

Finis. comm., 2008, II, 369

norme e sanzione invalidante, la questione della nullità virtuale e relativa, la questione della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, e tra vizi genetici e vizi funzionali.

L'intervento delle Sezioni unite si innesta sulla precedente pronuncia 19024/2005 della prima sezione civile, di fatto confermandola. A differenza di quest'ultima, tuttavia, considera anche la sistematica delle precedenti pronunce della Suprema Corte, e allarga lo sguardo sugli ultimi interventi del legislatore speciale. Si interroga quindi sul fatto che il sistema sanzionatorio italiano possa essere stato modificato dall'influsso del diritto comunitario, e sul fatto che il settore finanziario esprima un grado di specialità tale da determinare la revisione delle tradizionali categorie e regole civilistiche.

La Cassazione, nell'affrontare il delicato compito nomofilattico, tuttavia, non approfondisce alcune importanti questioni, destinate a riproporsi nelle future controversie in materia di servizi di investimento: la natura anche precontrattuale della fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, l'impatto del diritto comunitario sull'applicazione e la natura delle sanzioni civilistiche italiane, il ruolo della disciplina dei vizi del consenso nella tutela dell'investitore.

GIULIA GOBBO

CASSAZIONE PENALE, V Sezione, 4 maggio 2007 n. 23838 — COLON-  
NISE Presidente — SANDRELLI Estensore — P.M. FRATTICELLI (diff.)  
Confirma C.U.P. Brescia, 31 maggio 2005

**Società - Società per azioni - Amministratori - Amministratori delegati - Dovere di agire in modo informato - Strumenti per l'acquisizione delle informazioni - Potere individuale di ispezione - Esclusione**  
(Codice civile, art. 2381).

*Con la riforma della disciplina delle società, portata dal decreto legislativo n. 6 del 2003, è stato rimosso il generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" (già contemplato dall'art. 2392 c.c., comma 2), sostituendolo con l'onere di "agire informato", atteso il potere (che si qualifica come doveroso nell'ottica dell'indagine normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche un'autonomia potestà di indagine) (\*).*

(Massima non ufficiale)

IN FATTO. — Il GUP presso il Tribunale di Brescia ha pronunciato in data 31.5.2005 sentenza di non luogo a procedere nei confronti di A. A. ed altri numerosi imputati, coinvolti nelle indagini sulla gestione del gruppo bancario Bipop-CARIRE, inchiesta promossa dalla Procura della Repubblica di Brescia. Accanto a detta decisione il GUP disponeva rinvio a giudizio per altri imputati e trasmetteva, per competenza territoriale, gli atti all'A.G. di Milano quanto all'addebito di violazione dell'art. 416 c.p. (il Tribunale di Brescia, a sua volta, inviava anche questo troncone processuale all'A.G. milanese, per ragione di connessione). La vicenda, come si apprende dal provvedimento impugnato, sorge dalla relazione ispettiva di Banca di Italia, datata 2002 che segnalava, fra l'altro, come nelle comunicazioni sociali era stata indebitamente omessa la contabilizzazione delle gestioni di patrimoni, assistite da anomale garanzie, assai rischiose per l'azienda di credito (es. rendimento minimo garantito con costruttuale garanzia del capitale), le quali avevano cagionato elevatissime perdite per l'istituto bancario ed avevano portato Bipop-CARIRE in uno stato di crisi.

Sulla premessa che soltanto alcuni degli amministratori e dei sindaci fossero stati messi a parte del fenomeno della infedele esposizione della situazione patrimoniale della società, il GUP esclude illecita consapevolezza in capo agli altri esponenti societari ed emise per essi la decisione di non luogo a procedere.

Avverso la sentenza liberatoria del GUP ha interposto ricorso per Cassazione il P.M. di Brescia per le sole posizioni di A. S., B.F., B.S., C.G.M., C. G., C.R., F.L., F.E.Lu., H. L., M.V., S.R., S.A., S.M., S. T.R., V.P. relativamente ai capi 2, 3, 4 (art. 110 c.p., art. 2621 c.c., art. 2622 c.c., commi 1 e 3, con riguardo ai bilanci d'esercizio e consolidato 31.12.1999, 31.12.2000, relazione semestrale al bilancio consolidato e d'esercizio 30.6.2001), 5 e 6 (violazione artt. 110 e 81 cpv. c.p., art. 2638 c.c., ostacolo alle funzioni di vigilanza a Banca d'Italia e a CONSOB).

Inoltre, ha avanzato impugnazione per la decisione liberatoria assunta per le posizioni di A.A., A.S., A.M., B.G., B.F., B.S., C.G., C.G.M. e P., C.M., C.R., F.L., F.E.Lu., F.G., H.L., L.L., M. A., M.V., P.M., R.A.M., S.S., S. R., S.B., S.A., S., T.R., V.P. con riguardo alla sola violazione (capo 29) dell'art. 2637 c.c. (aggiornamento).

Il Pubblico Ministero ha eccepito:

— l'illegittimità costituzionale dell'art. 593 c.p.p., 2° comma come sostituito dalla L. 20 febbraio 2006, n. 46, art. 1 e dell'art. 10 della medesima legge, nella parte

in cui limitano il potere di impugnazione del P.M. avverso la sentenza di proscioglimento, così come la "legge Pecorella" ha sancito con la modifica dell'art. 593 cod. proc. pen.;

— l'inosservanza della legge processuale penale con riguardo all'art. 192 cod. proc. pen., attesa la mancanza di motivazione su punti rilevanti della decisione;

in particolare dolendosi:

a) dell'erroneo convincimento di assenza di responsabilità per gli amministratori senza delega e per i sindaci per reati societari, in base all'assenza di sicura prova della conoscenza dei fatti pregiudizievoli scaturiti dalla loro condotta omissiva, trascurando la censurabile omissione loro iniziativa che ha consentito di portare a compimento i fatti illeciti;

b) dell'errata la lettura dell'art. 40 c.p., 2<sup>a</sup> comma circa la permanenza del dovere penalmente sanzionato, anche a fronte del mutare della disciplina civilistica e, comunque, l'erroneo convincimento che la riforma societaria (soprattutto artt. 2392 e 2381 c.c.) abbia inciso sull'imputazione della penale responsabilità degli amministratori senza delega nel caso di omesso impedimento dei reati materialmente commessi dagli amministratori operativi;

c) dell'erronea ricostruzione della vicenda sottesa all'imputazione di aggioaggi, afferente alla acquisizione di azioni ENTRUM (e, dunque, dell'azienda di credito tedesca) falsando il quadro cognitivo presente al momento della sottoscrizione dell'atto di capitale;

d) dell'erronea lettura della norma di cui all'art. 2657 cod. civ. intesa quale norma priva di capacità punitiva, nel caso in cui l'annuncio del corso dei titoli non si sia verificato. Permevano alla Corte, in vista dell'odieterna udienza, parecchie memorie difensive di imputati proteste al rigetto del ricorso.

All'oderna udienza la difesa dell'imputato B.G. eccepeva l'omessa notifica dell'udienza nei confronti del (co)difensore avv. Enrico Maria De Castiglione (per il quale risultava annotazione "non trovato", non corrispondendo il nominativo indicato nell'epigrafe della sentenza impugnata con l'elenco dei difensori del foro di Milano). Sulla conforme richiesta del Procuratore Generale, essendosi rimessi al riguardo i difensori, la Corte dispone la separazione del procedimento nei confronti di B.G. che viene rinviato a nuovo ruolo.

DIRITTO. — 1) Preliminare alla trattazione del ricorso è la disamina della questione di legittimità costituzionale.

L'eccezione sollevata dal Pubblico Ministero, nella sua generale ampiezza e, per così dire, sorpassata dagli eventi avendo la Corte costituzionale annullato sia l'art. 593 c.p.p. sia l'art. 10 che regolava la disciplina transitoria (sent. 24.1.2007 (6.2.2007) n. 26, Peraltro, pur non essendo stato oggetto di espressa eccezione, il Collegio ritiene necessario valutare il possibile rilievo di incostituzionalità compreso nell'eccezione a portata generale formulata dal ricorrente. Invero, la questione, tuttavia, mantiene il suo interesse per il caso qui dedotto poiché la pronuncia del giudice delle leggi non ha interesso, l'intera area dell'impugnazione del Pubblico Ministero, limitandosi alla disposizione menzionata ed alla indicata disciplina transitoria.

Lasciando, cioè, immune dallo scrutinio di costituzionalità — tra le altre — anche la previsione che qualifica inammissibile l'appello proposto avverso la sentenza pronunciata all'esito dell'udienza preliminare.

Ritiene il Collegio che l'omessa pronuncia sul punto, essendo nella facoltà della Corte costituzionale di esaminare situazioni limitrofe a quella denunciata come illegittima, stia a significare una valutazione reiettiva ed, in ogni caso che, in assenza di una

positiva affermazione di patologia, non possa estendersi il *dictum* costituzionale oltre i suoi confini.

