

Introduzione

di Annapaola Negri-Clementi

L'analisi di efficienza della *corporate governance* di un'impresa non può prescindere da una formale attribuzione delle deleghe di funzioni gestorie che siano ripartite in modo coerente con il sistema organizzativo proprio di quella specifica impresa. Un sistema delle deleghe deve soddisfare e combinare vari elementi tra loro a volte contrastanti, con soluzioni operative diverse a seconda del tipo di società, della sua compagine sociale, della funzione imprenditoriale per la quale essa opera. L'esigenza di dotare l'impresa di centri di autonomia decisionale, gestionale e di spesa si confronta con l'opportunità di presidiare i rischi che ne possono derivare.

Nelle società di capitali la delega di potere gestorio ha assunto nel corso del tempo un'importanza crescente: ciò non solo con riferimento alle società aperte (società quotate, aziende pubbliche, società a capitale diffuso), ma anche nelle società chiuse (piccole medie imprese, aziende familiari). Le Raccomandazioni Europee, i provvedimenti delle Autorità di Vigilanza, l'Autodisciplina sono tutte fonti che mirano alla tutela dell'attività di impresa e alla creazione di valore imprenditoriale che non può prescindere dall'assunzione di rischi e di discrezionalità, se non in modo "misurato". È indubbio il fatto che nel perseguire l'obiettivo di "creare valore", l'azione degli amministratori non può che essere intellettualmente discrezionale; si è rilevata una sostanziale differenza ontologica tra atti gestionali aventi natura programmatico-strategica e atti aventi natura operativa, espressioni di maggiore o minore discrezionalità essendo, talora, meramente esecutivi di una strategia deliberata; talaltra, essendo invece conseguenti a migliorate scelte opportunistiche.

La disciplina dell'amministrazione delegata ruota intorno all'art. 2381 c.c., come modificato in modo significativo dalla Riforma del diritto societario.

La delega è strumento flessibile e adattabile, nel rispetto del *minimum* di poteri non delegabili per legge, alle esigenze di funzionalità e di efficienza amministrativa della realtà societaria. Cruciale è il rapporto tra il consiglio di amministrazione nel suo *plenum* e gli organi delegati: la competenza concorrente e sovraordinata del consiglio di amministrazione con quella degli amministratori delegati, il diritto di informazione dei singoli amministratori e i corrispondenti doveri degli organi delegati. Il modello sopra descritto sembra così distinguere il momento dell'azione, che spetta normalmente agli organi delegati, rispetto al momento dell'esame e della valutazione che rimane sempre e comunque appannaggio del consiglio di amministrazione.

Un corretto conferimento di delega comporta la valutazione della sussistenza dei requisiti di validità (si pensi alla disamina della legittimità delle deleghe c.d. "obbligatorie", delle deleghe c.d. "generiche", delle deleghe c.d. "generali"), la determinazione dei limiti della stessa (ad esempio, soglie di valore, limiti di durata, doppia firma), l'individuazione delle materie delegabili (mai potranno ad esempio essere delegate le materie consistenti in alte deliberazioni strategiche). Va considerata la disciplina dei c.d. atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (ove il rinvio alla "ordinarietà" dei poteri è formulato con riferimento al programma economico della società indicato nell'oggetto sociale), nonché degli atti *ultra vires* ed *extra delegam* e comunque della loro opponibilità a terzi.

Talvolta accomunate, sebbene impropriamente, la delega e la procura costituiscono due diverse modalità attraverso cui risulta possibile trasferire determinati poteri gestori nel contesto delle singole realtà societarie. Appare infatti evidente come esse si differenzino sia per quanto concerne i soggetti cui di norma sono conferite (consiglieri o terzi), sia per le differenti forme che le caratterizzano (forma scritta o atto notarile), sia infine per il regime di opponibilità a terzi.

