

Michele Greggio

IL PARADIGMA DELLA BUSINESS JUDGMENT RULE E I DOVERI
IN MATERIA DI ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI NELLE BANCHE¹

SOMMARIO: 1. Introduzione: il ‘paradigma’ della *Business Judgment Rule* e le spinte ad un suo ridimensionamento. – 2. Gli ‘adeguati assetti’: profili definitori. – 3. Gli adeguati assetti e i doveri degli amministratori di banca. – 4. Applicabilità della BJR alle decisioni in materia di adeguati assetti bancari. – 5. Sintesi dei risultati raggiunti: la resistenza ‘attenuata’ del paradigma.

1. Introduzione: il ‘paradigma’ della Business Judgment Rule e le spinte ad un suo ridimensionamento

Con il termine *Business Judgment Rule* (BJR) si intende, tradizionalmente, il principio in forza del quale le scelte imprenditoriali degli amministratori² non possono essere sindacate nel merito dai giudici. Infatti, poiché spetta agli amministratori (almeno, di norma, per le imprese di maggiori dimensioni) adottare le decisioni ritenute più opportune per la vita dell’impresa, e poiché tali decisioni si inseriscono in un contesto economico aleatorio ove non vi è alcuna certezza che le risorse investite consentano di ottenere almeno uguali ricavi (si parla, per l’appunto, di ‘rischio di impresa’), allora le scelte imprenditoriali non possono essere giudicate in sede giudiziaria e non costituiscono fonte di risarcimento del danno.

Teorizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina statunitensi già agli inizi del XIX secolo³, la BJR si è presto diffusa negli ordinamenti nel vecchio continente e, pur mai

1 Per ragioni di economicità, il presente scritto si limita a citazioni essenziali, che non ricomprendono tutto l’apparato bibliografico oggetto di studio.

2 Pur dovendosi parlare più propriamente di scelte dell’imprenditore, d’ora in avanti, per comodità, si farà generico riferimento al ruolo degli amministratori nell’ambito del modello di amministrazione tradizionale. Tale modello, infatti, risulta quello attualmente più diffuso: a fine 2020, su 225 società italiane quotate, ben 220 adottavano il sistema tradizionale; quattro il sistema monistico; una il sistema dualistico. Cfr. COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA, *Rapporto CONSOB sulla corporate governance delle società quotate italiane 2021*, Roma, 2022, 58.

3 Per una sintetica ricostruzione storica, G. D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2019, 1, 132, nt. 40. Per la corrente definizione di BJR nell’ordinamento statunitense si rinvia a Suprema Corte del Delaware, In re Cirigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106 (2009), ove si precisa, richiamando invero una pronuncia meno recente, che «the business judgment rule is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company». Per maggiori spunti definitori, con particolare attenzione alla dottrina e giurisprudenza oltreoceano, si rinvia a AA. VV., *Business judgement rule e mercati finanziari*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, Roma, 2016, 11 ss.

positivizzata dal nostro legislatore, ha trovato ampia fortuna anche in Italia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, portando a parlare di regola ‘dottrinal-giurisprudenziale’⁴. In particolare, in termini kuhniiani, la BJR si è imposta come paradigma condiviso dalla comunità scientifica italiana in quanto ha posto un limite al giudizio sulla responsabilità degli amministratori, risolvendo così il problema della convivenza tra libertà di impresa, di cui all’art. 41 della Costituzione, e risarcibilità del danno derivante dalla condotta degli amministratori, di cui agli artt. 2392 e ss. del Codice civile, tutelando i soggetti con funzioni gestorie da contestazioni fondate sul ‘senno del poi’⁵.

In estrema sintesi, la formulazione della BJR attualmente condivisa prevede che le scelte gestorie degli amministratori possano essere sindacate dall’organo giudicante solo quando si tratti di soluzioni viziate da conflitto di interessi, manifesta irragionevolezza, arbitrio o, comunque, adottate in mancanza assoluta di informazione⁶.

Negli ultimi anni, il ‘paradigma’ della BJR, come sopra descritto, ha però subito alcuni tentativi volti a ridisegnarne e restringerne i confini, specie con riferimento alle società bancarie.

Tali tentativi trovano fondamento, sempre per usare termini kuhniiani, in due ‘anomalie’. In primo luogo, nella maggiore importanza attribuita generalmente al dovere degli amministratori di costituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati. Infatti, il dovere di prevedere assetti adeguati, già specificato e corroborato per le società comuni – da ultimo con il nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza –, ha trovato ampia declinazione nelle società bancarie, dove la disciplina di settore ha ulteriormente arricchito di particolari il dovere degli amministratori di istituire adeguati assetti⁷.

