

CONVEGNO
I RISCHI DI FRODE IN AZIENDA

Torino 26 maggio 2009

Relazione su
L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA RESPONSABILITA'
DEGLI AMMINISTRATORI

On.le Avv. Prof. Michele Vietti

Saluti e ringraziamenti di rito

Gli amministratori, per tradizione, sono l'organo che gestisce la società.

Oggi certamente più di ieri.

Con la riforma del diritto societario del 2003, che benevolmente è nota con il mio nome, il nuovo articolo 2380-bis del codice civile afferma perentoriamente al primo comma che “la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori”.

Ma cosa fa, in concreto, un amministratore?

Io credo che, al vertice, un amministratore debba essere in grado di risolvere i problemi della società.

Un tempo si è creduto di poter fare leva sulla responsabilità professionale dell'amministratore per predicare il necessario possesso da parte di costui di particolari professionalità o competenze; ma, per quanti sforzi si siano fatti, l'obbligazione che lega la prestazione dell'amministratore nei confronti della società è sempre rimasta di mezzi più che di risultato, tanto che la giurisprudenza si è assestata nel tempo su tale tipo di indagine

allorché si è occupata di dirimere le controversie tra i soci e gli amministratori legate alla revoca ed al risarcimento del danno.

Salvo che lo statuto intervenga stabilendo particolari requisiti di professionalità (2387 c.c.), la regola è oggi che colui che gestisce la società sia nominato in quanto ritenuto uomo di fiducia dai soci, ma del tutto a prescindere da un controllo preliminare, né peraltro successivo, della sua effettiva competenza specifica a governare l'oggetto sociale.

Del resto è sotto gli occhi di tutti che la capacità manageriale sia del tutto scollegata dal bagaglio di professionalità di chi esercita le funzioni gestorie; tanto per restare ad esempi noti e nostrani, eccellenti manager hanno risollevato colossi in crisi (vedi Parmalat) pur non avendo alcuna competenza nel settore merceologico dell'azienda e di certo si può affermare che non occorre essere ingegneri elettronici per fare bene l'amministratore delegato di Enel, né eminenti fisici per governare Sogin....

Ciò che con la Riforma abbiamo voluto intendere nel delineare il core business dell'amministratore di società di capitali è proprio l'attività funzionale richiesta, tanto che la legge non parte dalla definizione di chi è l'amministratore, ma dall'oggettiva descrizione di cosa egli faccia in azienda.

Gestire significa dunque risolvere al meglio i problemi che quotidianamente si presentano, rispondendo di ciò in via diretta ed esclusiva.

Ciò è tanto vero che, come corollario, la riforma ha sancito l'esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo per la gestione dell'impresa sociale. Il vecchio articolo 2364, n. 4, del codice civile, che attribuiva alla assemblea ordinaria il potere di deliberare sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati dalla sua competenza dall'atto costitutivo o sottoposti al suo esame dagli amministratori, è stato eliminato.

Oggi gli amministratori non possono più, di propria iniziativa, sottoporre all'assemblea operazioni attinenti alla gestione sociale; si è solo ammesso che lo statuto possa richiedere che l'assemblea autorizzi gli amministratori al compimento di determinate operazioni, ma si è precisato che resta ferma in ogni caso l'esclusiva responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti, quantunque autorizzati dall'assemblea. Si è così evitato che, come in passato poteva accadere, nessuno risponda di una data operazione: né l'assemblea, che è per definizione irresponsabile, né gli amministratori, che a discarico di responsabilità abbiano sottoposto l'operazione all'assemblea.

Ma sul modo di amministrare ha inciso anche l'introduzione dei nuovi modelli di governance, giacché essi introducono diverse forme dell'organizzazione dell'attività di impresa anche sotto il profilo gestorio.

La nostra intenzione è stata quella di fornire ai soci la possibilità di scegliere tra diversi modelli, consapevoli del fatto che nessuno di essi si può considerare adeguato in tutte le circostanze, ma che ciascuno di essi può tornare utile in alcune situazioni, per la maggiore idoneità che essi sono in grado di dimostrare, esprimendo il reale equilibrio tra le diverse componenti di una certa società.

