



Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 18

Volume a cura di: Lorenza Calcagno e Fabrizio Di Marzio, *componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*, e Loredana Nazzicone, *Consigliere della Corte di cassazione*

Contributo redazionale: Ilaria Laezza, *addetta all'ufficio per il processo.*

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600196

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.



Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 18

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

NOTE INTRODUTTIVE

Loredana Nazzicone

L'art. 2086 c.c.: uno sguardo d'insieme 13

PARTE PRIMA

GENESI E STORIA DELL'ART. 2086 C.C.

Renato Rordorf

Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c. 53

Giuliana Scognamiglio

Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c. 63

Mario Libertini

Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c. 77

Massimo Bianca

Le norme positive ed i concetti in tema di assetti organizzativi dell'impresa prima della riforma dell'art. 2086 c.c. 83

Renato Bernabai

Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica 97

PARTE SECONDA

ESEGESI E AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 2086 C.C.

Aurelio Mirone

Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza 119

Lorenzo De Angelis

La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari 151

Guido Romano

La responsabilità degli amministratori privi di delega e gli assetti societari 177

Giuseppe Di Salvo

L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa. 209

Pierpaolo Sanfilippo

La tutela dell'ambiente e gli "assetti adeguati" 235

Ilaria Capelli

Gruppo aziendale e strutture organizzative 271

Luigi Abete

Gli "assetti adeguati" nell'impresa individuale e nelle società personali . . 287

PARTE TERZA

LA SCIENZA ECONOMICA

L'ALLERTA E I QUADRI RISTRUTTURAZIONE PREVENTIVA

Paolo Bastia

Assetti organizzativi e scienza aziendale: principî di organizzazione, principî contabili, indici di rilevazione 299

Paola Vella

I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva Ue 2019/1023 e nel diritto nazionale 321

Gli autori

Luigi Abete

Consigliere della Corte di cassazione

Paolo Bastia

Professore ordinario di economia aziendale presso l'Università di Bologna e di pianificazione e controllo presso la Luiss

Renato Bernabai

Già consigliere della Corte di cassazione

Massimo Bianca

Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università di Trieste

Ilaria Capelli

Professore associato di diritto commerciale nell'Università dell'Insubria

Lorenzo De Angelis

Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Venezia Ca' Foscari

Giuseppe Di Salvo

Presidente della sezione specializzata in materia di impresa Tribunale di Roma

Mario Libertini

Professore emerito dell'Università di Roma La Sapienza

Aurelio Mirone

Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Catania

Loredana Nazzicone

Consigliere della Corte di cassazione

Guido Romano

Magistrato presso il Tribunale delle imprese di Roma

Renato Rordorf

Già Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione

Pierpaolo M. Sanfilippo

Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università di Catania

Giuliana Scognamiglio

Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Roma La Sapienza

Paola Vella

Consigliere della Corte di cassazione

NOTE INTRODUTTIVE

L'art. 2086 c.c.: uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: **I. La novità e la genesi** – 1. Da norma di vetrina a cardine della *governance* dell'impresa. – 2. Il rischio d'impresa. – 3. Una disposizione vuota. – 4. Il codice della crisi come fonte della norma riformata. – 5. Le modifiche apportate dal decreto correttivo al c.c.i.i. – **II. Le clausole generali ed i concetti indeterminati** – 6. Diritto dell'impresa e comprensione dei fatti economici. – 7. Come si integrano le clausole generali? – **III. L'evoluzione normativa negli assetti d'impresa** – 8. I molti precursori dell'odierna disposizione. – **IV. L'esegesi dell'art. 2086 c.c.** – 9. “In forma societaria o collettiva”: un principio generale per l'impresa. – 10. “Ha il dovere”: un nuovo obbligo giuridico. – 10.1. La necessaria integrazione con le norme speciali. – 10.2. L'organo sociale su cui grava il dovere (competenza per gli assetti). – 10.3. Assetti e *business judgement rule*. – 10.4. La libertà d'impresa. – 10.5. L'inadempimento all'obbligo degli assetti e la formalizzazione documentale. – 11. “Assetto organizzativo, amministrativo e contabile”. – 12. “Adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell'impresa”. – **V. L'ambito di applicazione** – 13. Gli “assetti adeguati” nell'impresa individuale e nella società personale. – 14. La società a responsabilità limitata. – 15. Gli obiettivi degli assetti adeguati per gli intermediari finanziari. – **VI. Specifici profili di disciplina** – 16. La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo. – 17. L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa. – 18. Gruppo aziendale e strutture organizzative. – 19. La tutela dell'ambiente e gli “assetti adeguati”. – **VII. Economia aziendale. Ristrutturazione dell'impresa** – 20. Profili di economia aziendale. – 21. Profili di ristrutturazione aziendale.

I. La novità e la genesi

1. Da norma di vetrina a cardine della *governance* d'impresa

L'art. 2086 c.c., rimasto nel codice civile sotto la rubrica «*direzione e gerarchia dell'impresa*», affermava il principio di sovraordinazione dell'imprenditore.

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*), in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, collocando una nuova norma nell'ambito di una disposizione generale, ha iniziato con il modificare

la rubrica, intitolata alla «gestione dell'impresa», ed ha continuato dettando una clausola a contenuto generico sui doveri dell'imprenditore, dotata di autonoma precettività, ma necessariamente da integrare mediante concetti della scienza economico-aziendale.

La materia necessita di una trattazione ampia e multidisciplinare, che spazia dai principi giuridici (individuazione degli specifici doveri e responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo), sino ai principi di organizzazione aziendale ed alla rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.

Oggetto dell'indagine è il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: all'apparenza poche righe, ma ricche di contenuti, tanto che si può prevedere non vi saranno azioni di responsabilità, e non solo, in cui non sarà implicato.

Che l'imprenditore sia tenuto ad organizzare al meglio la sua impresa e che questa abbia fini ulteriori rispetto al profitto individuale, era già nel sistema con l'art. 41 Cost.

Si tratta, allora, a questo punto, da un lato di comprendere le ragioni di questa scelta operata dal codice della crisi d'impresa, ivi inclusa la collocazione sistematica ed il richiamo operato nell'ambito dei singoli tipi societari, nonché l'uso di concetti generali e indeterminati; dall'altro lato, di ricostruire il sistema *ante* riforma, con le molte importanti sfaccettature dell'obbligo di istituire tali assetti organizzativi.

Occorre subito rilevare che la norma spinge l'imprenditore italiano verso nuovi compiti: a passare da una struttura da c.d. *impresa familiare*, con elementi personalistici forti e rapporti per lo più informali, al modello della c.d. *impresa manageriale*, capace di superare i rischi insiti nel primo modello di imprenditorialità (debolezza competitiva, carenze procedurali, sottocapitalizzazione, passaggi generazionali).

Nei contributi che seguono saranno esposte, dunque, anzitutto le ragioni della nuova disposizione, in una prospettiva storico-normativa e di teoria generale.

2. Il rischio d'impresa

Con il «*rischio di impresa*» acquisisce confidenza lo studente sin dal primo anno di giurisprudenza¹.

Nelle economie agricole autosufficienti, lo sfruttamento delle risorse naturali circoscriveva i rischi ad un numero limitato di soggetti; l'industrializzazione ha,

¹ Con riguardo alla nozione di imprenditore *ex art.* 2082 c.c., si parla di *sistematica aggregazione di mezzi materiali e immateriali* (Cass. 18 gennaio 2019, n. 1466 e Cass. 6 giugno 2003, n. 9102, ined.), di *organizzazione degli elementi personali e materiali* (Cass. 3 gennaio 2018, n. 42, ined.), di *coordinamento dei fattori produttivi* (Cass. 6 marzo 2017, n. 5520, in *Giur. comm.*, 2018, II, 24, n. M. PALMIERI), in cui l'organizzazione deve essere idonea ad affermare la c.d. economicità della gestione.

fin dagli albori del XVIII secolo, determinato però l'insorgere di nuovi rischi, molti dei quali sono un costo per la collettività (quelli legati all'ambiente naturale, all'ecosistema)².

Si è dunque iniziato a classificarli rischi in modo dettagliato, oltre la generica formula ed in base alla loro natura: rischi di mercato, tecnologici, finanziari, reputazionali, di regolamentazione legale del mercato, da reato, gestionali, di perdita della continuità aziendale, ambientali, e così via.

Ciò ha reso necessari sistemi di controllo dei rischi in tutto il mondo e per tutte le imprese. Noi ancora non lo sappiamo (almeno non a livello diffuso), ma è verosimile che una carenza nelle procedure di prevenzione del rischio da parte di un'impresa (pubblica? privata?) abbia condotto alla situazione pandemica.

Per quanto ci riguarda, in Italia ed in Europa il diritto dell'economia ha consolidato la tendenza ad esigere dagli operatori economici l'identificazione e la gestione preventiva dei rischi, elevando l'adozione di efficaci assetti organizzativi da buone, ma mere regole aziendali, a dovere giuridico.

3. Una disposizione vuota

La scelta del legislatore di collocare il tema degli assetti nell'ambito del Libro V (*Del lavoro*), Titolo II (*Del lavoro nell'impresa*), Capo I (*Dell'impresa in generale*), e non nel capo III sull'impresa commerciale, ha valore simbolico e sistematico³.

Invero, l'obbligo degli assetti adeguati grava direttamente sull'imprenditore e perciò si è scelto un "luogo" dal significato storico-giuridico di assoluto rilievo, che ospita la definizione di imprenditore nel poco precedente art. 2082 c.c.

E si rafforza così il nucleo di norme dedicate ai profili organizzativi dell'impresa, quali gli artt. 2086, comma 1, e 2087 c.c.; inoltre, la prima disposizione sulla gerarchia nell'impresa era completato dall'art. 2094 c.c., che definisce il prestatore di lavoro subordinato, nonché dall'art. 2104 c.c. sulla sua diligenza.

Qualcuno, in senso critico sulla nuova disposizione, ha scritto che, quali fossero le ragioni ispiratrici dell'originario unico comma, «*si può tuttavia affermare*

² S.A. CERRATO, G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi – Il caso delle imprese agroalimentari*, in *Resp. amm. società e enti*, 2019, fasc. 4, 177 ss.

³ M. IRRERA, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nel diritto societario e nel diritto della crisi*, in AA.VV., *Assetti adeguati e perdita della continuità aziendale: il nuovo paradigma della responsabilità degli organi sociali?*, in *Dir. ed economia impr.*, 2019, 657 ss.

*senza alcun dubbio che da anni la disposizione in esame occupava inutilmente alcune righe del codice civile*⁴.

- Ai fini di stimolare il dibattito e le riflessioni, si possono ricordare le critiche mosse:
- la disposizione sarebbe visibilmente viziata da un “eccesso di ambizione”;
 - non in ciò si esaurisce l’attività di gestione, il primo dovere degli amministratori consistendo nel compiere le operazioni che rientrano nell’oggetto sociale;
 - la nuova rubrica «*gestione dell’impresa*» confonderebbe le idee, più di quanto riassume il contenuto della disposizione;
 - la riforma non è diretta al miglioramento delle condizioni in cui operano le imprese, ma all’agevolazione dell’amministrazione burocratica della giustizia, identificando alcuni “responsabili necessari”;
 - la disposizione è collocata nel punto sbagliato del codice, perché il primo comma appartiene al diritto del lavoro, mentre il secondo comma non riguarda le imprese individuali, bensì solo quelle societarie e collettive; il primo comma si applica a tutte le imprese, e perciò all’imprenditore individuale, il secondo si applica soltanto a chi possa dirsi un “imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva”;
 - il secondo comma dell’art. 2086 sembra sottintendere che si guardi all’impresa dal punto di vista della sua decadenza⁵;
 - la norma avrebbe dovuto richiamare i principi di corretta amministrazione⁶.
- E così via.

D’altro canto, vi è chi – e sono i giuslavoristi (cui non è stato possibile, per ragioni di tempo, riservare uno spazio in questo Convegno) – afferma come sia stato così attuato «*un intervento fortemente evocativo che, s’intuisce ad una prima lettura, è destinato ad incidere sul funzionamento complessivo dell’impresa*», foriero di «*rilevanti applicazioni anche in relazione all’esercizio dei poteri imprenditoriali nei confronti dei lavoratori*». Dunque, nel diritto del lavoro un ambito applicativo si è voluto pronosticare quanto all’incidenza del dovere di adeguatezza degli assetti sull’esercizio del potere datoriale di tipo direttivo (mutamento delle mansioni, trasferimento dei lavoratori, licenziamenti individuali, in specie per giustificato motivo oggettivo, nonché per i licenziamenti collettivi): quali provvedimenti che si legittimano avuto riguardo alle esigenze organizzative aziendali⁷.

⁴ M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. società*, 2019, 253.

⁵ Le osservazioni che precedono sono di SPOLIDORO, *op. cit.*

⁶ IRRERA, *op. cit.*

⁷ P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell’impresa e poteri datoriali – La riforma dell’art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 135.

4. Il codice della crisi come fonte della norma riformata

Un dato sicuro è l'introduzione della norma da parte di una riforma c.d. fallimentare: onde la sua genesi chiaramente a questa si ricollega⁸.

La versione finale dell'art. 2086 c.c. è un po' diversa dalla legge di delega (per la parola «*anche*»): ma che la riforma di una norma sia avvenuta da parte della revisione delle procedure concorsuali non è privo di significato.

Il legislatore, mediante la modifica della rubrica, attribuisce all'impresa un compito esplicito: quello di *organizzare al meglio i fattori produttivi*, anche allo scopo di prevenzione della crisi d'impresa e della perdita della c.d. continuità aziendale.

La congiunzione «*anche*» si lascia interpretare nel senso che la prevenzione della crisi sia solo *uno* dei fini della obbligatoria predisposizione di adeguati assetti: prima di tutto vi è, in una prospettiva di buona e corretta amministrazione, lo svolgimento dell'attività con il migliore profitto ed un opportuno controllo dei rischi⁹.

Si richiama, a questo proposito, l'art. 3, comma 3, prima parte, Tue: «*L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.*».

Dunque, nell'art. 2086 c.c. sta la prospettiva di una rilevanza della c.d. responsabilità sociale dell'impresa? Non sembra, per vero, ancora di poter giungere a tanto.

L'attenzione dedicata alla nuova funzione di prevenzione della crisi non deve, in ogni caso, lasciare in ombra gli assetti organizzativi nelle società *in bonis*, non a rischio di perdere la continuità aziendale. L'organizzazione d'impresa è ricondotta alla *gestione di un complesso di rischi*, ma non certo a mera tutela del ceto

⁸ Già la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 conteneva, tra i principi e i criteri direttivi, all'art. 14, comma 1, lett. b), il riferimento al «*dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.*».

⁹ Fra gli altri, v. A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedura di allerta*, in *Rivista Orizzonti dir. comm.*, 2020, 23 ss.; E. GINEVRA e C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 1209 ss.; E. ASTUNI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito civilistico*, in AA.Vv., *Assetti adeguati e perdita della continuità aziendale*, cit.

creditorio: il d.lgs. n. 14 del 2019 abbandona definitivamente la visuale tradizionale della tutela esclusiva del ceto creditorio nella prospettiva della espulsione dell'impresa insolvente dal mercato, per approdare ad un fine conservativo, finalizzato a recuperare e mantenere all'interno della vita economica l'impresa o le sue strutture produttive¹⁰.

Se, poi, si guarda alla specifica finalità degli assetti come preavviso di crisi, occorre considerare il tradizionale istituto del capitale sociale: la cui ragione viene individuata nel costituire un "segnale di allarme" all'approssimarsi della crisi. Esso conserva detta funzione, come meglio si vedrà, nell'esame degli indici di crisi elaborati dalla scienza aziendalistica.

5. Le modifiche apportate dal decreto correttivo al c.c.i.i.

Nella prima modifica, l'art. 2086 c.c. era stato richiamato in tutte le disposizioni del codice civile in materia di amministrazione di società: gli artt. 2257, comma 1 (società di persone), 2380-*bis* (s.p.a.), 2409-*novies* (sistema dualistico) e 2475 (s.r.l.), mentre per il sistema monistico non era stato necessario apposito richiamo, data la norma generale di rinvio (anche all'art. 2380-*bis*) di cui all'art. 2409-*noviesdecies*: il tutto, volendosi affermare che la gestione dell'impresa, in qualunque forma assunta, obbliga gli amministratori a predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili opportuni.

Il dibattito dottrinale, al riguardo, è stato assai vivace, sembrando contraddetti gli elementi tipologici delle società di persone e della società a responsabilità limitata, in quanto i soci sarebbero stati esclusi.

Nei testi definitivi, è scomparso peraltro il riferimento all'oggetto sociale, avendo il decreto correttivo soppresso la previsione che attribuisce agli amministratori il potere di compiere «*le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

La locuzione che assegna in via esclusiva agli amministratori il potere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale era, infatti, prevista *ab origine* nell'art. 2380-*bis* c.c. per le società per azioni e nell'art. 2409-*novies* c.c. per il consiglio di gestione (nel modello dualistico), mentre rappresentava una novità, introdotta con l'art. 377 c.c.i.i., per le società di persone (art. 2257 c.c.) e per quelle a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.).

L'aver soppresso la locuzione in esame in tutte e quattro le fattispecie se, da un lato, con riguardo alle società di persone e quelle a responsabilità limitata,

¹⁰ M. RIVERDITI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito penalistico*, in AA.VV., *Assetti adeguati e perdita della continuità aziendale*, cit.

è scelta corretta, alla luce dei rilevati diversi caratteri tipologici di tali modelli societari, dall'altro, però, con riguardo alla società per azioni (oltre che per il consiglio di gestione) rischia di ottenere effetti non voluti, quale sarebbe quello di riaffidare un ruolo gestorio all'assemblea (cfr. art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., *ante e post* riforma del 2003)¹¹.

A questi temi, sono dedicati i prime due contributi.

Per mera comodità, si ricordano in nota le successive modificazioni alla materia¹².

¹¹ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra codice della crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo diritto delle società*, 2020, 115 ss.

¹² A) Art. 2257, *Amministrazione disgiuntiva*, comma 1.

Testo del c.c.: «*Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri*».

Testo *ex art.* 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri».

Testo attuale, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori*. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri».

B) Art. 2380-bis, *Amministrazione della società*, comma 1.

Testo del c.c.: «*La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Testo *ex art.* 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Testo attuale, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori*».

C) Art. 2409-novies, *Consiglio di gestione*, comma 1, primo periodo.

Testo del c.c.: «*La gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381».

Testo *ex art.* 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381».

Testo attuale, sostituito dall'art. 377 d.lgs. n. 14/2019, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie*

II. Le clausole generali ed i concetti indeterminati

6. Diritto dell'impresa e comprensione dei fatti economici

L'art. 2086 c.c. palesa una disciplina per clausole generali o comunque per "concetti indeterminati", da cui trarre forse un innovativo "principio giuridico".

All'economia di mercato corrisponde l'ingresso di profili tecnico-economici nel corpo delle norme giuridiche. Superata l'idea che il mercato sia, in sé, capace di assicurare l'equilibrio ottimale degli scambi e la migliore allocazione delle risorse, è acquisita la necessità di regolarlo per impedire e reprimere le principali degenerazioni¹³.

La ricerca economica ha mostrato che i mercati efficienti non sono quelli liberi da vincoli, ma quelli ben regolati. Si veda il mercato come luogo artificiale, creato dalle regole giuridiche e identificabile con il suo statuto giuridico, o si affermi che il diritto rincorre il mercato per ordinarlo con le regole intervenendo su di una realtà che non ha certo creato, resta che il diritto commerciale è intriso di nozioni economiche.

Si parla di una circolarità di regolamentazione e condizionamento, insita nel rapporto tra diritto e mercato¹⁴: ecco i tanti concetti economici che entrano nelle norme giuridiche da applicare¹⁵.

le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381. L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente al consiglio di gestione».

D) Art. 2475. *Amministrazione della società*, comma 1.

Testo del c.c.: «*Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479».*

Testo ex art. 377 d.lgs. n. 14 del 2019: «*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479».*

Testo attuale, come modificato dall'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479».*

¹³ C. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008, 7.

¹⁴ C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 421, a p. 430.

¹⁵ R. RORDORF, *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in *Quest. giustizia*, 2013, fasc. 6, 20 ss., a p. 22 e 23.

Com'è noto, la scelta della tecnica normativa involge questioni di teoria generale sulla completezza dell'ordinamento, il ruolo dell'interprete, il rapporto tra diritto e morale.

Gli elementi indeterminati o vaghi della fattispecie vengono accomunati alle clausole generali quale "concetti-valvola": dispositivi tecnici cui l'ordinamento ricorre quando non è in grado di prescegliere, oppure non si rivela economicamente vantaggioso farlo, la tecnica della fattispecie analitica.

Lo *standard* è preferito a fronte di attività complesse e protratte nel tempo, che sfuggono a regole precise di condotta: una regola *broadly written* potrebbe includere nel proprio ambito di applicazione una gamma troppo ampia di comportamenti e scoraggiare ingiustificatamente l'iniziativa economica; una regola *narrowly written* potrebbe omettere di ricomprendere comportamenti o lasciarsi troppo facilmente aggirare. Sul piano dell'efficienza economica, può quindi presentarsi migliore il metodo dello *standard*: che non presenta quei problemi di sovra – o sottoinclusività, permettendo l'emergere dell'individualità del caso concreto. Ma lo *standard* è di applicazione più incerta rispetto alla *rule*: almeno fino a quando non si sia consolidata una certa interpretazione giurisprudenziale o degli affari¹⁶.

Nel fenomeno dell'impresa centrale è l'*attività*, che a volte si pone in conflitto con gli schemi teorici elaborati nella teoria dell'atto giuridico, e sempre indirizza lo schema organizzativo secondo una dinamica articolazione di poteri, destinati ad incidere, in maniera certamente inusuale per un contratto, sui terzi.

Gli interessi coinvolti nel funzionamento dell'impresa sollecitano una disciplina specifica, laddove il diritto comune dei contratti non vi si adatti.

Circostanza, questa, che spiega il largo spazio sia alle norme imperative, sia a quelle specifiche; nel contempo, il timore di avviluppare in vincoli inutili il fenomeno economico dell'impresa.

Ciò ha consigliato la frequente regolazione mediante norme a fattispecie aperta: ai concetti indeterminati si è affidato il delicato compito di rispondere alla soluzione degli interrogativi pratici.

Ecco, quindi, che esse si ritrovano un po' dappertutto: l'interesse sociale, la disciplina di bilancio con i principî di chiarezza, verità e correttezza; le invalidità del contratto di società o delle delibere, il finanziamento dei soci, il diritto dei gruppi, il rapporto di cambio nella fusione e scissione, e, per quanto riguarda l'organo gestorio, la rappresentanza, il conflitto di interessi ed in generale i doveri degli amministratori. Tutti àmbiti in cui si è reso necessario dettare una disciplina speciale del diritto commerciale, spesso per concetti indeterminati.

¹⁶ Così ancora C. GAMBA, *op.cit.*, 275.

7. Come si integrano le clausole generali?

I concetti indeterminati e le clausole generali devono, poi, essere integrati e resi concreti.