Assunto che viene maturato nella convinzione che l'attuale inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere non sia omogenea alla situazione esaminata dalla Consulta, trattandosi di un epilogo di fase processuale con connotazioni e risultati grandemente difformi. Infatti, questo tipo di sentenza non segna in guida irrevocabile la definizione della vicenda processuale (né dispiega effetti preclusivi né pregiudizialmente vincolanti verso la parte privata) e consente, nei termini indicati dall'art. 434 c.p.p. e ss., la sua revoca. Siffatta decisione è esclusivamente finalizzata a paralizzare l'iniziativa della pubblica accusa nel proseguo del processo quando il fondamento dell'accusa non sia idonea a confermare la sua validità nel giudizio. In tal senso può considerarsi decisione ad effetto meramente "processuale", volta ad assicurare profili di economia all'interno della vicenda processuale ed emessa, pertanto, allo stato degli atti. Quindi, una decisione intrinsecamente difforme dal caso valutato dalla Corte costituzionale. Per la sua connotazione peculiare, non appare in sé irragionevole un trattamento normativo diverso rispetto alle sentenze rese in giudizio, secondo il discrezionale orientamento del legislatore, senza varchi di illegittimità costituzionale.

Né — come già stabilito dalla Corte delle leggi — la disparità dei mezzi di gravame consentiti ai protagonisti del processo lede in sé il principio costituzionale di parità delle parti quando è rinvenibile un'adeguata ragione che giustifichi il diverso trattamento configurato. Per il vero, a prescindere dagli inesistenti profili di irragionevolezza, non è dato riscontrare disparità alcuna nella fattispecie processuale. Invero, né P.M. né imputato — con la riforma della legge "Pecorella" — sono, con pari trattamento, legittimati all'appello, residuando alle parti soltanto il potere di ricorrere in Cassazione (e, per il vero, con una restrizione ipologica per ciò che trae alla sola posizione dell'imputato). Al contempo (come anche osservato dalla difesa R.A.M.) il provvedimento correlato alla decisione disciplinata dall'art. 428 c.p.p. non è una sentenza di condanna, bensì il decreto di rinvio a giudizio (art. 429 c.p.p.) avverso il quale nessuna delle parti ha legittimazione ad impugnazione di sorta.

La questione di illegittimità costituzionale è — dunque — manifestamente inordinata e la norma può trovare attuale applicazione, poiché essa non è stata caducata dalla dichiarazione di incostituzionalità, pronuncia che si raccorda soltanto alla fattispecie dell'art. 593 c.p.p.

2) Se, dunque, la sentenza della Consulta non riguarda l'art. 428 c.p.p., l'impugnazione qui esaminata deve riguardarsi — nel variare delle norme — secondo il consueto criterio processuale del *tempus regit actum*, sicché la valutazione del suo pertinenza e della sua efficacia debbono ancorarsi alla normativa vigente nel momento in cui lo stesso venne avanzato. Le modifiche normative intervenute posteriormente non possono, conseguentemente, influire sul relativo giudizio, in mancanza di una disposizione che espressamente, contraddicendo la regola generale, assegni efficacia retroattiva alla riforma.

Diversa questione è se la decisione della Corte costituzionale abbia travolto anche la l. n. 46 del 2006, art. 10, norma che impartisce disciplina transitoria (e, quindi, ove ritenuta applicabile al caso in esame, avrebbe effetto retroattivo) per tutti i casi di "sentenze di proscioglimento" avverso le quali sia stato, prima dell'entrata in vigore della legge (che ha reso inammissibile siffatta impugnazione), proposto appello. Poiché a questa disciplina si era richiamato il P.M. e di essa aveva dato applicazione la Corte d'appello, investita del gravame (dichiarando l'inammissibilità del gravame), potrebbe sostenersi che l'attuale ricorso non risulta tempestivo secondo la generale regola dettata dall'art. 585 c.p.p., ove esso fosse stato messo nel nulla dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Il *dies a quo*, infatti, avrebbe dovuto fissarsi secondo le regole generali previgenti al momento in cui sopravvenne la riforma che disciplinò *ex novo* l'impugnazione del P.M. (data di entrata in vigore della l. n. 46 del 2006; 9 marzo 2006), a prescindere dalla disposizione della l. n. 46 del 2006, art. 10 che non riguardava l'impugnazione delle decisioni libertatorie del G.U.P. È questa la posizione assunta dalla memoria delle difese B.F., P.L., M.V.: per essa il testo letterale della norma non riguarda la sentenza "di non luogo a procedere" bensì quella "di proscioglimento", con la conseguenza che la sua applicazione, all'avvio della impugnazione e prima dell'attuale ricorso, non ritiene giustificazione.

L'opinione (che porterebbe alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso) non ha pregio. Essa pecca di eccessivo formalismo: la nozione di "sentenza di proscioglimento" allude ad una categoria di decisioni aventi carattere libertatorio per l'imputato. In seno a questo ambito è dato annoverare — quale sottospecie — la sentenza resa al posto dell'udienza preliminare, decisione che — ciononostante — è dotata di una sua specifica autonomia strutturale. Che quest'ultimo provvedimento possa qualificarsi, con generica indicazione, quale "sentenza di proscioglimento" lo si deduce in via immediata dall'effetto che da esso consegue.

L'esame attento della normativa processuale assevera l'assunto: lo conferma la lettura della direttiva 25 della legge/delega al codice di rito; degli artt. 151-*bis* e 154-*bis* disp. att. c.p.p. la cui rubrica — preposta a disposizione che disciplina gli effetti della sentenza *ex art.* 425 c.p.p. — testualmente allude all'"imputato prosciolto"; oppure, del contesto relativo all'art. 129 c.p.p. che, pur applicato alla fase precedente al processo, concreta un "proscioglimento" (cf. es. art. 425 c.p.p., 3<sup>a</sup> comma); o, ancora, delle decisioni della Corte cost. (es. n. 180, 423 del 1992), oppure, infine, di questa stessa Corte (Cass., Sez. un., 25.1.2005, PG. in proc. De Rosa, *CED Cass.* 230529; Ord. Sez. 2, 21 ottobre 2005, PG. in proc. Di Michele, *CED Cass.* 233142; Sez. I, 17 novembre 2004, Narducci ed altro, *CED Cass.* 231184; Cass., Sez. I, 16 novembre 2001, Berlusconi, n. 45275, ecc.). Osservazione che, non trascurando la differenza lessicale utilizzata dal legislatore, da essa non fa discendere una radicale incompatibilità di connotazione processuale.

Nè a questo approdo interpretativo può obiettarsi che — comunque — la dichiarazione di illegittimità costituzionale, vertendo sulle regole generali delle facoltà di appello, necessariamente coinvolge anche la l. n. 46 del 2006, art. 10 che riguardava questa materia, trascinandolo con sé anche la disciplina transitoria afferente alla sentenza di cui agli artt. 425 e 428 c.p.p. Invero, è di evidenza logica che la decisione della Consulta, focalizzando il giudizio di illegittimità sul novellato art. 593 c.p.p. e correlando, quale automatica conseguenza, lo stesso giudizio alla corrispondente disciplina transitoria, non abbia indiscriminatamente travolto il dettato dell'art. 10 della citata legge, ma soltanto la disposizione nella sua correlazione con la norma invalida per incostituzionalità, lasciando in vigore (nel silenzio di detta pronuncia) ogni altra parte logica e giuridicamente autonoma e da quest'ultima logicamente indipendente. Non essendo stata affermata l'illegittimità della norma processuale principale, non si ravvisa ragione alcuna per inferire, in assenza di atto ablativo espresso, la cassata vigenza dell'art. 10 legge cit., con interpretazione abrogatrice del tutto arbitraria.

3) Venendo al merito della decisione del G.U.P. di Brescia, è d'uopo osservare che — quanto ai capi 2, 3, 4, 5, 6 — l'impugnazione non si richiama agli elementi raccolti per ogni singola posizione, ma muove la doglianza indistintamente sui temi coinvolti in tutte le posizioni individuali, presenti nella categoria degli amministratori delegati, a prescindere dalla specifica condotta tenuta in concreto da ciascuno di essi. Il ricorso, cioè, rivolge le sue censure in ragione della qualifica soggettiva dell'organo ge-

storico e del corredo di doveri su di esso incumbenti, obblighi che — contrariamente all'assunto del G.U.P. di Brescia — il ricorrente ritiene violati con conseguenziale responsabilità penale. Siffatta impostazione, censurata dalla memoria difensiva di H. e, con minor dettaglio, dalla memoria F.L./M.V., non può per ciò solo ritenersi aspecifica, ma può significare soltanto che il ricorso si riflette esclusivamente sul profilo astratto di interpretazione della norma giuridica, rimanendo la considerazione su un piano generale e comune a tutti i prevenuti (del resto, neppure il decidente nella sua sentenza ha ripartito la valutazione di singoli casi, preferendo affrontare la motivazione con richiami ai principi generali comuni a tutti gli imputati che ha prosciolto): dunque, non si terrà conto dei rilievi mossi da alcuni difensori nelle memorie *ex adverso* depositate alla Corte, afferenti a peculiari profili soggettivi, non risultando, in questo senso, di specifico interesse nel vaglio dell'impugnazione.

Al contempo, il ricorso non si sofferma neppure su possibili specificità proprie delle diverse imputazioni sottese ai capi per cui è formulata l'impugnazione (segnalate per es. dalla memoria B.F.): per es. sulla attuale vigenza delle "nuove" fattispecie di false comunicazioni sociali, le cui condotte sono riferite ad epoca anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. n. 91 del 2002 (per es. manca nei capi di accusa una puntuale correlazione proporzionale tra le poste mendaci ed il risultato di esercizio o il netto patrimoniale; ovvero l'ecceденza del 10% circa quelle valutative). Non essendovi sollecitazione alcuna del ricorso e devoluzione del quesito, il punto non verrà più considerato.