In secondo luogo, la crisi finanziaria del 2008 e la conseguente maggiore spinta regolamentare nella disciplina dell’attività bancaria – volta a salvaguardare la stabilità economica e finanziaria – hanno portato ad una valutazione sempre più severa della responsabilità degli amministratori di banca (in particolare non esecutivi), specie da parte di giurisprudenza e autorità di vigilanza⁸.

4 L’espressione è di P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa*, 2015, 6, 712.

5 Per un’analisi dei bias cognitivi e, in particolare, del c.d. *hindsight bias*, si rinvia a D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, trad. it., 2012.

6 *Ex multis*, per la dottrina italiana, C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 10-12, 690 ss. Per la giurisprudenza italiana vedasi, tra le varie, Cass. 22 giugno 2017, n. 15470.

7 Si è parlato propriamente di «procedimentalizzazione» dell’attività di impresa, vedasi V. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell’attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 733 ss. Per l’attività bancaria si rinvia a A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell’impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, 1165 ss.

8 Sul punto vedasi M. DE POLI, *De iure belli, ovvero, dell’obbligo di agire informato degli amministratori non esecutivi di banca*, in *Le Società*, 2019, 2, 181 ss. Per un’analisi dei poteri dell’autorità bancaria nei confronti dell’organo amministrativo, vedasi E. CECCHINATO, *L’amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 2, 303 ss.

Le anomalie descritte hanno convinto una consistente parte della dottrina ad abbandonare l'ampia estensione originariamente conferita al paradigma della BJR, proponendo di escluderne l'applicazione in presenza di contestazioni che abbiano ad oggetto scelte gestorie inerenti all'istituzione di adeguati assetti. Invero, se tale convinzione – di origine prettamente dottrinale – sembra aver perso vigore per le società di diritto comune⁹, ha invece mantenuto la propria dissuasività per le società bancarie, ove alcuni teorici sostengono la sindacabilità delle scelte in tema di adeguati assetti bancari argomentando che l'applicabilità alle medesime della BJR metterebbe a serio rischio la tenuta del sistema economico e finanziario globale¹⁰.

Scopo del presente contributo è dunque di valutare la tenuta del paradigma della *Business Judgment Rule* rispetto alle spinte più intransigenti della dottrina recente, ponderando l'opportunità di prevedere un regime di responsabilità rafforzato per gli amministratori di banca in relazione ai doveri previsti in materia di adeguati assetti.

2. Gli 'adeguati assetti': profili definitivi

Prima di analizzare l'applicabilità della BJR alle scelte gestorie in materia di 'adeguati assetti', è opportuno chiarire cosa si intenda con tale definizione.

Il legislatore, pur parlando di «adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili», non precisa in che cosa consistano i medesimi, lasciando all'interprete il difficile compito di individuare i caratteri di una fattispecie i cui tratti risultano tutt'altro che definiti.

Anzitutto, quando si parla di «adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili»¹¹ è opportuno distinguere una definizione generale, riferibile all'intera locuzione, da una definizione particolare, riferibile alle singole parti che la compongono.

In generale, la locuzione in esame individua quell'insieme di modelli organizzativi, procedimenti e processi interni che consente all'impresa di orientare le proprie scelte nel mercato secondo un metodo economico, mediante il controllo delle fonti di ricavo e di costo, nonché dei diversi fattori di rischio connessi all'attività svolta.

Come opportunamente osservato¹², la clausola di adeguatezza, richiamata dalla parola 'adeguati', non individua un modello ideale prestabilito degli assetti, ma richiama la nozione di 'proporzionalità'. A questo proposito, la contiguità semantica

9 Come si avrà modo di esporre oltre, recenti arresti giurisprudenziali sembrano suggerire un futuro abbandono della tesi che non ritiene applicabile la BJR alle scelte in materia di assetti nelle società di diritto comune.

10 Per tutti, C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, 5, 643 ss.

11 Come si vedrà a breve, tale locuzione si rinviene in diverse disposizioni del Codice civile e della disciplina bancaria.

