

> a cura di **Annapaola Negri-Clementi**

# Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie

prefazione di  
Stefano Preda



# Indice

## **Prefazione**

*di Stefano Preda*

XVII

## **Introduzione**

*di Anna Paola Negri-Clementi*

XXIII

## **1 Inquadramento generale**

<i>Gianfranco Negri-Clementi, Roberta Provasi</i>	1
1.1 La gestione dell'impresa e la creazione di valore	2
1.2 Gli elementi determinanti della <i>corporate governance</i>	4
1.3 La delega di funzioni gestorie prima della riforma del diritto societario	7
1.4 Le Raccomandazioni Europee	8
1.4.1 La Raccomandazione 2004/913/CE	10
1.4.2 La Raccomandazione 2005/162/CE	11
1.4.3 La Direttiva 2006/46/CE	11
1.4.4 La Raccomandazione 2009/385/CE	12
1.4.5 Il Libro Verde in materia di governo societario	13
1.4.6 Quale futuro per il diritto societario europeo?	15
1.4.7 Il Piano d'Azione 2012	15
1.5 I provvedimenti delle autorità di vigilanza e l'autodisciplina	16
1.6 Il ruolo dell' <i>enforcement</i>	20
Bibliografia	21

## **2 L'organo di amministrazione: ripartizione di funzioni gestorie**

<i>Filippo Maria Federici</i>	23
2.1 Il consiglio di amministrazione	24

2.1.1	Le competenze del consiglio di amministrazione	25
2.1.2	Il rapporto tra il consiglio di amministrazione nel suo plenum e gli organi delegati	34
2.1.3	I compensi	37
2.2	Il presidente	38
2.3	Gli organi delegati	43
2.3.1	Il comitato esecutivo	51
2.3.2	L'amministratore delegato	51
2.3.3	I limiti delle deleghe	51
2.3.4	I poteri-doveri degli organi delegati (gestione nei limiti delle deleghe e rendicontazione) e di quelli deleganti (direttiva, avocazione, vigilanza)	57
2.4	Gli amministratori indipendenti	67
2.4.1	L'origine della figura degli amministratori indipendenti	67
2.4.2	Gli amministratori indipendenti in Italia	68
2.4.3	La figura del <i>Lead Independent Director</i>	73
2.4.4	La figura degli amministratori indipendenti non correlati	74
2.4.5	Il rapporto degli indipendenti con la delega di funzioni	76
2.5	I comitati consultivi	78
	Bibliografia	85
<b>3</b>	<b>Il conferimento e la revoca delle deleghe</b>	
	<i>Carlo Periti, Enrico Del Sasso</i>	89
3.1	Il conferimento delle deleghe	90
3.1.1	I requisiti di validità delle deleghe	90
3.1.2	La distinzione tra delega e procura	95
3.2	Le materie delegabili e le materie non delegabili	99
3.2.1	Le materie delegabili	99
3.2.2	Le materie non delegabili	104
3.3	La delega atipica	106
3.4	Atti <i>extra delegam</i> : i limiti e l'opponibilità a terzi delle deleghe	112
3.5	La revoca delle deleghe	119
3.6	L'incompatibilità a ricevere deleghe e a ricoprire incarichi	124
	Bibliografia	135
<b>4</b>	<b>La responsabilità civile e penale degli amministratori</b>	
	<i>Annapaola Negri-Clementi, Gian Paolo Del Sasso</i>	139
4.1	La responsabilità solidale degli amministratori	140

4.2	Il regime di responsabilità degli organi di amministrazione nella riforma del diritto societario: elementi costitutivi	143
4.3	L'attribuzione della delega come attenuazione al regime di responsabilità solidale: le "funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori"	146
4.3.1	Responsabilità differenziata per amministratori deleganti e per amministratori delegati	149
4.3.2	Il nuovo dovere di controllo: valutazione della adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società ed esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società	155
4.3.3	La proceduralizzazione dei flussi informativi endoconsiliari	163
4.3.4	Il dovere di agire in modo informato	165
4.3.5	Il dovere di intervento	169
4.3.6	casi operativi	173
4.4	La responsabilità degli amministratori in caso di deleghe "autorizzate" e in caso di deleghe "non autorizzate" ovvero "atipiche"	175
4.5	La responsabilità degli amministratori indipendenti	180
4.6	La responsabilità penale degli amministratori	193
4.6.1	La responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi	195
4.6.2	La portata e i confini della posizione di garanzia e del potere impeditivo	196
4.6.3	Il problematico accertamento del nesso causale in relazione alle ipotesi di causalità omissiva	199
4.6.4	Il dolo e la rilevanza dei segnali di allarme	201
	Bibliografia	204