4) È indefettibile premessa da cui prendere le mosse per valutare il fondamento dell'impugnazione, l'annotazione del G.U.P. a pag. 11 della sentenza di non luogo a procedere:

"è del tutto pacifico che solo l'amministratore delegato S. B. e pochi altri imputati avevano preso parte all'illecito o, comunque, erano al corrente dell'iniziativa e degli artifici contabili era stata occultata" (la contabilizzazione delle perdite conseguenti alle garanzie su perdite nelle gestioni dei fondi patrimoniali, nde.).

Questa premessa ha da ritenersi — come vuole il G.U.P. — "pacifica": essa, d'altra parte, non è stata contestata dal Pubblico Ministero ed essendo allineata a fatto, non potrebbe què essere ulteriormente rivalutata.

Osservazione che prescinde, invece, dalla evidenza di "segnali di allerta" relativi ad operazioni dannose per la società, sottolineati, come si dirà oltre, dal ricorrente. Su questa premessa si svolgono le osservazioni che seguono.

Il G.U.P. ha affermato che, per ascrivere, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., la responsabilità dell'illecito evento ad amministratori privi di delega ed ai sindaci, occorre il riscontro di una diretta conoscenza, nella sua portata illecita, dell'evento verificatosi a seguito della colpevole omissione. Ed ha negato che l'attuale formula legislativa dell'art. 2381 c.c. (configurata dalla riforma di cui al d. lgs. n. 6 del 2005, a modifica della precedente versione dettata dall'art. 2392 c.c.), possa fungere da valido referente dell'obbligo impositivo per fatti occorsi prima dell'intervento novellatore.

Il Pubblico Ministero ricorrente, invece, ha ritenuto che — pur nella mutata disciplina relativa agli amministratori privi di delega — resti invariata, nella sostanza, la posizione di garanzia. Sia perché essa attiene alla posizione effettiva e sostanziale assunta da costoro nei confronti di soci ed interessati alla gestione della società, con conseguente influenza del cambiamento dei termini normativi portato da modifica posteriore all'acquisizione della responsabilità, sia perché l'arteria lettura degli articoli di legge in discorso palesa un immutato dovere, gravante sui singoli, di compiuta informazione circa le operazioni societarie.

Il motivo avanzato dal ricorrente è infondato, ma — in parte — anche l'argomentazione della decisione risulta sfocata.

La riforma della disciplina delle società, portata dal d. lgs. n. 6 del 2005, ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regolamentato la responsabilità dell'amministratore delegato di delega. E, così, ha delineato, da un lato, il criterio direttivo dell' "agire informato", che sostiene il mandato gestorio (art. 2381 c.c., 5° comma) e, correlativamente, l'obbligo di regnaglio informativo sia a carico del presidente del consiglio di amministrazione (art. 2381 c.c., 1° comma: "provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri"), sia in capo agli amministratori delegati, i quali, con prestabilita periodicità, devono fornire adeguata notizia "sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche; effettuate dalla società o dalle sue controllate" (art. 2381 c.c., 5° comma). In tal modo la riforma ha indubbiamente — con più puntuale disposizione letterale — alleggerito gli oneri e le responsabilità verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa. È stato, dunque, rimosso il generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" (già contemplato dall'art. 2392 c.c., 2° comma), sostituendolo con l'onere di "agire informato", atteso il potere (ma, che si qualifica come doveroso nell'ottica dell'indicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche un autonomo potestà di indagare).

Modifica dell'art. 2392 cc. che è stata introdotta nell'ordinamento con immediata vigenza, attesa la disposizione di cui all'art. 209 disp. trans. c.c.

Per ciò che interessa il versante penale, questa premessa riconfigura (o meglio giunge a conferma di appropi interpretativi) già acquisiti dalla dottrina) la "posizione di garanzia" del consigliere non operativo, postocché l'obbligo di impedire l'evento, disciplinato quale tramite giuridico causale, dall'art. 40 c.p., 2° comma, si paramerà su una fonte normativa (nei termini assai largi assunti dalla giurisprudenza) che costituisce il dovere di intervento. Non è revocabile in dubbio, conseguentemente, che anche il ruolo penale dell'amministratore privo di delega risulti modificato. Il quesito affacciato nella presente vicenda (per osservazioni contenute in parecchie memorie difensive) è se ed in quali termini possa invocarsi la disciplina dettata dall'art. 2 c.p., in seno al combinato disposto delle norme penal/societarie e dell'art. 40 c.p., 2° comma, attesa la obiettiva restrizione della responsabilità apportata nel contesto del codice civile e la obiettiva situazione più favorevole per gli amministratori privi di delega.

A chiarimento del discorso occorre decisamente segnare il limite operativo dell'art. 40 c.p., 2° comma quando sia correlato ad incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo o, peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa, incompatibile con la lettera delle fattispecie incriminatrici, che configurando comportamenti modulati su consapevolezza dolosa, non consentono di addebitare all'autore di volontaria omissione, con argomentazione propria della colpa (e cioè con rimprovero di imperizia, o di negligenza, o di imprudenza), l'evento che egli ha l'obbligo giuridico di impedire. La stessa riforma ha operato in questa direzione, poiché la relazione accompagnatrice del testo legislativo accenna alla necessità di evitare ingiustificate letture estensive della responsabilità degli amministratori.

L'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40 c.p., 2° comma 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 da obbligo giuridico — l'omissione consapevole nell'impedirelo.

Entrambe queste due condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridico di cui si discute. Non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole (sì che l'omissione dell'azione impediva non risulti connotata da consapevolezza).

Ovviamente, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale, per tanto chi consapevolmente si sia sottratto nell'esercitare i poteri-doveri di controllo attribuiti dalla legge, accettando il rischio, presente nella sua rappresentazione, di eventi illeciti discendenti dalla sua inerzia, può rispondere di essi ai sensi dell'art. 40 c.p., 2° comma. Ma — pur in questa dilatazione consentita dalla forma eventuale del dolo — non può esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attendendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa.

Riportando questo assunto nel contesto della responsabilità dell'amministratore non operativo, può rilevarsi — allora — che l'effettiva rilevanza portata dalla disciplina di cui all'art. 2 c.p. riesce assai contenuta. La penale responsabilità, invero, prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo, mentre postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace regnaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento: non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministrazione, rilevante ex art. 40 cpv. c.p., si riduca all'informazione resa in seno all'ambito del consiglio di amministrazione o al solo ambito societario. Una volta dimostrata la conoscenza del probabile evento pregiudizievole, connesso alla situazione offerta all'attenzione del soggetto garante, si prova l'esistenza del suo dovere di scongiurare lo stesso, non essendo stati ridotti gli obblighi e le responsabilità dell'amministratore (verso la società ed i creditori) volti a prevenire pregiudizi da condotta illecita. Tanto è dato riscontrare nel contesto dell'art. 2392 c.c., 2° comma (che al proposito, sia pure nei limiti della disciplina del nuovo art. 2381 c.c., risulta immutato) che sancisce la responsabilità verso la società per quanti, "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli", non si siano attivati per impedire il compimento dell'evento pregiudizievole, norma che non precisa la modalità dell'acquisizione dell'informazione sul fatto illecito o ingiustamente pregiudizievole.

L'amministratore (ed è indifferente che egli sia o meno dotato di delega) è penalmente responsabile (art. 40, 2° comma c.p.) per la commissione dell'evento che ebbe a conoscere (anche se al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non scongiurò.

Altro discorso, ancora, attiene alla conoscibilità dell'evento e, quindi, per restare nell'area del fatto volontario, situazione desunta dalla percezione dei segnali di pericolo o di sintomi di patologia insiti nell'operazione coinvolgente la società, evincibile dagli atti sottoposti alla sua attenzione. Profilo che caratterizza il punto focale del ricorso del Pubblico Ministero, il quale rammenta segnali che possono (come nel caso in esame) trapelare anche dalle risposte rese dall'amministratore operativo alle istanze informative avanzate da quello privo di delega (non essendo stato introdotto dalla legge alcun autonomo ed indivisibile potere ispettivo) ovvero dalle relazioni stilate dall'organo delegato. Invero, l'affidamento ad esse non può ammettere cieca rinuncia dalle personali facoltà critiche o del corredo di competenza professionale. Situazioni che possono — pertanto — mantenere rilievo penale nella prospettiva del dolo (oltre che, evidentemente, per la colpa).

Ma — pur accogliendo in via astratta questa prospettazione — il Collegio osserva che, nella vicenda dedotta, occorre per l'accusa la dimostrazione della presenza di segnali percipi e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anomalia di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore

non operativo (oltre, per quanto dianzi detto, la prova della percezione degli stessi in capo agli imputati). L'onere in tal senso non è stato assolto dal ricorrente, sicché, nella situazione storica degli accadimenti, improponibile al giudice di legittimità: essa, in realtà, richiede una conoscenza di fatti e presupposti della volontà partecipativa nel reato, i cui dettagli non sono specificati nell'atto di impugnazione e che, comunque, attingono alla valutazione del fatto.