Il nuovo diritto societario ha fornito una specifica disciplina anche al fenomeno della ripartizione di fatto di attribuzioni gestorie fra gli amministratori, in considerazione di specifiche professionalità ed esperienze acquisite dai singoli consiglieri. Si tratta della c.d. delega "atipica", ovvero attribuita in assenza di autorizzazione dei soci, ossia senza che questa facoltà sia prevista nello statuto ovvero con apposita delibera assembleare (e talvolta anche senza formale delibera del consiglio di amministrazione). La delega atipica è disciplinata dal legislatore sotto il profilo patologico della responsabilità degli amministratori verso la società per le "funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" (art. 2392 c.c.). A questo riguardo si ritiene che anche le deleghe non autorizzate siano destinate ad influenzare il regime esterno delle responsabilità gestorie, dovendosi tuttavia escludere che gli amministratori deleganti possano godere dell'esenzione di responsabilità, qualora essi si limitassero ad espletare i doveri di controllo previsti all'art.

2381 c.c., dovendo invece esercitare una vigilanza più assidua e penetrante, quale quella nei confronti dei collaboratori dell'impresa.

Si sono altresì considerati gli effetti della revoca della delega: ad esempio è discusso se essa determini un obbligo risarcitorio ove avvenuta in assenza di giusta causa, senza che alla revoca delle deleghe corrisponda altresì una revoca dell'incarico.

L'obbligazione principale a carico di tutti gli amministratori, essendo questa materia attinente alle alte deliberazioni strategiche, è il dovere di corretta amministrazione: tale dovere si declina in quelli di valutazione – per l'organo di amministrazione – e vigilanza dell'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile – per l'organo di controllo – (art. 2403 c.c., art. 2497 c.c. nei gruppi e art. 149 TUF per le società quotate). Sono questi gli strumenti che devono essere utilizzati nella tutela del patrimonio sociale e degli *stakeholders*: dare contenuto a questi assetti – e ciò vale anche per i piani strategici, industriali e finanziari della società – richiede necessariamente un coordinamento tra scienze economico-aziendalistiche e diritto, trattandosi infine di verificare la conformità delle scelte di gestione ai criteri di razionalità economica posti dalla scienza dell'economia aziendale e al compimento di scelte ispirate a ragionevolezza. La diligenza (art. 2392, comma 1°, c.c.) è invece solo la modalità con la quale va adempiuto il generale obbligo di corretta amministrazione: è strumento di misura del rispetto dell'obbligo di legge e criterio di valutazione dell'operato del debitore, ovvero gli amministratori, nell'adempimento delle prestazioni cui è tenuto (art. 1218 c.c.).

È opinione di chi scrive che il sistema delle deleghe, la ripartizione di funzioni, i poteri di firma (singoli o abbinati, per atti sotto o sopra soglia di valore) e, in generale, l'organigramma aziendale recante la rappresentazione delle funzioni siano l'impianto dell'assetto organizzativo. Si ritiene invero che il sistema delle deleghe – insieme alle altre tipologie di assetto organizzativo quali il Modello di Organizzazione e Gestione dei Rischi ex D.Lgs. n. 231/2001, le norme ISO di gestione e certificazione della qualità dei beni e il sistema informativo (che sta e deve stare alla base delle più grandi imprese bancarie, assicurative, ma non solo) – sia fondamentale per il buon governo, laddove questo, in ultima analisi, vuole dire tutela del patrimonio sociale.

Il regime di responsabilità delineato dall'art. 2392 c.c., anch'esso profondamente mutato con la Riforma del diritto societario, è elemento integrante e costitutivo del sistema delle deleghe. La libertà riconosciuta all'organo delegante nel commisurare i termini della delega alle esigenze concrete e il conseguente ampio potere attribuibile ai delegati (fatta naturalmente eccezione per le delibere di alta amministrazione) trovano un coerente contrappeso nel regime di responsabilità differenziata, diretta dell'organo delegato cui

è affidata l'amministrazione e indiretta degli amministratori deleganti per i doveri di valutazione e di intervento: questa è la *eadem res debita*.