## 5 Le competenze gestorie dell'assemblea

	<i>Pietro Caliceti</i>	209
5.1	L'impianto originario del codice civile e la sua modifica ad opera della riforma del 2003	210
5.2	I principali problemi interpretativi del sistema vigente. Le società amministrate in base al sistema tradizionale o monistico	213
5.3	<i>Segue.</i> La teoria delle competenze legali implicite. Il caso della scalata ad ABn-Amro	219
5.4	Le società amministrate in base al sistema dualistico.	

	La consultazione assembleare in funzione dello sblocco di uno stallo decisionale a livello dell'organo amministrativo	225
5.5	Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il meccanismo del <i>whitewash</i> nelle procedure per l'approvazione delle operazioni con parti correlate	228
	Bibliografia	237
<b>6</b>	<b>Le deleghe nelle società di capitali: prassi operativa</b>	
	<i>Carlo Periti, Filippo Maria Federici, Nicolò Perricone</i>	241
6.1	I patti parasociali come fonte di ripartizione delle deleghe	242
6.2	Analisi per funzione	246
6.2.1	In funzione di tutela della minoranza	246
6.2.2	In ipotesi di <i>joint venture</i> paritetiche	248
6.2.3	In ipotesi di passaggio generazionale	252
6.2.4	In funzione di <i>holding</i> di gruppi imprenditoriali, c.d. "casseforti di famiglia"	254
	Bibliografia	258
<b>7</b>	<b>Il sistema delle deleghe nei modelli di amministrazione e controllo diversi da quello tradizionale</b>	
	<i>Annapaola Negri-Clementi</i>	259
7.1	Premessa	260
7.2	Il sistema dualistico	261
7.2.1	La struttura del sistema dualistico	261
7.2.2	La ripartizione delle competenze gestorie tra consiglio di gestione, consiglio di sorveglianza e assemblea	262
7.2.3	La delega a uno o più consiglieri di gestione	267
7.3	Il sistema monistico	277
7.3.1	La struttura del sistema monistico: la delega come elemento costitutivo	277
7.3.2	Funzione e responsabilità degli amministratori esecutivi e non esecutivi non partecipanti al comitato per il controllo sulla gestione	280
7.3.3	Funzione e responsabilità degli amministratori non esecutivi partecipanti al comitato per il controllo sulla gestione	280
	Bibliografia	286

<b>8</b>	<b>Il sistema delle deleghe nell'ottica del D.Lgs. n. 231/2001 e le linee guida delle associazioni di categoria</b>	
	<i>Gabriele Consiglio, Francesca Clerici</i>	289
8.1	La delega nell'ambito del D.Lgs. n. 231/2001	290
8.2	Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001 di Confindustria	298
	8.2.1 Iter e Struttura	298
	8.2.2 La delega nelle linee guida di Confindustria	299
8.3	Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche ex D.Lgs. n. 231/2001	303
	8.3.1 Iter e Struttura	303
	8.3.2 La delega nelle linee guida ABI	304
8.4	Linee guida di Confcommercio per l'adozione di modelli organizzativi degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001	307
	8.4.1 Iter e Struttura	307
	8.4.2 La delega nel codice etico di Confcommercio	308
8.5	Linee guida delle imprese e degli enti di gestione dei servizi pubblici locali per la predisposizione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui all'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001	310
	8.5.1 Iter e Struttura	310
	8.5.2 La delega nelle linee guida di Confservizi	310
8.6	Considerazioni conclusive	311
	Bibliografia	327
<b>9</b>	<b>Le deleghe di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro e di prevenzione e tutela ambientale</b>	
	<i>Cristina Catalano, Marco Tonello, Sabrina Apicella</i>	329
9.1	Posizioni di garanzia e garanti nel sistema della sicurezza sul lavoro e della prevenzione e tutela ambientale	330
9.2	I soggetti titolari del potere di delega	338
9.3	Deleghe di funzioni, atti di investitura in ruoli funzionali e incarichi di esecuzione	342
9.4	I destinatari della delega di funzioni	346
9.5	Requisiti della delega di funzioni: la loro definizione d'ambito normativo e giurisprudenziale	348
	9.5.1 Requisiti formali: conferimento per iscritto della delega avente data certa e sua accettazione per iscritto (art. 16, comma 1°, lett. a) e lett. e) del D.Lgs. n. 81/2008)	349

