

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2020

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Discrezionalità gestoria nelle rettifiche di bilancio su crediti deteriorati**

**SOMMARIO:** 1. Un recente orientamento giurisprudenziale in materia di insindacabilità delle scelte di gestione su crediti deteriorati. - 2. Gli organi delle banche preposti alla concessione e successivo controllo andamentale dei crediti ed alla gestione di quelli deteriorati. - 3. L'applicazione della *business judgment rule* in tema di doveri e responsabilità degli amministratori nella concessione e gestione dei crediti. - 4. Alcune considerazioni conclusive.

### *1. Un recente orientamento giurisprudenziale in materia di insindacabilità delle scelte di gestione su crediti deteriorati.*

Un recente orientamento giurisprudenziale in materia dei crediti deteriorati di una banca ha sancito la preclusione di ogni sindacato nel merito delle relative scelte di gestione compiute dagli amministratori della banca medesima<sup>1</sup>. Tale orientamento si inserisce nel più ampio

---

<sup>1</sup> Si tratta della sentenza n. 3218, depositata in data il 17 dicembre 2018, con cui il Tribunale di Bologna ha rilevato come le rettifiche sui crediti deteriorati debbano esser determinate sulla base di criteri che non attengono alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione economico-patrimoniale dell'impresa bancaria quanto, piuttosto, alla "discrezionalità gestoria" la quale, pertanto, finisce con l'esulare dal controllo di legalità demandato al giudice adito secondo il noto principio della *business judgment rule*. La controversia aveva ad oggetto l'azione risarcitoria promossa da alcuni azionisti di minoranza di una banca con azioni quotate su un mercato regolamentato che si ritenevano danneggiati dalle delibere assembleari di approvazione del bilancio di esercizio e di delega al consiglio di amministrazione per aumentare il capitale sociale della banca con esclusione del diritto di opzione, a seguito della perdita del valore delle azioni e di diluizione delle loro partecipazioni. In particolare, il Tribunale di Bologna rigettava la richiesta degli azionisti di minoranza della banca volta ad ottenere il risarcimento del danno asseritamente derivante da due deliberazioni assembleari censurate sotto il profilo della non convenienza economica dell'aumento di capitale, nonché della non congruità delle rettifiche apportate in sede di approvazione del bilancio<sup>1</sup>. Più specificatamente, gli azionisti sostenevano che gli amministratori avessero effettuato rettifiche su crediti problematici, oltre alla svalutazione dell'avviamento di una partecipata, eccessive, non necessarie e non congrue, comportando ciò l'incremento della perdita di esercizio della banca ed una errata determinazione del valore di emissione delle nuove azioni. Più nel dettaglio, la

dibattito - di matrice squisitamente giurisprudenziale - circa i limiti ed i criteri rispetto ai quali è possibile sottoporre a scrutinio le valutazioni di merito assunte dagli amministratori di società per azioni in sede giudiziale nel (non mascherato) tentativo di enucleare un principio volto a trovare il punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: quella di non disincentivare l'assunzione dell'incarico da parte delle persone più qualificate e non indurre atteggiamenti eccessivamente avversi al rischio, riuscendo – al contempo - a fornire una adeguata tutela ai soggetti che risultassero “ingiustamente” danneggiati dalle

---

sentenza in questione trae origine da un giudizio instaurato nei confronti dell'organo di gestione di una banca da parte di alcuni azionisti della stessa, allo scopo di ottenere una pronuncia di risarcimento danni derivanti dall'adozione di due distinte delibere: (a) la prima, in sede ordinaria, avente ad oggetto l'approvazione del bilancio di esercizio; e (b) la seconda, in sede straordinaria, relativa alla delega al consiglio di amministrazione ex art. 2443 c.c. per l'aumento del capitale sociale con esclusione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441, comma 5, c.c., delega successivamente esercitata dall'organo gestorio con integrale sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte dello *Schema Volontario del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*, che diveniva socio quasi totalitario della banca. Nello specifico, i soci lamentavano di: (i) non poter impugnare le suddette delibere, in ragione, da un lato, della assenza di legittimazione derivante dallo sbarramento del 5% di partecipazione al capitale posto dall'art. 2434-bis, comma 2, c.c. in tema di impugnazione della delibera di approvazione di bilancio di società per azioni e, dall'altro, del verificarsi dei presupposti di cui all'art. 2379-ter, comma 2, c.c., ai sensi del quale l'invalidità delle deliberazioni di aumento di capitale nelle società quotate in borsa non può più essere fatta valere dopo che l'aumento sia stato anche parzialmente eseguito; e (ii) aver subito, per effetto di dette deliberazioni, un grave danno consistente nella perdita di valore delle proprie azioni e nella diluizione della partecipazione in conseguenza dell'aumento di capitale riservato. Sotto un profilo strettamente giuridico, gli azionisti sostenevano che entrambe le delibere fossero da ritenersi adottate *contra legem* e, segnatamente: (a) la deliberazione di approvazione del bilancio, in quanto prevedeva rettifiche del valore dei crediti eccessive ed ingiustificate, svalutando integralmente l'avviamento della banca. Le relative voci di bilancio non erano da ritenersi, pertanto, rappresentate in modo veritiero e corretto; parimenti, (b) la delibera di aumento di capitale, in quanto, per effetto delle predette voci di bilancio, il prezzo di emissione delle nuove azioni era stato determinato in modo errato, in violazione dell'art. 2441, comma 6, c.c.. Nel merito e limitatamente a quanto di interesse, la banca contestava la ricorrenza dei presupposti per l'impugnativa e, segnatamente, la contrarietà a legge delle deliberazioni in oggetto (censurate sotto il profilo della non convenienza economica dell'operazione e della non congruità delle rettifiche apportate al bilancio) atteso che la convenienza e/o l'opportunità di una delibera per l'interesse della società non sono profili sindacabili da parte del giudice, secondo il principio della *business judgment rule*.