La delega, infatti, è un paradigma organizzativo mirato a una suddivisione delle funzioni gestorie che nascono unitarie in seno al consiglio di amministrazione; essa realizza una separazione funzionale tra le decisioni di "alta amministrazione" e le attività della "gestione esecutiva" o "corrente". L'"alta amministrazione" non è delegabile, prevede una gestione collegiale e una responsabilità diretta e solidale di tutti gli amministratori con riferimento alla *eadem res debita*; la "gestione esecutiva" o "corrente", invece, può essere oggetto di delega a singoli amministratori o a un comitato esecutivo, con la conseguenza che il regime di responsabilità che ne deriva è solidale ma differenziato. Invero, la responsabilità degli amministratori è solidale ma l'attribuzione di delega, sostanzialmente, la attenua dal momento che gli amministratori deleganti rivestono una posizione di condebitori solidali di prestazioni differenziate.

Pur restando confermato l'impianto normativo del vecchio art. 2381 c.c., il legislatore ha infatti regolato in dettaglio i rapporti tra i vari segmenti in cui, di norma, si articola il consiglio di amministrazione, imponendogli di osservare procedure e controlli prestabiliti e verificabili per l'assunzione delle decisioni gestorie. Questo risultato è stato raggiunto "istituzionalizzando" un sistema di trasmissione delle informazioni tra consiglio di amministrazione e organi delegati e prevedendo, più in generale, che ogni fase dell'attività di gestione sia "consacrata in un procedimento", la cui adeguatezza e la cui concreta applicazione deve essere oggetto di controlli. Invero, nell'alveo del dovere di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo che grava sugli amministratori deleganti rientra anche il dovere di procedimentalizzazione dei flussi informativi endoconsiliari e il conseguente dovere dei deleganti di controllare il rispetto di tali regole procedurali da parte dei delegati.

L'adeguatezza del flusso informativo è quindi cruciale al fine di determinare se i deleganti, nel concreto processo decisionale e gestorio, siano stati posti in grado di poter esercitare il dovere di controllo e di valutazione sui delegati. Tuttavia, gli stessi deleganti sono tenuti non solo all'obbligo di vigilanza sull'osservanza da parte dei delegati dei doveri informativi, ma anche, e prima, a quello di controllo e valutazione dell'esistenza stessa di una adeguata procedimentalizzazione dei flussi informativi endoconsiliari.

La dichiarazione di responsabilità penale per concorso mediante omissione (art. 40, comma 2°, c.p.) da parte dell'amministratore privo di deleghe (non esecutivo o anche indipendente) non può prescindere dalla concomitante ricorrenza di tutti i seguenti elementi la conoscenza da parte del delegante del fatto di reato *in itinere*; l'omissione consapevole di un dovere a contenuto impeditivo; la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'omissione e la rea-

lizzazione del fatto di reato; la sussistenza dell'elemento psicologico richiesto per l'integrazione del reato. A questo riguardo si è analizzata la pronuncia della Corte di Cassazione Penale, Sez. V, del 4 maggio 2007 nella vicenda che ha interessato la Banca BIPOP Carire, secondo la quale "l'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'articolo 40 c.p. per condotte connotate da volontarietà e la configurazione della posizione di garanzia che qualifica il ruolo dell'amministratore evidenzia due momenti, tra loro complementari, ma idealmente distinti ed entrambi essenziali. Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita, il secondo – discendente dall'obbligo giuridico – l'omissione consapevole nell'impedirlo. Entrambe queste due condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridica di cui si discute; non può esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa".

A seguito della Riforma del diritto societario, lo spazio di manovra dell'assemblea in materia gestionale risulta sensibilmente minore di quello che risultava dal dettato originario del codice civile del '42, nel segno di quello che si è definito un "percorso di managerializzazione" della società per azioni.