12 V. CALANDRA BUONAURO, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 1, 31.

tra ‘adeguatezza’ e ‘proporzionalità’ emerge con evidenza dal Codice di Corporate Governance delle società quotate, nonché dalle disposizioni di Banca d’Italia. In particolare, nell’introduzione al Codice di Corporate Governance, si legge chiaramente che «L’applicazione del Codice è improntata a principi di flessibilità e proporzionalità» e che «Al fine di assicurare un’applicazione proporzionale del Codice, alcune raccomandazioni sono graduate in ragione della dimensione e degli assetti proprietari»¹³. Allo stesso modo, nella Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 di Banca d’Italia – ove sono stabiliti i principi generali e le linee applicative in materia di assetti organizzativi e di governo delle banche – si precisa che «In applicazione del principio di proporzionalità, le banche applicano le disposizioni di questo Capitolo con modalità appropriate alle loro caratteristiche, dimensioni e complessità operativa [...] Alcune delle presenti disposizioni si applicano alle sole banche di maggiori dimensioni o complessità operativa; altre ancora alle banche intermedie»¹⁴.

Gli assetti, dunque, sono ‘adeguati’ quando risultano proporzionati alle caratteristiche dell’impresa e ai rischi da questa assunti. Non v’è dubbio, però, che per le società bancarie tali assetti assumano particolare rilevanza e agli stessi si debba prestare notevole attenzione alla luce delle caratteristiche peculiari dell’attività bancaria e dei conseguenti interessi pubblici – in particolare, l’interesse a circoscrivere il rischio sistemico¹⁵ – coinvolti in tale attività.

Passando all’analisi dei singoli elementi che compongono la definizione in esame, si suole distinguere tra ‘assetti organizzativi’, ‘assetti amministrativi’ e ‘assetti contabili’.

Partendo dalla definizione di ‘assetti organizzativi’, la scienza aziendalistica definisce quest’ultimi come la «combinazione di una determinata struttura organizzativa – intesa come modalità di distribuzione dei compiti e delle responsabilità tra i vari organi aziendali – e dei connessi sistemi operativi»¹⁶. Una definizione più specifica si deve al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC), secondo cui, «Per assetto organizzativo si intende: (i) il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, (ii) il complesso procedurale di controllo»¹⁷.

Scendendo più nel dettaglio, lo stesso CNDCEC riconduce all’assetto organizzativo: la costituzione di un organigramma aziendale in grado di identificare funzioni, compiti

13 Codice di Corporate Governance, 2020, Introduzione, settimo e nono capoverso.

14 Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 di Banca d’Italia, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione I, Paragrafo 4.1.

15 Per una definizione di ‘rischio sistemico’ si rinvia a M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, 2020, 15, nt. 55, e 138, nt. 150.

16 P. ANDREI, *L’azienda e l’economia aziendale*, in *Introduzione all’economia d’azienda* a cura di P. Andrei, Torino, 2016, 16.

17 Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate*, 2021, Norma 3.5, 53.

e linee di responsabilità; la presenza di procedure in grado di garantire la completezza, l'efficacia e la tempestività dei flussi informativi interaziendali, nonché l'identificazione e la gestione dei rischi; l'implementazione di sistemi volti ad assicurare la competenza del personale rispetto alle funzioni assegnate e l'aggiornamento del medesimo¹⁸.

Tale configurazione degli assetti organizzativi sembra confermata dalla stessa Banca d'Italia, la quale, nella Circolare n. 285/2013, precisa come le disposizioni in materia di organizzazione e governo societario riguardano «la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi»¹⁹.

Passando agli assetti 'amministrativo-contabili', quest'ultimi sono descritti congiuntamente dal CNDCEC come «l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa»²⁰. A ben vedere, tali assetti amministrativo-contabili non sembrano propriamente altro rispetto agli assetti organizzativi sopra descritti, ma paiono piuttosto qualificarsi come una species del più ampio genus degli assetti organizzativi. L'impressione risulta confermata dallo stesso CNDCEC, il quale, nel descrivere l'ulteriore distinzione tra assetti amministrativi e assetti contabili, precisa che «pur convergendo nel complessivo assetto organizzativo della società [...] gli assetti amministrativi sono riferibili a una dimensione dinamico – funzionale dell'organizzazione, intendendosi per tale l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi», mentre gli assetti contabili «sono quella parte degli assetti amministrativi orientati a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione»²¹.

L'assetto amministrativo può dunque ritenersi costituito da quelle procedure volte a individuare le irregolarità gestionali e a porvi rimedio, anche mediante idonei flussi informativi, laddove gli assetti contabili riguardano unicamente la rilevazione, l'elaborazione e la trasmissione di informazioni di natura economico-finanziaria²².