L'elemento della fattispecie, afferente ad altre scienze, richiede di essere specificato in sede interpretativa, ma tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica. L'opera di concretizzazione dei concetti indeterminati e delle clausole generali svolta dal giudice implica la creazione di "subnorme", che grazie alla disposizione elastica divengono regole di diritto positivo.

Il nodo centrale è quello del modo in cui questo deve avvenire, dei parametri che guidano e vincolano l'integrazione: valori esterni al diritto presunti superiori? scienze e tecniche extragiuridiche? altre norme positive? quali?

Il tema si intreccia storicamente con quello sui "poteri del giudice"¹⁷.

Nessuno afferma che la clausola generale dia luogo ad una delega al giudizio *personale* del singolo giudice; al contrario, grande è l'esigenza di stabilizzazione e prevedibilità delle decisioni derivanti dall'applicazione di clausole stesse. A tal fine, provvede il sistema dei precedenti: è acquisito che *«l'interpretazione delle clausole generali si giova dell'argumentum ab exemplo, e in particolare del richiamo dei precedenti giudiziari. Sono questi perciò a fornire la regola della decisione»*¹⁸.

Di tali spinose questioni si farà carico il contributo apposito.

III. L'evoluzione normativa negli assetti d'impresa

8. I molti precursori dell'odierna disposizione

A ben guardare, il riferimento normativo agli assetti dell'impresa era tutt'altro che raro nell'ordinamento prima del 2019.

Un ipotetico inventario rinviene molte disposizioni al riguardo, di cui possono essere ricordate almeno le più importanti secondo un elenco cronologico, con brevi cenni.

a) Il testo unico bancario (d.lgs. n. 385 del 1993)

Uno dei primi settori in cui si sono sperimentati gli assetti organizzativi d'impresa è quello degli intermediari finanziari: e si comprende perché, data la rilevanza anche pubblica dell'impresa bancaria, la quale spesso ha fatto da precursore nelle soluzioni legislative per tutte le imprese.

¹⁷ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato – Una proposta di distinzione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2011, 345 ss.

¹⁸ F. ROSELLI, *Le clausole generali, oggi*, in *Dir. romano attuale*, 2003, fasc. 10, 37.

L'art. 53, comma 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale avente ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni.

Particolare importanza, tra le norme regolamentari, deve essere riconosciuta alle varie deliberazioni ed istruzioni emanate dalla Banca d'Italia, specie quanto alle disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche: atti spesso idonei a costituire «*un vero e proprio trattatello dell'adeguatezza*»¹⁹.

La legislazione speciale, insieme ai codici collettivi di autodisciplina, ha contribuito notevolmente alla definizione del principio di adeguatezza.

b) Il testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998)

L'art. 149 t.u.f. per la prima volta impose ai sindaci un dovere di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Esso attribuisce al collegio sindacale la vigilanza tra l'altro «*sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società*», «*del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione*» e «*sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate*».

Fonti importanti del principio di adeguatezza sono le disposizioni regolamentari emanate dalla Consob ed i regolamenti Isvap.

c) La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231/2001)

Fonte del principio di adeguatezza è l'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, secondo cui la persona giuridica è esonerata da responsabilità per i reati commessi dagli esponenti aziendali se prova che «*l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*» e che è stato affidato ad un organismo dell'ente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di tali modelli e di curare il loro aggiornamento.

Il d.lgs. n. 231 introdusse un sistema di sanzioni amministrative a carico dell'ente, per effetto di reati commessi da soggetti apicali o subordinati, consentendo l'esonero in detto caso.

¹⁹ Così, con riguardo al regolamento 14 aprile 2005 sulla gestione collettiva del risparmio, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli, 2006, 206.

La creazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati-presupposto funge da esimente rispetto alla responsabilità amministrativo-penale a carico degli enti.

Tale disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti è divenuta nel tempo (con il crescere del catalogo dei reati-presupposto) sempre più rilevante, quale parametro di riferimento nella costruzione dei modelli di *governance*.

In materia, ricchissima è la casistica della giurisprudenza penale, anche di legittimità, da cui possono trarsi interessanti spunti anche per i giudici civili. Il giudice penale, infatti, per escludere la responsabilità amministrativa, procede alla concreta valutazione dei contenuti dei modelli organizzativi e quindi ad un vaglio della loro idoneità.

d) Gli artt. 2381 e 2403 c.c.

La previsione sugli assetti organizzativi fu generalizzata per le s.p.a. con la riforma societaria del 2003, che introdusse gli artt. 2381 e 2403 c.c.

Il codice civile novellato, nelle società per azioni, ha posto un articolato l'obbligo, in capo ai titolari della funzione di gestione operativa, di *curare* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2381, comma 5); agli amministratori non titolari di deleghe, l'obbligo di *valutare* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2381, comma 3); in capo al collegio sindacale (ovvero, nel sistema dualistico, in capo al consiglio di sorveglianza, e nel sistema monistico in capo al comitato per il controllo sulla gestione) l'obbligo di *vigilare* sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2403).

Il codice della crisi, aggiungendo un ultimo comma all'art. 2475 c.c., ha ora esteso l'applicazione dell'art. 2381 c.c. alla s.r.l., nei limiti della compatibilità.

Detti obblighi furono salutati come specificazioni del dovere di diligenza, richiesta dalla natura dell'incarico, di cui all'art. 2392 c.c.: e che si misura anche sulla capacità di curare e valutare l'idoneità delle soluzioni e dei modelli organizzativi adottati, rispetto all'esercizio efficiente e redditizio di quella determinata attività che costituisce l'oggetto della società, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa e della struttura aziendale di cui essa si avvale²⁰.

e) La lotta al riciclaggio (d.lgs. n. 231 del 2007; d.lgs. n. 90 del 2017)

Il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, decreto sulla lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, di attuazione della direttiva 2005/60/CE, ed integral-

²⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 137.

mente riscritto dal 25 maggio 2017, n. 90, conferma a carico dei soggetti obbligati (art. 3: intermediari bancari e finanziari, altri operatori finanziari e non finanziari, professionisti, commercianti di opere d'arte, mediatori, servizi di gioco, ecc.) il dovere di adottare assetti organizzativi e procedurali adeguati a mitigare e gestire i rischi, ivi inclusa la creazione di apposita funzione antiriciclaggio ove la natura e la dimensione dell'impresa lo esiga (art. 16).

f) Prevenzione degli infortuni sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008)

Dalla disposizione codicistica di cui all'art. 2087 c.c., molta strada si è percorsa.

Già tale norma conteneva un nucleare richiamo agli assetti, prevedendo l'obbligo per l'imprenditore di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, c.d. testo unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, consta di oltre trecento articoli e costituisce un dettagliato sistema, escluso, fra l'altro, dal novero dei reati depenalizzati.

L'art. 15 detta «*misure generali di tutela*», elencando la valutazione preventiva di tutti i rischi per la salute e sicurezza, la programmazione della prevenzione, l'eliminazione dei rischi o la loro riduzione al minimo, e molto altro.

L'art. 28 prevede l'elaborazione di un documento concernente tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, con «*data certa*», contenente il programma delle misure ritenute opportune, l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle stesse e i ruoli di chi è tenuto a provvedervi.

L'art. 30 richiama l'adozione del modello di organizzazione e di gestione, idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

g) Il rischio fiscale (d.lgs. n. 128 del 2015)

Il d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 ha istituito il regime di adempimento collaborativo (c.d. *cooperative compliance*) del contribuente con l'amministrazione finanziaria, instaurando un "dialogo", ma a condizione che si doti «*di un efficace sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno*» (art. 4).

Si tratta di una forma di interlocuzione basata sulla collaborazione, trasparenza e fiducia reciproca, che mira appunto a favorire l'adozione di sistemi di controllo interno delle imprese per la corretta gestione del rischio fiscale (c.d. *tax control framework*).

Alla base, il documento OCSE del 2013, *Cooperative Compliance: A Framework – from enhanced relationship to cooperative compliance*.

Come afferma la circolare del Ministero dell'economia e delle finanze²¹, «[n]ell'ambito di tale interlocuzione i contribuenti saranno incentivati a fornire informazioni spontanee, complete e tempestive e ad assumere comportamenti improntati alla trasparenza e alla compliance fiscale, a fronte di un impegno dell'Agenzia delle entrate volto a rendere l'adempimento fiscale più semplice e a supportare le imprese nel raggiungimento di un maggior grado di certezza.

Per i contribuenti che desiderano assumere nei confronti dell'amministrazione comportamenti improntati alla compliance fiscale, assume centrale importanza il ruolo dei presidi specifici di tipo fiscale, nell'ambito del più ampio sistema di governo aziendale e di controllo interno. L'esistenza di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, infatti, consente all'impresa di avere una visione costantemente aggiornata della propria posizione che, se supportata da trasparenza nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria, può contribuire a eliminare, o quanto meno mitigare, le incertezze connesse alla gestione della variabile fiscale».

In fase di prima applicazione tale regime è stato riservato, peraltro, ai contribuenti di maggiore entità (volume di affari o ricavi non inferiore a dieci miliardi di euro, con alcune eccezioni).

b) Le società pubbliche (d.lgs. n. 175 del 2016)

Nelle società pubbliche, l'art. 6, comma 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sancisce che le «società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione» prevista.

La norma speciale sancisce l'obbligo per le società a controllo pubblico di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e di informare l'assemblea nell'ambito della relazione sul governo societario, da predisporre annualmente a chiusura dell'esercizio sociale, pubblicata contestualmente al bilancio d'esercizio.

L'art. 6, comma 2, ha anticipato dunque l'attuale disposizione generale, sancendo il dovere degli amministratori di adottare «specifici programmi di valutazione del rischio aziendale».

²¹ Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle entrate, circolare 28 aprile 2016, n. 16/E, *Prevenzione e contrasto all'evasione. Indirizzi operativi*. In tema, di recente, A. TOMASSINI, F. PACELLI, *Modello 231 e gestione del rischio fiscale nella prospettiva della cooperative compliance*, in *Corriere trib.*, 2020, 456; G. PETRILLO, *Scambio di informazioni e tutele del contribuente nelle logiche evolutive della tax compliance*, in *Bollettino trib.*, 2020, 97; A. DI GIALLUCA, *Tax compliance e adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, in *Nuovo notiziario giur.*, 2020, 51.

Anche se qui è indicato, esplicitamente, un elemento ulteriore, rispetto al testo dell'art. 2086 c.c.: la prevenzione del rischio di crisi richiede l'adozione di un regolamento interno che individui i sintomi di allarme, alla cui rilevazione deve corrispondere l'adozione di adeguate contromisure, ai sensi dell'art. 14.

i) Il bilancio non finanziario (d.lgs. n. 254 del 2016)

Il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, *Attuazione della direttiva 2014/95/UE recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni*, ha previsto tali strumenti, sulla base di posizioni da tempo maturate nel contesto europeo.

Sin dalla risoluzione del 6 febbraio 2013 sulla responsabilità sociale delle imprese, il Parlamento europeo aveva riconosciuto l'importanza della comunicazione al pubblico di informazioni sulla c.d. sostenibilità, riguardante fattori sociali e ambientali, al fine di accrescere la fiducia degli investitori e dei consumatori.

Il d.lgs. n. 254 del 2016 introduce – in via obbligatoria per gli enti di interesse pubblico, quali società quotate, banche ed assicurazioni, se di grandi dimensioni (art. 1) ed in via solo facoltativa per tutti gli altri (art. 7) – la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario.

La dichiarazione è inserita nella relazione sulla gestione ovvero contenuta in documento separato (art. 5) e deve illustrare andamento, risultati e impatto dell'attività sociale su alcuni ambiti sensibili di interesse generale (ambiente, temi sociali, diritti umani, lotta alla corruzione) descrivendo il modello aziendale di gestione ed organizzazione delle attività d'impresa (dunque gli assetti organizzativi), le politiche imprenditoriali, i rischi (art. 3, comma 1).

È delegata alla Consob la disciplina delle modalità di trasmissione delle comunicazioni, delle modalità e dei termini del controllo da parte della stessa, dei principi di comportamento e dei criteri della verifica di conformità che deve svolgere il soggetto incaricato della revisione legale del bilancio (cfr. la deliberazione Consob 18 gennaio 2018, n. 20267, regolamento attuativo relativo alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario).

In questi strumenti, emerge la protezione dei diritti della persona – non discriminazione, tutela del lavoro minorile, non esposizione al fumo passivo, e così via – donde, poi, la regola *comply or explain*, per la quale occorre giustificare perché l'ente non pratichi dette politiche²².

²² Al riguardo, cfr. G. MOLLO, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di attuazione della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. dir. impresa*, 2019, 317

In un'interessante ordinanza, un giudice di merito ha negato il provvedimento d'urgenza ad una società di giochi e scommesse, volto ad ordinare all'istituto di non interrompere il rapporto di conto corrente bancario con il cliente: il provvedimento di diniego è stato emesso, argomentando il giudice nel senso che banca aveva agito in esecuzione delle disposizioni impartite dalla società capogruppo, la cui dichiarazione consolidata di carattere non finanziario escludeva in linea di principio di intrattenere rapporti con gli esercenti di attività di giochi e scommesse²³.

l) I dati personali (d.lgs. n. 196 del 2003, reg. UE n. 679/2016)

Il regolamento 27 aprile 2016, n. 2016/679, in vigore dal 25 maggio 2018, impone ad ogni soggetto, che tratti dati di carattere personale, di mettere in atto «*misure organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al regolamento*» (art. 24). Analoghi obblighi sono previsti anche negli articoli successivi, in relazione ai diversi ambiti di svolgimento dell'attività che implica il trattamento dei dati.

In attuazione, l'art. 154-bis d.lgs. n. 196 del 2003, inserito dall'art. 14 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, dispone che il Garante ha il potere di «*adottare linee guida di indirizzo riguardanti le misure organizzative e tecniche di attuazione dei principi del Regolamento, anche per singoli settori*».

In tema, si veda anche d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

ss.; S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 415 ss.; E. RIMINI, *I valori della solidarietà sociale nelle dichiarazioni non finanziarie*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2018, 187 ss.; A. QUARANTA, *Informazione ambientale: la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: la nuova disciplina colpisce nel segno*, in *Ambiente*, 2017, 519 ss.

²³ Trib. Pescara 14 dicembre 2020, in *Foro it.*, 2021, I, 720, in motiv.: «*A presidio dei potenziali impatti, il gruppo Iccrea ha escluso la possibilità di finanziare determinati comparti di attività ritenuti "controversi" come da codice etico e da politica del credito. (...) In particolare, si tratta dei settori legati alla costruzione, distribuzione e commercializzazione di armi (con esclusione delle armi destinate alle attività sportive o ludiche), apparecchiature e sistemi utilizzabili esclusivamente ai fini bellici, alla costruzione, distribuzione e commercializzazione di apparecchiature per scommesse, video-poker, slot-machines, ecc., all'allestimento e gestione di sale giochi e scommesse e tutti i settori attinenti alla pornografia (sexy shop, editoria di settore, ecc.). Eventuali operazioni in deroga verso i settori di cui sopra devono essere accompagnate da adeguate motivazioni, riguardo la loro indispensabile necessità (ad esempio l'importanza dell'iniziativa per il tessuto economico, moralità dei soci, attività prevalente dell'impresa rispetto a quella ritenuta non finanziabile, ecc.)*»; in tal caso, peraltro, la clausola di recesso era stata riportata in contratto dalla società controllata.

IV. L'esegesi dell'art. 2086 c.c.

9. “In forma societaria o collettiva”: un principio generale per l'impresa

La norma pone l'obbligo in capo alle società (come rafforzato nei singoli tipi) e agli “imprenditore collettivi”: dunque le società, l'impresa esercitata da associazioni, consorzi tra imprenditori con attività esterna, G.E.I.E., enti del terzo settore²⁴.

Il legislatore ha previsto infatti l'obbligo degli assetti non solo per le società (lucrative, cooperative, consortili, di diritto speciale), ma anche per ogni altro soggetto che eserciti un'impresa collettiva.

Il principale dubbio circa la nozione di imprenditore collettivo riguarda l'applicazione (estensiva o analogica) della norma alle fondazioni²⁵, che non sono propriamente enti collettivi.

A tale profilo sono dedicati specifici contributi.

10. “Ha il dovere”: un nuovo obbligo giuridico

10.1. La necessaria integrazione con le norme speciali

Il rinvio normativo ad una clausola generale, come l'adeguatezza, è stato reputato mera *specificazione della diligenza*²⁶, quale espressione pur sempre del generale obbligo di corretto e diligente esercizio del potere di amministrazione²⁷.

Ma tale obbligo, ove violato, è fonte di responsabilità in sé, indipendentemente dall'accertamento di ulteriori condotte inadempienti (compimento di atti estranei all'oggetto sociale, operazioni in conflitto d'interesse, distrazione del patrimonio sociale, o altro).

Si parla di colpa organizzativa²⁸.

Naturalmente, ove esista una disciplina speciale, ad essa la società dovrà pure specificamente attenersi. Il livello più elevato è quello previsto dalle *società*

²⁴ IRRERA, *La collocazione*, cit.

²⁵ Un'interpretazione ragionevole imporrebbe di ricomprendere le imprese riferibili ad enti non collettivi come le fondazioni: SPOLIDORO, *op. cit.*; IRRERA, *op. ult. cit.* Per MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria*, cit., ove si propenda per una maggiore aderenza al dato letterale si può ipotizzare una soluzione che distingue tra fondazioni a base associativa, e no, anche per il fatto che le prime, analogamente a società ed associazioni, possono ricorrere anche a risorse “interne” (e cioè all'apporto dei soci) per superare la crisi.

²⁶ SPOLIDORO, *op. cit.*

²⁷ L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. società*, 2019, 413 ss.

²⁸ Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, I, 3127, n. CASORIA; Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2018, n. 34293, *ivi*, 2019, II, 393; ed altre.

bancarie, rette dalla normativa di vigilanza di particolare dettaglio e soggette a sanzioni amministrative; nelle *società quotate*, poi, assai rilevanti le indicazioni dell'art. 7 del Codice di autodisciplina, che rende obbligatoria quanto almeno alla dotazione di sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno; nelle *società pubbliche* vi è esplicito obbligo, come rilevato, già dettato all'art. 6 d.lgs. n. 175 del 2016.

10.2. L'organo sociale su cui grava il dovere (competenza per gli assetti)

a) Consiglio di amministrazione ed amministratori delegati

Le disposizioni degli artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2409-noviesdecies e 2475 c.c. pongono espressamente in capo agli «*amministratori*» il compito di istituire gli assetti.

Tra essi, spicca il ruolo degli amministratori delegati.

Nei rapporti consiglio-organi delegati, norma fondamentale resta l'art. 2381 c.c., che il Codice della crisi ha esteso alla s.r.l., sia pure nei limiti della compatibilità.

La deliberazione consiliare dovrà essere dunque adeguatamente chiara nell'affidare al delegato la cura degli assetti. Prima ancora, rientra nell'obbligo di adeguatezza la scelta di nominare, o no, uno o più amministratori delegati.

Il problema sorge nel caso in cui la delega non attribuisca ai delegati la cura degli assetti, quale dovere specifico aggiuntivo a quello di amministrare la società nei limiti della delega: può ritenersi che, anche in tal caso, la cura degli assetti sia sempre di competenza dei delegati, o vi è un ritorno della competenza in capo al consiglio?

Per una prima tesi, la cura degli assetti compete senz'altro al soggetto cui spetta la funzione di gestione, quindi agli organi delegati, al di là dell'ampiezza della delega²⁹.

Una seconda tesi, invece, nel silenzio della deliberazione di delega, reputa che l'obbligo di curare gli assetti resti in capo al consiglio di amministrazione³⁰.

²⁹ A.S. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Zanichelli, Bologna, 2016, 255 ss., a p. 262; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, vol. 5, Zanichelli, Bologna, 2009, 551 ss., a p. 567.

³⁰ A. LOLLÌ, M.G. PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo «correttivo»*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 343, 370 ss.

Quid in caso di deleghe interne o atipiche?

Esse attuano un riparto interno di funzioni fra i membri del c.d.a., in mancanza di una preventiva autorizzazione statutaria o assembleare, con attribuzione *de facto* di funzioni ad alcuni membri del consiglio. Tale modalità interna di organizzazione dell'attività, non esteriorizzata, non spoglia il consiglio dall'obbligo di creare assetti adeguati e non può tradursi in un'esimente sul vincolo di solidarietà tra tutti gli amministratori. Il ricorso alle deleghe interne per la cura degli assetti potrebbe esso stesso reputarsi un assetto inadeguato³¹.

b) Direttore generale

Attesa la regola dell'art. 2380-*bis* c.c., non è competenza del medesimo la predisposizione degli assetti, salva specifica delega al riguardo: se la gestione organizzativa è competenza esclusiva dell'organo gestorio, non può esservi un'ingerenza da parte di un soggetto, quale il direttore generale, nominato dall'assemblea e che, seppure al vertice della gerarchia, resta un dipendente della società.

Ciò non toglie³² che il direttore generale possa collaborare con il c.d.a. e con gli organi delegati, se nominati, nella costruzione degli assetti adeguati.

c) Assemblea

L'applicazione dell'art. 2086 c.c. ai vari tipi sociali induce a domandarsi se l'adozione di assetti adeguati competa solo agli amministratori, o si estenda anche ad altri organi sociali, come l'assemblea.

Non vi è dubbio che il destinatario primario dell'obbligo sia l'organo gestorio.

Ma laddove, come nelle società personali e nella s.r.l., noti e plurimi indici normativi militano per una maggiore diretta ingerenza dei soci nella funzione gestoria, anche il compito degli assetti sarà loro riferibile³³.

Alcune scelte organizzative societarie – apertura di sedi secondarie, fusioni e scissioni, modifiche dell'oggetto sociale, istituzione di patrimoni destinati, ecc. – sono demandate all'assemblea di s.p.a., ma possono interferire sugli assetti organizzativi, anche nel senso di renderne più complessa l'adeguatezza; ma resta compito degli amministratori assicurarsi che gli assetti siano davvero adeguati, nel loro complesso.

³¹ LOLLI e PAOLUCCI, *op. loc. cit.*, anche per altri riferimenti.

³² LOLLI e PAOLUCCI, *op. cit.*, 375, che ricordano la contraria opinione di M. IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni, tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009, 35 s.

³³ Per qualche cenno, P. BASTIA, E. RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *Banca impr. società*, 2020, 359.

10.3. Assetti e *business judgement rule*

Il limite d'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, adottate con le dovute cautele preventive normalmente richieste, si applica anche alle scelte organizzative in materia di assetti?

Parte della dottrina risponde negativamente al quesito, reputando possibile una maggiore ingerenza giudiziale sull'adempimento di predisposizione degli assetti, oggetto degli obblighi "organizzativi" degli amministratori, a contenuto specifico e non implicanti scelte di gestione in senso proprio, ma ad esse funzionali³⁴.

In senso contrario, la tesi dominante reputa che anche l'attività organizzativa si giovi della regola della *BJR*, attesa l'ampia previsione, a contenuto senz'altro indeterminato, ma determinabile secondo una certa dose di discrezionalità gestoria, relativa alla necessaria "adeguatezza" degli assetti³⁵.