Invero, nelle società amministrate in base al sistema tradizionale o monistico, va in primo luogo rimarcato che, rispetto al previgente art. 2364, comma 1°, n. 4, c.c., il nuovo art. 2364, comma 1°, n. 5, c.c. ha eliminato tanto la possibilità che lo statuto riservi all'assemblea la decisione su "oggetti attinenti alla gestione", quanto l'eventualità che siano gli amministratori stessi, di loro iniziativa, a sottoporre all'assemblea simili decisioni: ora è prevista unicamente l'ipotesi che lo statuto richieda la necessità di una autorizzazione assembleare per il "compimento di atti degli amministratori", ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti (art. 2364, comma 1°, n. 5, c.c.). Ora gli amministratori possono sollecitare, qualora ne ravvisino l'opportunità, una consultazione dell'assemblea anche in merito a decisioni gestionali, purché sia chiaro che la pronuncia assembleare, a differenza che in passato, avrà solo il valore di semplice parere che, se negativo, non sarà comunque vincolante per gli amministratori e, quand'anche positivo, non varrà comunque a esimere gli amministratori da responsabilità per l'eventuale compimento dell'operazione. Con riferimento alla sostenibilità della teoria delle c.d. "competenze legali implicite" dell'assemblea e al rischio che non siano adeguatamente preservate le esigenze di tutele dei terzi si è analizzata nel testo la vicenda relativa alla contesa tra Barclays e il consorzio Royal Bank of Scotland – Santander-Fortis per il controllo di ABN – Amro.

La competenza gestoria dell'assemblea, che permane con riferimento alle materie non delegabili per legge o alla consultazione assembleare nei casi

previsti dallo statuto, si pone anche come *deus ex machina* sotto forma di autorizzazione a compiere determinate operazioni o in funzione di risoluzione dello stallo decisionale dell'organo di amministrazione (particolarmente nelle società amministrate con il sistema dualistico, dove è possibile la previsione di una clausola statutaria che, in caso di contrasto tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza su operazioni strategiche o su piani industriali o finanziari, assegni all'assemblea un ruolo di arbitraggio) o nei processi di c.d. "whitewash" nelle operazioni con parti correlate (le procedure possono infatti prevedere che il consiglio di amministrazione, anche a fronte di un parere contrario degli amministratori indipendenti, possa approvare le operazioni di maggiore rilevanza purché il compimento di tali operazioni sia autorizzato dall'assemblea, a condizione che l'operazione non abbia registrato un voto contrario da parte della maggioranza dei soci non correlati votanti).

Lo strumento della delega assume connotati differenti se contestualizzata nei sistemi di amministrazione e controllo diversi da quello tradizionale. Ciò nel senso che, sebbene le considerazioni sulla natura, sulla funzione e sugli effetti della delega siano le medesime che si affrontano nel sistema tradizionale, le peculiarità del riparto delle prerogative gestorie proprie del sistema monistico e soprattutto del sistema dualistico finiscono per delineare inevitabili tratti di specialità.

Risulta invero che il legislatore, non prevedendo un rinvio all'art. 2381, comma 2°, c.c., abbia inteso caratterizzare il sistema dualistico per assenza del richiamo alla delega autorizzata, nonché per assenza del comitato esecutivo: è espressamente previsto infatti che il consiglio di gestione può "delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti" (art. 2409-novies c.c.).

Si pensi alle competenze gestorie, anche di alta strategia, che l'autonomia statutaria può attribuire al consiglio di sorveglianza nel modello dualistico, dove è chiaro il ricorso a paradigmi complementari, quali quello della "funzione di indirizzo politico" per rappresentare la competenza strategica del consiglio di sorveglianza, da un lato, e quello della "discrezionalità amministrativa" per individuare il minimo margine di scelta riservato all'attività propriamente gestoria (nell'opera si è valutato lo statuto della società quotata Intesa Sanpaolo S.p.A.).

Si pensi poi al sistema monistico dove il sub-modello dell'amministrazione delegata è elemento connaturato al sistema medesimo tanto da divenirne elemento costitutivo fisiologico. È la delega infatti lo strumento che consente di realizzare all'interno dell'unico organo gestorio una netta distinzione tra amministratori esecutivi con funzione di amministrazione e amministratori non esecutivi con funzioni di vigilanza (nell'opera si è analizzato lo statuto della società quotata Engineering – Ingegneria Informatica S.p.A.).