Del resto, l'addurre a sostegno della tesi d'accusa la "consapevole approvazione di ogni iniziativa della dirigenza" (pag. 15) è del tutto logicamente inconcludente: se consapevole fu il voto favorevole, tanto non dimostra che esso fu correttamente ed esaurientemente "informato" sulla effettiva sostanza della decisione, sì che discenda seria attestazione di una adesione volontaria all'opzione illecita o dannosa per la società. Né il fatto che, poco tempo dopo la approvazione dei bilanci incriminati, vi siano state sostanziose rettifiche illumina sul reale stato conoscitivo dei prevenuti all'atto della lettura delle relazioni loro rimesse. Né, ancora, la riduzione del consiglio di amministrazione a "ratificatore" di decisioni altroue prese risulta peculiare e congruente rispetto alla esigenza di puntualità dimostrativa di cui si è detto.

Meramente assertive, poi, le affermazioni del ricorrente circa alcune pratiche di finanziamento, o sulla patologia connessa al riconoscimento di *stock option* (prassi — peraltro — assai diffusa e non ritenuta necessariamente delittuosa), che non consentono di intravedere nemmeno i sintomi dell'evento. Di lata presunzione, ben poco congruente a questi fini è la reciproca stretta relazione di amicizia tra alcuni protagonisti, indice assai generico di sospetto e "mutuo" di fronte alla effettiva informazione da parte dell'amico informato verso il collega non operativo. Analogamente, la considerazione che alcuni aspetti illeciti erano "pallesamente rilevabili" o che siffatta situazione era ben conosciuta o conoscibile, o l'allusione all'"eclatante vicenda relativa al palazzo di (omissis)", ecc. non sono passaggi idonei ad approdare a qualche congruente giustificazione argomentata e, nuovamente, richiamano la nuova considerazione di fatti e situazioni, operazione non consentita nel giudizio di legittimità.

Tutto ciò per tacere della difficile comparabilità (non logicamente impossibile, come vorrebbe la difesa di C.G.M., poiché è sempre ipotizzabile l'accettazione del rischio che altri agisca con il dolo qualificato) del dolo eventuale con fattispecie non soltanto marcatamente fraudolente (art. 2638, 1° comma c.c.), ma anche contrassegnate da specificità del dolo, da espressa comunione di consapevolezza (art. 2638, 2° comma c.c.: propria delle condotte di omessa informazione) e, financo da intenzionalità di inganno (art. 2621 e 2622 cod. civ.).

Non diversamente si deve concludere per la posizione dei sindaci la che non è stata né dal G.U.P., in sentenza, né dal Pubblico Ministero, in seno al ricorso, specificamente considerata.

Per esiti la riforma non ha disposto mutamento quanto all'obbligo di vigilanza, essendo rimasto inalterato il paradigma della responsabilità dettato dall'art. 2407, 2° comma c.c. Tuttavia, l'espreso e diretto obbligo di vigilanza sulla gestione degli amministratori estende assai il grado di responsabilità. Il G.U.P. ha distinto le posizioni di alcuni (C.G. e L.), sia nel proscioglimento sia nell'adozione della formula di cui all'art. 129, 1° comma c.p.p.) da quella del M.A., rinviato a giudizio e prosciolto dagli altri addebiti per prescrizione. Da quanto annotato circa la posizione del M.A. (sent. pag. 17/18) il discrimine è stato ravvisato nel grado di conoscenza dell'atto antidoveroso degli amministratori, con ciò applicando alla figura del sindaco il medesimo vago giuridico sin qui svolto, ed addebitandogli — ai sensi dell'art. 40, 2° comma c.c. — la colpevole inerzia, censurabile in quanto pienamente conscia dell'evento da evitare. Non si

dispone di elemento alcuno per censurare la scelta del giudicante, che è accompagnata da corretta motivazione, né detta scelta è stata dedotta espressamente ed argomentatamente nelle censure dell'impugnazione.

5) Infondato è anche il secondo mezzo del ricorso.

Anch'esso in gran parte si presenta ancorato alla richiesta di nuove valutazioni del fatto o alla ricostruzione dello stesso, indagine che è preclusa al giudice di legittimità. In ogni caso, la decisione appare coerente con la lettera della norma incriminatrice e risulta adeguatamente motivata.

Infatti la Corte osserva:

1) quanto all'impugnazione *sub* 29, capo b):

— l'erogazione di crediti finalizzati a consentire l'acquisto delle azioni è operazione che si colloca al di fuori dell'immediato rapporto causale con l'esito speculativo; essi non determinarono né avrebbero potuto determinare — concretamente — la sensibile alterazione, evento seguito, invece, all'acquisto dei titoli, non all'erogazione del finanziamento, ancorché esso fosse strumentalmente finalizzato al primo;

— la probabile irregolarità di questi mutui (secondo la disciplina interna all'azienda bancaria e per le regole dettate dall'organo di vigilanza agli istituti di credito) non equivale alla artificiosità a cui allude la norma, fondata su una sensibile discrepanza tra apparenza e realtà (mentre nel caso in esame il denaro fu effettivamente corrisposto all'investitore);

— per la medesima ragione non pare potersi rilevare artificiosità nell'acquisto dei titoli medesimi, essendo detta operazione connotata da effettività, dal momento che i beni passarono effettivamente in capo agli acquirenti, tutto ciò per tacere della debolezza della critica del P.M. alla lineare ricostruzione della sentenza impugnata circa la predeterminazione del prezzo dei titoli alle operazioni incriminate (con la rigida fissazione del rapporto di concambio), argomento, peraltro, di stretto merito.

2) quanto all'impugnazione *sub* 29 capo a):

Esattamente la sentenza osserva che la modestia del movimento finanziario a cui diedero vita gli imputati, considerato l'arco di tempo in cui occorsero gli acquisti, non era certamente idonea alla sensibile alterazione (la c.d. *price sensitivity*), valutazione svolta con il criterio della prognosi ancorata ai dati Consob che indicano gli scambi giornalieri del titolo in ammontare anche superiore alle L. 200 miliardi, quando (nel lasso corrente tra aprile 2000 e dicembre 2001) le transazioni incriminate sommarono ad alcune decine di miliardi di L. (sent. pag. 20). La considerazione valutativa del giudice di merito è sorretta da giustificazione del tutto logica E COSTITUISCE un'argomentazione (non contraddetta dal ricorrente) capace di escludere in radice il primario e fondamentale requisito oggettivo della fattispecie contestata, connotata da pericolo concreto.

Per questi motivi non si ravvisa inosservanza della legge penale e corretta risulta la decisione di insussistenza del fatto.

P.Q.M. — Rigetta il ricorso.

(7) Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato.

Sommario: 1. La posizione della Cassazione sui doveri degli amministratori deleganti. — 2. Il dovere di agire in modo informato. — 3. I flussi informativi endoconsiliari. — 4. Il potere/dovere di chiedere informazioni. — 5. Questioni lasciate aperte dalla Cassazione.

1. *La posizione della Cassazione sui doveri degli amministratori deleganti.* — La decisione qui commentata è pronunciata a seguito di ricorso per Cassazione del P.M. avverso la sentenza di non luogo a procedere resa dal GUP presso il Tribunale di Brescia nei confronti di vari imputati coinvolti nelle indagini sulla gestione del gruppo bancario Bipop-Carite<sup>(1)</sup>.

Essa affronta i temi: (a) dell'inappellabilità da parte del P.M. delle sentenze di non luogo a procedere; (b) delle ricadute in sede penale della normativa sui doveri degli amministratori di società per azioni senza deleghe, introdotta dalla riforma delle società di capitali.

Il provvedimento è di interesse anche in un'ottica civilistica, in quanto, preliminarmente alla trattazione della seconda questione e in funzione di essa, la Suprema Corte prende posizione su alcuni fra i principali snodi interpretativi della nuova disciplina codicistica dei doveri degli amministratori deleganti di s.p.a.<sup>(2)</sup>.

In questa sede, essendo privo di una competenza giurisprudenziale, mi occupo esclusivamente dell'ultimo profilo segnalato, che viene esaminato solo con riguardo al si-

(1) In questo lavoro sono citati i seguenti Autori: ABADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa, in Il nuovo diritto delle società* — Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, Utet, 2006, 491 ss.; ANGELOU, *La riforma delle società di capitali — Lezioni di diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 2006; ANGELOU, *Diligentia quam in ius e business judgement rule, in Riv. dir. d'ova*, CEDAM, 2006, I, 675 ss.; BONELLI, *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in questa Rivista, 2003, I, 700 ss.; ID., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: cinque sull'art. 2391, commi terzo e quinto, del codice civile, in Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, Utet, 1991, 241 ss.; CARLUCCI, *I conflitti "interorganici" e "intraorganici" nelle società per azioni (prime considerazioni)*, in Liber Amicorum (già cit.), 2, 769 ss.; d'ALUSSANDRO, *La provincia del diritto societario indagherà (r)ideterminata? Ovevero: esiste ancora il diritto societario?*, in Riv. soc., 2003, 34 ss.; DE NICOLA, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Amministratori*, a cura di Ghezzi, Milano, Egea-Giuffrè, 2005, 99 ss.; FERRO jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Trattato Galgano*, XXXIX, Padova, Cedam, 2006; GAMBARINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in Studi in onore di Gastone Cottino, I, Padova, Cedam, 1997, 641 ss.; MARCERATI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario (atti del Congresso di Padova-Abano Terme, 5-7 giugno 2003)*, a cura di G. Cian, Padova, Cedam, 2004, 469 ss.; MONTALBERTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generati sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Liber Amicorum (già cit.), 2, 835 ss.; MOSCO, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontra*, II, Napoli, Jovene, 2004, 593 ss.; OLIVIERI, *I controlli "triennali" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in questa Rivista, 2007, I, 409 ss.; A. ROSSI, in *Commentario Maffei Alberti*, I, Padova, Cedam, 2005, 790 ss.; SALARA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Società*, 2004, 1325 ss.; ID., *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, 290 ss.; VASSALLI, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontra* (già cit.), II, 676 ss.; ZAMBERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2005.