18 CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Norme*, cit., Norma 3.5, 53 e 54.

19 Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 di Banca d'Italia, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione I, Paragrafo 1.

20 Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Norme*, cit., Norma 3.7, 59.

21 Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Norme*, cit., Norma 3.7, 60.

22 Una definizione simile si rinviene anche in G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Le Società*, 2019, 8-9, 929. Si noti, tuttavia, come la definizione generale di assetti amministrativo-contabili data dal CNDCEC, focalizzata sull'aspetto informativo, non sembri del tutto coerente rispetto a quella data successivamente dal medesimo CNDCEC agli assetti amministrativi, i quali, nella seconda definizione (avallata da chi scrive), parrebbero assumere portata più generale.

In base alle definizioni sopra riportate, gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili sembrano configurarsi come tre diversi insiemi: gli assetti contabili sono un sottoinsieme degli assetti amministrativi, i quali, a loro volta, rappresentano un sottoinsieme del soprainsieme costituito dagli assetti organizzativi. Ciononostante, non risulta sempre agevole individuare con chiarezza i confini di tali insiemi, i cui bordi spesso risultano tanto sbiaditi da giungere, in alcuni casi, ad elidersi del tutto. Forse per tale ragione, la Circolare n. 285/2013, laddove è chiamata a disciplinare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili delle banche si limita a un generale riferimento agli «assetti organizzativi e di governo societario».

3. *Gli adeguati assetti e i doveri degli amministratori di banca*

Individuata, per quanto possibile in questa sede, la definizione di ‘adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili’, è ora necessario descrivere brevemente i doveri degli amministratori di banca in relazione ai medesimi.

Una prima indicazione dei doveri gestori in tema di assetti si rinviene nella disciplina generale di cui all’art. 2086, secondo comma, cod. civ. ai sensi del quale «L’imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa». Tale disposizione trova specificazione, per le S.p.A. che adottino il modello tradizionale²³, all’art. 2380-*bis*, primo comma, secondo periodo, per cui «L’istituzione degli assetti di cui all’articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori»²⁴; una seconda specificazione si rinviene all’art. 2381, il quale distingue i compiti in materia di assetti tra *plenum* consiliare e organi delegati. In particolare, mentre ai sensi del terzo comma il Consiglio di amministrazione «Sulla base delle informazioni ricevute valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società»; ai sensi del quinto comma, «Gli organi delegati curano che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa».

L’ultima disposizione appena citata consente di distinguere due diversi doveri in materia di adeguati assetti: mentre al Consiglio di amministrazione, nel suo *plenum*, spetta la *valutazione* della loro adeguatezza, agli organi delegati compete la *cura*. Pertanto, laddove al *plenum* consiliare spetta un dovere generale di monitoraggio e valutazione degli assetti, agli organi delegati spettano funzioni maggiormente operative, di predisposizione²⁵ e implementazione, anche in un’ottica di gestione *day-by-day*.

23 La medesima disposizione si rinviene anche per le s.r.l. all’art. 2475, primo comma, e si applica anche al Consiglio di amministrazione delle società che adottano il sistema monistico, *ex art.* 2409-*noviesdecies*, primo comma, cod. civ.

24 Per il sistema dualistico si veda l’art. 2409-*novies*, primo comma, terzo periodo, che affida l’istituzione degli assetti al Consiglio di gestione.

25 Di dovere di ‘predisposizione’ parla, *ex multis*, L. BENEDETTI, *L’applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 2, 440.

In tale complesso normativo, di carattere generale, si innestano obblighi più specifici per gli amministratori di banca, individuati dalle disposizioni di settore. In particolare, il primo comma dell'art. 53 del Testo Unico Bancario, il Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, stabilisce che «La Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: [...] d) il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione [...]».

In forza di tale disposizione, Banca d'Italia ha emanato le disposizioni in materia di governo societario, contenute alla Parte Prima, Titolo IV, della già citata Circolare n. 285/2013, la quale individua, con maggior precisione, i doveri degli amministratori in materia di adeguati assetti²⁶.

In particolare, la Circolare individua precetti molto ampi e dettagliati, i quali di norma si dividono tra 'principi generali' e 'linee applicative'; laddove i principi generali «fissano gli obiettivi della disciplina rimettendo all'autonomia degli intermediari la concreta individuazione delle soluzioni più idonee a realizzarli, secondo criteri di proporzionalità che tengano conto della dimensione o della complessità della banca», le linee applicative hanno contenuto più specifico e vincolante, agevolando «l'attuazione delle norme generali, senza esaurirne il contenuto precettivo».