Orbene: concordiamo con chi – in questa seconda prospettiva – ritiene che la "presunzione di razionalità" valga per le scelte propriamente gestionali dell'impresa (quali, ad es., "cosa e come produrre"), dove strategie anche audaci e rischiose devono essere presunte legittime, e sono, anzi, apprezzabili sotto il profilo dell'innovazione.

Sul piano organizzativo, invece, l'ordinamento valorizza un principio di prudenza, come confermato in speciali discipline (società pubbliche, codice della crisi), donde la necessità di applicare detta regola³⁶.

Questa tesi è stata seguita dal Tribunale di Roma, che ha applicato il predetto limite alla sindacabilità della discrezionalità gestoria anche in tema di assetti³⁷.

³⁴ P. MONTALENTI, *Diritto della impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 76; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 666; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 2013, 671.

³⁵ BENEDETTI, *op. cit.*, 448; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazione del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 393 ss., a p. 396; V. CALANDRA BUONAURO, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 12.

³⁶ MIRONE, *op. ult. cit.*

³⁷ Trib. Roma, ord. 8 aprile 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2182: «Ebbene, sebbene debba darsi atto di un orientamento dottrinario che ritiene che non sia possibile traslare i principî che sorreggono la regola sopra evidenziata alle scelte non gestorie, ma organizzative, ritiene il tribunale che sia condivisibile la conclusione favorevole... In tale prospettiva, in estrema sintesi, si evidenzia che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale».

10.4. La libertà d'impresa

Ma il nuovo obbligo pone in discussione il principio di autonomia dell'organizzazione d'impresa, limitandone la libertà?

Secondo alcuni, infatti, la norma relativa agli assetti organizzativi, avendo una funzione precettiva, comprimerebbe in modo drastico la libertà dell'imprenditore³⁸.

Tuttavia, occorre considerare che il limite posto dall'art. 2086 c.c. è del tutto coerente con questa e con le finalità dell'impresa: non si tratta di un limite "esterno", che comprime lo spazio concesso all'autonomia, ma di un vincolo "interno" alla stessa e funzionale al suo esercizio³⁹.

Il parametro è nel generale principio di proporzionalità, inteso come bilanciamento tra il sacrificio dell'interesse di chi esercita l'attività d'impresa e il raggiungimento dello scopo per il quale il vincolo è posto.

Sul punto, si veda, in particolare, il contributo al cap. III di questo volume.

10.5. L'inadempimento all'obbligo degli assetti e la formalizzazione documentale

In sintesi, si può dire che la violazione del nuovo obbligo può derivare:

- a) dalla mancata predisposizione di assetti;
- b) dall'inadeguatezza degli assetti predisposti;
- c) dalla violazione degli assetti in sede di funzionamento dell'attività d'impresa.

Quanto al profilo *sub a)*, alcuni peraltro ritengono che lo stesso criterio di adeguatezza può portare a riconoscere che nelle imprese minori non si renda necessario nessun apparato interno ed nessuna procedura, qualificabili come veri e propri assetti organizzativi⁴⁰.

Il verbo «*istituire*» assetti adeguati indica il vincolo ad esercitare l'attività di impresa sulla base a procedure predeterminate: senza che gli assetti possano restare "fluidi", affidati a una continua, mobile conformazione⁴¹.

Pur non esplicitato nell'art. 2086 c.c., l'adempimento della formalizzazione è agevolmente ricavabile, dunque, in quanto deriva dallo stesso concetto di "*isti-*

³⁸ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti*, cit.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952.

³⁹ O. CAGNASSO, *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata*, paper per il XII convegno annuale ODC, *La libertà d'impresa*, Roma, 17-18 settembre 2021, p. 3.

⁴⁰ Ad es., MIRONE, *op. ult. cit. V. infra*, par. 12.

⁴¹ E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 1209 ss.

tuzione” degli assetti, il che palesa che non si tratti di un mero fatto; dall’art. 13 c.c.i.i., che prevede l’utilizzo degli *standard* elaborati dal CNDCEC e la possibilità di derogarvi con un documento autonomo della società, attestato da un professionista indipendente; dal fatto in sé che un assetto, per essere adeguato, deve essere formalizzato, in modo da essere conosciuto in azienda⁴².

La vera portata riformatrice del nuovo art. 2086 c.c. non risiede tanto nell’imposizione di regole di diligenza e corretta organizzazione nella gestione dell’impresa, anche al fine di prevenire la crisi, quanto piuttosto nell’aggiungere a questa regola di carattere generale, di per sé tradizionale, il dovere di adottare misure organizzative adeguate in modo formale e dichiarato.

11. “Assetto organizzativo, amministrativo e contabile”

Per quanto attiene ai vocaboli usati, per il profilo *organizzativo* ormai ampia dottrina concorda che gli assetti organizzativi consistono negli aspetti strutturali dell’organizzazione dell’impresa: configurazione di funzioni e competenze (*funzionigramma*), poteri e responsabilità (*organigramma*) delle strutture aziendali e, soprattutto, di meccanismi di coordinamento tra queste⁴³.

È il «*dovere organizzativo di più elevato grado*», coincidente con «*l’intera struttura interna dell’impresa che ne garantisce continuità e funzionamento, nel rispetto della legalità*»⁴⁴.

Più in dettaglio, occorre dunque siano delineati i compiti di ciascun soggetto.

In materia bancaria, si vedano, per rendere concreta la disposizione, le indicazioni di chi⁴⁵, sul piano applicativo, menziona: l’esigenza che il contenuto delle deleghe sia determinato in modo analitico, chiaro e preciso; il principio della competenza collegiale per le decisioni concernenti le operazioni strategiche ed i piani industriali e finanziari; la regola per cui va evitata la contemporanea presenza di più amministratori delegati, oppure di un delegato e un comitato esecutivo, salvo che si tratti di imprese con caratteristiche di particolare complessità operativa e dimensionale; e così via.

Gli assetti *amministrativi*, dal loro canto, fanno piuttosto riferimento alla dimensione c.d. dinamico-funzionale.

⁴² MIRONE, *op. ult. cit.*

⁴³ CAGNASSO, *Organizzazione della gestione*, cit.

⁴⁴ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 81; sia permesso altresì il rinvio a L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, 5, Milano 2003, 38 e Id, *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, aggiornato alla nuova disciplina sulla revisione legale (d.lgs. n. 39/2010), Giuffrè, Milano, 2010.

⁴⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit.

In sostanza: ognuno abbia compiti chiari, capacità per svolgerli, poteri richiesti all'uopo, ed esistano i necessari controlli.

12. “Adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell’impresa”

L'art. 2086, comma 2, c.c. ripete la formula già presente nell'art. 2381, comma 5, c.c.

Il riferimento alla natura ed alle dimensioni dell'impresa permette di bene intendere il requisito della c.d. proporzionalità dell'obbligo, così imposto.

Il parametro della *natura* dell'impresa va riferito all'oggetto sociale.

L'adeguatezza di un sistema – in base al parametro della *dimensione* – dipende dalla complessità aziendale, caso per caso: davanti ad una società per azioni di ridotte dimensioni per giro d'affari ed organizzazione aziendale, gli assetti risulteranno adeguati anche se caratterizzati da una relativa semplicità; al contrario, la grande società per azioni, peraltro spesso svolgente anche l'attività di direzione unitaria, presenta una complessità organizzativa tale da imporre una più ampia ed analitica articolazione degli assetti⁴⁶.

Non esiste un unico assetto organizzativo idoneo ad assicurare la corretta gestione dell'impresa⁴⁷ o migliore in assoluto (*the one best way*)⁴⁸.

Quando, perciò, si deve valutare se l'obbligo sia stato o no adempiuto, sarà di regola semplice ritenere inapplicabile la *business judgment rule*, con la relativa esenzione da responsabilità, se l'organo gestorio non abbia proprio preso in considerazione la questione dell'organizzazione; situazione ovviamente meno lineare, quando l'organo gestorio abbia diligentemente trattato la questione, ritenendo comunque di non predisporre assetti⁴⁹.

Convince la tesi di chi⁵⁰ reputa necessario un *minimum* di assetto organizzativo anche nelle imprese minori, quale organigramma con indicazione di compiti e responsabilità; del pari l'assetto contabile, ancorché semplificato, sarà necessario

⁴⁶ IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, e Id., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, cit.

⁴⁷ ASTUNI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito civilistico*, cit.

⁴⁸ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit., secondo cui vanno assunte, tra le varie configurazioni organizzative possibili, quelle in coerenza con prescelte strategie aziendali, secondo un paradigma «strategia-struttura».

⁴⁹ M. TABELLINI, *Business judgment rule e scelte organizzative*, nota a T. Roma, 8 aprile 2020, in *Giur. it.*, 2021, 105.

⁵⁰ IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, e Id., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, cit.

anche nelle realtà più piccole, non potendosi in caso contrario neppure pensare a come sia possibile rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale, senza possedere un sistema adeguato di rilevazione dei fatti contabili.

Dall'altra parte, taluno⁵¹ sottolinea come i costi negli assetti organizzativi interni all'impresa non devono andare a scapito del compimento di atti di gestione esterna, ed evidenzia le esigenze di non disincentivare l'assunzione della carica di amministratore, di evitare un'eccessiva avversione al rischio e di non incorrere nell'*hindsight bias* (il "senno di poi").

Se, indubbiamente, l'applicazione della norma non può essere "punitiva", deve pur dirsi che non è quella l'intenzione del legislatore, al contrario avendo egli inteso incentivare una conduzione più professionale e proficua dell'impresa.

Per quanto riguarda la congiunzione «*anche*» a fini di rilevazione tempestiva della crisi, il punto è stato già trattato altrove (§ 4).

V. L'ambito di applicazione

13. Gli "assetti adeguati" nell'impresa individuale e nella società personale

La proposta di decreto legislativo delegato formulato dalla Commissione Rordorf nel dicembre 2017 prevedeva che gli assetti riguardassero *«l'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste»*.

A tale specifica previsione furono rivolte critiche da più parti, nel senso che la "sovrastruttura" degli assetti fosse esorbitante per l'imprenditore individuale, e ciò ha indotto il legislatore a un passo indietro, limitando agli enti "societari e collettivi".

Anche questa scelta è stata criticata.

Infatti, si è detto che la previsione, già contenuta nel comma 3 dell'art. 2381 c.c. e ribadita nel comma 2 dell'art. 2086 c.c., della necessità che gli assetti siano adeguati "alla natura e alle dimensioni" dell'impresa era già uno strumento idoneo per contenere in modo significativo la "dimensione" degli assetti⁵².

Altri hanno ritenuto senz'altro esclusa l'impresa individuale, con scelta però non comprensibile, in quanto l'imprenditore individuale ben potrebbe svolgere un'attività economica di notevoli dimensioni⁵³.

⁵¹ ABRIANI, ROSSI, *Nuova disciplina*, cit., a p. 396.

⁵² IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi*, e ID., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, cit.

⁵³ SPOLIDORO, *Note critiche*, cit.

Ma occorre poi considerare il contenuto dell'art. 3 c.c.i.i. (*Doveri del debitore. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*).

Ai fini dunque della tempestiva rilevazione della crisi, l'imprenditore individuale deve adottare "misure idonee", mentre l'imprenditore collettivo deve istituire "assetti adeguati", secondo l'art. 2086, comma 2, c.c.

Non si possono fondare particolari distinzioni su tali vocaboli: in ogni caso, le misure devono essere idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e ad assumere senza indugio le iniziative necessarie.

Certo, come si è notato, le "misure" devono essere idonee alla rilevazione e al superamento della crisi, mentre gli assetti appaiono di contenuto assai più complesso, e riferito non solo alla crisi, ma anche alla perdita della continuità aziendale⁵⁴. Ma il principio di proporzionalità previsto nel comma 2 dell'art. 2086 c.c., per la sua razionalità, deve valere anche per le misure dell'imprenditore individuale.

In definitiva, anche nell'impresa individuale, se di dimensioni analoghe a quelle di una società, i doveri di chi gestisce l'impresa sono i medesimi; viceversa, si può utilizzare il criterio elastico per ritenere sufficiente in una società unipersonale l'adozione di semplici "misure"⁵⁵.

Del pari, nelle società di persone, l'amministrazione è tipicamente affidata a soci già illimitatamente responsabili, ai quali non è pertanto concretamente applicabile alcuna sanzione risarcitoria; nella piccola impresa anche societaria, la prevalenza del lavoro dell'imprenditore o dei soci potrebbe indurre a configurare una presunzione di non necessarietà degli assetti organizzativi, l'attività d'impresa svolgendosi sotto il diretto controllo del titolare⁵⁶.

Ma, su tali profili ed ulteriori, si veda il contributo a ciò dedicato in questo volume (cap. XI).

14. La società a responsabilità limitata

È noto come la riforma del 2003 avesse optato per un controllo diretto dei soci sulla gestione, con ampliamento dei poteri informativi *ex art.* 2476, comma 2, c.c., ed azione diretta di responsabilità sociale.

⁵⁴ CAGNASSO, *Organizzazione della gestione*, cit.

⁵⁵ G. FERRI JR., M. ROSSI, *Prime osservazioni in tema di gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 1093 ss.; L. PANZANI, *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata: un modello trans tipico alla prova del codice della crisi – Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Giappichelli, Torino, 2020, 649 ss.

⁵⁶ MIRONE, *op. ult. cit.*

A tale modello si è poi sovrapposto, via via nel tempo, quello attuale, con gli obblighi *ex art.* 2477 c.c., quando la s.r.l. abbia maggiori dimensioni.

Ciò vuol dire che già il legislatore ha inteso delineare assetti organizzativi adeguati alle diverse esigenze.

All'assemblea compete la scelta ai sensi dell'art. 2477 c.c. sull'organo di controllo: il quale potrà, a discrezione dei soci, mancare del tutto («può»), oppure essere un sindaco/collegio sindacale o un revisore.

Spetta anzitutto all'assemblea delineare la struttura degli organi amministrativo e di controllo; con la precisazione che quest'ultimo può mancare, anche nella figura attenuata del revisore, onde in tal caso non vi sarà un controllo sulla gestione. Ma l'assemblea non è organo cui si riconduca, usualmente, una forma di responsabilità. Ecco la ragione per ritenere in ogni caso gravante sugli amministratori l'obbligo di segnalare ai soci qualsiasi esigenza organizzativa, necessaria a rendere l'assetto complessivo della società adeguato alla sua natura e dimensione.

Agli amministratori competerà di verificare se, in ogni caso, davvero sia adeguato il mero revisore, nell'ambito degli assetti volti *anche* alla rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.

Non senza ricordare che, ai sensi dell'art. 2477, comma 5, ove l'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati non provveda alla nomina dell'organo di controllo o del revisore, qualsiasi interessato (gli stessi amministratori, per i quali può ritenersi anzi atto dovuto) o il conservatore del registro delle imprese possono condurre alla nomina da parte del tribunale delle imprese.

Nell'ambito dell'organo gestorio, l'art. 2475, comma 5, c.c. riserva al collegio nel suo complesso la redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione o scissione, le decisioni di aumento del capitale delegato.

Non, però, la materia degli assetti, che dunque può rientrare nelle materie ad amministrazione disgiuntiva (in analogia con l'art. 2381 c.c., peraltro ora applicabile anche alla s.r.l., dove gli assetti sono proprio oggetto di delega).

Permane, comunque, il meccanismo del veto degli altri amministratori, per il rinvio al comma 2 dell'art. 2257 c.c.; nonché il generale dovere di correttezza che impone, per decisioni di rilievo organizzativo, di sentire comunque gli altri componenti.

15. Gli obiettivi degli assetti adeguati per gli intermediari finanziari

Un mercato controllato e vigilato, come quello degli intermediari finanziari, non poteva mancare di regole *ad hoc* sugli assetti.

La predisposizione di un assetto adeguato di tali soggetti è stata ritenuta da tempo di particolare interesse collettivo, volta a favorire i "beni" della sana e pru-

dente gestione, della stabilità patrimoniale con il contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza dei comportamenti.

Onde si tratta del primo settore storicamente sensibile al tema, perché si volle prevedere per gli intermediari finanziari, bancari e non, che essi si munissero di un assetto organizzativo interno avente il carattere dell'adeguatezza, idoneo ad assicurare il perseguimento degli obiettivi assegnati alla vigilanza.

L'attenzione per l'adeguatezza degli assetti organizzativi è uno degli aspetti qualificanti della versione Basilea II degli *accordi di Basilea* e del sistema delle direttive europee *Mifid*⁵⁷.

Può dirsi che, se la riforma del diritto societario del 2003 subì varie influenze dalla stessa elaborazione regolamentare elaborata per i mercati finanziari e che il nuovo art. 2986 c.c. si sia giovato di quella esperienza, al contempo ciò ha condotto a "compimento" la materia, in tal modo sistematizzata⁵⁸.

L'art. 6 t.u.f. detta criteri in ordine ai *poteri regolamentari* di Banca d'Italia e Consob. Questi i principi, posti al comma "01", che vale richiamare:

- a) valorizzazione dell'autonomia decisionale dei soggetti abilitati, nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle stesse materie e sul governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione;
- b) proporzionalità, intesa come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari;
- c) riconoscimento del carattere internazionale del mercato finanziario e salvaguardia della posizione competitiva dell'industria italiana;
- d) agevolazione dell'innovazione e della concorrenza.

L'art. 6, comma 1, lett. c-bis, t.u.f., ha demandato alla Banca d'Italia, sentita la Consob, di disciplinare con regolamento, con riferimento alla prestazione dei servizi d'investimento, nonché alla gestione collettiva del risparmio, una serie di obblighi dei soggetti abilitati, aventi ad oggetto, in generale, i requisiti generali di organizzazione.

Essi spaziano negli ambiti del *«governo societario e requisiti generali di organizzazione»*, *«organizzazione amministrativa e contabile»*, *«gestione del rischio dell'impresa»*, *«audit interno»*, *«esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti o di servizi o di attività»*, e così via.

⁵⁷ BASTIA, RICCIARIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit., in cui si ricorda altresì che la BRRD, *Bank Recovery and Resolution Directive*, UE/59/2014, che ha ricevuto attuazione con i d.lgs. n. 180 e n. 181/2015, ha introdotto misure di «preparazione della crisi» e intervento precoce.

⁵⁸ Cfr. A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165.

Si vedano, altresì, le *Disposizioni di vigilanza per intermediari finanziari*, contenute nella circolare della Banca d'Italia del 3 aprile 2015, n. 288. Si tratta di un documento corposo, dove in tema di «governo societario» si dettano principi generali e regole sugli obblighi di adeguatezza degli assetti organizzativi, secondo le linee guida internazionali ed europee. Il titolo terzo, dedicato all'organizzazione amministrativa e contabile e ai controlli interni, all'art. 1 prevede che gli assetti di governo societario costituiscano «*un elemento fondamentale per assicurare la sana e prudente gestione aziendale*», secondo «*il principio di proporzionalità, avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura dell'attività svolta*». E si richiama espressamente «*una approfondita autovalutazione, che consenta di individuare il modello in concreto più idoneo... avendo presente anche i costi*». E molto di più; se ne consiglia la lettura, assai utile per inquadrare in concreto la ricchezza del tema.

La dottrina⁵⁹ ha riassunto perspicuamente i principi che emergono dal t.u.f. e dalla regolamentazione, quali:

- (i) principio della proporzionalità, intesa come scelta di soluzioni organizzative proporzionate alla complessità dell'attività svolta;
- (ii) principio della adeguatezza, intesa come idoneità delle soluzioni organizzative prescelte rispetto agli obiettivi predetti, adeguatezza che costituisce contenuto di un obbligo per gli organi della società e canone per l'esercizio della vigilanza;
- (iii) principio della chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità;
- (iv) principio dell'appropriato bilanciamento dei poteri, al fine di evitare concentrazioni di potere suscettibili di impedire il funzionamento di una corretta dialettica interna all'assetto organizzativo attuato;
- (v) principio di equilibrata composizione degli organi;
- (vi) principio di efficacia dei controlli;
- (vii) principio del necessario presidio di tutti i rischi aziendali;
- (viii) principio di adeguatezza dei flussi informativi.

Essi, come si è detto, sono utili anche per ricostruire, in modo più concreto, gli obblighi gravanti sull'impresa per il nuovo art. 2086 c.c.

Per quanto riguarda le assicurazioni, la regolamentazione Ivass a sua volta delinea un quadro di elevato dettaglio operativo (regolamento 3 luglio 2018, n. 38), sulla base della disciplina primaria contenuta negli artt. 30 ss. d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, *Codice delle assicurazioni private*.

⁵⁹ SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit., a p. 143 ss.

VI. Specifici profili di disciplina

16. La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo

Come sempre, si riscontra il rischio concreto di sovrapposizione dei controlli: concorrono ad essi gli amministratori non esecutivi, gli amministratori indipendenti, il comitato per il controllo, il collegio sindacale, l'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, ecc.

Senza considerare che, in ipotesi di passaggio da una situazione di continuità aziendale al *default*, può aversi l'attribuzione di competenze anche a figure esterne atipiche: quali il *chief restructuring officer*, gli *advisors* legali e finanziari, le autorità di vigilanza per gli enti quotati e per le banche, l'attestatore del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sino al commissario giudiziale ed al giudice delegato.

Onde – se esistano vari organi cui sia affidata tale lata funzione – la ripartizione dei compiti dovrà essere, nell'organigramma interno, particolarmente chiara, e proprio questo sarà uno dei profili di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto.

Per gli organi deleganti, l'imputabilità della mancata o inadeguata predisposizione degli assetti è necessariamente legata – come in ogni altro caso – a presupposti specifici.

La responsabilità degli organi deleganti è tradizionalmente ancorata ai flussi informativi ricevuti ed al dovere di cogliere eventuali segnali di anomalia nella gestione, richiedendo ulteriori e più dettagliate informazioni, se quelle fornite appaiono lacunose o contraddittorie (art. 2381, comma 6): onde varrà l'ampia letteratura ed elaborazione giurisprudenziale al riguardo.

Si ricorda solo che anche nella s.r.l. è ormai ammesso il sistema delle deleghe. Se di ciò già non si dubitava, una conferma è giunta con l'art. 377, comma 5, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha aggiunto il sesto comma all'art. 2475 c.c., richiamando "in quanto compatibile" l'art. 2381 c.c.

Sul tema, si rinvia ai completi contributi in argomento.

17. L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa

L'incidenza degli assetti nel procedimento di denuncia al tribunale può essere guardata da due punti di vista:

- a) se la violazione dell'obbligo di istituire gli assetti possa fondare una denuncia per gravi irregolarità;
- b) se la denuncia al tribunale costituisca, da parte dei sindaci o di altri soggetti legittimati, una misura idonea a fronte del rilievo della crisi.

Sotto il primo profilo, per ora affrontato dalla giurisprudenza, si consideri

che molte condotte sono suscettibili di integrare gravi irregolarità, trovando fondamento nell'ampia formula dell'art. 2086 c.c. (ma potrebbero già integrare la nozione di inadempimento ai fini della responsabilità di cui all'art. 2392 c.c., o giusta causa di revoca dell'amministratore, ai sensi dell'art. 2383 c.c.).