decisioni assunte dall'organo amministrativo<sup>2</sup>. L'utilità del citato orientamento giurisprudenziale<sup>3</sup> si risolve, certamente, nel tentativo di limitare l'intensità del sindacato all'organo giudicante in riferimento alle scelte di impresa di coloro che sono preposti alla guida della società. In sede di verifica dell'adempimento, da parte dell'amministratore, al dovere di agire con la dovuta diligenza (art. 2392, primo comma, c.c.), non possono, infatti, essere sottoposte a sindacato di merito le scelte discrezionali compiute dagli amministratori, sempre che si tratti di scelte relative alla gestione dell'impresa sociale e, pertanto, caratterizzate dall'assunzione di un rischio di natura imprenditoriale. Altro merito fondamentale dell'orientamento in questione è, certamente, quello di ricomprendere, nell'ambito della diligenza esigibile, l'assunzione di scelte ponderate (alla luce di un'adeguata attività di verifica/indagine) e modulate sulla base delle informazioni normalmente richieste per una scelta di quella

---

<sup>2</sup> Cfr. S. ALVARO, E. CAPPARIELLO, V. GENTILE, E.R. IANNACCONE, G. MOLLO, S. NOCELLA, M. VENTORUZZO, *Business judgment rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, 11/2016, 7 e ss.

<sup>3</sup> Come sottolineato *sub* nt. 1 che precede, nella controversia dinanzi al Tribunale bolognese, gli attori lamentavano l'incremento delle rettifiche al valore dei crediti, ritenute eccessive e non necessarie all'adeguamento prudenziale dei crediti deteriorati e piuttosto, rispondenti ai desiderata del *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*. Il Tribunale sottolineava, tuttavia, la necessità e urgenza di un robusto intervento di ristrutturazione e di ricapitalizzazione a fronte dei rilevi sollevati dall'Autorità di Vigilanza in fase di SREP (*i.e.*, "*supervisory review and evaluation process*"). Il punto cardine su cui ruotava l'azione attorea – e cioè la contrarietà alla legge delle delibere assunte dall'assemblea dedotta unicamente in chiave di errata valutazione delle rettifiche sui crediti (e di errata svalutazione della partecipata banca) perché eccessive, non congrue e non necessarie – è stato ritenuto dal Tribunale bolognese riduttivo e oltremodo errato, in quanto le rettifiche sui crediti deteriorati, quali che siano, sono determinate sulla base dei criteri che non attengono alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione economico-patrimoniale dell'impresa bancaria, ma all'opportunità e discrezionalità gestoria, la quale risulta preclusa al sindacato di legalità demandato al giudice adito ex art. 2377 c.c. Il Tribunale di Bologna - pur ritenendo indubitabile che le rettifiche sui crediti avessero, in effetti, condizionato il risultato dell'esercizio ed i valori di emissione delle nuove azioni - ha rigettato le domande dei soci ritenendole infondate, in quanto le delibere in esame non presentavano una incidenza diretta rispetto al danno che gli attori avrebbero subito dalla perdita di valore delle azioni e dalla diluizione della partecipazione in conseguenza dell'aumento di capitale sociale, essendo entrambe premesse necessarie ma non sufficienti al verificarsi del danno.

natura, oltre che in ragione delle condizioni di tempo e di luogo e alla luce di ogni altra circostanza concreta.

*2. Gli organi delle banche preposti alla concessione e successivo controllo andamentale dei crediti ed alla gestione di quelli deteriorati.*

La concessione di credito rappresenta l'attività bancaria più caratteristica e, nell'ambito della stessa, si esplicano contemporaneamente tre fondamentali doveri degli amministratori di società per azioni: (i) il dovere di agire in modo diligente (in questo caso, nella concessione e gestione dei crediti), e (ii) il dovere di costruire e valutare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati (al fine di concedere e gestire crediti in modo diligente). Questa attività si fonda su di un processo molto articolato che si suddivide, a sua volta, in molteplici fasi: istruttoria, erogazione, controllo andamentale, classificazione delle esposizioni, valutazione e gestione di quelle problematiche e deteriorate. Il complesso di questi compiti viene svolto dagli amministratori della banca — oltre che mediante l'adozione di puntuali decisioni riferite a singoli crediti (solitamente quelli di importo più rilevante) — soprattutto mediante la fissazione di principi e di regole che stabiliscono i presidi organizzativi e i processi di gestione del rischio di credito, nonché attraverso la nomina di varie persone deputate, nell'ambito delle funzioni e delle strutture aziendali, a collaborare a tale attività. Per l'effetto, si viene a costituire un'organizzazione multiforme, in cui i vari soggetti coinvolti (amministratori, componenti di comitati, responsabili di direzione, di area, addetti alle funzioni, etc.) assumono ruoli che devono essere definiti con grande chiarezza e adeguatamente vigilati<sup>4</sup>.

