

# GLI AMMINISTRATORI

## LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

Gli amministratori di S.p.A. agiscono nell'interesse di altri ed esercitano un potere che è necessariamente caratterizzato da margini amplissimi di discrezionalità. Il rischio, però, è che gli amministratori approfittino nella discrezionalità e quindi della insindacabilità del loro potere per fare scelte di gestione che soddisfano più l'interesse loro è quello della società. È per questa ragione che alla discrezionalità che caratterizza la gestione della società, si contrappone la necessità di articolare un sistema integrato di controlli interni ed esterni in grado di minimizzare tale rischio. La nozione di interesse sociale è peraltro complessa: è possibile definirlo come l'interesse che fa capo congiuntamente alla collettività dei soci; ma tale definizione non deve far dimenticare che i soci non sono portatori di interessi omogenei, di una pluralità di interessi diversi che possono entrare in reciproco conflitto. E d'altra parte un dato condiviso che gli organi preposti alla gestione della società sono chiamati anche tener conto, e talvolta tutelare, l'interesse di altri soggetti (terzi) che hanno o possono avere rapporti con la società (creditori). Gli interessi di questi soggetti non possono essere ricompresi nella nozione di interesse sociale, ma devono certamente essere tenuti in conto. La complessità del problema chiarisce l'inesistenza di un assetto che meglio di altri assolve il compito di temperare la necessaria discrezionalità nella gestione con la tutela degli interessi coinvolti. Si è così rilevato che la dimensione e la natura della compagine sociale e il rapporto tra la proprietà e la gestione incidono in maniera significativa sul modello di governo societario. Conseguentemente, il legislatore ha ritenuto di non imporre un unico modello di governo societario, come avveniva nel codice nel 1942, e ha offerto ai soci, la scelta tra tre modelli alternativi. Ha cioè elaborato una sorta di menù in cui i soci possono scegliere tra diversi piatti, ma non possono portare a ciascuno di essi modifiche rilevanti. Le diverse alternative si caratterizzano essenzialmente per il modo in cui sono distribuite le funzioni di amministrazione e di controllo.

In base al 2380, se lo statuto non dispone diversamente, la società è organizzata con il sistema di amministrazione e controllo che, essendo il sistema da sempre caratteristico del nostro ordinamento, viene comunemente definito tradizionale. In tale sistema gli organi di gestione e controllo sono nominati dall'assemblea; l'organo di gestione può essere unipersonale o collegiale, mentre l'organo di controllo (collegio sindacale) è necessariamente collegiale. A quest'ultimo, nei casi individuati dalla legge, possono essere affidati sia i controlli gestionali sia il controllo contabile, mentre negli altri casi il controllo contabile deve essere affidato a un revisore contabile esterno.

Lo statuto della società può optare per il sistema definito dalla legge come dualistico (2409-octies e ss.). L'organo di controllo (consiglio di sorveglianza) è nominato dall'assemblea dei soci, mentre l'organo di gestione viene nominato non già dall'assemblea dei soci, ma dal consiglio di sorveglianza.

L'ultima alternativa è costituita dal sistema monistico (2409-sexiesdecies e ss.). Mentre l'organo amministrativo (consiglio di amministrazione) è nominato dall'assemblea dei soci, l'organo di controllo (comitato per il controllo sulla gestione) è nominato dal consiglio di amministrazione nell'ambito dei suoi stessi componenti indipendenti.

Sia nel sistema dualistico, sia nel sistema monistico il controllo contabile è necessariamente affidato a un revisore esterno. Il legislatore ha espressamente affermato che i diversi sistemi sono ugualmente efficaci nell'assicurare che la società sia gestita in maniera corretta.

L'azione di ciascun organo e di regola oggetto di un'articolata rete di controlli interni ed esterni e a prevenire e, nel caso, a reprimere il compimento di atti illeciti, eventualmente dannosi per la società o per i terzi. A tale sistema di controlli corrisponde un complesso sistema di responsabilità a carico degli organi sociali: responsabilità civile per i danni arrecati alla società, ai soci o ai terzi; responsabilità pubblica amministrazione; responsabilità penale.

## IL SISTEMA TRADIZIONALE

La disciplina del sistema tradizionale costituisce la normativa di riferimento per i sistemi alternativi: il 2380, ultimo comma, dispone che ogni riferimento agli amministratori si applica ai membri del consiglio di amministrazione (e quindi all'organo di gestione nel sistema tradizionale e nel sistema monistico) o ai membri del consiglio di gestione (e quindi all'organo di gestione del sistema dualistico).

Il 2380-bis prevede che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e quali compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. La norma enuncia un principio cardine e trova applicazione sia al consiglio di gestione sia al consiglio di amministrazione degli altri due sistemi. La norma inoltre contiene due importanti progetti: da una parte e chiarisce la natura della relazione che esiste tra le deliberazioni assembleari in materia di gestione e l'azione degli amministratori. Gli amministratori sono, infatti, individuati come l'unico centro motore dell'attività gestionale e le deliberazioni eventualmente assunte dall'assemblea sono scelte gestionali, nei casi in cui lo statuto o alla legge le prevedano, hanno una mera funzione autorizzatoria, che non ha effetti quanto alla paternità dell'atto, sempre da attribuirsi esclusivamente agli amministratori. D'altra parte, la

norma in esame individua il contenuto dell'attività di gestione, chiarendo che essa si sostanzia nel compimento di tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Tra queste rientrano, da un lato, le strategie funzionali al perseguimento dell'oggetto sociale e, dall'altro, l'adempimento di tutti gli obblighi che la legge impone alla società.

Nella S.p.A. l'amministrazione può essere affidata anche a non soci (il principio trova applicazione anche negli altri due sistemi). Nel sistema tradizionale l'organo di gestione può essere unipersonale o collegiale. Lo statuto può limitarsi ad indicare un numero di amministratori massimo e minimo, ma in tal caso la legge prevede che la determinazione del numero spetti all'assemblea. I lavori del cda sono coordinati da un presidente nominato tra i suoi membri dall'assemblea.

## **NOMINA E REVOCA**

La nomina degli amministratori spetta all'assemblea ordinaria, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo (2383).