Tra gli esiti del procedimento di denuncia al tribunale può aversi anche l'adozione di uno degli strumenti di composizione o risoluzione della crisi, ad opera degli stessi amministratori denunciati; di nuovi amministratori nominati dalla società ai sensi dell'art. 2409, terzo comma, c.c.; o anche dell'amministratore giudiziario⁶⁰.

La giurisprudenza già ha avuto modo di pronunciarsi al riguardo.

Fra le altre, il Tribunale di Milano⁶¹, secondo cui gli obblighi previsti dall'art. 2086, comma 2, c.c. individuano profili fondamentali della *governance* delle società, onde la loro violazione è qualificabile come una grave irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c. Qui, il collegio ha accertato che non erano state neppure redatte situazioni patrimoniali di periodo, donde il carattere "approssimativo della gestione", rilevatore dell'assenza di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile adeguato.

Al riguardo si è pronunciato anche il Tribunale di Roma⁶², che ha disposto l'ispezione dell'amministrazione della società.

18. Gruppo aziendale e strutture organizzative

La riforma del 2003 ha posto l'accento sulla caratteristica del fenomeno della *direzione unitaria* (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), o *direzione e coordinamento* (già negli artt. 61 t.u.b. e 12 t.u.f.).

Le parole sono tratte dal diritto che studia per eccellenza l'organizzazione, il diritto amministrativo. Le due espressioni sono considerate equivalenti e stanno ad indicare l'accento posto non sul mero controllo azionario, ma proprio sul potere di direttiva.

Dunque, la riforma per la prima volta ha ammesso esplicitamente la legittimità delle c.d. direttive di gruppo; non solo, esse sono consentite pure quando, in sé dannose, siano compensate dai vantaggi ricevuti dalla società eterodiretta.

È certamente un privilegio la regola "puoi danneggiare, a condizione che si provveda affinché il danno sia *aliunde* compensato": e questo perché il legislatore ha ritenuto che il divieto "secco" di emanare direttive pregiudizievoli per la singola società potrebbe risultare disfunzionale.

⁶⁰ MIRONE, *op. ult. cit.*

⁶¹ Trib. Milano 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 363.

⁶² Trib. Roma, decr. 24 settembre 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 3965, il quale cita il precedente del medesimo tribunale in sede contenziosa (Trib. Roma 8 aprile 2020, *id.*, 2020, I, 2171).

L'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili è dettato dalla legge per le società giuridicamente autonome, difettando una previsione specifica per il gruppo societario. Peraltro, il controllo di adeguatezza degli assetti organizzativi, avendo il suo naturale punto di riferimento nell'impresa, non può che investire le imprese organizzate in forma di gruppo. Inerente al sistema pare, allora, essere il principio generale, per cui sulla società capogruppo ricade la responsabilità di assicurare, attraverso l'attività di direzione e coordinamento, la "coerenza complessiva dell'assetto di governo del gruppo"⁶³.

Vengono qui in rilievo la struttura stessa del gruppo, con gli intrecci societari e le cariche affidate alla stessa persona; il tema del conflitto di interessi nelle operazioni infragruppo, ivi compresi di finanziamenti tra le diverse società e il c.d. servizio di tesoreria, il che involge l'esigenza di creare apposite procedure; nonché il bilancio consolidato di gruppo, sia nella forma obbligatoria che facoltativa ed interna.

La disciplina specifica del gruppo bancario palesa che qui il diritto positivo opera una scelta a favore di un modello di gruppo accentrato, caratterizzato da un ruolo "forte" della capogruppo, destinata a fungere da cinghia di trasmissione delle direttive dell'autorità di vigilanza⁶⁴.

Aspetto tipico dei gruppi è poi quello della doppia dipendenza gerarchica del *management*, verso la direzione generale della società di appartenenza e verso il vertice della omologa funzione nella capogruppo (ad esempio una direzione commerciale societaria dipenderà dal proprio direttore generale o amministratore delegato, ma riferirà funzionalmente alla direzione commerciale di capogruppo). Si pensi ai gruppi internazionali con società operanti all'estero, dove dovrà tenersi conto di distinti "rischi paese".

Qui, dunque, avrà un tipico campo di profocua applicazione il c.d. regolamento di gruppo. In definitiva, il gruppo esige un "piano strategico di gruppo". Ma proprio per questo, il gruppo, come struttura di coordinamento, consente di assicurare una migliore prevenzione dei rischi di crisi e di insolvenza⁶⁵.

Le società controllate, come possono, ed anzi debbono, disattendere direttive illegittime, così dovranno non eseguire indicazioni che impongano l'adozione di assetti palesemente inadeguati⁶⁶.

⁶³ L'osservazione, già da molto anticipata, è in SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze*, cit.

⁶⁴ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.* Per il progetto degli assetti di *corporate governance* nel gruppo, in concreto, BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.

⁶⁵ COSÌ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.

⁶⁶ CAGNASSO, *Organizzazione della gestione*, cit., p. 18.

19. La tutela dell'ambiente e gli "assetti adeguati"

Il "fattore rischio" costituito dal cambiamento climatico è un elemento da considerare nella definizione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Le recenti vicende globali hanno indicato come non eludibile la questione ambientale: le imprese sono sicuramente fra i principali protagonisti di questo cambio di mentalità e di condotte.

Il rischio può riguardare i danni materiali alle infrastrutture di un'impresa o al personale, i cambiamenti tecnologici o delle norme, i rischi di mercato⁶⁷.

Si tratta di una questione globale, per la quale l'armonizzazione deve essere massima.

Infatti, il tema organizzazione d'impresa e protezione dell'ambiente ha animato diverse discipline sovranazionali, tra cui vale ricordare la direttiva n. 2014/95/UE, recepita in Italia con il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, entrato in vigore nel gennaio 2017, sulle comunicazioni di informazioni di carattere non finanziario, già menzionate sopra: è vero che tale disciplina riguarda solo la trasparenza, né tutte le imprese, ma solo banche, assicurazioni e società di maggiori dimensioni, ritenute di interesse pubblico rilevante, che sono pari a circa l'1% circa delle imprese italiane. Il decreto prevede, comunque, che anche tutte le altre imprese non sottoposte all'obbligo possano presentare una dichiarazione di carattere non finanziario in forma volontaria.

E l'obbligo di trasparenza necessariamente si riflette sulla configurazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, che vanno descritti nella relazione in discorso.

Da notare come sia permesso all'impresa – in determinate condizioni – di omettere delle informazioni, nel caso in cui la loro pubblicazione potrebbe comprometterne la posizione commerciale.

Si ricordano ancora le misure contro la plastica monouso (direttiva n. 2019/904/UE, nonché le *Linee guida* della Commissione Europea in data 31 maggio 2021) ed a favore delle energie da fonti rinnovabili (direttiva n. 2018/2001/UE, attuata dal d.lgs. 8 novembre 2001, n. 199).

Infine, la risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2021 sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali indica, tra i *considerando*:

- l'esigenza di rendere le imprese europee più sostenibili nel lungo periodo;
- necessariamente ricercare un equilibrio tra preoccupazioni delle imprese e tutela dell'ambiente;

⁶⁷ S. BRUNO, *Cambiamento climatico e organizzazione delle società di capitali a seguito del nuovo testo dell'art. 2086 c.c.*, in *Banca impr. società*, 2020, 47.

- l'impatto dei danni e dei reati ambientali incide negativamente non solo sulla biodiversità e sul clima, ma anche sui diritti umani e sulla salute umana.

Quindi, fra le altre, formula le seguenti *Raccomandazioni*:

10. chiede di rivedere quanto prima la direttiva sulla responsabilità ambientale e di convertirla in un regolamento pienamente armonizzato; sottolinea che le differenze nell'attuazione e nell'applicazione delle norme dell'UE in materia di responsabilità delle imprese per i danni ambientali non creano attualmente parità di condizioni per l'industria dell'UE, il che provoca distorsioni per il corretto funzionamento del mercato interno dell'UE; chiede maggiori sforzi per armonizzare l'attuazione della direttiva sulla responsabilità ambientale negli Stati membri;

20. si compiace dell'adozione della direttiva (UE) 2020/1828;

30. ritiene che misure di prevenzione esaustive ed efficaci e sanzioni penali dissuasive e proporzionate costituiscano importanti deterrenti contro i danni ambientali; si rammarica del basso tasso di individuazione, indagine, perseguimento e condanna per i reati ambientali; ritiene inoltre che, in linea con il principio «chi inquina paga», le imprese dovrebbero farsi carico di tutti i costi derivanti dai danni ambientali di cui sono direttamente responsabili, in modo da incentivarle a internalizzare le esternalità ambientali, evitando di esternalizzare tali costi;

31. sottolinea che i danni ambientali dovrebbero comportare responsabilità amministrative, civili e penali per le imprese responsabili, in linea con il principio del *ne bis in idem*; osserva che tali forme di responsabilità coesistono con altri regimi di responsabilità previsti dal diritto commerciale, come il diritto dei consumatori o il diritto della concorrenza;

39. accoglie con favore l'annuncio della Commissione, in base al quale la sua proposta relativa alla dovuta diligenza e alla responsabilità delle imprese includerà un regime di responsabilità e ritiene che, al fine di consentire alle vittime di avere accesso a un ricorso efficace, le imprese dovrebbero essere ritenute responsabili, in conformità del diritto nazionale, per i danni che le imprese sotto il loro controllo hanno causato o contribuito a causare mediante atti od omissioni, laddove queste ultime abbiano commesso violazioni dei diritti umani o abbiano causato danni all'ambiente, salvo nel caso in cui l'impresa possa dimostrare di aver agito con la dovuta diligenza, in linea con i rispettivi obblighi in materia di dovere di diligenza, e di aver adottato tutte le misure ragionevoli per prevenire tali danni;

40. ritiene che la possibilità di concedere l'esonero della responsabilità basato sul possesso di un'autorizzazione oppure sullo stato delle conoscenze scientifiche in virtù della direttiva sulla responsabilità ambientale debba essere mantenuta esclusivamente nel caso in cui un'impresa sia in grado di dimostrare che non poteva essere a conoscenza dei pericoli derivanti dalla propria attività (inversione dell'onere della prova);

43. chiede alla Commissione di valutare l'introduzione di un sistema di garanzia finanziaria obbligatorio (che disciplini assicurazioni, garanzie bancarie, società affiliate, titoli e obbligazioni o fondi) con una soglia massima per caso, al fine di evitare che i costi derivanti dalla riparazione dei danni ambientali ricadano sui contribuenti;

48. rammenta altresì che non esiste alcuno strumento giuridico dell'UE che preveda la possibilità di perseguire società europee all'estero qualora esse commettano reati ambientali o svolgano attività che causano danni ambientali.

L'istituzione di tali assetti e la valutazione della loro adeguatezza diventa, allora, una componente essenziale dell'impresa societaria *tout court*. Può, cioè, davvero sostenersi che tutte le altre imprese possano ignorare il fattore ambientale, oppure si può rinvenire nel sistema un fondamento giuridico, che le obblighi a considerarlo nella definizione degli assetti organizzativi, amministrativi o contabili e, conseguentemente, a gestirlo? La risposta sembra senz'altro affermativa.

Si pensi, per tutti, all'acqua: così importante nella storia dell'umanità, che il conflitto per attingere nel fiume tra due fondi confinanti ha lasciato traccia nel linguaggio ("*rivale*", da riva)⁶⁸.

In conclusione: la scienza ha dimostrato che questo rischio è prevedibile, onde va tenuto in considerazione nell'istituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e nella valutazione della loro adeguatezza da parte dei consigli di amministrazione di tutte le società e dell'impresa individuale.

VII. Economia aziendale. Ristrutturazione dell'impresa

20. Profili di economia aziendale

Non vi è dubbio che, essendo materia di derivazione aziendalistica, possa esservi una certa ritrosia da parte dei giuristi a misurarvisi. Ma gli assetti organizzativi adeguati configurano un criterio generale di condotta, che riceve specificità proprio grazie alla scienza aziendale, le migliori prassi ed i codici di settore.

Il significato degli "assetto adeguati" viene dagli aziendalisti declinato con riguardo, da un lato, ai profili *strutturali* dell'azienda e, dall'altro lato, alle *procedure interne*.

Tra i primi, essenzialmente: l'assetto della *corporate governance* (modello, composizione degli organi amministrativo e di controllo); la struttura organiz-

⁶⁸ Mi permetto il rinvio a L. NAZZICONE, *L'acqua iemale e il Tribunale superiore delle acque*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, 65 ss.

zativa di ruoli e funzioni interne; la struttura organizzativa delle funzioni decentrate; la organizzazione delle relazioni stabili con gli *stakeholders* (*partners*, subfornitori, terzisti, concessionari, licenziatari, ecc.); i processi operativi interni, i regolamenti e le direttive; il modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001; la funzione contabile; la struttura informatica.

A ciò, la dottrina aziendalistica affianca i minuti *aspetti operativi* di funzionamento degli elementi strutturali: convocazione e funzionamento degli organi di amministrazione e di controllo; sistema dei controlli interni; funzionamento dell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001; flussi informativi in linea verticale ed orizzontale; sistema di *reporting* manageriale; sistemi retributivi e sistemi incentivanti; e così via.

La scienza aziendale indica pure che, per le imprese di minore dimensione, potrebbe essere sovradimensionato un assetto così ampiamente descritto, dovendosi bilanciare le esigenze organizzative e i costi correlati.

Naturalmente, gli strumenti aziendali dovrebbero essere idonei a segnalare in anticipo una “crisi”.

Sul tema dell'emersione della crisi dell'impresa esistono numerose disposizioni positive: l'art. 2086 c.c. sugli assetti organizzativi; l'art. 2467 c.c. sui finanziamenti anomali nella s.r.l. (richiamato per i gruppi dell'art. 2497-*quinquies* c.c.); l'art. 2 c.c.i.i. sulla “nozione di crisi”; l'art. 13 c.c.i.i. sugli “indicatori di crisi”.

Tali nozioni dovrebbero essere intese in senso tendenzialmente coerente, in quanto gli indici suggeriti dalla scienza aziendalistica – allo stato della migliore scienza ed esperienza – sono sempre gli stessi, e valgono per assolvere agli obblighi di cui all'art. 2086 c.c.; individuare i presupposti che rendono un prestito dei soci “anomalo”; scoprire lo “stato di crisi”.

Il codice utilizza locuzioni apparentemente simili per concetti diversi⁶⁹:

- gli *indicatori* – e cioè gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario – dovrebbero essere i criteri generali apprezzamento del rischio di crisi (art. 13, comma 1, prima parte, c.c.i.i.);
- gli *indici* dovrebbero essere i “rapporti” idonei a consentire una misurazione in termini matematici degli indicatori afferenti agli squilibri, sulla base di ulteriori sotto-criteri, e cioè la sostenibilità dei debiti, le prospettive di continuità aziendale (per l'arco temporale previsto) e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi (art. 13, comma 1, seconda parte, e 13, comma 2, c.c.i.i.);

⁶⁹ Cfr. MIRONE, *op. ult. cit.*

- gli *indizi* della crisi sono quelle circostanze che devono essere segnalate dall'organo di controllo agli amministratori, ai sensi dell'art. 14 c.c.i.i., e l'espressione dovrebbe riferirsi alla valutazione "unitaria" dei vari indicatori ed indici, che induca a ritenere sussistente uno stato di crisi.

La scienza aziendale elenca diversi indici, recepiti nel documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, che si possono apprezzare in senso logico come evidenzianti lo stato della impresa⁷⁰, fra cui si ricordano i principali:

- a) il *DSCR (Debt Service Coverage Ratio)* è il criterio legale della non sostenibilità dei debiti per i sei mesi successivi, ovvero l'indice di copertura dei debiti, quale rapporto tra i flussi di cassa liberi, previsti nei sei mesi successivi (al numeratore) disponibili per il rimborso dei debiti (al denominatore) previsti nello stesso arco temporale, ed è uno strumento effettivamente innovativo sul piano della normativa civilistica;
- b) il *patrimonio netto negativo* è invece un indice di allarme già previsto dal codice civile, che conduce ad una causa di scioglimento della società (art. 2484, n. 4, c.c.);
- c) la *continuità aziendale*, affidata alla valutazione tecnica degli organi sociali, può richiamare l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c.;
- d) gli *inadempimenti* possono già palesare lo stato di insolvenza.

Inoltre, sono diversi gli indicatori della crisi in caso di società in istato di liquidazione.

Uno dei problemi, che il consulente aziendale deve affrontare, concerne la "frequenza adeguata" delle rilevazioni: osservazioni troppo frequenti, specie sulla redditività e sull'assetto organizzativo, potrebbero risultare non utili, accentuando un inopportuno e miope orientamento al breve periodo e al dettaglio organizzativo⁷¹.

21. Profili di ristrutturazione aziendale

Molti gli strumenti presenti nell'ordinamento, non tutte in vigore, atte a risolvere la crisi d'impresa, oltre alle operazioni di ristrutturazione aziendale, come gli interventi sul capitale, le fusioni e scissioni, ecc., già presenti nel codice civile:

⁷⁰ Si rinvia, per dettagli, a F. MANCA, *Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione dell'azionalista*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 629; BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.; RIVERDITI, *La mancata predisposizione di assetti adeguati e i rimedi giurisdizionali in ambito penalistico*, cit.

⁷¹ BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali*, cit.

le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (artt. 12 ss. c.c.i.i.); il piano attestato di risanamento (art. 56 ss. c.c.i.i.); gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57 ss. c.c.i.i.); la convenzione di moratoria (art. 62 c.c.i.i.) e il concordato preventivo (art. 84 ss. c.c.i.i.).

Il recente d.l. 24 agosto 2021 n. 118, *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia* convertito nella l. 21 ottobre 2021, n. 147, ha disposto il rinvio del codice della crisi e dell'insolvenza, tuttavia anticipandone numerose disposizioni nell'ambito della legge fallimentare, ed ha, inoltre, introdotto alcuni istituti nuovi.

Il d.l. n. 118 ha previsto, oltre al differimento dell'entrata in vigore del c.c.i.i., il nuovo strumento della «*composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*».

Del resto, la nozione unionale di “ristrutturazione” ha la stessa duttilità del diritto interno, restando integrata da un ampio *range* di misure, combinabili tra loro, tali da incidere su struttura e organizzazione dell'impresa, eventualmente con ricorso a operazioni straordinarie.

Si rimanda, al riguardo, al contributo apposito (cap. XV).

PARTE PRIMA
GENESI E STORIA DELL'ART. 2086 c.c.

Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.

SOMMARIO: 1. L'origine del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. – 2. Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi. – 3. Il dovere di attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione per superare la crisi e per il recupero della continuità aziendale.

1. L'origine del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (in prosieguo c.c.i.i.), emanato con il d.lgs n. 14 del 2019, in attuazione della legge di delega n. 155 del 2017, oltre a ridisegnare organicamente i principali aspetti del diritto concorsuale, ha modificato ed integrato anche alcune disposizioni del codice civile e, tra queste, l'art. 2086. L'entrata in vigore della riforma del diritto concorsuale, come ben noto, è stata lungamente differita, dapprima per la necessità di facilitarne l'assimilazione da parte degli operatori e per consentire l'approntamento di alcune nuove strutture (in particolare gli Organismi di composizione della crisi, da istituire nelle Camere di commercio), poi a causa della sopravvenuta pandemia da Covid-19 e degli effetti che ne sono derivati sull'intera economia nazionale. Tuttavia, quindi, il c.c.i.i. non è ancora operativo ed è verosimile che subirà in futuro alcune non marginali modifiche, in qualche misura preannunciate dal recente d.l. n. 118 del 2021, convertito con la legge n. 147 del 21 ottobre 2021. Sono però entrate subito in vigore le modifiche e le integrazioni apportate agli articoli del codice civile, cui prima s'è fatto cenno, con gli ulteriori ritocchi operati poi dal decreto correttivo n. 147 del 26 ottobre 2020.

L'art. 2086 è collocato in un capo del codice civile riguardante l'impresa in generale, ma il secondo comma ora aggiuntovi fa unicamente riferimento alle imprese operanti in forma societaria o collettiva. Questa limitazione è forse opinabile, ma quel che conta in questa sede sottolineare è che le disposizioni di cui si tratta certamente riguardano ogni tipo di società costituita per l'esercizio di un'impresa.

Quell'articolo ha dunque ora un nuovo titolo ed un nuovo secondo comma. È su queste novità che conviene spendere qualche breve considerazione.

Nel titolo precedente, “Direzione e gerarchia dell’impresa”, si avvertiva lo spirito dell’epoca in cui il codice civile del 1942 fu emanato, che risuona ancora nell’invariato primo comma, nel quale si ribadisce la struttura gerarchica dell’impresa al cui vertice l’imprenditore è il capo. Il nuovo titolo – “Gestione dell’impresa” – mette invece da parte la gerarchia, sembra voler abbandonare le suggestioni del *Führerprinzip* e pone l’accento sugli aspetti funzionali dell’impresa (collettiva) e sugli obblighi cui è soggetto chi l’amministra. È rimasto invariato il primo comma, che appartiene ancora al passato, ma il nuovo secondo comma è radicato nel presente e segnala la prospettiva verso la quale verosimilmente si svilupperà in futuro molta parte della tematica della responsabilità degli amministratori di società¹. Ovviamente ne vengono di riflesso interessati anche doveri e responsabilità di chi sulla corretta amministrazione dell’impresa è chiamato a vigilare, a cominciare dai sindaci².

Il dovere posto a carico degli amministratori di società dal secondo comma del citato art. 2086 è duplice: essi debbono anzitutto istituire adeguati assetti organizzativi, anche (ma non solo) in funzione della rilevazione tempestiva di eventuali sintomi di crisi e della perdita di continuità aziendale; in secondo luogo (e conseguentemente) debbono attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l’ordinamento pone a loro disposizione per superare la crisi, se questa si è manifestata, e per il recupero della continuità aziendale. V’è dunque prima un dovere di prevenire, organizzando l’impresa in modo che ciò sia possibile, e poi un dovere di reagire con prontezza.

Come s’è già ricordato, le modifiche apportate al citato art. 2086 hanno origine nella progettata riforma organica del diritto concorsuale e sono state perciò concepite nel contesto di quella riforma ed, in qualche misura, in funzione di essa. V’è un legame evidente tra il duplice dovere degli amministratori enunciato dal secondo comma dell’art. 2086 c.c. e gli strumenti di allerta e composizione assistita della crisi che il c.c.i.i. ha inteso mettere in campo appunto per favorire una precoce emersione dei sintomi di crisi dell’impresa e per riuscire, attraverso il ricorso a rimedi tempestivi, ad evitare che la crisi degeneri in vera e propria insolvenza. Ciò al fine di favorire il più possibile soluzioni negoziate di ristruttu-

¹ Sull’ideologia illiberale sottesa all’originaria formulazione del titolo dell’art. 2086 c.c., si veda M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, pagg. 253 e ss., a parere del quale il primo comma di tale articolo, nel nuovo contesto storico dell’Italia repubblicana, sarebbe ormai privo di qualsiasi valore; il nuovo titolo, riferito alla gestione dell’impresa, sarebbe invece viziato da un eccesso di ambizione.