Così, proprio nelle linee applicative dedicate all'organo con funzione di supervisione strategica e di gestione – costituito, nelle banche che adottano il modello tradizionale, dal Consiglio di amministrazione – viene precisato il contenuto dei doveri di 'valutazione' (in capo al Consiglio di amministrazione) e di 'cura' (in capo agli organi delegati) previsti dall'art. 2381 del Codice civile. In particolare, si stabilisce che il Consiglio di amministrazione, nel suo *plenum* e senza possibilità di delega, «definisce l'assetto complessivo di governo e approva l'assetto organizzativo della banca, ne verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente le misure correttive». Più precisamente spetta al C.d.A., tra i vari compiti: *i)* approvare l'assetto organizzativo e di governo della banca; *ii)* approvare i sistemi contabili e di rendicontazione; *iii)* assicurare il confronto con gli organi delegati e con i responsabili delle principali funzioni aziendali; *iv)* approvare e modificare i principali regolamenti interni; *v)* costituire eventuali comitati interni agli organi aziendali; *vi)* nominare e revocare i responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi.

Sulla base di tali linee applicative è dunque possibile arricchire (o meglio, integrare) il significato del dovere generale di 'valutazione' degli adeguati assetti in capo all'organo amministrativo delle società bancarie (e, di riflesso, quello di 'cura' per gli organi delegati): il Consiglio è chiamato a istituire lo schema portante dell'intera struttura organizzativa, approvando direttamente – senza possibilità di delega – le decisioni più importanti per il corretto andamento dell'attività imprenditoriale. Oltre a ciò, il C.d.A.

26 Ulteriori disposizioni, di contenuto analogo a quelle contenute nella circolare, si rinvencono negli orientamenti dell'Autorità bancaria europea, 'Orientamenti ABE sulla governance interna'.

è altresì chiamato a monitorare l'adeguatezza dell'assetto così costituito, anche alla luce delle implementazioni disposte dagli organi delegati, nell'adempimento del loro dovere di 'cura'. In capo al *monitoring board* delle banche, dunque, non vi sono solo doveri di supervisione e valutazione – come si evince dalla lettura dell'art. 2381 cod. civ. –, ma anche doveri di carattere operativo e decisionale²⁷.

Per motivi di economicità, in questa sede non è possibile analizzare puntualmente i numerosi e specifici doveri previsti dalla normativa secondaria in capo agli amministratori di banca. Ci si limiterà a fornire tre esempi, utili per l'analisi contenuta al paragrafo successivo, distinguendo tra assetti organizzativi, assetti amministrativi e assetti contabili.

Con riferimento agli assetti organizzativi, per le banche di maggiori dimensioni, è previsto il dovere in capo al Consiglio di amministrazione di garantire la costituzione di tre comitati endoconsiliari, con funzioni di supporto e di supervisione in materie specifiche: si tratta del comitato nomine, del comitato rischi e del comitato remunerazioni²⁸.

Per quanto riguarda gli assetti amministrativi, il C.d.A. ha l'onere di verificare l'esistenza di appositi regolamenti interni, i quali «devono» individuare, tra gli altri: le tempistiche, le forme e il contenuto minimo dei flussi informativi; i soggetti tenuti all'invio delle informazioni; gli obblighi di riservatezza in capo ai soggetti coinvolti nella comunicazione e nella gestione dei flussi informativi²⁹.

Infine, per quanto riguarda gli assetti contabili, spetta al Consiglio di amministrazione, su proposta degli organi delegati, approvare le politiche e i processi di valutazione degli immobili posti a garanzia delle esposizioni, verificandone l'adeguatezza con frequenza almeno annuale³⁰.

I doveri sopra indicati, pur descritti sommariamente, confermano la specificità degli oneri imposti agli amministratori in materia di adeguati assetti bancari: proprio tale analiticità mette in dubbio la piena applicabilità del paradigma della BJR alle scelte organizzative adottate dagli amministratori.

4. Applicabilità della BJR alle decisioni in materia di adeguati assetti bancari

Venendo alla sindacabilità delle scelte degli amministratori in materia di adeguati assetti, le due anomalie già descritte nel corso dell'introduzione – *i.e.* la maggiore importanza attribuita al dovere degli amministratori di costituire assetti adeguati e la maggiore severità nella valutazione della condotta dei medesimi, specie nelle società bancarie – hanno portato una parte della dottrina a mettere in discussione l'applicazione del

27 Dello stesso avviso V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, cit., 31.

28 Circolare 285/2013, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione IV, paragrafo 2.3.1.

29 Circolare 285/2013, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione V, paragrafo 1.2.

30 Circolare 285/2013, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A, paragrafo 2.2.

paradigma della BJR, anche nell'ambito delle società di diritto comune, ogni qual volta fosse censurato l'inadempimento degli amministratori ai doveri connessi agli assetti aziendali³¹.

