

I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI E LA DISPENSA DEL *DEBER DE LEALTAD* NELLA RIFORMATA *LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL* SPAGNOLA. UN'OCCASIONE PER RIFLETTERE SULL'OBBLIGO DI FEDELTA'

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La disciplina spagnola: il quadro di riferimento – 3. (*Segue*): la separazione dell'obbligo di diligenza (*deber de diligencia*) dall'obbligo di lealtà (*deber de lealtad*) – 4. (*Segue*): il dovere generale di diligenza e la positivizzazione della *business judgement rule*. Cenni – 5. (*Segue*): il dovere di lealtà nello specifico e la relativa dispensa – 6. Le questioni ancora aperte in tema di dispensa dal dovere di lealtà – 7. Una prima lettura critica della dispensa dal dovere di lealtà *ex art. 230 LSC* alla luce della disciplina sulla responsabilità degli amministratori – 8. Conclusioni

1. PREMESSA

L'ultima crisi economica, iniziata negli Stati Uniti nel 2007 e giunta in Europa l'anno successivo, è stata per molti ordinamenti l'occasione per riflettere sulle regole che fino a quel momento avevano disciplinato il mercato e i soggetti economici che vi operano, tra cui, su tutti, le società di capitali.

In Spagna, in particolare, sono recentemente state introdotte delle rilevanti novità in materia di *corporate governance* attraverso la riforma della *Ley de Sociedades de Capital* (d'ora innanzi LSC) ad opera della legge del 3 dicembre 2014, n. 31. Il contenuto della novella in oggetto è il frutto di una consistente e matura attività di riflessione e di confronto dottrinale¹ sviluppatasi sulla scorta di un dettato normativo il cui nucleo centrale risale ancora, nella sostanza, ai primi anni Cinquanta².

¹ Nonostante la legge vigente che regola le società di capitali risalga appena al 2010 (trattasi del *Real Decreto Legislativo 1/2010* del 3 luglio, con il quale si approvava il «*texto refundido del la Ley de Sociedades de Capital*», che superava la tradizionale regolamentazione separata dei diversi tipi societari e riuniva la materia entro un *corpus* normativo unitario), tale normativa integra semplicemente un «*texto refundido*», ossia l'analogo di ciò che nell'ordinamento italiano va sotto il nome di «testo unico». Il Testo unico spagnolo del 2010, in altre parole, era andato a sostituire una serie di norme sparse; la disciplina del «*gobierno corporativo*», in particolare, era contenuta nel *Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*. Ancora un testo unico, dunque, anche quello non innovativo rispetto a quella che era la disciplina sostanziale previgente, che è da rintracciare, per il settore che qui interessa, nella *Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las sociedades anónimas*.

² Il 10 maggio 2014, in particolare, all'interno del *Piano nazionale delle riforme del 2013*, il Consiglio dei ministri spagnolo creò una *Comisión de expertos* per l'elaborazione di uno studio nel quale venisse analizzata la situazione del «*buen gobierno de las sociedades*» in Spagna, affinché proponesse un articolato contenente gli strumenti giuridici ritenuti necessari per migliorare l'efficacia e la responsabilità nella gestione, con l'obiettivo di adeguare il più possibile l'ordinamento interno ai più elevati livelli di buon governo societari sanciti a livello di diritto internazionale e comparato (cfr. *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo*, Madrid, 13 ottobre 2013, disponibile dal sito web istituzionale della Comisión Nacional del Mercado de Valores [CNMV], in <http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf>, visualizzato in data 28.11.2016).

La novella della fine del 2014 affonda le radici anche – se non soprattutto – nella constatazione che, in non rari casi, le conseguenze negative della crisi economica sono state particolarmente incisive proprio in quelle realtà economiche in cui erano state condotte politiche manageriali poco prudenti, quand’anche non addirittura eccessivamente disinvolve³. Tali osservazioni sono tra l’altro esplicitate anche nello stesso *Preàmbulo de la ley 31/2014*, il quale indica proprio il «*buen gobierno corporativo*» come uno degli elementi centrali in grado di aumentare il valore dell’impresa, migliorare l’efficienza economica e rinforzare la fiducia degli investitori⁴, quasi che la Commissione di esperti avesse ritenuto di ravvisare nelle lacune nell’ordinamento societario alcune delle cause che non avevano permesso di fare fronte adeguatamente alla crisi economica globale e che, quindi, se adeguatamente riformate, avrebbero potuto aiutare il Paese a tornare a livelli di produttività pre-crisi.

La novellata disciplina spagnola merita, per contesto, tecnica, analiticità e peculiarità, uno studio specifico. *Prima facie*, infatti, gli elementi di discontinuità della LSC riformata, tanto rispetto al suo dettato previgente quanto rispetto all’ordinamento italiano, sono tanti e tali da non poter lasciare indifferente l’interprete – anche straniero – che si accinga a studiarli.

Nel presente scritto ci si occuperà solamente di uno dei molteplici elementi di novità introdotti: la dispensa dal dovere di lealtà degli amministratori («*dispensa del deber de lealtad*») di cui all’art. 230 LSC⁵, istituito assolutamente nuovo per l’ordinamento spagnolo e non previsto dall’ordinamento italiano.

La disposizione in oggetto, segnatamente, funge da norma di chiusura di una serie di disposizioni (artt. 227-232 LSC) volte nel loro complesso a regolare il dovere di lealtà (tanto nella sua fisiologia quanto nella sua fase patologica e rimediale) specificandolo, così da rendere maggiormente concreta

³ Considerazioni analoghe vengono anche da P. MATERA, *La nuova disciplina dei compensi degli amministratori delle società di capitali nel diritto societario spagnolo: prime note e cenni comparatistici*, «Eur. e d. priv.», fasc. 4, 2015, pp. 899 s., il quale, in materia di compensi di amministratori rileva che la materia societaria (e, in particolare, il settore della *corporate governance*) «è stata subito oggetto – forse bersaglio – di attenzioni immediate all’indomani dell’emersione della crisi, maxime laddove si consideri che la stessa crisi è stata da taluni imputata proprio politiche manageriali a dir poco inadeguate».

⁴ *Preàmbulo de la ley 31/2014*, p. 1, in <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-31>>, visualizzato in data 28.11.2016.

⁵ Nello specifico, l’art. 230 LSC, dopo aver categoricamente affermato che il regime dettato negli articoli precedenti relativo al dovere di lealtà e alla responsabilità che consegue dalla violazione del medesimo è imperativo e pertanto non saranno valide disposizioni statutarie che lo limitino o *a fortiori* che siano contrarie al medesimo, consente in alcuni casi (tipici e) «*singulares*» che la società possa dispensare dai singoli divieti in materia di conflitto di interesse contenuti nell’articolo precedente (l’art. 229 LSC), «*autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero*».

e puntuale la clausola generale⁶ sancita all'art. 227 LSC e sintetizzabile nel divieto per gli amministratori di compiere atti in conflitto di interesse con la società o, volgendola in positivo (come fa la legge spagnola), nell'obbligo per i medesimi di agire con la lealtà propria di un «fedele rappresentante», operando secondo buona fede e «nel migliore interesse della società»⁷.

La novella del dicembre 2014 ha poi introdotto altre due norme (artt. 228 e 229 LSC) tese a rendere maggiormente concreto il dovere generale sancito nell'art. 227 per il tramite di una tipizzazione sempre più dettagliata di fattispecie di ipotetico conflitto di interesse, da intendersi vietate⁸.

In questo contesto, l'art. 230 LSC, consentendo – a certe condizioni e seguendo un determinato procedimento – la deroga di alcuni dei precetti che specificano il dovere di lealtà (altrimenti qualificati espressamente come imperativi e inderogabili), svolge la funzione di “valvola di sfogo” di una disciplina altrimenti assai rigida e pertanto con ogni probabilità incapace di adattarsi alle circostanze del caso concreto che di volta in volta potrebbero porsi⁹. Il tutto all'interno di un

⁶ Pare, con riferimento alla citata normativa, che non vi possano essere dubbi sul fatto che le statuizioni di principio dell'art. 225 e 227 LSC possano essere tecnicamente definite nei termini di due «clausole generali», nella misura in cui le citate disposizioni facciano riferimento ai concetti generalissimi di diligenza, buona fede e lealtà. Sul punto si v., per tutti A. ZANARDO, *Il criterio della diligenza nell'esercizio dell'attività di amministrazione di s.p.a.: considerazioni generali e declinazioni applicative*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi-G. Tarantini (vol. del *Trattato di dir. comm. e dir. pubb. dell'economia* diretto da F. Galgano), Padova, Cedam, 2011, pp. 217 ss.; per una ricognizione della più accreditata riflessione sul tema e delle prospettive che questo assume più specificamente nell'ambito del diritto societario si v., inoltre, da ultimi: M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2011, pp. 345 ss.; F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2011, pp. 379 ss.; P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra 'civil law' e 'common law'*, in «Oss. dir. civ. e comm.», 2015, pp. 133 ss.

⁷ L'art. 227 LSC specificamente recita: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*».

⁸ Trattasi di tipizzazione non esaustiva, da intendersi quindi come «aperta» e suscettibile di essere integrata caso per caso dall'interprete facendo leva sulla clausola generale di cui all'art. 227 LSC. Sul tema comunque si tornerà più specificamente *infra* (cfr. § 5), dove sarà commentata la disciplina nella sua interezza.

⁹ Tale meccanismo si pone peraltro in perfetto parallelismo con ciò che la *business judgement rule*, positivizzata con la riforma nell'art. 226 LSC, costituisce per il dovere di diligenza di cui all'art. 225 LSC (tale parallelismo nella funzione è colto e suggerito da J. I. PEINANDO GARCIA, *Le acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)*, in F. Rodríguez Artigas *et al.*, *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, tomo II, p. 603). Il dovere di diligenza corrisponde, nell'ordinamento spagnolo, sostanzialmente a ciò che nell'ordinamento italiano viene dai più indicato come dovere di «corretta amministrazione» (sancito formalmente all'art. 2403 c.c., in tema di *Doveri del collegio sindacale*, ma implicitamente riferito all'attività degli amministratori, oggetto appunto del controllo dei sindaci), con ciò superando la problematica ambiguità concettuale che la formulazione anteriore alla riforma del 2003, che parlava – appunto – solamente di «diligenza», aveva ingenerato nella più attenta dottrina (per un breve ma efficace riassunto v.: M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in <www.orizzontideldirittocommerciale.it>, visualizzato in data 28.11.2016). L'odierna divisione dei due doveri generali degli amministratore trova ragione nell'idea di una parte della dottrina spagnola secondo cui i due diversi *standard* di condotta si esplicherebbero su due piani differenti, tra loro non necessariamente correlati (sul punto, nello specifico, si v.: C. PAZ-ARES, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, Barcelona, 2003, in

quadro, tra l'altro, reso ancor meno elastico in ragione della netta separazione del dovere di diligenza da quello di lealtà, che si atteggiavano oggi, nell'ordinamento spagnolo, come due principi contigui e non (più) comunicanti, caratterizzati da discipline e apparati rimediali propri e specifici.

L'analisi di questo peculiare istituto si rivela di particolare interesse in quanto l'osservazione del suo concreto operare e degli effetti che produce nella *corporate governance* permette di fare chiarezza sul problematico rapporto tra obblighi generali di condotta e obblighi specifici positivizzati dal legislatore come estrinsecazione e specificazione dei primi. Le riflessioni generate dall'analisi della novella in commento offrono quindi l'opportunità di sviluppare un ragionamento sistematico più ampio sulle clausole generali e sul loro concreto operare all'interno dell'ordinamento. Specificamente, lo studio dell'istituto della «dispensa dal dovere di lealtà» consentirà di «riempire» di contenuto e di significato la clausola generale riferita alla fedeltà degli amministratori nel perseguire l'oggetto sociale. Tale operazione, benché condotta sulla scorta di una disciplina straniera, andrà a beneficio anche dell'interprete italiano, il quale, se volesse ragionare sul tema rimanendo ancorato solamente al dato normativo interno, si troverebbe in difficoltà di fronte al ben conosciuto dato normativo, che si dimostra particolarmente scarno, quand'anche non addirittura reticente. È noto, infatti, che la disciplina societaria italiana non offre molti spunti testuali in grado di guidare l'operatore giuridico nell'analisi del generale obbligo di lealtà degli amministratori, che non viene mai definito *apertis verbis* da alcuna disposizione di legge. Ciononostante, è un dato altrettanto acquisito quello per cui pure il diritto societario italiano non solo conosce la figura generale dell'obbligo di lealtà degli amministratori, ma prevede altresì, oltre a una serie di disposizioni che lo danno per presupposto, anche una specifica disciplina volta a regolarlo: in alcuni casi (per le s.p.a.) sia nella sua fisiologia che nell'aspetto patologico, in altri (per le s.r.l.) solamente in relazione ai profili rimediali. Si sta qui facendo riferimento, evidentemente, agli artt. 2380-*bis* e 2391 c.c. per quanto riguarda le s.p.a. e all'art. 2475-*ter* c.c. con riferimento alle s.r.l.

Vale la pena, prima di addentrarsi specificamente nelle problematiche interpretative che la disciplina spagnola pone, premettere alcune considerazioni di ordine assolutamente generale e ripercorrere brevemente le caratteristiche della disciplina italiana, al fine di tracciare una cornice entro la quale contestualizzare le riflessioni che seguiranno.