Considerata l'elasticità del sistema delle deleghe in funzione della organizzazione dell'impresa, è nella applicazione operativa delle norme che si concentra la creazione di valore. È nella realtà concreta che l'operatore del diritto si trova infatti a strutturare le deleghe che quello specifico consiglio di amministrazione deve attribuire proprio a quell'amministratore in quel dato contesto. È nel terreno reale e concreto dell'attività di impresa che i soci decidono la ripartizione delle attribuzioni di deleghe di funzioni, sottoscrivono contratti sociali e stipulano patti parasociali. Si è dunque voluto fornire, sulla base degli sviluppi della *best practice*, soluzioni operative alle richieste dell'imprenditore, laddove sussumibili in categorie ricorrenti quali, ad esempio, la tutela della minoranza, le *joint venture* paritetiche, i passaggi generazionali, le casseforti di famiglia.

Vanno infine considerate le normative di settore che si sono via via succedute nel tempo e che hanno costituito ulteriori fonti di deleghe di funzioni.

Si pensi ad esempio al sistema delle deleghe oggetto di analisi da parte della disciplina in materia di responsabilità amministrativa degli enti di cui al D. Lgs. n. 231/2001 e sue successive modifiche e integrazioni. Nell'ambito dei modelli organizzativi la delega costituisce uno strumento per plasmare l'organizzazione in funzione preventiva. I modelli devono prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni e individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati. Le linee guida elaborate da alcune delle più rappresentative associazioni di categoria (Confindustria, ABI, Confcommercio, Confservizi), ed esaminate nel volume, forniscono indicazioni pratiche, esplicitando obiettivi, criteri e modalità rispetto ai quali in organizzazioni complesse la delega può utilmente operare in funzione preventiva della commissione di reati. Infatti, se è vero che la legge non prevede l'obbligatorietà dell'adozione dei modelli organizzativi di cui al D.Lgs. n. 231/2001 è altresì vero che l'amministratore che vuole andare esente dalla responsabilità di cui all'art. 2392 c.c. è tenuto ad adottare idonei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Invero, come illustrato nel testo, il Tribunale civile di Milano, nella sentenza del 13 febbraio 2008, n. 1774 ha dichiarato la responsabilità civile del Presidente del Consiglio di Amministrazione e Amministratore Delegato di una società per azioni per l'omessa adozione di modelli di organizzazione e gestione dell'ente ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001. Non diversamente ha concluso il Tribunale penale di Milano, Giudice per le Indagini Preliminari, con la sentenza del 3 novembre 2010, n. 5399 (confermata sul punto da App. Milano 25 gennaio 2012, n. 488) nel caso della Banca Italease, ove ha dichiarato la sussistenza della cd. "colpa da organizzazione", avendo riscontrato (dopo aver recepito il rapporto di Banca d'Italia) un sistema di *governance* (della Banca) nel quale ruoli e

responsabilità degli organi coinvolti nella gestione non erano chiaramente definiti, la mancanza di un valido sistema di contrappesi (con particolare riguardo al ruolo del collegio sindacale), processi operativi inadeguatamente regolamentati e basati su un sistema informativo contabile non in grado di garantire valido presidio per la correttezza delle scritture.