² Sui doveri dei sindaci, quando si manifesti una crisi d’impresa, si veda la recente monografia di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, Milano, 2021.

razione aziendale, così da dover ricorrere a procedure liquidatorie solo quanto non si possa davvero fare altrimenti. È un legame reso ulteriormente esplicito dall'espresso richiamo che proprio al citato art. 2086 opera il secondo comma dell'art. 3 del c.c.i.i. enunciando, nell'ambito dei principî generali, i doveri ai quali il debitore, ed in specie l'imprenditore collettivo, deve sottostare³.

Perciò, il fatto che il c.c.i.i. nella sua interezza ed, in particolare, le anzidette procedure di allerta e composizione assistita non siano ancora entrati in vigore, a differenza del novellato art. 2086 c.c., potrebbe ingenerare il dubbio che il sistema così delineato sia rimasto, in certo qual senso, zoppo: che, cioè, le nuove previsioni inserite nel codice civile, pur se in vigore, possano risultare in qualche misura depotenziate non trovando ancora nei predetti istituti del codice della crisi la loro naturale sponda.

Credo però che una siffatta preoccupazione possa essere, se non del tutto almeno in larga misura, fugata. Se è vero che l'adempimento del dovere di istituire adeguati assetti organizzativi dell'impresa costituisce una condizione perché possa ben funzionare il sistema di allerta interna (basata sull'iniziativa degli stessi organi della società) e che il rispetto dell'obbligo di tempestiva reazione ai primi sintomi della crisi è del pari essenziale perché possano avere successo i tentativi di composizione assistita, è altrettanto vero che entrambi tali doveri conservano piena valenza ed attualità anche indipendentemente dai menzionati istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi. Si è già notato, anzitutto, che, nel formulare il dovere di istituzione di assetti adeguati, il legislatore ha sì indicato che ciò è finalizzato alla rilevazione tempestiva dei sintomi di crisi, ma opportunamente ha fatto precedere tale indicazione dall'avverbio "anche", a chiara dimostrazione del fatto che l'adeguatezza degli assetti organizzativi risponde ad un'esigenza di ordine più ampio ed investe il modo stesso di fare impresa, anche a prescindere dall'eventualità di una crisi. Si manifesta qui con chiarezza l'intento del legislatore di promuovere una cultura imprenditoriale più seria e matura, che non si affidi all'arte di arrangiarsi vivendo alla giornata e sperando nella buona stella, ma esprima quella capacità di programmazione e di prevenzione dei rischi senza la quale molta parte del tessuto imprenditoriale della nostra economia resta inevitabilmente fragile e precario. È poi comunque ben evidente che tanto l'esigenza di organizzare adeguatamente l'impresa e di riuscire a cogliere eventuali sintomi di crisi al loro primo manifestarsi quanto quella di farvi fronte immediatamente per accrescere le probabilità di recupero sussistono da sempre,

³ Mi sia consentito, per brevità, rinviare in proposito al mio scritto *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principî generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2021, 589 ss.

ben prima di quando il legislatore della riforma del diritto concorsuale ha ideato gli specifici istituti dell'allerta e della composizione assistita; e d'altronde la stessa allerta non è stata prevista per la totalità delle imprese operanti in forma societaria (si veda l'art. 12, commi 4 e 5, c.c.i.i.), le quali sono invece tutte tenute al rispetto del secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Val la pena poi ancora di notare che il recente, già citato, d.l. n. 118 del 2021 ha introdotto una nuova figura, la negoziazione assistita della crisi (artt. 2 e segg.), che per certi versi può dirsi sostitutiva della composizione assistita prevista dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ed ha inoltre configurato una sorta di allerta (interna) minore, che si sostanzia nella segnalazione agli amministratori, da parte degli organi di controllo societari, dell'esistenza delle condizioni di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario che rendono possibile l'istanza di composizione negoziata della crisi (art. 15). Benché non sia stata questa volta operato alcun espresso richiamo ai doveri di cui all'art. 2086 c.c., è intuitivo che il rispetto di quei doveri è strumentale tanto al corretto adempimento dell'obbligo di segnalazione gravante sui sindaci, che presuppone un'organizzazione aziendale idonea a far loro percepire per tempo gli squilibri economici, patrimoniali o finanziari di cui s'è detto, quanto all'utilità del ricorso allo strumento della composizione negoziata, la cui efficacia largamente dipenderà dalla tempestività con la quale gli amministratori della società in crisi vi ricorreranno.

Ma veniamo ora ad esaminare un po' più da presso il duplice dovere introdotto a carico degli amministratori di società dal secondo comma dell'articolo in questione.

2. Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi

Sul tema degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili molto già è stato scritto e detto sin da quando han preso corpo le modifiche apportate in argomento dal codice civile⁴. Mi limiterò perciò a pochi cenni.

⁴ Senza alcuna pretesa di completezza ed a mero titolo di esempio, accanto alla monografia di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, si vedano gli scritti più recenti di P. MONTALENTI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di P. Montalenti e M. Notari, Milano, 2021, 13 ss.; V. CALANDREA BUONAURA, *Corretta organizzazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 439 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss.; E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Società*, 2019, 280 ss.; V. DE SENZI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss.

Quando fu emanato il codice civile, nel lontano 1942, non era ancora invalso l'uso di premettere una serie di definizioni volte a dare un significato giuridico alle espressioni verbali contenute nel prosieguo del medesimo codice, allo scopo di vincolare l'interprete a quel significato⁵, come è oggi divenuto invece assai frequente nei testi normativi più complessi. Ciò non toglie che nel corpo del codice civile alcune definizioni le si rinvengono. Così è per l'azienda, di cui l'art. 2555 fornisce la nozione definendola come "il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"; e così è anche per lo stesso imprenditore, che l'art. 2082 qualifica come colui che "esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Una definizione diretta di impresa non c'è, benché ad essa il codice faccia ripetutamente riferimento. Non è difficile però desumerla indirettamente da quella di imprenditore che si è appena riportata⁶: l'impresa è l'attività economica organizzata esercitata professionalmente per le finalità di produzione o scambio di beni o servizi. Da ciò la tradizionale individuazione tra i connotati caratteristici dell'impresa, accanto allo scopo economico cui l'attività è diretta ed alla professionalità di chi la esercita, dell'organizzazione dei mezzi mediante i quali quell'attività si svolge. Elemento, questo, su cui soprattutto si fonda la differenza ancora ben radicata nell'ordinamento nazionale tra attività d'impresa e prestazione d'opera professionale.

Non so se possa davvero sostenersi che, all'origine della codificazione, l'impresa costituisse un *rechtsleerer Raum*, uno spazio vuoto di diritto⁷. Quel che mi pare evidente è però che, a parte la già accennata possibilità di ricavare dalla definizione dell'imprenditore una nozione dell'impresa in cui è ben presente l'elemento organizzativo, il legislatore del 1942 non aveva inteso occuparsi del modo in cui l'imprenditore debba effettivamente organizzare i mezzi e le risorse di cui dispone. Tra la fine del secolo scorso ed i primi decenni di questo le cose sono però radicalmente cambiate e si sono moltiplicati gli interventi legislativi focalizzati proprio sull'organizzazione dell'impresa: dalla normativa bancaria a quella del testo unico della finanza⁸, dalla previsione dei modelli organizzativi e

⁵ Cfr. in argomento P. GAGGERO, *A proposito di definizioni legislative*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, II, 759 ss.

⁶ G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Studi giuridici*, I, Padova, 1992, 242.

⁷ Si veda, in argomento, F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, *L'impresa*, Padova 1979, 4 ss.

⁸ Sugli assetti organizzativi delle imprese d'investimento si veda M. DE MARI, *Diritto delle imprese e dei servizi d'investimento*, Milano, 2018, 44 ss.; su quelli delle banche, A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss.

gestionali volti a prevenire la consumazione di reati, previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001⁹, al testo unico delle società pubbliche¹⁰, e così via. Il proliferare dei riferimenti ai profili organizzativi dell'impresa ha contribuito a fare assumere anche a tali profili una precisa valenza giuridica. Nel corpo stesso codice civile la nozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa ha fatto il suo ingresso sin dalla riforma societaria del 2003, sia pure solo in disposizioni riguardanti le società azionarie, ma l'opinione di molti era già che il dovere di istituzione di tali assetti avesse una portata più generale e fosse quindi applicabile ad ogni tipo di società, proprio come oggi prescrive il secondo comma del novellato art. 2086, cui fanno rispettivamente da corona, in tema di società personali e di società a responsabilità limitata, le corrispondenti previsioni degli artt. 2257 e 2475 c.c.¹¹.

Al qual proposito è opportuno peraltro ricordare che, a seguito del già citato decreto correttivo n. 147 del 2020, si è chiarito come nelle due tipologie societarie da ultimo menzionate competa agli amministratori il dovere di istituire assetti adeguati, senza che per questo sia loro esclusivamente riservata anche ogni altra competenza gestoria. Il che evidenzia la necessità di distinguere concettualmente la nozione di organizzazione dell'impresa, che essenzialmente attiene alla sua nervatura interna, alla definizione dei ruoli ed al modo in cui si rapportano ed informano reciprocamente coloro che vi operano, nonché alle modalità con le quali le relative attività vengono registrate e contabilizzate, dalla vera e propria gestione, che invece si riferisce alle attività attraverso cui l'impresa opera sul mercato per realizzare le proprie finalità, quali enunciate nell'oggetto sociale¹².

Va sottolineato altresì che ora anche nelle società a responsabilità limitata amministrate collegialmente, stante il rinvio all'art. 2381 (in quanto compatibile) operato dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c., il dovere di prendersi cura dell'a-

⁹ Cfr. in proposito C. ZANICHELLI, L. MULAZZI, *Assetti organizzativi: profili di attinenza tra il modello 231 e il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Resp. amm. società e enti*, 2019, 177 ss.

¹⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5 ss.; e G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, *ivi*, 2020, I, 262 ss.

¹¹ N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa*, cit., pag. 394, vi scorgono un percorso normativo che ha "progressivamente consacrato la regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale, in quanto tale destinata a valere in tutte le realtà imprenditoriali in forma collettiva o societaria".

¹² Sulla pur tuttavia non sempre del tutto agevole distinzione tra competenze gestorie e competenze organizzative dell'impresa societaria si vedano le considerazioni di R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di "ingerenza gestoria" dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1460 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina in argomento.

deguatezza degli assetti grava in prima battuta sugli organi delegati (se istituiti), fermi ovviamente restando sia il dovere degli altri amministratori di valutare come ciò avvenga sia quello degli organi di controllo (se sussistenti) di vigilare.

La codificazione esplicita del dovere degli amministratori di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per ogni tipo di società fuga ogni dubbio sulla rilevanza giuridica di siffatta regola, che altrimenti potrebbe ritenersi confinata nell'ambito delle regole tecniche elaborate dalla scienza aziendalistica. Donde l'ineludibile conseguenza che l'eventuale violazione di questo dovere, come di qualsiasi altro obbligo previsto dalla legge o dallo statuto, espone gli amministratori al rischio di azioni di responsabilità promosse nei loro confronti sia da parte della società sia da parte dei creditori sociali (o, più frequentemente, da parte del curatore in caso di fallimento della medesima società), sempre che ovviamente ne sia derivato un danno.

Si discute molto se anche per questa specifica ipotesi di responsabilità sia o meno invocabile il limite della cosiddetta *business judgment rule*, che secondo alcuni potrebbe riguardare solo le responsabilità propriamente gestorie e non anche quelle organizzative¹³. Ho però l'impressione che non sia questa una questione davvero risolutiva. Quel che conta davvero è che, anche quando si tratti di ravvisare una qualche responsabilità degli amministratori di società per non essersi fatti carico dell'adeguatezza organizzativa dell'impresa, occorre tener conto dell'inevitabile margine di discrezionalità che neppure in questo campo può essere negato. La scienza aziendalistica è certamente in grado di fornire utili parametri di valutazione in proposito, che possono agevolare la verifica della correttezza dell'operato degli amministratori, come pure possono agevolarla i modelli elaborati da associazioni d'impresе, ma resta il fatto che l'organizzazione è pur sempre un abito da cucire su misura per ogni singola realtà imprenditoriale e che, sia pure nel quadro di principi generali noti e condivisi, vi sono comunque diversi possibili modi per organizzare adeguatamente un'impresa.

¹³ Si vedano per tutti, in argomento, M. IRRERA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e business judgment rule*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi*, cit., 81 ss.; ed A. BARTANENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, in *Società*, 2020, 1346 ss.; nonché, anche con spunti di diritto comparato, gli scritti di V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69 ss.; e L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss. Sui limiti di discrezionalità degli amministratori nell'organizzazione dell'impresa e sull'interferenza anche per questo aspetto della *business judgment rule* si vedano altresì le puntuali osservazioni di N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 395 ss.

La nozione di adeguatezza, d'altro canto, è per sua stessa natura relativa, ed infatti il legislatore esplicitamente la riferisce “alle dimensioni ed alla natura dell'impresa”, di talché qualsiasi valutazione voglia farsi in proposito – ed è superfluo aggiungere che deve trattarsi sempre di valutazioni da farsi *ex ante* – è essenziale attenersi ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza. Donde l'importanza che chi quel tipo di valutazione è chiamato ad operare, *in primis* il giudice, abbia una professionalità idonea a farlo e sappia opportunamente coniugare le competenze giuridiche con un minimo indispensabile di cognizioni di economia aziendale¹⁴.

3. Il dovere di attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione per superare la crisi e per il recupero della continuità aziendale

Ora conviene però fermare l'attenzione sull'altro dovere enunciato dal secondo comma dell'art. 2086: quello di reagire tempestivamente al primo apparire dei sintomi della crisi.

Si tratta di un dovere di ordine generale, riguardante qualsivoglia impresa (collettiva), e che anche nelle amministrazioni pluripersonali non può non investire l'organo amministrativo nel suo complesso, giacché involge la sopravvivenza stessa della società. Se vi sono amministratori delegati, essi dovranno quindi immediatamente investire della questione il consiglio di amministrazione e riferire del proprio operato ai componenti dell'organo collegiale, i quali sono a loro volta tenuti a rispettare l'obbligo di agire informati *ex art.* 2381, ultimo comma, c.c.

Anche il secondo comma dell'art. 2086 è legato da un evidente nesso sistematico con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ed in particolare con i principi generali espressi nell'art. 3 di quel codice, ove infatti, come già sottolineato, si richiama espressamente il citato 2086 c.c. ed inoltre si parla del dovere della “assunzione di idonee iniziative” per far fronte alla crisi incipiente.

Particolarmente evidente è di nuovo il legame logico con gli istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi di cui agli artt. 12 e seg. c.c.i.i. Tuttavia, non diversamente da quanto già s'è visto a proposito del dovere di istituire adeguati assetti organizzativi dell'impresa, pure il dovere di attivarsi per l'adozione di strumenti idonei a fronteggiare la crisi ha una portata più ampia:

¹⁴ Sull'annoso tema della specializzazione del giudice in materia commerciale e sulla mancata attuazione nel c.c.i.i. di un principio di delega al riguardo enunciato dalla legge n. 155 del 2017 si veda, in particolare, C. VIAZZI, *Codice della crisi dell'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata*, in *www.Questione giustizia*, Trimestrale 2019/2, 321 ss.

vincola anche gli amministratori di società non assoggettabili alle procedure di allerta ed è sin d'ora vigente, benché il codice della crisi ancora non lo sia. Lungi dall'essere circoscritto ai soli istituti ipotizzati dal c.c.i.i., non ancora operativi, quel dovere abbraccia ogni possibile strumento offerto dall'ordinamento in vista di quello scopo. Non solo, dunque, i già collaudati istituti previsti dalla legge fallimentare e dalla normativa applicabile alle grandi imprese, ma altresì la nuova figura della negoziazione assistita di recente introdotta dal d.l. n. 118 del 2021, cui già si è fatto cenno¹⁵, e più in generale ogni iniziativa anche atipica che possa rivelarsi utile per il superamento della crisi e l'auspicato recupero della continuità aziendale.

A ben guardare, d'altronde, il dovere degli amministratori di attivarsi nei modi più opportuni per fronteggiare sintomi di crisi che potrebbero preludere ad una vera e propria insolvenza è da sempre implicito nel loro più generale dovere di gestire diligentemente l'impresa e di fare quanto occorre per conseguire l'oggetto sociale. Il novello secondo comma dell'art. 2086 lo specifica però meglio e segnala che devono farlo "senza indugio", pur non fornendo alcuna altra indicazione circa il modo in cui gli amministratori devono attivarsi. La formula "senza indugio" è adoperata altre volte nel codice civile (per esempio dall'art. 2446 per la convocazione dell'assemblea in caso di perdite di oltre un terzo del capitale sociale) e comporta evidentemente un certo margine di elasticità. Pur non costituendo un parametro rigido, tuttavia, credo che si possa fare riferimento ai criteri indicati dall'art. 24 c.c.i.i. per la concessione di misure premiali a chi faccia tempestivamente ricorso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il differimento dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non toglie che le disposizioni ivi contenute, in quanto frutto di un procedimento di produzione normativa giunto regolarmente a conclusione, già esprimano una *voluntas legis* della quale si può e si deve tenere conto in un'ottica di interpretazione sistematica dell'ordinamento. Si dovrebbe perciò quanto meno poter escludere che all'amministratore il quale abbia assunto iniziative entro i termini temporali che il citato art. 24 c.c.i.i. considera tempestivi possa essere addebitato di non aver rispettato l'obbligo di reagire "senza indugio" ai sintomi della crisi. Il rispetto di quei termini, benché non possa ancora essere invocato al fine di beneficiare di misure premiali, appare comunque incompatibile con un eventuale addebito di tardività nella reazione ai sintomi di crisi.

Un grado di elasticità ancor maggiore si deve riconoscere quanto alla scelta dei rimedi idonei a favorire il superamento della crisi ed il recupero della con-

¹⁵ Vedi, in argomento, I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *www.diritto della crisi*, 2021.

tinuità aziendale. Anzitutto mi pare debba escludersi che la norma possa essere intesa come implicante un obbligo degli amministratori di perseguire ad ogni costo la continuità aziendale, pur quando le condizioni economico-patrimoniali dell'impresa e la situazione del mercato non lo giustifichino, onde si renda opportuno convocare l'assemblea per proporre lo scioglimento e la liquidazione volontaria della società. Anche se però l'amministratore preferisca optare per un tentativo di salvataggio, gli è data ampia scelta tra i diversi possibili strumenti a tal fine utilizzabili. Sempre che tale scelta non sia manifestamente inadeguata e non appaia del tutto irragionevole, come potrebbe dedursi, ad esempio, dal suo essersi risolta nella proposizione di istanze o di ricorsi *ictu oculi* inammissibili, l'infelice esito del tentativo di tener viva l'impresa non può certo di per sé solo essere fonte di responsabilità per l'amministratore che abbia intrapreso senza successo una delle possibili strade per giungere alla composizione della crisi.

Non va poi trascurato, sullo sfondo, il disposto dell'art. 217, comma 1, nn. 3 e 4, l.f. (norme trasfuse nell'art. 323, comma 1, lett. c e d, c.c.i.i.), che segna il confine della discrezionalità degli amministratori in materia, punendo a titolo di bancarotta semplice le operazioni gravemente imprudenti poste in essere per ritardare il fallimento (o liquidazione giudiziale) e quelle che abbiano provocato l'aggravamento del dissesto derivante dal non aver richiesto il proprio fallimento o da altra colpa grave (disposizioni applicabili agli amministratori di società *ex art. 224 l.f.*, ora trasfuso nell'art. 330 c.c.i.i.).

Il legislatore (quello nazionale al pari di quello europeo) indubbiamente intende favorire sbocchi positivi della crisi d'impresa, tali da consentire il mantenimento in attività dell'azienda anche con riflessi positivi sull'occupazione, ma non giustifica tentativi di salvataggio azzardati che possono produrre più danni che benefici. Gli amministratori debbono perciò saper valutare con la diligenza richiesta dall'adempimento del loro incarico fino a qual punto si spinga il dovere di adoperarsi per il recupero della continuità aziendale di un'impresa in crisi e dove, invece, scatti il loro obbligo di non aggravare il dissesto ritardando senza ragione la liquidazione giudiziale.

Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c.

SOMMARIO: 1. Gli esordi della disposizione, dalla sua prima versione a quella attuale. – 2. Un pregiudizio da sfatare: l'obbligo di adeguatezza organizzativa come inutile fardello sulle spalle dell'imprenditore. – 3. Adeguatezza organizzativa e "procedimentalizzazione" dell'attività d'impresa. – 4. Adeguatezza organizzativa e interessi dei terzi.

1. Gli esordi della disposizione, dalla sua prima versione a quella attuale

L'argomento che è stato assegnato al mio intervento è del tutto adatto ad introdurre i partecipanti a questo Corso all'ampia tematica concernente la disciplina delle crisi d'impresa e le sue recenti trasformazioni.

La riflessione che, nell'ambito della commissione ministeriale istituita dall'allora Ministro Orlando nel 2017 con l'incarico di elaborare i criteri della delega legislativa per una revisione organica del diritto della crisi e dell'insolvenza ed affidata alla guida del pres. Rordorf, ha condotto ad intervenire sul disposto dell'art. 2086 c.c., inserendovi un secondo comma, è la seguente.

Sulla premessa che il principio di adeguatezza organizzativa individua e definisce, almeno a partire dalla riforma organica del diritto societario introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003, uno dei doveri che incombono all'organo a cui è affidata la gestione dell'impresa¹, è sembrato opportuno cogliere l'occasione della revisione e risistemazione della disciplina della crisi e dell'insolvenza per precisare ulteriormente il contenuto di detto dovere, collegando la regola dell'adeguatezza degli assetti altresì all'esigenza della rilevazione (quanto più possibile) tempestiva di sintomi o indizi della crisi: esigenza che la riforma della legislazione concorsuale mirava a soddisfare forse prima di ogni altra, in ragione dell'ormai acquisito convincimento che l'intervento tempestivo o addirittura precoce consente

¹ Giova osservare il mutamento intervenuto altresì nella rubrica dell'art. 2086 c.c., che – coerentemente con quanto si viene osservando nel testo – fa ora riferimento alla "gestione dell'impresa".

di alleviare i costi e di arginare gli effetti della crisi, ed in ossequio, comunque, alle indicazioni al riguardo provenienti dal diritto dell'UE².

Una volta condivisa questa riflessione all'interno della Commissione ministeriale, è sembrato – anche a chi scrive – opportuno inserire la regola onde è imposto il dovere di adeguatezza organizzativa, nella sua nuova declinazione, inclusiva del dovere di rilevazione tempestiva della crisi in una disposizione generale sull'impresa, sul presupposto che l'ambito di applicazione di detta regola si estende a tutte le forme di esercizio dell'impresa: questa disposizione è stata individuata nell'art. 2086 c.c., che fino a quel momento era rubricato “direzione e gerarchia dell'impresa” ed esauriva il suo contenuto precettivo nell'affermazione che l'imprenditore è il capo dell'impresa e che da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori; affermazione da taluni considerata alla stregua di una mera ed obsoleta reminiscenza dell'autoritarismo corporativo del regime fascista vigente all'epoca in cui il codice civile venne emanato, sostanzialmente svuotata di ogni significato dal sopravvenire di un contesto politico e sociale radicalmente diverso, il che spiega certi commenti negativi, a volte anche sferzanti, sulla scelta legislativa di utilizzare proprio l'art. 2086 come alveo in cui versare il nuovo principio generale di “gestione” dell'impresa.