Il principio della nomina assembleare conosce tuttavia alcune eccezioni indicate nel 2383. Infatti lo statuto può riservare la nomina di un componente dell'organo amministrativo ai portatori degli strumenti finanziari di cui al 2346 e 2349, nonché allo Stato o ad altri enti pubblici in società nelle quali tali enti abbiano una partecipazione; la legge o lo statuto possono poi operare tale riserva a favore dello Stato o di enti pubblici anche in relazione a società nelle quali tali enti non abbiano alcuna partecipazione. Al di fuori di tali eccezioni la regola è inderogabile. E amministratori possono essere nominati per un periodo massimo di tre esercizi e, nel silenzio dello statuto o della deliberazione di nomina, la scadenza viene fatta coincidere con la data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. Gli amministratori possono essere rieletti nella carica dopo la scadenza del loro mandato, salvo diversamente disposto dallo statuto.

Il 2382 fissa come cause di ineleggibilità, che operano altresì come cause di decadenza, l'interdizione, l'inabilitazione, il fallimento e la condanna ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi. È dubbio che possa ricoprire la carica di amministratore una persona giuridica. Il problema è da sempre oggetto di discussione.

Si ritiene che il rapporto tra amministratore e società abbia natura contrattuale e che il contratto sia un tipo contrattuale autonomo il cui contenuto è regolato dalla legge e che può essere integrato o modificato dall'atto costitutivo della società. La figura del suo più vicina è certamente quella del contratto di mandato. Numerose sono tuttavia le differenze: da un lato l'oggetto, limitato al compimento di atti giuridici e quello del mandato, certamente più complesso quello del contratto di amministrazione; dall'altro lato, a differenza che nel contratto di mandato, nel quale il mandatario deve seguire le istruzioni impartite dal mandante, nella sua attività l'amministratore non è assoggettabile alle istruzioni di alcun organo. È un contratto a tempo determinato che ha natura onerosa. Tuttavia, in virtù della necessaria sussistenza di un rapporto fiduciario l'assemblea può revocare gli amministratori in ogni momento, con l'unica eccezione degli amministratori nominati dallo Stato o da altri enti pubblici, i quali possono essere revocati soltanto dall'ente che li ha nominati. È dubbio il regime della revoca per gli amministratori nominati dai portatori degli strumenti finanziari di cui al 2346 e 2349. Nel silenzio della legge parrebbe auspicabile che lo statuto disciplini nel dettaglio la fattispecie. La revoca può essere anche del tutto immotivata, ma in questo caso, come nel caso di motivazione infondata, e quale conseguenza un obbligo di risarcimento del danno a carico della società e a favore dell'amministratore revocato. Il danno risarcibile viene normalmente quantificato nei compensi che l'amministratore avrebbe dovuto percepire fino alla naturale scadenza del suo mandato, oltre a eventuali ulteriori da lì qualora la revoca avvenga in maniera da ledere la reputazione. Tali obblighi risarcitori non sussistono invece a guardare la revoca sia fondata su una giusta causa. Un'ipotesi specificamente regolata di giusta causa di revoca e la violazione da parte dell'amministratore del divieto di concorrenza (2390). La semplice consapevolezza da parte di tutti i soci non è ritenuta sufficiente a determinare una esenzione dal divieto, essendo invece necessaria l'adozione di una specifica deliberazione assembleare.

Oltre che per revoca e, ovviamente, per morte, la cessazione del rapporto tra amministratore e società può avvenire per rinuncia da parte dell'amministratore o per scadenza del termine. La rinuncia, che deve essere comunicata per iscritto all'intero cda e al presidente del collegio sindacale, ha effetto immediato e se permane in carica la maggioranza degli amministratori, mentre in caso contrario ha effetto dal momento in cui la maggioranza è stata ricostituita, attraverso l'accettazione dei nuovi amministratori (2385,1). Nel caso di scadenza del termine, invece, la cessazione ha effetto dal momento in cui il cda è stato ricostituito (2335,2). Sembra potersi affermare che in base a tale disposizione l'amministratore resti in carica in regime di prorogatio.

Quando la cessazione avviene alla scadenza del termine, l'assemblea provvede alla loro sostituzione. Quando invece la cessazione si verifica nel corso del mandato, la sua sostituzione può avvenire con una deliberazione ad opera

dello stesso cda (cd. cooptazione), approvata anche dal collegio sindacale; la cooptazione presuppone peraltro che sia rimasta in carica la maggioranza degli amministratori nominati dall'assemblea. Gli amministratori così nominati restano in carica fino alla successiva assemblea, che avrà la possibilità di confermarli ovvero di nominarne altri. Viceversa, nel caso in cui sia venuta meno la maggioranza degli amministratori nominati dall'assemblea, quelli rimasti in carica convocano l'assemblea perché provveda alla sostituzione dei mancanti. In questo caso, salvo diversa disposizione statutaria o deliberazione assembleare, gli amministratori così nominati restano in carica fino alla scadenza dell'intero consiglio (2386).

Lo statuto può prevedere che la cessazione di alcuni amministratori e faccia cessare l'intero consiglio, attraverso una clausola normalmente definita *simul stabunt simul cadent*. In tal caso gli amministratori rimasti in carica o, in alternativa, sono stati così disposti, il collegio sindacale, dovranno procedere alla convocazione dell'assemblea provvede al rinnovo dell'intera amministrazione.

In assenza di norme particolari nello statuto, la regola generale comporta la nomina dell'intero cda da parte della maggioranza. Il 2368 prevede però espressamente la possibilità dello statuto contenga norme particolari per la nomina alle cariche sociali. Può essere quindi introdotto un sistema di votazione che consenta alla minoranza di nominare alcuni amministratori. L'adozione di questi sistemi deve però tener conto di diverse eventualità: prevedere, ad esempio, che la relativa clausola non possa essere modificata la maggioranza; e prevedere meccanismi di sostituzione degli amministratori venuti meno. Questi accorgimenti incontrano almeno un limite specifico: la nomina degli amministratori deve restare competenza esclusiva dell'assemblea non può essere delegata.

## IL COMPENSO

Il 2389 stabilisce che: *I compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea.*

*La remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche in conformità dello statuto è stabilita dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale. Se lo statuto lo prevede, l'assemblea può determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, inclusi quelli investiti di particolari cariche.* (Perché mai tale decisione debba essere autorizzata dallo statuto e non possa essere assunta dall'assemblea è un mistero).

La legge prevede ora espressamente che la remunerazione degli amministratori possa essere costituita in tutto o in parte da una partecipazione agli utili o dall'attribuzione del diritto a sottoscrivere a prezzo determinato azioni di futura emissione (cd stock options).

Si ritiene che gli amministratori abbiano il diritto di essere compensati e che se l'assemblea non provveda alla determinazione del compenso dovuto, o di provvede in misura inadeguata, l'amministratore possa ottenere una determinazione giudiziale della remunerazione.