A livello regolamentare, la Circolare della Banca d'Italia n. 263 attribuisce al consiglio di amministrazione dell'istituto di credito un ruolo chiave consistente nell'approvazione delle linee strategiche per la gestione del rischio di credito e di verificare che le stesse trovino corretta esecuzione, di impostare il sistema dei controlli interni e di deliberare sulla concessione e gestione dei crediti di maggiore

---

<sup>4</sup> V. in tal senso, A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2018, IV, 577.

rilevanza<sup>5</sup>. Ove la banca sia collocata all'interno di un gruppo, è il consiglio di amministrazione della capogruppo ad approvare le linee strategiche, le politiche di gestione e di assunzione del rischio di credito e i limiti operativi, mentre compete in ogni caso ai consigli di amministrazione delle singole società controllate di approvare le linee strategiche e le politiche di gestione ed assunzione del rischio e i limiti operativi, nel rispetto delle linee strategiche e delle politiche di assunzione deliberate a livello di gruppo. Agli amministratori delegati spetta, invece, il compito di definire e curare l'attuazione del processo di gestione dei rischi, costruire il sistema dei controlli interni e adottano le decisioni di concessione e gestione dei crediti di loro diretta competenza. Essi curano, inoltre, l'attuazione degli indirizzi strategici, del *Risk Appetite Framework* (RAF) e delle politiche di governo dei

---

<sup>5</sup> Cfr. ancora A. VICARI, *op. cit.*, 578 il quale rileva come primo compito del consiglio sia quello di definire il quadro di riferimento per la determinazione della propensione al rischio della banca, attraverso (principalmente) l'adozione del progetto di *Risk Appetite Framework* (RAF). All'interno di questo quadro vanno definite le politiche di governo e di gestione dei rischi, tra cui il *Risk Appetite Statement* (RAS), cui spetta di declinare in concreto gli obiettivi e i limiti di rischio in base alla tipologia, le linee generali del sistema di gestione delle tecniche di attenuazione del rischio, le soglie di tolleranza, i criteri per individuare le operazioni di maggiore rilievo da deliberare in consiglio o da sottoporre al vaglio preventivo della funzione di controllo dei rischi, etc. Al consiglio di amministrazione compete poi di valutare periodicamente l'adeguatezza e l'efficacia del RAF e la compatibilità tra il rischio effettivo assunto dalla banca e gli obiettivi di rischio fissati a livello strategico. In secondo luogo, il consiglio di amministrazione deve impostare la struttura del sistema dei controlli interni: da un lato, esso adotta le linee di indirizzo, verificando che il sistema sia coerente con gli obiettivi strategici e la propensione al rischio stabiliti (nonché sia in grado di cogliere l'evoluzione complessiva dei rischi aziendali); d'altro lato approva la costituzione delle funzioni aziendali, definendone i compiti, le responsabilità e le modalità di coordinamento e collaborazione, e disciplina i flussi informativi tra le funzioni e tra queste e gli organi aziendali. L'A. sottolinea, inoltre, come, con riferimento alle singole operazioni di concessione di credito, il consiglio esamini e approvi le operazioni di maggior rilievo, per le quali ha competenza come organo deliberante. Per le decisioni di concessione di credito che vengono delegate, prosegue l'A., le deleghe devono risultare da una apposita delibera consiliare (e da un eventuale regolamento) e vanno commisurate alle caratteristiche dimensionali della banca; nel caso di fissazione di limiti "a cascata" (quando, cioè, il delegato delega a sua volta entro i limiti a lui attribuiti), la griglia dei limiti risultanti deve essere documentata e il soggetto delegante (compreso il consiglio di amministrazione) va messo in condizione di essere periodicamente informato sull'esercizio delle deleghe, al fine di poter effettuare le necessarie verifiche.

rischi come definiti dal consiglio di amministrazione. Gli amministratori delegati stabiliscono poi i limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio, in coerenza con la propensione allo stesso (tenendo esplicitamente conto dei risultati delle prove di stress e dell'evoluzione del quadro economico) e approvano specifiche linee guida per garantire l'efficacia del sistema di gestione delle tecniche di attenuazione del rischio. Essi sono responsabili per l'adozione di tutti gli interventi necessari ad assicurare l'aderenza dell'organizzazione e del sistema dei controlli interni ai principi stabiliti dal consiglio, dovendo porre in essere tutte le iniziative e gli interventi necessari per garantire la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità del sistema dei controlli.

