



Camera di Commercio  
Treviso

CURIA MERCATORUM  
CENTRO DI MEDIAZIONE ED ARBITRATO  
Associazione Riconosciuta

## **RESPONSABILITÀ E REGOLE NEL GOVERNO DELL'IMPRESA**

Atti del Workshop del 28 ottobre 2005

Il presente volume è stato realizzato  
dalla Camera di Commercio di Treviso

## Indice

<b>Introduzione</b>	Pag.	5
<b>1. “Interessi” e “Conflitto di interessi” degli amministratori nella Società per Azioni</b> <i>Prof. Avv. Matteo De Poli</i>	Pag.	7
<b>2. La nuova responsabilità dei soci che hanno deciso o autorizzato il compimento da parte degli amministratori di atti dannosi per la società a responsabilità limitata</b> <i>Avv. Renato Pastorelli</i>	Pag.	27
<b>3. Profili generali della nuova azione sociale di responsabilità</b> <i>Dott. Giuseppe Limitone</i>	Pag.	41
<b>4. La nuova responsabilità da esercizio di attività di direzione e coordinamento</b> <i>Prof. Avv. Mauro Pizzigati</i>	Pag.	49
<b>5. Responsabilità e regole nel governo dell’impresa</b> <i>Avv. Damiano Tommasini</i>	Pag.	57

## Introduzione

La riforma del diritto societario può essere considerata un evento di massimo rilievo per il nostro ordinamento: dopo oltre sessant'anni il sistema imprenditoriale viene significativamente innovato nelle regole e nei modelli di espressione. Attraverso l'introduzione di nuove forme di *governance*, predisposte configurando diversi modelli di gestione societaria, di nuovi sistemi di partecipazione all'attività d'impresa da parte del socio, di nuove opportunità di reperimento dei capitali anche tramite ulteriori strumenti di promozione del finanziamento (i cosiddetti strumenti finanziari ibridi), ed altri interventi di tal portata, si è disegnato un diverso modo di fare impresa nell'intento prioritario di “(...) *favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni e internazionali dei capitali.*” (art. 2, lett. a, legge 366/2001 di delega al Governo per la riforma del diritto societario).

Ma, come generalmente accade in occasione di importanti riforme, l'opera del legislatore provoca la reazione degli interpreti e degli operatori, i quali ne dibattono gli aspetti critici, le opportunità di miglioramento, gli spazi interpretativi anche in relazione alla normativa collegata.

Di qui l'esigenza di momenti di approfondimento e di confronto.

L'occasione del Convegno sul tema “Responsabilità e regole nel governo dell'impresa”, tenutosi il 28 ottobre 2005 presso la Camera di Commercio di Treviso, ne rappresenta un esempio.

Posta la rilevanza dell'argomento e considerata la qualità degli interventi nonché la competenza dei relatori partecipanti è apparso opportuno pubblicare gli atti di tale incontro sì da rendere disponibile alla consultazione dei lettori interessati questo significativo contributo sulla valutazione della riforma.

*Dott. Marco D'Eredità  
Segretario Generale della C.C.I.A.A. di Treviso  
Direttore di Curia Mercatorum*



# **“INTERESSI” E “CONFLITTO DI INTERESSI” DEGLI AMMINISTRATORI NELLA SOCIETÀ PER AZIONI**

*Prof. Avv. Matteo De Poli*

*Associato di Diritto bancario - Università di Padova*

## **1. La disciplina degli *interessi degli amministratori* nell'art. 2391 in un primo raffronto con la precedente disciplina del *conflitto di interessi* degli amministratori nell'art. 2391 abr.**

Come si ricorderà, il precedente testo dell'art. 2391 c.c. imponeva all'amministratore che, con riguardo ad una determinata operazione, avesse un interesse in *conflitto* con quello della società amministrata, di dare notizia di ciò agli altri amministratori e al collegio sindacale, nonché di astenersi dal partecipare alla deliberazione riguardante l'operazione stessa. In caso di inosservanza, egli avrebbe personalmente risposto delle “perdite” derivate alla società dal compimento dell'operazione.

Quanto alla delibera consiliare assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi, nel “vecchio” art. 2391 si prevedeva che essa avrebbe potuto essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti entro tre mesi dalla sua data, mentre nulla si disponeva quanto agli effetti “esterni” dell'atto compiuto o del contratto concluso dall'amministratore munito del potere di rappresentanza, con il risultato che il regime degli stessi veniva ravvisato negli artt. 1394 e 1395 c.c., ossia nella disciplina di diritto comune del conflitto di interessi e del contratto con sé stesso concluso dal rappresentato.

La disciplina dettata dall'attuale art. 2391 c.c.<sup>1</sup> innova – e, secondo i più, anche sensibilmente<sup>2</sup> - rispetto alla precedente: invero, essa dà rilievo (anzitutto al fine di imporne la comunicazione ad amministratori e collegio sindacale) non più ai soli interessi che l'amministratore abbia in una determinata operazione<sup>3</sup> e che si pongano *in conflitto* con l'interesse sociale<sup>4</sup>, ma ad "ogni interesse"<sup>5</sup> (così

---

<sup>1</sup> Disciplina che va letta in connessione sia con quella delle operazioni con le cd. "parti correlate", di cui all'art. 2391*bis* (che riguarda però le sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e che si sostanzia nell'imporre agli organi di amministrazione di quelle società di adottare "secondo i principi generali indicati dalla Consob, regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate", e di renderle note nella relazione sulla gestione); sia con quella di cui all'art. 2497*ter*, ai sensi del quale "Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento" – ed in questo caso non rileva se esse facciano o meno ricorso al mercato del capitale di rischio – "quando da questa influenzate, debbono essere *analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione*. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428" (i corsivi sono di chi scrive).

Può essere utile ricordare, poi, che ai sensi della Legge 20 luglio 2004, n. 215 *Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interesse*, il cui ambito applicativo soggettivo è definito dall'art. 1 ed indicato nei "titolari di cariche di governo", dispone all'art. 3 *Conflitto di interessi* che "Sussiste conflitto di interessi ai sensi della presente legge quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in una situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 2, comma 1, ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quanto previsto dall'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 1987, con danno per l'interesse pubblico" (corsivo di chi scrive).

<sup>2</sup> Esclude invece che si tratti di vera innovazione MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 531, secondo il quale non si deve ritenere che "l'ambito di applicazione della norma sia più ampio – essendo invece la nozione rilevante di conflitto di interessi la medesima, ed essendo soltanto il giudizio sulla sussistenza di un conflitto rimesso dall'amministratore al consiglio".

<sup>3</sup> Operazione da lui proposta come no. E' naturale che in quella da lui stesso proposta, l'interesse "laterale" a quello sociale, se esistente, prenda maggior corpo.

<sup>4</sup> Ossia l'interesse alla massimizzazione dell'utile, o comunque del valore dell'investimento.

Il caso classico del conflitto di interessi è quello dell'amministratore nei confronti determinata operazione che si propone la società compia con l'amministratore stesso: ossia, quella dell'amministratore che contratta con la società. Così già ALLEGRI, *Amministratori e consiglio direttivo*, in ROTONDI (a cura di), *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976, p.769.

testualmente si dispone nel primo comma dell'art. 2391 c.c. nuovo testo), e pertanto anche a quelli compatibili con quello sociale - come nel caso che dall'operazione derivi un vantaggio sia per la persona fisica rivestente la carica di amministratore, sia per la società<sup>6</sup> - e, perfino, a quelli coincidenti con lo stesso, come si potrebbe forse pensare nel caso dell'amministratore che sia anche socio unico<sup>7</sup>.

Invero, non è infrequente che il vantaggio personale che un amministratore può trarre da una determinata operazione societaria possa convivere con il vantaggio sociale, senza intaccarlo: si pensi al caso dell'amministratore di una società operante nel settore della grande distribuzione commerciale che venga chiamato a votare sulla proposta di impiantare un nuovo punto vendita in un'area, di proprietà della società, adiacente ad altra di cui egli è proprietario e sulla quale egli ha da tempo insediato un ristorante ed un bar che certamente si gioveranno del maggior afflusso di persone nell'area confinante. In questo caso, il voto favorevole dell'amministratore andrebbe a realizzare, congiuntamente, l'interesse sociale e quello personale, senza conflitto tra i due.

Mentre sotto il vigore della precedente disciplina in un caso come questo l'amministratore non avrebbe dovuto dare alcuna comunicazione al consiglio (e, se amministratore delegato, non avrebbe dovuto astenersi<sup>8</sup>), sotto il vigore dell'attuale

---

<sup>5</sup> ENRIQUES - POMELLI, *Commento all'art. 2391*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario a cura di Maffei Alberti*, vol. I, Padova, 2005, p. 759, ritengono che si abbia interesse "quando vi sia ragionevole motivo di ritenere che l'amministratore, nelle concrete circostanze del caso, si rappresenti di ricavare dal compimento (o dall'omissione) dell'operazione un'utilità quantitativamente e qualitativamente rilevante".

<sup>6</sup> Invero, lo scopo che si è prefisso il legislatore con la disciplina in commento non è quello di impedire, o sanzionare, un arricchimento degli amministratori avvenuto senza un correlato impoverimento della società.

<sup>7</sup> Sostiene che in caso di coincidenza di interessi non sorga l'obbligo di comunicazione ENRIQUES, *La nuova disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: verso una sana e consapevole disciplina restrittiva*, p. 4 di un dattiloscritto che non si è potuto leggere e che ho trovato citato da VENTORUZZO, *Articolo 2391*, in *Amministratori*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, Milano, 2005, p. 442, il quale dissente - giustamente, a nostro avviso - sostenendo che con il nuovo art. 2391 si è proprio voluto sottrarre all'amministratore la possibilità di valutare autonomamente la rilevanza dell'interesse, aggiungendo che, "sostenendo che, in caso di 'coincidenza' tra interesse dell'amministratore e interesse della società, la norma non sia applicabile, potrebbe aprirsi la porta a potenziali elusioni degli obblighi di trasparenza che essa prescrive, basate su tale supposta coincidenza".

<sup>8</sup> Va ricordato infatti che l'art. 2391 c.c. prevedeva, al suo 1° comma, che "L'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse *in conflitto con quello della società*, deve darne notizia agli altri amministratori e

disciplina, invece, egli dovrà informare il consiglio di amministrazione del suo interesse a che l'operazione si concluda, ma, specialmente, spetterà al consiglio di amministrazione di motivare adeguatamente sulle ragioni e sulla convenienza dell'operazione<sup>9</sup>, ossia – più precisamente – sulla convenienza di impiantare in quel determinato luogo il nuovo punto vendita.

Quanto a quest'ultimo aspetto, essendoci ordinariamente, tra la progettazione e l'esecuzione dell'operazione societaria, il filtro della discussione e della deliberazione di un organo collegiale (consiglio di amministrazione o comitato esecutivo), la deliberazione di quell'organo dovrà essere adeguatamente motivata in ordine alle ragioni e sulla convenienza della stessa operazione *anche se il voto dell'amministratore portatore di interesse non risulti determinante ai fini del raggiungimento del quorum necessario per deliberare*: segno che il legislatore teme che l'amministratore portatore di interessi personali, pur non fungendo da ago della bilancia, condizioni ugualmente le scelte degli altri consiglieri attraverso la discussione, discussione alla quale egli, in linea con il passato, può validamente partecipare.

Quanto al concetto di "interesse" ai sensi della nuova disciplina, esso deve intendersi come il vantaggio, o l'utilità, diretta (ossia, a proprio favore) o indiretta (e dunque a favore di terzi<sup>10</sup>), patrimoniale (in termini di guadagno come di risparmio di spesa) ma, ragionevolmente, anche di tipo ideale, politico, sociale, religioso ecc. e dunque non patrimoniale; vantaggio che l'amministratore ritenga di poter trarre dalla conclusione o dalla mancata conclusione di detta operazione, o dalla conclusione di una tra le varie operazioni ipotizzate, e ciò indipendentemente, come abbiamo già sottolineato, dal fatto che quell'interesse sia antagonistico a quello sociale (come accade nel caso del *conflitto* di interessi) o no (come nel caso sopra segnalato).

---

al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa". L'enfaticizzazione è di chi scrive.

<sup>9</sup> L'adeguatezza della motivazione verrà misurata in funzione del tasso di coinvolgimento dell'interesse dell'amministratore nell'operazione, e sarà ovviamente massima quando l'interesse di questi sarà configgente con quello della società.

<sup>10</sup> Pensiamo al caso dell'interesse che l'amministratore abbia per conto di altra società di cui è amministratore. La relazione che può legare l'amministratore al terzo può essere la più varia, e non deve necessariamente dipendere da un incarico giuridico in senso tecnico: NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi per conto terzi*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 896, e – più recentemente, in *Commento all'art. 2391 c.c.*, in L. Nazzicone e S. Providenti, *Società per azioni. Amministrazioni e controlli*, Milano, 2003, p. 154, ove si parla della sufficienza di una "sensibilità" dell'amministratore ad interessi extrasociali per conto di terzi.

Per questa ragione non è più corretto parlare, quanto all'art. 2391 c.c. nuovo testo, di disciplina del solo conflitto di interessi<sup>11</sup>, essendo per contro quella disposizione la disciplina degli interessi *tout cour* che l'amministratore ha in una determinata operazione sociale.

I vantaggi di tale rivisitazione della materia<sup>12</sup> appaiono così essere quelli che, per un verso e come si è sostenuto<sup>13</sup>, l'amministratore non è più "demonizzato" se è portatore di interessi propri – in particolare non essendo egli più tenuto, salvo che egli rivesta la carica di amministratore delegato, ad astenersi al momento di deliberare sull'operazione<sup>14</sup>, nemmeno se il suo interesse confligga con quello della società; per un altro verso dal fatto che l'amministratore, dovendo dare una *informazione* (circostanziata, tra l'altro, e non più generica, come era permesso sotto il vigore del precedente testo dell'art. 2391) sul fatto storico dell'avere egli un

---

<sup>11</sup> Anche se vi è chi ritiene che tale debba essere ancora ritenuta la nuova disciplina, "nel suo complesso", in quanto volta ad evitare che l'interesse dell'amministratore prevalga sull'interesse sociale, Minervini, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, p.153, che cita in nota Maffei, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata. (Alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 6.

<sup>12</sup> Pur riconoscendo che essa non ha il carattere "rivoluzionario" che parte della dottrina le ha attribuito: così ZAMPERETTI, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, *Le società*, 9/2005, p. 1089, e COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in [www.notarlex.it/riforma\\_approfondimenti\\_MI.jsp](http://www.notarlex.it/riforma_approfondimenti_MI.jsp).

<sup>13</sup> LIBONATI, *Riflessioni in tema di corporate governance*, Relazione al convegno *Tutela del risparmio, nuove regole di governance e disciplina delle autorità di vigilanza*, Foggia, 29-30 ottobre 2004, inedita, citata da ZAMPERETTI, *op. cit.*, p. 1086.

<sup>14</sup> Sotto quest'ultimo profilo, pertanto, il risultato della modifica è che non esiste più un divieto assoluto per l'amministratore interessato di votare, ma solo la possibilità che, nel caso il suo voto sia stato determinante e dalla deliberazione possa derivare un danno alla società, la delibera sia per tale ragione impugnata: VENTORUZZO, *Articolo 2391*, in *Amministratori*, in *Commentario Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari*, Milano, 2005, p. 427.

Quest'opinione non è però condivisa da tutti: vedi ad esempio SBISA', *Art. 2391*, in *Codice civile commentato* a cura di Alpa e Mariconda, Libro V, IPSOA, 2005, p. 1222, secondo il quale "sia prima sia dopo la riforma del 2003, vi era e rimane il divieto di votare a favore di un'operazione che potenzialmente danneggi l'interesse della società e favorisca l'interesse che nell'operazione uno o più amministratori eventualmente abbiano, anche per conto di terzi. Questo divieto, pacifico *ante* riforma del 2003, non è stato certo eliminato dalla riforma del 2003, e deriva dal generale dover di perseguire l'interesse sociale, sia, più specificamente, dai c. 3 e 4 dell'art. 2391, i quali, stabilendo che le delibere consiliari sono illegittime, annullabili e determinano responsabilità quando siano adottate da amministratori interessati e siano potenzialmente o effettivamente dannose per la società, dimostrano che l'ordinamento vieta – e reagisce con l'annullamento e il risarcimento danni – di votare operazioni dannose per l'interesse sociale, che favoriscano l'interesse, per conto di terzi, di uno o più amministratori".

interesse, e non più esprimere un mero *giudizio*, tra l'altro di complessa sindacabilità, sull'esistenza o meno di un conflitto tra il proprio interesse e quello della società, avrà meno spazio per "autoassolversi"<sup>15</sup> sostenendo, come dottrina attenta ed esperta ha ricordato si usava in passato fare, che "le concrete condizioni dell'operazione erano di mercato e nell'interesse sociale"<sup>16</sup>.

Le ricadute positive in termini di "reputazione" della società e di trasparenza della gestione (che ne dovrebbe uscire decisamente rafforzata, anche in forza delle altre novità) appaiono evidenti ed apprezzabili.

Innovativa, la disciplina *post* riforma lo è anche sul punto del contenuto e delle modalità dell'informazione da rendere - molto più capillare, estesa a "natura, termini, origine e portata" dell'interesse, elementi che dovranno essere "precisati", e dunque non genericamente affermati - e su quello dell'obbligo, posto in capo all'organo collegiale (consiglio di amministrazione e, probabilmente, anche comitato esecutivo) di motivare adeguatamente, nella deliberazione consigliare che deciderà sull'operazione, in ordine alle ragioni ed alla convenienza della stessa.

Tra le varie modifiche apportate dalla riforma del diritto societario all'art. 2391, quella che impone all'organo collegiale competente a deliberare sull'operazione di motivare adeguatamente la delibera in punto di ragioni e di convenienza per la società della stessa sembra quella di maggiore importanza: invero, questo nuovo passaggio "procedurale", mettendo gli amministratori di fronte all'esigenza di dare prova della possibilità di coesistenza tra l'interesse particolare di un amministratore e quello sociale, e costringendoli a rendere esplicito l'*iter* logico-giuridico seguito nella formazione della decisione, consentendo così ai terzi la cognizione degli eventuali errori, delle contraddizioni, delle aporie che la inficino<sup>17</sup>, dovrebbe ragionevolmente realizzare anche il non secondario effetto di far desistere gli stessi dall'adottare delibere dannose per la società contando di poter giustificarsi con la facilità che il precedente regime normativo concedeva e che questo invece ha rimosso.