Accanto al sistema tradizionale, con la sua storica scissione tra proprietà, gestione e controllo, è stato proposto il sistema dualistico, pensato per realizzare il più elevato grado di scissione tra proprietà e gestione. È una figura che, nella sua conformazione attuale, potrebbe essere adattata senza troppe difficoltà all'esperienza di capitalismo familiare che caratterizza il nostro sistema economico: quella, per intenderci, in cui v'è un vasto numero di azionisti interessati solo ai dividendi; una generazione di "fondatori" disinteressata alla gestione quotidiana, ma capace di indirizzare efficacemente l'impresa; una gestione affidata ai più giovani, sotto il controllo e la vigilanza degli anziani.

Il sistema dualistico, tuttavia, è stato congegnato in modo flessibile ed aperto; non è un caso se alla sua adozione si è pensato ambiti completamente diversi da quelli di capitalismo familiare: penso alle grandi strutture societarie, soprattutto di tipo bancario, ma anche laddove vi sia la necessità di progressivi compattamenti di un azionariato diffuso e disperso.

Un discorso analogo si potrebbe svolgere per il sistema monistico: classico esempio di sistema caratterizzato dalla necessità di affidare la gestione ad un gruppo di gestori professionisti, la cui individuale credibilità diventa un valore aggiunto per l'impresa.

Abbiamo moltiplicato i modelli, consentendo all'autonomia di dispiegarsi in terreni più ampi; abbiamo consentito a ciascun modello di calibrarsi sulle specifiche necessità di ciascuna società, potendo adattarsi alle più diverse occorrenze; abbiamo consentito a ciascuna scelta di essere "visibile" e, perciò di essere suscettibile di valorizzazione.

La maggiore chiarezza delle attribuzioni dell'amministratore ha consentito anche di delineare un più efficace sistema di responsabilità; per fare giustizia delle molte difficoltà legate agli intrecci tra fedeltà e gestione, si è introdotta una chiara disciplina del conflitto di interessi, espressamente onerando l'amministratore in conflitto dell'obbligo di comunicazione al consiglio della realtà sottostante e legando coerentemente la responsabilità ai soli casi di omissione o infedeltà nella relativa ostentazione.

Così in tema di identificazione della responsabilità dell'amministratore, l'articolo 2392 del codice civile indica chiaramente nella mancata capacità di prevenire l'evento dannoso il fondamento della responsabilità per danni, tanto che si dichiara esente da colpa l'amministratore che dimostri di non avere avuto alcuna possibilità di evitare il danno, o che abbia fatto constare il proprio dissenso all'operazione poi rivelatasi dannosa, o, ancora, che si sia adoperato per eliminare o anche solo attenuare l'evento (ancora un accenno al *problem solving*, non alla capacità professionale di risolverlo personalmente, come sopra si diceva in linea generale).

Anche nel campo della responsabilità penale degli amministratori, il percorso è stato mosso in termini di razionalizzazione delle fattispecie e di migliore definizione della responsabilità, secondo il canone costituzionale della determinatezza e tassatività dell'illecito, in modo da garantire la conoscibilità del precetto.

Ma un altro principio fondamentale a cui ci si è ispirati è quello della sussidiarietà, con conseguente contrazione del tradizionale spazio di intervento penalistico a favore di altri strumenti in grado di assicurare l'effettività della tutela.

Le esigenze sopra delineate si sono tradotte in una riduzione drastica del numero di reati. Basti pensare, ad esempio, all'accorpamento delle diverse figure di aggio c.d. speciali in un'unica fattispecie, o alla contrazione del numero di fattispecie criminose previste a tutela dell'integrità del capitale sociale, unificando quelle caratterizzate da una sostanziale omogeneità tra le condotte ed un identico contenuto offensivo, a cui razionalmente corrisponde oggi un medesimo trattamento sanzionatorio.

Chi gestisce deve sapere, con chiarezza e prima di agire, quali possono essere le conseguenze che l'ordinamento attribuisce alla sua condotta.

E' per questo che la riforma ha inteso diversificare la risposta sanzionatoria su diversi piani.

Costituiscono illeciti amministrativi quei fatti che si sostanziano in mere violazioni formali: omessa convocazione dell'assemblea, omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi ed impedito controllo da parte degli amministratori (in quest'ultima ipotesi si recupera, invece, la più grave sanzione penale qualora ne derivi un danno ai soci).