Allo scopo di assicurare il corretto funzionamento del consiglio di amministrazione, la disciplina di fonte regolamentare di cui alla Circolare 285 della Banca d'Italia attribuisce un ruolo marcato al presidente del consiglio anche in relazione alla gestione del rischio di credito, con riferimento tanto alle deliberazioni strategiche, quanto alla disamina in consiglio delle decisioni relative ai crediti di maggiore rilevanza<sup>6</sup>. Questi è, anzitutto, tenuto a rendere con un congruo anticipo

---

<sup>6</sup> V. ancora A. VICARI, *op. cit.*, 579 il quale rileva come , nell'ambito, in particolare, del RAF svolge l'attività valutativa e propositiva necessaria affinché il consiglio possa definire ed approvare gli obiettivi di rischio e la soglia di tolleranza. Il comitato supporta poi il consiglio nella verifica periodica dell'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi rispetto alle caratteristiche dell'impresa e al profilo di rischio assunto, nonché della sua efficacia. Quanto alla gestione dei crediti, l'A. ricorda, da un lato, che il comitato può essere chiamato ad esprimere pareri su specifici aspetti inerenti alla identificazione dei principali rischi aziendali (e, quindi, anche su singoli crediti) e, dall'altro, che esso può avanzare richieste alle funzioni di *internal audit* e di *risk management* per lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative o singole operazioni. Al comitato possono poi essere attribuiti poteri consultivi in materia di operazioni (di nuovo potenzialmente rilevanti a livello di rischio di credito) con parti correlate e soggetti collegati o di maggior rilievo. Altri comitati possono essere poi costituiti all'interno del consiglio di amministrazione quali, a titolo esemplificativo, il “comitato fidi”, composto di alcuni amministratori, con la funzione di deliberare affidamenti entro i limiti stabiliti dal consiglio di amministrazione e di proporre affidamenti, esprimendo pareri, per importi superiori ai propri limiti di delibera, oppure il “comitato rating”, con funzione di deliberare l’“override” del giudizio di rating delle imprese e formulare suggerimenti in merito a possibili miglioramenti del sistema di rating, oppure un comitato per la gestione dei crediti *non performing*. In un contesto di gruppo bancario, prosegue l'A., può essere poi istituito un comitato di coordinamento del sistema dei controlli interni

ai componenti del consiglio la documentazione a supporto delle delibere (o una prima informativa circa le materie che verranno discusse) e ad assicurarsi che tale documentazione sia adeguata in termini qualitativi e quantitativi (soprattutto a vantaggio degli amministratori non esecutivi). Egli deve poi garantire che le decisioni consiliari derivino da un'approfondita e proficua dialettica e favorire un adeguato confronto tra componenti esecutivi e non esecutivi, garantendo priorità e tempo nella trattazione delle questioni a rilevanza strategica. Da ultimo, nello svolgimento dei propri compiti finalizzati alla mitigazione del rischio di credito, il consiglio di amministrazione si avvale del supporto del comitato rischi, organo endoconsiliare reso obbligatorio, per le banche intermedie e grandi, dalla Circolare 285 della Banca d'Italia. Tale comitato svolge compiti di sostegno al consiglio di amministrazione e/o agli amministratori delegati (propositivi, consulenziali e di controllo) in materia di analisi, valutazione, monitoraggio e gestione dei rischi e di sistema di controllo interno<sup>7</sup>. Il comitato è chiamato, inoltre, a supportare il consiglio di amministrazione nella determinazione degli indirizzi strategici (compreso il *Risk Appetite Framework* - RAF), delle politiche di governo dei rischi e delle linee di indirizzo del sistema di controllo interno<sup>8</sup>. Quanto alla gestione dei crediti, il comitato può essere chiamato ad esprimere pareri su specifici aspetti inerenti alla

---

di gruppo, con il compito di rafforzare il coordinamento ed i meccanismi di cooperazione tra le funzioni di controllo e di fornire una rappresentazione integrata dei rischi complessivi a cui il gruppo è esposto.

<sup>7</sup> V. in tal senso L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, VI, 1038 ss.

<sup>8</sup> Cfr. A. VICARI, *op. cit.*, 582 il quale rileva come, nell'ambito, in particolare, del RAF svolge l'attività valutativa e propositiva necessaria affinché il consiglio possa definire ed approvare gli obiettivi di rischio e la soglia di tolleranza. Il comitato supporta poi il consiglio nella verifica periodica dell'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi rispetto alle caratteristiche dell'impresa e al profilo di rischio assunto, nonché della sua efficacia. In particolare, secondo l'A., il comitato deve assicurare che la funzione di *risk management* sia dotata delle risorse adeguate all'espletamento delle proprie responsabilità; esaminare i programmi di attività e le relazioni annuali predisposte dai responsabili della funzione, prima della loro presentazione al consiglio; esprimere valutazioni e formulare pareri al consiglio sul rispetto dei principi cui devono essere uniformati il sistema dei controlli interni e l'organizzazione aziendale, portando all'attenzione gli eventuali punti di debolezza e le conseguenti azioni correttive da promuovere.

identificazione dei principali rischi aziendali (e, quindi, anche su singoli crediti) e, dall'altro, che esso può avanzare richieste alle funzioni di *internal audit* e di *risk management* per lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative o singole operazioni.