9.5.2	Requisiti materiali: la professionalità e l'esperienza del delegato	352
9.5.3	<i>Segue</i> : il conferimento di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo e l'autonomia di spesa, la pubblicità tempestiva della delega	357
9.6	I contenuti della delega: modelli analitici e sintetici	363
9.7	La subdelega	366
9.8	Il dovere di vigilanza del delegante e sub delegante	368
9.9	La delega di funzioni e i limiti alla derogabilità della posizione di garanzia	372
	Bibliografia	374
<b>10</b>	<b><i>Unbundling</i>: la separazione funzionale e la figura del Gestore Indipendente</b>	
	<i>Luca Savino</i>	377
10.1	Evoluzione normativa	378
10.2	Il Gestore Indipendente	391
10.2.1	L'attività e la responsabilità del Gestore Indipendente	394
	Bibliografia	396
<b>11</b>	<b>Delega atipica di gruppo: accordi di <i>cash pooling</i></b>	
	<i>Stefania Fallica</i>	397
11.1	<i>Cash pooling</i> : aspetti introduttivi	398
11.2	Interpretazione degli accordi di <i>cash pooling</i> sulla base dei principi di organizzazione societaria: la delega di funzioni gestorie	400
11.3	Gli accordi di <i>cash pooling</i> nell'organizzazione del gruppo di società	402
	Bibliografia	406
<b>12</b>	<b>Gli indicatori di efficacia degli assetti di governo societario con specifico riferimento al sistema delle deleghe</b>	
	<i>Anna Paola Negri-Clementi</i>	409
12.1	Principi generali	410
12.1.1	Principio di chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità	410
12.1.2	Principio di bilanciamento e di separatezza dei poteri	410
12.1.3	Principio di equilibrata composizione degli organi	411
12.1.4	Principio di efficacia dei controlli e di presidio dei rischi aziendali	411

---

12.1.4.1	La segregazione delle attività	411
12.1.4.2	Le procedure	411
12.1.4.3	I poteri di firma e i poteri autorizzativi	412
12.1.4.4	La tracciabilità	412
12.1.5	Principio di adeguatezza dei flussi informativi	412
12.1.6	Principio di proporzionalità	412
12.2	Linee applicative	413
12.3	Considerazioni conclusive	418
	Bibliografia	419
	<b>Gli Autori</b>	421



# Prefazione

Quando Anna Paola Negri-Clementi mi ha cortesemente chiesto di scrivere la prefazione all'interessante nuovo libro sul sistema delle deleghe di funzioni gestorie e sulla responsabilità degli amministratori, da lei curato e a cui hanno contribuito molti valenti autori, mi sono domandato perché lo chiedesse a me, che non sono un giurista, ma un economista finanziario. L'amicizia e la stima personale, che so e che ricambio, non mi è sembrata motivazione sufficiente, e ho decisamente scartato l'ipotesi che non sapesse a chi altro chiederlo.

Ho pensato quindi, e spero di non essere in errore, che si riferisse a due mie competenze: la lunga e variegata esperienza in consigli di amministrazione, nei diversi ruoli deleganti e delegati, e il mio ruolo di ispiratore e presidente del primo comitato per l'autodisciplina della *corporate governance* delle società quotate italiane.

Forte di questa convinzione positiva e da questo angolo visuale, proverò a dare un contributo, integrativo e non sovrapposto, all'analisi del sistema delle deleghe e della responsabilità degli amministratori, ampiamente tratteggiata nel testo.