L'amministratore può anche essere un dipendente della società. L'unico limite all'instaurazione tra l'amministratore la società di un rapporto di lavoro subordinato è rappresentato dalla possibilità di riscontrare in fatto l'esistenza di un vincolo di subordinazione. Si ritiene così che non possa essere dipendente l'amministratore unico, nei confronti del quale nessuno potrebbe esercitare poteri spettanti al datore di lavoro nei confronti del lavoratore subordinato, mentre potrà esserlo il componente del consiglio.

## LA STRUTTURA DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

Se l'amministratore è l'unico questi esercita tutti i poteri di gestione e di rappresentanza nell'ambito dei limiti di legge di statuto e sotto il controllo del collegio sindacale ed eventualmente dei revisori esterni. Se, al contrario, l'organo amministrativo è composto da più persone (cda) le decisioni vengono adottate con il metodo collegiale, cioè facendo ricorso ad una riunione nella quale ciascuno dei membri deve poter contribuire al dibattito, formarsi un'opinione, esprimere un punto di vista e decidere di conseguenza. Di pari passo all'evoluzione tecnologica oggi la partecipazione alla riunione del consiglio può avvenire anche attraverso mezzi di telecomunicazione. La giurisprudenza ritiene sufficiente qualunque mezzo che consente di raggiungere l'assoluta certezza sulla identificazione dei partecipanti. L'attività del cda viene coordinata da un presidente, nominato dall'assemblea o, se questa non vi abbia provveduto, dallo stesso consiglio. Salva diversa disposizione statutaria, la legge attribuisce al presidente il potere di convocare il consiglio, fissando nell'ordine del giorno, di coordinarne i lavori e di provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie all'ordine del giorno vengano fornite tutti i consiglieri. Lo statuto conferisce usualmente al presidente anche il potere di rappresentare la società nei confronti dei terzi, attribuendogli quella che nella prassi viene definita la firma sociale.

Il consiglio si riunisce obbligatoriamente almeno una volta all'anno per discutere e a redigere il progetto di bilancio e, in presenza di organi delegati, almeno due volte all'anno. Pur tenendo conto che le attività di gestione giornaliera

vengono seguite dagli organi delegati, i membri del consiglio hanno infatti tutto l'interesse a che le riunioni si tengano con una certa frequenza. I membri sono normalmente tenuti a partecipare personalmente (è esclusa dal 2388, comma tre, la possibilità di farsi rappresentare) ed è del resto interesse di ciascun amministratore prendervi parte per contrastare l'adozione di deliberazioni dannose o inopportune. Il consiglio, infatti, può deliberare anche se non tutti i membri sono presenti: il 2388, comma uno, stabilisce che affinché il consiglio possa validamente deliberare deve essere presente la maggioranza degli amministratori in carica, sempre che lo statuto non richieda un quorum costitutivo più elevato. Con riguardo ai quorum deliberativi, il consiglio, e lo statuto non richiede maggioranze più elevate, delibera poi a maggioranza assoluta dei presenti (2388, 2).

Il comma 4 prevede che le deliberazioni del cda, non adottate in conformità della legge dello statuto, possano essere impugnate dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro 90 giorni dalla data della deliberazione. Anche i soci hanno la possibilità di impugnare le deliberazioni, ma solo quando queste siano lesive dei loro diritti. Il procedimento è quello del 2378, che regola l'impugnazione delle deliberazioni assembleari. La norma a cura di precisare che restano in ogni caso salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi. Il legislatore non ha distinto ipotesi di annullamento da ipotesi di nullità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione.

## **COMITATO ESECUTIVO E AMMINISTRATORE DELEGATO**

Il 2381 prevede che *Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti.*

Il cda non può provvedere alla cura degli affari quotidiani, attività che mal si addice ad un organo collegiale spesso composto da un numero elevato di membri. Al fine di garantire che la gestione sia seguita giornalmente la legge prevede che lo statuto all'assemblea possano consentire al cda e delegare parte delle proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo o ad uno o più dei suoi componenti.

Il comitato esecutivo, composto esclusivamente da membri del cda, funziona anche esso come organo collegiale. Vengono il più delle volte delegate funzioni di preparazione dei documenti strategici da sottoporre al consiglio e deliberazioni attinenti ad operazioni di particolare importanza che richiedono l'analisi attenta di un organo collegiale. La delega di funzioni al singolo componente del consiglio dà origine alla figura dell'amministratore delegato. Gli amministratori delegati possono essere uno o più. Nel caso in cui essi siano più di uno, non si costituirà un comitato esecutivo, perché gli amministratori delegati non operano mai come organo collegiale.

Il legislatore prevede un elenco di materie non delegabili tra le quali rientrano l'emissione di prestiti obbligazionari convertibili e gli aumenti di capitale eventualmente delegati al consiglio; la redazione del progetto di bilancio; le funzioni spettanti al consiglio in presenza di perdite oltre un terzo del capitale sociale; la predisposizione del progetto di fusione e di scissione. Al di fuori di queste materie ogni funzione può essere delegata, anche se deve ritenersi che esistano funzioni per la loro natura propria del solo consiglio nella sua interezza. E si allude ai poteri di verifica e controllo del consiglio sull'attività degli organi delegati e la loro attribuzione ad altro organo svuoterebbe il consiglio di ogni funzione operativa.

Contenuto, i modi ed eventuali modalità di esercizio della delega sono stabiliti, al di fuori dei vincoli sopra indicati, liberamente dal cda. Non esistono dunque regole predefinite.

L'amministratore delegato è, il più delle volte, investito del compito di seguire quotidianamente la gestione della società e di riferirne al cda. Oggetto della delega sono normalmente i poteri di gestione (e dunque il potere di assumere autonomamente decisioni) e connessi poteri di rappresentanza.

Il rapporto che esiste tra organi delegati e cda è fondato su un'ampia autonomia dei primi, rispetto alle funzioni delegate, anche se, da un lato, la delega può essere revocata in ogni momento, dall'altro il consiglio può sempre avocare a sé le funzioni delegate, così come impartire direttive. L'autonomia con cui gli organi delegati svolgono le loro funzioni non implica che il consiglio possa disinteressarsi delle funzioni delegate. E il legislatore a tal proposito ha arricchito l'apparato normativo individuando le modalità con cui il consiglio e i componenti devono svolgere le proprie funzioni in presenza di attività delegate. È così stato previsto, da una parte, che rispetto alle funzioni delegate agli organi delegati curino e l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscano al cda e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione nonché sulle operazioni di maggiore rilievo effettuate (2381,5). Dall'altra parte, il cda sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società; quando siano stati elaborati, esamina i piani strategici ed infine valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione (2381,3). Inoltre, in base al 2381, ultimo comma, ogni amministratore è sempre tenuto ad agire in modo informato e può chiedere agli organi delegati e informazioni relative alla gestione.