Una volta erogato il credito, prende avvio l'altra fondamentale attività del “banchiere”, e cioè quella di controllo andamentale e di monitoraggio delle singole esposizioni. Questi compiti vanno svolti con sistematicità, avvalendosi di procedure efficaci che permettano di accertare tempestivamente l'insorgere di anomalie e di assicurare l'adeguatezza delle rettifiche di valore e dei passaggi a perdita. Inoltre, i criteri di classificazione, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate, nonché le relative strutture responsabili, devono essere stabiliti dal consiglio di amministrazione, con apposita delibera. Parimenti, devono essere previste procedure atte a individuare, in dettaglio, gli interventi da attuare in presenza di deterioramento delle posizioni di rischio<sup>9</sup>. Nel corso degli anni, le modalità con cui le banche hanno proceduto ad effettuare gli accantonamenti e le rettifiche di valore con riguardo ai crediti “in sofferenza” sono state oggetto di particolare attenzione da parte degli operatori e di attenta disamina da parte delle autorità di vigilanza, fiscali e contabili. Questo essenzialmente in ragione della funzione essenziale che tali accantonamenti rivestono ai fini della trasparenza dei bilanci bancari, nonché del loro impatto sulla variabilità e ciclicità dei profitti del settore. Basti considerare che la creazione di un accantonamento (o rettifica di valore), a fronte di crediti deteriorati (divenuti in vario modo inesigibili), incide in maniera evidentemente negativa sugli utili correnti della banca determinando, altresì, una diminuzione del suo attivo netto, per lo più sotto forma di una svalutazione dei crediti di natura prudenziale: le banche sono incoraggiate ad apportare rettifiche contabili fin dove opportuno, e a dedurre contestualmente il patrimonio di vigilanza<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Ancora A. VICARI, *op. cit.*, 584.

<sup>10</sup> Cfr. P. ANGELINI, *I crediti deteriorati: mercato, regole e rafforzamento del sistema*, intervento del Vice Capo del Dipartimento Vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d'Italia del 9 ottobre 2018 disponibile su: <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/intervento-di-paolo-angelini-sui-crediti-deteriorati/>.

Per offrire qualche spunto in termini di “interesse tutelato”, le Autorità di Vigilanza tendono a privilegiare, per l’appunto, il ruolo che possono rivestire gli accantonamenti e le rettifiche nell’assicurare che le banche dispongano di un’adeguata protezione contro un potenziale scadimento della qualità degli impieghi. Sotto il profilo contabile, si sottolinea l’importanza di tali misure come mezzo per ottenere una valutazione corretta e veritiera dei crediti: l’accantonamento e la rettifiche dovrebbero condurre a una rappresentazione del reddito e dell’attivo della banca più accurata rispetto a quella che si avrebbe qualora tutti i crediti fossero misurati in base al loro ammontare in essere<sup>11</sup>. Mutamenti a livello di prassi operativa sono, peraltro, attesi a seguito della recente entrata in vigore del principio contabile IFRS 9, cui risultano, però, già di fatto allineate le Linee Guida dell'EBA e della Banca d'Italia in materia di crediti *non performing*. Le modifiche apportate da tale principio contabile riguardano, oltre ad un nuovo modello di classificazione e misurazione degli strumenti finanziari, l'adozione di un innovativo criterio di valutazione delle perdite attese. Il nuovo *standard* mira, infatti, a garantire il più tempestivo riconoscimento delle perdite attese e ad una classificazione dei crediti come “inadempienze probabili”: “*unlikely to pay*”, con l'obiettivo di semplificare le regole esistenti e di rafforzare la fiducia degli investitori nei bilanci delle banche; ciò attraverso un nuovo modello di *impairment* dei crediti, a superamento del precedente standard IAS 39<sup>12</sup>. Il principio

---

<sup>11</sup> In questo senso, cfr. C. BORIO, P. LOWE, *La problematica degli accantonamenti per perdite su crediti*, in *Rassegna trimestrale BRI*, 2001, 2 ss..

<sup>12</sup> Cfr. A. VICARI, *op. cit.*, 584 il quale sottolinea come il nuovo standard preveda l'accantonamento delle perdite previste appena il credito viene iscritto e tali perdite sono contabilizzate per tutta la vita residua dello stesso. Si tratta, evidentemente, di un approccio c.d. “*early warning*” e “*forward looking*”, che implica la classificazione di una maggiore quota di crediti *performing* come esposizioni *non performing*. Ciò comporta, per gli amministratori delle banche, la necessità di adottare nuove soluzioni e strumenti ad hoc, che sono stati indentificati, tra l'altro, nei seguenti: i) una maggiore attenzione alla qualità dei dati e alla segmentazione del portafoglio sulla base dell’*asset quality*, con un approccio da *due diligence* su ogni debitore; ii) il ricorso a indicatori di *early warning*, basati su fonti interne ed esterne, per anticipare possibili movimenti e riprofilazioni delle posizioni; iii) lo sviluppo di un modello operativo con unità dedicate, procedure definite per la classificazione e la segmentazione del portafoglio, con gestione personalizzata per ogni singola posizione; iv) la gestione, all'esito di questa *due diligence*, del credito come *performing* o *non performing* oppure la cessione della posizione.

IFRS 9, introducendo un differente approccio di valutazione, comporterà per le banche la necessità di classificare una maggiore quota del proprio portafoglio crediti tra le categorie più rischiose. Questa innovazione richiede non solo nuovi strumenti, ma anche un approccio diverso (fortemente proattivo) all'interno delle banche. Da un lato, per il portafoglio crediti gestito, devono essere rafforzate le funzioni di monitoraggio del credito e introdotti a nuovi strumenti per la misurazione del rischio di credito; dall'altro lato, per il portafoglio eventualmente oggetto di cessione, devono essere individuate unità specializzate nella strutturazione e nella esecuzione delle operazioni straordinarie (elaborazione e *remediation* dei dati, cartolarizzazioni, etc.)<sup>13</sup>

### 3. *L'applicazione della business judgment rule in tema di doveri e responsabilità degli amministratori nella concessione e gestione dei crediti.*