A venire esaltata da questa modifica appare dunque non tanto l'indipendenza e l'obiettività di giudizio degli amministratori<sup>18</sup> - visto che manca un divieto di voto

---

<sup>15</sup> ZAMPERETTI, *op.cit.*, p. 1086.

<sup>16</sup> BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano 2004, p. 147.

<sup>17</sup> Si veda GUIZZI, *Art. 2391*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli 2004, p. 659, il quale correttamente sottolinea come l'esigenza di adeguatezza possa dirsi soddisfatta "quando la deliberazione sia connotata da una propria coerenza interna che permetta di ricostruire l'*iter* logico degli argomenti e dell'itinerario seguito dal consiglio per addivenire all'adozione di quella determinata scelta gestoria, e di identificare, ancorché essi non siano formalmente esplicitati, i parametri utilizzati per la formulazione del giudizio di convenienza."

<sup>18</sup> Come afferma GUIZZI, *op. cit.*, p. 653, coerentemente, però, alla sua idea della sussistenza di un dovere di astensione dal voto dell'amministratore interessato.

per l'amministratore in conflitto di interessi - ma, semmai, la maggior possibilità di controllo dell'operato degli amministratori e, dunque, la trasparenza della gestione. Come abbiamo già ricordato<sup>19</sup>, se l'amministratore avrà un interesse per conto di altra società che eserciti nei confronti di quella che deve deliberare intorno ad un'operazione il potere di direzione e coordinamento, il disposto dell'art. 2391 c.c. dovrà essere raccordato con quello dell'art. 2497ter, ove si parla di analitica motivazione e di puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione.

Non appare invece destinata a facile successo l'*actio finum regundorum* tra i concetti di "natura, termini, origine e portata" dell'interesse: più di ogni analisi sui singoli termini vale forse la considerazione di sintesi che si trae dall'articolata espressione legislativa, articolazione che ci porta ad affermare che, in quel modo, il legislatore ha voluto mettere in debita luce l'esigenza che l'informazione ambisca alla maggior completezza in funzione del fine cui è destinata, ossia quello di consentire al consiglio di amministrazione di motivare adeguatamente sulle ragioni e sulla convenienza dell'operazione, sussistenti *pur in presenza di un interesse personale* (anche per conto di terzi) *di un amministratore*.

Ad ogni buon conto, se la sintesi di quell'articolazione è quella di prescrivere la più dettagliata informazione intorno all'interesse dell'amministratore, l'analisi dei singoli profili della comunicazione è utile per dire che l'utilizzo del termine "natura", ad esempio, è una buona base di conferma del fatto che ad essere fatti oggetto di comunicazione debbano essere anche gli interessi aventi natura diversa da quella patrimoniale; così come dall'utilizzo del termine "portata" sembrerebbe possibile argomentare che il legislatore abbia voluto che *ogni* interesse, *quale sia il suo spessore, il suo rilievo, la sua importanza* (ovvero, la sua portata) vada fatto oggetto di informazione<sup>20</sup>.

Contraria a questa incontrollabile estensione del concetto di interesse, va detto senza indugi, è la maggior parte degli autori che si sono occupati della questione<sup>21</sup>, la quale vede con grande preoccupazione - correttamente - l'ipotesi che ogni interesse, tanto più se non necessariamente di natura economica, che ciascun amministratore abbia in una determinata operazione sociale, costringa il consiglio

---

L'A., per altro, più avanti nel testo, indica altre come funzioni centrali della disposizione, ad esempio "quella di individuare il meccanismo di corretta formazione delle scelte di gestione quando devono essere assunte da più persone collettivamente e in applicazione del metodo collegiale" (a p. 659).

<sup>19</sup> Alla nota n. 1.

<sup>20</sup> Per una dettagliata analisi sul punto vedi VENTORUZZO, *Commento, op. cit.*, p. 30 ss.

<sup>21</sup> Per tutti, ENRIQUES-POMELLI, *Commento, op. cit.*, p. 760, secondo i quali "Non viene dunque in considerazione ogni rappresentazione di utilità, sia pur minimale, ma solo quella quantitativamente e qualitativamente rilevante, per quanto, eventualmente, del tutto compatibile con l'interesse della società".

di amministrazione a motivare adeguatamente sulle ragioni e sulla convenienza di concludere l'operazione.

Di ciò ci si occuperà più approfonditamente a breve, fin d'ora segnalando però come nulla autorizzi a pensare che al più esteso obbligo di comunicazione debba corrispondere un altrettanto ampio obbligo di motivazione: ben si potrebbe pensare che il consiglio di amministrazione sia libero di valutare quali tra gli interessi comunicatigli abbiano il potere di influire sull'amministratore interessato, e – conseguentemente – di selezionare tra i tanti interessi quelli effettivamente meritevoli di considerazione e, dunque, meritevoli di imporre di motivare la delibera che è in via di assunzione.

Torniamo alla nuova formulazione dell'art. 2391.

Venuta meno, quanto ai motivi d'impugnazione della deliberazione, l'esclusività della violazione del dovere di astensione da parte dell'amministratore in conflitto di interessi, ora, ai sensi del terzo comma dell'articolo in esame, la stessa è impugnabile anche quando sia stata assunta (a) senza che l'amministratore interessato abbia dato agli altri amministratori ed al collegio sindacale la puntuale informazione impostagli dall'art. 2391 c.c.; ancora, (b) quando, pur se l'informazione sia stata data, il consiglio abbia deliberato sull'operazione senza dare un'adeguata motivazione su ragioni e convenienza dell'operazione<sup>22</sup>; ed infine, pur in presenza di entrambe le indicate condizioni<sup>23</sup>, (c) quando la deliberazione sia stata presa con il voto determinante dell'amministratore portatore di interessi, anche se non necessariamente confliggenti con quello sociale. Ipotesi, quest'ultima, non pienamente coincidente con quella prevista dal vecchio testo dell'art. 2391 c.c., ove a legittimare l'impugnativa vi era solo la situazione di conflitto di interessi, in uno al superamento della "prova di resistenza".

Quanto alla legittimazione soggettiva all'impugnativa, essa starà in capo al "collegio sindacale"<sup>24</sup> in tutti i tre casi indicati; nel caso che l'impugnativa si fondi sulla mancata informazione in ordine alla sussistenza dell'interesse, ciascun

---

<sup>22</sup> Ritiene – e noi con lui - che la deliberazione possa essere impugnata non solo nel caso di *mancanza* di motivazione, ma anche in quello di *insufficiente o incongrua* motivazione, SBISA', *op. cit.*, p. 1221.

<sup>23</sup> Per quanto, chi scrive ritiene difficile pensare che l'impugnativa della deliberazione motivata dal fatto che essa è stata assunta con il voto determinante del consigliere portatore di interesse non si traduca anche in una contestazione della motivazione della delibera: se, come dovrà assumere chi impugnerà la delibera, essa produce un danno alla società, giocoforza egli dovrà censurare anche la motivazione sulla convenienza dell'operazione, affermando che, pur astrattamente adeguata, essa sarà stata errata.

Dove c'è danno, allora, non c'è convenienza, con il risultato che la delibera sarà sempre impugnabile anche per vizi attinenti alla sua motivazione.

<sup>24</sup> Inteso come organo collegiale, sicché la legittimazione non starà in capo a ciascuno dei componenti dello stesso.

amministratore, anche se abbia votato a favore dell'assunzione della delibera, sarà legittimato all'impugnativa, mentre nel caso di mancanza di un'adeguata motivazione sulle ragioni e sulla convenienza per la società dell'operazione saranno legittimati ad impugnare la delibera solo gli amministratori che non abbiano consentito con il proprio voto alla stessa.

In tutti i casi sopraindicati, ulteriore presupposto per la messa in nulla della delibera è che la stessa sia *potenzialmente dannosa*<sup>25</sup> per la società – e, dobbiamo immaginare: lo sia *in conseguenza dell'incidenza su essa avuto dall'interesse particolare dell'amministratore*<sup>26</sup> - : ma anche sotto l'aspetto dell'esigenza del danno potenziale il nuovo testo dell'art. 2391 c.c. si è mosso sulla scia di quanto previsto dalla disposizione abrogata.

Sempre in sostanziale linea con quanto avveniva sotto il precedente regime, l'amministratore risponde dei danni cagionati alla società dalla sua azione (inesatta o comunque ingannevole informazione) o dalla sua omissione (mancata

---

<sup>25</sup> Sul concetto di *potenziale dannosità* vedi MINERVINI, *op. cit.*, p. 157 ss., secondo il quale il giudice, decidendo in relazione ad una deliberazione già presa, non dovrà valutare sulla base dei dati in suo possesso al momento della decisione dovendo invece “effettuare una valutazione *ex post* dell'interesse sociale *all'epoca* e della conformità ad esso della deliberazione assunta, secondo le conoscenze e le previsioni formulate *a quel tempo*”. L'autore, d'accordo con altra parte della dottrina (MAFFEIS) ritiene sufficiente la mera *probabilità* della delibera di arrecare danno, e non necessaria, dunque, la *certezza* della sua dannosità.

<sup>26</sup> MACRI, *Interessi degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 143.

Per una puntuale valorizzazione del profilo dell'ingiustizia del danno quale condizione ulteriore per l'annullamento della delibera consiliare assunta con il voto determinante di amministratore in conflitto di interessi, vedi CASS. [22 dicembre 1993, n. 12700](#), in *Giust. civ. Mass.* 1993, fasc. 12, e in *Dir. fall.* 1994, II, p. 721, secondo cui “L'amministratore che non si astenga dal voto nella deliberazione con la quale gli vengono affidati in appalto lavori nell'interesse della società è responsabile *ex art. 2391 comma 2 c.c.*, in caso di danno ingiusto provocato alla società (per es. per eccessività del corrispettivo o per condizioni più vantaggiose per la società, se i lavori fossero stati affidati ad altra impresa), ma è necessario che venga data la prova del danno ingiusto. Ai fini della responsabilità dell'amministratore di una società *ex art. 2391 comma 2 c.c.*, per non essersi astenuto dal voto sulla deliberazione con cui gli vengono affidati lavori in appalto, non basta che le opere siano state realizzate dall'appaltatore - per personali attitudini o per il concorso di particolari circostanze a lui favorevoli - con costi minori di quelli contabilizzati, ma deve fornirsi la prova del danno “ingiusto” cagionato alla società, e cioè dell'eccessività del corrispettivo pattuito rispetto a quello di norma effettivamente praticato per opere del medesimo tipo o, comunque, della concreta possibilità di realizzare tali opere mediante altre imprese a condizioni più vantaggiose per la committente.”

comunicazione)<sup>27</sup>, ma di nuovo vi è ora che all'espressione "risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione" è stata sostituita quella, più generica ma anche capace di comprendere ogni voce risarcitoria, "risponde dei danni derivati dalla sua azione o omissione", con ciò eliminandosi ogni possibile residuo dubbio sul fatto che, accanto alle perdite subite, fossero risarcibili anche i danni emergenti.

L'amministratore risponde altresì (ma qui siamo al di fuori della vicenda della titolarità, in capo all'amministratore, di un proprio e personale interesse all'adozione di una determinata delibera) dei danni arrecati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico: questa ora indicata è una fattispecie del tutto nuova, frutto dell'ispirazione dai sistemi giuridici (anglo-americani) che già da tempo conoscono la *corporate opportunity doctrine*. Con essa si tende a prevenire, attraverso la minaccia della sanzione risarcitoria, il comportamento dell'amministratore che sfrutti a proprio vantaggio, anziché a vantaggio della società, le opportunità di affari apprese nell'esercizio del suo incarico e che rientrano nella *line of business* della società.

## **2. Il concetto di "interesse" e la selezione degli interessi rilevanti**

Come si è detto, l'art. 2391 dispone che debba essere data comunicazione di "ogni" interesse che l'amministratore abbia, per conto proprio o di terzi, in una determinata operazione, e – poco dopo – prescrive che la comunicazione precisi natura, portata, termini ed origine dello stesso.

Come già scritto, l'uso dell'aggettivo "ogni", e l'imposizione di comunicare la "portata" e la "natura" dell'interesse fanno pensare che l'intento del legislatore sia stato quello di imporre la più ampia comunicazione della titolarità di interessi collaterali dell'amministratore in una determinata operazione. Così, sulla scorta di acquisizioni dottrinali compiute ancora sotto la precedente formulazione dell'art. 2391 c.c.<sup>28</sup> e, dunque, in un contesto meno propenso a consentire tali aperture, pare ora invece certo che l'obbligo di comunicazione sorga non solo quando l'interesse abbia natura *patrimoniale*, ossia quando dall'effettuazione dell'operazione l'amministratore ne tragga un vantaggio economico, diretto come indiretto (come

---

<sup>27</sup> Laddove in precedenza si prevedeva, al 2° comma dell'art. 2391 abr., che l'amministratore che avesse partecipato alla deliberazione concernente l'operazione riguardo alla quale aveva un interesse personale in conflitto con quello della società, rispondesse delle *perdite* che fossero derivate alla società dall'operazione. La nuova formulazione chiarisce definitivamente che risarcibile non è solo il danno emergente ma anche il lucro cessante.

<sup>28</sup> Si allude a GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 180.ss.

quando ad avvantaggiarsene sia ad esempio il coniuge in comunione legale), produttivo di un ricavo ma anche di un risparmio di spesa; ma anche quando il vantaggio derivante abbia natura *extrapatrimoniale*, magari di tipo ideale, sociale o politico.

Si pensi alla proposta di sostenere economicamente, con una donazione, un ente lirico che navighi in cattive acque, ente lirico del quale l'amministratore è aderente ed anche sostenitore; o a quella di contribuzione di un determinato partito politico nel quale l'amministratore sia iscritto: quelle ora indicate sono operazioni dal cui compimento l'amministratore trarrà vantaggi diversi dal guadagno di denaro o dal risparmio di spesa, e ciononostante appare corretto pensare che ugualmente scatti quel *surplus* di trasparenza che il procedimento previsto dall'art. 2391 garantisce.

Per interpretare ragionevolmente la disposizione in commento e non estenderla a *dismisura*<sup>29</sup>, ingolfando i consigli di amministrazione di comunicazioni, occorre però muovere dalla considerazione che, per definizione, l'amministratore ha sempre interesse a che venga compiuta una operazione, a tacer d'altro perché è dal compimento delle operazioni attuative dell'oggetto sociale che dipende la permanenza sul mercato della società e, di conseguenza, la sua permanenza nella carica.

L'espressione "ogni interesse" già per tale ragione va interpretata restrittivamente.

Ma vi è di più, perché è lecito domandarsi se l'amministratore debba fare oggetto di informazione, ed il consiglio di deliberazione adeguatamente motivare, l'interesse che egli abbia nelle operazioni che lo avvantaggiano – anche in modo considerevole – non *in quanto persona*<sup>30</sup>, ma solo *in quanto amministratore*: ossia, nelle operazioni che lo avvantaggino in funzione della posizione occupata in seno alla società.

La dottrina si è interrogata sull'applicabilità della disposizione ai casi in cui il consiglio debba deliberare, ad esempio, sull'opportunità di ristrutturare il prestigioso immobile, in uso all'amministratore delegato, destinato ad ospitare clienti e fornitori. L'utilizzo personale fattone dall'amministratore non lascia dubbi sul fatto questi sia titolare di un interesse all'adozione della deliberazione che autorizzerà l'operazione, ma questo interesse pare, ancor più che *compatibile* con quello sociale, *coincidente* con lo stesso, e dunque non sottoponibile alla procedura di *disclosure* e di motivazione<sup>31</sup>. L'interesse dell'amministratore è, in questo caso, uno strumento di perseguimento dell'interesse sociale, ed il suo interesse non ha

---

<sup>29</sup> Invero, ogni forma di legame sociale (con un determinato territorio), affettivo (con una o più persone), ideale - religioso (verso i portatori delle stesse istanze ideali-religiose), culturale, politico, sportivo ecc. fa sorgere un interesse in tale direzione.

<sup>30</sup> Come correttamente rileva ENRIQUES, *Commento, op. cit.*, p. 763, l'interesse alla conservazione alla carica è un interesse dell'amministratore non in quanto tale, bensì in quanto persona fisica.

<sup>31</sup> Esclude categoricamente l'entrata in gioco dell'art. 2391 VENTORUZZO, *op.cit.*, p. 442.

rilievo autonomo (o: extrasociale) rispetto a quello sociale che ne giustifichi la particolare presa in considerazione ai sensi dell'art. 2391 c.c..

Diversa risposta dovrebbe a nostro avviso essere data, invece, nel caso che l'uso dell'immobile costituisse un *fringe benefit*, ossia una componente del reddito dell'amministratore, al quale sia stato concesso di adibirlo a propria residenza: in questo caso, l'interesse alla ristrutturazione potrà sì essere anche della società (che ad esempio non voglia lasciar deperire un proprio bene), ma quello in capo all'amministratore resterà un interesse di un soggetto che, nella specifica operazione, si propone quale controparte (contrattuale) della società, interessata a trarre personalmente i maggiori benefici dall'operazione.

Sembra corretto, pertanto, escludere dall'applicazione dell'art. 2391 i casi nei quali l'interesse dell'amministratore è legato alla propria posizione in seno alla società, e di includere quelli nei quali l'interesse dell'amministratore discende dalla propria sfera extrasociale<sup>32</sup>.

La possibilità che un'estensione incontrollata produca l'ingessatura del consiglio di amministrazione – ammesso ma non concesso che questo, investito ad ogni convocazione di un gran numero di comunicazioni *ex art.* 2391, debba necessariamente motivare analiticamente ogni deliberazione, o comunque, analiticamente nello stesso modo<sup>33</sup> - ha però spinto la gran parte della dottrina ad interrogarsi su come limitare ulteriormente la portata del concetto di interesse.

Tutti o quasi convergono, pragmaticamente, sull'esigenza di individuare una "soglia minima di rilevanza" dell'interesse. Così, ad esempio, già sotto il vigore del precedente testo normativo si era affermato che "se l'interesse è del tutto marginale, remoto, insignificante, non vi è, evidentemente, alcun conflitto di interessi da prevenire e dunque non vi è ragione di applicare la disposizione di cui si tratta"<sup>34</sup>; si è altresì proposto, in modo a nostro avviso più convincente, che a discriminare tra quanto vada comunicato e quanto no sia la potenzialità dell'interesse socialmente rilevante a determinare un'interferenza significativa sul procedimento decisionale<sup>35</sup>, come si può dire avvenga se, ad esempio, il presidente

---

<sup>32</sup> VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 443.

<sup>33</sup> Abbiamo già detto che l'adeguatezza della motivazione verrà misurata in funzione del tasso di coinvolgimento dell'interesse dell'amministratore nell'operazione, e che sarà ovviamente massima, e comunque maggiore, quando l'interesse di questi sarà configgente con quello della società.