Innanzitutto condivido il fatto che il sistema delle deleghe sia parte essenziale della *corporate governance* societaria, tanto da quasi comprenderlo per intero in termini strutturali. Ne rimane fuori una parte altrettanto importante, che consiste nella lettura del sistema dei controlli come processo e quindi come tema essenzialmente organizzativo, che si svolge nel continuo.

Parimenti condivido che la *corporate governance* debba essere orientata alla creazione di valore, che è concetto anche più ampio dello scopo di lucro.

La creazione di valore si sostanzia in due aspetti: la massimizzazione dei flussi di cassa futuri e la minimizzazione dei rischi.

Mentre il primo aspetto è essenzialmente connesso alla qualità del management, anche se non mancano elementi contributivi di una buona *governance* (pianificazione strutturata, sistemi di incentivi, ecc.), la seconda è intimamente connessa alla qualità della *governance* societaria, che deve organizzare, gestire e controllare il sistema dei rischi di impresa. Il controllo e la minimizzazione dei rischi può essere elemento molto potente di creazione di valore in molte società.

L'essenza della *governance* è la definizione del *business risk* accettabile, la strutturazione organizzativa adeguata, la predisposizione di un sistema di controlli efficiente, il monitoraggio continuo dei rischi, la predisposizione di interventi correttivi. Tutto ciò in un ambiente, che predisponga deleghe adeguate con sistemi di *reporting* efficienti, attribuisca ruoli organizzativi, che assicurino un *challenging* continuo dell'opera dei delegati da parte del presidente e degli indipendenti, minimizzi e gestisca i potenziali conflitti di interesse e abbia un sistema informativo rapido al servizio del consiglio di amministrazione.

Nel libro di Annapaola Negri Clementi sono ampiamente illustrati, anche con riferimento a casi concreti e con suggerimenti operativi, gli aspetti giuridici delle tematiche del sistema di governo societario previsto dalle norme primarie e secondarie e dalle prescrizioni di autoregolamentazione di *corporate governance*.

Dal punto di vista di un economista aziendale, apprezzo che sia la revisione del diritto societario del 2004 sia il codice di autodisciplina, fin dalla sua prima edizione, abbiano posto l'accento in modo crescente sui processi e in modo decrescente sulle singole operazioni.

Si riconosce così che la responsabilità di un consiglio di amministrazione e dei singoli amministratori non può, soprattutto al crescere delle dimensioni e della complessità aziendale, identificarsi con il controllo diretto delle singole operazioni. L'enfasi si trasferisce sulla definizione dei sistemi organizzativi e di controllo adeguati da parte degli organi delegati e sull'attenzione posta dal consiglio nel suo complesso sulla verifica dell'adeguatezza di tali sistemi e controlli.

La struttura organizzativa e il processo decisionale del consiglio di amministrazione previsti dal codice civile sono ovviamente i capisaldi di una sana *corporate governance*. Essi si riassumono a grandi linee:

- nella centralità del consiglio di amministrazione cui compete collegialmente l'indirizzo della supervisione strategica e di gestione e la supervisione del sistema dei controlli;
- nella possibilità di deleghe prevista dal codice ma con obbligo di relazione periodica, e di implementazione delle delibere del consiglio di amministrazione;

- nella responsabilità degli amministratori delegati di assicurare un adeguato assetto organizzativo e amministrativo, che si accompagna alla responsabilità del consiglio di amministrazione di valutarlo e validarlo con continuità;
- nell'enfasi sulla necessità di circolazione delle informazioni verso il consiglio di amministrazione, per permettere agli amministratori di agire in modo informato;
- nella particolare attenzione che deve essere prestata alle operazioni caratterizzate da interessi, una volta si sarebbe detto interessi in conflitto, o alle operazioni con parti correlate.

Il codice di autodisciplina della *corporate governance* recepisce ovviamente le indicazioni normative ma ne aggiunge altre, soprattutto su due tematiche: l'enfasi sull'orientamento alle responsabilità strategiche e la volontà di definizione di *best practice* organizzative.

Dal punto di vista dell'economista aziendale le responsabilità strategiche di un amministratore sono molto ben definite.