Pur nel quadro delle disposizioni tecniche stabilite dalla Banca d'Italia e dall'EBA, lo spazio di discrezionalità degli amministratori risulta evidentemente ampio nell'ambito dell'attività di concessione, monitoraggio e gestione dei crediti insofferenza<sup>14</sup>. Occorre a questo punto cercare di comprendere in base a quali parametri debbano essere giudicati i doveri e le responsabilità degli amministratori nella gestione e della concessione dei crediti. Come in ogni contesto di attività di impresa, infatti, anche nel settore bancario le decisioni degli amministratori possono essere sindacate — in base alla *business judgment rule* — soltanto in presenza di manifeste lacune informative, di irragionevolezza o di arbitrio. In tal senso, giova sottolineare come la ricostruzione fatta dalla giurisprudenza italiana in ambito di *business judgment rule* ruoti attorno ai seguenti principi fondamentali<sup>15</sup>:

---

<sup>13</sup> Cfr. in proposito il documento predisposto da PWC, *The Italian unlikely to pay market. Ready to tackle the challenge*, 2017, reperibile all'indirizzo [pwc.com/it/it/publications/assets/docs/italian-unlikely-pay-market.pdf](https://www.pwc.com/it/it/publications/assets/docs/italian-unlikely-pay-market.pdf).

<sup>14</sup> Cfr. in proposito, con particolare attenzione ai profili operativi, M. RACCA, *La banca nel capitale delle imprese. Salvataggio e crescita*, relazione presentata al convegno organizzato da AREL, Roma, 8 giugno 2017.

<sup>15</sup> V. in tal senso S. ALVARO, E. CAPPARIELLO, V. GENTILE, E.R. IANNACCONE, G. MOLLO, S. NOCELLA, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 72.

a) al giudice non è consentito sindacare l'opportunità e la convenienza delle scelte gestionali degli amministratori;

b) non è inoltre possibile valutare l'operato degli amministratori con un giudizio *ex post*; viceversa occorre prendere in considerazione la condotta tenuta dagli amministratori avendo riguardo alle sole circostanze oggettive e soggettive esistenti al momento del compimento dell'atto o dell'omissione;

c) al giudice, invece, è consentito controllare il percorso attraverso il quale la scelta è stata posta in essere. Conseguentemente, mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in altre parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il modo in cui sono compiute;

d) la insindacabilità delle scelte di gestione da parte del giudice trova un limite rappresentato dalla irragionevolezza o irrazionalità della decisione. Decisioni che appaiano chiaramente irragionevoli o irrazionali potranno essere scrutinate dal giudice anche nel merito.

In sintesi, l'elaborazione giurisprudenziale in oggetto sembra essere ancorata a due ordini di limitazioni ben precise che riguardano il profilo di legittimità e quello della ragionevolezza<sup>16</sup>. Riguardo al primo profilo, in linea con l'esperienza statunitense, deve sottolinearsi il rilievo attribuito al *modus* con cui le scelte sono state assunte e attuate, ossia il percorso decisionale che ha portato a preferire una determinata scelta gestionale piuttosto che un'altra<sup>17</sup>. In sostanza, il giudice dovrà ripercorrere il procedimento decisionale, verificando che la decisione presa dagli amministratori sia stata coerente e congrua rispetto alle informazioni da questi raccolte e valutando l'eventuale violazione del

---

<sup>16</sup> In Italia, il principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione trova riconoscimento in modo esplicito, sin dal 1965, in Cass., 5 gennaio 1972, in *Giust. civ.*, 1972, 246.

<sup>17</sup> Si veda Cass., 6 marzo 1970, n. 558, in *Foro it.*, 1971, I, 1728 e in *Giust. civ.*, 1971, I, 933; Cass., 21 marzo 1974, n. 790, in *Giur. Comm.*, 1974, II, 509; Cass., 27 luglio 1978, n. 3768, in *Giur. comm.*, 1980, II, 904; Cass., 16 gennaio 1982, n. 280, in *Fall.*, 1982, II, 664; Cass., 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2265.

dovere di diligenza in relazione ai normali criteri che dovrebbero ispirare l'operatore economico (*i.e.*, liceità, razionalità, congruità e attenzione). Poiché ai fini dell'accertamento della responsabilità il giudizio circa le conoscenze delle conseguenze che deriveranno dall'adozione di una scelta non può che essere *ex ante*, tale dovere si traduce essenzialmente in un dovere di agire in modo informato. Questo in quanto non può essere pretesa garanzia da parte degli amministratori di un risultato positivo certo, dipendente evidentemente da una molteplicità di fattori non tutti "dominabili" dagli amministratori stessi. In secondo luogo, sotto il profilo della ragionevolezza della scelta e della prevedibilità dei risultati, gli amministratori sono da ritenersi responsabili nei confronti della società quando le decisioni assunte si rivelino non idonee a realizzare l'interesse della società, in quanto avventate o irrazionali. Il merito della scelta gestoria non è infatti sindacabile se non nella misura in cui si riscontri l'omissione di quelle cautele normalmente richieste, secondo un criterio di prevedibilità, per una scelta di quel determinato tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (*i.e.*, l'ordinaria diligenza professionale a cui ogni buon amministratore è obbligato). La *business judgment rule* recepita nell'ordinamento italiano costituisce, dunque, un principio di contemperamento, o piuttosto di equilibrio, tra l'*enforcement* dei doveri degli amministratori e il rischio di disincentivazione all'assunzione dei rischi.