<sup>34</sup> ENRIQUES, *La nuova disciplina del conflitto di interessi di s.p.a.: verso una sana e consapevole interpretazione restrittiva*, dattiloscritto, p. 3, citato da VENTORUZZO, *op. cit.*, 441 e che chi scrive non è riuscito a consultare.

<sup>35</sup> ZAMPIERETTI, *op. cit.*, p. 1089. In termini analoghi ci pare si sia espresso anche GUIZZI, *op. cit.*, p. 655, affermando che l'obbligo di comunicazione non sia operante "di fronte ad ogni circostanza che possa intervenire nell'ambito dei processi valutativi dell'amministratore, ma senza avere l'attitudine a determinarli in via esclusiva".

del consiglio di amministrazione voglia nominare suo figlio direttore generale, ipotesi che – al di là delle qualità del giovane - obiettivamente legittima a pensare che l'intensità del legame affettivo possa interferire sulla valutazione sull'interesse della società a che sia scelto il candidato più idoneo a ricoprire il ruolo. Tale nomina sarà dunque sempre possibile, ma dovrà passare attraverso il vaglio di un'analisi circostanziata delle ragioni e della convenienza a convergere verso tale decisione.

Pare poi ragionevole estendere l'obbligo d'informazione agli interessi che l'amministratore abbia non solo a che un'operazione si compia, ma anche a quelli che un'operazione *non si compia*<sup>36</sup>, estendendo di conseguenza l'obbligo di adeguata motivazione alla deliberazione di rigetto della proposta.

Aggiungiamo infine che l'interesse dell'amministratore sarà rilevante non solo quando sarà attuale, ma anche quanto sarà meramente potenziale, a condizione che la probabilità che l'interesse si realizzi non sia così bassa da terminarne l'irrilevanza<sup>37</sup>.

Resta invece da capire se di fronte alla comunicazione di un interesse di un amministratore, il consiglio sia *obbligato* a motivare adeguatamente: al di là della convenienza a rendere comunque la motivazione, riteniamo che non sia la comunicazione della titolarità di un interesse il fatto costitutivo dell'obbligo di motivazione adeguata<sup>38</sup>, ma l'esistenza di un interesse di natura tale da risultare capace di influenzare la decisione del consiglio: rilevata dal consiglio di amministrazione l'insussistenza di tale condizione, è nostro avviso che lo stesso non sia tenuto ma, semmai, solo eventualmente interessato) a motivare così come prescrive il 2° comma dell'art. 2391 c.c.

### **3. Gli interessi dell'amministratore delegato e quelli dell'amministratore unico; interesse dell'amministratore ed operazioni del direttore generale**

Se, invece, si tratterà di un interesse, proprio o per conto di terzi, dell'amministratore delegato, e l'operazione da compiere rientri all'interno della sua delega<sup>39</sup>, tra la progettazione e l'esecuzione dell'operazione non ci sarà più il filtro della discussione e della deliberazione del consiglio di amministrazione, sicché – fermo il dovere di dare comunque notizia dell'interesse agli altri

---

<sup>36</sup> VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 457, sulla scia di MELI, *La disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *AGE*, 2003, p. 160.

<sup>37</sup> VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 441.

<sup>38</sup> Come pensa invece ZAMPERETTI, *op. cit.*, p. 1087.

<sup>39</sup> CANDELLERO, *Commento*, sub artt. 2390 e 2391, in *Commentario*, a cura di COTTINO, Bologna 2004, p. 753. Delega che, come si è detto – GUIZZI, *Commento*, p. 662 - potrà essere sia di tipo interno, sia autorizzata dai soci o contemplata dallo statuto.

amministratori ed al collegio sindacale – egli dovrà astenersi dal compiere l'operazione, la quale andrà devoluta all'organo collegiale competente, che dovrà deliberare se compierla o no.

Il primo comma dell'art. 2391 parla di "organo collegiale", espressione che non chiarisce se, nel caso vi sia un comitato esecutivo, ad essere investito debba essere l'intero consiglio di amministrazione oppure solo il comitato (se competente a deliberare sull'operazione).

Il rinvio al comitato esecutivo limiterebbe, senza ombra di dubbio, gli "inconvenienti" determinati dall'emersione dell'interesse, e semplificherebbe nel complesso la procedura deliberativa per il più ristretto ambito dei partecipanti alla stessa. Sotto questo profilo, la preferenza espressa da parte della dottrina in forza di ragioni "pratiche"<sup>40</sup> è ampiamente comprensibile e condivisibile.

Ad avviso di chi scrive deve però rimanere punto fermo quello che, anche nel caso di passaggio del potere deliberativo al solo comitato esecutivo e non al consiglio di amministrazione, ad essere informati debbano essere *tutti gli amministratori* (oltre che il collegio sindacale), e non solo quelli sedenti nel comitato. Ciò si ritiene non solo in ossequio alla formulazione letterale della norma (ove si parla di informazione da darsi "agli altri amministratori", senza alcuna specificazione), formulazione che non autorizza la limitazione ai soli soggetti deliberanti; oppure, in ossequio ad esigenze di trasparenza della gestione, che imporrebbero la più ampia diffusione della notizia rilevante; ma anche, e particolarmente, al fine di consentire al *plenum*, grazie all'informazione ricevuta, il fattivo esercizio del potere di impartire direttive agli organi delegati e perfino quello di avocare a sé operazioni rientranti nella delega (art. 2381, 3° comma, c.c.), oltretutto per consentire ad ogni amministratore di impugnare la deliberazione, potere esercitabile dagli amministratori che non abbiano consentito con il loro voto alla deliberazione, e dunque, anche da coloro che non facevano parte dell'organo deliberante.

Ci si deve chiedere se il comitato esecutivo, informato del fatto che un amministratore sedente al suo interno sia titolare di un interesse in una data operazione deliberando, debba adeguatamente motivare in ordine a ragioni e convenienza per la società. Ora, è vero che il secondo comma dell'art. 2391 c.c. - disciplinando i "casi previsti dal precedente comma" e, dunque, anche l'ipotesi in commento, parla di deliberazione del "consiglio di amministrazione", con ciò fondando un argomento a favore della devoluzione della competenza al *plenum*; è

---

<sup>40</sup> Così, ENRIQUES, *Commento, op. cit.*, p. 767; nello stesso senso anche CANDELLERO, *op.cit.*, p. 752. Di contrario avviso è invece GUIZZI, *op.cit.*, p. 663, secondo il quale la vicenda "determina il venire meno della legittimazione al compimento dell'atto, e che riconduce quest'ultima *in capo al consiglio*, ovvero all'organo a cui quelle competenze gestorie spettano istituzionalmente." (corsivo mio).

anche vero, però, che il terzo comma dello stesso articolo, disponendo che “Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell’amministratore interessato”, ossia menzionando il comitato esecutivo e la sua deliberazione solo per rendere questa impugnabile se assunta col voto determinante dell’amministratore portatore di interesse, esclude la deliberazione del comitato esecutivo dall’obbligo di adeguata motivazione (su ragioni e convenienza dell’operazione) troppo irrazionalmente per essere frutto di una precisa scelta e non di una mera svista<sup>41</sup>.

Meglio ritenere allora che ogni deliberazione di un organo collegiale, e dunque anche del comitato esecutivo, debba essere adeguatamente motivata in ordine a ragioni e convenienza per la società dell’operazione; che anche la deliberazione del comitato esecutivo possa essere impugnata se non adeguatamente motivata.

Quanto invece al caso che l’interesse ad una determinata operazione stia in capo ad amministratore che non siede nel comitato che la dovrà deliberare, si è ritenuto che non vi sia ragione di divulgazione in quanto l’amministratore non sarebbe in grado di influenzare la decisione. Adottando quest’impostazione, però, si corre il rischio che uno o più componenti del comitato, ugualmente a conoscenza di tale situazione, vengano ugualmente influenzati, o che, peggio ancora, che la successiva emersione pubblica dell’interesse in capo all’amministratore pur non deliberante faccia sospettare la copertura dello stesso.

Si ritiene pertanto che, all’insegna della realizzazione del maggior grado possibile di trasparenza della gestione, ed essendo il “costo” dell’informazione inferiore a quello che potrebbe derivare dall’ombra del sospetto, anche in quel caso la titolarità di un interesse vada comunicata.

Aggiungiamo che, una volta preso atto che il legislatore ha “sganciato” l’obbligo di motivazione dal “peso” del voto in consiglio dell’amministratore interessato (il 3° comma ci dimostra agevolmente che la deliberazione è impugnabile sia quando, pur sufficientemente motivata, sia stata presa con il voto determinante dell’amministratore interessato, sia quando, pur presa senza il voto determinante dell’amministratore interessato, non sia stata sufficientemente motivata), con ciò

---

<sup>41</sup> Di questo avviso NAZZICONE, *Società per azioni. Amministrazioni e controlli*, op. cit., p. 173, secondo cui l’art. 2391 c.c. “si applica integralmente al comitato esecutivo” perché questo non è altro che “un consiglio di amministrazione più ristretto”. Diversamente, ENRIQUES, *Commento*, op. cit., p. 769, secondo il quale “E’ preferibile in realtà ritenere che la motivazione non sia necessaria in seno al comitato esecutivo, perché le competenze di questo sono sempre avocabili, anche *ex post*, dal consiglio di amministrazione”, aggiungendo che “tra l’altro, la riforma disciplina il flusso informativo dall’organo delegato all’organo delegante, cosicché dovrebbe essere sempre possibile riconsiderare la questione in consiglio, per eventualmente revocare la deliberazione del comitato esecutivo (perlomeno *re adhuc integra* e salvi i diritti dei terzi)”.

indicando come a dover essere gestita sia non solo l'incidenza al momento del voto ma anche quella precedentemente esercitabile al momento della discussione consiliare; una volta preso atto di ciò nulla osta a ritenere che anche l'influenza "esterna" vada organizzata attraverso l'obbligo di comunicazione e, eventualmente, quello di motivazione.

#### 4. L'amministratore unico

Nel caso dell'amministratore unico, invece, la questione è più complessa. Invero, nulla il legislatore ha disposto espressamente quanto alla possibilità dello stesso di procedere con l'esecuzione dell'operazione o alla necessità di astenersi, e ciò pur dopo la correzione dell'originario testo dell'art. 2391 c.c. fatta dall'art. 11 del D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310 che, incidendo sul primo comma dell'articolo, ha solo aggiunto che l'amministratore unico dia notizia della sussistenza dell'interesse non solo al collegio sindacale ma anche all'assemblea, e – precisamente – “alla prima assemblea utile”.

Bene si è detto, allora che il problema è stato “solo in parte risolto”<sup>42</sup>.

Il fatto che all'amministratore unico non sia stato chiesto di astenersi e di demandare la decisione sull'operazione all'assemblea<sup>43</sup> - soluzione che è apparsa contrastante con la dichiarata tendenza legislativa di sottrarre alla stessa ogni competenza gestoria -, ma solo di informare, oltre al collegio sindacale<sup>44</sup> anche l'assemblea, non per ciò solo gli consente di compiere con l'originario grado di autonomia l'operazione.

---

<sup>42</sup> LUPETTI, *Conflitto di interessi dell'amministratore unico nelle società di capitali*, in *Le società*, 10/2005, p. 1235.

<sup>43</sup> Il cui vaglio – *rectius*: la sottoposizione al vaglio dell'assemblea - era stata considerata come un vero e proprio obbligo per l'amministratore da ultimo da ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 249.

Ritiene che ancor oggi l'amministratore unico si spogli a favore dell'assemblea SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario*, in *Vita notar.*, 2003, I, p. 630, ritenendo che a ciò si pervenga per il fatto che l'assemblea è l'organo che ha conferito all'amministratore unico i suoi poteri, così come la decisione andrà al consiglio di amministrazione quale organo che ha delegato un consigliere all'esercizio di alcuni poteri. *CONTRA*: BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 151 e nt. 204, ed anche BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 420.

<sup>44</sup> Informazione che si riteneva necessaria anche sotto il precedente regime: SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milano, 1999, p. 153.

Invero, è possibile pensare che l'informazione che l'amministratore unico avrà reso al collegio sindacale spinga quest'ultimo organo ad un più attento controllo su ragioni e convenienza per la società dell'operazione e, semmai, all'esercizio, ex art. 2406, 2° comma, c.c., del potere di convocare l'assemblea, potere di cui il collegio sindacale può disporre quando ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità (qual è di certo il pericolo di danno conseguente ad una situazione di conflitto di interessi), e vi sia urgente necessità di provvedere (come accade di certo quando l'atto sta per compiersi)<sup>45</sup>.

Una volta, invece, compiuto l'atto o concluso il contratto, preclusa la possibilità di impugnativa di una delibera che non c'è<sup>46</sup>, l'atto o il contratto concluso potranno essere impugnati, ricorrendone i presupposti, ai sensi degli artt. 1394 e 1395 c.c. (disciplinanti l'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi, o con se stesso)<sup>47</sup>.

Quanto all'ipotesi di contratto con sé stesso, si tratta di capire se l'amministratore unico possa ottenere dall'assemblea l'autorizzazione a concluderlo, o, diversamente, se egli possa ottenere una deliberazione assembleare che ne predetermini il contenuto, sì da precludere, sulla falsariga di quanto previsto

---

<sup>45</sup> Come era stato proposto prima della correzione apportata dall'art. 11 del D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, da PATRONI GRIFFI, *sub* art. 2325-2422, in SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La riforma della società*, Torino, 2003, p. 464.

Rimane poi fermo che contro l'amministratore unico potrà essere esercitata l'azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.), quella in favore dei creditori sociali (art. 2394 c.c.); quella in capo al singolo socio o al terzo direttamente danneggiati dall'atto dell'amministratore. Il comportamento dello stesso potrà poi fondare, se del caso, giusta causa di revoca ex art. 2383, 3° comma, c.c.

<sup>46</sup> [Cass. 10 aprile 2000, n. 4505](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 764, ha disposto che "La disciplina dell'atto compiuto dall'amministratore unico in nome della società ed in conflitto d'interessi con la stessa si rinviene nell'art. 1394 c.c., e non nel successivo art. 2391, che presuppone, per la sua applicabilità, l'esistenza di una delibera consiliare." [Cass. 1 febbraio 1992, n. 1089](#), in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 30 con nota di MALTONI, ha affermato che "All'amministratore delegato di s.p.a. è applicabile l'art. 1394 c.c. quando l'operazione compiuta in conflitto di interessi con la società rientri fra quelle per le quali gli è stato delegato il potere e lo stesso abbia perciò agito senza preventiva deliberazione consiliare, alla stregua di quanto accade nel caso di amministratore unico".

<sup>47</sup> Il ricorso all'art. 1394 è ipotizzato anche dalla stessa Relazione ministeriale, con riferimento, però, alla sola ipotesi di conflitto di interessi, e non a quella di contratto con sé stesso.

Quanto al ricorso all'art. 1394, secondo TRIB. CATANIA, 9 settembre 1999, in *Riv. dir. comm.* 2001, II, p. 37 con nota di MACRÌ, "La norma dell'art. 1394 c.c. rappresenta un principio generale applicabile anche quando il conflitto sorga fra società ed amministratore unico, mentre non trova applicazione in presenza di una deliberazione del consiglio di amministrazione, ricadendo tale fattispecie nella previsione dell'art. 2391 c.c.". Così anche CASS. 10 aprile 2000, n. 4505, in *Giur. it.*, 2001, p. 477.

dall'art. 1395 c.c., l'annullabilità dello stesso contratto. Sul punto non vi è uniformità in dottrina, parte della quale ritiene che il deferimento all'assemblea sia ammissibile, *ex art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.*, solo nei casi previsti dalla legge o dallo statuto<sup>48</sup>; altra ritenendo invece che l'amministratore non sia tenuto ad ottenere l'autorizzazione assembleare, ma che ciò non gli sia nemmeno vietato<sup>49</sup>, opinione - quest'ultima – cui chi scrive aderisce, ritenendo che essa valga quale "autorizzazione specifica" che il rappresentato può dare al rappresentante con l'effetto di rimuovere l'impedimento alla conclusione dell'atto.

## **5. L'ipotesi del consiglio di amministrazione interamente interessato**

Priva di specifica previsione è altresì l'ipotesi del consiglio interamente interessato all'operazione (magari perché tutti i suoi componenti siedono nei consigli della controllante o della subcontrollante della società, o perché sono stati nominati dalla capogruppo, e sono chiamati a decidere un'operazione con la stessa, o ad approvare il progetto di fusione con questa ed indicare il rapporto di concambio): non essendo stato esteso a quest'ipotesi il dovere di astensione e la conseguente devoluzione del potere di decidere sul compimento dell'operazione ad altro organo, sembrerebbe possibile "salvare" una parte della portata della disposizione imponendo, oltre all'obbligo di informare il collegio sindacale, quantomeno allo stesso consiglio di motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione, come prescrive il 2° comma dell'articolo in commento riferendosi alla "deliberazione del consiglio di amministrazione", ossia ad un'ipotesi compatibile con quella del consiglio interamente interessato.

La gestione legale dell'ipotesi resta comunque incerta: non è chiaro, in particolare, quale sia la sorte della deliberazione, ed in particolare se essa possa essere impugnata dal collegio sindacale in quanto ritenuta adottata "con il voto determinante dell'amministratore interessato", come recita il 3° comma

---

<sup>48</sup> GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, Padova, 2003, p. 203. La stessa relazione ministeriale spinge a concludere in tale senso, avendo affermato (con la modifica dell'articolo sul punto specifico) che intento del legislatore è stato quello di "scongiurare ipotesi alternative, pure suggerite in dottrina, del ricorso ad autorizzazione da parte dell'assemblea, che ne avrebbero snaturato le caratteristiche di assoluta estraneità ad ogni compito gestorio".

<sup>49</sup> LUPETTI, *op. cit.*, p. 1238, secondo il quale "Deve ritenersi, pertanto, ancora attuale la possibilità di richiedere l'autorizzazione assembleare per l'ipotesi di conflitto di interessi dell'amministratore unico, restando inteso che l'autorizzazione data dall'assemblea non varrà mai ad esonerare da responsabilità l'amministratore, il quale rimarrà esposto, tra l'altro, all'esercizio dell'azione di responsabilità", salvaguardando però, a beneficio del terzo, la validità dell'atto".

dell'articolo in commento. A chi scrive parrebbe di sì, quantomeno quando, come accade nella grandissima parte dei casi, il consiglio di amministrazione sia portatore di un unico interesse altrui, ad esempio quello della controllante.