(2) Non è possibile qui dare conto in modo compiuto della bibliografia sull'argomento, esaminato in molti dei numerosi contributi in materia di amministrazione della s.p.a. nella nuova normativa, dei quali una esauriente rassegna è fornita da MONTALBERTI, (nt. 1), 835 s., nt. 1. Sui doveri degli amministratori deleganti nella disciplina previgente si veda, per tutti, CAGNASSO, (nt. 1), 307.

stema di amministrazione e controllo c.d. tradizionale (presente nella fattispecie considerata dalla pronunzia) e all'ipotesi di deleghe tipiche<sup>(3)</sup>.

La Corte di Cassazione:

(i) afferma che la riforma delle società di capitali ha alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori deleganti<sup>(4)</sup>, poiché essa ha rimosso il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituendolo con quello di agire in modo informato;

(ii) mette in evidenza il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione e quello degli amministratori delegati in relazione ai flussi informativi endocorrelati;

(iii) sottolinea il potere-dovere degli amministratori deleganti di richiedere informazioni, osservando però che esso non è accompagnato da un'autonoma potestà d'indagine;

(iv) sembra porre a carico di chi contesta l'illegittimità del comportamento degli amministratori deleganti l'onere di provare l'esistenza di indizi di anomalia, che devono mettersi in allarme sulla presenza di situazioni patologiche.

La ricostruzione da parte della Suprema Corte della disciplina codicistica dei doveri degli amministratori — in particolare di quelli privi di delega — è funzionale all'accertamento di una responsabilità penale e questo può, al di là dell'autorevolezza della Corte, in qualche misura indurre alla prudenza nella valutazione della decisione quale precedente per la giurisprudenza civile. Infatti l'area della responsabilità penale non coincide necessariamente con quella della responsabilità civile e i problemi interpretativi che sorgono nell'individuazione della prima non necessariamente vanno risolti nello stesso modo quando si indaga sull'estensione della seconda.

La cautela è doverosa particolarmente con riferimento alle affermazioni della decisione commentata precedentemente esposte *sub* (iv), date le diversità fra processo penale e processo civile. La pronunzia resta comunque un'autorevole presa di posizione sui principali problemi che sorgono nell'identificazione dei doveri degli amministratori di s.p.a. privi di deleghe.

2. *Il dovere di agire in modo informato.* — Con le affermazioni precedentemente riportate *sub* (i) (alleggerimento delle responsabilità degli amministratori privi di deleghe, sostituzione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione con il dovere di agire in modo informato) la Suprema Corte sembra aderire all'impostazione della Relazione che accompagna il progetto di riforma (§ 6, III, 4), secondo la quale "la eliminazione del precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituito da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare le indebithe estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da

(3) Senza quindi considerare l'ipotesi delle deleghe atipiche, alle quali sembra alludere l'art. 2392, comma 1, c.c., quando si riferisce alle funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori. In proposito si veda G. FERRO jr., (nt. 1), 630 ss. Il quale distingue fra il caso dei poteri organizzativi e quello dei poteri esecutivi.

(4) Uso l'espressione "amministratori deleganti", anziché quella "amministratori non esecutivi", in quanto quest'ultima presenta margini di ambiguità, anche alla luce della scelta, compiuta nel codice di autodisciplina del comitato per la *Corporate Governance* di Borsa italiana s.p.a. (2.C.1), di non escludere *a priori* che componenti del comitato esecutivo siano amministratori non esecutivi. Il discorso svolto in questo lavoro è riferito agli amministratori privi di deleghe (a prescindere dal fatto che essi siano indipendenti) e dunque non riguarda i componenti del comitato esecutivo, neppure nel caso in cui, accedendo all'impostazione del codice di autodisciplina, essi fossero definibili come amministratori non esecutivi.

procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esprimeva a responsabilità praticamente inevitabili".

Per vero la tesi della soppressione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione (7) e quella dell'attenuazione della responsabilità degli amministratori delegati (8) non sono pacifiche, pur risultando prevalenti.

Non credo sia di grande utilità soffermarsi su un confronto fra il livello di severità della precedente disciplina e quello della normativa attuale, confronto, tra l'altro, influenzato dalla circostanza che, con riguardo alla disciplina previgente, si accogliesse la severa interpretazione data dalla giurisprudenza alla vigilanza sul generale andamento della gestione o, invece, un'interpretazione alternativa più equilibrata, consentita dalla clausola generale in discorso (7).

Più proficuo risulta il tentativo di adottare — nell'ambito delle opzioni lasciate all'interprete nella ricostruzione dei doveri degli amministratori privi di deleghe — soluzioni che permettano di evitare, da un lato, un'indiscriminata estensione della responsabilità ai delegati, che avrebbe l'inconveniente di disincentivare l'ingresso nel c.d.a. di soggetti indipendenti dal socio di controllo e dagli amministratori esecutivi, dall'altro, una sostanziale impunità degli amministratori delegati, che trasformerebbe il loro ruolo in una comoda sinecura.

L'importanza delle scelte interpretative sul tema che qui rileva va ribadita — di fronte al rischio di una sua sottovalutazione, alla luce dell'opinione diffusa che la riforma ha attenuato la responsabilità degli amministratori delegati — dato anche che il pericolo di interpretazioni eccessivamente severe non è del tutto escluso dalla nuova normativa, la quale:

— se sopprime la menzione della vigilanza sul generale andamento della gestione nell'art. 2392 c.c., nell'art. 2381, 3° comma, c.c. assegna al consiglio la valutazione del generale andamento della gestione (diviene qui fondamentale l'interpretazione dell'espressione "sulla base della relazione degli organi delegati");

— nell'art. 2381, 6° comma, c.c. attribuisce a ciascun amministratore il potere (che è anche un dovere) di chiedere informazioni relative — genericamente — alla gestione della società, dunque, sembra, anche su questioni che vadano al di là del generale andamento della gestione (diviene qui fondamentale l'individuazione in via interpretativa delle modalità e dei limiti di esercizio del potere in questione).

Nella ricostruzione dei doveri degli amministratori delegati la Suprema Corte — con scelta condivisibile e conforme all'orientamento nettamente prevalente — colloca al centro del sistema il dovere degli amministratori di agire in modo informato, non a caso previsto già dalla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 (art. 4, 8° comma, lett. g; si veda anche la Relazione che accompagna il progetto di riforma, § 6, III.2).

Questo dovere è stabilito dall'art. 2381, 6° comma, c.c. per tutti gli amministratori, anche per quelli a cui sono state attribuite deleghe, per i quali si traduce in un dovere di curare un'adeguata istruttoria e di compiere una congrua ponderazione nelle

decisioni da assumere e nelle proposte da presentare al consiglio. Esso, tuttavia, assume per gli amministratori privi di deleghe una valenza specifica.

La Corte di Cassazione mette in evidenza il ruolo del presidente del c.d.a., il quale ai sensi dell'art. 2381, 1° comma, c.c. provvede (cioè deve provvedere) affinché vengano fornite (dagli organi delegati) a tutti i consiglieri adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno. L'adeguatezza dell'informazione attiene non solo al suo contenuto quantitativo e qualitativo, ma alla circostanza che essa sia fornita con ragionevole anticipo (9).

La pronunzia commentata si sofferma poi sui flussi informativi che dagli amministratori con delega devono pervenire al consiglio e quindi ai delegati. A questo tema — già oggetto di intervento nella comunicazione Consob, 20 febbraio 1997, n. DAC/RM/97001574 e nel codice di autodisciplina (versione 2002) del comitato per la *Corporate Governance* di Borsa Italiana s.p.a. — nell'attuale art. 2381 c.c. è dedicata un'analitica regolamentazione.

La Suprema Corte richiama le previsioni dell'art. 2381, 5° comma, ultima parte, c.c. secondo le quali gli organi delegati riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

La disposizione prevede che questo flusso informativo abbia una periodicità almeno semestrale. La periodicità può essere inferiore in caso di previsione statutaria, ovvero quando la società sia quotata. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'art. 150, 1° comma, t.u.f. prevede una periodicità almeno trimestrale. La norma si riferisce direttamente all'informazione da fornire al collegio sindacale, ma non sembra contestabile che tale informazione — ove si dovesse ritenere che essa possa essere fornita non dal consiglio, ma da amministratori a ciò delegati (9) — andrebbe allora trasmessa dai delegati al consiglio con la stessa periodicità prevista per l'informazione al collegio sindacale.