La disciplina italiana presenta, in materia di competenze gestorie della s.p.a., un sistema incardinato su due principi fondamentali: (a) quello di *esclusiva responsabilità* dell'organo

<<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82614/107589>>, visualizzato in data 28.11.2016; ID., *Anatomía del deber de lealtad*, in F. Rodríguez Artigas et al., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, Tomo I, pág. 428-432; *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo*, cit.).

Sul tema si tornerà comunque più specificamente *infra* (cfr. § 2).

amministrativo, in ossequio al quale «la responsabilità» di quest'ultimo per gli «atti compiuti» rimane «ferma in ogni caso», anche se tali atti costituiscono l'esecuzione di una delibera dell'assemblea (espressamente, art. 2364, 1° co., n. 5, c.c., e – implicitamente – art. 2365 c.c.) e (b) quello di *esclusiva competenza* dell'organo amministrativo (artt. 2380-*bis*, 1° co., e 2409-*septedecies*, 1° co., c.c., da cui discende la degradazione a mere «autorizzazioni» degli interventi assembleari «eventualmente richiest[i] dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori») ¹⁰. Questo è il risultato di un percorso evolutivo che, in tema di s.p.a., muovendo dall'originario paradigma della sovranità assembleare, si è poi incentrato sui diversi principî di autonomia e indipendenza degli amministratori ¹¹. Elementi questi ultimi che differenziano radicalmente il tipo della s.p.a. o alla s.r.l. e che pertanto impongono, sul piano del diritto interno, di tenere distinte le riflessioni che riguardano un tipo societario rispetto all'altro.

I principî dell'autonomia e dell'indipendenza degli amministratori di s.p.a. sembrano giustificarsi non tanto in funzione di una generica istanza tesa a incrementare l'efficacia dell'attività d'impresa, quanto piuttosto allo scopo di tutelare l'interesse della generalità degli investitori a che l'azione imprenditoriale sia condotta in modo il più possibile neutrale rispetto all'eterogeneità degli interessi partecipativi ¹². Interessi questi che non vengono però in rilievo nel tipo della s.r.l., che fu predisposto dal legislatore del 2003 avendo in mente una società con una base partecipativa in linea di principio più ristretta e maggiormente coinvolta nell'attività dell'impresa sociale. La disciplina della s.r.l., invece, oltre alle «autorizzazioni» a cui i soci possono subordinare il compimento di determinati atti da parte degli amministratori, diversamente dalla s.p.a., contempla anche la possibilità che i soci si inseriscano direttamente nella gestione della società (art. 2475 ss. c.c.). Il punto attiene, in realtà, più che agli obblighi dell'organo amministrativo, al riparto di competenze e di responsabilità tra quest'ultimo e i soci. I due temi, però sono all'evidenza intimamente connessi.

Tanto per la s.p.a. quanto per la s.r.l. ¹³ viene in rilievo il generale obbligo degli amministratori di agire al fine di attuare una «corretta gestione» dell'impresa sociale (ricavabile *ex* artt. 2403 e 2497 c.c.), da cui discendono altri due corollari: (a) quello di perseguire ed attuare l'oggetto sociale (art.

¹⁰ V. PINTO, *Commento 'sub' art. 2364 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Abbadessa-Portale (diretto da), Milano, Giuffrè, 2016, p. 840.

¹¹ Per ripercorrere, più approfonditamente, l'evoluzione storica dell'ordinamento si rinvia ancora, per una trattazione sintetica: *ivi*, pp. 840 s.; per una disamina più approfondita, invece, v.: V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985.

¹² V. PINTO, *Commento 'sub' art. 2364 c.c.*, *cit.*, p. 842.

¹³ Sulla considerazione per cui l'organo amministrativo di una s.r.l., pur in presenza di un dato letterale parzialmente differente, non sia soggetto a una disciplina meno rigorosa degli obblighi di condotta rispetto agli amministratori di s.p.a. la dottrina è unanimemente concorde. Sul punto, per tutti, v.: R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, *cit.*, pp. 637 ss.

2380-*bis* c.c.)¹⁴, antepoendo quest'ultimo ai propri interessi personali (artt. 2391, 2391-*bis* e 2475-*ter* c.c.), e (b) quello di informare il proprio agire agli *standard* di diligenza professionale richiesti dalla natura dello stesso (art. 2392 c.c.).

Nell'ambito della s.p.a., la regola che presiede e specifica l'obbligo generale degli amministratori di compiere «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-*bis* c.c.) è contenuta nell'art. 2391 c.c., che, rispetto alla normativa previgente, oggi disciplina, testualmente, non più il «conflitto di interessi», bensì più latamente gli «interessi degli amministratori», con ciò ampliando la sfera oggettiva della previsione a qualunque «*interesse, diverso da quello sociale, che uno [degli amministratori] abbia, per conto proprio o altrui, in una determinata operazione*»¹⁵. La disposizione *de qua* può essere divisa in due parti: una prima parte, ricomprendente i primi due commi, che descrive, imponendo un obbligo generale di *disclosure*, la condotta doverosa e fisiologica dell'organo amministrativo nel caso in cui uno o più amministratori siano portatori di un interesse particolare rispetto ad un determinato affare; una seconda parte, composta dagli ultimi tre commi, che predispone un apparato rimediabile nel caso di inosservanza da parte degli amministratori dei loro doveri¹⁶. Quella di cui all'art. 2391 c.c. è norma generale, destinata a trovare applicazione in tutte le società azionarie. La stessa però non viene in rilievo, nemmeno analogicamente, con riferimento alla s.r.l., nella quale, anche in considerazione dei maggiori poteri attribuiti ai soci relativamente al controllo e alla gestione diretta della società, manca una regola analoga a quella sancita dai primi due commi dell'art. 2391 c.c. (quelli che impongono il generale obbligo di *disclosure*), dettando infatti l'art. 2475-*ter* c.c. esclusivamente una disciplina di tipo rimediabile rispetto agli atti compiuti dagli amministratori (questa volta sì, diversamente dall'art. 2391 c.c.) «in conflitto di interessi».

Rispetto a quanto appena brevemente ricordato, la disciplina sulle società di capitali spagnola si discosta dall'impostazione propria dell'ordinamento societario italiano in alcuni aspetti tutt'altro che marginali. In primo luogo si deve tenere a mente che le norme spagnole in tema di società di capitali valgono in linea di massima tanto per la «*sociedad anónima*», corrispondente alla s.p.a. italiana, quanto per la «*sociedad de responsabilidad limitada*», che trova il suo corrispettivo

¹⁴ L'esplicito riferimento all'oggetto sociale all'interno dell'art. 2380-*bis* c.c. risponde all'esigenza sistematica di affermare la persistente rilevanza di una siffatta limitazione nei rapporti interni, a fronte della scelta attuata dalla riforma di escludere di idoneità a riverberarsi sul potere di rappresentanza nei rapporti esterni. Con l'estensione generale della funzione rappresentativa l'abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c., infatti, il problema degli atti *ultra virus* si sposta dal piano esterno dell'efficacia dell'atto al piano interno dei doveri e delle responsabilità inerenti alla funzione gestoria. Non così, però, nell'ordinamento spagnolo, il quale, invece, come visto, mantiene un'impostazione molto simile a quella della normativa italiana anteriore alla riforma del 2003.

¹⁵ M. MOZZARELLI, *Commento 'sub' art. 2391 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Abbadessa, Portale (diretto da), cit., p. 1341.

¹⁶ Ivi, p. 1342.

nell'ordinamento italiano nella s.r.l., con la conseguenza che alcune peculiari caratteristiche della disciplina spagnola troveranno riscontro solamente in uno dei due tipi di società di capitali di diritto nazionale citati¹⁷. Per comodità espositiva, attesa questa differenza, nel prosieguo quando si commenterà la disciplina spagnola senza specificare alcunché, si dovrà intendere che l'ambito oggettivo di applicazione delle norme di volta in volta in commento si estende a entrambi i tipi sociali, quindi tanto alle s.r.l. quanto alle s.a.

Nelle pagine che seguiranno ci si concentrerà soprattutto sulla *tecnica* che i due ordinamenti hanno adottato al fine di dare concretezza agli obblighi generalissimi di corretta gestione e di lealtà, analizzando soprattutto le conseguenze che la loro violazione comporta sul piano interno alla società, ossia sulla responsabilità degli amministratori. Non sarà invece presa in esame, benché anch'essa di notevole interesse, la tematica che attiene alla rilevanza esterna degli atti posti in essere dagli amministratori in violazione dei limiti legali, in ipotesi dunque di dissociazione tra potere di deliberazione e potere di rappresentanza, ancorché la disciplina spagnola offra prima facie interessanti spunti in questo senso.

2. LA DISCIPLINA SPAGNOLA: IL QUADRO DI RIFERIMENTO

I poteri degli amministratori di società attengono anche in Spagna alla gestione e alla rappresentanza della società. Nel sistema della LSC, però – in maniera simile a come in Italia si riscontra nella s.r.l. –, il potere di gestione è ampiamente condiviso con l'assemblea, la quale – ai sensi dell'art. 161 LSC – può impartire istruzioni o sottoporre a preventiva autorizzazione gli atti gestori sui quali lo statuto o l'assemblea stessa abbia ritenuto necessario un pronunciamento dell'organo rappresentativo dei soci¹⁸.

¹⁷ Così, ad esempio, sarà per quanto riguarda l'aspetto della co-gestione amministratori-soci, che nel diritto italiano acquista di una certa rilevanza solamente all'interno del tipo «s.r.l.», mentre in Spagna ciò vale *de plano* anche per la s.p.a. Per una rivalutazione delle competenze gestorie dell'assemblea nella s.p.a. nel diritto italiano, v.: V. Calandra Buonauro, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit.; G. Portale, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. 'Liber amicorum' Gian Franco Campobasso*, Abbadessa-Portale (diretto da), vol. 2, Torino, Utet, 2005, pp. 5 ss.; M. Maugeri, *Sulle competenze «implicite» dell'assemblea nella società per azioni*, in «Riv. dir. soc.» 2007, pp. 91 ss.; V. Pinto, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, Giappichelli, 2008. Per quanto riguarda, invece, il sistema del diritto spagnolo, si rinvia – per un primo approccio – alla lettura delle norme che regolano la *junta general* (l'assemblea dei soci), di cui agli artt. 159 ss. LSC. Sul punto, comunque, si tornerà tra breve: cfr. *infra* § successivo.

¹⁸ Con la conseguente problematica se, a fronte di un così ampio potere, gli amministratori possano andare o meno esenti da responsabilità per gli atti da questi posti in essere in esecuzione delle delibere dell'assemblea. Questione ancor più problematica è la consacrazione a livello di diritto positivo (art. 160, co. 1, lett. f), LSC) della teoria delle cc.dd. «competenze implicite» di derivazione tedesca, poiché in questo caso il mancato passaggio in assemblea sarebbe idoneo, secondo i primi commentatori, a rendere il negozio posto in essere inefficace anche rispetto ai terzi, in totale spregio della certezza dei traffici economici prima ancora che giuridici (A. RECALDE, *¿Qué consecuencias tiene la falta de autorización de la Junta cuando los administradores adquieren, enajenan o aportan a otra sociedad un activo esencial?*, in <<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/02/el-nuevo-articulo-160-f-lsc.html>>).

Non così, invece, il potere di rappresentanza, che spetta *iure proprio* agli amministratori con il limite dell'oggetto sociale – al pari di com'era in Italia prima della riforma del 2003 – che l'art. 234 LSC indica espressamente essere il perimetro esterno della loro azione ¹⁹.

In questa cornice di massima vanno inserite le riflessioni della Commissione di esperti in materia di doveri di diligenza e lealtà, la quale ha trattato le tradizionali problematiche in materia di amministrazione della società alla luce delle più moderne e approfondite riflessioni in tema di *agency costs* (c.d. «costi di agenzia») ²⁰, di *misappropriation* (c.d. «appropriazione indebita civile») ²¹, e di *business judgement rule* ²², evidenziando come fosse necessario passare da un approccio formalistico del diritto societario a uno sostanzialista, a un diritto societario flessibile, semplificato e deformalizzato, in cui siano, cioè, esplicitati gli scopi delle norme, le quali devono essere costruite in modo da mettere gli operatori del diritto nella condizione di andare alla «sostanza delle cose», affinché possano svolgere loro stessi un'interpretazione teleologica degli istituti, scevra

¹⁹ Il combinato disposto degli artt. 209 e 234 LSC, in specie, afferma rispettivamente che «*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*» (art. 209) e successivamente che «*La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos*» (art. 234).

²⁰ Per quanto riguarda, in generale, il tema degli *agency cost*, su tutti, v.: M. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, issue 4, p. 305-360; L. BEBCHUK-J. FRIED, *Pay Without Performance*, «Harvard University Press», 2004; e per la dottrina spagnola, nello specifico, le riflessioni di C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., pág. 428-432.