La scienza giuridica in esame ha contestato l'applicabilità della BJR sulla base di due argomenti. In primo luogo, è stata valorizzata la distinzione tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico: dal momento che la BJR si applicherebbe unicamente ad obblighi a contenuto generico – laddove è lasciato spazio alla discrezionalità imprenditoriale degli amministratori – poiché la mancata o errata adozione di assetti adeguati integra la violazione di un dovere specifico, allora la medesima sarebbe sindacabile nel merito dall'autorità giudiziaria e costituirebbe fonte di responsabilità³².

Il secondo argomento si fonda sulla distinzione tra atti di gestione e atti organizzativi. Mentre i primi, secondo la dottrina sopra indicata, non sarebbero sindacabili in forza della BJR, i secondi – tra i quali rientrerebbe la costituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili – potrebbero invece essere oggetto di contestazione nel merito da parte dei giudici³³.

Tali argomenti, pur autorevoli e non privi di forza dissuasiva, sono però stati contestati da un diverso filone dottrinale³⁴ e, allo stato, per le società di diritto comune, sembrano aver perso vigore a seguito di alcuni recenti arresti giurisprudenziali, anche di legittimità, i quali hanno invece avallato la tesi per cui le scelte degli amministratori in materia di adeguati assetti sarebbero protette dalla BJR e, dunque, sarebbero sindacabili solo qualora mancasse «qualsiasi misura organizzativa», mentre «ove una struttura organizzativa sia stata adottata, occorre valutare se la stessa sia idonea o meno allo scopo ed in tal caso trova applicazione nuovamente la *Business Judgment Rule*, con la verifica del rispetto dei criteri della proporzionalità e della ragionevolezza»³⁵.

31 *Ex multis*, P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, 5, 829 ss; C. AMATUCCI, *Adeguatezza*, cit., 643 ss.

32 Il dovere di valutare e curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società è considerato a contenuto specifico da: P. MONTALENTI, F. RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2017, 5, 778; C. AMATUCCI, *Adeguatezza*, cit., 648; V. MOZZARELLI, *Appunti*, cit., 740.

33 Così, tra i vari, M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, 30, nt. 30. Sul punto, tuttavia, vedasi P. MONTALENTI, *Il Codice*, cit., 840, il quale distingue tra «scelte di organizzazione» e «assetti organizzativi»: mentre le prime sarebbero «scelte di merito strettamente connesse alle opzioni di mercato, coperte dunque dalla business judgment rule», i secondi consisterebbero in «procedure di efficiente funzionamento aziendale, di gestione amministrativa in senso stretto, di processi contabili, di sistemi informatici che non sono affidati alla discrezionale libertà d'impresa ma devono, appunto, raggiungere la soglia dell'adeguatezza».

34 *Ex multis*, L. BENEDETTI, *L'applicabilità*, cit., 413 ss; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 2014, 1, 3 ss; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2013, 1, 139 ss.

35 Cass., 23 novembre 2021, n. 36365. In senso conforme, nella giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, 6, 1373, con nota di S. FORTUNATO; e Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Banca borsa*, 2021, 2, 284, con nota di L. BENEDETTI. Si noti come nella giurisprudenza d'oltreoceano, pur

Il filone dottrinale che sostiene la validità del paradigma della BJR anche per le scelte in materia di adeguati assetti, il quale sembra destinato a prevalere a seguito degli arresti giurisprudenziali di cui sopra, si fonda su due distinte motivazioni, speculari e antitetichie a quelle sopra descritte.

Anzitutto, secondo gli autori appartenenti a questa corrente dottrinale, il dovere di valutare e curare gli adeguati assetti rientra nella categoria degli obblighi a contenuto generico in quanto tali doveri non risultano predeterminati: qualificare detti obblighi come specifici, significherebbe ritenere esistente un ideale modello ottimale, il quale, tuttavia, è incompatibile con il generico standard di adeguatezza previsto in materia di assetti³⁶.