Con riguardo alle previsioni dell'art. 2381, 5° comma, ultima parte, c.c. si è rilevato (10) che:

— la circostanza che l'informativa da parte degli organi delegati deve riguardare anche le operazioni di maggior rilievo effettuate dalle controllate conferma che — anche al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 114 t.u.f., dunque anche nelle s.p.a. non quotate — in presenza di un rapporto di controllo o almeno di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (11) il principio di parità di trattamento tra soci viene superato dall'obbligo delle controllate di curare la trasmissione alla controllante di adeguati flussi informativi;

— il riferimento alle caratteristiche delle operazioni consente di includere fra le operazioni oggetto di informazione al consiglio anche quelle non particolarmente significative sul piano economico, ma anomale rispetto alla normale operatività o caratterizzate dalla presenza di interessi rilevanti ai sensi dell'art. 2391 c.c. o di parti corre-

(9) In proposito si veda De Nicola, (nt. 1), 114.

(10) Cfr. Zamperetti, (nt. 1), 225 ss.

(11) Si veda, ad esempio, Bonelli, *L'amministrazione*, (nt. 1), 705 s.; Id., *Gli amministratori*, (nt. 1), 50 s.

(12) Bonelli, in *L'amministrazione*, (nt. 1), 706 rileva che l'informazione sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalle controllate è dovuta anche nell'ipotesi in cui la controllante, vincendo la presunzione prevista dall'art. 2497-sexies c.c., provi che nella specie essa non esercita l'attività di direzione e coordinamento delle controllate, mentre in *Amministratori*, (nt. 1), 51 modifica la sua posizione giungendo a risultati opposti.

late<sup>(17)</sup>; in questo modo è possibile coordinare la disciplina delle società non quotate con le espresse previsioni dell'art. 150, 1° comma, t.u.f., che menziona, tra l'altro, le operazioni nelle quali gli amministratori abbiano un interesse per conto proprio o di terzi o che siano influenzate da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Pertanto in presenza di interessi rilevanti ai sensi dell'art. 2391 c.c. l'informazione sulla circostanza costituisce dovere, da un lato, dell'amministratore interessato (ai sensi dell'art. 2391, 1° comma, c.c.), dall'altro, degli organi delegati (ai sensi dell'art. 2381, 5° comma, ultima parte, c.c.), in quanto essi siano a conoscenza della circostanza o in quanto la loro ignoranza sul punto costituisca violazione del dovere di agire in modo informato.

L'oggetto dei flussi informativi che gli organi delegati devono indirizzare al consiglio viene considerato non solo nell'ultima parte del 5° comma dell'art. 2381 (su cui si sofferma la Corte di Cassazione), ma anche nell'ultima parte del 3° comma della stessa disposizione.

Quest'ultima norma si riferisce — oltre che al generale andamento della gestione, menzionato anche nel 5° comma — all'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e, quando elaborati, ai piani strategici, industriali e finanziari.

In relazione al precetto ora ricordato, sono stati segnalati vari problemi, tra i quali vanno ricordati almeno quelli attinenti al fatto che la norma nel suo tenore letterale:

A) non prescrive l'approvazione del consiglio, ma soltanto la valutazione (dell'adeguatezza degli assetti e del generale andamento della gestione) o l'esame (dei piani);  
B) non ricomprende nella valutazione del c.d.a. la prevedibile evoluzione del generale andamento della gestione e le operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate;

C) neppure ricomprende nella valutazione del c.d.a. il concreto funzionamento degli assetti;

D) introduce il parametro dell'adeguatezza degli assetti, il che pone il problema del sindacato dell'autorità giudiziaria sull'osservanza di questo parametro;

E) prevede l'informazione del consiglio e il suo esame dei piani solo quando essi siano elaborati;

F) stabilisce che la valutazione da parte del c.d.a. dell'adeguatezza degli assetti e del generale andamento della gestione è svolta sulla base, rispettivamente, "delle informazioni ricevute" e "della relazione degli organi delegati".

3. *Flussi informativi endoconsiliari.* — Con riferimento al profilo *sub A*) si è rilevato che la mancanza nell'art. 2381, 3° comma, ultima parte, c.c. dell'esplicita previsione dell'approvazione del consiglio — oggetto di dibattito dottrinale soprattutto con riferimento ai piani<sup>(18)</sup> — non appare tale da produrre conseguenze particolarmente significative.

In presenza di criticità — emergenti dai flussi informativi o comunque riconosciuti

bili da parte degli amministratori delegati a seguito dell'esercizio del loro dovere di agire in modo informato (su ciò tornerò fra breve) — degli assetti, dei piani o del generale andamento della gestione, una responsabilità appare configurabile anche in assenza di una deliberazione di approvazione del consiglio, ove non vi sia stata un'attività, ad esempio impartendo direttive agli organi delegati<sup>(19)</sup>.

In ordine al profilo *sub B*) si è talora cercato di giustificare l'asimmetria fra il comma 3 e il comma 5 dell'art. 2381 c.c. con la considerazione che essa sarebbe giustificata dall'obiettivo di evitare che il consiglio debba esprimersi su previsioni future e incerte, con possibili responsabilità per prosecuzione della gestione nei casi in cui, pur essendo l'andamento della gestione negativo, sia stata fatta una previsione (poi non realizzata) di suo riequilibrio futuro<sup>(20)</sup>.

In realtà, ove dai flussi informativi previsti dall'art. 2381, 5° comma, c.c. emergano elementi di criticità nella prevedibile evoluzione del generale andamento della gestione (o nelle operazioni di maggior rilievo, per dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate), la circostanza che per questi profili non sia prevista esplicitamente dal 3° comma della disposizione la valutazione del consiglio non può esonerare da responsabilità chi abbia omissso di attivarsi a tutela dell'interesse della società<sup>(21)</sup>.

La giusta preoccupazione di evitare eccessive dilatazioni della responsabilità dei delegati va combattuta in altro modo, ossia limitando il sindacato dell'autorità giudiziaria, la quale in caso di previsioni che non si siano realizzate deve:

— collocarsi nella prospettiva esistente al momento in cui esse sono state formulate;

— tener conto delle specifiche competenze dei singoli amministratori (art. 2392, 1° comma, c.c.);

— escludere l'esistenza di patologie, in applicazione della c.d. *Business Judgment Rule* (che impedisce il riesame del merito delle scelte gestionali), quando le previsioni sulla prevedibile evoluzione futura sorrette da una congrua istruttoria e ragionevolmente motivate;

— considerare, nel formulare il giudizio di cui al punto che precede, solo le informazioni conosciute dai delegati al momento in cui il consiglio effettua la sua valutazione, o da essi conoscibili in quel momento in base al dovere di agire in modo informato.

Considerazioni non dissimili da quelle ora svolte inducono a ritenere, passando ad esaminare il profilo precedentemente indicato *sub C*), che — nonostante l'art. 2381, comma 3, c.c. non menzioni, a differenza dell'art. 2403, 1° comma, c.c., il concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile — la valutazione del c.d.a. riguarda non solo l'adeguatezza (profilo statico), ma anche l'efficienza (profilo dinamico) degli assetti<sup>(22)</sup>.

La tesi contraria è stata motivata con la diversità fra sindaci e consiglieri delegati

<sup>(17)</sup> SALVARA, *Gli Organi delegati*, (nt. 1), 1328 afferma che lo statuto dovrà necessariamente, se si vogliono evitare inutili e costosi contenziosi, determinare le dimensioni o le caratteristiche delle operazioni di maggior rilievo, che dovranno costituire oggetto di comunicazione. Peraltro, la previsione statutaria non potrebbe identificare le operazioni di maggior rilievo in modo difforme da quello che discende da una corretta interpretazione dell'art. 2381, comma 5, ultima parte, c.c.; ad esempio essa non potrebbe escludere dall'informazione dovuta le operazioni comotate da elementi di anomalia o dalla presenza di interessi degli amministratori.

<sup>(18)</sup> Per indicazioni bibliografiche in argomento si veda De NICOLA, (nt. 1), 119, nota 66 e nota 67.

<sup>(19)</sup> Si veda MONTALBATTI, (nt. 1), 843 s. Per l'affermazione che, rispetto al rilesco/non rilesco di direttive e alla avocazione/non avocazione, un'autonomia deliberazione di approvazione apparirebbe addirittura limitativa cfr. CARIELLO, (nt. 1), 787, nota 47.

<sup>(20)</sup> Cfr. BONELLI, *L'amministrazione*, (nt. 1), 707.

<sup>(21)</sup> Cfr. ABBADessa, (nt. 1), 503, il quale riteneva anche che, ove si escludesse l'obbligo del consiglio di guardare al futuro e si limitasse il suo campo di osservazione al passato e al presente, si finirebbe per trasformare il c.d.a. da organo di governo in organo di mero controllo.

<sup>(22)</sup> In questo senso si veda ABBADessa, (nt. 1), 502, nota 36.

con riguardo ai rispettivi poteri di indagine, oltre che con il diverso tenore testuale degli artt. 2381, 3° comma, e 2403, 1° comma, c.c. (19).

In realtà, la diversità di poteri fra amministratori privati di deleghe e sindaci giustifica non una restrizione dell'oggetto delle valutazioni che il c.d.a. deve compiere ai sensi dell'art. 2381, 3° comma, c.c., ma un differente livello di rigore nell'apprezzare l'adempimento dei doveri sul punto da parte degli amministratori delegati e da parte dei sindaci, in quanto ai primi (in conseguenza dei minori poteri) sono accessibili informazioni inferiori di quelle accessibili ai secondi.