In casi del genere il consiglio di amministrazione, dunque, dovrà dare informazione al collegio sindacale dell'interesse di cui è titolare, ma non sarà tenuto ad astenersi dal deliberare l'operazione; la deliberazione dovrà essere adeguatamente motivata ai sensi di quanto dispone l'art. 2391 ma anche, laddove sia stata influenzata dalla controllante, ai sensi dell'art. 2497 *ter*.

Il collegio sindacale potrà impugnare la delibera laddove la stessa possa recare danno alla società, adducendo il fatto che essa è stata assunta col voto determinante di amministratori titolari di interessi distinti da quello sociale.

## **6. Le modalità di comunicazione, ed i destinatari della stessa**

Quanto alle modalità di effettuazione della comunicazione, nulla essendo stato prescritto, appare ragionevole pensare che l'amministratore bene adempia ai propri obblighi quale sia stata la forma di comunicazione utilizzata<sup>50</sup>, anche se è ovvio il vantaggio (per l'amministratore che informa come per gli altri riceventi l'informazione) prodotto da una comunicazione in forma scritta, sia in termini di prova dell'adempimento dell'obbligo sia di efficacia comunicativa.

Quanto ai destinatari della comunicazione, si ritiene che essa debba essere diretta "agli altri amministratori", ossia a ciascuno di essi, ed al "collegio sindacale", ossia all'organo che lo rappresenta, e per questo al suo presidente; ciò anche considerato che – a differenza degli amministratori, che sono tutti legittimati ad impugnare la deliberazione - è il "collegio sindacale" il titolare del potere di impugnazione della deliberazione.

La comunicazione dovrà essere data appena l'amministratore avrà individuato la sussistenza di un proprio interesse in una data operazione di cui si progetta la deliberazione. Il che significa che, se ne verrà a conoscenza prima della seduta del consiglio (come sembrerebbe dover essere necessario ora, sotto il vigore dell'introduzione del dovere degli amministratori di agire informati e di quello del presidente del consiglio di amministrazione di provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri,

---

<sup>50</sup> *CONTRA*, PATRONI GRIFFI, *Commento sub art. 2391*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma della società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Torino, 2003, p. 463, secondo cui è necessaria la forma scritta in considerazione del "rilievo che la stessa assume sul regime delle impugnazioni della deliberazione dell'organo gestorio, nonché nell'eventuale giudizio di responsabilità nei confronti dell'amministratore interessato". La spiegazione operata l'A., però, non convince, ed è difficile pensare ad un obbligo "virtuale" di forma scritta.

cosa che sembrerebbe imporre una *previa* informazione, decisamente antecedente alla discussione consiliare), non dovrà attendere quel momento per darne comunicazione.

Ciò varrà tanto più quanto rilevanti siano i costi di studio e di analisi della fattibilità tecnico-giuridico-finanziaria dell'operazione, costi che potrebbero risultare poi sostenuti inutilmente se la società, conosciuta l'esistenza di un interesse nell'operazione di un proprio amministratore, decidesse di non coltivarla più per evitare, ad esempio, danni di immagine<sup>51</sup>.

In conclusione, il tempo della comunicazione varierà in funzione delle concrete caratteristiche dell'operazione deliberanda, ma – in ogni caso – la comunicazione dovrà essere data non appena la titolarità dell'interesse sarà emersa con chiarezza e sufficiente certezza.

---

<sup>51</sup> ENRIQUES, *Il conflitto di interessi*, op. cit., p. 213.

## **LA NUOVA RESPONSABILITÀ DEI SOCI CHE HANNO DECISO O AUTORIZZATO IL COMPIMENTO DA PARTE DEGLI AMMINISTRATORI DI ATTI DANNOSI PER LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA.**

*Avv. Renato Pastorelli – Studio Legale Pastorelli*

Affrontare l'argomento della responsabilità o, meglio, della corresponsabilità dei soci con gli amministratori della s.r.l. presuppone una piccola invasione da parte mia del campo riservato alla relazione del dott. Limitone.

Invasione che conterrò nel richiamo schematico di alcuni concetti al solo scopo di poter sviluppare poi l'analisi della posizione specifica dei soci.

L'art. 2476 c.c. è intervenuto a delineare la responsabilità degli amministratori della s.r.l.:

- per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società;
- per i danni derivanti da atti dolosi o colposi da essi posti in essere.

La responsabilità è diversamente configurata rispetto alla disciplina previgente, non solo perché prima il paradigma legislativo era fissato negli artt. 2392 e segg. del codice civile che, dettati in tema di società per azioni, si applicavano anche alle altre società di capitali, ma anche perché la formulazione dell'art. 2476 c.c. non riprende il contenuto del nuovo testo dell'art. 2392 c.c. nel delineare il grado di diligenza – perizia richiedibile agli amministratori, i quali devono adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la “*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*”).

Non mi addentro, come ho detto, nell'analisi della formulazione del testo della norma qui in commento né nel raffronto con la disciplina della responsabilità quale configurata nelle S.p.A.. Mi limito a richiamare ed a fare mie le opinioni di chi ha ritenuto senz'altro equivalente il regime della disciplina dei due modelli societari S.p.A. e S.r.l.<sup>1</sup>.

Ciò che qui mi interessa di sottolineare è, dunque, questo:

- 1) che si tratta di una responsabilità configurabile per violazione di canoni comportamentali:

---

<sup>1</sup> SERENELLA ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, Giur. Com. 31.5, 2004, pag. 1060 e ss..

- a) **generali** relativi all'amministrazione nell'ambito dei quali la disciplina del conflitto di interessi di cui all'art. 2475 ter c.c. conferma anche per gli amministratori il dovere di non agire in conflitto<sup>2</sup> e
  - b) **specifici** come individuati
    - o dalla legge (ad esempio l'obbligo di procedere senza indugio all'accertamento del verificarsi di cause di scioglimento e all'iscrizione nel registro delle imprese di cui all'art. 2485 c.c.) e
    - o dallo statuto;
- 2) che gli amministratori rispondono per violazione di quel grado di diligenza specifica loro imposto dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze;
- 3) che si tratta di una responsabilità indirizzata, per così dire, in una pluralità di direzioni:
- a. **Verso la società**, innanzitutto: l'art. 2476 c.c. dice espressamente "*che gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società*".
  - b. **Verso i singoli soci o i terzi**: così il sesto comma che enuclea, facendolo salvo, il diritto del singolo socio e del terzo al risarcimento del danno per gli atti dolosi o colposi compiuti dagli amministratori.

È una responsabilità che per gli amministratori **di S.p.A.** coinvolge anche la posizione dei **creditori sociali** "*per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*" (art. 2394, comma 1, c.c.).

Per gli amministratori **di S.r.l.** una tale responsabilità nei confronti dei creditori sociali è prevista espressamente solo nel caso di violazione degli obblighi di cui all'art. 2485 c.c.

Si dubita, invece, della possibilità di considerare ammissibile *tout court* tale azione nell'ambito delle s.r.l.

Ancora una volta lascio l'argomento a chi mi seguirà.

Qui mi limito a chiedervi di prendere mentalmente un appunto giacché, come subito vedremo, la responsabilità dei soci/gestori si modella su quella degli amministratori potendosi entrambe le forme ricondurre ad un più ampio concetto di **responsabilità da gestione**.

Orbene, dunque, riprendendo le fila abbiamo visto:

- 1) che questa responsabilità da gestione deriva dalla violazione di canoni comportamentali generici (diligenza) o specifici (legge o atto costitutivo);
- 2) che è una responsabilità che può essere configurata come conseguente
  - a. alla lesione del patrimonio sociale
  - b. alla lesione del patrimonio del socio o del terzo
  - c. alla lesione del patrimonio dei creditori sociali.

---

<sup>2</sup> SERGIO DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Giur Com. 2003, I, pag. 289 e ss.

I soci/gestori rispondono, così dice il comma 7 dell'art. 2476 c.c.

- in solido con gli amministratori
- ai sensi dei precedenti commi
- quando hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti
- dannosi per la società
- dannosi per i soci o i terzi.

Credo, dunque, che sulla base dello schema che abbiamo ora visto, richiamando i concetti relativi alla responsabilità degli amministratori, sia conveniente analizzare la disposizione muovendo dalla individuazione dei comportamenti presi in esame.

La disposizione usa la locuzione *“intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi”*.

La relazione al D.L.gs n. 6/2003 non è d'aiuto, ritenendo *“compito soprattutto dell'interprete individuare, con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto, le caratteristiche che dovrà assumere il comportamento del socio per comportare l'assunzione della responsabilità prevista dalla disposizione”*.

Per cogliere la portata della previsione di una responsabilità da gestione in capo ai soci della s.r.l. occorre tener presente che vi sono altre disposizioni nella disciplina delle s.r.l. che la caratterizzano per un'incidenza (o per la possibilità di un'incidenza) di una attività di gestione di pertinenza del corpo sociale.

**V'è innanzitutto l'art. 2468, terzo comma, c.c.** laddove introduce *“la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”*.

Norma cui viene a corrispondere quella dell'art. **2479, primo comma, c.c.** secondo il quale i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza **dall'atto costitutivo**, ma anche perché sottoposti all'approvazione dei soci **da uno o più amministratori** (sempre art. 2479, primo comma, c.c.), ovvero **da tanti soci** che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale (art. 2479, primo comma, c.c.).

**V'è poi l'ulteriore previsione dell'art. 2497 c.c.** dettata in tema di direzione e coordinamento, la quale prevede che le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

Va, altresì, tenuto presente che ai sensi degli artt. **2479, commi 2 e 4, e 2480 c.c.** è sempre richiesto il metodo assembleare (e quindi la decisione dei soci) per il **compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale**.

Possiamo dunque ritenere che siano configurabili quantomeno:

- 1) una possibile responsabilità per attività gestoria posta in essere dai soci che hanno deciso o autorizzato il compimento di atti; responsabilità configurabile pure nel caso in cui i soci abbiano comunque compiuto, orientato o avallato atti di gestione, anche al di là delle circostanze in cui tali poteri divengono espressamente attribuiti dall'atto costitutivo<sup>3</sup>;
- 2) una possibile responsabilità dei soci per gli atti di gestione posti in essere in conformità alle esplicite previsioni statutarie nonché
- 3) una possibile responsabilità dei soci per atti di gestione posti in essere nell'attività di direzione e coordinamento<sup>4</sup>

Tornando alla previsione di carattere generale (*deciso* o *autorizzato*), essa viene dagli interpreti ricondotta<sup>5</sup>

- al caso in cui vi sia stata un'autorizzazione preventiva dei soci agli amministratori o
- al caso dell'assunzione diretta in via esclusiva della decisione attraverso manifestazioni formali e tipiche, oppure
- a tutti gli atti o comportamenti che comunque esprimano o denotino la volontà di **supportare** l'operazione illecita.

La gamma dei casi in cui i soci possono concretamente esercitare un potere gestorio o dei casi nei quali questo potere gestorio compete direttamente a loro sulla base della disciplina legislativa o statutaria è, dunque, assai ampio.

Si possono al riguardo fare diversi ordini di considerazioni.

Un primo, di carattere generale, secondo il quale l'esercizio del potere gestorio da parte dei soci nelle S.r.l. è **connaturato al tipo sociale**. Si afferma in dottrina come tale competenza sia sostanzialmente generale e sovraordinata<sup>6</sup>, consentendosi il riconoscimento ai soci di prerogative in campo gestionale tanto collegialmente quanto *uti singuli*<sup>7</sup>.

La responsabilità si pone, dunque, a mio vedere, come elemento connaturale alla naturale esistenza di un ruolo gestorio in capo al socio.

---

<sup>3</sup> GIOVANNI CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, Giur. Com. 2003, I, pag. 516.

<sup>4</sup> È il caso di sottolineare che questa responsabilità è configurata nei confronti **dei soci** delle società soggette alla direzione e coordinamento e nei confronti dei **creditori sociali delle società soggette** alla direzione e coordinamento per la lesione dell'integrità del patrimonio delle società medesime.

<sup>5</sup> SERENELLA ROSSI, *op.cit.*, pag. 1066 e ss.

<sup>6</sup> PAOLO BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statuari*, Le Società n. 8/2003, pag. 1072 e ss.

<sup>7</sup> FEDERICA PASQUARIELLO, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Vol. III, sub. art. 2476 c.c., Cedam 2005, pag. 1979.

E cioè, se è connaturale al tipo S.r.l. la presenza di un'attività amministrativa da parte dei soci, non poteva non esser altrettanto connaturale alla posizione del socio una responsabilità per il suo amministrare.

Viceversa, si sarebbe arrivati al paradosso di aver configurato una pluralità (per di più particolarmente ampliabile dai soci con apposite clausole statutarie) di ambiti di amministrazione non controbilanciati da una correlata responsabilità.

Con le implicazioni che ben si colgono sol che si pensi alle norme, prima richiamate, che configurano una competenza gestoria dei soci indotta – per così dire – dalla volontà degli amministratori.

Spezzando il legame amministrazione / responsabilità si potrebbe arrivare al paradosso di amministratori che si esonerano, chiamando a deliberare l'attività gestoria i soci che non rispondono. Il che non può essere.

Merita, anche per le conseguenze che ne derivano in ordine alla qualificazione della responsabilità come contrattuale piuttosto che non come extra contrattuale, richiamare le riflessioni di quella dottrina che ha individuato nella responsabilità dei soci che partecipano alla gestione l'espressione normativa dell'esistenza di un **dovere fiduciario del socio verso la società**<sup>8</sup>.

Il che risponde, altresì, all'accentuata visione contrattualistica del fenomeno societario, a scapito di quella istituzionalistica, che non può non essere anch'essa permeata dell'obbligo di adempiere alle obbligazioni secondo buona fede.

Non può a questo punto non prendersi in esame l'avverbio **intenzionalmente** usato dal legislatore e non richiamarsi, anche se per sommi capi, alle varie opinioni che sono state espresse in proposito da chi si è interrogato sul significato e la portata del requisito della intenzionalità.

Si è così sostenuto:

- 1) che l'unica strada percorribile sia quella di riferire l'intenzionalità alla condotta secondo la lettera della legge, con il risultato di ritenere la previsione **irrilevante** ai fini della configurazione della responsabilità<sup>9 10</sup>, argomentandosi:
  - a. dal fatto che affermare che l'intenzionalità richieda la consapevolezza di arrecare danno alla società finirebbe per relegare la responsabilità al caso in cui il socio abbia agito con l'intenzione di spogliare la società e
  - b. dall'incompatibilità della *ratio* di una intenzionalità così intesa con l'opzione di attribuire ai soci poteri gestionali.

---

<sup>8</sup> MATTEO RESCIGNO, *La riforma delle società: corporate governance, principi imperativi ed autonomia statutaria – Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, Le Società 2-bis/2003, pag. 331 e ss.

<sup>9</sup> SERGIO DI AMATO, *op.cit.*, pag. 305.

<sup>10</sup> STEFANO AMBROSINI, *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Vol. III, sub art. 2476 c.c., Ed. Jovene 2004, pag. 1604.

- 2) Che presupposto dell'estensione della responsabilità debba ritenersi **l'intenzione del danno**<sup>11</sup>.
- 3) Che ci si debba collocare in una prospettiva di **dolo, quantomeno eventuale**, valendo l'avverbio ad escludere la responsabilità per colpa<sup>12</sup>.
- 4) Ovvero che l'intenzionalità si sostanzi nella **consapevolezza e nella piena informazione circa le caratteristiche dell'atto e dei suoi potenziali effetti con la volontà di conferma** di tutto ciò che il compimento dell'atto comporta<sup>13</sup>.

Non è facile prendere posizione.

Per parte mia, mi sento di attribuire particolare valenza, ai fini della lettura della norma, alle considerazioni di carattere più generale che abbiamo sin qui svolto.

Nella società a responsabilità limitata si ritiene elemento naturale l'esistenza di un potere gestorio in capo ai soci.

Addirittura si è rilevato, da più parti, come questo si ponga in termini sovraordinati rispetto al potere gestorio degli amministratori.

Se distribuiamo l'amministrare tra due gruppi, per così dire, di soggetti, non possiamo trattare il profilo della responsabilità dell'amministrare in modo diverso.

Non vi possono essere asimmetrie nella responsabilità di chi amministra.

Com'è possibile concludere diversamente una volta che siano, come sono, riservate alla competenza dei soci le decisioni di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale?

Se il riferimento è il compimento di atti gestori particolarmente rilevanti, può essere davvero concepibile che per gli atti gestori più importanti vi sia un livello di responsabilità inferiore rispetto a quello degli atti gestori correnti?

Solo perché gli atti gestori più importanti sono compiuti dai soci?

Non ritengo che possa darsi risposta positiva e sarei, dunque, portato a concludere per una lettura che finisce per scolorare l'intenzionalità nella colpa.

Un ulteriore ordine di considerazioni relativo all'attività gestoria dei soci e alla sua connotazione di elemento naturale del tipo sociale s.r.l. è quello che colloca questa attività e la correlativa responsabilità in un **alveo diverso da quello dell'amministratore di fatto**.

Vi è, è vero, chi ha visto nella norma un **ampliamento** della fattispecie dell'amministratore di fatto<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> GIAN CARLO M. RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Banca Borsa 2003, I, pag. 697.

<sup>12</sup> RENATO BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*; Le Società n. 2/2005, pag. 226 e ss.

<sup>13</sup> SERENELLA ROSSI, *op.cit.*, pag. 1069.

<sup>14</sup> FRANCESCO MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*; Le Società n. 7/2003, pag. 939.

Ritengo, peraltro, assai più condivisibile il rilievo di chi, nella configurazione della responsabilità per eterogestione, vede una norma che mette **al riparo i soci da possibili eccessi nell'applicazione della teoria dell'amministratore di fatto**<sup>15</sup>.

Si osserva, infatti, come nella previsione dell'art. 2476, comma 7, c.c. resti incluso:

- sia il compimento **di un singolo atto** di gestione
- sia **l'immissione nella gestione che non abbia, però, tratti di un coinvolgimento diffuso e sistematico** del socio nell'attività di conduzione dell'impresa sociale.

In questo caso, e solo in questo caso, verrebbe a configurarsi il ruolo dell'amministratore di fatto con il diverso regime di responsabilità, non più per atti gestori, ma con una responsabilità estesa all'intera gestione.

Si pensi al caso del verificarsi di una delle cause di scioglimento della società e agli obblighi che derivano conseguentemente agli amministratori cui non potrebbe sottrarsi l'amministratore di fatto al contrario del socio che abbia compiuto un atto (o più atti) di gestione.