Esse si concretano nella massimizzazione del valore dell'impresa gestita, assicurando però contemporaneamente l'integrità degli interessi di tutti gli *stakeholders*. Si accompagna a ciò la definizione degli obiettivi strategici e degli indirizzi gestionali opportuni per raggiungerli e la valutazione del grado di rischio sopportabile dall'impresa e adeguato alle attività aziendali (che per definizione sono attività imprenditoriali e quindi rischiose).

Ricordavo sopra che il valore di un'azienda è definito dalla somma dei flussi di cassa futuri attualizzati a un tasso che tiene conto della somma del tasso di interesse per investimenti privi di rischio e di un premio per il rischio specifico della società. Da ciò deriva che il tema della valutazione, della assunzione e della gestione dei rischi, non dell'azzeramento, è basilare per un'efficace gestione. Come direbbero gli anglosassoni: *no free lunch* (non esistono pasti gratuiti).

Di conseguenza solo l'assunzione di rischi porta la possibilità di ottenere rendimenti aggiuntivi rispetto al tasso privo di rischio.

Tuttavia le scelte imprenditoriali, che competono agli amministratori di società, non possono e non devono essere avventate e tantomeno colpevoli. Gli amministratori, nella loro attività, devono sempre tenere presente l'esistenza di quello che viene definito *duty of care*, che si concreta nella consapevolezza che devono essere considerati solo rischi che siano misurabili e soprattutto consapevolmente assunti.

Il *duty of care* si basa sul pilastro dell'agire informato.

Soprattutto al crescere delle dimensioni aziendali e della complessità e del numero di operazioni, diventa tenue il legame fra responsabilità individuale, in particolare per i non delegati, e singole operazioni. Naturalmente fanno eccezione le operazioni di grande rilevanza che anche per modalità

organizzative tipiche di tutte le imprese, vengono portate all'attenzione del consiglio di amministrazione.

Non è nemmeno opportuna, né possibile in molti casi, una sovrapposizione decisionale fra deleganti e delegati. D'altronde l'estensione delle deleghe non può essere così limitata da condizionare la fluidità operativa.

Gli amministratori peraltro non sono un organo di controllo, ma di indirizzo strategico e di gestione. Ciò implica che essi operano quasi sempre in tempo reale e in prima persona, sia pure collegialmente.

Nel concreto ciò si traduce nel fatto che essi sono in generale chiamati a decisioni basate su documentazione e non su conoscenza diretta dei fatti, da assumere spesso in condizioni di urgenza.

Malgrado ciò non si attenua l'obbligo di agire informati e di valutare i rischi delle decisioni assunte e della gestione aziendale nel suo complesso.

Nemmeno bisogna dimenticare che gli amministratori sono nominati proprio per determinare e indirizzare i risultati aziendali e che quindi da questa responsabilità non possono fuggire.

La riflessione si sposta quindi sulla possibilità di coniugare la responsabilità legale e quella manageriale.

La soluzione a questo apparente dilemma mi pare si possa trovare spostando il *focus*:

- dalle operazioni ai processi. Si tratta di concentrarsi sul dovere di avere una capacità di valutazione e di controllo sui processi aziendali, cioè sull'insieme coordinato di operazioni che si esprimono anche nei valori recepiti nel bilancio aziendale;
- dall'empirismo alle procedure. Si tratta quindi della necessità, anzi dell'obbligo di accertarsi che esistano adeguate procedure capaci di gestire e di controllare i processi aziendali in modo affidabile ed efficiente;
- dalle informazioni ai sistemi informativi. È assolutamente necessario un sistema informativo organizzato ed efficiente, che sia capace di produrre informazioni rilevanti, per concentrare l'attenzione degli amministratori sul set di informazioni organizzate prodotto dei sistemi informativi;
- dall'impegno individuale al sistema dei controlli. Un efficiente sistema di controlli deve essere progettato in modo adeguato ed essere dotato di risorse finanziarie e umane sufficienti perché sia sempre in condizione di produrre i risultati desiderati.