Venendo al profilo *sub D*) si è autorevolmente rilevato (20) che l'adozione nell'art. 2381, 3° comma, c.c. — oltre che in altre fonti normative, fra le quali l'art. 149 t.u.f. e il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (21) — del parametro dell'adeguatezza degli assetti (che, secondo la dottrina ora in esame, riguarda anche l'assetto tecnico e l'assetto patrimoniale, oltre a quello organizzativo, amministrativo e contabile) incide sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'attività di impresa, campo tradizionalmente lasciato all'autonomia decisionale dell'imprenditore.

Da questo punto di vista l'art. 2381, 3° comma, c.c. detta un precetto in controtendenza rispetto alle indicazioni di sistema della riforma, la quale (soprattutto per la s.r.l., ma anche per la s.p.a.) restringe sensibilmente gli spazi riservati alla disciplina derogabile (22) (discorso analogo vale per le previsioni di leggi speciali che recepiscono il criterio dell'adeguatezza degli assetti, le quali risultano in controtendenza rispetto al *trend* nel senso della *deregulation* che caratterizza il diritto societario — quanto meno — a partire dal t.u.f.).

Non è questa la sede per approfondire il tema. Mi limito a segnalare che l'introduzione di un parametro normativo nell'appruzzamento di decisioni — quali quelle sulla configurazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (nonché, in tesi, patrimoniale e tecnico) della s.p.a. — che interferiscono rispetto a scelte gestionali, potendo incidere, anche pesantemente, sui costi diretti e indiretti dell'impresa azionaria, pone:

— il problema dei limiti del sindacato dell'autorità giudiziaria sul rispetto del parametro dell'adeguatezza degli assetti; in prima impressione non pare che questo sindacato possa andare al di là del ristretto ambito consentito dalla c.d. *Business Judgment Rule*;

— l'esigenza di una qualche cautela nell'accogliere la tesi secondo la quale lo statuto può dare un contenuto concreto al parametro generale dettato dall'art. 2381, 3° comma, c.c. (23); infatti, alla stregua dell'art. 2380-bis, 1° comma, c.c., secondo cui nella s.p.a. la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, sembrerebbe che una regolamentazione statutaria dell'adeguatezza degli assetti sia ammissibile con effetti vincolanti per gli amministratori solo in quanto non implichi scelte gestionali, ossia non incida in misura significativa sui costi diretti o indiretti dell'impresa.

(19) Cf. OLIVIERI, (nt. 1), 411 s. L'autore, 420, assume una posizione differente per le società quotate, nelle quali il controllo sul concreto funzionamento degli assetti, anche alla luce dell'art. 149, comma 1, lett. c) t.u.f., sarebbe sottratto pure ai sindaci, spettando in prima battuta alla società di revisione.

(20) Si veda BUONOCORE, (nt. 1), 5 ss., in particolare 6.

(21) Per una rassegna delle fonti normative del principio di adeguatezza si veda BUONOCORE, (nt. 1), 14 ss.

(22) Si veda, per tutti, P'ALESSANDRO, (nt. 1), 34 ss.

(23) Cf. BUONOCORE, (nt. 1), 17. Egli fa l'esempio dell'indicazione nello statuto dei requisiti soggettivi degli amministratori. In questo caso la clausola statutaria è ammissibile anche se si condividono le considerazioni svolte nel testo, poiché non interferisce nelle scelte gestionali, non avendo un significativo impatto sui costi dell'impresa.

In relazione al profilo *sub E*) la circostanza che nell'art. 2381, 3° comma, c.c. l'esame dei piani da parte del consiglio sia previsto solo "quando elaborati" induce a ritenere che l'elaborazione da parte degli organi delegati e l'esame da parte del consiglio dei piani strategici, industriali e finanziari della società non costituiscono una necessità (24).

La scelta legislativa appare discutibile, soprattutto con riferimento alle società che fanno mercato al mercato del capitale di rischio o che comunque esercitano imprese di grandi dimensioni. Peraltro, i potenziali inconvenienti della scelta legislativa possono essere contenuti grazie non solo agli artt. 2428, 3° comma, n. 6) c.c. e 2381, 5° comma, c.c., che impongono una strategia gestionale, per quanto semplificata (25), ma anche al principio di diligenza, sia pure parametrato (*ex art.* 2392, 1° comma, c.c.) alle specifiche competenze dei singoli amministratori.

Infatti appare ragionevole ritenere che questo principio in linea di massima (ove nel caso specifico non sia così, l'onere della dimostrazione spetta a chi è interessato a difendere la mancata elaborazione dei piani) impone che (quanto meno) nelle s.p.a. che ricorrono al mercato del capitale di rischio o, comunque, esercitano imprese di grandi dimensioni vengano elaborati (e, quindi, sottoposti al consiglio *ex art.* 2381, 3° comma, c.c.) piani nei quali la strategia gestionale sia formalizzata.

4. *Il potere/dovere di chiedere informazioni.* — Venendo infine al profilo *sub F)* (valutazione del consiglio e limite delle informazioni ricevute/della relazione degli organi delegati) esso tocca il tema, centrale, della determinazione del *set* di informazioni che gli amministratori privati di deleghe possono/devono acquisire per adempiere il loro dovere di agire in modo informato.

Onde evitare che ai delegati sia attribuita una vigilanza meramente "passiva" (26), che potrebbe condurre a una loro sostanziale deresponsabilizzazione, l'art. 2381, 6° comma, c.c., come sottolineato dalla pronunzia commentata, attribuisce a ciascun amministratore — quindi anche a quelli senza deleghe — il potere (che è al tempo stesso un dovere) di chiedere informazioni.

È appena il caso di sottolineare che la circostanza che l'art. 2392, 2° comma, c.c. — sul dovere di impedire il compimento dei fatti pregiudizievoli di cui gli amministratori sono a conoscenza o di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose — richiami solo il 3° comma e non il 6° comma dell'art. 2381 c.c. non consente certamente di affermare che la violazione dei doveri previsti da quest'ultima disposizione (ossia il dovere di agire in modo informato e quello di richiedere ulteriori informazioni) non sia produttiva di responsabilità (in presenza, ovviamente, di un danno causalmente riconducibile alla violazione) (27).

A questo proposito, senza bisogno di sottolineare l'incongruenza del risultato a cui altrimenti si pervenirebbe, è sufficiente osservare che, se e quando vi è violazione dei doveri previsti dall'art. 2381, comma 6, c.c., vi è anche negligenza rilevante ai sensi dell'art. 2392 c.c.

(24) In questo senso si veda, ad esempio, ZAMPERETTI, (nt. 1), 84 ss. *Contra* Mosca, (nt. 1), 599, nota 31, sulla base dell'argomento, per vero fragile, dell'uso del termine "quando", anziché "se" o "qualora".

(25) Così MONTALENTI, (nt. 1), 843, aderendo alla posizione di MARCHETTI, (nt. 1), 473.

(26) Questa sarebbe la conseguenza della riforma secondo A. ROSSI, (nt. 1), 806 s.

(27) Nel senso che la violazione del dovere di agire in modo informato rileva non solo sul piano della responsabilità degli amministratori, ma anche su quello dell'invalidità delle deliberazioni consiliari ai sensi dell'art. 2388 c.c. si veda ZAMPERETTI, (nt. 1), 354 ss.

Con riguardo all'interpretazione del 6° comma dell'art. 2381 c.c., si pone il problema di stabilire quali siano gli strumenti giuridici attraverso cui gli amministratori deleganti possono esercitare il potere di richiedere informazioni, previsto dalla norma. La decisione commentata esclude che essi abbiano un'autonomia potestà di indagine. La Suprema Corte aderisce quindi alla tesi prevalente in dottrina<sup>(27)</sup>, anche se non incontrastata<sup>(28)</sup>, secondo la quale, salvo diversa previsione statutaria, i singoli amministratori deleganti non possono chiedere informazioni direttamente ai dirigenti e non possono compiere atti individuali di ispezione e controllo presso le strutture aziendali, essendo questi poteri riservati al consiglio, che può esercitarli direttamente oppure delegando il loro esercizio a uno o più suoi componenti o a comitati costituiti nel suo ambito, come il comitato per il controllo interno previsto dal codice di autodisciplina del Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa Italiana s.p.a.

La tesi appare condivisibile. A suo favore depongono elementi testuali. Il 6° comma dell'art. 2381 c.c. prevede espressamente che le informazioni siano fornite in consiglio e trova riscontro nel 3° comma della disposizione, secondo cui la valutazione da parte del c.d.a. del generale andamento della gestione è compiuta sulla base della relazione degli organi delegati.

Benché l'argomento testuale non vada sopravvalutato, specialmente se applicato alla legislazione recente (alla luce del livello tecnico di redazione che sovente la caratterizza), in questo caso vi sono elementi univoci e concordanti. A ciò si aggiunge che, adottando una soluzione diversa, si rischierebbe di ripristinare sostanzialmente il sistema previgente, che secondo l'opinione più diffusa e condivisibile, ha condotto (per scelte giurisprudenziali probabilmente non imposte dalla clausola legislativa del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione) al risultato insoddisfacente di una indiscriminata estensione della responsabilità agli amministratori deleganti.

Vi è dunque una chiara differenza di poteri individuali fra gli amministratori privi di deleghe e i sindaci i quali, ai sensi dell'art. 2403-bis, 1° comma, c.c., possono in qualsiasi momento procedere anche individualmente ad atti di ispezione e di controllo<sup>(29)</sup>.