Come è noto, si parla di *agency cost* (costi di agenzia), in particolare, facendo riferimento a quelle teorie economico-giuridiche che analizzano il rapporto tra un *principal* ed un *agent* in cui vi sia una delega di potere dall'uno all'altro. Trattasi di figure pressappoco assimilabili al mandante e al mandatario di diritto civile: schema applicabile, ai fini della teoria in discorso, anche tra la società ed i propri amministratori. Nello specifico, la relazione tra *agent* e *principal* è spiegata, nella sua formulazione originaria (MICHAEL JENSEN e WILLIAM H. MECKLING), in termini assolutamente generali come un contratto in base al quale una o più persone (*principal*) obbligano un'altra persona (*agent*) a ricoprire per suo conto una data mansione che implica una delega di potere all'agente. Essendo tale definizione estremamente generale, si rivela idonea a comprendere qualsiasi relazione tra due individui in cui uno dei due delega parte del proprio potere all'altro e dunque anche il rapporto società-amministratori. Questa posizione contrattuale presenta per il *principal* notevoli rischi, dovuti principalmente al potenziale comportamento opportunistico dell'*agent*, il quale tenderà in linea di massima a massimizzare la propria utilità, anche a discapito del soggetto rappresentato, piegando a proprio vantaggio l'asimmetria informativa che gioca a suo favore. I rischi maggiormente ricorrenti saranno quello dell'azzardo morale e della selezione avversa, denominati anche rispettivamente opportunismo *ex post* e opportunismo *ex ante*. Tali comportamenti opportunistici non sono, secondo questa teoria, eliminabili, ma possono tuttavia essere limitati. Limitarli costituisce un costo; un costo però sempre inferiore rispetto a consentire all'*agent* di estrarre per suo conto benefici privati dalla gestione dell'attività del *principal*. Trovare il meccanismo che permette una migliore limitazione di questi comportamenti opportunistici al minor costo è la "sfida" di questa teoria.

²¹ C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 427. La riflessione nasce negli Stati Uniti in materia di *insider trading* ma viene poi generalizzata fino ad indicare oggi ciò che gli economisti indicano con il nome di «estrazione di benefici privati» da parte degli amministratori. Storicamente la riflessione trova i suoi capisaldi in O. WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, New York, Free Press, 1985; da ultimo v.: A. DYCK-L. ZINGALES, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, in *Journal of finance*, 59 (2004), pp. 537 ss.

²² C. PAZ-ARES, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, cit., p. 30; ID., *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo*, cit., p. 39.

da schemi mentali rigidi che in passato hanno talvolta reso lecito ciò che era ingiusto. Si tratta dunque di passare da un «*derecho de sociedades mecánico*» ad un «*derecho de sociedades reflexivo*»²³.

La principale causa del fatto che in passato siano state tollerate e legittimate molte operazioni di estrazione di benefici privati da parte degli amministratori nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici europei – e la recente crisi economica è stata talvolta un drammatico palcoscenico di questo brutto spettacolo – sarebbe infatti da ravvisare, secondo alcuni autori²⁴, primariamente nella cultura formalista che aveva portato a codificare²⁵, prima, e ad applicare, poi, un diritto societario «*mecánico*»²⁶.

Queste innovative opzioni di politica legislativa hanno prodotto una riforma che in materia di governo dell'impresa societaria ha preferito alle norme di organizzazione e procedurali delle regole di condotta²⁷, vieppiù organizzate a partire da clausole generali e via via poi specificate da disposizioni sempre più dettagliate e puntuali che le “riempiono” di contenuto e ne concretizzano la portata, cercando di prevedere e regolare anticipatamente le fattispecie più frequenti.

Un tale procedere ha come scopo quello di evitare che il criterio metagiuridico (lo *standard*) di condotta, proprio in ragione della sua fisiologica generalità, venga completamente disatteso, ovvero, all'opposto, applicato anche a fattispecie ben lontane da quelle che il legislatore avrebbe voluto regolare con quella disposizione, con grave pregiudizio nel primo caso dell'effettività della regola giuridica e nel secondo della certezza del diritto, principio quest'ultimo quantomai rilevante nel campo del diritto dell'economia²⁸.

Rispetto ai principî che presidiano la materia degli obblighi degli amministratori si può notare una certa sovrapposibilità tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo: in entrambi ci si è preoccupati di trovare una soluzione in grado di contrastare le naturali problematiche connesse al

²³ Il passo testuale è il seguente: «*Desde el punto de vista de la política legislativa, mi impresión es más bien la contraria: lo que hace falta es flexibilizar el derecho de sociedades, simplificarlo, desformalizarlo y dar indicaciones para que los aplicadores del derecho vayan a la sustancia de las cosas y se comprometan con análisis funcionales. Frente a un derecho de sociedades Mecánico, abogo por un derecho de sociedades reflexivo*» (C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 430; l'autore peraltro è stato anche membro della Commissione di esperti, per cui quanto qui citato è del tutto conforme a quanto riportato nel citato *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo*).

²⁴ C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit.

²⁵ Non va dimenticato, a tale riguardo, che il nucleo essenziale delle norme sull'amministrazione della società risale al 1951, nel culmine della cultura positivista.

²⁶ C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 430, testualmente: «*Los instrumentos del derecho de sociedades mecánico y la cultura formalista que inspiran han determinado que muchas de estas operaciones de extracción de beneficios privados resulten legalmente toleradas en la Europa continental y, desde luego, en España*».

²⁷ Ivi, p. 432.

²⁸ È esperienza comune infatti che imprese basino gran parte delle loro scelte sulla prevedibilità o meno degli esiti dell'operazione.

rapporto di agenzia e si è cercato di anticipare la tutela prevenendo il danno, piuttosto che limitarsi solamente a sanzionare i comportamenti abusivi imponendo un semplice obbligo risarcitorio²⁹. Ciò che invece è diverso è il modo in cui la normativa italiana, da un lato, e quella spagnola, dall'altro, hanno declinato questi principî.

Mentre l'ordinamento italiano, a seguito della riforma del 2003, ha optato, con riferimento alle s.p.a., per un sistema di *disclosure* obbligatoria e di decisione informata e, nel tipo «s.r.l.», per una co-gestione della società tra amministratori e soci, attribuendo a questi ultimi forti poteri non solo di controllo, ma anche propriamente amministrativi, l'ordinamento spagnolo, unificando la disciplina tanto per le s.a. quanto per le s.r.l., ha preferito enunciare una clausola generale, specificandola via via per il tramite di una serie di divieti, alla fine dei quali si riscontra la possibilità di ottenere, per alcuni di questi, l'esonero del loro rispetto (seguendo la procedura e con gli effetti – limitati – che si vedranno).

Per le s.r.l. di diritto italiano, dunque, è la stessa compartecipazione del *principal* nell'attività dell'*agent* a prevenire ed eventualmente risolvere i c.d. problemi di agenzia. Per le s.p.a., invece, valgono considerazioni differenti in ragione della loro idoneità, quantomeno potenziale, di accedere al mercato dei capitali di rischio. Per queste ultime, infatti, come noto, si è preferito mantenere una struttura che separi nettamente l'organo di amministrazione dall'assemblea dei soci, onde evitare che i soci-investitori di minoranza si vedano pregiudicati dall'azione del socio o del gruppo di soci di controllo. In quest'ottica, dunque, l'art. 2391 c.c. mira a realizzare l'obiettivo della trasparenza attraverso l'estensione quantitativa e qualitativa dell'obbligo di informazione degli amministratori³⁰.

²⁹ Disciplina, quella ipotizzata, sicuramente inadeguata, specialmente in ordinamenti, quali quello italiano e quello spagnolo, noti per essere caratterizzati da mercati tutt'alto che efficienti (C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit.). Sull'analisi in generale, prima, e comparata, poi, dei sistemi in astratto adottabili per prevenire i rischi connessi al conflitto di interessi, v. L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 19-86.

³⁰ Il legislatore italiano del 2003, vale a dire, ha plasmato la disposizione in oggetto in modo da attribuire all'attuale obbligo di *disclosure* una portata estremamente lata, sconosciuta al previgente sistema, nel quale veniva sancito un semplice «obbligo di dare notizie» che lasciava pensare che l'amministratore potesse limitarsi a comunicare sinteticamente l'esistenza di un interesse (M. MOZZARELLI, *Commento 'sub' art. 2391 c.c.*, cit., p. 1343). Il vigente art. 2391 c.c., invece, afferma che l'amministratore dovrà dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, egli abbia in una determinata operazione della società. Nella comunicazione l'amministratore dovrà inoltre precisare la natura, i termini, l'origine e la portata dell'interesse in oggetto. Se ad essere portatore di questo interesse è un amministratore delegato, questi dovrà altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale; se si tratta invece di un amministratore unico, dovrà darne notizia anche alla prima assemblea utile. La deliberazione del consiglio di amministrazione che si esprimerà sull'argomento dovrà inoltre adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. L'estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie e la contestuale rimessione della decisione al collegio risultano strumentali ad un più esteso intervento di *governance* (*ibid.*). Viene infatti per questo tramite fornito un impulso verso una maggiore trasparenza, l'eterovalutazione dell'operazione così divenendo non un semplice passaggio formale, ma una vera e propria procedura in grado di condurre verso un maggiore equilibrio gestionale. Ciò perché si è

Se dunque l'ordinamento italiano, per prevenire il conflitto di interessi, ha ampliato l'obbligo di comunicazione anche alle fattispecie astrattamente non confliggenti con l'interesse sociale (l'art. 2391 c.c. si applica infatti a *qualunque* interesse, anche a quelli potenzialmente convergenti con quello sociale), rimettendo la decisione sull'adozione o meno dell'atto al collegio, quello spagnolo ha scelto di raggiungere il medesimo scopo anticipando la rilevanza giuridica di una serie di comportamenti prodromici potenzialmente pericolosi (si tratta per lo più di fattispecie di pericolo astratto), tipizzandoli e vietandoli ³¹.

3. (SEGUE): LA SEPARAZIONE DELL'OBBLIGO DI DILIGENZA (DEBER DE DILIGENCIA) DALL'OBBLIGO DI LEALTÀ (DEBER DE LEALTAD)

I «*deberes de los administradores*» sono contenuti nel *Capítulo III* della *Ley de sociedades de capital*, che va dall'art. 225 all'art. 232 LSC. Nello specifico, i primi due articoli sono dedicati al dovere di diligenza ed alla relativa “valvola di sfogo”: la *business judgement rule*; gli altri al dovere di lealtà e alla sua dispensa.

Gli *standard* della diligenza e della lealtà, ora separati nella sistematica della LSC, con la riforma del 2014 sono stati caratterizzati – diversamente rispetto a quanto accade nell'ordinamento italiano in cui diligenza e lealtà connotano entrambi, in un intreccio inscindibile, l'obbligo di corretta amministrazione ³² –, da una diversità che non è solamente nominale. Può dirsi, invero, senza

scelto di non rimettere più al singolo amministratore la discrezionalità se riferire o meno dell'*interesse in conflitto*, affidando piuttosto la valutazione sul merito dell'*interesse* comunicato (qualsiasi interesse, anche non in conflitto) al consiglio di amministrazione.

³¹ Per vero anche nell'ordinamento spagnolo è presente un obbligo di informazione (art. 229, co. 3, LSC). Si ritiene, però, che esso assomigli più all'obbligo di informazione presente nell'ordinamento italiano nel sistema anteriore alla riforma del 2003 che a quello di cui all'art. 2391 c.c. oggi vigente; perciò non in grado di proceduralizzare il processo di informazione rispetto agli «interessi degli amministratori», passando da una discrezionalità del singolo amministratore ad una valutazione dell'intero collegio.

³² La specificazione, che distinguerebbe la diligenza rispetto al generale obbligo di corretta amministrazione non sarebbe, secondo una certa parte della dottrina, semplicemente nominale. Si fa in particolare riferimento a coloro i quali (da ultimo M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., che riassume i termini del dibattito pregresso) ritengono più corretto qualificare la «diligenza» a guisa di un «parametro di valutazione» della condotta degli amministratori – condotta che deve essere improntata allo *standard* della «corretta gestione» ricavabile interpretativamente *ex art. 2403 c.c.* –, mentre il «dovere di lealtà» – questo sì un vero e proprio «dovere» – alla stregua di un istituto in grado di *imporre* una certa *condotta*, così come è il dovere di corretta gestione rispetto al profilo della prudenza. Al di là di questioni che, oltre un certo limite, paiono specificazioni semantiche più che di contenuto, ciò che è ricavabile dal dato normativo e dalla riflessione dalla dottrina che si è specificamente occupata del tema è che gli obblighi di corretta gestione, lealtà e diligenza concorrono tutti unitariamente alla determinazione della condotta che deve tenere il «buon amministratore», la quale dovrà dunque essere valutata in modo olistico. Anche in Spagna, invero, pare che il disposto normativo consenta di giungere a conclusioni simili, laddove si consideri che l'ordinamento spagnolo fa riferimento tanto alla diligenza come un «parametro valutativo di una condotta» (art. 225, co. 1, LSC: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*») quanto alla diligenza intesa come «obbligo di condotta» di corretta gestione (art. 225, co. 2, LSC: «*Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas*

grosso timore di smentite, che diligenza e lealtà siano, nell'ambito societario spagnolo, due distinti istituti giuridici, visto che a ciascuno di essi si applica uno statuto normativo diverso e finanche le sanzioni per la violazione dell'uno dell'altro sono, quantomeno in parte, difformi³³. È infatti ben più severa la sanzione comminata in caso di violazione del dovere di lealtà; segno questo di una politica legislativa chiara nel senso di ritenere che l'amministratore, se anche potrà sbagliare, non potrà certamente approfittare della propria posizione per estrarre dalla società benefici privati illegittimi. Come nota una certa dottrina: altro è, sul piano della riprovazione da parte dell'ordinamento, avere agito in maniera negligente, altro avere agito con dolo³⁴. Merita

precisas para la buena dirección y el control de la sociedad). Si può d'altra parte osservare però una certa imprecisione lessicale sul punto nella misura in cui si sia scelto di attribuire tanto all'obbligo di condotta quanto al parametro valutativo del medesimo la stessa nomenclatura. La lettera della legge, infatti, benché la presupponga, non tiene nominalmente conto della diversità che corre tra un obbligo di condotta ed il parametro valutativo della condotta medesima, giustapponendo le due previsioni e collocandole entrambe sotto la medesima rubrica recante «*Deber general de diligencia*». Per questa ragione nell'analisi che seguirà si tratterà il «dovere di diligenza» alla stregua del corrispondente italiano «obbligo di corretta gestione», senza ulteriormente specificare, non rilevando ai fini della presente analisi la distinzione tra obbligo di condotta e parametro di valutazione.

