte del liquidatore, in Società, XI, 2013.

STESURI, Il conflitto di interessi, Milano, 1999.

TARANTINO, Esito negativo di un'operazione societaria: l'amministratore risponde solo in caso di negligenza ed imprudenza, in Diritto e Giustizia, 2014.

TARANTINO, Multati anche i consiglieri senza deleghe non collusi: dovevano vigilare, in Diritto e Giustizia, 0, 2013.

TARTAGLIA, Sistemi di amministrazione e di controllo nella s.p.a., Roma, 2014.

TESSERA, Procedure concorsuali e responsabilità degli amministratori, AA.VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Milano, 2013

TIMPANO, L'interesse sociale tra istituzionalismo e contrattualismo in relazione al conflitto d'interessi assembleare ed all'abuso della regola della maggioranza, in Riv Notariato, III, 2009.

TINA, L'esonero da responsabilità degli amministratori di

s.p.a., Milano, 2008.

TINA, Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità, in *Giur. Comm.*, II, 2001, II.

TORCHIA, Il controllo pubblico della finanza privata, Milano, 1992

TRICOMI, Commento all'art. 14 Tub, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, Torino, 2013.

ULISSI, Interessi extrasociali e operazioni con parti correlate, in *La responsabilità degli amministratori di società e la determinazione del danno*, a cura di Vietti, Milano, 2014.

ULISSI-LUCIANI, Commento del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350, rispettivamente sub. Art. 2, 3 e 4, in *Codice Commentato della banca*, a cura di Capriglione e Mezzacapo, 1990, II.

VASSALLI, sub Artt. 2392 - 2393, in *Comm. Niccolini*, Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.

VENTURI, Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria, in *Banca e borsa*, I, 2009.

VENTORUZZO, Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma, in *Riv. Dott. Comm.*, II, 2004.

VENTORUZZO, Sub. Art. 2391 in *Amministratori* (art. 2380 - 2396 c.c.) in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005.

VIETTI, Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controllo, Milano, 2014.

VIETTI, La governance nelle società di capitali a dieci anni dalla riforma, Milano, 2013.

VISENTINI, La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore, a cura di Afferni-Visentini, Principi civilistici nella riforma del diritto societario, Milano, 2005.

VISINTINI, Inadempimento e mora del debitore in Commentario al codice civile, a cura di Cuffaro, Milano, 2006.

VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, II, Milano, 1923.

WEIGMANN, I doveri di collaborazione degli azionisti, in AA.VV. *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: in ricordo di Pier Giusto Jaeger* : atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2010.

WEIGMANN, Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Torino, 1974.

ZAMPERETTI, Il dovere di informazione dei soci nella governance della società per azioni, Milano, 2005.

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

ZANDA, La grande impresa. Caratteristiche strutturali e di comportamento, Milano, 1974, Milano.

ZATTONI, Aspetti proprietari e corporate governance,
Milano, 2006.

ZUCCONI, La delega di fatto non esonera gli
amministratori da responsabilità, in Società, 1999.

GIURISPRUDENZA MERITO

- Trib. Milano, 1 dicembre 1988, in Soc., 1989, 173.
- Trib. Milano, 26 giugno 1989, in Giur. Comm., 1990, II, 122.
- Trib. Milano, 05 novembre 1991, in Giur. It., 1992, I, 2.
- Trib. Milano, 2 marzo 1995, in Foro It., 1995, I, 706.
- Trib. Reggio Emilia, 12 giugno 1996, in Dir. Fall., 1996, II, 718.
- Trib. Parma, 3 novembre 1999, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2001, I, 220.
- Trib. Milano, 29 maggio 2004, in Giur. It., 2004, 2334.
- Trib. Milano, 2 maggio 2007, in Giust. a Milano, 2007, 9, 61.
- Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in Giur. It., 2008, 2505.
- Trib. Milano, 24 ottobre 2008, in Giust. Milano, 2008, 10, 70.
- Trib. di Milano, 22 dicembre 2008 in Riv. Dott. Comm., 2009, I, 51
- Trib. Napoli, 23 gennaio 2009, in Giur. Comm., II, 2009, 1244.
- Trib. Milano, 20 aprile 2009, in Giustizia a Milano, 2009, 4, 29.
- Trib. Cremona, 21 settembre 2010 n. 474, inedita.