Si consideri il regime delle deleghe in materia di sicurezza sul lavoro e in materia ambientale disciplinate dal D.Lgs. n. 81/2008. La delega di funzioni è stata, quindi, ritenuta uno strumento di adempimento degli obblighi giuridicamente imposti ai garanti *ex lege*, cioè ai soggetti investiti di una posizione di garanzia. Infatti, attraverso un atto organizzativo di natura negoziale, il garante originario attua la traslazione da sé ad un altro soggetto, che assume la posizione di «garante derivato», di specifici doveri (“funzioni”) penalmente rilevanti, contestualmente attribuendogli i poteri necessari ad adempierli, così operando nella prospettiva della realizzazione di un’organizzazione funzionale alla tutela dei beni protetti. In tale segmento del diritto, l’attribuzione di delega diventa obbligatoria o perché espressamente prevista dalla legge o perché, in assenza di delega, la giurisprudenza di legittimità (vedi di recente la Corte di Cassazione Penale, sez. IV, 20 maggio 2013, n. 21628) continua a ritenere “datore di lavoro” l’intero consiglio di amministrazione, con conseguente congiunta e solidale responsabilità.

Si pensi infine alla disciplina relativi agli obblighi in materia di separazione funzionale, contabile e amministrativa disciplinati dalla deliberazione AEEG n. 11/07 (il c.d. “Testo Integrato *Unbundling*”, TIU) con riferimento alle imprese operanti nel settore della produzione e della distribuzione dell’energia elettrica e del gas, ove si prevede una serie di misure organizzative, gestionali e societarie finalizzate all’ordinato svolgimento delle attività liberalizzate di servizio pubblico, nonché alla promozione della libera concorrenza ed alla tutela della competizione tra i soggetti. In questo contesto nasce una nuova figura, diversa dagli altri amministratori, il Gestore Indipendente, che è – di fatto – un vero e proprio amministratore esecutivo dotato altresì del potere di rappresentanza (nel volume si sono analizzati i casi di Snam Rete Gas S.p.A. e della società quotata Acegas-APS S.p.A.).

Nei gruppi di impresa una forma di delega atipica e esterna di funzioni gestorie si realizza mediante la stipulazione di accordi di *cash pooling*. Invero, la convenzione che ha ad oggetto il conferimento della funzione di gestione della propria liquidità da parte di una società controllata alla controllante può ben essere qualificata come delega che dalle società aderenti al sistema di *cash pooling* è attribuita alla società *pooler* (solitamente la società finanziaria che esercita attività di direzione e coordinamento) per lo svolgimento di una data funzione che è propria dell’organo amministrativo di ciascuna società del gruppo. In virtù di tale delega, nel contesto del gruppo societario (nell’ambito dell’attività di direzione e di coordinamento o sulla base di un

rapporto di controllo societario) l'accentramento della gestione della tesoreria caratterizza un modello organizzativo da cui deriva lo svolgimento collettivo e coordinato di determinate attività di gestione. Tale delega atipica finisce per realizzare, a parere di chi scrive, l'accentramento sulla capogruppo di funzioni non solo esecutive ma anche strategiche in forza dell'attività di direzione e di coordinamento esercitata dalla capogruppo, senza per questo pregiudicare o limitare l'autonomia organizzativa di ciascuna società del gruppo.

A seguito dell'ampia analisi condotta nel presente volume si sono voluti dedurre i principi generali e le linee applicative che, a parere di chi scrive e in base a indirizzi giurisprudenziali, orientamenti notarili, dottrina e documenti di autoregolamentazione, sono considerati nella *best practice* quali indicatori di efficacia degli assetti organizzativi e di governo societario (chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, bilanciamento e separatezza dei poteri, equilibrata composizione degli organi, efficacia dei controlli e dei presidi dei rischi aziendali, adeguatezza dei flussi informativi, proporzionalità).

In conclusione, la gestione dell'impresa rappresenta il fulcro nodale della *corporate governance*. Un'efficiente *corporate governance* deve infatti essere veicolata da un sistema articolato di deleghe e di responsabilità che sia in grado di ripartire, in modo coerente e adeguato all'attività di impresa, l'esercizio delle decisioni strategiche ovvero di quelle capacità che consentono il mantenimento o il miglioramento della posizione competitiva. Nel corso della sua esistenza, infatti, l'impresa competitiva adotta un sistema organizzativo e opera strategie scelte gestorie in un'ottica di sviluppo continuo rispetto al contesto di mercato e al comportamento dei concorrenti. Il tema è dunque di attualità costante.