5. *Questioni lasciate aperte dalla Cassazione.* — Con riguardo al potere/dovere di chiedere informazioni restano aperte (almeno, ma senza pretese di completezza) le seguenti ulteriori questioni:

1) l'individuazione degli indici che fanno scattare il potere/dovere dei deleganti di richiedere un supplemento di informazione;

<sup>(27)</sup> Per un quadro dei dibattiti sull'argomento dopo la riforma si veda *Avadessa*, (nt. 1), 506, nt. 50. In proposito cfr. pure *Avogelli, Diligenza*, (nt. 1), 692 s. Sui poteri individuali dei singoli amministratori nella normativa previgente cfr. per tutti *Gambino*, (nt. 1), 643 ss.

<sup>(28)</sup> In senso contrario si veda, ad esempio, *Salvini, Amministratori senza deleghe*, (nt. 1), 292 s.

<sup>(29)</sup> Non è possibile in questa sede indagare adeguatamente la ratio della differenza di poteri fra il singolo amministratore senza deleghe e il singolo sindaco. La diversità potrebbe forse trovare spiegazione nella circostanza per cui la richiesta di informazioni e di documenti direttamente rivolta alle strutture aziendali produce un effetto di disturbo sul funzionamento della catena di comando dell'impresa societaria, che è probabilmente superiore ove proveniente dal consigliere delegante — il quale fa parte dell'organo amministrativo — rispetto all'ipotesi in cui essa venga dal sindaco, il quale appartiene a un organo con funzioni di solo controllo. Sulla diversa di poteri fra singoli sindaci e singoli componenti del consiglio di sorveglianza (che presenta analogie con il tema ora segnalato) v. *Avogelli, La riforma*, (nt. 1), 159.

2) la ripartizione dell'onere della prova in ordine alla circostanza di cui al punto che precede;

3) la determinazione dei limiti del sindacato dei giudici sull'esercizio (e sul non esercizio) del potere/dovere di chiedere un supplemento informativo (e di attivarsi, ove esso non venga fornito dagli organi delegati).

In ordine al primo tema si ritiene che il potere/dovere in discorso scatti in presenza di lacune, contraddizioni o, più in generale, profili meritevoli di maggior approfondimento nelle informazioni fornite dagli organi delegati<sup>(30)</sup>.

La tesi è convincente. Essa peraltro offre una formula che va riempita di contenuto concreto in relazione alle specifiche caratteristiche dei singoli casi pratici. Diviene quindi fondamentale l'orientamento che verrà assunto dalla giurisprudenza nella concreta applicazione della tesi in questione.

Con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova, ritengo che, onde evitare un'indiscriminata estensione di responsabilità ai deleganti, debba essere posto a carico di chi contesta la violazione del potere/dovere di chiedere informazioni supplementari l'onere di dimostrare l'esistenza di indici di allarme che impongano la richiesta di ulteriori informazioni<sup>(31)</sup>, tenendo dritta, nell'apprrezzamento sull'adempimento di questi oneri, la posizione dei singoli amministratori, alla luce (ai sensi dell'art. 2392, 1° comma, c.c.) delle rispettive specifiche competenze.

Uno spunto in questo senso sembra fornito dalla pronunzia della Suprema Corte qui commentata. La quale afferma: "nella vicenda dedotta, occorre per l'accusa la dimostrazione della presenza di segnali peculiari e peculiarità in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anomalia di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo".

Ai fini del discorso qui svolto il passo ora citato non va sopravvalutato, in quanto funzionale a un accertamento giurisprudenziale, dunque da condurre in base ad un'impostazione ben diversa da quella del processo civile. Resta comunque l'indicazione della Suprema Corte in senso favorevole alla tesi ora proposta.

Infine, relativamente all'ultima questione qui segnalata (limiti del sindacato dell'autorità giudiziaria), occorre tener presente che l'acquisizione di informazioni supplementari (da trasmettere al consiglio) può implicare costi anche significativi, tali da interferire nelle scelte gestionali.

Si pensi al caso in cui l'organo delegato proponga al consiglio l'approvazione di un'operazione strategica da concludere in tempi brevi, consistente nella presentazione dell'offerta in un'importante gara di appalto (ad esempio, per la costruzione di una diga), supportando la proposta con una relazione tecnica.

In questa ipotesi, se gli amministratori deleganti chiedono che venga acquisita una nuova relazione, redatta da un tecnico scelto da loro, il soddisfacimento della richiesta ha per l'impresa societaria un costo diretto che potrebbe essere rilevante e soprattutto presenta il rischio del pesante costo indiretto rappresentato dalla eventuale perdita della possibilità di partecipare alla gara di appalto.

In questa situazione (assumendo che la questione non sia stata portata dall'organo delegato in consiglio con colpevole ritardo, nel qual caso la patologia riguarda solo l'organo delegato e si colloca su un piano diverso) la decisione se acquisire una seconda relazione tecnica è una classica decisione gestionale.

<sup>(30)</sup> In questo senso si veda, ad esempio, *Avadessa*, (nt. 1), 504.

<sup>(31)</sup> Prima della riforma delle società di capitali la giurisprudenza poneva a carico dell'amministratore delegante l'onere di provare l'impossibilità di vigilare sul generale andamento della gestione a causa del comportamento ostativo di altri componenti del consiglio. Cfr. ad esempio *Cass.*, 15 febbraio 2005, n. 3052, in *Giust. civ.*, 2006, I, 967 ss.

Pertanto non sembra azzardato ritenere preclusa all'autorità giudiziaria — nonostante la proceduralizzazione del controllo dei deleganti — la possibilità di sindacare il rifiuto dell'organo delegato di fornire l'ulteriore informazione richiesta e l'assenza di reazioni a tale rifiuto da parte dei deleganti, se la scelta di non acquisire una seconda relazione tecnica — privilegiando così l'interesse a evitare il rischio di esclusione dalla gara d'appalto rispetto a quello ad un approfondimento istruttorio — è motivata in modo ragionevole.

ROBERTO SACCHI

TRIBUNALE DI LIVORNO — 27 giugno 2006 — CARDI *Presidente* — Grassi *Esessore* — Zermeni (avv. Ederle, Bartolomei) c. Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (avv. Morrea, Batini).

**Intermediazione finanziaria - Obbligazioni e contratti - Contratto di negoziazione titoli - Obblighi di informazione dell'intermediario - Ampiezza rapportata alla concreta esperienza dell'investitore**  
(D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21; Regolamento Consob 1° luglio 1998, n. 11522, artt. 26, 28, 29; Direttiva 2004/39/CE (Direttiva MIFID), artt. 4, 19, 24, Allegato II)

*L'ampiezza degli obblighi informativi in capo all'intermediario finanziario nei confronti del cliente, nell'ambito dell'attività di negoziazione titoli per suo conto, deve rapportarsi alla concreta esperienza del cliente medesimo. (1)*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO.** — Con atto di citazione regolarmente notificato, Zermeni Giancarlo conveniva in giudizio presso il Tribunale di Livorno, sezione staccata di Cecina, il Monte dei Paschi di Siena s.p.a., chiedendo dichiararsi la nullità e/o l'annullamento del contratto di compravendita di obbligazioni argentine per un valore di 180.000 dollari statunitensi concluso dall'attore il 24/7/01, con condanna della banca alla restituzione di detta somma. In subordine, l'attore chiedeva di accertare l'indempimento contrattuale della banca per avere omesso di informare lo stesso Zermeni dell'elevato rischio di insolvenza connesso alle obbligazioni in questione, nonché per avere omesso di acquisire informazioni sulla propensione al rischio dell'investitore e sulla sua esperienza in materia di investimenti, di consegnargli la documentazione informativa sulla tipologia del valore acquisito, di richiedere l'autorizzazione scritta al compimento, della operazione, nonché di renderlo edotto della riduzione del capitale investito nel corso degli anni, con conseguente declaratoria di risoluzione contrattuale del contratto e condanna dell'istituto alla restituzione del controvalore in euro della somma investita.

Nel costituirsi in giudizio, il Monte dei Paschi eccepeva preliminarmente la incompetenza del Tribunale adito, trattandosi di causa di competenza collegiale, deducendo, nel merito, la infondatezza della domanda e chiedendone il rigetto.

Trasmessa al Tribunale di Livorno, a seguito della istanza di fissazione udienza presentata ex art. 8 d. lgs. n. 5 del 2003 dalla banca, la causa proseguiva dinanzi al Collegio che con provvedimento del 21 febbraio 2006 confermava l'ordinanza del G.D., con la quale era stata respinta la richiesta di cui, formulata da parte attrice e fissava l'udienza per la discussione.

All'udienza del 6 giugno 06, la causa veniva trattata in decisione, con deposito della sentenza nel termine di giorni 30 ex art. 16 d. lgs. n. 5 del 2003.

**MOTIVI DELLA DECISIONE.** — In ordine alla rilevata nullità del contratto, ritiene il Collegio condivisibile l'orientamento di recente manifestato sul punto dalla S.C., secondo cui "la contrattà a norme imperative di cui all'art. 1418, 1° comma c.c., quale causa di nullità del contratto, postula che essa attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardano, cioè, la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e pertanto la loro eventuale illegittimità quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo a nullità del con-