Particolarmente controversa risulta, tuttavia, l'applicazione di questa regola di formazione giurisprudenziale proprio al dovere di costruire e valutare assetti organizzativi adeguati da parte degli amministratori, specialmente nel settore bancario; in proposito, si registrano in dottrina essenzialmente due tesi. Da un lato, quella della "disapplicazione della *business judgment rule*" in base alla quale (a) il legislatore avrebbe già identificato con precisione l'obbligo di legge (costruzione e valutazione degli assetti), circoscrivendo nettamente la discrezionalità degli amministratori (e ciò a maggiore ragione in ambito bancario); e conseguentemente (b) la *business judgment rule* si applicherebbe solamente dove vi sia effettivo spazio per una "scelta imprenditoriale" e in questo particolare ambito (a fronte di asseriti "obblighi specifici")

un margine di discrezionalità imprenditoriale non sussisterebbe<sup>18</sup>. La tesi in questione appare, tuttavia, opinabile, posto che la *business judgment rule* si applica, secondo l'orientamento dottrinale consolidato, anche agli obblighi specifici quali, a titolo esemplificativo, la redazione del bilancio, la decisione di convocare l'assemblea ex art. 2447 c.c., etc. La tesi opposta ammette, dall'altro lato, il sindacato di merito sull'osservanza, da parte degli amministratori, del dovere di costruire gli assetti e di valutarne l'adeguatezza, restando tuttavia da comprendere sino a che punto l'obbligo di predisporre e valutare gli assetti sia veramente da intendersi come "specifico e dettagliato". A tal riguardo — con specifico riferimento alle società bancarie (nelle quali, come si è visto, il ruolo degli amministratori non esecutivi risulta per alcuni aspetti avvicinato a quello degli esecutivi dalla disciplina della Banca d'Italia, con conseguentemente incremento del rischio per costoro di incorrere in responsabilità) — sembra doversi ritenere che la *business judgment rule* non debba venire disattesa in caso di violazione di "doveri specifici", quanto piuttosto in presenza di violazioni del dovere di agire informati e/o di "omissioni" di portata tale da poter essere qualificate come espressione di un comportamento non razionale<sup>19</sup>. Ogni qualvolta ci si trovi, infatti, in presenza di un effettivo

---

<sup>18</sup> V. in tal senso, P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 828; M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischi organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 739 ss.; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (a cura di), Bologna, 2016, 1026 ss.

<sup>19</sup> Cfr. in tal senso V. CALANDRA BUONAURA, *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, imp., soc.*, 2015, 19 ss. il quale esclude espressamente che la disciplina della Banca d'Italia, nonostante l'articolata definizione dei compiti e responsabilità, non lasci più alcuno spazio all'autonomia gestionale, se non quello ovvio di prevedere ulteriori cautele rispetto a quelle imposte dalla regolamentazione. In proposito, secondo l'A., la riforma del diritto delle società di capitali ha eliminato il generale dovere di vigilanza degli amministratori a fronte dell'esigenza di "evitare indebite estensioni" della responsabilità degli amministratori non esecutivi e di impedire il fenomeno dell'allontanamento delle persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi

processo di “*directorial decision making*” (anche riferito alla costruzione e valutazione degli assetti) effettuato su basi informate e razionali, la *business judgment rule* dovrebbe trovare applicazione<sup>20</sup>. Il profilo oggetto di esame e approfondimento dovrebbe riguardare il “quando” le omissioni nella valutazione degli assetti da parte degli amministratori non esecutivi (all'inizio e nel corso del mandato) possano equipararsi ad un'omissione tale da determinare la disapplicazione della *business judgment rule*. Una totale omissione potrà riscontrarsi nel caso in cui una valutazione non venga effettuata integralmente. Ove, invece, essa venga realizzata, la condotta degli amministratori può sollevare un tema di decisione disinformata (con conseguente applicazione di un sindacato giudiziale pieno), oppure di una valutazione da reputarsi comunque informata e assunta su basi razionali (come tale assoggettata alla *business judgment rule*)<sup>21</sup>.

#### 4. Alcune considerazioni conclusive.

L'insindacabilità delle scelte di merito operate dall'organo di gestione - alla luce del sopra citato orientamento giurisprudenziale rivoluzionario<sup>22</sup> - riflette la più ampia concezione che tale organo debba

---

in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili.

<sup>20</sup> V. in tal senso, A. VICARI, *op. cit.*, 587; I. KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 725.

<sup>21</sup> In tal senso, ancora V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 34 ad avviso del quale la regola andrebbe disapplicata in caso di “adozione di procedure valutative carenti e di misure evidentemente inidonee o nella manifesta irrazionalità delle scelte rispetto alle *best practice* dei competitors di analoghe dimensioni”. V. anche A. VICARI, *op. cit.*, 588 secondo cui un discorso a parte andrebbe effettuato in tutti i casi in cui sussistano dei conflitti di interessi: in queste circostanze, infatti, è compito degli amministratori dimostrare l’“*entire fairness*” della decisione di concessione del credito (anche mediante applicazione delle apposite procedure per le operazioni con parti correlate) o di mantenimento dello stesso in una certa categoria (la *business judgment rule* non può, infatti, trovare applicazione per gli amministratori in conflitto).