Tale modello impone la creazione di adeguati flussi informativi per consentire al consiglio di valutare con continuità l'andamento della gestione aziendale, ponendo in essere, se del caso, agli eventuali correttivi.

## **INTERESSI DEGLI AMMINISTRATORI E OPERAZIONI CON PARTI CORRELATE**

Tema di grande complessità è quello che riguarda la sussistenza in capo agli amministratori di un interesse in relazione ad un'operazione della società. Il 2391 dispone che l'amministratore debba dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse di cui egli sia portatore, per conto proprio o di terzi, in relazione a una determinata operazione della società, precisando la natura di tale interesse, i termini, l'origine e la portata. Il consiglio, nell'adottare la deliberazione che eventualmente approva l'operazione, nonostante il dichiarato conflitto, deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. L'amministratore delegato che si trovasse nella stessa condizione non soltanto deve fornire al consiglio tutte le informazioni, ma deve altresì astenersi dal compimento dell'atto, investendo dello stesso il consiglio. Nel caso dell'amministratore unico, la legge si limita a disporre che lo stesso debba dare notizia dell'interesse anche alla prima assemblea utile. Sembra possibile ricostruire la disciplina nel senso che l'amministratore unico debba dare notizia dell'interesse al collegio sindacale, ma che, al contrario dell'amministratore delegato, egli sia legittimato a compiere l'operazione, dovendo riferire a posteriori all'assemblea. Non è chiaro, tuttavia, quale sia il potere dell'assemblea una volta informata. Gli amministratori, nell'ambito dell'esercizio delle loro funzioni, non possono avere nessun'altra guida che non sia l'interesse della società. Ripugna l'idea che essi possano ispirare le loro azioni, al contrario, ad interessi propri. E le legislature si è dunque orientato verso una soluzione radicale: se è titolare di un interesse proprio e suscettibile di entrare in gioco l'amministratore non deve preoccuparsi di individuare se l'interesse della società e del proprio siano in conflitto per decidere se partecipare all'operazione, ma deve semplicemente dichiarare il proprio interesse. Spetta poi al consiglio valutare il da farsi.

Il terzo comma del 2391 prevede che nel caso in cui l'amministratore viola l'obbligo di informativa, ovvero qualora la deliberazione del consiglio non abbia quei requisiti di specificità e motivazione richiesti, ovvero ancora qualora la deliberazione sia adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, questa, sempre che possa recare un danno alla società, potrà essere impugnata dagli amministratori, esclusi quelli che hanno votato favorevolmente e dal collegio sindacale, entro 90 giorni dalla data dell'adozione. La norma a cura di precisare che sono in ogni caso salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede.

Un ultimo profilo connesso riguarda la responsabilità degli amministratori che abbiano arrecato un danno alla società utilizzando un vantaggio proprio o di terzi dati, notizie, o l'opportunità di affari appresi nell'esercizio del proprio incarico (2391, ultimo comma). Immaginiamo il caso di un amministratore che viene a conoscenza, a causa del suo ufficio, dell'esistenza di una opportunità speculativa, ed invece di concludere l'affare in nome della società, lo conclude per conto proprio. In un caso come questo l'amministratore dovrà rispondere di ciò.

Nelle società aperte, infine, una disciplina specifica di ulteriore rispetto quella generale appena descritta è dettata per quanto riguarda le operazioni con c.d. parti correlate, ovvero soggetti che si trovino, con la società, in una relazione che possa implicare un pericolo di conflitto con l'interesse sociale (2391-bis). La disciplina dispone che l'organo di gestione debba adottare, in relazione a tale operazione, regole che assicurino la trasparenza e la correttezza, rendendole note nella relazione sulla gestione, secondo i principi generali stabiliti dalla Consob. La norma non definisce la nozione di parti correlate. Una mozione, al momento applicabile alle sole società quotate, è contenuta nel art.2 del Regolamento Emittenti: sono parti correlate con la società: i soggetti controllanti, controllati, le società collegate, le joint ventures, i dirigenti, gli stretti familiari dei soggetti controllanti o controllati.

## **POTERE DI GESTIONE E POTERE DI RAPPRESENTANZA**

Il potere di gestione è il potere di dare contenuto alla volontà sociale, cioè di assumere decisioni in ordine alla conduzione degli affari sociali. Il potere di rappresentanza è il potere di manifestare la volontà sociale nei confronti dei terzi, e di creare rapporti giuridici tra essi e la società. I2 poteri possono spettare allo stesso soggetto, o a soggetti distinti e possono avere contenuto identico contenuto diverso.

Nella S.p.A. il potere di gestione spetta all'amministratore unico o al cda. Il potere di gestione può spettare anche ai singoli consiglieri (amministratori delegati), mentre poteri decisori più circoscritti possono essere attribuiti ai dipendenti (direttori, funzionari). Il potere di rappresentanza non è attribuito dalla legge ad alcun organo specifico. Lo statuto può determinare liberamente l'assegnazione. In mancanza, l'assegnazione sarà effettuata dall'organo cui è affidata la gestione della società, cioè il cda.

## **RAPPRESENTANZA SENZA POTERE E TUTELA DEL TERZO**

In materia di rappresentanza il problema fondamentale è quello della sorte degli atti stipulati dalla rappresentante al di là dei poteri che gli erano stati conferiti. Qui il legislatore deve necessariamente sacrificare l'interesse di un soggetto innocente: o quello del terzo aveva confidato nell'efficacia del contratto (se questo viene reso inopponibile al falso ha presentato), oppure quello del falso rappresentato, se viene vincolato ad eseguire un contratto non voluto. Nella disciplina generale della rappresentanza il legislatore compie una scelta decisamente favorevole al falso rappresentato: l'onere di accertare l'esistenza e di limiti della procura grava sul terzo che, in caso di errore, anche incolpevole, non potrà obbligare il falso rappresentato l'esecuzione del contratto. Tale distribuzione dei rischi viene modificata già dalla disciplina della rappresentanza degli imprenditori commerciali e delle società di persone, attraverso il sistema della pubblicità legale della procura. Nelle società di capitali e la protezione del terzo viene ulteriormente rinforzata. Il 2384 dispone che il potere di rappresentanza è generale. Le limitazioni che risultano dall'atto di nomina, dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, non sono punibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che la società sia in grado di provare che il terzo abbia intenzionalmente agito a suo danno il compimento da parte degli amministratori di atti che esulano dai loro poteri è rilevante ai fini del rapporto interno: esso, da un lato, giustifica la revoca dell'amministratore e, dall'altro, dà il diritto alla società di agire per il risarcimento dell'eventuale danno patito.