In ogni caso, la decisione di introdurre un nuovo secondo comma nell'art. 2086 c.c., con il contenuto di cui si è detto, si è accompagnata con l'ulteriore scelta di riprodurre l'enunciazione della medesima regola³ con riferimento alle singole forme di esercizio dell'impresa, e specificamente con riferimento a tutti i tipi di società conosciuti dal nostro ordinamento: ne è risultata una certa – esteticamente non gradevole – pesantezza espositiva, che comunque rende bene l'importanza ed il rilievo sistematico che si è inteso attribuire alla nuova declinazione (“allargata” alla rilevazione tempestiva della crisi) del dovere (e del principio) dell'adeguatezza organizzativa.

Per chi avesse ancora poca dimestichezza con la disposizione in esame, vigente nel nostro ordinamento già dal 2019 nonostante i rinvii, ormai plurimi, impressi all'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa

² Mi riferisco in particolare alla nota Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, che già nel titolo fa riferimento, significativamente, ad un “nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza.

³ Cfr. artt. 2257, comma 1, 2380-*bis*, comma 1, 2475, comma 1: in realtà, le disposizioni testé richiamate non hanno un contenuto perfettamente coincidente con quello dell'art. 2086, comma 2, in quanto introducono la regola ulteriore e discutibile nella sua assolutezza – estranea, tuttavia, all'ambito del presente intervento – secondo la quale nelle società di persone, per azioni o a r.l. l'istituzione degli assetti organizzativi di cui all'art. 2086 è di esclusiva competenza degli amministratori.

(d.lgs. n. 14 del 2019, nel prosieguo c.c.i.i.) in cui essa era contenuta, conviene spendere qualche considerazione sul suo ambito soggettivo di applicazione.

La formulazione attuale dell'articolo è, in realtà, diversa dal testo, come era stato originariamente concepito: la modifica, la cui paternità non è agevolmente identificabile, è consistita nel limitare alle imprese collettive l'applicazione del principio di adeguatezza organizzativa.

Testualmente, l'attuale disposizione recita, com'è noto, al comma 2: «*L'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva* ha il dovere di istituire (...)».

Personalmente non ho condiviso questo intervento sul testo originario, anche se non ho potuto far nulla, a suo tempo, per contrastarlo, anche perché – purtroppo – mancò all'epoca il tempo per la rilettura sistematica del testo normativo e la sua discussione in sede collegiale, mentre la lavorazione successiva alla chiusura anticipata dei lavori della Commissione Rordorf non ha visto alcuna partecipazione né dei componenti, né del presidente di detta Commissione.

Quando constatai che il testo finale della disposizione era diverso, *in parte qua*, da quello originariamente concepito, in vero, ne rimasi un po' perplessa, ma ormai il decreto legislativo era stato pubblicato nella G.U. e, rispetto a talune delle sue disposizioni (tra le quali quella in esame), già entrato in vigore. Vale forse la pena ricordare che l'elaborazione dello schema di decreto delegato fu un processo (troppo) breve ed al tempo stesso alquanto travagliato⁴: si può ben dire che la consegna della bozza all'allora Ministro della Giustizia, ai primi di dicembre del 2017, avvenne sulla base di una sorta di parto prematuro, anticipato di almeno due settimane rispetto alla scadenza previamente concordata; successivamente, dopo le elezioni politiche di marzo 2018, cambiò il Governo, mutò la persona del Ministro, lo schema di decreto delegato subì una ulteriore lavorazione, ma ormai del tutto al di fuori della Commissione Rordorf. Quindi, non so bene a che punto di questo *iter* intervenne la correzione sul disposto dell'art. 2086, comma 2.

Quel che è storicamente certo è che, nella originaria impostazione, l'ambito applicativo della norma coincideva con la fattispecie dell'impresa⁵: del resto, ove

⁴ Ho avuto occasione di descriverlo brevemente, anche perché rimanga nella memoria di tutti noi come esempio di procedimento legislativo eccessivamente condizionato dai tempi della politica e compresso a tal punto da rendere praticamente impossibile quel dibattito pubblico che dovrebbe sempre accompagnare le riforme, o almeno le più importanti, in G. SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, in *Rivista ODC*, 2019, n. 3, 669 ss., nota 7.

⁵ La limitazione dell'ambito di operatività del principio al solo insieme delle imprese imputate ad un soggetto collettivo, o al sottoinsieme delle imprese imputate ad un ente societario, non era stata neppure presa in considerazione dagli originari estensori della nuova disposizione.

non fosse stato così, non avrebbe avuto senso la sua collocazione nell'art. 2086: l'idea era proprio quella di farne un principio generale del diritto dell'impresa.

La discussione, si deve per altro riconoscere, ha una rilevanza pratica alquanto limitata. Infatti, a voler assecondare l'attuale tenore testuale della disposizione, rimarrebbe estraneo al suo perimetro applicativo l'imprenditore individuale (una fattispecie, quindi, del tutto marginale, dal punto di vista quantitativo, nell'attuale contesto economico-sociale), nonché, forse, l'impresa esercitata da una fondazione (in quanto sfugge, verosimilmente, alla qualificazione in termini in impresa "in forma collettiva" di cui all'art. 2086, comma 2).

Inoltre, è proprio sicuro che un obbligo di adeguatezza organizzativa facente capo altresì all'imprenditore individuale non sia desumibile da altre norme, diverse dall'attuale art. 2086, comma 2?

Mi riferisco, in particolare, al disposto dell'art. 3 c.c.i.i., rubricato "*Doveri del debitore*", dove si sancisce l'obbligo dell'imprenditore individuale di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e ad assumere senza indugio le iniziative necessarie, mentre nel comma successivo si parla dell'imprenditore collettivo, cui si impone l'obbligo di adottare un assetto organizzativo adeguato.

Qualcuno ha ritenuto che ciò confermerebbe che l'imprenditore individuale non sia tenuto ad adottare un assetto organizzativo adeguato (bensì soltanto ad attrezzarsi in funzione della rilevazione tempestiva di eventuali sintomi di crisi); altri, invece, hanno sottolineato la distinzione tra la parola "misure" e la parola "assetto organizzativo", affermando che la prima evocherebbe un'azione meno intensa, la quale si addice ad un imprenditore di minori dimensioni, mentre laddove si tratti di un'impresa più complessa – in quanto collettiva – sarebbe richiesta un'azione più incisiva, alla quale sarebbe congrua la seconda espressione.

Si può osservare, in senso contrario a tali distinzioni apparentemente sottili, che l'attitudine a riconoscere tempestivamente lo stato di crisi e ad evitarne l'aggravamento presuppone comunque un'impresa, individuale o collettiva che sia, ben organizzata nella fase *in bonis*: l'osservazione empirica suggerisce che è ben difficile individuare in maniera lucida e tempestiva i rimedi ad uno stato di crisi ormai in atto, capaci di arginarne l'espansione ed in genere gli effetti, se l'impresa non ha preventivamente adottato un'organizzazione adeguata, strumento indispensabile anche per cogliere ed interpretare le cause della crisi stessa.

L'interpretazione qui proposta comporta, è innegabile, una lieve forzatura del tenore testuale dell'art. 2086, comma 2, c.c. (nonché dell'art. 3 c.c.i.i.): ma essa si lascia comunque preferire in quanto è l'unica capace di cogliere la *ratio* e l'esatto ruolo nel sistema della disposizione di cui si discute: disposizione che intende esprimere, a mio avviso, una norma generale – se si vuole un principio – di diritto dell'impresa, la cui applicazione prescinde dalla forma di esercizio dell'impresa o dalle modalità della sua imputazione.

Noi giuristi siamo da tempo abituati, anche nell'ambito del diritto commerciale, a ragionare per principî e clausole generali.

Averne introdotta un'altra non suscita scandalo: a meno che non si appartenga al novero di coloro che si pongono in posizione in generale critica rispetto a tecniche di normazione basate sui principî e le clausole generali, in considerazione del loro carattere elastico e indeterminato, che favorirebbe il proliferare di interpretazioni diverse in sede applicativa, foriere in quanto tali di incertezza e di disorientamento.

Personalmente non aderisco a queste posizioni: sono anzi dell'idea che, mai come oggi, in un contesto di legislazione – in particolare in tema di impresa – molto estesa ed articolata, frammentata in tanti settori, si avverte più che mai l'esigenza di individuare e ricostruire principî di carattere generale, che sorreggano ed orientino in maniera armonica l'interpretazione (anche colmando eventuali lacune che si annidino negli interstizi fra una legge e altra, fra un settore normativo e l'altro) e valgano a non farci perdere di vista la coerenza del "sistema".

2. Un pregiudizio da sfatare: l'obbligo di adeguatezza organizzativa come inutile fardello sulle spalle dell'imprenditore

L'indagine comparatistica conferma che è stata recepita in molti ordinamenti l'idea secondo la quale chi esercita un'impresa debba preoccuparsi non solo di quella che siamo abituati tradizionalmente a definire "corretta gestione", ma anche della "corretta organizzazione".

Ha acquisito in maniera sempre più nitida autonomia, rispetto alla categoria dei doveri di gestione, la categoria dei doveri di organizzazione.

Non dobbiamo pensare che si tratti di un esercizio concettuale, di un orpello, e che l'individuazione della categoria dei doveri di organizzazione, priva di una vera ragione sostanziale, valga in realtà a gravare l'impresa di pesi ulteriori e dei relativi costi.

Si tratta di un'opinione sposata con enfasi da taluni dei primi commenti della nuova disposizione: anche a livello di organi di stampa e *mass media* in genere, emergeva la martellante preoccupazione che l'impresa uscisse da questa "riforma" appesantita e potenzialmente soffocata da oneri "organizzativi" e "burocratici" per lo più fini a sé stessi, non proporzionati e dunque eccessivi.

Questo tipo di reazione, e la preoccupazione che essa esprimeva, mi sorpresero non poco: si tendeva infatti a trascurare il dato a mio avviso incontrovertibile, che la vera ed unica "novità" del disposto del nuovo comma 2 dell'art. 2086 risiede in ciò, che esso conferisce a carattere generale ad un principio che, sia pure in termini più circoscritti, era stato già riconosciuto nella legislazione previgente.

È vero che in quella l'obbligo di adeguatezza organizzativa era riferito alla sola società per azioni e, dunque, la generalizzazione a tutte le imprese (società di persone, imprese individuali, ecc.) è stata sicuramente stata un passo importante, compiuto – non a caso – nell'occasione della riforma della disciplina della crisi: proprio perché, come già osservato, tale disciplina, sia per l'evolvere della sensibilità comune e per l'affermarsi di nuovi metodi nelle scienze sociali ed economico-aziendali, capaci di caratterizzarle sempre di più come scienze predittive, sia per le indicazioni provenienti dall'Europa (a cominciare dalla nota Raccomandazione del 2014), imponeva di dare rilievo al tema del riconoscimento tempestivo della crisi e dell'intervento immediato sulla stessa; il quale a sua volta presuppone, come già si è osservato, che gli strumenti di intervento siano predisposti in anticipo, e rimanda quindi all'idea di una preesistente adeguata organizzazione dell'impresa, inclusiva di detti strumenti.

Com'è noto, l'idea che l'impresa debba dotarsi di assetti organizzativi adeguati era prepotentemente venuta alla ribalta, con riferimento alla società per azioni (art. 2381, commi 3 e 5; art. 2403, comma 1), in occasione della riforma organica del diritto delle società di capitali e cooperative varata nel 2003 ed era stata a sua volta preceduta dall'affermazione del medesimo principio nella legislazione speciale del settore bancario e dell'intermediazione finanziaria in genere⁶, dove l'adeguatezza organizzativa viene considerata, nell'ottica della vigilanza prudenziale, come uno dei presidi essenziali della gestione sana e prudente dell'intermediario.

Senonché è avvenuto che, mentre all'accoglimento del dovere di adeguatezza organizzativa nel novero dei doveri degli amministratori era stata riservata una valutazione generalmente positiva, l'atteggiamento è apparso subito diverso, in termini generali, anche se non assoluti, con riguardo all'idea di estendere l'applicazione di quel principio a tutte le forme di imprese, indipendentemente dall'organizzazione della loro titolarità.

Contro detta estensione si adduceva, lo si è già ricordato, l'argomento che ne sarebbe verosimilmente derivato un aggravio di costi e di oneri per l'impresa, difficilmente sostenibile e difficilmente giustificabile – in particolare – riguardo alle imprese di piccole o piccolissime dimensioni, quali sono, di norma, quelle facenti capo ad un individuo.

Ora, a prescindere dal rilievo, già svolto dianzi, del carattere del tutto marginale, nella realtà economica odierna, della figura dell'imprenditore-persona

⁶ Cfr. ad es. P. MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 432 ss.; e prima ancora G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 137 ss.

fisica, questa tesi appare criticabile in quanto trascura la centralità, nella regola in discussione, del criterio riassumibile nella parola “adeguatezza”: gli assetti organizzativi, la cui istituzione viene imposta generalmente alle imprese, devono essere infatti “*adeguati alla natura e alle dimensioni dell’impresa*” stessa.

Occorre quindi valorizzare l’aggettivo “adeguati”, che esprime un principio di proporzionalità, e gli indici o parametri che il legislatore ha fornito, come termini di riferimento rispetto ai quali valutare l’adeguatezza. Essi sono costituiti, rispettivamente, dalla natura e dalle dimensioni dell’impresa. Si ha quindi riguardo, da un lato, alle caratteristiche qualitative dell’impresa sotto il profilo dell’oggetto e del modo di esercizio dell’attività (quello che gli aziendalisti chiamano il “business model”), nonché sotto il profilo dell’imputazione, o – se si preferisce – dell’organizzazione della titolarità; si ha riguardo, dall’altro lato, al profilo dimensionale o quantitativo, quindi, per es. al numero dei dipendenti, o alla numerosità delle sedi o degli stabilimenti, ecc.

Se si applicano correttamente i suddetti parametri, tenendo conto in maniera analitica delle peculiarità dei singoli casi concreti, difficilmente ne risulterà integrato il rischio che taluni paventano: la complessità e la “pesantezza” degli assetti organizzativi sarà proporzionale alle suddette caratteristiche qualitative e dimensionali dell’impresa, per cui dalle imprese piccole o micro si potrà esigere l’istituzione di assetti organizzativi più leggeri e snelli di quelli che saranno richiesti alle imprese di maggiori dimensioni.

In definitiva, il grido d’allarme, che alcuni hanno lanciato, addirittura prospettando una lesione della “libertà d’impresa”, o l’intento di appesantire l’impresa imponendo l’adozione di strutture organizzative non necessarie, quindi inutilmente onerose, mi sembra realmente destituito di ogni fondamento.

Mi premeva esprimere questo concetto, anche perché le reazioni all’introduzione della regola in esame, che si sono dianzi ricordate, denotano, a mio avviso, una tuttora scarsa consapevolezza culturale, nel nostro Paese, riguardo ai problemi dell’impresa.

Le regole giuridiche – quando efficaci ed efficienti – aiutano, ma i problemi dell’impresa non si risolvono soltanto con l’aiuto del legislatore: occorre, lo si è osservato da più parti, anche un mutamento culturale, come per esempio quello che ha interessato il tema dell’*early warning*, dell’intervento precoce sulla crisi.

Nel nuovo contesto si tende a pensare che l’imprenditore non debba farsi condizionare dalle remore psicologiche e culturali che si frappongono al concepire in anticipo un possibile esito negativo dell’intrapresa economica: al contrario, è conforme ai principî di razionalità e correttezza il saper prevedere che la situazione dell’impresa possa ad un certo punto virare in senso negativo ed il saper conseguentemente attuare, in tempo utile, i rimedi necessari a prevenire il peggio. Nelle imprese bancarie è addirittura richiesta l’elaborazione e la presen-

tazione di un piano di risanamento, contestualmente all'istanza di autorizzazione alla costituzione, che potrebbe non dover servire mai, ma che comunque è, in quel settore, un passaggio necessario per l'inizio dell'attività d'impresa.

Taluni componenti della Commissione Rordorf avevano ad un certo punto ventilato, durante i lavori di redazione dello schema di decreto delegato, l'ipotesi di estendere l'istituto del piano di risanamento alle imprese non bancarie, salva ovviamente l'impossibilità di condizionare, per queste ultime, alla sua presentazione il provvedimento autorizzativo dell'esercizio dell'impresa, che non è previsto nei settori non vigilati.

L'idea non venne portata avanti, anche perché non trovava alcun appiglio nella legge delega. Ma, a ben vedere, anche la predisposizione di un piano di uscita da eventuali situazioni di crisi potrebbe rientrare, in termini generali, nel dovere di istituzione di assetti organizzativi adeguati di cui al nuovo comma 2 dell'art. 2086.

In definitiva, è mio fermo convincimento che la regola relativa agli assetti organizzativi adeguati non solo non può considerarsi un inutile fardello, ma al contrario dev'essere valutata come un indispensabile sostegno per l'impresa, nel senso che la predispone e la prepara agli eventuali colpi avversi della sorte, alle situazioni congiunturali sfavorevoli, dall'origine più varia: per esempio, a quelle generate da un'improvvisa pandemia, foriera di effetti nefasti anche per le attività economiche, come abbiamo tutti potuto constatare da vicino negli ultimi due anni.

L'esperienza terribile della pandemia da SARS-COVID 19 ci ha dimostrato che, come fra gli esseri umani, anche fra le imprese vi sono quelle resilienti e quelle fragili.

Appartengono certamente al primo gruppo le imprese che per tempo si erano attrezzate a sopportare vicende avverse, munendosi di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla loro natura e alle loro dimensioni e idonei anche a prevenire ed a riconoscere tempestivamente le crisi.

E, nel trattare il tema dell'intervento finanziario pubblico a sostegno delle imprese colpite dalla crisi pandemica, si è opportunamente osservato che occorre sempre distinguere impresa da impresa e non trattare tutte allo stesso modo.

Il sostegno finanziario pubblico andrebbe soprattutto indirizzato alle imprese che dimostrino, anche in ragione degli adeguati *standard* organizzativi, oltre che dell'adeguatezza del *business model* e del successo dei loro prodotti, una buona capacità di resilienza (i.e., di resistere al momento critico e di superarlo in tempi relativamente brevi, una volta cessato l'evento che ha determinato la crisi), essendo in caso contrario elevato il rischio che l'intervento finanziario pubblico non sortisca alcun esito positivo e comporti soltanto uno spreco di risorse che sono di tutti i cittadini.

Per concludere sul punto, queste discussioni sull'eccesso di appesantimento "burocratico" che l'obbligo di adeguatezza organizzativa comporterebbe a carico delle imprese (per lo meno di quelle di minori dimensioni) meritano a mio avviso di essere definitivamente archiviate.

3. Adeguatezza organizzativa e "procedimentalizzazione" dell'attività d'impresa

Una puntualizzazione è il caso di fare sul tema "procedimentalizzazione".

Senza soffermarsi in questo momento sul neologismo in sé, che trovo esteticamente non gradevole, anche se oggi molto in voga, desidero svolgere qualche riflessione sull'affermazione secondo la quale l'obbligo di istituire assetti adeguati equivarrebbe all'obbligo di procedimentalizzare l'attività, ogni aspetto o segmento dell'attività d'impresa.

A mio avviso, se intesa in termini generali ed assoluti, questa affermazione non coglie nel segno: essa può risultare errata, per eccesso ovvero per difetto. L'assetto organizzativo di un'impresa è fatto di regole e di insiemi di regole (dunque, di procedimenti o procedure), ma anche di risorse umane (il personale preposto ai singoli "assetti") e intellettuali (l'idea organizza che è alla base di essi). Così, per esempio, possiamo avere un assetto del tutto adeguato sotto il profilo delle regole e dei procedimenti, ma che non funziona perché il personale è privo dei requisiti di competenza o esperienza che sarebbero stati necessari in un determinato contesto o per lo svolgimento di una determinata funzione aziendale. Per converso, la dotazione di risorse umane munite di adeguata competenza ed esperienza può non essere sufficiente a produrre un assetto "adeguato" se le regole e le procedure sono confuse, lacunose o addirittura inesistenti.

Proviamo tuttavia ad interrogarci su che cosa esattamente significhi l'affermazione all'inizio riportata.

Una prima ipotesi è che essa intenda evocare, sotto altre forme, il tema, già discusso poc'anzi, dell'appesantimento che l'obbligo di adeguatezza organizzativa sancito dall'art. 2086 c.c. avrebbe imposto, irragionevolmente, all'attività dell'imprenditore, ben al di là del campo della grande impresa capitalistica, la società per azioni, al quale esso era in origine (*i.e.*, sino alla svolta impressa dal c.c.i.i.) confinato.

Per un altro verso, si potrebbe ipotizzare che quell'affermazione intenda sdrammatizzare la "pesantezza" dell'obbligo in parola, assumendo che per essere *compliant* con la regola del comma 2 dell'art. 2086 è sufficiente che l'imprenditore procedimentalizzi ogni momento della propria attività.

A mio avviso, il dovere di adeguatezza degli assetti amministrativi esige, fra l'altro, che l'imprenditore adotti procedure idonee in relazione ai momenti sa-

lienti e tipici della propria attività, secondo i criteri di proporzionalità alla natura e alla dimensione dell'attività stessa, che sono stati già esaminati.

Una "procedimentalizzazione" eccessiva (pervasiva, cioè, di ogni e qualsiasi momento dell'attività) potrebbe risultare inadeguata alla stregua di quei criteri, e perciò non rispettosa del disposto dell'art. 2086, comma 2; così come, per converso, dovrà considerarsi inadeguata per difetto l'organizzazione dell'impresa che non procedimentalizzi quelle fasi o quei segmenti dell'attività che ne sono l'espressione tipica e quotidiana e che più facilmente possono generare situazioni foriere di rischi per l'imprenditore o per l'uno o l'altro gruppo di portatori d'interessi.

La procedimentalizzazione è funzionale ad individuare, ai diversi livelli decisionali dell'impresa, i processi, a renderli segmentabili e perciò più facilmente controllabili, a far emergere, là dove opportuno o comunque richiesto dalla legge, la motivazione che sorregge le determinazioni assunte.

Come tale, l'esigenza di procedimentalizzazione era già presente nell'impresa e coltivata nelle buone prassi di gestione della stessa ben prima dell'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Dunque, a mio avviso, nessuna novità sconvolgente del sistema, nessun particolare aggravio di lacci e laccioli per l'imprenditore possono ritenersi generati dalla disposizione in esame.

Chi potrebbe negare, già alla stregua delle norme previgenti, la ragionevolezza e l'adeguatezza del comportamento dell'imprenditore che – non solo nella grande impresa capitalistica, ma anche nella impresa di ridotte dimensioni – istituisca, ad esempio, una specifica procedura amministrativa per l'acquisto di beni, servizi o materie prime, strumentali all'esercizio della sua attività.