³³ Il punto è forse uno dei più interessanti di tutto la riforma. Si tornerà sulla questione più approfonditamente *infra*, in questo stesso paragrafo.

³⁴ Scriveva, in proposito, C. PAZ-ARES, che poi sarà il vero e proprio “padre” della novella del 2014, più di dieci anni fa, che gli atti di *mala gestio* sono tutt'altra cosa rispetto a un'appropriazione indebita: da qui la necessità di una diversa regolamentazione dei due aspetti. Da una parte la diligenza, che richiede un comportamento non colposo, dall'altra la lealtà, volta a punire gli atti dolosi degli amministratori. Le parole dell'autore a tal proposito erano le seguenti: «*nuestro razonamiento arranca de la necesidad de diferenciar o diversificar el régimen de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de los deberes objeto de infracción. No pueden meterse dentro del mismo saco la regulación de los “actos de gestión indebida” y la regulación de los “actos de apropiación indebida”, cuyas lógicas económicas – como veremos enseguida – son muy distintas. Y esto nos obliga a separar nítidamente la vertiente tecnológica (relativa a la producción de valor) y la vertiente deontológica (relativa a la distribución de valor) en que se descompone toda la actividad de gobierno de una empresa y, a partir de ahí, elevar a categoría la distinción entre el deber de cuidado y el deber de lealtad. El deber de cuidado – el deber de diligencia del “ordenado empresario” – exige que los administradores inviertan una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor. El deber de lealtad – el deber de proceder como un “representante leal” – requiere que los administradores antepongan los intereses de los accionistas a los suyos propios al objeto de minimizar la redistribución del valor creado. Los administradores quedan sujetos así a dos imperativos fundamentales: maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor. Partiendo de estas sencillas distinciones, de gran relieve desde el punto de vista del gobierno corporativo, pero frecuentemente pasadas por alto en las discusiones más convencionales, sale el criterio directriz que, a nuestro juicio, debe de presidir el tratamiento normativo de la materia. Dicho criterio puede formularse así: el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia. Nuestra propuesta se sustancia, en definitiva, en una política de abstención con la negligencia y en una política de intervención con la infidelidad. El Informe Aldama no ha hecho explícito un modelo de regulación de esta índole, pero – como tendremos ocasión de comprobar – se orienta con suficiente claridad en esta línea.» (C. PAZ-ARES, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 2003, in <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82614/107589>>, visualizzato in data 28.11.2016). Se ad un primo sguardo tale assunto pare senza dubbio condivisibile, va notato, però, che contrapporre, come ha fatto la citata dottrina spagnola, diligenza e lealtà come se fossero obblighi posti rispettivamente per prevenire l'uno la negligenza e l'altro il dolo non pare però un'operazione propriamente corretta. Una siffatta enfatica affermazione, infatti, non descrive adeguatamente lo stato delle cose, poiché non pare corretto distinguere l'obbligo di diligenza da quello di lealtà facendo unicamente riferimento all'elemento soggettivo che tipicamente*

evidenziare, a tale riguardo, che la sanzione per la violazione del dovere di lealtà determinerà non solo l'obbligo di risarcire il danno causato al patrimonio sociale, bensì anche quello di devolvere alla società l'ingiusto arricchimento ottenuto dall'amministratore³⁵ (art. 227, co. 2, LSC). La violazione del dovere di diligenza invece porterà al più ad un'azione di responsabilità, con conseguente obbligo di risarcire il danno. Così come diversa è la sanzione, differente è pure lo strumento giuridico che la legge predispone al fine di mitigare il rigore applicativo dell'una e dell'altra disciplina. Il dovere generale di diligenza, infatti, peraltro pacificamente considerato derogabile dalla dottrina spagnola³⁶, si stempera nella *business judgement rule*. Tale regola non è però applicabile, per espressa previsione normativa (art. 226, co. 2, LSC), agli atti posti in essere in conflitto di interessi, trovando il dovere di lealtà un'apposita valvola di sfogo esclusivamente nella disciplina della «dispensa» di cui all'art. 230 LSC.

4. (SEGUE): IL DOVERE GENERALE DI DILIGENZA E LA POSITIVIZZAZIONE DELLA BUSINESS JUDGEMENT RULE. CENNI

Il dovere generale di diligenza viene sancito dall'art. 225 LSC, il quale afferma che ogni amministratore, in relazione a qualunque azione che costituisca esplicitazione dell'incarico amministrativo, nonché per il compimento di ogni dovere imposto dalla legge e dallo statuto, deve assolvere al proprio incarico con diligenza. Il parametro è quello dell'«ordenado empresario»; va però tenuto conto anche della natura dell'incarico e delle funzioni attribuite a ciascun membro dell'organo amministrativo. Sempre sulla base del generale dovere di diligenza, inoltre, l'amministratore è obbligato ad adottare tutti i mezzi necessari «para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225, co. 2, LSC).

connoterebbe ora l'uno o l'altro. Invero ben potrebbero realizzarsi anche delle violazioni dolose del dovere di corretta gestione (*deber de diligencia*), senza che queste debbano necessariamente essere state determinate da una posizione conflittuale dell'amministrazione.

³⁵ Quella qui riportata è una libera traduzione nostra. L'originale recita: «La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador». Lo scopo è, ovviamente, quello di impedire che gli amministratori scelgano deliberatamente di compiere atti contro l'interesse della società a seguito di un calcolo del rapporto costi-benefici comunque a loro vantaggioso, anche al netto dell'eventuale azione di responsabilità («se l'onestà non fosse un dovere, sarebbe un calcolo», ricorda provvidamente C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 458).

³⁶ Ivi, p. 446. La dottrina spagnola parla indifferentemente di «deroghe del generale dovere di diligenza» così come di «deroghe alla responsabilità» derivante dalla violazione del predetto dovere. Ciò ragionevolmente a causa di una diversa formulazione delle norme spagnole in tema di adempimento delle obbligazioni rispetto a quelle italiane (v. artt. 1094-1112 Codice Civile). Per l'ordinamento italiano, invece, sarebbe corretto parlare solamente di deroghe alla responsabilità derivante dalla violazione del dovere di diligenza, giusta la disposizione dell'art. 1229 c.c., disciplinante appunto i patti che escludono o limitano preventivamente la «responsabilità» del debitore per dolo o per colpa grave. Sulla possibilità di esonerare gli amministratori di s.p.a. nell'ordinamento italiano, anche per il tramite di una modificazione statutaria che deroghi al regime legale ordinario, v.: A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2008.

Benché la formulazione appaia in parte differente rispetto a quella italiana (art. 2932 c.c.), la dottrina spagnola³⁷ ravvisa nel dettato normativo dell'art. 225 LSC sostanzialmente gli stessi elementi che nel nostro ordinamento interno sono richiesti agli amministratori di s.p.a.³⁸; peraltro del tutto sovrapponibili a quelli cui soggiacciono gli amministratori di s.r.l.³⁹ (nonostante l'art. 2476 non riproduca anche per costoro la formulazione del primo periodo dell'art. 2392 c.c.⁴⁰, che espressamente stabilisce che gli amministratori devono adempiere i propri doveri «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze»).

L'art. 225, co. 3, LSC specifica poi che gli amministratori dovranno assolvere alle loro funzioni disponendo di tutte le informazioni necessarie per il loro corretto adempimento, se del caso esigendole da chi le possiede o fornendole a chi le richieda.

Così configurato, il «dovere di diligenza» assolve essenzialmente allo scopo di limitare e restringere la discrezionalità insita nell'attuazione dell'attività amministrativa⁴¹, la quale, proprio in ragione di questa ineliminabile componente discrezionale, richiede altresì, in ossequio ai principi generali in materia di responsabilità – valevoli tanto sotto il vigore del dato normativo previgente, quanto dopo la riforma –, che la sua eventuale censura venga compiuta ponendosi logicamente *ex ante* attraverso un giudizio di prognosi postuma, facendo in modo che il giudice non si “sostituisca” all'amministratore nella valutazione delle scelte compiute all'interno del residuale margine di scelta.

Il legislatore spagnolo nel 2014 ha deciso, sulla scorta di queste considerazioni, di positivizzare la regola tralatizia della «protezione della discrezionalità d'impresa» (art. 226 LSC), meglio conosciuta con il termine anglosassone della *business judgement rule*, ormai principio acquisito da tutti gli ordinamenti occidentali evoluti.

³⁷ J. ORIOL LLEBOT MAJO, *El deber general de diligencia*, en F. Rodríguez Artigas *et al.*, *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, Tomo II, p. 329 ss.; JESÚS ALFARO, *Artículo 225. Deber general de diligencia*, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Madrid [Civitas – Thomson Reuters], 2015, págg. 313 ss.

³⁸ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, pp. 116 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in «Giur. comm.», 2006, pp. 159 s.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., pp. 53 ss.

³⁹ R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in Abbadessa, Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, 2006, pp. 637 ss.; elementi che però qui ci limitiamo a richiamare solamente *per relationem*, tanto per le s.p.a., quanto per le s.r.l., rinviando integralmente alle specifiche opere citate.

⁴⁰ Benché vi sia stato chi nell'immediatezza della riforma del 2003 aveva ipotizzato il contrario, non pare che la differenza del tipo giustifichi una qualsivoglia *deminutio* per gli amministratori di una s.r.l. Sul punto, v.: ASS. PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2006, pp. 289 ss.

⁴¹ A. RONCERO SÁNCHEZ, *El deber general de diligencia (art. 225 LSC)*, en F. Rodríguez Artigas *et al.*, *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, Tomo II, pág. 319 ss.

La dottrina ha salutato con favore questo intervento del legislatore, ritenendo che l'aver versato la citata regola pretoria all'interno del dato positivo si trattasse di un'operazione non solo necessaria – visto che l'ordinamento spagnolo è di tipo continentale –, ma anche conveniente ⁴².

L'art. 226 LSC positivizza la *business judgement rule* attraverso una tecnica legislativa piuttosto particolare, ossia stabilendo una presunzione *iuris tantum* di adempimento dell'obbligo di diligenza, che si dovrà ritenere soddisfatto – salvo prova contraria – quanto l'amministratore abbia attuato (a) una decisione strategica o un altro affare soggetto a valutazioni discrezionali d'impresa (b) in buona fede, (c) senza versare in conflitto di interessi, (d) dopo aver assunto informazioni sufficienti e (e) attraverso un procedimento decisionale adeguato.

Così facendo, il legislatore spagnolo ha costruito l'art. 226 LSC in modo da far sì che l'interprete non disponga di ampi margini di apprezzamento nel ravvisare o meno i presupposti di fatto che gli consentirebbero di concedere agli amministratori una sostanziale «zona franca» data dalla insindacabilità della scelta di direzione.

Si spiega così anche il motivo per cui la dottrina spagnola abbia valutato come conveniente l'introduzione positiva della regola della protezione della discrezionalità d'impresa, la quale non solo non è insuperabile, magari a fronte di fatti inequivoci che la società riuscirà a provare in giudizio, ma anzi è confinata all'interno di un perimetro piuttosto ristretto, dovendo tutti i presupposti sussistere congiuntamente. Ciò consente che non venga giudicata l'attività degli amministratori per fatti inerenti al rischio di impresa e che, al contempo, venga eliminato il pericolo che per tale via si creino delle sacche di impunità per i soggetti negligenti.

La complessiva disciplina del dovere generale di diligenza è in buona sostanza tesa prevalentemente a restringere la discrezionalità insita nell'attività amministrativa. Il dibattito dottrinale che ha portato alla riforma, però, ha rilevato che la sola diligenza non sarebbe un parametro idoneo anche a fornire la “direzione”, il “verso”, delle attività amministrativa. Al perseguimento di questo scopo pertanto si è ritenuto di preporre il dovere di lealtà, ritenuto – questo sì – capace di direzionare l'azione verso lo scopo sociale, impedendo (*rectius*: limitando) che gli amministratori coltivino i propri interessi in luogo di quello della società e dei soci ⁴³.

⁴² ID., *Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia*, en F. Rodríguez Artigas *et al.*, *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, Tomo II, págg. 409.