## **LA PECULIARITÀ DELLA TUTELA ASSICURATA AL TERZO DAL 2384**

La norma in esame deve essere raffrontata con il 2298 relativo alla rappresentanza delle snc e che, prima del 1969, era applicabile anche alle S.p.A.. Il 2298 prevede l'opponibilità ai terzi di tutte le limitazioni al potere di rappresentanza che siano state iscritte ed anche quelle non iscritte, di cui si provi che il terzo ha avuto ugualmente conoscenza. Il 2384 prevede, al contrario, la non opponibilità di tutte le limitazioni volontari al potere di rappresentanza, anche se pubblicate ed anche se note al terzo.

Per comprendere occorre tener presente l'ipotesi in cui un amministratore dotato di un potere di rappresentanza limitato conclude sistematicamente e col consenso di tutti gli altri amministratori contratti che non avrebbe avuto il potere di compiere. Questi contratti vengono tuttavia abitualmente seguiti dalla società e quindi ratificati. Quando però Davide che un contratto vantaggioso al momento della stipulazione, si riveli non più tale al momento dell'esecuzione la società avrebbe interesse a tirare fuori il cilindro dal coniglio, qui in forma di una limitazione al potere di rappresentanza iscritta. Il testo del 2384 ha risolto definitivamente la questione impedendo alla società di opporre ai terzi tali limitazioni.

## **I LIMITI DI APPLICAZIONE DELLA NORMA**

Il 2384 al secondo comma menziona le limitazioni ai poteri di rappresentanza che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti e comprende ovviamente anche le limitazioni eventualmente poste nell'atto di nomina. Sono invece sicuramente opponibili ai terzi le limitazioni derivanti dalla legge. Tra questi assume particolare rilievo il divieto di agire in conflitto di interessi con il rappresentato.

Dubbi sono stati avanzati sulla disciplina applicabile all'ipotesi di non coincidenza tra potere deliberativo e potere rappresentativo. È stato sostenuto che il 2384, secondo comma, non sarebbe applicabile quando il potere rappresentativo sussiste, ma è condizionato al previo esercizio del potere deliberativo di un altro organo. In questi casi dovrebbe essere applicata la disciplina generale, più favorevole alla società. La tesi appare incompatibile con il nuovo testo della norma.

Opponibile ai terzi è ritenuto in genere il difetto del potere di rappresentanza dell'amministratore che abbia agito individualmente, quando l'atto di nomina prevede invece una forma di rappresentanza congiunta. In questo caso non si avrebbe una limitazione convenzionale al potere di rappresentanza, ma una modalità di attribuzione del potere opponibile ai terzi una volta iscritta nel registro delle imprese.

Nei casi in cui l'atto non sia opponibile alla società, si applicherà la norma generale (1398) ed il terzo avrà diritto di richiedere all'amministratore e le risarcimento dei danni eventualmente subiti per avere confidato nella validità del contratto senza sua colpa.

## **GLI ATTI ESTRANEI ALL'OGGETTO SOCIALE**

Il 2298 dettato in tema di s.n.c (ed applicabile anche alla S.p.A. prima del 1969) prima stabilisce che l'amministratore che ha la rappresentanza della società può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale e poi si occupa della eventuale opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza. Tace invece sulla opponibilità dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale. Se ne potrebbe dedurre, quindi, che gli atti estranei non possono essere compiuti e, se compiuti, non vincolano mai la società. Una simile regola porrebbe il terzo in una situazione di grave disagio. Il rischio dell'estraneità verrebbe posto totalmente a suo carico. Questo rischio dovrebbe

essere controllato dal terzo mediante diligenti accertamenti in ordine alla natura dell'atto. La scelta di imporre al terzo un così rigido canone di diligenza è criticabile poiché non conduce a risultati equilibrati. L'accertamento dell'estraneità di un atto all'oggetto sociale è infatti operazione estremamente difficoltosa.

L'attuale disciplina della S.p.A. risolve il problema nel senso più favorevole al terzo, poiché induce a ritenere che la società non possa mai opporgli l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale. L'oggetto sociale è menzionato là dove viene definito il potere di gestione degli amministratori di S.p.A. ma non figura tra i limiti al potere di rappresentanza. L'affermazione per cui il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori e generale va interpretata nel senso che neppure l'oggetto sociale ne costituisce un limite. La rilevanza dell'oggetto sociale nella S.p.A. è da considerare attualmente come puramente interna. Il compimento di atti estranei potrà essere fonte di responsabilità per gli amministratori e magari potrà giustificare la revoca, ma l'atto resterà vincolante per la società.

## **CARATTERISTICHE GENERALI DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ADMIN**

Gli amministratori rispondono nei confronti di tre categorie di soggetti: *la società*, verso cui gli amministratori rispondono a titolo di responsabilità contrattuale per inadempimento (2392 e 2393); *i creditori*, verso i quali gli amministratori rispondono per la mancata conservazione dell'integrità del patrimonio della società (2394), *i singoli soci o i terzi*, a titolo di responsabilità extra contrattuale dà fatto illecito (2395).

Quando si parla di responsabilità degli amministratori non si parla di responsabilità nello stesso senso in cui si parla di responsabilità per esempio per i soci illimitatamente responsabili di società di persone. L'amministratore non è responsabile dei debiti della società, ne viene coinvolto patrimonialmente come accade ai soci illimitatamente responsabili. La responsabilità degli amministratori è una responsabilità per la violazione di determinati obblighi di comportamento. È una responsabilità che presuppone una colpa e che è circoscritta ai danni che in conseguenza di tale colpa sono derivati al patrimonio sociale. Ben diversa da quella dei soci di società di persone, che prescinde totalmente dalla diligenza con cui si sono comportati.