<sup>22</sup> Come rilevato nelle pagine che precedono, la decisione assunta dal Tribunale di Bologna si caratterizza per l'assoluta unicità di tale pronuncia giurisprudenziale in materia di *business judgment rule* ed insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori di una banca, nel settore della gestione dei crediti deteriorati. Come

eseguire atti e operazioni in piena discrezionalità, seppur con la dovuta diligenza. In nessun caso potranno essere esaminate nel merito le decisioni dell'organo di gestione, intendendosi per tale quell'insieme di valutazioni d'opportunità e di carattere tecnico rispetto alle quali i membri del consiglio hanno una competenza di tipo specialistico. In questa prospettiva, la *business judgment rule* assume, pertanto, un ruolo di presidio e di garanzia in quanto mira a proteggere l'essenza stessa del ruolo del Consiglio di Amministrazione. D'altra parte, questa fondamentale autonomia del ruolo dell'organo di gestione è, generalmente, riconosciuta dalle stesse norme di diritto comune che affidano in via esclusiva la gestione dell'impresa sociale al Consiglio e prevedono che agli amministratori spetti di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380-*bis* c.c.). Uno spiraglio di valorizzazione atto a garantire questa essenziale indipendenza (che, se vogliamo, riflette una – se pur indiretta – applicazione del principio della *business judgment rule*) è rintracciabile, altresì, sub art. 1 del Codice di Autodisciplina approvato dal Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa Italiana laddove si prevede che gli amministratori perseguono gli obiettivi di impresa attraverso un agire “con cognizione di causa e in autonomia”, includendo nelle proprie valutazioni di natura tecnica tutti i rischi che possono assumere rilievo nell'ottica della sostenibilità nel medio-lungo periodo dell'attività. L'autonomia di giudizio - che si manifesta in modo evidente al momento della decisione da prendere in relazione agli argomenti posti all'ordine del giorno - diventa perciò inevitabilmente collegata al principio normativo dell'agire informati e viene garantito dal complementare principio giurisprudenziale della *business judgment*

---

rilevato nelle pagine che precedono, il Giudice bolognese - pur ritenendo indubitabile che, nel caso di specie, le rettifiche sui crediti deteriorati avessero in effetti condizionato il risultato dell'esercizio ed i valori di emissione delle nuove azioni - ha rigettato le domande proposte dagli azionisti ritenendole infondate e ciò in quanto le delibere contestate non potevano ritenersi contrarie alla legge. Il contesto economico in cui versava la banca e le evidenti esigenze di rafforzamento e ricapitalizzazione immediata giustificavano una quantificazione delle rettifiche disposte (in ulteriore incremento) dal consiglio di amministrazione nel legittimo esercizio della discrezionalità che a tale organo compete. I criteri e le modalità tecniche prescelti attengono, infatti, a quella “opportunità gestoria” di per sé preclusa al sindacato di legalità demandato al giudice adito ex art. 2377 c.c., e non anche alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione economico-patrimoniale dell'impresa bancaria.

*rule*. Ciascun amministratore è tenuto ad assumere le proprie scelte con libero apprezzamento, nell'interesse dell'emittente e della generalità degli azionisti. Pertanto, anche quando le scelte gestionali siano state preventivamente vagliate, indirizzate o comunque influenzate, nei limiti e nel rispetto delle norme di legge applicabili, da chi esercita attività di direzione e coordinamento o dai soggetti che partecipano a un patto di sindacato, ciascun amministratore è tenuto a deliberare in autonomia, assumendo determinazioni che, ragionevolmente, possono portare – quale obiettivo prioritario – alla creazione di valore per la generalità degli azionisti in un orizzonte di medio-lungo periodo. Occorre, in ogni caso, tener ben presente che la corretta applicazione del principio della *business judgment rule* non potrà prescindere dalla valorizzazione, in prima battuta, del principio di responsabilità e diligenza richiesta a ciascun soggetto in funzione del proprio ruolo e della carica rivestita. Al giudice è, dunque, demandato il compito di accertare le modalità di esercizio del potere discrezionale riconosciuto in capo agli amministratori, e cioè il rispetto degli obblighi generali e specifici dell'ordinamento.

Da ultimo, sembra potersi trarre un utile spunto per una riflessione di più ampio respiro (ma necessariamente sintetica, in questa sede) in merito alla opportunità di dotarsi di una norma primaria, a livello europeo, che disciplini la *business judgment rule*; laddove ciò non fosse possibile, essendo comunque auspicabile una analoga (ossia di livello primario) disciplina nazionale che si allineasse alle analoghe scelte già compiute da diversi Paesi (Stati Uniti, Regno Unito, Germania, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, ecc.). In tal senso, tale disciplina dovrebbe diventare la regola generale da utilizzare sia in campo di responsabilità civile che amministrativa da parte del giudice (e dell'Autorità di vigilanza sui mercati, nel caso di emittenti titoli quotati), pur dovendo limitarsi a fissare i principi generali della *business judgment rule* per lasciare invece proprio al giudice (ed all'Autorità di vigilanza) l'applicazione al caso concreto<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> S. ALVARO, E. CAPPARIELLO, V. GENTILE, E.R. IANNACCONE, G. MOLLO, S. NOCELLA, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 72.