A mio avviso, ma mi pare che ciò sia confortato da alcuni degli autori del testo, la responsabilità degli amministratori può essere individuata e valutata, anche in situazioni di stress aziendale quando diventa davvero rilevante, innanzitutto dal fatto che abbiano istituito e gestito correttamente una struttura organizzativa e di *governance*, che presidi efficienza, efficacia e correttezza gestionali, secondo le linee esposte in precedenza.

Nessuna struttura funziona correttamente se non si è istituito anche un sistema informativo adeguato e un sistema di controllo interno efficace. Ne consegue che gli amministratori possono, una volta istituiti con successo, efficienza ed efficacia i sistemi sopra citati, esercitare il loro dovere decisionale sull'*output* informativo di tali sistemi.

L'affidabilità, la completezza e l'efficacia funzionale dei sistemi informativi costituiscono elementi fondamentali per una sana gestione.

I flussi devono essere tempestivi, selettivi e rilevanti. Dati amministrativi, contabili, di controllo di gestione, di *marketing* e di rischio sono essenziali tutti insieme per una corretta gestione. Naturalmente questi dati possono essere prodotti e resi utili davvero solo se prodotti attraverso procedure ad hoc, con adeguati controlli che validino nel continuo l'affidabilità delle procedure e dei processi.

L'utilizzo delle tecnologie IT permette il trattamento di enormi quantità di informazioni, ma bisogna ricordare che ciò comporta anche rischi operativi, che a loro volta devono essere gestiti.

La società deve avere il *know how*, il sistema di controlli e l'organizzazione idonei a garantire l'affidabilità e la protezione delle proprie basi dati. A tal fine devono essere elaborate adeguate strategie, approvate dal consiglio di amministrazione. Devono esistere procedure per l'uso dell'hardware, del software e dell'eventuale *outsourcing*. Gli ambienti di sviluppo e di produzione del software devono rimanere separati. Gli accessi devono essere adeguatamente controllati e vi devono essere piani di *disaster recovery* formalizzati e testati.

Se un *management* o un consiglio di amministrazione deve assumere consapevolmente rischi per ottimizzare la profittabilità, esso deve anche dotare l'azienda di un sistema di controlli interni per la identificazione, la mappatura, la misurazione, il controllo e la gestione dei rischi stessi.

Il sistema dei controlli interni è costituito da regole, procedure e strutture organizzative, che mirano a conseguire efficacia ed efficienza dei processi aziendali, salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite potenziali, affidabilità e integrità delle informazioni amministrative e conformità delle operazioni alle norme, ai regolamenti e alle procedure, cioè adeguata *compliance*. Tale sistema deve essere anche periodicamente rivalutato.

Occorre che il consiglio di amministrazione elabori anche una strategia per la gestione dei rischi che comunque si verificano. L'esistenza di procedure formalizzate è opportuna perché tende a creare capacità di reazione e di minimizzazione dei rischi stessi.

Si tratta quindi di individuare una strategia e una politica di gestione del rischio, che deve essere approvata dal consiglio di amministrazione e che deve naturalmente rimanere nella responsabilità organizzativa dell'amministratore delegato.

Da ultimo non bisogna dimenticare che il presidio principale contro i rischi aziendali e le loro conseguenze negative e' la dotazione patrimoniale della società e quindi una valutazione periodica della congruità di tale dotazione patrimoniale è assolutamente opportuna da parte di amministratori consapevoli.

È per me interessante notare che in molte parti del testo di Negri Clementi si afferma la rilevanza degli aspetti procedurali e organizzativi, poiché ciò significa che la dottrina giuridica (e mi pare anche parte della giurisprudenza, leggendo alcune delle sentenze riportate nel testo) stia sempre più comprendendo nelle sue valutazioni gli aspetti e i vincoli gestionali e organizzativi di organismi complessi, come sono le aziende.

In conclusione credo che la lettura di questo testo possa risultare utile guida a coloro che, a vario titolo, ricoprono cariche amministrative e di controllo in società, per coniugare la loro opera quotidiana con la normativa rilevante in modo efficace.

*Stefano Preda*  
*Professore ordinario di Istituzioni e Mercati Finanziari*  
*Politecnico di Milano*

# Introduzione

di *Anna Paola 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 procedimentali 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 preservare 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.