**L'affermazione della responsabilità implica la configurabilità di un nesso di causalità tra l'intervento gestorio del socio e l'evento dannoso.**

Non si tratta di una responsabilità modellata sul tipo di quella dei soci della collettiva né sul tipo di quello dell'accomandatario che si ingerisce. Qui si tratta della responsabilità del concorrente nel danno: non è vietato il compimento di atti gestori, ma è al compimento di atti gestori dannosi che si accompagna la responsabilità.

Pertanto, così come per poter affermare la responsabilità degli amministratori occorre che vi sia rapporto di causa ed effetto tra l'atto di *mala gestio* ed il danno lamentato, allo stesso modo da tale legame non può prescindersi nel configurare la responsabilità risarcitoria nell'amministrare dei soci.

A questo riguardo viene ad essere sottolineata la circostanza che assai difficilmente saranno riscontrabili violazioni formali dell'amministrare del socio, specie per quegli atti che possono implicare un coinvolgimento sotto il profilo di richieste risarcitorie.

E non solo. Ci si domanda se abbia un qualche rilievo l'ipotesi della **ratifica successiva** da parte del socio di atti amministrativi dannosi posti in essere dall'amministratore.

A tale proposito, segnalo l'emergere in dottrina di un orientamento<sup>16</sup> che richiamo alla vostra attenzione sia per quanto concerne il profilo della tutela del dissenziente sia nella prospettiva delle cautele per la maggioranza.

---

<sup>15</sup> SERENELLA ROSSI, *op.cit.*, pag. 1065.

<sup>16</sup> SERENELLA ROSSI, *op.cit.*, pag. 1068.

Vi è stato, infatti, chi dalla consapevolezza:

- che il socio che compie atti di amministrazione potenzialmente dannosi normalmente avrà l'accortezza di non manifestarsi formalmente;
- che, conseguentemente, il medesimo socio, ragionevolmente in posizione di maggioranza e direttamente in grado di influire sull'amministratore, si avvarrà di strumenti di determinazione dell'azione di quest'ultimo informali;
- che in tali casi, pertanto, l'atto illegittimo potrebbe essere il frutto di un accordo tacito tra amministratori e soci di maggioranza, accordo tacito nel quale le scelte dell'amministratore si collocano in un ambito di contrarietà agli interessi della società, ma di piena (e consapevole) coerenza con gli interessi del socio di maggioranza,

ha osservato che la **prova** della compartecipazione dell'attività del socio di maggioranza all'attività gestoria lesiva da parte dell'amministratore potrebbe **trarsi presuntivamente** da comportamenti espliciti successivi al compimento dell'atto gestorio.

In questa prospettiva è facile collocare un'attività di ratifica. Intendo dire che potrebbe non essere impossibile argomentare dalla ratifica successiva per trarne la dimostrazione, in via presuntiva, della compartecipazione all'attività gestoria, assolvendo, così, all'esigenza di dimostrare l'efficienza causale del comportamento del socio.

Mi chiedo, a questo punto, se il ragionamento possa esser spinto ancora più avanti e azzardo una domanda, senza ritenermi in grado di fornire una risposta, ma all'unico scopo di porre un problema sul quale attirare l'attenzione.

Che dire, dunque, del socio di maggioranza che "copre" l'operato lesivo dell'amministratore non prendendo iniziative nei confronti del medesimo?

Già si ipotizza in dottrina che la tesi della compartecipazione / condivisione da parte dei soci all'attività gestoria dannosa degli amministratori possa esser desunta dalla rinuncia e dalla transazione delle azioni di responsabilità.

Non mi spingo ancora ad analizzare l'azione di responsabilità, che sarà oggetto della prossima relazione, anche per quanto concerne le rinunce e le transazioni.

Sappiamo che l'azione può esser rinunciata, purché non si oppongano i soci che rappresentino il 10% del capitale.

Il fatto è che rinunce e transazioni fatte in conflitto di interessi o in assenza di fondati motivi possono essere impugnate da dissenzienti per abuso di potere, o, appunto, per conflitto di interessi. Ma si potrebbe ragionare anche in termini di coinvolgimento dei soci deliberanti, non tanto per la delibera in sé, quanto perché, attraverso tale delibera, si potrebbe provare – presuntivamente – la partecipazione del socio all'atto da cui è scaturita l'azione di responsabilità.

In sostanza, nella rinuncia all'azione potrebbe risiedere la prova dell'intervento e della determinazione al compimento dell'atto di gestione di cui l'amministratore dovrebbe essere esecutore materiale.

Riepilogando, dunque, abbiamo visto:

- 1) che esiste un ambito di attività amministrativa in capo ai soci delle s.r.l. che è connaturato al tipo sociale, al contrario di quanto accade nelle società per azioni;
- 2) che a dette competenze amministrative si accompagna una correlata responsabilità per l'attività gestoria;
- 3) che detta responsabilità, al pari di quella degli amministratori, può essere configurata nei confronti della società ovvero, stando alla lettera della norma, nei confronti dei soci o dei terzi.

Come detto in apertura, la disciplina della s.r.l. non contiene una norma corrispondente all'art. 2394 c.c. che configura la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Ci si chiede, così, se la titolarità in capo ai creditori sociali di detta azione possa essere ricostruita in via interpretativa.

La conclusione è generalmente negativa, pur a fronte di quella che appare essere un'incoerenza del sistema.

Il che riduce i rimedi previsti in capo ai creditori sociali, ai quali non resta che la scelta tra una generale azione di danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., con i gravosi oneri probatori che essa implica, ovvero la scelta di agire in via surrogatoria.

Come sappiamo, il codice tutela la posizione del creditore, il quale può esercitare i diritti e le azioni che spettano al proprio debitore verso i terzi e che questi trascura di esercitare, quando si tratta di azioni aventi contenuto patrimoniale (art. 2900 c.c.).

Ecco che il percorso che viene ad essere individuato è quello dei creditori sociali che, trovandosi di fronte ad una s.r.l. il cui patrimonio risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti in conseguenza di atti posti in essere dagli amministratori per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio medesimo, agiscano esercitando l'azione sociale di responsabilità in via surrogatoria.

Questo articolato ragionamento rileva anche ai fini del tema che ci sta occupando, dal momento che, in via surrogatoria, può essere esercitata l'azione sociale di responsabilità **sia verso gli amministratori, ma anche, per quanto qui particolarmente rileva, nei confronti di quei soci che abbiano compiuto o concorso nel compimento di atti gestori lesivi.**

In certa misura la tutela dei creditori sociali viene ad essere così riequilibrata coinvolgendo la responsabilità patrimoniale dei soci, sia pure nell'ambito di un'azione surrogatoria e non diretta.

Si tratta di una tutela, non va dimenticato, indiretta, nel senso che l'azione è, e resta, pur sempre l'azione sociale di responsabilità, ovvero l'azione diretta alla reintegrazione del patrimonio sociale, non già del patrimonio del creditore.

E questo è uno dei primi aspetti da tenere in considerazione nell'esame specifico dell'azione del suo concreto esercizio.

Vero è, infatti, che l'attore agisce contestando, nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, la **lesione del patrimonio sociale**.

L'azione sociale di responsabilità, quando non esercitata direttamente dalla società<sup>17</sup>, è esercitata dal singolo socio, il quale agisce facendo valere nel processo in nome proprio un diritto altrui e cioè il diritto **della società** al risarcimento del danno cagionato al suo patrimonio.

Così come il socio, allo stesso modo il creditore sociale, convenendo in giudizio il socio che ha compiuto atti di amministrazione lesivi, ne chiederà la condanna al risarcimento del danno cagionato al patrimonio **sociale**.

E' appena il caso di rilevare che questa medesima legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti dei soci compete, per il caso di fallimento, al **curatore fallimentare**.

**La norma precisa, poi, che i soci rispondono in solido con gli amministratori: "sono solidalmente responsabili con gli amministratori".**

Il significato della solidarietà non necessita di essere illustrato.

C'è, piuttosto, da domandarsi se vi siano o meno degli ambiti nei quali sia configurabile una **responsabilità esclusiva dei soci che compiono atti di gestione**.

E', infatti, agevole la configurazione di una responsabilità solidale/concorrente del socio che abbia deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, come dice la norma in commento. Oppure del socio che abbia ratificato l'atto, secondo quanto siamo venuti esponendo.

Vi sono, peraltro, delle ipotesi – abbiamo visto – in cui è possibile configurare una competenza esclusiva del singolo socio in merito al compimento di atti gestori.

Il riferimento è all'art. 2468, comma 3, c.c. e al caso in cui l'atto costitutivo preveda l'attribuzione allo stesso di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società.

E' possibile che gli amministratori, a questo punto sotto-ordinati rispetto ai soci che hanno competenze gestorie riservate dall'atto costitutivo, vadano esenti da responsabilità per le determinazioni assunte dal o dai soci che hanno competenze gestorie?

---

<sup>17</sup> Nella disciplina del 2476 c.c. manca la previsione esplicita dell'esercizio da parte dell'ente dell'azione sociale di responsabilità, ma ciò non toglie che, vuoi dalla disciplina della rinuncia e della transazione, vuoi dal fatto che si discute delle lesioni del patrimonio sociale, vuoi più in generale, dal principio costituzionale per il quale ognuno è legittimato a far valere in giudizio i propri diritti, deve necessariamente riconoscersi che essa possa essere esercitata direttamente dalla società.

Sarei propenso a concludere nel senso negativo dal momento che gli amministratori restano pur sempre gli unici cui è demandata la concreta esecuzione degli atti gestori deliberati dal socio.

Ecco che, quindi, l'attività dell'amministratore si inserisce nella fattispecie rilevatrice del danno come elemento di necessario concorso.

Potrà discutersi della possibilità per l'amministratore di sottrarsi all'esecuzione dell'atto gestorio deliberato dal socio che risulti dannoso per la società.

Francamente ritengo che la fattispecie sia assai prossima a quelle che già si registravano nella vigenza della precedente disciplina delle società di capitali. Non vedo come la soluzione possa essere diversa: così come allora si riteneva che una previa delibera della maggioranza assembleare non liberasse gli amministratori dalla responsabilità per un atto di *mala gestio* lesivo del patrimonio sociale, allo stesso modo ora l'amministratore che concretamente esegua l'atto gestorio lesivo deciso da un socio può, a mio vedere, trovarsi esposto all'azione sociale di responsabilità esercitata dal socio disorde.

Nemmeno l'ipotesi di una compagine sociale totalmente coesa potrebbe porre al riparo l'amministratore (o i soci), giacché residua pur sempre l'esercizio dell'azione sociale in via surrogatoria in capo al creditore della società.

Un ultimo aspetto è quello della **qualificazione della natura contrattuale o extra contrattuale della responsabilità**.

A fronte di chi conclude nel primo senso richiamandosi agli obblighi fiduciari che legano i soci, sia nei rapporti reciproci che nei confronti della società<sup>18 19</sup>, vi è chi afferma che si tratta di responsabilità extra contrattuale per concorso doloso in operazioni altrui allo scopo di recare danno alla società.

Mi sento personalmente più propenso per una soluzione che distingua le diverse ipotesi.

Se è vero che il socio risponde verso la società, verso il singolo socio e verso il terzo, appare plausibile distinguere la natura dell'azione che sarà **contrattuale** per quanto concerne gli atti che abbiano recato danni alla società, mentre sarà da ritenersi **extra contrattuale** nei confronti dei terzi e dei soci, soggetti verso i quali i soci che amministrano non sono vincolati da specifici doveri di protezione<sup>20</sup>.

Con la differenza basilare del diverso regime dell'onere probatorio: nel caso di azione contrattuale l'attore è assolto dall'onere di provare l'elemento psicologico della colpa che, invece, nell'altro caso, andrà provata.

Un'ultima riflessione concerne il regime della **prescrizione** che in generale si ritiene, per gli amministratori, esser assoggettata al termine quinquennale di cui

---

<sup>18</sup> FEDERICA PASQUARIELLO, *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., pag. 1981.

<sup>19</sup> SERGIO DI AMATO, op. cit., pag. 304.

<sup>20</sup> CESARE PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in Fall. N. 11/2003, pag. 1142.

all'art. 2949 c.c., nell'assenza di una previsione quale quella del 2393, comma 3, c.c.<sup>21</sup>, con la specifica sospensione per tutta la durata della carica stabilita dall'art. 2941 n. 7 c.c.<sup>22</sup>.

Occorre, tuttavia, tener presente che il rapporto tra il socio, pur dotato di competenze gestorie, e la società è diverso rispetto a quello dell'amministratore e non operano nei suoi confronti le cause di sospensione del termine prescrizionale che sarà quello quinquennale.

Non mi resta che associarmi alle considerazioni di chi ha ravvisato nelle possibili applicazioni di questa norma, testualmente, una carica di **pericolosità esplosiva**.<sup>23</sup>

Il presente volume riunisce tre contratti (agenzia, distribuzione e vendita) elaborati da Curia Mercatorum appositamente per gli esportatori del settore del mobile, già pubblicati separatamente nella collana «Atti-Proceedings» di Curia Mercatorum.

Mentre nelle precedenti pubblicazioni i contratti erano presentati con la traduzione in inglese, il presente volume contiene anche la traduzione in francese ed in tedesco.

Tutti tre i contratti sono **modelli semplificati** ("short form"). Si tratta cioè di contratti che affrontano solo i punti più importanti, cercando di dare delle soluzioni standard, ritenute ottimali nella maggior parte dei casi, ma che non costituiscono necessariamente la soluzione ideale per uno specifico contratto individuale.

Anche se sono state considerate le principali soluzioni alternative (particolarmente attraverso la loro previsione negli allegati) in modo da aiutare gli utilizzatori nella messa a punto di un contratto il più possibile vicino ai loro bisogni individuali, va ribadito che solo la redazione di uno specifico testo contrattuale, con l'assistenza di un professionista qualificato, permette di "costruire" un testo contrattuale che tenga pienamente conto delle specifiche esigenze delle parti, che si differenziano inevitabilmente da un caso all'altro.

Con tutto ciò, sapendo che per svariate ragioni (tempi, costi, ecc.) gli operatori spesso scelgono di non avvalersi di esperti, si è ritenuto opportuno fornire loro un modello di qualità, utilizzabile direttamente (e cioè predisposto in modo da evitare che l'utilizzatore debba modificarne i contenuti, avendo già lasciato spazio per le principali alternative). E' quindi opportuno che l'utilizzatore esamini con attenzione le varie opzioni, in modo da individuare la soluzione per lui più conveniente. Se le opzioni predisposte nel singolo modello non coprono una specifica esigenza dell'utilizzatore (ad es. perché questi desidera sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella italiana, in deroga a quanto previsto nei modelli), questi potrà

---

<sup>21</sup> Che per gli amministratori di S.p.A. dispone che l'azione di responsabilità possa essere esercitata entro 5 anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. E ci si chiede se questa sia davvero un'azione di prescrizione o piuttosto un'azione di decadenza.

<sup>22</sup> FRANCESCO MAINETTI, *op. cit.*, pag. 942.

<sup>23</sup> GIAN CARLO M. RIVOLTA, *op. cit.*, pag. 696.

modificare la clausola contrattuale: tuttavia, in questo caso è consigliabile che egli si avvalga dell'assistenza di un professionista qualificato, in grado di valutare le implicazioni di tale modifica e di predisporre, se del caso, gli ulteriori adeguamenti che si rendano necessari.



## **PROFILI GENERALI DELLA NUOVA AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ**

*Dott. Giuseppe Limitone - Tribunale di Vicenza*

Grazie dell'invito e della vostra nutrita partecipazione; speriamo di contribuire in maniera utile.

Il mio argomento è apparentemente generale, però per non ripetere cose che ormai sono nel bagaglio conoscitivo e operativo di molti sull'azione di responsabilità delle società per azioni, l'attenzione della nostra conversazione riguarderà prevalentemente la responsabilità degli amministratori nelle S.r.l., dove i cambiamenti sono stati più importanti.

In particolare, facendo riferimento al modello della società a responsabilità limitata, notiamo che esso non è più disciplinato per rinvio alla S.p.A., com'era nel precedente sistema, ma ha subito una integrale revisione giungendo ad un modello che non è più quello di una piccola S.p.A., ma, se vogliamo, quello di una società personale con la novità della limitazione di responsabilità. E i nostri conti li dobbiamo proprio fare con questi concetti: il concetto di rischio di impresa, che nelle società di capitali è limitato all'investimento, quindi alla quota o all'azione; il concetto di gestione, che, normalmente, nelle società di capitali va disgiunto dalla titolarità della quota, quindi da chi rischia, e per la parte in cui rischia; il concetto di responsabilità, che – vedremo - nella nuova S.r.l. si estende, invece, al patrimonio dei soci. E' necessario mettere a fuoco queste nozioni per capire cosa sia questo nuovo istituto della S.r.l., ossia se si configura più come una società di capitali o, viceversa, come una società di persone, se vale ancora la regola per la quale chi gestisce risponde *in toto*, ovvero se sia una anomalia della S.r.l. quella per cui chi gestisce continua ad avere la responsabilità limitata alla partecipazione.

Un antecedente della nuova S.r.l. si può ravvisare, nel nostro ordinamento, nella piccola società cooperativa prevista dall'art. 2497 c.c., novellato dalla Legge n. 88/1993, in attuazione della dodicesima direttiva CEE, la cui amministrazione è affidata all'assemblea dei soci i quali mantengono, però, la responsabilità limitata. Abbiamo, dunque, un precedente in cui alla gestione, si accompagna la limitazione di responsabilità alla quota. Il nostro problema - ripeto per maggior chiarezza - è di inserire nella giusta posizione, tra gestione e limitazione della responsabilità inerente al rischio di impresa, il concetto di responsabilità patrimoniale, che sarebbe tipico della società di persone, ma che oggi ravvisiamo, invece, anche nella S.r.l., posto che il socio può arrivare a rispondere con il suo patrimonio e non solo con la sua quota. Proprio in questo nuovo contesto, in cui la S.r.l. va avvicinandosi più alla società di persone che non a quella di capitali, ci si sarebbe aspettati di trovare una compiuta (direi rigorosa) disciplina dell'azione di responsabilità dei

creditori sociali verso gli amministratori della S.r.l. Così, invece, inopinatamente non è stato. L'azione di responsabilità dei creditori sociali di una S.r.l. nei confronti degli amministratori di questa, infatti, non è prevista, e non si può pensare a una dimenticanza del legislatore visto che nella relazione non se ne parla proprio, mentre pare che questo sia, viceversa, il concetto ispiratore della nuova S.r.l., che - come si dice - è "cosa dei soci, affare dei soci".