⁴³ A dispetto di quanto rileva la più autorevole dottrina spagnola sul punto (C. Paz-Ares, *Anatomía del deber de lealtad*, cit.), cioè che solamente separando il dovere di lealtà da quello di diligenza e differenziandone gli statuti giuridici si sarebbe riuscito a porre adeguata attenzione (e in seguito rimedio) ai comportamenti abusivi dagli amministratori, è possibile osservare che questa operazione forse non sarebbe stata propriamente necessaria. Si sarebbe potuto infatti raggiungere un risultato simile, anche nel vigore della previgente disciplina, più semplicemente – come fu rilevato a suo tempo in Italia – valorizzando in modo adeguato le norme sulle obbligazioni in generale. Si fa qui riferimento, in particolare, all'art. 1094 Código Civil, il quale detta una previsione nella sostanza molto simile a quella dettata nell'art.

5. (SEGUE): IL DOVERE DI LEALTÀ NELLO SPECIFICO E LA RELATIVA DISPENSA

Il dovere di lealtà trova consacrazione generale nell'art. 227 LSC, che, come già accennato, afferma che gli amministratori devono svolgere i propri incarichi con la lealtà di un «fedele rappresentante», operando «in buona fede» e nel «miglior interesse della società».

Il comma successivo (art. 227, co. 2, LSC) ne definisce la sanzione, quasi a voler indicare subito l'importanza del precetto appena sancito. Sanzione che, come si è visto, consiste in primo luogo nel risarcire il danno causato al patrimonio della società e in secondo luogo nel devolvere alla società l'ingiusto arricchimento ottenuto dall'amministratore⁴⁴.

Le norme successive (artt. 228-232 LSC) articolano poi in modo preciso e puntuale la menzionata clausola generale di cui all'art. 227 LSC, riempiendo di contenuto l'obbligo di comportarsi alla stregua di un «fedele rappresentante», la cui azione deve essere volta a perseguire il migliore interesse della società.

In particolare, l'art. 228 detta gli *obblighi minimi* che derivano dal dovere di lealtà. Essi sono: (a) non esercitare le proprie facoltà per fini diversi rispetto a quelli per cui esse sono concesse (funzionalizzazione dei poteri dell'organo amministrativo); (b) mantenere il segreto sulle informazioni, i dati e più in generale su tutto quanto conosciuto in ragione del proprio incarico (obbligo di riservatezza); (c) astenersi dal prendere parte a deliberazioni o votazioni su accordi o decisioni che abbiano ad oggetto un affare rispetto al quale l'amministratore si troverebbe in conflitto di interessi, diretto o indiretto; (d) svolgere le proprie funzioni in maniera indipendente, anche rispetto ad istruzioni o vincoli di e con terzi; (e) adottare tutti gli strumenti necessari per evitare di incorrere in situazioni che possono portare conflitti di interessi tra amministratori e società⁴⁵.

1175 c.c., che, imponendo tanto al debitore quanto al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza (buona fede oggettiva), pur non introducendo nel rapporto giuridico diritti e obblighi diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti, opera all'interno del rapporto medesimo, con funzione integrativa, al fine della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritto o di obbligo, finendo così per imporre al debitore (*i.e.*: l'amministratore) di soddisfare comunque l'interesse del creditore (*i.e.*: la società), con il limite dell'eccessiva onerosità. Non consta, però, che questa riflessione sia stata sviluppata dalla dottrina giuscommerciale spagnola. Da qui la ravvisata necessità di specificare normativamente l'obbligo di lealtà, separandolo da quello di diligenza. Circostanza questa che ha permesso al legislatore spagnolo di circondare i citati obblighi di condotta di una serie di previsioni puntuali e specifiche atte a garantire maggiore effettività ai principi che presidiano la *corporate governance*. Il che, forse, in fin dei conti, è stato anche più utile.

⁴⁴ «227. *Deber de lealtad. – 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador».*

⁴⁵ Quanto scritto nel testo ripropone sostanzialmente il contenuto dell'art. 228 LSC, al quale pertanto di rinvia per quanto riguarda la sua formulazione originale. Così sarà anche con riferimento ai successivi articoli, ove specificamente indicato.

Vale la pena osservare che il disposto letterale parla di «ingiusto arricchimento» («*enriquecimiento injusto*»), il che fa

Quest'ultimo obbligo, ossia quello di adottare tutti gli strumenti necessari per evitare di incorrere in situazioni di conflitto di interesse, viene peraltro ulteriormente specificato dall'articolo successivo (art. 229 LSC) per il tramite di una serie di divieti che rendono tipiche alcune delle fattispecie più comuni di conflitto⁴⁶. Sono questi dei divieti che anticipano di molto la tutela, avendo il legislatore positivizzato delle ipotesi di pericolo astratto il cui presupposto per l'applicazione è costituito dal fatto tipico in sé, in nulla rilevando, ai fini della loro applicazione, se il comportamento tipico sia anche idoneo o meno a produrre in concreto un danno alla società. L'*an* e il *quantum* del danno, dunque, non integrando un requisito per l'applicazione dei divieti *ex* artt. 228 e 229 LSC, verranno in rilievo solamente qualora venga in rilievo il profilo rimediale-risarcitorio della disciplina in commento.

L'art. 229 LSC, in sintesi, afferma che per evitare di incorrere in conflitti di interessi, in generale, gli amministratori devono *evitare* di: (a) realizzare operazioni commerciali con la società (tranne nel caso in cui esse siano operazioni ordinarie); (b) utilizzare il nome della società per influire indebitamente sulla realizzazione di operazioni che l'amministratore compie privatamente (e non dunque per i fini del proprio dell'ufficio); (c) fare uso degli *asset* societari per fini privati; (d) trarre profitti personali delle operazioni della società; (e) ottenere vantaggi o remunerazioni da terzi diversi della società (disposizione questa che va letta di concerto con la modifica degli artt. 217 ss. in materia di remunerazione degli amministratori); (f) sviluppare attività per conto proprio o per conto di terzi in concorrenza con la società.

sorgere una serie di interrogativi: è ingiusto l'arricchimento che derivi da un pregiudizio della società o per ritenere la locupletazione come ingiusta è sufficiente che siano stati violati i divieti di cui agli artt. 228 e 229 LSC? L'eventuale dispensa *ex* art. 230 LSC (su cui approfonditamente *infra*), inoltre, può rendere «giusto» un arricchimento altrimenti «ingiusto»? Tutte queste domande riceveranno risposta *infra* (cfr. § 7). È convinzione di chi scrive, comunque – vale la pena anticiparlo, rinviando all'apposita *sedes materiae* per una completa motivazione – che il dato sistematico obblighi a considerare «ingiusto», e quindi a *restituire*, tanto l'arricchimento conseguito a valle di una violazione di uno dei divieti di cui agli artt. 228 e 229 LSC, a prescindere dall'effettivo pregiudizio per la società, quanto quello che abbia invece in concreto pregiudicato la società, pur non avendo questa volta violato uno dei divieti tipici ovvero finanche in presenza di una dispensa *ex* art. 230 LSC, a condizione però che questo pregiudizio possa essere ricondotto ad una violazione del dovere generale di lealtà *ex* art. 227 LSC. Ciò che dovrà essere devoluto alla società a titolo di ingiusto arricchimento, comunque, tanto nell'ipotesi di violazione frontale di un divieto espresso quanto in quella di una violazione del dovere generale di lealtà foriera di un danno, è pur sempre una componente altra ed ulteriore rispetto al *quantum* risarcitorio – che nella prima ipotesi potrebbe anche non essere presente, mentre nella seconda lo sarà sicuramente – il quale dovrà sempre sottostare ai principi generali dell'illecito civile con riferimento alla prova, al nesso di causa e all'elemento soggettivo.

⁴⁶ Si ritiene che alle condotte vietate all'art. 229, tutte integranti potenziali conflitti di interesse, non debba anche essere *ipso facto* cumulato l'art. 228, co. 1, lett. c), LSC, che impone un generale obbligo di astensione nelle deliberazioni che abbiano ad oggetto un affare rispetto al quale uno o più amministratori potrebbero essere portatori di interessi in conflitto, poiché a ben vedere le due norme hanno due sfere di applicazione differenti, l'art. 228, co. 1, lett. c), LSC riguardando il momento decisionale-deliberativo («*deliberación y votación de acuerdos o decisiones*») mentre l'art. 229 quello più propriamente attuativo-operativo. Le due norme, dunque, pur non sovrapponendosi, potranno essere – anzi, normalmente lo saranno – applicate consecutivamente, laddove l'operazione venga prima deliberata dal consiglio di amministrazione e poi attuata da uno o più dei consiglieri operativi.

Tutti questi divieti valgono, oltre che per gli amministratori in prima persona, anche per le persone ad essi «vincolate» (art. 229, co. 2, LSC), la cui definizione è contenuta specificamente nell'art. 231 LSC⁴⁷.

In ogni caso le situazioni di conflitto di interesse, qualora si formino, dovranno comunque essere comunicate al consiglio di amministrazione o ad altri organi societari, a seconda del modello di amministrazione prescelto (art. 229, co. 3, LSC)⁴⁸.

L'art. 230 LSC poi afferma che il regime relativo al dovere di lealtà – e dunque anche e soprattutto tutti i divieti di cui sopra – è imperativo⁴⁹ e non saranno valide le disposizioni statutarie che lo limitino, né tantomeno quelle contrarie al medesimo. Se l'art. 230 LSC in questa prima parte ha funzione per lo più ricognitiva di un precetto già comunque in certo modo insito nel sistema, di ben altro tenore risulta il prosieguo, che detta la «dispensa» dal dovere di lealtà.

Il co. 2 dell'art. 230, in particolare, afferma che alcuni dei divieti di cui all'art. 229 LSC possono essere derogati, in casi specifici, attraverso delle specifiche autorizzazioni.

Ciò che può essere derogato, in particolare, sono i divieti di realizzare una determinata transazione con la società (art. 229, co. 1, lett. a), l'uso di certi attivi sociali (art. 229, co. 1, lett. c), l'approfittamento di una concreta opportunità all'interno di un certo affare (art. 229, co. 1, lett. d), l'ottenere un vantaggio o una remunerazione da parte di terzi (art. 229, co. 1, lett. e).

Restano pertanto esclusi dalla possibilità di dispensa i divieti *sub* art. 229, co. 1, lett. b, f, ossia quelli di utilizzare il nome della società per influire indebitamente sulla realizzazione di operazioni che l'amministratore compie privatamente e di sviluppare attività per conto proprio o per conto di terzi in concorrenza con la società.

Lo svolgimento di un'attività in concorrenza, in realtà, non è preclusa *in toto*: la sua esclusione

⁴⁷ «231. *Personas vinculadas a los administradores. – 1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. 2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica. c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios. d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior».*

⁴⁸ Cfr. art. 229 LSC.

⁴⁹ La specificazione, che ad un lettore italiano potrebbe sembrare forse pleonastica, nel contesto spagnolo ha invece un suo proprio significato nella misura in cui si consideri che invece l'obbligo di diligenza e la relativa responsabilità ammettano in certa misura delle deroghe (v., nello specifico, C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 446; per quanto riguarda l'ordinamento italiano, invece, v. A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., *passim*). Per altre considerazioni si rinvia *supra* § 3, nt. 36.

dal novero qui descritto trova ragione nel fatto che per tale divieto l'art. 230 LSC detta una disciplina speciale, di cui si darà conto tra poco.

Le dispense dai citati divieti dovranno essere necessariamente accordate dall'assemblea quando abbiano ad oggetto la deroga al divieto di ottenere un vantaggio o una remunerazione da terzi, ovvero coinvolgano un'operazione commerciale il cui valore sia superiore al 10% degli attivi societari. Parimenti l'autorizzazione dovrà provenire dall'assemblea nel caso in cui all'interno di una società a responsabilità limitata sia coinvolta la concessione a qualunque titolo di un'assistenza finanziaria a favore dell'amministratore da parte della società ovvero quando sia diretta allo stabilimento con la società di una relazione di servizio o di opera.

In tutti gli altri casi, invece, l'autorizzazione potrà essere concessa dall'organo di amministrazione, sempre che sia garantita l'indipendenza dei membri che la concedono rispetto all'amministratore dispensato. Sarà dunque possibile *autorizzare* (è questa l'espressione che l'art. 230 LSC utilizza per qualificare giuridicamente la «dispensa») uno o più amministratori a compiere una determinata transazione con la società, ad utilizzare certe componenti attive della società, a trarre giovamento di concrete opportunità di affari, nonché ad ottenere vantaggi o remunerazioni da terzi. Sarà comunque sempre necessario assicurare che l'operazione non arrechi nocimento al patrimonio sociale ovvero che sia realizzata a condizioni di mercato e attraverso un processo decisionale trasparente.

Un regime in parte diverso è riservato, come si anticipava, all'autorizzazione a compiere un'attività in concorrenza con la società, che potrà essere concessa oltre che nella misura in cui l'attività concorrente non arrechi danno alla società (disposizione che ripropone pedissequamente il requisito generale testé esposto), anche nel caso in cui un eventuale danno sia stato compensato da benefici provenienti dall'attività concorrente (il che, in realtà, equivale al fatto che non vi sia danno per il principio generale della *compensatio lucri*). Anche questa deroga dovrà essere concessa dall'assemblea. Così come pure sarà l'assemblea l'organo competente a revocare l'autorizzazione precedentemente concessa nel caso in cui il pregiudizio derivante dall'attività concorrente sia divenuto rilevante⁵⁰.