Nel nostro ordinamento quando si parla di responsabilità degli amministratori si allude alla possibilità che essi siano tenuti a risarcire un danno cagionato dal loro comportamento. Affinché tale responsabilità ricorre in concreto occorre, in tutte le tre ipotesi previste dalla legge, la sussistenza di tre elementi: la *violazione colpevole* di un obbligo imposto agli amministratori; un *danno*; un *nesso di causalità* tra violazione e danno.

## **LA RESPONSABILITÀ VERSO LA SOCIETÀ: PRESUPPOSTI**

La norma cardine è il 2392, che fissa il parametro di diligenza che deve essere osservato dall'amministratore nell'adempimento dei propri doveri. La norma dispone infatti che gli amministratori devono adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge allo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Gli obblighi sembrano dunque essere particolarmente stringenti; non basta la diligenza dell'uomo medio, occorre la diligenza del buon amministratore e determinata non in astratto, ma in funzione della natura dell'incarico e delle specifiche competenze. Il livello di diligenza dovuto sarà, normalmente, più elevato al crescere della dimensione della complessità dell'impresa gestita, tenendosi conto delle capacità individuali.

La responsabilità che fa capo agli amministratori è solidale, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni attribuite in concreto a uno o più amministratori; in queste ipotesi, dispone peraltro il comma due, gli amministratori rispondono solidamente se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento l'eliminarne o attuarne le conseguenze dannose, fermo e le disposto del 2381, comma tre (compiti attribuiti ai membri del consiglio di amministrazione in presenza di poteri delegati). In presenza di delega di poteri pertanto i membri del cda dovranno svolgere con diligenza i compiti prescritti dalla legge. L'analisi delle loro operato si concentrerà sulla sufficienza, idoneità ed efficacia dei sistemi organizzativi e informativi predisposti dagli organi delegati, valutati approvati dal consiglio, sulla assiduità e sulla qualità della loro partecipazione all'attività dell'organo, nonché sulla correttezza dei voti espressi in consiglio sia dal punto di vista degli interessi perseguiti, sia dal punto di vista della ragionevolezza delle scelte operate. Se tutto risulterà corretto non v'è alcuna ragione per la quale l'eventuale inadempimento dell'amministratore delegato debba essere imputato anche a loro.

Il legislatore concede poi la possibilità di sottrarsi alla responsabilità a quegli amministratori che, essendo esenti da colpa abbiano fatto annotare senza ritardo il proprio dissenso nel libro delle adunanze del cda, dandone immediata comunicazione scritta al presidente del collegio sindacale.

## **LA RESPONSABILITÀ VERSO LA SOCIETÀ: ESERCIZIO DELL'AZIONE SOCIALE**

L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata dalla società direttamente (2393) o dai soci in nome proprio, ma nell'interesse della società (2393-bis). Nel primo caso, l'azione può essere promossa a seguito di una specifica

deliberazione assembleare ovvero a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. Naturalmente, affinché la delibera assembleare sia valida è necessario che essa sia posta all'ordine del giorno. Tuttavia il legislatore, al fine di facilitare la promozione dell'azione ha previsto che la deliberazione possa essere adottata nel corso dell'assemblea di bilancio, purché in relazione a fatti di competenza dell'esercizio cui il bilancio si riferisce, anche senza che essa sia compresa fra le materie all'ordine del giorno. Con l'azione la società promuove un giudizio finalizzato ad ottenere la condanna dell'amministratore inadempiente al risarcimento dei danni arrecati alla società. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica.

La promozione dell'azione non comporta automaticamente la revoca dell'amministratore, salvo che la deliberazione venga assunta con il voto favorevole di almeno 1/5 del capitale. Nel caso in cui tale quorum non sia raggiunto, affinché si determini la revoca occorre che l'assemblea adotti una separata deliberazione di revoca. Nel silenzio della legge sembra doversi ritenere che la promozione dell'azione sociale per effetto di deliberazione del collegio sindacale non importa la revoca.

L'azione sociale di responsabilità può essere oggetto di rinuncia da parte della società o di accordo transattivo con l'amministratore a condizione che rinuncia a transazione siano deliberate dall'assemblea dei soci e non vi sia il voto contrario di una minoranza che rappresenti almeno 1/5 del capitale, o comunque della percentuale che a norma di statuto è legittimata ad esercitare l'azione di responsabilità. Lo scopo della norma è quello di evitare il rischio della commissione di abusi da parte della maggioranza. Il legislatore non si occupa della rinuncia della transazione dell'azione sociale di responsabilità promossa dal collegio sindacale. Sembra perciò doversene dedurre che il collegio sindacale non è legittimato a rinunciare o a transigere e che la rinuncia o la transazione può essere deliberata esclusivamente dall'assemblea.

Il legislatore al fine di rinforzare il potere di controllo della minoranza ha recentemente stabilito (2393-bis) che l'azione sociale possa essere promossa anche da tanti soci che rappresentino almeno 1/5 del capitale sociale.

La società è parte necessaria del giudizio che viene gestito dai soci mediante la nomina di uno o più rappresentanti comuni. In caso di successo, la società rimborsa i soci integralmente le spese di lite e beneficia del risarcimento.

## **L'AZIONE DEI CREDITORI SOCIALI**

Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti (2194). I presupposti dell'azione di responsabilità dei creditori sono pertanto due: da un lato, gli amministratori devono aver violato qualche precetto normativo specifico, qualche disposizione statutaria o il generale obbligo di diligenza, determinando una riduzione del patrimonio sociale; dall'altro, quest'ultimo, in virtù di tale riduzione, non è sufficiente a far fronte alle obbligazioni della società ed soddisfare i creditori.

La natura dell'azione è controversa. Alcuni sostengono che l'azione è un'azione surrogatoria rispetto all'azione principale che spetta alla società. Altri ritengono invece che si tratti di due azioni distinte. Se viene qualificata come surrogatoria, e benefici dell'azione non vanno direttamente creditori, ma vanno a ricomporre il patrimonio della società di cui i creditori potranno giovare solo indirettamente, in quanto l'esito positivo eliminerà quell'elemento di insufficienza del patrimonio da cui deriva il loro danno. In favore dell'opposta tesi che afferma la natura autonoma dell'azione è stata invocata la diversità tra i presupposti legali delle due azioni. Indicazioni ambigue relative alla natura (autonoma o surrogatoria) nell'azione dei creditori, si ricavano dall'ultimo comma del 2394 che sancisce l'irrelevanza della rinuncia all'azione da parte della società e la rilevanza, invece, della transazione. L'irrelevanza della rinuncia depone nel senso dell'autonomia. L'opponibilità della transazione depone in senso opposto. Dal punto di vista pratico, la tesi della natura surrogatoria semplifica alcuni problemi, evitando una frammentazione di azioni. Tuttavia nella prassi tali problemi sono superati dalle difficoltà di ordine pratico che rendono molto infrequente l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei creditori al di fuori del fallimento e quando entrambe le azioni (della società dei creditori) sono esercitate dal curatore fallimentare.