I creditori, allora, che c'entrano? Come vedremo il loro interesse, in effetti, rileva, ed essi godono di tutela, solo però quando subiscono un danno diretto, ossia non a motivo della insufficienza del patrimonio sociale a far fronte alle obbligazioni contratte dalla società nei loro confronti.

Torniamo per un attimo alla società per azioni e alla responsabilità dei suoi amministratori. Vi è una novità, per la verità, anche in questa azione, soprattutto per quanto riguarda i presupposti: faccio riferimento all'articolo 2392 c.c., nuovo testo, per il quale: "*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo Statuto – in ciò nulla di nuovo – con la diligenza richiesta – qui la novità – dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*". Abbiamo, dunque, due parametri, uno oggettivo, la natura dell'incarico, e uno soggettivo, le specifiche competenze, già invalsi nel diritto vivente, ossia nella Giurisprudenza di merito e di Cassazione, e che oggi sono stati tipizzati.

In cosa consistono questi due criteri? Uno, dicevo, è oggettivo, la "natura dell'incarico", e riguarda quella particolare diligenza necessaria per assolvere il mandato. Sappiamo che una delle componenti del rapporto sussistente tra società e amministratore è tipicamente di mandato, pertanto occorre la diligenza del mandatario, ma, come ha insegnato la Giurisprudenza, non genericamente intesa, bensì riferita allo svolgimento dello specifico incarico affidato, quindi la gestione di un'azienda commerciale. La natura dell'incarico, cioè la gestione di un'azienda commerciale, è diventato, dunque, oggi parametro normativo.

La stessa considerazione vale per le "specifiche competenze" di chi assume una tale funzione, per cui l'amministratore deve essere all'altezza non soltanto del suo compito oggettivamente inteso, ma altresì delle aspettative che crea con quello che possiamo definire il suo *curriculum*. Le specifiche competenze dell'amministratore consistono, pertanto, in ciò che sa fare, ciò per cui è stato scelto lui e non un altro; in parole povere, quello per cui alla fine viene pagato, perché il *cachet* dell'amministratore dipende sia da ciò che sa fare sia da ciò che ci si aspetta sappia fare. Le "specifiche competenze" entrano in gioco, allora, come parametro di diligenza nel senso che da un determinato amministratore ci si attenderà non soltanto una condotta all'altezza dell'incarico conferito (amministrare la Fiat non è, evidentemente, lo stesso che amministrare una piccola azienda del trevigiano: sono due incarichi diversi per i quali sarà richiesta una professionalità diversa), ma, altrettanto, uno standard di diligenza commisurato alle sue qualità distintive (nei confronti di un Paolo Fresco, ex amministratore delegato Fiat, le aspettative

saranno più elevate rispetto a quanto ci si attenda da un trentenne che ha appena iniziato a fare l'amministratore, anche qualora sia chiamato a gestire l'azienda del trevigiano). Le specifiche competenze riguardano, in definitiva, la peculiare capacità di gestire l'incarico ricevuto.

Naturalmente i due criteri vanno integrati, quello obiettivo con il soggettivo.

Orbene, questa premessa con riferimento alla S.p.A. è opportuna laddove dobbiamo confrontarci, ora, con la S.r.l.. Ci si aspetterebbe, ragionevolmente, di trovare anche per la S.r.l. quello sforzo di tipizzazione fatto dal legislatore per la S.p.A., e invece così non è stato: ai sensi dell'art. 2476 c.c., infatti, "*gli amministratori rispondono per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società*". C'è, come si vede, un riferimento generico, senza ulteriori specificazioni, alla "inosservanza dei doveri", ma quali sono questi doveri? Molto probabilmente, allora, si ripeterà, per la S.r.l., quel processo interpretativo e applicativo della Giurisprudenza, prima di merito e poi della Cassazione, di cui s'è detto, che andrà a riprodurre i parametri anzidetti, oggi più agevolmente potendo ancorarsi a quelli tipizzati per la S.p.A., cioè la natura dell'incarico, parametro oggettivo, e la specifica professionalità, il *curriculum*, parametro soggettivo, dell'amministratore.

In via interpretativa, oltre che per analogia facendo appello ai criteri tipizzati per la S.p.A., ci si può arrivare perché essendo il riferimento normativo così generico, obbligo di osservanza dei doveri imposti dalla legge, per individuare questi doveri possiamo fare ricorso al parametro generalissimo dettato, in materia di obbligazioni, dall'art. 1176, I co., c.c. per il quale l'obbligazione va adempiuta con la diligenza del buon padre di famiglia. E' evidente, ancora una volta, che il "buon padre di famiglia", nel nostro caso, è colui che gestisce un'azienda commerciale, ed il parametro deve essere riferito alla natura dell'incarico, quindi ritagliato sulla S.r.l., e definito in relazione a quanto ci si può attendere da una persona di diligenza media.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, cioè quello che abbiamo definito come la specifica competenza del soggetto, il suo *curriculum*, anche qui, in via interpretativa, si dovrà tener conto delle legittime aspettative del mandante, nelle quali fa affidamento, e sulle quali basa, ragionevolmente, la misura della remunerazione dell'amministratore.

Un cenno alle questioni rilevanti nel processo (legittimazione ed altre).

Nell'azione sociale di responsabilità delle S.r.l. la legittimazione ad agire spetta, ai sensi dell'art. 2476, co. 3, c.c., al singolo socio, anche se non è amministratore, e ciò rileva in relazione ai pregnanti poteri di indagine e di informazione che competono al socio stesso *ex art.* 2476, co. 2, c.c. Il socio agisce in nome proprio e per conto della società, con la conseguenza che il risultato utile del processo ridonda direttamente a vantaggio esclusivo della società (tant'è che, in caso di esito favorevole del processo, la società deve rimborsare al socio le spese della causa).

Sul piano strettamente processuale, poiché il diritto di cui si tratta non compete al socio, non gli si può deferire il giuramento, il quale, ove fosse ipoteticamente deferito, dovrebbe essere prestato dal legale rappresentante della società, vale a dire dalla società appunto, sempre che, ovviamente, non coincida con l'amministratore convenuto in giudizio.

E ancora, a livello di dialettica processuale, l'amministratore convenuto potrà opporre al socio tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre alla società, perché in realtà lui ha di fronte la società: il socio è soltanto, come dire, il cavallo che tira, ma non è lui il titolare dell'azione. Ora è evidente che se il socio esercita l'azione di responsabilità contro l'amministratore e non è lui il titolare dell'azione, e se la pronuncia dovrà avere effetto nei confronti della società, quest'ultima dovrà partecipare al processo, quindi, o viene chiamata in causa, o fa un intervento, ma il processo non potrà ragionevolmente concludersi se non in presenza del titolare dell'interesse controverso.

Limitando l'analisi alla superficie di questo aspetto, per il quale, cioè, il socio può agire in giudizio per conto della società, sembrerebbe che, in qualche modo, la minoranza ottenga una tutela, dato che qualunque socio, anche uno solo, può agire in giudizio. Peraltro, l'entità della partecipazione al capitale sociale di colui che agisce in giudizio (o coloro, se sono più di uno) non è senza conseguenze, ed ha un rilievo diverso nella S.p.a. rispetto alla S.r.l.

Nella società per azioni, infatti, c'è una esatta corrispondenza tra la percentuale di capitale necessaria per agire in giudizio e la percentuale di capitale necessaria per impedire, opponendosi, la rinuncia e la transazione: precisamente, tanti soci che rappresentino un quinto del capitale sociale, se la società non è quotata, o un ventesimo, se la società è quotata, possono agire in giudizio per conto della S.p.A. e possono opporsi alla volontà della società di optare per una rinuncia o una transazione.

Nella S.r.l., viceversa, anche un solo socio può agire in giudizio, quindi si prescinde del tutto dall'entità della partecipazione al capitale sociale ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire per conto della società, ma qualora quest'ultima tenti di bloccare l'azione con la rinuncia o la transazione, è richiesto che l'opposizione sia fatta da tanti soci che rappresentino almeno il 10% del capitale sociale (anche un unico socio, ovviamente, qualora possieda una partecipazione sufficiente).

Ora, tornando alla legittimazione, se è vero che l'interesse tutelato è quello della società, ci dobbiamo chiedere perché il legislatore abbia previsto la legittimazione attiva del singolo socio, ma nulla abbia disposto in merito alla possibilità di agire in giudizio della società. Ovviamente, facendo riferimento alla ragionevolezza e alle norme in materia di tutela dei diritti, per cui ognuno può tutelare in giudizio i propri diritti, è chiaro che se la società è titolare di diritti che il socio può azionare, parimenti a sua volta, benché non sia stato espressamente detto, potrà agire in

giudizio. A questo punto, però, si possono sollevare dei problemi, di non poco conto, in merito all'individuazione del soggetto che deve rappresentare la società: abbiamo, infatti, soci amministratori, soci non amministratori, soci che agiscono in giudizio contro altri amministratori, e possono essere a loro volta amministratori, e poi ci può essere la società chiamata in causa, o che interviene in causa. Chi rappresenta la società nel processo? Paradossalmente, potremmo avere, per fare un esempio, tre amministratori i quali tutti ritengano di rappresentare la società. Sarà necessario, allora, che la società deliberi preventivamente, quindi in maniera formale, ufficiale, la sua partecipazione alla causa, o come attrice, o come interveniente, o come chiamata in causa: una delibera autorizzativa, ovvero una delibera di ratifica laddove l'autorizzazione non sia intervenuta prima, con la quale l'assemblea legitimerà un determinato amministratore a rappresentare in giudizio la società.

Orbene, esiste la possibilità che socio e società intraprendano l'azione entrambi, contemporaneamente o in momenti diversi, per cui sorge un ulteriore problema, di evitare, cioè, lo svolgimento di due cause aventi lo stesso oggetto regolando le diverse iniziative processuali. Chi assume l'iniziativa per primo, ovviamente, radica la causa e preclude all'altro processo di andare in fondo, ossia occorrerà riunire i processi oppure far intervenire l'altro attore nel giudizio radicato per primo. Ciò non riguarda, pertanto, il caso in cui, ad esempio, un socio agisca contro un amministratore per taluni fatti, mentre la società agisca per gli stessi fatti contro un altro amministratore, ovvero contro lo stesso amministratore per fatti diversi. Gli strumenti della riunione o dell'intervento, cioè, mirano a impedire che abbiano luogo processi differenti fra identiche parti ed aventi lo stesso oggetto, mentre possono aver luogo tranquillamente processi separati inerenti allo stesso oggetto ma con convenuti diversi (salvo poi ricorrere, comunque, come normalmente accade, al meccanismo riequilibratore della riunione, perché se il fatto è il medesimo e abbiamo diversi convenuti, è opportuno che la decisione sia unica, benché le responsabilità possano anche essere diverse).

Mi sembra importante, in particolare, l'argomento della revoca dell'amministratore. Mentre per le S.p.A. è previsto che l'esercizio dell'azione di responsabilità comporti automaticamente la revoca dell'amministratore, nel caso della S.r.l. la norma non dice alcunché, pertanto occorrerà, per dar luogo alla revoca, una separata decisione dell'assemblea. Una siffatta delibera potrà essere adottata dacché laddove lo Statuto già attribuisca all'assemblea il potere di nomina, implicitamente le conferisce anche quello di revoca. Tuttavia va richiamata l'attenzione su ciò che lo Statuto, l'atto costitutivo, potrebbe anche non prevedere il potere di revoca o di nomina, laddove la S.r.l. sia stata costituita per un unico affare e a tempo determinato. Infatti, in un tal caso, l'amministratore è probabilmente destinato a ricoprire l'incarico fino alla fine, per cui non si pensa all'ipotesi di sostituzione o revoca dello stesso. Ecco perché in questi casi, qualora non vi sia il

potere di nomina, non vi sarebbe neanche quello di revoca, e se l'amministratore si comporta male bisognerà modificare lo Statuto, con le necessarie maggioranze, per poterlo revocare.

Esiste, bensì, un'altra possibilità per esautorare l'amministratore, prevista dalla norma in via cautelare: quando, infatti, il socio promuove l'azione, può chiedere al Giudice la revoca in via cautelare dell'amministratore. Tuttavia, a mio avviso correttamente, si afferma in Dottrina che, poiché l'azione presuppone il danno, in quanto si agisce per il risarcimento del danno, il danno deve essersi già realizzato, sicché la revoca dell'amministratore in via cautelare potrà essere chiesta soltanto a danno manifestato. Teniamo presente che per la S.r.l. non è più previsto il controllo giudiziale di cui all'art. 2409 c.c., norma che rappresenta un polmone eccellente quale momento di monitoraggio per una società di capitali. Grazie all'art. 2409 c.c., infatti, si poteva attivare anche per la S.r.l. il controllo giudiziale, e quindi ottenere la revoca dell'amministratore, sol che ci fosse stata una grave irregolarità, ossia prima del danno; laddove, poi, si fosse temuto anche il danno, si sarebbe potuto revocare l'amministratore in via cautelare, secondo il procedimento all'uopo predisposto dalla disposizione in questione. Oggi, invece, per sollevare l'amministratore infedele dalla sua carica è necessario che il danno sussista, pertanto non è più possibile farlo in via veramente cautelare, cioè in via preventiva. La cautela, in realtà, è tesa soltanto ad evitare ulteriori danni. Si è concluso in Dottrina, da ciò, che non esiste più un diritto alla buona amministrazione, cioè un diritto dei soci, e, come vedremo, dei creditori, ad una gestione esente da irregolarità gravi. Esiste solo un diritto ad una gestione che non produca danni. Pertanto, se guardiamo alla tutela dei soci di minoranza, questa appare, sotto tale profilo, chiaramente inadeguata.

Un cenno rapido, in conclusione, va fatto anche all'azione di responsabilità nel caso di fallimento della S.r.l., perché di solito quando si parla di società e di impresa è sempre bene considerare anche il profilo patologico. In merito all'azione del curatore, prevista dall'art. 146 della legge fallimentare attuale, si fa riferimento anche agli artt. 2393 e 2394 c.c., relativi alla S.p.a. Prima della riforma, infatti, la responsabilità degli amministratori di S.r.l. era regolata per rinvio alle rispettive norme dettate per la S.p.A., e allora anche l'art. 146 legge fallimentare faceva riferimento soltanto alle norme in materia di S.p.A. Oggi la responsabilità degli amministratori di S.r.l. è disciplinata dall'art. 2476 c.c., nuovo testo, che però non è richiamato dall'art. 146 l.f. E' possibile, comunque, attribuire al curatore fallimentare la titolarità esclusiva dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di S.r.l., sulla base di norme interne al sistema concorsuale, le quali giustificano l'esclusione di qualunque legittimazione concorrente, perché non avrebbe senso e sarebbe incompatibile col sistema del concorso. Infatti, nel momento in cui il fallito è sprossessato di tutte le situazioni giuridiche soggettive sostanziali (art. 42 l.f.) e processuali (art. 43 l.f.), è evidente che anche i diritti

inerenti al risarcimento del danno, all'adempimento, alla buona amministrazione, ecc., riguardano posizioni giuridiche sostanziali che, dal punto di vista della legittimazione ad agire, non della titolarità, si trasferiscono dalla società al curatore. Quindi, sull'art. 42 l.f. si fonda la traslazione in capo al curatore della legittimazione a far valere in giudizio le posizioni sostanziali della società, mentre l'esclusività della legittimazione processuale del curatore si ricava dall'art. 43 l.f., per il quale è il curatore che sta in giudizio nelle controversie relative ai rapporti di diritto patrimoniale del fallito.

In definitiva, gli artt. 42 e 43 l.f., il primo per il diritto sostanziale e il secondo per l'azione processuale, giustificano comunque la esclusiva legittimazione del curatore ad esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di S.r.l., a tutela dei diritti della società - attenzione, della società, non dei creditori - a prescindere dal suddetto mancato richiamo ad opera dell'art. 146 l.f., tutt'oggi carente del coordinamento con la riforma del diritto societario.

Perché ho sottolineato "della società e non dei creditori"? Perché, benché il curatore rappresenti – ciò detto in termini non strettamente tecnici essendo, si sa, una rappresentanza particolare, cioè è il portatore degli interessi, senza esserne il titolare – la massa, egli non è titolare oggi, così sembra, dell'azione di responsabilità dei creditori sociali verso la S.r.l. e ciò in quanto nemmeno i creditori hanno siffatta titolarità: infatti, dall'impostazione data alla S.r.l., secondo cui questa sarebbe solo un affare dei soci, come visto all'inizio, deriva una grossa lacuna alla garanzia dei creditori ai quali non è riconosciuta alcuna tutela diretta per il danno cagionato al patrimonio sociale. Da ciò bisognerebbe concludere che neanche il curatore fallimentare dispone di siffatta azione, quindi può esercitare soltanto l'azione sociale, salvo estendere in via analogica la normativa prevista in materia per le S.p.A. Naturalmente, poiché i presupposti sono diversi, in certi casi il curatore dovrà arrestarsi e non potrà agire.

Diverso, infine, rispetto al caso dell'azione sociale, è l'azione individuale del socio e del terzo, di cui si deve far cenno pur breve: il socio e il terzo possono agire in giudizio contro gli amministratori di S.r.l. ove abbiano subito un danno diretto, ossia un danno al loro patrimonio. Si pensi, ad esempio, alla responsabilità da prospetto, ossia al caso in cui l'amministratore rediga un bilancio falso grazie al quale riesce a collocare azioni o quote della società ad un terzo. Quest'ultimo potrà far causa all'amministratore per avere fornito false informazioni. Ecco, una tale azione, essendo del socio e del terzo, non si trasferisce al curatore in nessun modo, ma in ciò nulla di nuovo perché si sa che nel fallimento si tutelano gli interessi dei creditori, non quelli dei soci e dei terzi.



## LA “NUOVA” RESPONSABILITÀ DA ESERCIZIO DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

*Prof. Avv. Mauro Pizzigati - Docente di diritto fallimentare presso l'Università Cà Foscari di Venezia. - Presidente Ordine distrettuale Avvocati Venezia. - Componente della “Commissione Vietti” per la riforma del diritto societario.*

Ringrazio gli organizzatori per avermi invitato a parlare di questo tema e cercherò di contenere il mio intervento nell'ambito del tempo assegnatomi.

È certo, peraltro, che affrontare la responsabilità nell'ambito dei gruppi non è argomento agevole.

Quando si parla di gruppi e di responsabilità nei gruppi, ci si deve anzitutto riferire agli artt. 2497-2497 *septies* del “nuovo” Codice Civile.

Vorrei, *in primis*, segnalare che il concetto di responsabilità nell'ambito dei gruppi non è trattato in modo espresso nella legge delega.

Infatti, se si va ad esaminare quest'ultima, non si rinviene alcun espresso principio volto ad indirizzare il legislatore delegato nella definizione della responsabilità nell'ambito dei gruppi.

