

La responsabilità e la diligenza dell'organo amministrativo

di [Giuseppe Demauro](#)

Pubblicato il 15 ottobre 2009

L'attività amministrativa rappresenta una funzione centrale all'interno dell'impresa commerciale e operando per mezzo del funzionamento di un organo collegiale o individuale costituisce una funzione imprescindibile per l'esistenza stessa dell'impresa

Introduzione

L'attività amministrativa rappresenta una funzione centrale all'interno dell'impresa commerciale e operando per mezzo del funzionamento di un organo collegiale o individuale costituisce una funzione imprescindibile per l'esistenza stessa dell'impresa.

Più precisamente, l'amministrazione, intesa come capacità di effettuare scelte manageriali ed organizzative opportune ed economicamente convenienti tutelando al meglio e perseguendo l'obiettivo della realizzazione degli interessi della società, è costituita da attitudini che si strutturano sulla base di un rapporto fiduciario che intercorre tra potere esecutivo e proprietà.

Tuttavia lì dove il codice civile prevede all'art. 2380-bis, 2° comma che "l'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci" è evidente che il legislatore ha ritenuto di tralasciare la previsione di un qualsiasi requisito di conoscenza tecnica o gestionale quale presupposto per l'esercizio della funzione di amministrazione.

Gli organi amministrativi: inquadramento normativo

Preliminarmente è opportuno precisare che l'art. 2380-bis c.c. al comma 2° e l'art. 2381 c.c. disciplinano le modalità di esercizio della funzione amministrativa prevedendo che la medesima viene svolta sempre da persone fisiche e di conseguenza l'organo amministrativo si struttura solitamente in forma unitaria, se il soggetto cui è demandata la funzione amministrativa è una sola persona fisica, oppure in forma collegiale, quando per l'esercizio della funzione sono nominati più soggetti. In entrambi i casi si avrà rispettivamente l'amministratore unico o il consiglio di amministrazione.

Quanto poi alla figura dell'amministratore delegato, essa è disciplinata in particolare dall'art. 2381 del c.c. che stabilisce: *"Il consiglio di amministrazione, se l'atto costitutivo o l'assemblea lo consentono, può delegare le proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto di alcuni suoi membri o ad uno o più dei suoi membri determinando i limiti della delega. Non possono essere delegate le funzioni di cui agli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 244, 2501-ter e 2506-bis7 c.c."*

L'amministratore delegato è solitamente espressione di una previsione normativa statutaria o di delibera assembleare; in ogni caso la nomina spetta sempre al Consiglio di Amministrazione con la corrispondente individuazione dei relativi compiti.

La giurisprudenza di merito infatti ha affermato sul punto che: *"non è omologabile l'atto costitutivo il quale, prevedendo un organo amministrativo collegiale, riserva all'assemblea dei soci la possibilità di nomina di consiglieri delegati, violandosi in tal modo una esclusività di attribuzioni prevista dall'art. 2381 del c.c."* (Trib. Bologna, Sez. IV, 20 aprile 1995).

La delega, come ha indicato la giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., 17 luglio 1979, n. 4191), consiste in una vera e propria "autorizzazione all'esercizio di determinati poteri".

Tali poteri possono caratterizzarsi per un ambito più o meno limitato poiché oggetto della delega, e quindi dei relativi poteri, possono essere singole attribuzioni ovvero il conferimento di un potere più generale; in ogni caso, come previsto dal codice, il CdA non può delegare le funzioni della redazione del bilancio, di aumento del capitale o riduzione dello stesso per perdite o al di sotto del limite legale.

Con il conferimento della delega l'amministratore assume il potere di gestione e il CdA svolge una funzione di controllo e di vigilanza sull'operato del primo senza che ciò comporti una riduzione dei poteri del CdA che potrebbe invece esercitare in qualunque momento parallelamente al delegato (anche sostituendosi ad esso).

Disciplina delle responsabilità - sent. Cass. Pen. n. 20515 del 15.05.2009

L'argomento della responsabilità delle figure sopra descritte per omesso impedimento di un evento illecito posto in essere da altri soggetti è stato più volte oggetto di pronunce giurisprudenziali soprattutto in tema di reati fallimentari.