## **L'AMMINISTRATORE "DI FATTO"**

Può accadere che mentre la carica di amministratore è formalmente ricoperta da alcuni soggetti, concrete d'effettiva gestione della società viene decisa da altri soggetti (ad esempio, la carica di amministratore unico è ricoperta da un terzo non socio, ma tutte le decisioni sono prese dal socio di maggioranza). In questa ipotesi è certo che non viene meno la responsabilità dell'amministratore formalmente investito del potere. Se colui che è effettivamente amministra con piatti illeciti, e si risponderà l'amministratore "di diritto". Più incerta, invece, la posizione dell'amministratore di fatto. La giurisprudenza penale ha affermato per prima il principio per cui la posizione di



quelli che gestiscono di fatto una società deve essere equiparata a quella amministratori legali. La giurisprudenza civile ha nutrito qualche perplessità. Recentemente, però, la Cassazione ha mutato orientamento, rilevando come il sorgere degli obblighi inerenti all'amministrazione della società non presupponga una nomina, sia pure irrituale, dell'amministratore da parte dell'assemblea. Le norme che disciplinano l'attività dell'amministratore e regolano il corretto svolgimento dell'amministrazione sono, quindi, applicabili non solo a coloro che sono stati immessi nelle forme stabilite dalla legge, ma anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea investitura. Del resto, la tendenza a riconoscere la responsabilità dell'amministratore di fatto è ormai diffuso in molti, importanti ordinamenti. *Shadow Director*.

## **L'AZIONE DEI SINGOLI SOCI O TERZI**

Il 2395 stabilisce che *le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori*. La norma non dice quale azione spetta al singolo terzo o al singolo socio, ma dice che le precedenti elezioni non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno derivante da atti dolosi o colposi degli amministratori. Da ciò si dovrebbe desumere che la fonte della responsabilità dell'amministratore nei confronti del singolo socio e del terzo, richiamata nel 2395, sia altrove, e precisamente nel 2043.

La chiave della distinzione di questa azione dalle precedenti sta nell'espressione "direttamente" danneggiati che si contrappone evidentemente a "indirettamente" danneggiati. Il danno arrecato al patrimonio sociale colpisce i soci sempre indirettamente: un danno indiretto per i soci esiste sempre quando un comportamento ha danneggiato la società. Un danno indiretto ai terzi, intesi come creditori sociali esiste pure, solo che non è automatico come nel caso dei soci. In questi casi il 2395 non è applicabile.

L'esempio classico d'applicazione del 2395 riguarda l'ipotesi in cui gli amministratori redigono una situazione finanziaria, sulla base del quale attirano i risparmiatori ad acquistare le azioni della società esibendo una prosperità che in realtà non esiste. In questo caso non vi è un danno per la società, perché anzi la società è riuscita a collocare le proprie partecipazioni. Danneggiati, e danneggiati direttamente, sono coloro i quali, fidandosi si sono lasciati convincere a sottoscrivere le azioni. Qui il danno che subiscono non è un riflesso del danno subito dal patrimonio sociale, ma investe immediatamente il loro patrimonio. Esiste quindi una netta distinzione tra l'ipotesi del 2395 e quelle dei 2392, 2393 e 2394. Qui non può sorgere il dubbio che si tratti della stessa azione. Il criterio distintivo è proprio quello del danno diretto o indiretto.

## **IL DIRETTORE GENERALE**

Il 2396 si occupa della figura del direttore generale. Questo rappresenta il vertice della piramide organizzativa dell'azienda: è normalmente un lavoratore dipendente, il più elevato in grado, e gerarchicamente subordinato soltanto agli amministratori, di cui esegue gli ordini. Si ritiene che, sia dotato di poteri di rappresentanza, egli sia un instutore, preposto all'esercizio dell'impresa o di un suo ramo. La sua rilevanza è tale e i suoi poteri sono spesso così ampi, che il legislatore lo ha assoggettato, in taluni casi, la stessa responsabilità cui sono chiamati gli amministratori. Ciò avviene per i direttori generali la cui nomina sia espressamente prevista dallo statuto o sia effettuata dall'assemblea.

## **GLI ATTI NEGLIGENTI**

I comportamenti degli amministratori che possono determinarne la responsabilità sono classifica in due categorie: atti negligenti e atti compiuti nell'interesse proprio o di terzi. A queste categorie generali va aggiunta una terza, specifica, che è variamente configurata nei diversi ordinamenti e che nel nostro riguarda la prosecuzione dell'attività dopo l'intervenuto scioglimento della società.

La categoria degli atti negligenti presenta molti problemi (alcuni autori americani, considerate le difficoltà di accertamento della negligenza è considerata la rarità di comportamenti volontariamente negligenti, hanno addirittura proposto di limitare la responsabilità ai soli atti compiuti in conflitto di interessi). Il problema principale è quello di evitare che un giudizio a posteriori scopre negligenze in tutti gli atti degli amministratori che si siano rilevati non vantaggiosi. L'esercizio dell'impresa richiede l'assunzione anche di decisioni rischiose e il giudizio degli amministratori sull'opportunità di correre rischi non può essere successivamente sindacato del giudice. Ammettere che il giudice possa riesaminare l'opportunità delle prescelte, significherebbe scoraggiare proprio quei comportamenti innovativi che rappresentano la peculiare prerogativa dell'imprenditore.

L'attuale disciplina che impone all'amministratore l'obbligo di agire in modo informato offre secondo alcuni uno spunto per distinguere tra comportamenti valutabili in base agli ordinari canoni che usualmente guidano il giudizio relativo alla diligente esecuzione degli obblighi imposti a qualsiasi soggetto alla legge e comportamenti soggetti al

diverso metro di giudizio suggerito dal cd.business judgement rule. Nella prima categoria rientrerebbero i comportamenti con cui gli amministratori danno esecuzione all'obbligo di procurarsi le necessarie informazioni. Una volta accertato che l'amministratore ha impiegato sufficientemente diligenza nel procurarsi le informazioni, e le successive sue decisioni non dovrebbero essere sindacabili se non sotto il profilo della irragionevolezza. E' certo poi che difficilmente potranno essere sindacate le decisioni relative al compimento degli affari rientranti nell'ordinaria gestione dell'impresa sociale.