Trib. Milano, 16 giugno 2011 in www.leggiditalia.it

Trib. Milano, 24 giugno 2011 n. 10697, in *Soc.*, 2011, 1343.

Trib. Milano 27 settembre 2011 n. 11379 in *Soc.*, 2011, 1472.

Trib. Milano, 1 ottobre 2011, in *Soc.*, 2011, 1475.

Corte di Appello di Brescia, 21 novembre 2012 n. 1402 in www.ildirittodegliaffari.it

Trib. Milano, 04 aprile 2013 n. 4562, in *Società*, 2013, XI, 1255.

Trib. Milano, 29 agosto 2013, in *Società*, 2013, XI, 1255.

Trib. Roma, 18 novembre 2014, in *Riv. Dott. Comm.*, 2015, I, 122.

GIURISPRUDENZA LEGITTIMITA'

Cass. 20 giugno 1958 n. 2148, in Foro It., 1959, I, 1150.

Cass. 25 ottobre 1958 n. 3471, in Foro It., I, 204.

Cass. 12 novembre 1965 n. 239 in Giur.it., 1966, I, 401.

Cass. 12 novembre 1965 n. 2359 in Foro it., 1965, I, 1820.

Cass. 7 marzo 1970 n. 558 in Foro it., 1970, I, 1728.

Cass. 21 marzo 1974 n. 790 in Giur. Comm., 1974, II, 509;

Cass. 28 aprile 1997 n. 3652 in Soc., 1997, 1389.

Cass. 05 dicembre 1998 n. 12325 in Giur. It., 1999, 2317.

Cass. 21 novembre 2001 n. 16416 in Giust. Civ. Mass., 2002, 2024.

Cass. 09 febbraio 2004 n. 2387 in Giust. civ. Mass., 2, 2004.

Cass. 23 marzo 2004 n. 5718, in Soc., 2004, 1517.

Cass. 24 agosto 2004 n. 16707, in Foro It., 2005, I, 1844.

Cass., S.U., 29 luglio 2005, n. 15781 in www.altalex.com.

Cass. 27 ottobre 2006 n. 23180, in Foro it., 2007, I, 327.

Cass. 17 gennaio 2007 n. 1045 in Giust. Civ. Mass., 2007, 1.

Cass., 18 aprile 2007, n. 9238 in www.altalex.com.

Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577 in Resp. Civ. E Prev., 2008, 4, 849.

Cass. 11 luglio 2008 n. 19235, in Giur. it., 2009, 883.

Cass. 20 ottobre 2008 n. 25977, in Riv. Commercialisti, 2009, I, 148.

Cass. 29 ottobre 2008 n. 25977 in www.ilcaso.it.

Cass. 03 luglio 2009 n. 15677 in Giust. civ. Mass. 2009, 7-8, 1033.

Cass. 12 agosto 2009 n. 18231 in Giust. Civ. Mass., 2009, 7.

Cass. 12 febbraio 2010 N. 3373 in Giust. civ. Mass., 2, 2010, 197.

Cass. 15 giugno 2010 n. 14305, in Italgiure.it.

Cass. 11 novembre 2010 n. 22911 in Resp. Civ. Prev., 2011, 2045.

Cass., 11 marzo 2011, n. 5876, in Giust. Civ. Mass., 2011, 399.

Cass. 15 luglio 2011 n. 15659 in Giust. civ. Mass. 2011, 7-8, 1075

Cass. 9 gennaio 2013 n. 319, in Notariato, 2013, 136.

Cass. 05 febbraio 2013 n. 2737 in *Diritto e Giustizia*, 0, 2013.

Cass. 27 dicembre 2013 n. 28669 in www.dejure.it.

Cass. 20 gennaio 2015 n. 826 in *Giustizia Civile Massimario*, 2015.

RINGRAZIAMENTI

Al termine di questi tre anni di Dottorato, il mio ringraziamento non può che andare al Professor Giovanni Iorio che con la pazienza, la disponibilità, la professionalità, la passione per l'insegnamento e la ricerca che lo contraddistinguono mi ha supportata, passo dopo passo, fin dal primo giorno e continuerà a costituire per me un esempio da seguire nella vita e nel lavoro.

Un ringraziamento speciale va a Lorenzo, il mio "concorrente", che mi ha insegnato come le apparenze ingannino, rivelandosi un importante Compagno di studio, un prezioso Collega di lavoro ma, soprattutto, un vero Amico.