La disciplina sul dovere di lealtà si chiude con l'art. 232 LSC, il quale afferma che l'azione di responsabilità non osta all'esercizio delle azioni di impugnazione dei contratti conclusi dagli amministratori in violazione delle norme imperative sopra richiamate⁵¹.

⁵⁰ Cfr. art. 230 LSC.

⁵¹ La *ratio* di questa previsione non appare chiara e necessita pertanto di un approfondimento, giacché non si comprende come l'esercizio dell'azione di responsabilità – che si sviluppa sul piano interno della società – possa eventualmente “sanare” l'invalidità dei negozi posti in essere dagli amministratori, qualora i contratti siano considerabili viziati in ragione dell'applicazione della disciplina civilistica. Pare questa, in definitiva, una norma con contenuto meramente

Prima di passare alle questioni problematiche di cui l'istituto in parola è foriero, giova qui per completezza notare un ulteriore momento di discontinuità tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo. Il diretto portato dell'opzione legislativa spagnola, che non disciplina separatamente la s.a. e la s.r.l., fa sì che la disciplina dettata agli artt. 227-232 LSC valga tanto per l'omologo delle italiane s.r.l., quanto per il corrispettivo delle nostre s.p.a. (sia chiuse che quotate), in nulla rilevando il tipo della società o la dimensione dell'impresa.

Nell'ordinamento italiano, all'opposto, la disciplina è assai diversa per le s.r.l. rispetto alle s.p.a., ed ancor di più rispetto alle società quotate, a cui oltre all'art. 2391 c.c. si applicano anche le previsioni dell'art. 2391-*bis* c.c., il quale impone alle società stesse il compito di adottare procedure interne che assicurino la trasparenza e la correttezza procedurale e sostanziale delle «operazioni con parti correlate» realizzate direttamente o per il tramite di società controllate, in ossequio ai principi generali indicati dalla Consob nel Regolamento 21 marzo 2010, n. 17221.

Il sistema italiano, vale a dire, si differenzia da quello spagnolo in quanto prevede una gradazione delle garanzie, diverse a seconda del tipo di società e di diffusione delle partecipazioni presso il pubblico. I due poli di questo sistema sono, da un lato, quello della s.r.l., in cui non è dettata alcuna regola volta a proceduralizzare gli obblighi informativi, ma solo sanzionatoria, in ragione del fatto che in quel contesto i soci sono già potenzialmente inseriti nella (e dunque in grado di controllare la) gestione della società, dall'altro lato quello della s.p.a. quotata, in cui si assiste ad una stratificazione di tre livelli di regole procedurali: (i) quello direttamente operativo (le procedure adottate dalla singola società); (ii) quello di principio dettato dalla Consob, al quale il primo si deve conformare; (iii) quello sancito dalla norma primaria contenuta nel codice civile, al quale a sua volta i principi del Regolamento Consob devono fare riferimento.

Sulla diversità strutturale tra s.r.l. e s.p.a. si è già detto: essa risiede nella diversità dei poteri gestori attribuiti ai soci di s.r.l. rispetto a quelli di s.p.a.

La diversificazione del regime all'interno della s.p.a., invece, si spiega in ragione della diversa rilevanza che i problemi di agenzia rivestono nel contesto di una società "chiusa", magari a base azionaria ristretta, rispetto a quello di una società "aperta", laddove quest'ultima, giusta la maggiore "distanza" tra gli amministratori ed i soci – quantomeno rispetto ai soci-investitori –, si espone ad un maggior rischio che i primi compiano operazioni volte all'estrazione di benefici privati in favore

ricognitivo di ciò che dovrebbe considerarsi pacifico anche sulla base della semplice applicazione dei principi generali. Un certo significato si potrebbe forse recuperare guardando la disposizione da un diverso angolo visuale (opposto rispetto a quello appena citato), ipotizzando cioè che si tratti di una norma volta a fare chiarezza sulla possibilità di ricorrere contestualmente tanto al rimedio reale quanto a quello risarcitorio, senza che la caducazione dell'atto elida per ciò solo il danno per la società. A ben vedere, però, anche questo tentativo dimostra come quella in oggetto sia una previsione superflua, il cui contenuto si pone come meramente ripetitivo di ciò che già sarebbe stato ricavabile sulla base dei principi generali.

proprio o dei soci di controllo. Il tutto con ulteriori maggiori rischi per il mercato, considerata la naturale dimensione e dunque incisività dell'impresa gestita da una s.p.a. quotata. Non per nulla il legislatore ha scelto di delegare la positivizzazione dei principi alla Consob.

Sulla scorta di quanto osservato sino a questo punto, giova osservare come quello che la *rubrica legis* definisce programmaticamente come una dispensa dal dovere di lealtà *tout court*, in realtà sia una disciplina in grado di concedere la possibilità di realizzare solamente alcune delle ipotesi tipiche precluse in quanto vietate dall'art. 229 LSC. Va parimenti osservato, inoltre, che i menzionati divieti dispensabili non prevengono immediatamente il conflitto di interessi, vietandolo, bensì, in quanto a loro volta specificazioni di quanto sancito dall'art. 228, lett. e), LSC, delle situazioni che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, lo potrebbero generare.

Per questo motivo è ragionevole ritenere – ed il dato testuale è assolutamente conforme a questa opzione interpretativa – che la dispensa consenta, se concessa, di compiere le operazioni vietate, ma non anche quelle che, in concreto, produrrebbero un conflitto di interessi pregiudizievole per la società (situazione quest'ultima impedita, in astratto, prima della dispensa, dal divieto specifico, la cui forza prescrittiva è però venuta meno a seguito dell'autorizzazione).

Alla luce di queste due brevi osservazioni, è agevole comprendere come, una volta venuto meno il divieto preventivo che esplicitava quell'obbligo generale di «evitare di incorrere in situazioni che possono portare conflitti di interessi», se non fosse mantenuto un ultimo presidio in grado di scongiurarli, la forza deterrente dell'art. 229 LSC verrebbe radicalmente meno (basti pensare al fatto che nell'ordinarietà delle situazioni è il c.d.a. stesso che autorizza uno dei suoi membri a compimento dell'atto vietato). Pare dunque ragionevole aspettarsi un'ultima garanzia, di ordine sostanzialistico, volta a far sì che, comunque, al di là della formale osservanza dei divieti e delle procedure, la società possa pur sempre disporre di un rimedio a tutela degli atti in conflitto di interessi compiuti dai suoi amministratori. Un siffatto rimedio, essendo venuti meno i divieti preventivi, dovrà necessariamente realizzarsi *ex post* rispetto al compimento del fatto autorizzato. Il che suggerisce di guardare alle norme che regolano i profili rimediali della fattispecie, atteso che non pare rinvenibile alcun ulteriore elemento che deponga in tal senso nelle norme analizzate sino a questo punto.

6. LE QUESTIONI ANCORA APERTE IN TEMA DI DISPENSA DAL DOVERE DI LEALTÀ

Vista, per quanto brevemente, la disciplina di dettaglio, rimane da capire quali siano in concreto gli effetti della dispensa *ex art.* 230 LSC e, in particolare, se sia un atto in grado di eliminare l'antigiuridicità del fatto posto in essere oppure no. Se, cioè, l'amministratore possa essere considerato adempiente rispetto al proprio dovere di lealtà una volta che, avendo informato l'organo competente circa la propria posizione di conflitto di interessi e avendo rispettato tutti i precetti

dettati dagli artt. 227-229, abbia ottenuto la dispensa, ovvero se questi elementi non siano comunque sufficienti per considerare adempiuto il predetto obbligo. Aderendo alla prima ricostruzione – quella per cui l'amministratore dispensato sarebbe per ciò solo adempiente rispetto all'obbligo di lealtà – si avrebbe come conseguenza, sotto il profilo della responsabilità, quella di mandare l'amministratore dispensato esente rispetto a qualsivoglia futuro addebito che tragga fondamento nell'atto dispensato. Diversamente, se si postula che la dispensa non sia idonea a obliterare il principio generale, qualora *a posteriori* risulti che l'atto compiuto a seguito della dispensa poteva comunque essere qualificato, sulla scorta dei principi generali, come un atto in conflitto di interessi foriero di un danno per la società, egli possa – nonostante la dispensa – essere ancora chiamato a rispondere.

Va detto sin da subito che la dottrina specialistica spagnola non si è ancora espressa compiutamente sul punto, né la giurisprudenza ha ancora avuto modo di pronunciarsi. Ad ogni buon conto, pare che le strade percorribili siano sostanzialmente quelle appena delineate, ossia: (a) intendere l'art. 230 LSC quale requisito sufficiente per considerare adempiuto il dovere di lealtà, con conseguente elisione dell'antigiuridicità dell'atto compiuto, ovvero (b) leggere la norma *de qua* alla stregua di una semplice autorizzazione al compimento dell'atto, che per nulla incide rispetto al dovere di lealtà *tout court*.

Le fonti esaminate sino ad ora, come anticipato, non forniscono elementi sufficienti per risolvere la questione. È però possibile fare maggiore chiarezza prendendo in esame il profilo sanzionatorio e rimediabile del dovere di lealtà, che, complessivamente considerato, presenta non pochi dati utili per comprendere quale sia l'opzione preferibile.

Si è detto e ribadito più volte che l'art. 227, co. 2, LSC afferma che l'infrazione del dovere di lealtà determinerà non solo l'obbligazione del risarcimento del danno causato al patrimonio sociale, ma anche quella di devolvere alla società l'ingiusto arricchimento ottenuto da quell'atto. Due sono dunque le componenti della sanzione: quella risarcitoria e quella restitutorio-sanzionatoria.

Chiarire la natura e il regime applicabile di questa azione è un elemento imprescindibile per poter sperare di definire, in ultima battuta, la portata della dispensa e, con essa, l'estensione della clausola generale del dovere di lealtà. Solo infatti analizzando come si articola l'aspetto rimediabile rispetto alla violazione di tali obblighi si riuscirà a cogliere, all'esito, se – ed eventualmente in che modo – possa residuare una qualche tutela a fronte di un atto dannoso posto in essere sostanzialmente in conflitto di interessi, ancorché nel rispetto formale di tutte le procedure prescritte.

Per comprendere prima di tutto la natura delle due componenti della sanzione prevista *ex art.* 227, co. 2, LSC, considerata la marcata differenza di quest'ultima rispetto ai rimedi obbligatori

ordinari, ci si deve chiedere se quella configurata dalla norma in commento sia un'azione completamente autonoma ovvero se la disposizione in parola possa essere interpretata come una norma contenente due azioni distinte: (a) un'azione semplicemente risarcitoria e (b) un'altra azione che si potrà definire in senso lato di “ingiusto arricchimento”, dalle caratteristiche in parte restitutorie, in parte sanzionatorie.

Si ritiene che quest'ultima sia la soluzione da preferire, in ragione di alcune considerazioni logico-sistematiche, oltre che testuali, che si andranno ad analizzare tra breve.

Quanto alla peculiare azione di “ingiusto arricchimento”, piuttosto inusuale nel panorama comparatistico⁵², vanno fatte alcune considerazioni. Non è infatti agevole di primo acchito fornire una giustificazione appagante che non rievochi la nozione dei «danni punitivi», la cui dubbia ammissibilità negli ordinamenti continentali è tutt'oggi fattore di discussione⁵³.

Pure la dottrina spagnola si è interrogata sul punto l'indomani della riforma.

La soluzione a cui i primi commentatori sono approdati è stata quella di qualificare questa azione di arricchimento come un'azione autonoma rispetto a quella di risarcimento del danno, di natura contrattuale, fondata a livello normativo sulla disciplina del mandato e suffragata anche da altri elementi testuali rinvenibili nella disciplina dell'imprenditore in generale e delle società di persone; elementi questi ultimi che ne farebbero intuire una naturale consequenzialità rispetto alla disciplina novellata⁵⁴.

⁵² Una soluzione che impone agli amministratori di rendere alla società l'ingiusto arricchimento guadagnato deriva dall'esperienza giurisprudenziale statunitense (cfr. ROBERT H. SITKOFF, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, in *Boston University Law Rev.* 2011, pp. 91 ss.), ma, a quanto pare, non ha ancora trovato grande spazio negli ordinamenti continentali (v. L. ENRIQUEZ, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit.), nonostante la meritevolezza degli interessi sottesi (C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 454).

⁵³ Ai fini del presente scritto, si ritiene sufficiente dare conto del fatto che la questione è attualmente all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in forza dell'ordinanza interlocutoria del 16 maggio 2016, n. 9978, ad opera della prima sezione, la quale ritiene sussistano gli estremi per un «coraggioso» (sono gli stessi giudici rimettenti a definirlo così) *revirement* del precedentemente orientamento – quest'ultimo recentemente confermato anche da Cass. 15 aprile 2015, n. 7613 – con cui si negava il riconoscimento di sentenze straniere che avessero liquidato dei «danni punitivi» per un ammontare eccedente la sola misura risarcitorio-compensativa per contrarietà all'ordine pubblico sostanziale italiano. Per una ricognizione delle opinioni sul tema, v. M. S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in «Foro it.» 1990, coll. 174 ss.; M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.