Il legislatore delegato si è, però, occupato egualmente di questa, perché nella legge delega vi sono, comunque, delle indicazioni che hanno consentito di ritenere che il legislatore delegato potesse, senz'altro, occuparsi dell'argomento.

La legge delega, invero, evidenzia la necessità di disciplinare i gruppi di società, secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti e afferma anche che l'attività di direzione e di coordinamento deve contemperare, per un verso, l'interesse del gruppo e, per altro verso, anche l'interesse delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime, nonché dei creditori delle varie società (sia della controllante che delle controllate).

Sotto questo profilo si è dunque ritenuto che si dovesse affrontare il tema della responsabilità, anche tenendo conto che, come si sa, prima della riforma il gruppo non era disciplinato nell'ambito del codice civile, ma solo in leggi speciali.

Si pensi al concetto di gruppo nell'ambito del testo unico bancario o nell'ambito del testo unico in tema di intermediazione finanziaria e si pensi, anche, alla Legge “Prodi” e alla cd. “Prodi *bis*”.

Dottrina e giurisprudenza avevano affrontato l'argomento, esaminandolo – come è noto - sotto il profilo della responsabilità della società controllante, di quella della società controllata, nonché della responsabilità degli amministratori della controllante e della controllata.

Quindi, alla fine, si tratta parlando di un argomento che indispensabilmente doveva essere affrontato e disciplinato dal legislatore delegato, per elevare a rango normativo

un fenomeno assai importante, che è stato oggetto, fino alla riforma, solo di interpretazione, per quanto via via apprezzabilmente evolutiva.

E il legislatore delegato lo ha fatto, però, non parlando di gruppo, poiché, come si può osservare, la parola “gruppo”, negli artt. 2497 - 2497 *septies*, non figura mai.

L’espressione “gruppo” compare, invece, nella legge delega, dove si invita il legislatore delegato a disciplinare – appunto - i gruppi di società.

È quindi evidente che le norme di cui agli artt. 2497 - 2497 *septies*, nel “nuovo” Codice Civile si riferiscono certamente ai gruppi, anche se questa espressione non è quasi mai usata.

Quasi mai, vorrei sottolineare, in quanto, nel Codice civile, si parla di gruppo con riferimento al gruppo cooperativo paritetico (art. 2545 *septies*) e quando si disciplinano i reati relativi alle false comunicazioni sociali (artt. 2621 – 2622) e all’infedeltà patrimoniale (art. 2634).

Il concetto cui, per contro, si fa riferimento nelle norme qui esaminate (artt. 2497 – 2497 *septies*) è quello di “**direzione e coordinamento di società**”, perché si è osservato, da parte del legislatore delegato (come è desumibile anche dalla lettura della Relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo) che il concetto di direzione e di coordinamento di società è senz’altro quello che identifica meglio il concetto di gruppo.

Se si legge, infatti, la citata Relazione di accompagnamento, è espressamente scritto che non è stato ritenuto opportuno richiamare una qualunque nozione di gruppo, per due ragioni: da un lato è chiaro che le innumerevoli possibili definizioni di gruppo sono funzionali a problemi specifici ed è, inoltre, altrettanto chiaro che qualunque nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all’incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica.

Il che è come dire che, dando una precisa nozione di gruppo, vi sarebbe stato il pericolo data la molteplicità delle fattispecie che possono dare luogo a un gruppo, di dimenticare, nell’ambito della definizione, qualche specifica fattispecie che, così facendo, poteva risultare estranea alla disciplina degli artt. 2497 e seguenti, c.c., rischiando - con ciò - di creare una franchigia non voluta dal legislatore delegante.

Parlando, invece, di “direzione e di coordinamento di società” e partendo dal concetto che la direzione ed il coordinamento di società costituiscono la matrice alla quale nessuna fattispecie di gruppo si sottrae, si è ritenuto, in questo modo, di sussumere, all’interno di questa matrice, tutte le possibili fattispecie concrete di gruppo.

Detto questo, direi di andare a esaminare, esclusivamente sotto il profilo della responsabilità (in linea con il titolo del tema propostomi), il contenuto dell’art. 2497 del Codice Civile.

Innanzitutto vediamo la nozione di direzione e di coordinamento.

Certamente l’attività di direzione e di coordinamento implica una attività di “governo della società” che provenga da un soggetto estraneo alla società stessa.

L'ampiezza della nozione, però, fa sorgere un quesito circa il contenuto e la natura, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, di questo "governo".

Si tratta, cioè, di valutare se esso debba concretizzarsi in scelte gestionali "eterodirette", della controllante nei confronti della controllata o delle controllate, che possono anche avere carattere isolato, o se, invece, debba trattarsi di un'attività di influenza della controllante nei confronti della controllata o delle controllate, che deve avere carattere permanente nel tempo.

Io credo che l'attività di direzione e di coordinamento, come peraltro è già stato sottolineato da qualche commentatore, debba essere considerata come un'attività che dura nel tempo e che non può limitarsi ad un unico atto o ad atti isolati.

E direi che una conferma, in questa direzione, proviene dalle stesse norme che stiamo esaminando, perché, se si va ad approfondire il contenuto degli artt. 2497 *bis* e 2497 *ter*, in tema di pubblicità, si può notare che, per un verso, l'art. 2497 *bis* impone una pubblicità sostanzialmente riferita ad una situazione di direzione e di coordinamento della "holding" nei confronti delle società controllate, a prescindere dall'individuazione di singoli atti specifici.

Quella che va pubblicizzata è l'attività di direzione e di coordinamento nel suo complesso, mentre invece, nell'art. 2497 *ter*, vi è l'imposizione di una pubblicità specifica, con riferimento a singoli atti o a singole operazioni.

Ed ancora: le decisioni delle società controllate e soggette, quindi, ad attività di direzione e di coordinamento, quando si tratta di decisioni che vengono influenzate dalla controllante, oltre ad essere analiticamente motivate, devono essere, sul piano dei successivi adempimenti, oggetto di informazione nella relazione di gestione, *ex art.* 2428 c.c. e, sul piano del contenuto, debbono recare una puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione adottata.

Il fatto che vi sia un obbligo di pubblicità di carattere generale e, poi, un obbligo di pubblicità specifica, legata a singole operazioni, consente di poter concludere che il legislatore delegato ha inteso distinguere l'ipotesi di atti della controllata specificamente influenzati dalla controllante da quella dell'attività di direzione e di coordinamento intesa come attività di governo e di gestione eterodiretta in modo permanente nel tempo.

E quindi, sotto questo profilo, il concetto di direzione e di coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c. ed ai fini di comprendere la responsabilità di cui qui si tratta, deve essere così orientato.

Ma continuiamo, ora, nell'esame della norma in questione e vediamo di approfondire la teoria dei "vantaggi compensativi".

Quando si parla di valutazione del risultato complessivo e della necessità di contemperamento degli interessi, come parametro oggettivo della responsabilità, ciò che si deve fare (dato che l'art. 2497 c.c. dispone, per l'appunto, che non vi è mai responsabilità, quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a

seguito di operazioni a ciò dirette) è di cercare di comprendere quale sia il significato di questa espressione, che, in fondo, costituisce una clausola normativa di esonero, se vogliamo così dire, da responsabilità.

Essa, però, deve essere interpretata, perché presenta qualche oscurità circa l'esatta individuazione dei vantaggi compensativi cui la norma si riferisce. Sostanzialmente si può affermare che non vi è responsabilità quando, con riferimento al rapporto esistente tra società controllante e società controllata, anche se alcuni specifici atti pregiudicano la situazione patrimoniale della controllata, l'appartenenza al gruppo della controllata consente, però, di poter stabilire che questa appartenenza al gruppo crea, in ogni caso, un vantaggio complessivo che è superiore ai singoli svantaggi che possono derivare alla società controllata da quelle specifiche operazioni.

Questa impostazione permette di dire che non vi è danno, perché il vantaggio complessivo è superiore rispetto agli svantaggi collegabili a singole operazioni o a singoli atti "eterodiretti" e, cioè, decisi dalla controllante o, in qualche misura, imposti alla controllata.

Quindi, sotto questo aspetto, non scatterebbero i principi di responsabilità stabiliti dall'art. 2497 c.c.

Detto questo, potrebbe sembrare che il problema sia stato risolto agevolmente, ma non è così, poiché si discute (e, per la verità, si discuteva anche prima dell'introduzione dell'art. 2497 c.c., quando ci si riferiva ai gruppi che erano disciplinati da leggi speciali e sopra da me ricordati) se i "vantaggi compensativi" debbano essere valutati con riferimento all'attività complessiva eterodiretta o se, invece, non sia indispensabile la presenza di un vantaggio di natura compensativa proprio nell'ambito della specifica operazione che arreca lo svantaggio alla sfera economico - patrimoniale della società controllata.

È agevole comprendere, su questo punto, che l'approccio è fondamentalmente diverso, perché, se si ritiene che il vantaggio compensativo debba avvenire nell'ambito della stessa operazione, è evidente che è con riferimento ad essa che bisogna andare a fare il raffronto, per quanto concerne la sfera economico - patrimoniale della società controllata, tra vantaggi e svantaggi verificatisi in relazione alla decisione "eterodiretta" dalla società controllante.

Ed è solo in questo ambito che, alla fine, bisogna vedere se vi è danno o se non vi è danno: è nell'ambito di questa valutazione che bisogna andare a comprendere se opera o meno la clausola normativa di esonero della responsabilità di cui ci stiamo occupando.

Se, invece, si accetta l'idea che la teoria dei vantaggi compensativi vada riferita esclusivamente all'appartenenza al gruppo, e, quindi, senza una valutazione specifica dell'atto che, in sé, arreca svantaggio alla sfera della controllata ed è "eterodiretto" dalla controllante, allora è ovvio che le conclusioni possono essere completamente differenti.

Perché, anche se l'atto specifico "eterodiretto" ha creato un danno nella sfera della controllata e, quindi, secondo la valutazione più restrittiva sopra riferita, si dovrebbe magari giungere alla conclusione che siffatto danno deve essere considerato come prevalente rispetto ai vantaggi derivanti alla società controllata da quella specifica operazione, l'appartenenza al gruppo consente, invece, di poter affermare, diversamente, che i vantaggi complessivi a favore della controllata sono, alla fine, superiori rispetto ai pregiudizi che si sono verificati a seguito di quelle specifiche operazioni.

E se, alla fine, si dovesse concludere che, in virtù di tale prospettazione, non vi è reale pregiudizio, non vi è, correlativamente, alcuna possibilità di attribuzione di responsabilità a coloro che hanno agito.

Ma proseguiamo oltre, salvo dire, anche per prendere posizione, che sono dell'opinione che i vantaggi compensativi vadano valutati in termini di maggiore larghezza: è l'appartenenza al gruppo il criterio qualificante per verificare se singole operazioni abbiano effettivamente arrecato un danno tangibile alla sfera economico-patrimoniale della società controllata, in quanto ci troveremmo di fronte, a mio avviso, al rischio che, nell'interpretazione più restrittiva, i danni arrecati alla sfera della controllata, anche se di dimensioni assai modeste, potrebbero essere considerati più rilevanti di quelli che sono, per contro, i molteplici vantaggi complessivi derivanti alla controllata dall'appartenenza al gruppo.

E, se si accogliesse l'interpretazione più restrittiva, si dovrebbe quindi concludere per la possibilità di esperire l'azione di responsabilità, *ex art. 2497 c.c.*, anche in casi in cui i vantaggi complessivi si trovano ad essere del tutto preponderanti rispetto ai modesti danni collegabili a singoli atti "eterodiretti".

Prima di passare ad altro vorrei, però, dare anche conto di un'altra definizione normativa che qui deve essere esaminata: mi riferisco al fatto che l'esclusione da responsabilità non è contemplata solo con riferimento all'ipotesi dei vantaggi compensativi, ma anche quando il danno c'è e viene integralmente eliminato, anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

È chiaro che quest'ultima è una fattispecie differente: qui la valutazione non va effettuata con riferimento ai vantaggi compensativi, perché, in questo caso, anche se il danno c'era, ma *medio tempore* sono intervenute delle operazioni volte ad eliminare il pregiudizio determinato dalle operazioni "eterodirette" dalla controllante in danno della controllata, è chiaro che non vi è più spazio per andare ad esaminare, alla luce dei vantaggi compensativi, il rapporto fra vantaggio complessivo derivante alla controllata dall'appartenenza al gruppo rispetto ai pregiudizi derivanti da atti specifici.

Infatti, anche se pregiudizi fossero sorti da questi atti specifici, è palese che, nel momento in cui sono state successivamente poste in essere delle operazioni dirette all'eliminazione di questi pregiudizi, essi non sussistono più, perché neutralizzati dalle operazioni successive a ciò specificamente dirette.

Ma andiamo oltre.

Si tratta, giunti a questo punto, di cercare di individuare quale sia la condotta sanzionata e di comprendere quali siano gli atti incriminati.

Va qui posto in luce che le società controllanti, le società o gli enti che esercitano attività di direzione o di coordinamento non possono influenzare, con una gestione “eterodiretta”, le società controllate, per perseguire l’interesse imprenditoriale della stessa controllante o di terzi, anziché l’interesse imprenditoriale della società controllata.

È questo, a ben riflettere, il possibile pregiudizio derivante alla controllata dalla condotta adottata dalla controllante in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Ma, ancora, è indispensabile comprendere bene che cosa significhi tenere una condotta in base alla quale le società controllanti agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o di terzi, violando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società soggette ad attività di direzione e di coordinamento.

Qui, mi sembra evidente, viene invocato il principio di correttezza, che è un principio generale del nostro ordinamento, nel senso che, in materia di obbligazioni, come è noto, l’art. 1175 c.c. prevede l’obbligo generale di buona fede contrattuale, che va intesa come solidarietà con tutte le altre parti di un rapporto, in un contesto in cui deve essere perseguito il proprio interesse, senza ledere, però, l’interesse altrui.

Ora, l’art. 2497 c.c. è una norma in bianco, in quanto essa stabilisce un principio senza dettarne, nel dettaglio, i contorni ed i contenuti.

E questo è molto ben detto, a mio avviso, nella già citata relazione accompagnatoria alla riforma, ove si afferma che spetterà alla dottrina e alla giurisprudenza di individuare, in concreto, in che modo debba essere attuata una corretta gestione imprenditoriale e societaria, posta, nel nuovo testo, a tutela degli interessi ivi protetti.

E, ovviamente, dottrina e giurisprudenza non potranno non tenere conto delle infinite variabili, dell’incessante evoluzione economica ed operativa del settore.

Quindi, come detto, l’art. 2497 c.c. è una norma in bianco, che lascia agli interpreti il compito di riempire questi concetti, che, peraltro, dovranno muoversi nell’ambito dei principi generali in tema di correttezza.

Principi di correttezza, tra l’altro, che non possono non collegarsi con gli obblighi che vengono oggi posti a carico degli amministratori quando, secondo il testo riformato dell’art. 2392 c.c., in tema di s.p.a., si dispone che gli amministratori debbono adempiere ai loro obblighi con la diligenza richiesta dal loro incarico e secondo le loro specifiche competenze, ma in un contesto in cui la norma viene interpretata dai primi commentatori (e condivido questo approccio) qualificando questi obblighi come obblighi sostanzialmente di correttezza, *ex art. 1176, comma secondo, c.c.*

È, perciò, una norma che si colloca nell’ambito della correttezza, intesa come principio generale nell’adempimento delle obbligazioni (in questo caso quelle gravanti sugli amministratori).

Ma, proseguendo, quando si parla di pregiudizio, che cosa si intende?

Qui la risposta la dà espressamente l'art. 2497 c.c., laddove dispone che si tratta di un pregiudizio arrecato dalla condotta incriminata alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché ai creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale.

Ora, si deve in proposito sottolineare, anzitutto, che il valore che la norma intende proteggere e che viene, in qualche modo, leso è quello della partecipazione sociale, in particolare di quella dei soci di minoranza.

Si tratta di situazioni che vengono tutelate, nella *mens legis*, con riferimento al valore della redditività e, come è stato rilevato, si tratta di partecipazioni di natura non strategica, esistenti soprattutto allo scopo di partecipare alla distribuzione dei profitti e dei margini di utile derivanti.

Sono quelle che, com'è stato osservato, debbono essere iscritte a bilancio nell'attivo circolante dello stato patrimoniale.

Ma sono nondimeno tutelate anche partecipazioni di tipo diverso e, cioè, quelle in cui il socio partecipa non per trarre un profitto diretto dall'investimento, ma per le utilità che può, per esempio, trarre a beneficio della sua impresa.

Si tratta, in questo caso, di partecipazioni che vanno iscritte a bilancio, nello stato patrimoniale, tra le immobilizzazioni finanziarie.

Quindi, quando si parla di tutela delle partecipazioni, ci si deve riferire alle diverse dinamiche della partecipazione dell'uno e dell'altro tipo, rispetto alle quali il significato della redditività e del valore della partecipazione sociale può assumere valenze e contorni diversi.

Viene tutelata, altresì, come sopra ho rilevato, la sfera dei creditori sociali e, sotto questo profilo, va osservato che non vi è nulla di particolarmente nuovo, perché si sa che l'azione spettante ai creditori sociali, *ex art. 2394 c.c.*, si fonda sulla lesione che gli amministratori hanno arrecato, con la loro condotta, all'integrità del patrimonio sociale, da considerarsi, *ex art. 2740 c.c.*, come garanzia generale a favore del ceto creditorio.

E mi sembra che l'espressione contenuta nell'art. 2497 c.c. intenda, in buona sostanza, riferirsi a questo concetto.

Resta da esaminare quali siano i soggetti responsabili *ex art. 2497 c.c.*

Il problema deve essere posto, perché, se si parla di responsabilità, è chiaro che debbono essere individuati i soggetti responsabili.

E qui la questione è spinosa: l'art. 2497 c.c. contempla, al primo comma, le società e gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento (andando a sostituire, con questa espressione, la diversa previsione contenuta nel precedente testo, riferentesi, più generalmente, a "chi" esercita attività di direzione e coordinamento) e questa scelta ha posto problemi non indifferenti in relazione all'effettiva possibilità di sussumere, nell'ambito dei soggetti responsabili, anche le "holding persone fisiche".

Il fatto, invero, che la norma si riferisca alle società o agli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento, pare significare, da un punto di vista letterale, che l'attività di direzione e di coordinamento facente capo a "holding – persone fisiche" (fenomeno tra l'altro diffuso, come è noto), deve essere considerata al di fuori dell'art. 2497 c.c., ponendo così al riparo le "holding - persone fisiche" dall'applicabilità, nei loro confronti, della previsione contenuta in questa disposizione.