In secondo luogo, secondo la dottrina qui in esame, la distinzione tra atti di gestione, incensurabili, e atti organizzativi, sindacabili nel merito, non consente comunque di escludere l'applicabilità ai secondi della BJR e ciò in quanto le scelte aventi ad oggetto l'organizzazione sono comunque adottate impiegando un certo margine di discrezionalità, entro il quale trovano valorizzazione le valutazioni di carattere puramente imprenditoriale degli amministratori³⁷.

Se, con riferimento alle società di diritto comune, il paradigma della BJR in materia di assetti adeguati sembra dunque reggere ai recenti tentativi di limitarne la portata applicativa, maggiori dubbi sorgono con riferimento alla capacità di tenuta del paradigma per le società bancarie. Ciò si deve alle due 'anomalie' cui si è già accennato, ovvero: *i*) l'iper-regolamentazione bancaria in materia di adeguati assetti, la quale trova conferma nelle molte disposizioni di cui alla Parte Prima, Titolo IV della Circolare 285/2013 di Banca d'Italia; e *ii*) il maggior rigore nella valutazione della responsabilità degli amministratori di banca, specie non esecutivi, i quali, a causa «degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal

con diversi gradi di intensità, si ritengono pacificamente coperte dalla BJR tutte le scelte aventi ad oggetto l'articolazione della struttura organizzativa per la prevenzione e gestione del rischio. Per un'analisi critica di tale giurisprudenza, v. C. AMATUCCI, *Adeguatezza*, cit., 658 ss.

36 A. NIGRO, *Principio di ragionevolezza e regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, 649 ss. Con particolare riferimento alle società bancarie, V. CALANDRA BUONAURO, *Il ruolo*, cit., 34; A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2018, 4, 573. Dello stesso avviso anche Trib. Roma, 15 settembre 2020, cit., per cui il dovere di istituire adeguati assetti assume «concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere».

37 L'argomento è espresso chiaramente da Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit., secondo cui «i due livelli dell'impresa (a cui pertiene la 'gestione') e della società (che si compendia inattività estranee alla gestione economica di impresa, che si è soliti ricondurre alla 'organizzazione') sono sì distinti, ma naturalmente compenetrati», per cui «la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale». Dello stesso avviso, L. BENEDETTI, *L'applicabilità*, cit., 413.

codice civile»³⁸, risultano sottoposti a doveri ‘rafforzati’ rispetto a quelli previsti per gli amministratori di società di diritto comune³⁹.

Orbene, a parere di chi scrive, gli argomenti spesi dalla dottrina che predica, nelle società di diritto comune, l’applicabilità della BJR alle scelte in materia di adeguati assetti devono ritenersi validi anche per le società bancarie. Il rapporto di immanenza tra interessi pubblici di particolare rilievo e attività bancaria non sembra giustificare l’elisione del paradigma della BJR rispetto alle scelte organizzative degli amministratori di banca: infatti, se le decisioni in materia di assetti sono condizionate – in forza della clausola di ‘adeguatezza’ – dalle libere decisioni dell’organo amministrativo, le quali risultano ispirate da valutazioni di carattere imprenditoriale, allora non è possibile per i giudici sindacare nel merito tali scelte, e ciò a prescindere dagli interessi pubblici eventualmente coinvolti.

Tali interessi pubblici trovano giustificazione e adeguata tutela nei maggiori limiti imposti dalla normativa di settore, i quali rendono dunque ultroneo e inutile un indebolimento interpretativo del paradigma della BJR rispetto alle scelte in materia di assetti bancari.

In questo senso, le considerazioni sopra espresse sembrano essere avallate proprio dalle disposizioni della Circolare 285/2013 di Banca d’Italia. In particolare, l’espresso richiamo al ‘principio di proporzionalità’⁴⁰ e i continui riferimenti all’adeguatezza degli assetti testimoniano l’assenza di un modello ideale, valido per tutti gli istituti di credito e in ogni circostanza. Invero, la distinzione tra ‘Principi generali’, che «fissano gli obiettivi della disciplina rimettendo all’autonomia degli intermediari la concreta individuazione delle soluzioni più idonee a realizzarli», e ‘Linee applicative’, già «calibrate sulle caratteristiche organizzative e operative delle diverse tipologie di banche»⁴¹, conferma la permanenza in capo agli amministratori di banca di un certo grado di discrezionalità non sindacabile in materia di adeguati assetti.

Come detto, però, si tratta di una discrezionalità decisamente più ristretta rispetto a quella degli amministratori delle società di diritto comune, limitata al perseguimento degli obiettivi fissati dai principi generali: le disposizioni indicate nelle linee applicative, non lasciando spazio di manovra, determinano il sorgere di obblighi specifici, la cui violazione può essere fonte di responsabilità per gli amministratori.