⁵⁴ Sul punto, più approfonditamente: C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., pág. 454; J. JUSTE, *Régimen de imperatividad y dispensa*, in J. Juste [coord.], *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Madrid [Civitas – Thomson Reuters], 2015, págg. 414 ss.; J. MASSAGURER, *Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad*, in J. Juste [coord.], *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Madrid [Civitas – Thomson Reuters], 2015, págg. 427 ss. Con approccio più pragmatico, invece, v. J. I. PEINADO GRACIA, *Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad*, in F. Rodríguez Artigas et al., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, Tomo I, pág. 571 s. che ravvisa nella disposizione in commento una vera e propria clausola penale di introduzione legale, in grado di far entrare nell'ordinamento spagnolo la riflessione d'oltremarica sui danni punitivi.

Il dato normativo invocato per giustificare l'introduzione di questa azione contrattuale – speciale rispetto all'azione generale di arricchimento (la quale nell'ordinamento spagnolo è peraltro del tutto simile alla norma di chiusura presente nell'ordinamento italiano all'art. 2041 c.c.) è rinvenibile nell'art. 1720 código civil, il quale afferma che il mandatario è obbligato a rendere conto delle sue operazioni e a conferire al mandante quanto abbia ricevuto in virtù del mandato, anche quando ciò che ha ricevuto non era dovuto al secondo⁵⁵. Ebbene, valorizzando l'inciso «anche quando ciò che ha ricevuto non era dovuto», sulla base di un'interpretazione forse leggermente più larga rispetto a quella tradizionale, l'interprete riesce a far rientrare l'azione di arricchimento *ex art. 227 LSC* all'interno della disciplina riguardante gli obblighi del mandatario. Benché anche in Spagna, così come nell'ordinamento italiano, gli amministratori non siano considerati semplici mandatari della società, essendo dotati di poteri specifici (e propri) che la legge attribuisce all'organo in sé⁵⁶, lo schema legale tipico più vicino all'azione degli amministratori, quanto meno sotto il profilo esterno, è sicuramente quello del mandato, a cui dunque è lecito rivolgersi in determinati casi, come in quello specifico.

Così qualificata, l'azione di arricchimento dovrà essere fatta valere autonomamente in giudizio, essendo strutturalmente diversa rispetto all'azione di danno.

Chiarita la natura dell'azione “di arricchimento”, resta da comprendere come debba essere qualificata la componente risarcitoria: se essa sia un'azione aquiliana generale, ovvero un'azione di risarcimento del danno per inadempimento del contratto sociale in senso lato, oppure ancora se essa sia da assimilare in tutto e per tutto ad un'azione di responsabilità, sottoponendola al relativo regime. Il dubbio pare legittimo in quanto il dato normativo dell'art. 227, co. 2, LSC non rinvia né

⁵⁵ «1720. – *Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo*».

La norma, peraltro, è molto simile all'art. 1713, 1° co., del c.c. italiano, il quale afferma che: «Il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e *rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato*». Dato, questo, piuttosto interessante e da valorizzare qualora si volesse in futuro introdurre anche nel nostro ordinamento una norma simile a quella di recente introduzione in Spagna. Ancor di più questo vale se ci si sofferma ad analizzare la giurisprudenza italiana, la quale già oggi interpreta il 1° co. dell'art. 1713 c.c. in maniera piuttosto ampia. Si v., a titolo esemplificativo, nella giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., 8.10.2009, n. 21388, che ha ritenuto che «*Poiché l'agenzia di viaggi opera quale mandataria del tour operator, ai sensi dell'art. 1713, comma 1 c.c., deve rimettere al mandante tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato stesso*», oppure, nella giurisprudenza di merito, Trib. Messina, 9.1.2012, n. 20 che afferma che nei rapporti tra l'amministratore e ciascuno dei condomini «*l'amministratore cessato, per qualunque causa, dalla carica è tenuto a restituire ciò che ha ricevuto nell'esercizio del mandato per conto del condominio, inclusi tutti i documenti, di qualsiasi natura e provenienza, relativi alla gestione condominiale, anche se riferiti a segmenti temporali, atti e rapporti compresi nei bilanci consuntivi già approvati dall'assemblea e indipendentemente dal periodo di gestione al quale essi ineriscono*»; o ancora – in senso conforme – G. di P. Avellino, 22.9.2005, che ha stabilito che «*L'amministratore del condominio cessato dall'ufficio deve rendere al condominio-mandante il conto e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato, obbligo che sorge a seguito della conclusione dell'attività gestoria. Alla scadenza di esso [...] l'amministratore deve dare conto della gestione e restituire le somme che detiene per conto dell'ente condominiale*».

⁵⁶ Lo si ricava implicitamente da C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 454.

esplicitamente né implicitamente all'azione di responsabilità, facendo all'opposto riferimento – per quanto concerne la componente risarcitoria – ad una generica «*obligación de indemnizar el daño*».

Nonostante la laconicità e la genericità del dato letterale, pare comunque più corretto ricondurre la componente risarcitoria dell'art. 227, co. 2, LSC nell'alveo dell'azione di responsabilità. Ciò primariamente in quanto, se così non fosse, si produrrebbe un trattamento affatto differente rispetto alla sanzione che consegue alla lesione del dovere di diligenza, dovere rispetto al quale il dovere di lealtà – benché separato – si colloca in una posizione complementare (il dovere di diligenza, si è detto, parametrata la professionalità dell'azione, quello di lealtà ne fornisce una “direzione”); *a fortiori* laddove si considerasse che la riforma è intervenuta sul dovere di lealtà per incrementare la tutela, e non per diminuirla. Ed una tutela sicuramente diminuita si avrebbe se si esulasse dall'ambito di applicazione dell'azione di responsabilità, basti solo pensare alla legittimazione speciale di cui gode la minoranza, che altrimenti sulla base dei soli principî generali sarebbe esclusa.

Anche il dato letterale suffraga questa ricostruzione: nessuna delle norme sui doveri degli amministratori menziona infatti l'azione di responsabilità, in ciò equiparandosi. Segnatamente, l'art. 227 LSC parla semplicemente di un obbligo di «indennizzare il danno», mentre l'art. 225 LSC omette addirittura qualsiasi riferimento all'obbligo risarcitorio, che dunque viene interamente ricavato dalla previsione di cui all'art. 236 LSC, in materia di presupposti e di estensione soggettiva della responsabilità degli amministratori. Articolo quest'ultimo dalla formulazione assolutamente ampia, giacché stabilisce che gli amministratori rispondono di fronte alla società, ai soci e ai creditori per il danno causato attraverso azioni o omissioni contrarie alla legge o allo statuto, nonché di quello prodotto per non aver adempiuto ai doveri inerenti allo svolgimento dei loro incarichi, così venendo ricomprese nell'ambito oggettivo di applicazione degli artt. 236 ss. LSC tanto le ipotesi di violazione di obblighi specifici (*rules*) quanto quelle di violazione di obblighi generali (*standard*).

Compiuta questo preliminare, ma necessario, inquadramento dogmatico, si dispone ora di tutti gli elementi per valutare quale sia in concreto l'impatto dell'autorizzazione rispetto al regime di responsabilità degli amministratori.

7. UNA PRIMA LETTURA CRITICA DELLA DISPENSA DAL DOVERE DI LEALTÀ EX ART. 230 LSC ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Le considerazioni appena svolte inducono a ritenere che la componente risarcitoria conseguente alla violazione del dovere di lealtà debba andare soggetta alle norme che regolano l'azione di responsabilità⁵⁷. Il che implica soprattutto, per ciò che ai presenti fini rileva, che per ritenere

⁵⁷ «236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. – 1. Los administradores responderán frente a la

responsabile un amministratore si potrà fare riferimento non solo alla violazione di obblighi specifici (contrarietà alla legge o allo statuto), bensì anche alla violazione di obblighi generali (violazione di clausole generali). Di assoluto rilievo, in questo contesto, è il disposto di cui all'art. 236, co. 1, secondo periodo, LSC, il quale detta una presunzione *iuris tantum* di colpevolezza quando l'atto posto in essere è contrario alla legge o allo statuto, nonché l'art. 236, co. 2, LSC, che afferma che in nessun caso la circostanza che l'atto o l'accordo lesivo sia stato adottato, autorizzato o ratificato dall'assemblea potrà esonerare gli amministratori dalla responsabilità.

Leggendo sistematicamente le citate norme si ottiene un quadro che palesa come la dispensa di cui all'art. 230 LSC sotto il profilo delle responsabilità abbia semplicemente l'effetto di impedire che per i divieti dispensabili possa operare, in caso di specifica autorizzazione, l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 236, co. 1, secondo periodo, LSC, dovendosi al contempo categoricamente escludere che la dispensa *ex art. 230 LSC*, qualora concessa, possa – sempre limitatamente ai pochi casi dispensabili – esaurire la portata della clausola generale. Il fatto che la dispensa *ex art. 230 LSC* permetta di derogare solamente ad alcuni dei divieti di cui all'art. 229 LSC conferma, come si era ipotizzato sin dall'inizio, che la medesima non sarà altresì in grado di derogare all'obbligo di diligenza *tout court*, che dunque deve ritenersi ancora operante e non già, per il solo fatto di aver ottenuto una dispensa, adempiuto. La lettura del combinato disposto di cui agli artt. 230 e 236 LSC, dimostra un sistema fortemente incentrato sulla responsabilità degli amministratori (che *ex art. 236, 2° co., LSC* non può essere esclusa nemmeno da una pronuncia assembleare) e sulla persistenza delle clausole generali, in quanto la dispensa *ex art. 230 LSC* avrebbe una portata in definitiva piuttosto ridotta, giusta la sua inidoneità a esaurire l'ambito di operatività dell'art. 227 LSC.

La dispensa *ex art. 230 LSC*, in altre parole, non è, come programmaticamente declama la *rubrica legis*, una dispensa dall'obbligo di lealtà, bensì dal rispetto degli specifici divieti dell'art. 229 LSC. La clausola generale, dunque, non viene obliterata dall'autorizzazione, dimodoché anche un fatto autorizzato, in astratto, potrebbe essere suscettibile di fondare una responsabilità in capo all'amministratore per violazione del dovere di lealtà.

Il fatto che venga violato un obbligo generale piuttosto che una norma specifica avrà pertanto la sola conseguenza di far ricadere l'onere della prova sulla società; ma niente di più, poiché anche la violazione di obblighi generali, in linea astratta, potrà certamente fondare un'azione di

sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. 2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. 3. [...]».

responsabilità per gli amministratori. Ciò che la violazione di un obbligo generale non è invece in grado di produrre è l'inversione dell'onere della prova che l'art. 236, co. 1, secondo periodo, LSC riserva ai soli «*acto [...] contrario a la ley o a los estatutos sociales*».

Il fatto che il precetto di cui all'art. 236, co. 2, LSC preveda solamente che le autorizzazioni dell'assemblea non esonerino da responsabilità gli amministratori induce l'interprete ad applicare detto disposto non solo alle autorizzazioni *ex art. 161 LSC*, non essendoci un esplicito rinvio esclusivamente alle medesime, bensì anche per quelle disposte al fine di dispensare gli amministratori *ex art. 230 LSC*; e se ciò vale per le autorizzazioni assembleari, *a fortiori* dovrà valere per quelle concesse dal medesimo organo amministrativo ad uno o più dei propri membri.

Ovviamente, ottenuta la dispensa correttamente, senza aver ommesso di fornire informazioni ed avendo formalmente rispettato tutti i divieti posti dagli artt. 228 e 229 LSC, Si presume che non saranno poi così frequenti i casi in cui si potrà contestare all'amministratore ancora qualcosa. La difficoltà, comunque, attiene esclusivamente al piano probatorio, e non a quello strettamente giuridico o interpretativo, poiché, come visto, l'autorizzazione non elimina *in toto* la possibilità che il fatto compiuto possa essere antiggiuridico e colpevole, qualora sia stato leso il dovere di fedeltà in generale ⁵⁸.