## **GLI ATTI IN CONFLITTO DI INTERESSI**

L'opportunità di punire l'amministratore che abbia compiuto atti nel proprio interesse, confliggente con quello della società, non è in genere discussa, neppure dai più appassionati fautori dell'irresponsabilità degli amministratori. La questione diventa però più complessa se si ipotizza che il conflitto sia conseguenza dell'esistenza di collegamenti di gruppo, a nome di occasionali infedeltà dell'amministratore. Nel caso dei gruppi viene in genere attuata una politica generale vantaggiosa per il gruppo nel suo complesso, che in definitiva può avere riflessi positivi anche sulla società occasionalmente sacrificata.

Il problema della responsabilità degli amministratori diventa, nel caso di gruppi guidati da una politica unitaria, eccezionalmente complicato. Le soluzioni ruotano intorno a due alternative estreme. La prima alternativa a quella di imporre agli amministratori di comportarsi come se il legame di gruppo non esistesse, evitando quindi qualsiasi scelta che possa danneggiare la società da essi amministrata. Questa è l'alternativa formalmente seguita dal nostro legislatore (almeno sino alla recente riforma) che non consente di giustificare atti in conflitto di interessi, invocando l'interesse superiore del gruppo. Questa soluzione presenta molti svantaggi. Se rigorosamente applicata può rendere impossibile ogni politica di gruppo, così vanificando la principale ragione di esistenza del gruppo stesso.

L'opposta soluzione, consistente nell'ammettere, senza limiti o correttivi, che gli amministratori possano liberarsi da responsabilità invocando la loro devozione agli interessi del gruppo, oltre ad essere inaccettabile alla luce del diritto vigente, presenta, a sua volta, uno svantaggio evidente e considerevole: essa lascia minoranze e creditori alla mercé di coloro che controllano la società capogruppo.

Il legislatore del 2003 ha dettato una specifica disciplina relativa ai gruppi, disciplina in cui è compresa anche una parte relativa alla responsabilità delle società ed eventualmente degli amministratori (2497, secondo comma: risponde insolito che abbia comunque preso parte al fatto lesivo). La soluzione del nostro problema in tale disciplina dipende dal significato attribuito alla regola per cui dispongono coloro che hanno agito in violazione dei principi di corretta gestione societaria. L'espressione usata dal legislatore può essere interpretata sia in un senso che tende a considerare fonte di responsabilità qualunque operazione che abbia volutamente arrecato ad una società un danno che non sia stato compensato (prima tesi) sia nel senso opposto per quella responsabilità sorge solo quando il gruppo nel suo complesso è stato gestito in maniera scorretta (seconda tesi).

## **LA PROSECUZIONE DELL'ATTIVITÀ DOPO LO SCIoglimento**

Quando la società si avvicina ad una situazione di insolvenza, sarebbe opportuno che essa smettesse volontariamente di operare. Sarebbe cioè auspicabile che fossero gli amministratori a segnalare ai soci l'opportunità di sospendere le operazioni e di porre la società in liquidazione. Tuttavia richiedere l'insolvenza, che è il presupposto del fallimento, significa richiedere troppo. D'altro canto non si può costringere ogni impresa in difficoltà a sospendere la propria attività, stante che la vita delle imprese attraversa fasi cicliche e nulla esclude che un'impresa in difficoltà possa riprendersi. La scelta perciò è tra il rimettere la valutazione agli amministratori, prevedendo una loro responsabilità quando proseguono nello svolgimento di attività pur in presenza di una situazione negativa, e lo stabilire che l'obbligo di intervento degli amministratori scatti al verificarsi di eventi più precisamente descritti dalla legge. Il nostro legislatore ha seguito questa seconda soluzione.

## **L'ORGANO DI GESTIONE NELLE SISTEMA MONISTICO : IL C.D.A.**

Le regole di nomina, funzionamento e responsabilità sono le stesse del sistema tradizionale. La peculiarità è costituito dal fatto di almeno un terzo dei suoi membri deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci e se lo statuto lo prevede, di quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati (2409-septiesdecies).

## **L'ORGANO DI GESTIONE NEL SISTEMA DUALISTICO: IL CONS. DI GESTIONE**

Il sistema dualistico è quello che più si distingue dal tradizionale. Le sue peculiarità non sono limitate alla composizione e al funzionamento dell'organo di controllo ma riguardano anche l'amministrazione. L'organo amministrativo assume la denominazione di consiglio di gestione ed è nominato non dall'assemblea ma dall'organo

di controllo, il consiglio di sorveglianza, cui compete anche il potere di revoca. Come il cda, il consiglio di gestione ha il potere esclusivo di gestire la società, potendo compiere tutti gli atti necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale. Può delegare le proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti, ma tale facoltà sembra limitata alla nomina di amministratori delegati e non alla costituzione di un comitato esecutivo. Il suo funzionamento è in larga parte disciplinato per richiamo alle norme sul cda, come ad esempio in tema di presidenza, di cause di ineleggibilità e decadenza, di pubblicità della nomina, di poteri di rappresentanza, di cessazione della carica, i requisiti saltuari di onorabilità, professionalità e indipendenza, di divieto di concorrenza, di responsabilità.

Le peculiarità del consiglio di gestione rispetto al cda sono racchiuse in due norme: 2409-novies e 2409-decies. Il consiglio di gestione è costituito da un numero di componenti, anche non soci, non inferiore a due, non essendo ammessa la nomina di un amministratore unico. Il consiglio di sorveglianza non ha solo il potere di nomina e di revoca ma è attribuito in esclusiva anche il potere di sostituzione degli stessi. I membri del consiglio di gestione non possono essere nel contempo anche membri del consiglio di sorveglianza. L'azione sociale di responsabilità nei confronti dei membri del consiglio di gestione può essere promossa, oltre che dall'assemblea e dai soci di minoranza anche dal consiglio di sorveglianza, che assume la relativa deliberazione a maggioranza. Nel caso in cui la deliberazione si è assunta con il voto favorevole dei due terzi si determina automaticamente la revoca. Il consiglio di sorveglianza può rinunciare all'azione, così come transigerla. In entrambi i casi deve intervenire una deliberazione a maggioranza assoluta e non deve intervenire l'opposizione di una percentuale di soci pari a quella prevista dal 2393. La rinuncia non pregiudica in alcun modo l'azione sociale promossa dai soci di minoranza così come l'azione dei creditori sociali.