La procedura stabilisce le competenze ed i vari passaggi dell'*iter*: individua il soggetto che decide l'acquisto, sulla base eventualmente di una delibera-quadro dell'organo amministrativo della società, quello che emette l'ordine, quello che, se del caso, indice e governa la gara d'appalto e la relativa procedura, quello che controlla l'adempimento dell'ordine di acquisto da parte del fornitore prescelto, quello che controlla la qualità e quantità della merce, quello che emette la ricevuta di consegna, quello che passa la fattura ed i documenti ad essa collegati all'ufficio contabilità dell'impresa per i successivi adempimenti, eccetera.

Ecco, questo è un esempio di procedimentalizzazione di un segmento dell'attività che, ritengo, tutte le imprese di qualche rilievo dimensionale mettano in atto; forse solo il micro imprenditore individuale potrebbe non averne bisogno nella misura in cui sia in grado, in ragione delle sue capacità e delle ridottissime dimensioni dell'attività, di far tutto da solo, e non abbisogni quindi di strumenti e presidi di verifica *ex post* sull'attività dei propri collaboratori, funzionali al controllo ed alla prevenzione dei rischi che ne possono scaturire e che ne raccomandano, appunto, la procedimentalizzazione.

La vera, importante novità è consistita nell'erigere le regole di adeguata organizzazione e di adeguata procedimentalizzazione, già imposte alle imprese in forma di società per azioni, a principio generale del diritto dell'impresa e nel sottolinearne la carica di doverosità *ex lege*⁷ in capo all'imprenditore, sia pure sulla base di un criterio di proporzionalità alle natura e alle dimensioni dell'impresa; doverosità dalla quale discende la responsabilità per i danni eventualmente cagionati dalla violazione di "obblighi organizzativi"⁸, così come la possibilità di qualificare detta violazione alla stregua di una "grave irregolarità" nell'espletamento della funzione gestoria, rilevante ai sensi ed agli effetti dell'art. 2409 c.c.⁹

⁷ Trib. Milano, sez. specializzata in materia di imprese, 3 dicembre 2019, n. 11105.

⁸ Qui si pone il dibattuto problema se l'amministratore possa andare esente da responsabilità invocando la discrezionalità imprenditoriale nella individuazione e costruzione degli assetti adeguati ad una determinata impresa: altrimenti detto, se la *business judgement rule* trovi applicazione sul terreno della responsabilità da violazione dell'obbligo di adeguatezza degli assetti organizzativi. Per la soluzione positiva, cfr. Trib. Roma, 8 aprile 2020, est. Guido Romano, secondo cui "*In definitiva, la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia ab origine connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*"; Trib. Roma, 15 settembre 2009, est. Cecilia Bernardo, secondo cui "*sotto entrambi i profili (sia quello della rilevazione della crisi, sia quello degli interventi conseguenti), le scelte dell'amministratore – siano esse prettamente gestionali, siano esse di tipo organizzativo – possano essere sindacate nei limiti del principio della business judgment rule. Di conseguenza, mentre da un lato appare certo che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti di per sé una responsabilità dell'organo gestorio, dall'altra, si ritiene possibile assoggettare a sindacato giudiziale la struttura organizzativa predisposta dall'amministratore nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza (e, precisamente, in questo ambito secondo i criteri della adeguatezza), ciò al fine di verificare se fosse idonea a far emergere gli indici della perdita della continuità aziendale e se la tipologia degli interventi scelta dall'organo gestorio sia ragionevole e non manifestamente irrazionale. Ed è evidente che tale verifica andrà effettuata sulla base di una valutazione ex ante, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili dall'amministratore, ed a prescindere dai risultati concreti che poi sono stati raggiunti*".

⁹ Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata in materia di imprese, 18 ottobre 2019 e 21 ottobre 2019 (la seconda sentenza è pubblicata in *Soc.*, 2020, n. 8-9, p. 988 ss., con commento di I. CAPELLI, *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia ex art. 2409 c.c.*, ivi, p. 990 ss.): viene accolta la denuncia per gravi irregolarità nella gestione presentata dal collegio sindacale con riferimento a due società per azioni (rispettivamente, controllante e controllata), gestite dal medesimo amministratore unico, al quale veniva addebitata la violazione dell'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili idonei alla verifica della continuità aziendale e di attivarsi senza indugio per adottare i rimedi per il superamento della crisi (il Tribunale, constatata la situazione di crisi delle società in questione e l'inerzia dell'amministratore, ne ha disposto la revoca, nominando un amministratore giudiziario).

4. Adeguatezza organizzativa e interessi dei terzi

Un'ultima notazione.

Nella molteplicità degli angoli visuali e delle prospettive da cui può essere letta la disposizione in esame, vale la pena di considerare la prospettiva dei soggetti esterni all'impresa, dei terzi, cioè, ed in particolare dei lavoratori.

Si è al riguardo osservato da taluni, in particolare nel campo dei giuslavoristi¹⁰, che l'obbligo, stando al tenore testuale dell'art. 2086, comma 2, è posto a carico dell'imprenditore, non degli amministratori dell'impresa collettiva. Quindi, si argomenta, se si trattasse soltanto di un obbligo degli amministratori, l'adempimento dello stesso sarebbe dovuto nei confronti del *principal*, cioè della società e dei soci, nonché, eventualmente, nei confronti dei creditori sociali, verso cui gli amministratori sono gravati da responsabilità ai sensi dell'art. 2394 c.c.

Trattandosi invece, di un obbligo che viene normativamente considerato come incumbente sul titolare dell'iniziativa economica, sull'imprenditore, esso acquisisce anche una valenza esterna, nei riguardi di una o più categorie di *stakeholders* interessati all'adeguatezza degli assetti organizzativi.

Fra questi potrebbero venire *in primis* in considerazione i lavoratori subordinati, il cui interesse si appunta, com'è evidente, soprattutto sull'aspetto dell'adeguatezza degli assetti organizzativi alla rilevazione immediata dei sintomi di un eventuale stato di crisi, che rende possibile l'immediata attivazione di uno dei rimedi all'uopo previsti dall'ordinamento.

Sul presupposto della direzione (anche) verso l'esterno dell'obbligo di adeguatezza organizzativa dell'impresa, che tutelerebbe non solo i diritti dei finanziatori a vario titolo dell'impresa stessa, ma anche i diritti di talune categorie di terzi, si potrebbe addirittura sostenere che la violazione di detto obbligo sia fonte di responsabilità verso questi terzi e determini il sorgere in capo agli stessi di un diritto risarcitorio, qualora essi possano dimostrare di aver patito un danno (ad es., la perdita del posto di lavoro) eziologicamente collegato all'inadempimento dell'imprenditore.

È una tesi suggestiva, anche se, ad un primo esame, mi parve alquanto fantasiosa; oggi, in un contesto di crescente attenzione per il tema della due diligence dell'imprenditore e per i diversi aspetti e profili della responsabilità sociale dell'impresa, un'analisi ed una riflessione più approfondite mi sembrano ineludibili.

¹⁰ Cfr. I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 431 ss.

È per me un richiamo, anche emotivamente importante e significativo, al tema della “realtà giuridica globale dell’impresa”: data la centralità e la trasversalità del fenomeno dell’impresa rispetto ad una molteplicità di esperienze e sensibilità giuridiche, è inevitabile che una norma di carattere generale sull’impresa, come quella qui discussa, sia letta, esaminata e discussa, secondo i vari punti di vista, da tutti coloro che con l’impresa, come studiosi o come operatori, hanno a che fare: quindi, non solo dai giuscommercialisti, ma anche, per esempio, da coloro che si occupano del lavoro nell’impresa.

Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le clausole generali nella teoria generale del diritto ed in funzione dell'AI. – 3. L'art. 2086 c.c. ed il principio della libertà d'impresa.

1. Premessa

Il titolo di questo intervento porta a riflettere su due piani:

- a)* la discussione di teoria generale (storicamente condotta, soprattutto, da giuscivilisti) sulle clausole generali (o “concetti giuridici indeterminati” o altri termini ancora);
- b)* l'esame specifico di una importante “clausola generale” del diritto commerciale, qual è quella contenuta nell'art. 2086 c.c.

2. Le clausole generali nella teoria generale del diritto ed in funzione dell'AI

Sul piano teorico-generale, e a fronte dei numerosi convegni e scritti che vengono dedicati a questa tematica, credo che i tempi siano maturi per una svolta.

La tematica delle clausole generali è nata, infatti, in un tempo in cui si assumevano in modo assoluto il primato della legge e l'ideale codicistico:

(i) l'ordinamento era visto come un insieme di norme di condotta generali e astratte, stabilite in modo chiaro e preciso dalla legge (la stessa teoria generale della norma giuridica era molto più semplice e non dava il giusto peso alle norme costitutive o di organizzazione);

(ii) i principî giuridici erano visti come enunciati di carattere morale e politico da utilizzare, al massimo, in via residuale (v. ancora, in tal senso, l'art. 12 preleggi);

(iii) l'interpretazione era vista come un processo di carattere propriamente cognitivo, cioè dichiarativo del contenuto oggettivo (*rectius*: di un supposto contenuto oggettivo) della norma di legge.

In questo modello, l'impiego, nei testi normativi, di concetti giuridici indeterminati, appariva come un fatto eversivo (Hedemann/Irti).

Oggi la concezione del diritto è cambiata:

- L'ordinamento è visto come una struttura complessa, nella quale è necessaria e riconosciuta come fondamentale una dimensione costituzionale, inevitabilmente composta soprattutto da disposizioni di principio.
- I principî giuridici non sono più visti come enunciati meramente politico/programmatici, e neanche come meri limiti esterni ed eccezionali alla discrezionalità politica del legislatore, bensì come espressioni di giudizi di valore che stanno a fondamento e giustificazione delle norme di rango inferiore e ne orientano l'interpretazione.
- Da qui anche l'affermazione corrente (presente già in Rodotà) per cui i principî servono anche a dare contenuto alle clausole generali.
- In questa prospettiva, deve ritenersi superata la vecchia concezione per cui le clausole generali sarebbero "norme in bianco" rivolte al giudice per attribuirgli la massima discrezionalità nella soluzione del caso concreto. Sono invece norme facenti parte del sistema e la loro interpretazione/concretizzazione deve avvenire facendo capo a principî (che sono, a loro volta, anch'essi norme di diritto positivo).
- Donde poi la conclusione, oggi condivisa da tutti, per cui l'applicazione di una c.g. da parte del giudice può dar luogo al sindacato di legittimità della Cassazione. I principî sono parte integrante e fondativa dell'ordinamento e del processo interpretativo. E i principî sono di solito espressi con concetti giuridici indeterminati.
- Dal "primato della legge" si è passati, in teoria, al "primato dei principî", anche se la diffidenza verso l'impiego dell'argomentazione per principî è ancora diffusa (forse anche per la negativa esperienza di alcune sbrigative applicazioni di tale metodo).
- L'interpretazione è vista come un processo creativo, sia pure non privo di vincoli.
- Inoltre (e, forse, soprattutto), tutti i termini linguistici usati nei testi normativi sono visti come intrinsecamente "aperti", cioè suscettibili di diverse ricostruzioni interpretative.

In tale contesto, non si può parlare di clausole generali come figure eccezionali di abdicazione del legislatore al proprio compito.

Il problema dell'indeterminatezza linguistica è solo un problema di misura. Problemi di "integrazione valutativa" sono presenti nell'interpretazione di qualsiasi testo normativo, anche nei casi in cui si fa prevalere un'interpretazione letterale per ragioni di certezza giuridica.

Ciò non toglie che possano ravvisarsi norme in cui l'indeterminatezza del testo è accentuata e casi in cui tale indeterminatezza è programmata dallo stesso legislatore (Ottolia). O. ha anche opportunamente distinto l'indeterminatezza

programmata delle clausole generali, che è dettata in funzione della successiva integrazione giudiziale della norma, dall'indeterminatezza "ontologica" (si potrebbe dire) delle disposizioni di principio, che contengono un'indicazione di valore tendenzialmente completa, anche se, naturalmente, bisognosa di interpretazione.

Personalmente, con riguardo alle norme contenenti concetti giuridici indeterminati, ho proposto e confermerei una concettualizzazione tripartita:

- 1) disposizioni di principio (che sono "supernorme" governanti la legittimità e l'interpretazione di norme di rango inferiore);
- 2) disposizioni in cui il concetto giuridico indeterminato è una componente della fattispecie *tout court* (es. divieto di abuso di posizione dominante);
- 3) disposizioni in cui il giudice è chiamato a dettare la regola del caso concreto in un conflitto d'interessi particolare fra due soggetti, cioè ad esercitare un potere discrezionale in senso proprio (*i.e.* particolare e concreto: p.e. art. 844 c.c.); è solo in relazione a questo tipo di norme (che potrebbero definirsi "clausole generali in senso stretto") che ha senso l'affermazione per cui le c.g. danno luogo a concretizzazione, più che ad interpretazione (in realtà, danno luogo all'una e all'altra).

Quest'ultima categoria va distinta da quella relativa a norme in cui la fattispecie è definita mediante una valutazione comparativa di interessi in gioco e costruita come fattispecie modale (p.e. danno ingiusto).

La prima distinzione (quella fra 1 e 2) è oggi quasi luogo comune: i principî sono norme giuridiche a tutti gli effetti, che guidano l'interpretazione delle norme a contenuto indeterminato di rango legislativo (G. D'Amico; direi solo, con riguardo alle tesi sostenute da D'A., che non è il caso di parlare di concetti dogmatici distinti dai principî costituzionali: i principî c.d. dogmatici devono pur giustificarsi con un aggancio costituzionale).

La distinzione fra 2 e 3 rimane invece praticamente ignorata. Credo però che essa rimanga valida, perché mette in luce non solo una differenza strutturale, ma anche differenti criteri di concretizzazione della previsione normativa:

- nel caso 2 l'interpretazione/applicazione della norma dev'essere fatta con criteri oggettivi, generali e astratti;
- nel caso 3 la concretizzazione deve avvenire sulla base di un equo temperamento degli interessi delle parti nel caso concreto.

Si faccia l'esempio del diritto all'equo premio dovuto al dipendente inventore e si noti la differenza fra l'inquadramento *sub 2* o *sub 3*.

Queste precisazioni non hanno soltanto una funzione di "pulizia concettuale" (che pur sarebbe non disprezzabile). In realtà, costituiscono la premessa per una possibile applicazione di strumenti di AI (intelligenza artificiale) nell'applicazione del diritto. In proposito è aperta la discussione fra chi sostiene che l'AI non è

in grado di funzionare con concetti giuridici indeterminati e chi sostiene che l'AI sarà in grado di dare tutto ciò (e soltanto ciò) per cui l'intelligenza umana l'avrà programmata. Il problema è che l'uso dell'AI è tendenzialmente conformista, perché l'AI opera normalmente su base statistica, per cui rischia di essere uno strumento perfetto di definizione di *Fallgruppen*, ma anche di accentuare i rischi di conformismo insiti in questo metodo. Da qui la conclusione, su cui tutti convergono, per cui la giustizia predittiva non dev'essere mai interamente preclusiva della possibilità di ricorso finale al giudice umano.

In questa prospettiva, i principî sono comunque fondamento delle norme di rango inferiore, quale che ne sia la formulazione, più o meno "determinata", e ne guidano l'interpretazione.

In ogni caso, credo che la discussione più interessante sarebbe quella sui principî da richiamare per l'interpretazione e la concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati presenti nella legislazione (dando per scontato che tali operazioni debbano avvenire sulla base di criteri "interni" all'ordinamento).

La discussione su "clausole generali e diritto X (civile, commerciale o altro)" potrebbe proficuamente essere sostituita dalla discussione razionale sui principî settoriali pertinenti a questa o quella branca dell'ordinamento. In questo senso ha solo in parte ragione chi (Nivarra) sostiene che la discussione sulle clausole generali settoriali dev'essere fatta da specialisti. Io credo piuttosto che si debba evitare, il più possibile, l'elevazione di steccati. La discussione razionale sui principî e sul loro bilanciamento lo consente.

3. L'art. 2086 c.c. ed il principio della libertà d'impresa

L'art. 2086 c.c. contiene certamente una norma a contenuto generale, comprendente un concetto giuridico indeterminato ("assetto adeguato"). Essa pone dei doveri di condotta ai titolari del potere di gestione dell'impresa e, allo stesso tempo, dei limiti alla validità delle deliberazioni aventi ad oggetto scelte di gestione (che diventano "non conformi a legge" quando prefigurino assetti inadeguati). [Non parlerei di nullità per illiceità dell'oggetto, perché una certa scelta può dirsi inadeguata solo in considerazione del contesto particolare e concreto in cui è adottata].

Ci si può chiedere come si collochi la norma nel quadro più generale dei principî relativi alla "costituzione economica". In particolare, con il principio della "libertà d'impresa", sancito dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (e corrispondente alla libertà d'iniziativa economica dell'art. 41 della Costituzione italiana).

In proposito, è emersa una tendenza a vedere il principio di adeguatezza organizzativa come un fattore limitante della libertà d'iniziativa dell'imprenditore.

A mio avviso, questa concezione è criticabile, perché la libertà d'impresa non è assimilabile alle libertà fondamentali dell'individuo.

Ciò per due ragioni fondamentali:

- a) le decisioni assunte nella gestione dell'impresa non sono espressione di libertà individuale, bensì scelte "strumentali", in quanto razionali rispetto a uno scopo (che, in questo caso, è il successo dell'impresa nel mercato); allo stesso modo di ciò che accade per scelte compiute all'interno di altre organizzazioni (eserciti, chiese, ospedali, squadre sportive ecc.);
- b) le decisioni assunte nella gestione dell'impresa sono spesso (anzi: normalmente) frutto di procedimenti complessi ed hanno carattere collettivo.

La tutela della "libertà d'impresa" è dunque, propriamente, tutela dell'autonomia dell'impresa, intesa come organizzazione complessa. In altre parole, l'impresa è un bene giuridico oggettivamente tutelato, come strumento centrale per lo sviluppo economico e, quindi, per il benessere del consumatore. In altri termini, l'art. 16 CDFUE non tutela un "diritto" ma pone un "principio" (con terminologia costituzionalistica un po' arcaica si potrebbe parlare di "garanzia d'istituto").

In questa prospettiva, la norma dell'art. 2086 non è una norma limitativa della libertà d'impresa, bensì una norma attuativa di tale principio. Come tale, esso è suscettibile di interpretazione estensiva e di applicazione analogica.

Quanto detto consente anche di formulare una riflessione finale sul discusso problema dell'applicazione o meno della *business judgment rule* alle scelte organizzative degli amministratori.

Sul punto meriterebbe una riflessione il fenomeno culturale per cui la BJR viene abitualmente considerata, anche nelle argomentazioni dei giudici, come una norma di diritto positivo italiano, senza che alcuna fonte di diritto generalmente riconosciuta la preveda. Ma, a parte ciò, la sostanza non cambia se poniamo la questione chiedendoci se rientri nella discrezionalità insindacabile degli amministratori, o costituisca violazione del dovere di diligenza professionale, l'aver adottato scelte organizzative inadeguate rispetto alla finalità di produrre utili, che è propria della società.

In proposito, credo che i dubbi possano essere superati con una fondamentale distinzione:

- a) la BJR protegge gli amministratori da un sindacato giudiziario *ex post* – con il solo limite della illogicità manifesta – in relazione a scelte strategiche aziendali che siano risultate eccessivamente audaci, o comunque non siano state coronate da successo; le scelte organizzative adottate, in modo coerente, per realizzare quella strategia che poi si è rivelata ragione di insuccesso, non possono essere sindacate col senno di poi: la legittimità delle scelte organizzative dipende da quella della scelta strategica alla quale erano preordinate;

b) quando, invece, la strategia adottata sia risultata manifestamente illogica, e comunque tale da non potere essere protetta dalla BJR, le scelte organizzative non potranno essere immuni dal sindacato giudiziario: le scelte organizzative, in questo caso come nel precedente, sono strumentali rispetto alla strategia aziendale in cui si inquadrano, e l'applicazione della BJR dev'essere fatta con riferimento al livello strategico che sta "a monte" delle scelte organizzative.

Le norme positive ed i concetti in tema di assetti organizzativi dell'impresa prima della riforma dell'art. 2086 c.c.

SOMMARIO: 1. Brevi cenni all'organizzazione dell'attività di impresa nel codice civile del 1942. – 2. Il diritto positivo dopo il d.lgs. n. 6 del 2003 (ma prima del d.lgs. n. 14 del 2019). – 3. Gli assetti organizzativi: alla ricerca di una nozione. – 4. La predisposizione degli assetti organizzativi: cenni alla natura del dovere ed ai criteri impiegabili nell'adempimento (con una chiosa sull'uso di Intelligenza Artificiale). – 5. Assetti organizzativi e *corporate governance*. – 6. Assetti organizzativi e tipi societari: una questione ancora aperta?

1. Brevi cenni all'organizzazione dell'attività di impresa nel codice civile del 1942

L'organizzazione è un tratto caratterizzante l'attività di impresa, che trova sin dappprincipio spazio nel codice civile, tanto nel Libro Quarto, si veda l'art. 1655 c.c., quanto e soprattutto nel Libro Quinto. Basti pensare, limitandosi al diritto positivo – del quale questo saggio è invitato ad occuparsi, senza superare l'emanaazione del d.lgs. n. 14 del 2019 – all'art. 2082 c.c., che definisce imprenditore chi eserciti un'attività «*organizzata*», all'art. 2083 c.c., che qualifica piccoli imprenditori gli esercenti un'attività «*organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei familiari*», all'art. 2555 c.c., che definisce l'azienda un «*complesso di beni organizzati*». Discorso solo in parte diverso vale per l'art. 2214 c.c., che, imponendo a tutti gli imprenditori di tenere le scritture contabili «*richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa*», evoca l'obbligatorietà della condotta e la necessità di una confacente organizzazione.

Insomma, che quella esercitata dall'imprenditore sia un'attività “organizzata” e che la misura di siffatta organizzazione abbia a che fare con la sua natura e dimensione sono concetti acquisiti e sedimentati da tempo.

Tuttavia, le suddette disposizioni si riferiscono genericamente agli imprenditori e non sembrano distinguere quelli individuali da quelli collettivi. Gli originari artt. 2381 e 2392 c.c. nulla dicevano dell'organizzazione dell'impresa ed ogni aspettativa era rimessa all'iniziativa degli amministratori, dai quali si pretendeva la diligenza del mandatario.

Probabilmente, è anche per questo che, almeno sino agli anni '70 del secolo scorso, l'organizzazione era, forse, il più trascurato tra i requisiti dell'art. 2082 c.c., dove maggiormente spiccavano la "professionalità" e la "economicità"¹. Anzi, in contesti non sempre scevri da curvature ideologiche, l'organizzazione era talora vista come una combinazione di sapienza e capitale che, assieme al "rischio", contribuiva a giustificare – come se ce ne fosse stato bisogno – il profitto dell'imprenditore, specie di quello che nulla produca, limitandosi allo scambio di beni o servizi. In altre parole, l'imprenditore ben organizzato non era più virtuoso di altri, meno organizzati, ma più capace².