In alcune fattispecie penali si introducono poi meccanismi post factum di reintegrazione dell'offesa e di risarcimento del danno. Si pensi alla causa di estinzione del reato di illegale ripartizione degli utili e delle riserve, qualora il patrimonio indisponibile della società venga reintegrato prima dell'approvazione del bilancio; o al risarcimento del danno subito dai creditori che, in materia di indebita ripartizione dei beni sociali ad opera dei liquidatori, estingue il reato.

Infine la diffusa previsione del regime di procedibilità a querela della persona offesa asseconda le attuali e condivise esigenze deflattive.

Al di là di ogni polemica, che nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma si è sviluppata specie con riguardo ai delitti in tema di bilancio, credo che a distanza di 8 anni possa darsi atto che, almeno sul versante della maggiore definizione della responsabilità per gli amministratori, l'obiettivo della riforma dei reati societari possa dirsi raggiunto.

Da ultimo, un accenno ad un settore spesso trascurato, ma che invece costituisce, nel trend di evoluzione normativa attuale, una materia per gli amministratori da considerare con la massima attenzione: quello della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Il decreto legislativo 231/2001, specie con il successivo ampliamento delle ipotesi criminose proprio ad opera della riforma dei reati societari, ha introdotto in Italia un principio fino a quel momento totalmente alieno alla nostra cultura giuridica: la responsabilità amministrativa (che nella pratica si rivela a tutti gli

effetti penale) degli enti collettivi (comprese quindi le imprese) derivante da reati commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente stesso da parte di persone che:

- rivestano funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione degli enti medesimi;
- esercitino, anche di fatto, la gestione o il controllo dell'ente;
- siano sottoposte alla direzione dei precedenti.

I principali reati indicati dalla normativa che determinano la responsabilità amministrativa/penale di cui sopra sono quelli relativi ai rapporti con la Pubblica Amministrazione ed i c.d. reati societari.

Tra le sanzioni previste, oltre a quelle pecuniarie (comprese tra i 50 milioni e i 3 miliardi di vecchie lire) la normativa contempla sanzioni di natura interdittiva (interdizione all'attività; sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze e concessioni; esclusione da agevolazioni, contributi o sussidi e revoca di quelli già concessi, ecc.) che possono compromettere gravemente la normale prosecuzione dell'attività aziendale. Ma il rischio più concreto, vista la vasta

giurisprudenza in materia, è dato dall'adozione, su richiesta del PM, dei provvedimenti interdittivi di natura cautelare.

La possibilità di evitare o ridurre l'applicazione delle sanzioni è legata all'adozione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire il compimento dei reati ex D.Lgs. 231/2001.

Recita, infatti, l'articolo 6:

“Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;

b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;

c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto

con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.”

I modelli ex lege 231 devono, quindi, essere basati su un'effettiva ripartizione delle funzioni dell'ente e devono prevedere l'adozione di un codice etico, di specifiche procedure per le fasi decisionali e del controllo conseguente, e soprattutto un incisivo sistema disciplinare atto a scoraggiare il compimento dei reati. Devono essere modelli non standardizzati, ma basati sulla realtà di ogni singola azienda. E', inoltre, prevista la nomina di un Organismo di Vigilanza, dotato di imparzialità e competenze idonee, con il compito di verificare l'effettività del modello, il suo funzionamento e le necessità di aggiornarlo.

Dopo essere stato accompagnato per oltre un anno da una sorta di 'non applicazione' in attesa della stesura da parte delle associazioni di categoria delle linee guida previste dal Decreto, di

recente i Giudici per le indagini preliminari hanno preso ad applicare sempre più frequentemente le sanzioni ex D. Lgs. 231/2001. I rischi connessi a tale normativa risultano quindi sufficienti a far comprendere l'importanza per ogni impresa di dotarsi dei modelli organizzativi previsti.

Credo, anche alla luce della effettuata disamina del panorama normativo, che oggi più di ieri chi amministra una società sia in grado di conoscere quali sono i confini della propria attività, ciò che l'ordinamento attende da tale azione, e quali le conseguente certe e prevedibili di eventuali errori od omissioni.

Anche per tale via, della chiarezza e della prevedibilità, un ordinamento moderno garantisce alle imprese ed a chi le amministra di poter operare in condizioni di consapevolezza.

Credetemi, non è poco nell'attuale contesto economico mondiale, dove sistemi che si credevano, quasi per definizione, più

efficienti del nostro hanno palesato lacune imbarazzanti di fronte ai recenti rovesci della finanza globalizzata.

Ringraziamenti di rito.