Interpretare la dispensa dal dovere di lealtà *ex art. 230 LSC* come una semplice autorizzazione a compiere un atto altrimenti vietato e insuscettibile di esaurire la portata della clausola generale di

⁵⁸ Si ritiene che questa sia l'interpretazione più fedele al dato sistematico, nonché l'unica che permetterebbe un certo coordinamento con l'art. 161 LSC, norma-chiave nel quadro del riparto delle competenze gestorie in seno alla novellata legge spagnola sulle società di capitali. Se è vero che l'ambito di operatività dell'art. 161 LSC è più ampio rispetto a quello limitato dell'art. 230 LSC, intervenendo il primo sul merito della scelta dell'organo di amministrativo, mentre il secondo più sulla procedura con cui perseguire l'interesse della società, cionondimeno pare non si possa omettere di considerare le due diverse discipline come espressive di un identico disegno di fondo del legislatore: quello di depotenziare le prerogative dell'organo amministrativo, rimettendo per converso alcune delle decisioni più rilevanti all'assemblea. Giusta la medesima genesi, pare utile un tentativo di coordinamento delle due diverse disposizioni. Oltre a quello che già si è detto – cioè che non avrebbe senso che il co. 2 dell'art. 236 LSC si applicasse solamente alle autorizzazioni e alle istruzioni assembleari *ex art. 161 LSC* e non anche all'autorizzazione *ex art. 230 LSC*, *a fortiori* in ragione del fatto che quest'ultima può essere concessa anche dallo stesso consiglio di amministrazione – vale la pena considerare le implicazioni sistematiche ricavabili dalla lettura congiunta dell'art. 161 e 236 LSC, che sono del tutto concordi con quanto argomentato finora: segno questo di un sistema che si regge sui medesimi principi in ogni sua parte. In specie vale ricordare che l'art. 161 LSC consente all'assemblea di «*impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión*», senza che ciò pregiudichi i poteri di rappresentanza esterna degli amministratori e salvo il fatto che, *ex art. 236, co. 2, LSC*, «*En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*». Al di là di possibili dubbi interpretativi – che possono risiedere, ad esempio, nel fatto che mentre l'art. 161 LSC consente di impartire istruzioni o richiedere che un determinato accordo o atto sia sottoposto all'autorizzazione dell'assemblea, l'art. 236 LSC fa riferimento anche ad un'ipotesi di atto specificamente «*adoptado*» dall'assemblea – il significato “di sistema” appare piuttosto evidente: gli amministratori, depositari ultimi del potere di gestione e della rappresentanza rispondono per i danni che la società abbia patito a causa dei loro errori. Si potrà forse discutere se una regola così manichea possa essere considerata positiva o negativa, ma l'indirizzo legislativo è chiaro.

cui all'art. 227 LSC, non solo con riferimento a tutti gli altri atti potenzialmente in conflitto di interessi, ma anche e soprattutto rispetto a quello specificamente autorizzato, risulta altresì perfettamente in linea con la più accreditata qualificazione giuridica dell'autorizzazione, vista come rimozione di un limite esterno⁵⁹, caratterizzata – diversamente dall'istruzione – dal fatto di lasciare libero l'amministratore di valutare la convenienza per la società dell'atto autorizzato, persistendo in capo agli amministratori ancora quel potere decisorio sull'attuazione finale dell'operazione, con conseguente efficacia non vincolante (in positivo) della deliberazione⁶⁰.

In definitiva va ribadito che non può escludersi *a priori*, sulla base della normativa esaminata, il coinvolgimento in un'azione di responsabilità anche dell'amministratore dispensato.

Va comunque segnalato che alcuni primi commentatori hanno ipotizzato una prospettazione differente della dispensa *ex art. 230 LSC*⁶¹, lasciando intendere che una lettura sistematica del dato normativo come quella qui proposta sarebbe semplicemente il frutto di una mancata armonizzazione della disciplina che, se interpretata come proposto, farebbe venire meno il senso precipuo e innovativo di questo nuovo istituto. Sarebbe dunque preferibile, secondo quest'altra impostazione, ritenere la disciplina della dispensa dal dovere di lealtà una previsione assolutamente speciale, la quale una volta rispettata sarebbe in grado di rendere *in toto* adempiuto il dovere (*rectius*: l'obbligo) medesimo.

Quest'ultima tesi però non convince per una serie di motivi. *In primis*, come già ribadito, la dispensa *ex art. 230 LSC* non è una dispensa dal dovere di lealtà *tout court*, bensì semplicemente un'autorizzazione a compiere alcuni degli atti altrimenti vietati dall'art. 229 LSC; in secondo luogo, non sarebbe neppure corretto affermare che l'interpretazione proposta svuoterebbe sostanzialmente di significato l'atto della dispensa, il quale invero sarebbe idoneo a produrre effetti giuridici significativi, quale appunto quello di rendere inoperante la norma sull'inversione dell'onere della prova. In terzo luogo, per concludere, se da un lato potrebbe anche ammettersi che, così interpretando il sistema normativo, si giungerebbe a degradare l'istituto della dispensa a mero atto

⁵⁹ V. PINTO, *Commento 'sub' art. 2346 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Abbadessa, Portale (diretto da), Milano, Giuffrè, 2016, tomo I, pp. 850 s.

⁶⁰ Al di là di delle differenze normative correnti tra i due ordinamenti pare che l'idea di fondo espressa dalla dottrina italiana possa essere trasportata anche in questo settore, perché in fondo non viene meno il dato fondamentale, ossia che l'autorizzazione non intacca in alcun modo la clausola generale del dovere di corretta gestione, che nell'ordinamento italiano "contiene" anche il dovere di lealtà; dovere che presidia l'attività degli amministratori anche al di là ed oltre il dato meramente positivo. D'altra parte uno dei propositi della riforma era quello di passare da un «*derecho de sociedades mecánico*» ad un «*derecho de sociedades reflexivo*» (C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 430).

⁶¹ Espressamente in A. DÍAZ MORENO, *Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*, in <<http://www.gomezacebo-pombo.com>>, visualizzato in data 28.11.2016; ricavabile anche da : J. JUSTE, *Régimen de imperatividad y dispensa*, cit., *passim*.

idoneo a ripristinare il normale riparto degli oneri probatori, accogliendo l'altra prospettazione si giungerebbe sostanzialmente ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 232, co. 1, ultimo periodo, e co. 2, LSC, esito certamente inammissibile in un ordinamento positivo.

Se quest'ultima impostazione non convince sotto il profilo sistematico, ciò non toglie che anche la prospettazione qui avallata possa presentare alcune difficoltà applicative. Si pensi, ad esempio, ad un amministratore che abbia ottenuto la possibilità di approfittare di un affare della società, divenendo magari egli stesso controparte di quest'ultima e, dopo parecchio tempo, si venga a scoprire che anche un terzo si era fatto avanti con riferimento a quell'affare, magari rivolgendosi proprio all'amministratore in conflitto, offrendo alla società una cifra molto più alta.

Si potrebbe pensare a questo come un tipico esempio di reviviscenza della clausola generale in tutta la sua portata precettiva, in grado di sanzionare situazioni che, pur apparentemente rispettose dei divieti di cui agli artt. 228 e 229 LSC, in realtà concretizzavano un comportamento abusivo degli amministratori (ciò, in particolar modo, laddove si consideri «danno» – come si dovrebbe – anche la sola componente del lucro cessante, unica voce liquidabile nel caso di specie). Il tutto sempreché l'amministratore non abbia violato, in un momento anteriore rispetto alla dispensa, ad esempio, il precetto che impone di informare correttamente in merito all'interesse in conflitto (art. 229, co. 3, LSC). Obbligo specifico quest'ultimo che, in quanto violato, si pone come idoneo ad integrare un atto «*contrario a la ley o a los estatutos sociales*» suscettibile di invertire l'onere della prova ai sensi dell'art. 236 LSC. Dirimente sarà, a riguardo, lo sviluppo processuale di una vicenda del genere, la quale presenterà una certa complessità in ordine alla distribuzione degli oneri probatori e imporrà probabilmente a chi vuole agire in giudizio l'onere di sviluppare una serie di ricostruzioni della vicenda, l'una in principalità (la violazione di un obbligo specifico di comunicazione), le altre in via gradata (la violazione della clausola generale, nonostante il rispetto formale della procedura).

8. CONCLUSIONI

Il ragionamento sviluppato nelle pagine precedenti ha dimostrato come sia stato possibile comprendere appieno il perimetro entro cui opera il dovere generale di lealtà solo analizzando l'eccezione a detto principio, ossia attraverso lo studio della dispensa. Il risultato a cui si è pervenuti dimostra ancora una volta il carattere elastico delle clausole generali, che si estendono massimamente là dove manchi una disciplina di dettaglio ovvero nei casi in cui quest'ultima, pur rispettata, non si sia dimostrata in grado di raggiungere l'effetto sperato.

Si può concludere, dunque, affermando che, in linea di massima, le clausole generali che sanciscono degli obblighi di condotta non esauriscono la propria portata pur in presenza di obblighi puntuali che ne specificano la latitudine. Ciò vale tanto nell'ordinamento spagnolo – in cui si è

potuto apprezzare come la “dispensa dal dovere di lealtà” sia, in realtà, un’espressione più enfatica che reale, non consentendo in definitiva di liberare l’amministratore dalla responsabilità – quanto per quello italiano. Invero, se nelle società per azioni è piuttosto consolidata l’opinione per la quale sarebbe molto complesso ricavare degli spazi per ritenere possibile un discarico di responsabilità degli amministratori in caso di violazione dell’obbligo di lealtà⁶², maggiori margini forse potrebbero essere ricavati nell’ambito della disciplina della s.r.l., nella quale gli amministratori possono in alcuni casi essere vincolati dalle decisioni dei soci in materia gestoria. Benché suggestiva, quest’ultima però non sembra un’ipotesi interpretativa concretamente perseguibile, in quanto, ancorché non sia stato ancora oggi definitivamente acclarato se le decisioni dei soci di s.r.l. in materia gestoria siano o meno suscettibili di esonerare gli amministratori che vi abbiano dato esecuzione dalla conseguente responsabilità verso la società, pare maggiormente corretto ritenere, in uno con quanto rilevato dalla dottrina maggioritaria, che il concorso dei soci nella gestione sia in ogni caso inidoneo a malleare gli amministratori. Tale conseguenza sembrerebbe obbligata soprattutto laddove si valorizzasse adeguatamente il dato letterale dell’art. 2476, 7° co., c.c., il quale presuppone, quale requisito per la responsabilità dei soci, la contestuale responsabilità degli amministratori⁶³.

In tema di obblighi di lealtà degli amministratori, in definitiva, si è visto che l’ordinamento spagnolo e quello italiano partono da principi analoghi e, sul piano della responsabilità degli amministratori, giungono a conclusioni pressoché identiche. Ciò che è diverso è il percorso seguito:

⁶² Lo stesso A. TINA, *L’esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., pare escludere qualsivoglia possibilità di mandare esenti da responsabilità gli amministratori in conflitto di interessi.

⁶³ P. MENTI, *Commento ‘sub’ art. 2476 c.c.*, in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi*, G. Cian (a cura di), Padova, Cedam, 2016; F. PASQUARIELLO, *Commento ‘sub’ art. 2476 c.c.*, in *Commentario breve al Diritto delle società Maffei-Alberti*, Padova, Cedam, 2011; In senso contrario, invece, altra parte della dottrina ritiene che le decisioni dei soci in materia gestoria siano all’opposto suscettibili di sollevare da responsabilità gli amministratori nei confronti della società in ragione della natura vincolante delle decisioni gestorie dei soci e dell’insussistenza di un autonomo potere-dovere di opposizione degli amministratori al di fuori di fattispecie di potenziale responsabilità esterna, non disponibili da parte della società (M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, pp. 15 ss.). A tale tesi però è stato replicato che, in realtà, l’ordinamento già attribuisce agli amministratori di s.r.l. uno strumento per escludere la loro responsabilità. È quello di cui all’art. 2475, 1° co., secondo periodo, c.c., il quale afferma che «la responsabilità non si estende [agli amministratori] che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l’atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso». Sarebbe pertanto sufficiente che l’amministratore si avvallesse di questa possibilità, per andare esente da responsabilità in un’ipotesi come quella qui prospettata. Più di questo motivo, però, pare ancora una volta insormontabile il dato letterale dell’art. 2476, 7° co., c.c., che richiede come elemento strutturale per ammettere la responsabilità dei soci la contestuale responsabilità degli amministratori. Di talché, onde evitare di ridurre la responsabilità concorrente dei soci ai soli atti autorizzativi e non anche a quelli vincolanti, non si può che propendere per l’interpretazione maggioritaria della norma *de qua*. Il tema, comunque, rimane aperto. Nessuno dei contributi dottrinali apparsi sino ad oggi sul punto pare connotato da un approfondimento tale da essere in grado di escludere categoricamente l’una o l’altra interpretazione, nonostante vada rilevato – come anticipato – che l’orientamento oggi assolutamente prevalente in dottrina è quello fondato sull’interpretazione letterale dell’art. 2475 c.c. di cui si è dato conto nel testo.

l'uno – quello spagnolo – più puntuale e rigoroso nelle prescrizioni, l'altro – quello italiano – più elastico e procedimentalizzato. Entrambi gli ordinamenti comunque si dimostrano consapevoli di dover anticipare di molto la soglia della tutela, per non dover correre ai ripari solamente a fatto compiuto in un settore così delicato quale quello in esame. Si tratterà, dunque, alla prova dei fatti, di osservare nel tempo quale dei due modelli abbia dato i migliori risultati.

Sul piano sistematico è poi possibile osservare – qualora ne servisse un'ulteriore riprova – come le clausole generali rivestano un ruolo di primaria importanza nei settori dell'ordinamento in cui vengono in rilievo degli obblighi di condotta. Al contempo, però, le stesse si dimostrano inadeguate da sole a regolare un'intera disciplina, abbisognando invero della predisposizione di ulteriori e più specifici strumenti tecnici che le specificino o che le proceduralizzino, affinché dette clausole di apertura dell'ordinamento non divengano degli strumenti di arbitrio consegnati nelle mani del giudice, con il rischio concreto di deprecabili disparità di trattamento di casi simili.

Ciò posto, pare che il filone di indagine sia assolutamente da coltivare, proseguendo nella riflessione su quali siano gli strumenti più efficaci a sostegno di queste clausole generali, vista la così grande differenza di impostazione che corre anche tra due ordinamenti piuttosto simili, quali quello italiano e quello spagnolo.

Padova, 22 dicembre 2016

Mattia Facci