Più in generale la responsabilità degli amministratori è disciplinata dagli artt. 2392 e 2381 del c.c., lì dove si prevede una responsabilità qualificata e solidale degli amministratori per gli obblighi previsti salvo che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

Emerge chiaramente dal 2° comma dell'art. 2392 c.c. un dovere generale di vigilanza visto che gli amministratori sono solidalmente responsabili nel caso in cui si verifichino eventi pregiudizievoli senza che gli stessi si siano precedentemente immediatamente attivati per impedirli ovvero almeno attenuarne gli effetti dannosi.

Nell'organizzazione societaria la funzione amministrativa si specifica nel compimento di tutti quegli atti necessari affinché la società realizzi il suo scopo; a tal scopo il Legislatore non fornisce un elenco di tutti gli obblighi che, nell'espletamento dell'incarico, gravano sugli amministratori, ma si limita a disciplinarne alcuni inserendoli spesso nello statuto.

Non sarebbe certamente ipotizzabile una diversa soluzione se si ha riguardo alla pluralità di adempimenti cui quotidianamente gli amministratori sono tenuti.

Accanto ad obblighi aventi un contenuto specifico la cui violazione è di per sé sufficiente al sorgere della responsabilità perché valutata a priori dalla legge come negligente, gli amministratori sono investiti dell'obbligo generico di gestire la società con diligenza, in relazione al quale il comportamento dovuto va determinato di volta in volta, con riferimento a tutte le circostanze del caso **(1)**.

L'esame della giurisprudenza mostra come raramente si sia arrivati a ritenere la responsabilità degli amministratori per violazione del solo obbligo di agire con diligenza; sembrerebbe che solo in pochissimi casi i giudici si siano spinti fino ad emettere una condanna fondata esclusivamente sulla pretesa della "mala gestio" dell'organo amministrativo spesso accompagnata da una previsione di rischio di conflitto di interessi senza peraltro accertarne la reale esistenza **(2)**.

La violazione del solo dovere di diligenza è stata, innanzitutto, riscontrata in ipotesi di perdita dell'intero patrimonio sociale per essere stato utilizzato in maniera rischiosa in imprese rovinose e fonti di sicuro e prevedibile danno.

La difficoltà nell'accertamento della responsabilità degli amministratori per violazione del solo obbligo di agire con diligenza si spiega alla luce del principio della insindacabilità nel merito delle scelte di gestione (c.d. business judgement rule).

L'operatività del principio comporta che il giudice, investito di un'azione di responsabilità per condotta negligente degli amministratori, non possa apprezzare il merito dei singoli atti di gestione, valutandone l'opportunità e/o la convenienza.

Infatti la gestione della società, in quanto attività d'impresa, comporta un alto margine di rischio e richiede il riconoscimento di un ampio potere discrezionale in capo all'organo amministrativo in relazione alla scelta delle operazioni da intraprendere; se si consentisse al giudice di compiere una valutazione sull'opportunità e convenienza delle scelte di gestione, si legittimerebbe un'indebita ingerenza dell'autorità negli affari sociali, in pregiudizio all'autonomia ed indipendenza dell'organo amministrativo **(3)**.

Quindi la responsabilità solidale sancita dall'art. 2392 c.c. non opera automaticamente poiché risulterebbe necessaria la presenza di determinati presupposti tra cui in particolare l'esistenza dell'omesso controllo.

Recentemente la Corte di Cassazione Sezione Penale con la sentenza n. 20515 del 15 maggio 2009 ha posto a carico di amministratori e sindaci la responsabilità per fatti commessi dai loro colleghi, attribuendo ad essi l'obbligo giuridico di impedire l'evento con applicabilità dell'art. 40, 2° comma del codice penale **(4)**.

Di fatto la Suprema Corte afferma **(5)** che la qualifica di amministratore o sindaco comporta automaticamente un obbligo di controllo e vigilanza di cui i soggetti investiti devono farsi carico: potrà infatti essere eccepita la carenza di legittimazione passiva solo se si dimostri che non si aveva alcuna consapevolezza dell'attività illecita posta in essere da terzi, né che si poteva impedire attraverso la corretta esplicazione dei propri poteri/doveri di controllo.

Sostanzialmente con la sentenza appena richiamata viene sancita una sorta di responsabilità da posizione **(6)** dell'amministratore sul quale quindi ricade l'obbligo giuridico per la qualifica che riveste di impedire che eventi dannosi possano prodursi ed arrecare danno al patrimonio sociale.

Di conseguenza la responsabilità sarà comunque attribuita anche se l'amministratore in questione è tale solo formalmente lì dove coesiste anche un amministratore di fatto o nel caso in cui vi sia un amministratore delegato che abbia materialmente compiuto l'illecito.