Vi è nondimeno chi sostiene che, in realtà, la "holding - persona fisica" non sarebbe esclusa dalla responsabilità, perché, se è vero che il primo comma dell'art. 2497 c.c., nell'individuazione dei soggetti, si riferisce a società o enti, in realtà, poi, il secondo comma continua affermando che "risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio".

E, forse, queste considerazioni meritano un'adeguata riflessione.

Ma è giunto, a questo punto, il momento di concludere e vorrei farlo osservando che, se dubbi interpretativi ed applicativi – con riferimento alle nuove norme – vi sono, non si può però negare che il "pacchetto complessivo" che riguarda la disciplina della responsabilità nei gruppi e, cioè, l'attività di direzione e di coordinamento di società tutela, in maniera sicuramente superiore rispetto a prima, quelli che sono gli interessi coinvolti dall'esistenza di una realtà imprenditoriale particolare, come è quella del gruppo.

## **“RESPONSABILITÀ E REGOLE NEL GOVERNO DELL’IMPRESA”**

*Avv. Damiano Tommasini - Studio De Poli - Università di Padova*

A conclusione di un pomeriggio di studio sulla responsabilità e le regole nel governo dell’impresa, vorrei porre alla vostra attenzione uno strumento che, per molti versi, si presta ad essere impiegato quale forma di controllo preventivo del rischio di violazione delle menzionate regole di governo e, quindi, della conseguente responsabilità degli amministratori.

Mi riferisco, in particolare, alla possibilità che in sede di redazione o modifica dello statuto di una società per azioni venga posto uno sbarramento, per così dire di tipo qualitativo, all’accesso alla carica di amministratore, subordinandone l’assunzione al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, da conservare per l’intera durata della carica, pena la decadenza dalla medesima.

La disposizione cui alludo è l’art. 2387 c.c., il quale stabilisce che *“Lo statuto può subordinare l’assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l’articolo 2382”*. La stessa disposizione fa *“salvo quanto previsto da leggi speciali in relazione all’esercizio di particolari attività”* e trova applicazione anche per i membri del consiglio di gestione nel sistema dualistico, così come per quelli del consiglio di amministrazione nel sistema monistico, in virtù dei rinvii operati, rispettivamente, dall’art. 2409-*undecies* c.c. e dall’art. 2409-*noviesdecies* c.c.<sup>1</sup>.

Non è mia intenzione approfittare del tempo concessomi ed intrattenermi a lungo su questa disposizione, a voi peraltro ben nota. Segnalo, tuttavia, come in occasione della redazione o della modifica degli statuti tale norma consenta di fissare dei requisiti positivi di accesso alla carica di amministratore, laddove in precedenza ci si limitava a definire in negativo le cause di ineleggibilità e decadenza, e permetta quindi di esercitare una forma di controllo da parte dei soci, specie in quelle società in cui esista una netta scissione tra titolari della funzione gestoria e titolari del capitale.

---

<sup>1</sup> Per un commento alla disposizione si vedano: LANDINI, *sub art. 2387 c.c.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 715 e ss; SIRONI, *sub art. 2387 c.c.*, in AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, *Amministratori*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, p. 277 e ss; SALINAS, *sub art. 2387 c.c.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, 2, I, Bologna, 2004, p. 2387 e ss; MOSCO, *sub art. 2387 c.c.*, in AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, a cura di Nicolini Stagno d’Alcontres, I, Napoli, 2004, p. 623 e ss.

Com'è evidente, quelli indicati in termini generali dalla disposizione ora richiamata sono dei requisiti per così dire "aperti", i quali necessitano dell'attribuzione di uno specifico contenuto sostanziale da parte del redattore della clausola statutaria. Attribuzione che può non risultare sempre agevole ed immediata: tali requisiti, infatti, si modellano al contesto, economico ma non solo, in cui opera la società e, per quanto abbiamo detto, anche alle peculiarità delle esigenze di controllo della gestione sussistenti nel caso concreto.

L'attribuzione del relativo contenuto, pur puntuale, deve per altro verso evitare di costituire un ostacolo alla nomina degli amministratori da parte dell'assemblea, come sarebbe nell'ipotesi in cui un'eccessiva specificazione di detto contenuto impedisse di accedere alla carica o, peggio ancora, nell'ipotesi in cui un'eccessiva personalizzazione finisse per garantirne la conservazione da parte di un determinato soggetto<sup>2</sup>.

Come suggerito dalla disposizione in questione che ne fa un espresso richiamo, un aiuto alla redazione della relativa clausola statutaria potrà essere dato dai codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione dei mercati regolamentati.

Si tratta di un richiamo – quello della disposizione in parola - che se da un lato presuppone implicitamente che tali codici costituiscano un modello di riferimento ottimale di *corporate governance*, dall'altro tende proprio a favorire una diminuzione dei costi di transazione legati alla disciplina statutaria dell'indipendenza degli amministratori<sup>3</sup>.

Qualora, pertanto, non si proceda ad un'autonoma definizione dei requisiti, potrà risultare agevole una riproduzione delle corrispondenti previsioni dei codici di comportamento o, ancor più semplicemente, l'introduzione di un rinvio mobile alla clausola del codice prescelto; soluzione, quest'ultima, che espone tuttavia al rischio che l'eventuale modifica della clausola del codice comporti anche una modifica dello statuto.

Pur senza pretese di completezza, è possibile provare a delineare le principali caratteristiche di tali requisiti.

---

<sup>2</sup> Cfr. il principio espresso, nella vigenza del precedente codice, da CASS. 14 dicembre 1995, n. 12820, in *Soc.*, 1996, p. 776, secondo cui "A questo risultato, invece, condurrebbe una disciplina statutaria che, riferendo l'eleggibilità dell'amministratore (non ad elementi obiettivi, ma) alla mera volontà espressa dai soci *uti singuli*, facesse dipendere la permanenza in carica dell'amministratore dal consenso del socio che lo ha designato, posto che in tal caso, quando il socio designante ha ritirato il proprio consenso, all'assemblea non resterebbe che prendere atto di una volontà (per lei) assolutamente insindacabile".

<sup>3</sup> Nel primo senso, DE MARI, *Corporate governance e nuovo diritto di autodisciplina delle quotate*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 541; nel secondo senso ALVISI, *Autoregolamentazione e corporate governance nella riforma del diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 1094.

Si può così cominciare dall'*onorabilità*, che può essere intesa come la mancanza di precedenti penali in capo all'amministratore.

Il requisito in questione rappresenta una sorta di estensione delle situazioni soggettive già previste dall'art. 2382 c.c. come cause di ineleggibilità e decadenza e ha la funzione di contribuire a garantire una gestione corretta ed autonoma dell'impresa, introducendo una dimensione etica alla sua gestione.

I precedenti penali d'ostacolo all'*onorabilità* potranno essere connessi o meno con l'attività svolta dalla società ed eventualmente potranno essere estesi ai reati non colposi. In ogni caso, pare opportuno limitare i precedenti a quelli accertati con sentenze di condanna divenute irrevocabili; diversamente, sembra consigliabile la previsione della sospensione della carica di amministratore<sup>4</sup>.

Passando alla *professionalità*, essa può essere intesa come il possesso di titoli di studio o di esperienze professionali specifiche: appare evidente, in questa ipotesi, come si debba trattare di titoli di studio od esperienze qualificanti, relative ad esempio allo specifico settore economico in cui opera l'impresa.

Ad un tale proposito, pare opportuno non trascurare la possibilità, già sperimentata nelle discipline speciali, di differenziare i requisiti di professionalità nell'ambito del medesimo organo gestorio, introducendo diversi profili professionali ed evitando quell'effetto di totale chiusura all'apporto di esperienze di diversa tipologia che potrebbe rivelarsi dannoso in termini di efficienza dell'amministrazione.

La specificazione di requisiti di professionalità può acquistare, a ben vedere, un'importanza che va oltre la funzione preventiva di controllo nell'accesso e nel mantenimento della carica di amministratore, assumendo uno specifico rilievo ai fini della valutazione della relativa responsabilità: ai sensi dell'art. 2392 c.c., infatti, il livello di diligenza richiesto all'amministratore nell'espletamento delle proprie mansioni è da rapportare non solo alla natura dell'incarico, ma anche alle *specifiche competenze*, quali quelle eventualmente richieste dai requisiti di professionalità. Ciò consente di ritenere che eventuali requisiti di professionalità richiesti dallo statuto possano contribuire a definire il grado di responsabilità dell'amministratore che ne sia effettivamente dotato<sup>5</sup>.

Ulteriore conseguenza - com'è stato osservato - sarà quella che nell'ipotesi in cui si scelga di differenziare i requisiti di professionalità in seno al medesimo organo gestorio sarà possibile commisurare l'operato di ciascun amministratore ad un differente grado di diligenza in quanto ad una diligenza "*generica*" esigibile da tutti gli amministratori e derivante dalla "*natura dell'incarico*", potrà corrispondere una

---

<sup>4</sup> La legittimità di una simile clausola è pacificamente riconosciuta da PORTALE, *Sospensione delle funzioni di amministratori e sindaci*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1994, I, p. 382; SALAFIA, *La sospensione della carica degli amministratori, sindaco, direttore generale di banche*, *Sim*, in *Soc.*, 1998, p. 755.

<sup>5</sup> Così anche SIRONI, *op. cit.*, p. 293; LANDINI, *op. cit.*, p. 719.

diligenza “*specifica*” esigibile dagli amministratori qualificati, ossia in possesso di determinati requisiti fissati dallo statuto<sup>6</sup>.

Passando, infine, all’*indipendenza*, si può ritenere che la stessa sia rappresentata dalla completa autonomia di giudizio dell’amministratore rispetto ai condizionamenti interni ed esterni e nell’attitudine al perseguimento esclusivo dell’interesse sociale<sup>7</sup>.

Come si evince da una simile definizione, si tratta di un atteggiamento che dovrebbe caratterizzare l’etica professionale di ogni amministratore e che, qualora nello statuto si traducesse in un canone generale di comportamento, rischierebbe di rimanere una mera enunciazione di principio persino superflua.

Da qui la necessità, ma anche la difficoltà, di fissare dei parametri obiettivi di indipendenza: opera, questa, per la quale può essere d’aiuto - come anticipato - il ricorso ai codici di autodisciplina.

Il riferimento principale è costituito dal *Codice di autodisciplina* redatto dal Comitato per la Corporate Governance delle società quotate, istituito presso Borsa Italiana S.p.A., redatto per la prima volta nel 1999 e fatto oggetto di revisione nel luglio del 2002, e meglio noto come Codice Preda dal nome di colui che l’ha presieduto<sup>8</sup>.

Il Codice Preda, com’è noto, rappresenta un insieme di regole e di principi di comportamento indirizzato alle società emittenti azioni quotate nei mercati regolamentati italiani; esso propone un modello organizzativo dell’organo amministrativo basato sulla distinzione tra *gestione* e *controllo*, posto che prescrive un consiglio di amministrazione composto da amministratori esecutivi (per tali intendendosi gli amministratori delegati, nonché gli amministratori che ricoprono funzioni direttive all’interno della società) ed amministratori non esecutivi, cui spettano funzioni di vigilanza. Tra questi ultimi il codice prescrive un numero adeguato di amministratori indipendenti.

I parametri fissati per assicurare l’indipendenza sono costituiti da:

- a) l’assenza di relazioni economiche, dirette ma anche indirette o per conto di terzi, con la società, con le sue controllate, con gli amministratori esecutivi, con l’azionista o gruppo di azionisti che controllano la società, che siano di rilevanza tale da condizionarne l’autonomia di giudizio;
- b) l’assenza di titolarità, diretta ma anche indiretta o per conto terzi, di partecipazioni azionarie di entità tale da permettere loro di esercitare il controllo o un’influenza notevole sulla società, oltre che la mancata partecipazione a patti parasociali per il controllo della società stessa;

---

<sup>6</sup> Ancora SIRONI, *op. cit.*, p. 294.

<sup>7</sup> MONTALENTI, Corporate governance, *consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, 4, p. 819.

<sup>8</sup> Il Codice è reperibile all’indirizzo [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it).

c) l'assenza di "strette" relazioni familiari con gli amministratori esecutivi o con soggetti che non siano indipendenti in quanto si trovano nelle situazioni indicate in precedenza.

\* \* \*

Ciò detto in ordine a tali requisiti, va precisato come gli stessi si atteggino diversamente nella legislazione speciale, la cui applicazione viene fatta salva dalla norma in esame.

Non saranno certo sfuggite, ad esempio, le corrispondenti disposizioni contenute nella normativa bancaria ed in quella in materia di intermediazione finanziaria che da tempo impongono un controllo sulle persone che, in base ai generali principi di diritto societario, esercitano un controllo sulla gestione della banca e dell'intermediario.

Il D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, meglio noto come Testo Unico Bancario, prevede il possesso di particolari requisiti di professionalità ed onorabilità degli amministratori, oltre che dei soci; i requisiti, un tempo indicati dalla stessa legge, sono ora demandati a decreti ministeriali secondo quella scelta di delegificazione che trova la sua *ratio* nell'esigenza di assicurare un agevole adeguamento della disciplina dei requisiti alla complessa evoluzione dell'ordinamento, nazionale e comunitario<sup>9</sup>.

Nel senso da ultimo indicato si è posto anche il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, meglio noto come Testo Unico della Finanza, il cui art. 13, riprendendo quasi integralmente l'art. 26 del Testo Unico Bancario, ha previsto il necessario possesso di analoghi requisiti dei soggetti operanti nel mercato finanziario<sup>10</sup>, con esclusione degli amministratori delle società quotate poiché la delega legislativa non consentiva di andar oltre la riforma del collegio sindacale.

Entrambe le discipline, inoltre, hanno introdotto anche obbligatori requisiti di indipendenza per effetto del coordinamento con la riforma del diritto societario realizzata dal D. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

Analoghe disposizioni valgono, poi, anche per gli amministratori di società che svolgono attività assicurativa, fiduciaria e di revisione<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. il D.M. 18 marzo 1998, n. 161. Per un esame della disciplina legislativa e regolamentare si veda MAZZINI, *sub art. 25*, in Av.Vv., *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Bologna, 2003, p. 26.

<sup>10</sup> Cfr. il D.M. 11 novembre 1998, n. 468. Si veda, per un esame della disciplina legislativa e regolamentare, CORVESE, *La disciplina degli esponenti aziendali e dei partecipanti al capitale delle Sicav, delle Sim e delle Sgr*, in AA.VV., *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, p. 189 e ss.

<sup>11</sup> Si veda quanto stabilito dagli artt. 54 e 76 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, per le imprese assicurative e dall'art. 4 della l. 23 novembre 1939, n. 1966 per le società fiduciarie e di revisione, applicabile sino alla loro riforma organica così come disposto dall'art. 199 del T.U.F.

Pur in presenza delle numerose analogie che, ad un primo esame, si possono scorgere tra la disciplina generale e quelle speciali, sembra tuttavia necessario evitare quell'istintivo accostamento tra le medesime suscitato dalla formulazione della disposizione introdotta dalla riforma del diritto societario.

Anzitutto, perché nel diritto societario i requisiti mirano a garantire l'equilibrio gestionale della società, principalmente nell'interesse dei soci; ciò è tanto più evidente nell'ipotesi di società "chiuse". Diversamente, nella disciplina speciale l'obiettivo è quello di una gestione sana, prudente e professionalmente qualificata, di società che non solo presentano caratteristiche peculiari sotto il profilo tecnico e amministrativo, ma soprattutto svolgono attività che hanno notevoli implicazioni sul sistema economico generale: ecco allora che tali requisiti all'accesso alla carica mirano, più in generale, a garantire la stabilità complessiva del sistema.

Conseguenza di quanto appena detto è che nel diritto societario la previsione dei requisiti in questione è solo facoltativa, costituendo un'opportunità per i soci, cui è lasciata la determinazione del contenuto specifico dei requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza. Nella disciplina speciale, per contro, la previsione di tali requisiti è obbligatoria ed il relativo contenuto è determinato autoritativamente, con gli obiettivi che si sono sopra ricordati.

A questo punto, tornando alla norma introdotta dalla riforma ed all'impiego che si è ora suggerito, appare scontato che nelle ipotesi in cui la società non avesse un oggetto sociale analogo a quello delle società sopra menzionate, un richiamo a tali requisiti potrebbe risultare eccessivo oltre che fuorviante.

Vi ringrazio per l'attenzione.

## **Volumi già pubblicati:**

1. ***“Trascrizione del preliminare nelle compravendite immobiliari”.***  
Le modifiche al Codice Civile introdotte dal D.L. 31.12/96 n. 669 convertito in Legge 28.02.97 n. 30.  
Atti del workshop tenuto il 6 marzo 1998.
2. ***“La tutela delle invenzioni e dei modelli industriali”.***  
Dal deposito delle domande di brevetto alla soluzione delle controversie.  
Atti del workshop tenuto il 27 novembre 1998.
3. ***“Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”.***  
Atti del workshop tenuto il 22 aprile 1999.
4. ***“Attuali problematiche dei marchi d’impresa”.***  
Atti del workshop tenuto il 3 giugno 1999.
5. ***“Marchi, denominazione geografiche e di fantasia, elementi e nuove tecnologie in genere nel settore vitivinicolo”.***  
Atti del convegno tenuto il 30 giugno 2000
6. ***“La tutela del Design nell’Unione Europea”***  
Atti del convegno tenuto il 30 marzo 2001
7. ***“Le nuove forme di regolazione del mercato”***  
Le Camere di Commercio arbitri dei rapporti imprese-consumatori.  
Atti del convegno tenuto il 5 ottobre 2001
8. ***“Modello di contratto di agenzia per l’estero”***  
Modello di contratto per esportatori del settore mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera di Commercio di Treviso
9. ***“Lo statuto della Nuova Società Europea”***  
Atti del convegno tenuto il 18 ottobre 2002

10. ***“Modello di contratto di distribuzione per l'estero”***  
Modello di contratto per esportatori del settore del mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera di Commercio di Treviso
11. ***“Modello di contratto internazionale di vendita”***  
Modello di contratto per esportatori del settore del mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera di Commercio di Treviso
12. ***“Il nuovo sistema concorsuale”***  
Atti del convegno tenuto il 07 maggio 2004
13. ***“La Metrologia legale come strumento di tutela della fede pubblica”***
14. ***“Modello di contratto di distribuzione per l'estero”***  
Modelli di contratto di agenzia, di distribuzione e di vendita per esportatori del settore del mobile, elaborati a cura della Curia Mercatorum/Camera commercio