Così, riprendendo alcuni degli assetti brevemente descritti al paragrafo precedente, il Consiglio di amministrazione dovrà: nelle banche di maggiori dimensioni, costituire

38 Si tratta di parole usate da Cass. 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 27, con nota di A. MINTO.

39 Sul punto si è lucidamente sostenuto che lo «spessore retorico dell’argomento della pregnanza pubblicistica dell’azione degli amministratori non esecutivi bancari» sembra aver «offuscato le menti dei giudici di legittimità», così M. DE POLI, *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2022, 3, 458.

40 Circolare n. 285/2013, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione I, paragrafo 4.1.

41 Circolare n. 285/2013, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione I, paragrafo 1.

i tre comitati endoconsiliari previsti (il comitato nomine, il comitato rischi, il comitato remunerazioni); verificare l'esistenza di regolamenti specifici in materia di flussi informativi; approvare le politiche e i processi di valutazione degli immobili posti a garanzia delle esposizioni, valutandone l'adeguatezza almeno annualmente.

Qualora il C.d.A. violi tali doveri, dal chiaro contenuto specifico – o, addirittura, non istituisca in generale alcun assetto organizzativo –, il paradigma della BJR non potrà trovare applicazione e, in caso di danno e di nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta censurata, gli amministratori potranno essere chiamati a rispondere del pregiudizio cagionato dalla propria condotta.

5. Sintesi dei risultati raggiunti: la resistenza 'attenuata' del paradigma

La grande attenzione verso i doveri degli amministratori in materia di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, in uno all'importanza degli interessi coinvolti nell'attività bancaria, potrebbe costringere molti amministratori di banca, in un prossimo futuro, a doversi difendere da contestazioni aventi ad oggetto proprio l'istituzione di assetti non adeguati.

In ogni caso, anche per le scelte in materia di organizzazione bancaria, dovrebbe essere confermata la resistenza del paradigma della BJR e la conseguente insindacabilità di tali scelte: i principi di adeguatezza e proporzionalità, sanciti sia dalla disciplina generale, sia da quella di settore, non consentono di individuare un modello organizzativo astratto, alla stregua di una monade perfetta, cui gli amministratori debbano obbligatoriamente conformarsi. Per tale ragione e in linea di principio, in materia di adeguati assetti non è possibile sostenere un regime di responsabilità 'rafforzato' per gli amministratori di banca, rispetto a quello degli amministratori delle società di diritto comune.

Ciononostante, non v'è dubbio che nella materia bancaria il corso principale dei generali doveri di valutare e curare adeguati assetti trovi articolazione in numerosi emissari minori, i quali configurano doveri specifici che inevitabilmente attenuano, fino ad elidere, l'applicabilità del paradigma della BJR.

Gli amministratori di banca, dunque, fermi i generali obblighi di condotta previsti dal Codice civile, dovranno prestare particolare attenzione alla navigazione negli emissari della disciplina secondaria, consapevoli che eventuali violazioni di disposizioni specifiche ivi contenute potrebbero non trovare copertura nel porto sicuro della BJR.

ABSTRACT: La regola denominata *Business Judgment Rule* è diffusa in numerosi ordinamenti e, pur mai positivizzata dal nostro legislatore, ha trovato ampia fortuna anche in Italia. Tale paradigma si è presto imposto nella scienza giuridica perché capace di risolvere il problema della convivenza tra libertà di impresa e risarcibilità del danno cagionato dagli

amministratori. Tuttavia, di recente, una parte della dottrina ha messo in discussione la BJR, escludendone l'applicabilità per le società bancarie quando si contesti il dovere degli amministratori di curare e valutare assetti organizzativi adeguati. Il tentativo di limitare l'ambito applicativo del paradigma si deve all'anomalia, rilevata da alcuni teorici, per cui l'insindacabilità delle scelte in tema di adeguati assetti metterebbe a serio rischio interessi pubblicistici di primaria rilevanza con conseguenze economiche potenzialmente sconvolgenti.

Scopo del contributo è quello di verificare la tenuta del paradigma 'classico' della BJR rispetto alle spinte più intransigenti della dottrina recente, vagliando l'opportunità di prevedere un regime di responsabilità rafforzato per gli amministratori di banca.

PAROLE CHIAVE: Assetti organizzativi – Banca – Amministratori – Business Judgment Rule.