Il dovere di vigilanza

Appare evidente come il dovere di vigilanza gravi non tanto sull'intero organo

amministrativo collegialmente considerato quanto piuttosto su ogni singolo membro dello stesso.

Infatti in questa circostanza a nulla vale il principio della collegialità che caratterizza l'attività del consiglio di amministrazione poichè l'attività di vigilanza si esplica nel porre in essere atti non di natura gestoria o comunque vincolanti giuridicamente per la società ma nella richiesta di una serie di informazioni da parte dei singoli membri.

Altra questione degna di nota è rappresentata dai limiti della responsabilità per omessa vigilanza; infatti è ormai pacifico **(7)** che per parlare di responsabilità per omessa vigilanza è necessario l'elemento psicologico del dolo eventuale e cioè un'ipotesi di responsabilità in tutti i casi in cui gli elementi indiziari dell'illecito commesso o in fase di attuazione siano evidenti o comunque tali da destare sospetto o nel caso in cui non siano stati effettuati quei controlli che il ruolo di amministratore impone.

Quanto agli amministratori privi di delega nonostante l'ambito della loro responsabilità è limitato all'obbligo di agire in modo informato piuttosto che alla vigilanza sul generale andamento della gestione, il disposto dell'art. 40, 2° comma del c.p. trova applicazione purchè l'amministratore fosse a conoscenza dei reati o degli atti pregiudizievoli per la società che altro amministratore munito di delega stava commettendo e non abbia fatto nulla (dolo) per impedirne il compimento.

Pertanto come sancito da altra giurisprudenza **(8)** sarebbe la volontarietà e/o il dolo accompagnato evidentemente dalla conoscenza di un fatto illecito a determinare una fattispecie di responsabilità "penale" dell'amministratore privo di delega.

Demauro Giuseppe

15 Ottobre 2009

NOTE

(1) Annalisa Stirpe in Rassegna di giurisprudenza su "La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore" - Luiss Guido Carli - Dicembre 2004

(2) Tribunale di Milano, caso Fallimento Mercante, 28 marzo 1985 - Tribunale di Milano, 26

giugno 1989, in Soc., 1989, 1179 – Tribunale di Parma del 3 novembre 1999, in Nuova Giur. Civ., 2001, I, 220 – Corte d’Appello di Milano del 30 marzo 2001, in Giur. Comm., 2002, II, 200 – Tribunale di Milano del 20 febbraio 2003, in Soc., 2003, 1268.

(3) F. Bonelli, La responsabilità degli amministratori, in Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo e Portale, vol. IV, Torino, 1994, p. 352.

(4) Art. 40 codice penale – rapporto di casualità: (I) nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l’evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.

(II) Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.

(5) La vicenda processuale si muove dall’accusa verso taluni soggetti di associazione a delinquere finalizzata alla costituzione di società operanti nel settore delle telecomunicazioni che in maniera dolosa, dopo aver contratto ingenti debiti verso società maggiori, venivano dichiarate fallite. L’imputato che solo formalmente rivestiva la carica di presidente della società occupandosi all’interno della stessa di mansioni differenti, dapprima assolto, veniva poi condannato dalla Cassazione: “Per quanto la previsione di cui all’art. 2381 cod. civ., introdotta con il D.Lgs. n. 6 del 2003 che ha modificato l’art. 2392 cod. civ., riduca gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega, tuttavia, l’amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40, comma secondo, cod. pen., per la commissione dell’evento che viene a conoscere e che, pur potendo, non provvede ad impedire, posto che a tal riguardo l’art. 2932 cod. civ., nei limiti della nuova disciplina dell’art. 2381 cod. civ., risulta immutato”.

(6) Antonio Iorio – Stefano Sereni, La Responsabilità dell’amministratore senza delega e della “testa di legno”, Il Fisco 25/2009, 4165

(7) Cass, Sez. V pen., 10 febbraio 2009 n. 9736 – Cass. Sez. pen. 9 febbraio 2001 n. 2137 – Cass. Sez. V pen. 23 giugno 1999 n. 10465 – Cass. Sez. V pen. 25 marzo 1997 n. 4892.

(8) Cass. Sez. V pen., 19 giugno 2007 n. 23838

Copyright © 2021 - Riproduzione riservata Commercialista Telematico s.r.l

Copyright © 2021 - Riproduzione riservata Commercialista Telematico s.r.l