È appena il caso di ricordare che le cose iniziano a cambiare nei decenni immediatamente successivi³. Anzitutto, quando, almeno per le imprese operanti in settore particolarmente rilevanti – quali quelle finanziarie, bancarie, assicurative e riassicurative, necessariamente costituite in forma azionaria – le leggi speciali prendono ad occuparsi più direttamente dell'organizzazione. Poi, allorché il t.u.f. del 1998 fornisce una prima risposta alla ormai avvertita esigenza di imporre una più organizzata *governance* per le società emittenti, qualunque sia l'oggetto sociale. Ad esempio, è assolutamente pertinente la peculiare declinazione delle funzioni del collegio sindacale, che ai sensi dell'art. 149 t.u.f. è tenuto a vigilare, tra l'altro, «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione»⁴. L'*input* è ben presto ribadito dalla normativa secondaria e, in termini non

¹ L'organizzazione sembrava infatti soprattutto funzionale alla distinzione tra gli imprenditori, che si avvalgono del contratto d'opera, ed i professionisti, il cui rapporto con il cliente è regolato dal contratto d'opera professionale. Sul punto si vedano i recenti contributi di E. DESANA, *La fattispecie impresa nelle sue varianti*, in *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, II ed., Bologna, 2016, 41; G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082 e 2083 c.c.*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021, 9.

² Per maggiori riferimenti si rinvia a F. GALGANO, *Diritto Commerciale, 1, L'imprenditore*, XIII ed., Bologna, 28. Più recentemente, anche per quanto attiene alla "visione ideologica", si veda nuovamente G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082 e 2083 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, cit., 9.

³ Tra i tanti, V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311; A. DE NICOLA, *sub art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, 99.

⁴ *Ex multis*, F. BORDIGA, *sub art. 149*, in *La società per azioni*, commentario diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, 4258. In merito ai rapporti tra i vari soggetti svolgenti funzioni di controllo, si veda Cass. 9 gennaio 2019, n. 300, in *Giur. comm.*, 2021, II, 877, con nota di E. PEGGI, *La vigilanza del collegio sindacale nelle società con azioni quotate e i rapporti col comitato di controllo interno*.

vincolanti ma comunque stringenti di *soft law*, dalle raccomandazioni impartite del Codice di autodisciplina sin dalla prima edizione (1999). Almeno in quei contesti, l'efficace organizzazione delle imprese, costituite in forma azionaria, diviene obiettivo primario e, soprattutto, inizia ad assumere i precisi contorni di un dovere, ora imposto dalla legge e dalla normativa secondaria, ora fortemente raccomandato dai codici di autodisciplina in termini di "*complain or explain*".

Un'ulteriore svolta è segnata, allo scorcio del nuovo millennio, dal d.lgs. n. 231 del 2001. Per quanto mosso da altre finalità, disciplinando la responsabilità sanzionatoria degli "enti", il decreto richiede di dotarli di un modello organizzativo atto a prevenire un crescente numero di reati. Accantonate altre questioni, è chiaro che l'elaborazione del modello richiede di passare al setaccio l'intera organizzazione dell'impresa, nella sua più ampia accezione. È altresì chiaro che siffatta prescrizione, ancorché non immediatamente precettiva, è rivolta all'organo di gestione e che l'organo di vigilanza, che in quel momento nel contesto societario è solo il collegio sindacale, deve verificare se e come il modello sia stato adottato. Né possono trascurarsi il ruolo, le funzioni e le interlocuzioni con l'Organismo di Vigilanza.

Il riferimento al d.lgs. n. 231 del 2001 tornerà utile in un secondo momento, allorché questa ed altre leggi speciali entreranno in gioco nel provare a dare più concreto contenuto alla nozione "assetti adeguati".

2. Il diritto positivo dopo il d.lgs. n. 6 del 2003 (ma prima del d.lgs. n. 14 del 2019)

La riforma del diritto delle società di capitali, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003, segna quindi un netto, ma non brusco, cambio di passo in favore dell'organizzazione. Ispirate dall'esperienza della legislazione di settore e dal crescente confronto con le soluzioni di altri ordinamenti, diverse norme arricchiscono lo statuto generale dell'imprenditore collettivo costituito in forma di società di capitali.

Prescindendo, almeno per il momento, da ogni considerazione in merito all'eventuale trans-tipicità delle norme e limitandosi al sistema tradizionale, l'art. 2381 c.c. e l'art. 2403 c.c. elevano ad espresso precetto, anzi ad un vero e proprio "principio"⁵, il dovere di dotare ogni impresa azionaria di assetti organizzativi, ammini-

⁵ Si veda M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5. Potranno trarsi utili indicazioni anche dalla pubblicazione della monografia di A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione*, al momento ancora in stampa, ma che si è potuta leggere nella versione editoriale per cortesia dell'Autore.

strativi e contabili adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Il primo, imponendo all'organo amministrativo – anche se lì si pensa solo a quello collegiale⁶ – di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Il secondo, assegnando al collegio sindacale il dovere di vigilare sul rispetto dei principî di corretta amministrazione ed, in particolare, sull'adeguatezza e sull'effettivo funzionamento dei predetti assetti.

Giova aggiungere che, sempre sul piano codicistico, non è del tutto estraneo nemmeno il ruolo del revisore legale, che ai sensi dell'art. 2409-septies c.c. deve scambiare con il collegio sindacale le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi controlli⁷; a tale ultimo proposito è eloquente il punto 5.3 delle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (versione gennaio 2021)⁸.

Inoltre, sono molte le norme del t.u.f. che, poco dopo la riforma del 2003, tornano ad occuparsi degli assetti nelle società emittenti. Spicca il ruolo del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari. L'art. 154-bis del t.u.f., introdotto dall'art. 14 della l. n. 262 del 2005 e modificato dalla l. n. 303 del 2006, gli affida il compito di «*predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio di esercizio e, ove previsto, del bilancio consolidato nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario*»⁹.

Infine, ma si potrebbe proseguire a lungo, non possono certo trascurarsi le indicazioni provenienti dal settore bancario¹⁰.

⁶ Sembra però sottinteso che, trattandosi di un precetto non negoziabile, il dovere di predisporre gli assetti adeguati gravi anche sull'amministratore unico di s.p.a. Si vedano M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, in AA.VV., *Il diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, Torino, 2020, 241.

⁷ Sul punto, tra i tanti, G. COTTINO, *Società per azioni, Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al tribunale*, in *Diritto commerciale*, diretto da O. Cagnasso, G. Cottino, Torino, 2015, 9.

⁸ La Norma di comportamento prevede uno scambio di informazioni tra il collegio sindacale ed il revisore in merito «*all'assetto organizzativo, al sistema amministrativo-contabile, al sistema di controllo interno, al processo di informativa finanziaria, al sistema di revisione interna e al sistema di gestione del rischio*».

⁹ Sul punto G. STRAMPELLIA, *sub art. 154-bis*, in *La società per azioni*, commentario diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, cit., 4352; G.B. BARILLÀ, *sub art. 154-bis*, in *T.U.F. Commentario breve*, diretto da V. Calandra Buonauro, Padova, 2020, 1146. È bene ricordare che ai sensi dell'art. 154-bis, ultimo comma, «*le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, in relazione ai compiti loro spettanti, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società*».

¹⁰ Si vedano le interessanti considerazioni in merito al rapporto corrente in queste imprese tra gli assetti adeguati ed il controllo interno di A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165.

È noto il rapporto simbiotico tra i principî di corretta amministrazione e gli assetti adeguati.

Stando ad un diffuso convincimento, obiettivamente fondato sul diritto positivo, l'obbligo di predisporre tali assetti costituirebbe una specifica declinazione del più generale dovere di osservare i «*principî di corretta amministrazione*», evocati dall'art. 2403 c.c.¹¹ Merita aggiungere che, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, l'art. 2497 c.c. stabilisce, inoltre, il dovere di operare nel rispetto «*dei principî di corretta gestione societaria e imprenditoriale*» delle società eterodirette.

Come emerge da questa breve rassegna normativa, con la riforma del 2003 la predisposizione di assetti adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa diviene, quindi, una vera e propria regola di condotta.

La sua inosservanza, se causa di conseguente pregiudizio, può comportare – secondo i rispettivi criteri di imputazione – la responsabilità dei componenti degli organi di gestione e di controllo. La sua inosservanza, come è stato giustamente ricordato nel corso del convegno, potrebbe giustificare l'impugnazione e l'annullamento della delibera consiliare che istituisse assetti inadeguati. La sua inosservanza, se foriera di possibile pregiudizio, può comportare l'adozione delle misure previste dall'art. 2409 c.c.¹². La sua inosservanza può giustificare la revoca dei componenti degli organi di amministrazione e controllo da parte dell'assemblea¹³.

È plausibile che, come sembra ricavarsi dall'esperienza giudiziale, gli ultimi due rimedi possano essere invocati più spesso dei primi. Questo perché l'allegazione e la dimostrazione del nesso di causalità, che deve pur sempre intercorrere

¹¹ Si veda, tra i tanti, P. MONTALENTI, *I principî di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, 3.

¹² Nel corso del convegno si è giustamente ricordato che l'adozione dei diversi provvedimenti previsti dal vigente art. 2409 c.c. dovrebbe avvenire gradatamente, in guisa da limitarne le inevitabili ripercussioni sull'impresa societaria; ci si è altresì chiesti quali possano essere i poteri dell'amministrazione giudiziario e se questi comprendano anche un suo intervento di adeguamento degli assetti. Per alcuni cenni si veda L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, *passim*. Più recentemente, M. COSSU, *L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 679.

¹³ Sul punto, anche se in termini più generali, U. MACRÌ, *Gli amministratori*, in G. DONGIACOMO, U. MACRÌ, L. NAZZICONE, E. QUARANTA, *Organi sociali, responsabilità e controlli*, Milano, 2019, 386. Ma la casistica di diritto dell'impresa potrebbe essere ancora più ampia. L'efficiente organizzazione dell'attività di impresa potrebbe assumere rilievo anche in altri contesti. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di mantenere o istituire assetti adeguati che potrebbero essere contrattualmente assunti, nei confronti dell'affittante, da parte dell'affittuario dell'azienda.

tra l'inadempimento ed il danno, potrebbero risultare alquanto difficili nelle azioni di responsabilità fondate su carenze organizzative¹⁴. All'opposto, potrebbero essere più semplici – ma ancora una volta non per tutti allo stesso modo – allorché la mancata predisposizione degli assetti venga valorizzata solo quale «grave irregolarità nella gestione»¹⁵ ai sensi dell'attuale art. 2409 c.c. o quale «giusta causa di revoca» ai sensi degli artt. 2383 e 2400 c.c.

3. Gli assetti organizzativi: alla ricerca di una nozione

Ricapitolato il quadro normativo, è opportuno trattenersi sulla nozione.

Il codice civile non fornisce una definizione e l'ampio ricorso al predicato “adeguati”, una cartina di tornasole che fa per la prima volta ingresso nel medesimo codice¹⁶, non semplifica il compito degli interpreti. Non è facile stabilire cosa siano e quale configurazione debbano avere i predetti assetti per essere “adeguati” e la loro struttura varia, come suggerisce lo stesso art. 2381 c.c., da impresa a impresa. Non è nemmeno agevole tracciare una netta demarcazione tra gli assetti organizzativi, quelli amministrativi e quelli contabili, che in realtà si collegano tra loro.

Ma cosa sono questi “assetti”? Cosa sta dietro il concetto astratto?

Secondo le più comuni definizioni, gli assetti organizzativi avrebbero ad oggetto l'organigramma e le funzioni, in guisa da individuare le rispettive responsabilità¹⁷. Si tratta, però, di una definizione alquanto sintetica e probabilmente incapace di cogliere e descrivere il fenomeno¹⁸; per questo tornano ad essere

¹⁴ Nel corso del convegno si è giustamente sottolineato che l'assolvimento degli oneri di allegazione e dimostrazione potrebbe risultare particolarmente difficile per alcuni dei soggetti legittimati all'esperienza delle azioni. Si è fatto l'esempio del socio di minoranza o del creditore sociale. È plausibile che in siffatte situazioni i suddetti oneri possano ritenersi attenuati, in applicazione dei noti principi in tema di vicinanza della prova elaborati dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria. Si veda, ad esempio, Cass. 24 giugno 2020, n. 12490, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.

¹⁵ Sul punto Trib. Roma 15 dicembre 2017, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1762.

¹⁶ Si veda l'accurato studio di V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

¹⁷ Secondo S. MAURUTTO, A. TURCHI, *L'applicabilità della Business Judgement Rule alle scelte organizzative e ai doveri di cui all'art. 2086 c.c.*, nota a Trib. Roma 15 settembre 2020, in *IlSocietario.it* 18 febbraio 2021, «mediante la predisposizione degli assetti societari si realizza l'architettura astratta delle scelte di gestione che, una volta definite, contribuiscono a creare un presidio del “rischio di impresa” con lo scopo di inibire l'assunzione di decisioni non performanti da parte degli organi di governance proprio a causa di una sottostimata percezione del livello di rischio».

¹⁸ L'eccessiva attenzione per l'aspetto procedimentale è criticata da G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 137. Più recentemente, V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69.

particolarmente utili le già ricordate Norme di Comportamento del Collegio Sindacale varate dall'OCDCCEC¹⁹ ed i connessi Criteri applicativi²⁰.

Solo per completezza, si ricorda che, a loro volta, gli assetti amministrativi riguarderebbero la procedimentalizzazione dell'attività, con individuazione degli obiettivi (*budget*), mentre gli assetti contabili si risolverebbero in un efficiente sistema di rilevazione contabile, anche intermedia.

Tuttavia, si impone ancora una riflessione.

Come si è visto nel primo paragrafo, nel lessico del codice civile, in particolare nel compendio di norme che compongono lo statuto dell'imprenditore, l'organizzazione è fatta di uomini e di mezzi. Dato che, almeno sul piano sistematico, è quantomeno auspicabile che i termini mantengano (almeno) nel codice il medesimo significato, non è banale chiedersi se gli assetti organizzativi in questione non comprendano, assieme a funzioni, procedure e direttive, anche l'apprestamento ed il coordinamento dei beni atti a far sì che queste funzionino realmente²¹. D'altronde, è logico assumere che all'assegnazione di funzioni e responsabilità, ossia all'organizzazione di persone, debba accompagnarsi anche l'assegnazione delle risorse o dei mezzi per svolgerle e che l'una e l'altra debbano essere adeguate alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Ad esempio, come sarebbe possibile curare lo smaltimento dei rifiuti speciali senza indivi-

¹⁹ Le Norme di comportamento del collegio sindacale del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili prevedono, Norma 3.4, che «*il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società. Per assetto organizzativo si intende 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. Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale. Per le verifiche del concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società l'organo di controllo può avvalersi di motivate tecniche di campionamento.*».

²⁰ Il Criterio applicativo della Norma 3.4 così si esprime: «*In via generale, un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale: redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità; esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri; sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate; esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate; presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione.*».

²¹ Sul punto, per alcuni cenni, G. MERUZZI, *sub art. 2381*, in *Codice Civile*, commentario a cura di M. Franzoni, R. Rolli, Torino, 2018, 3393.

duare e predisporre un idoneo sito per il loro temporaneo stoccaggio? Come sarebbe possibile curare la tenuta della contabilità senza un confacente *software* gestionale o i mezzi per acquistarlo?

4. La predisposizione degli assetti organizzativi: cenni alla natura del dovere ed ai criteri impiegabili nell'adempimento (con una chiosa sull'uso di Intelligenza Artificiale)

Come si è visto, è obiettivamente difficile dare concreto contenuto al dovere di predisporre gli assetti organizzativi che, dipendendo per volontà di legge dalla natura e dalla dimensione dell'impresa, hanno una geometria necessariamente variabile.

È ancora più difficile decidere se il predetto dovere sia stato esattamente adempiuto e se, chi doveva valutare o vigilare sul suo adempimento, vi abbia o meno diligentemente provveduto.

Questo secondo tema sarà oggetto di molti altri interventi, che più e meglio se ne occuperanno. Quindi, ci si limita ad osservare che, a parere di chi scrive, la valutazione andrà condotta *ex ante* e non *ex post* ed in relazione agli specifici aspetti allegati dal promotore del giudizio e che le decisioni di merito in ordine all'adeguatezza degli assetti alla natura e dimensioni dell'impresa sono sindacabili in Cassazione²².

In questo paragrafo ci si occuperà invece brevemente della natura del dovere in questione e dei criteri e delle modalità impiegabili per darvi contenuto.

Iniziando dalla prima questione, è appena il caso di ricordare che la qualificazione del dovere ha ovvie ricadute sull'indagine concernente il suo adempimento e, giova ribadirlo, sul riparto degli oneri di allegazione e prova in sede giudiziale. La distribuzione degli oneri di allegazione, cui si collegano quelli di contestazione, è stata recentemente trattata dalla giurisprudenza di merito, che ha ritenuto parzialmente nulla, ordinandone l'integrazione, la citazione non indicante analiticamente le carenze organizzative ascritte agli amministratori destinatari di un'azione risarcitoria²³.

²² Infatti, come giustamente rilevato da S. MAURUTTO, A. TURCHI, *L'applicabilità della Business Judgment Rule alle scelte organizzative e ai doveri di cui all'art. 2086 c.c.*, nota a Trib. Roma 15 settembre 2020, cit., «il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta (...) la clausola generale dell'adeguatezza e, quindi, una clausola elastica». Sul punto si vedano le puntuali riflessioni sistematiche ed i pertinenti rilievi giurisprudenziali di G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.Vv., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, cit., 41.

²³ Si veda Trib. Venezia 16 dicembre 2020 (ord.) nel giudizio *sub* R.G. 5651/2020, che ha dichiarato la nullità della citazione nella parte in cui non indicava analiticamente le carenze contestate ai convenuti nella predisposizione degli assetti.

Quanto agli oneri probatori, la questione è davvero complessa. Ci si limita ad osservare che, una volta dedotta ed allegata dall'attore la specifica carenza organizzativa, sarà il convenuto a dover dimostrare l'adempimento; onere che potrebbe risultare di difficile assolvimento in assenza di una formale tracciatura del processo decisionale e della documentazione vagliata. Questa potrebbe essere più semplice in caso di amministrazione collegiale – soccorrendo, si spera, la analitica e circostanziata verbalizzazione del processo con cui sono stati predisposti e valutati gli assetti – ma più difficile in presenza di un amministratore unico, artefice di sole determinazioni; considerazioni analoghe valgono anche per l'organo di controllo. Ci si esime dal prendere posizione sul ruolo della *Business Judgement Rule*, da altri trattato²⁴.

Com'è noto, è controverso se quello gravante sugli amministratori sia un dovere a contenuto generico²⁵ o a contenuto specifico, ancorché sia forse preferibile parlare di un dovere sì specifico, ma a contenuto aperto. Infatti, il dovere è espressamente sancito dalla legge, ma la prestazione attesa ed il suo adempimento sono determinati dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa; peraltro, dato che queste – specie le dimensioni – sono soggette a cambiamento, l'obbligo non potrà essere adempiuto una volta per tutte, ma dovrà essere periodicamente monitorato ed aggiornato. Anzi, come insegnano le scienze aziendali, il monitoraggio e gli aggiornamenti periodici – diversi indizi portano ad ipotizzare una cadenza almeno semestrale – saranno opportuni anche se natura e dimensioni dell'impresa non dovessero variare nel tempo (potendo variare, ad esempio, il quadro legislativo o i mercati).

Ma al di là di queste brevi considerazioni, mettendosi nei panni di chi è tenuto ad istituirli, valutarli e verificarli, ossia soprattutto in quelli degli organi sociali, non è facile stabilire come costruire l'assetto organizzativo e far sì che sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Nemmeno è semplice per il giudice che, nel giudicarne, non potrà certo fare ricorso ad una sua propria idea di organizzazione societaria, ma dovrà reperire uno o più criteri che gli consentano di fare un esercizio guidato della sua discrezionalità giudiziale.

²⁴ Sul punto si veda, intanto, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413. Il tema è stato recentemente affrontato da Trib. Roma 8 aprile 2020, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 284, con nota di L. BENEDETTI, *L'applicazione della business judgement rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, e in *IlSocietario.it* 22 settembre 2020, con nota di F. PICCIONE, *L'applicabilità della business judgement rule alle scelte organizzative degli amministratori*.

²⁵ Così, nuovamente, G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, cit., 41, cui si rinvia per gli ampi richiami alle diverse costruzioni.

È plausibile che, salvo eclatanti carenze organizzative, almeno nei giudizi di cognizione il Giudice si avvarrà di una consulenza tecnica; tuttavia, resta ferma la necessità di formulare un pertinente quesito, che stabilisca i criteri di cui dovrebbe avvalersi il consulente. Come individuarli? È possibile rimettersi alla scelta del consulente o è opportuno indirizzarla? Non sembra vi siano *standard* di quesiti sedimentati, analoghi a quelli che circolano, ad esempio, in relazione agli incarichi peritali riguardanti l'osservanza degli artt. 2446, 2447 e 2486 c.c.

Per fortuna, gli uni e l'altro non si trovano al cospetto di una spazio vuoto, privo di punti di riferimento che indichino – magari anche in sede di consulenza tecnica – come riempirlo. Soccorrono, all'uopo, diverse fonti di produzione e cognizione, ormai sufficientemente condivise.

In primo luogo, hanno indubbio rilievo i criteri elaborati dalle scienze aziendalistiche, specie dagli studiosi di organizzazione aziendale e revisione. Quelli che esprimono dei criteri di buon governo societario, ma soprattutto quelli che, dopo gli studi teorici, siano stati acquisiti dal mercato e dagli operatori professionali.

Per le società quotate, entrano quindi certamente in gioco le indicazioni ricavabili dal Codice di autodisciplina che, periodicamente aggiornato, offre un'eloquente descrizione delle modalità di costruzione degli assetti²⁶. Le predette indicazioni potrebbero tornare utili anche per le società che, per quanto non quotate, abbiano grandi dimensioni. Discorso a parte andrebbe fatto per la possibilità che anche queste s.p.a. non quotate traggano dal t.u.f. e dalla normativa secondaria delle indicazioni che, per quanto ovviamente per esse non cogenti, possano guidare la costruzione e la valutazione dell'assetto organizzativo. Lo spontaneo utilizzo delle siffatte “regole” da parte delle società non quotate è favorito dal fatto che si discute, comunque, di presidi che paiono anche di *governance* e non solo di mercato. Inoltre, offre un indubbio vantaggio: si tratta, infatti, di regole di che esprimono *standard* di sicuro valore ed in occasione di uno scrutinio, anche giudiziale, sarebbe davvero difficile contestare l'adeguatezza degli assetti che vi si ispirassero. Semmai, la questione attiene ai costi e, più in generale, alla sostenibilità; se ne riparlerà appresso.

Per le altre società, le cui dimensioni siano più modeste, potrebbero assumere rilievo le regole aziendalistiche e le prassi operative elaborate dalle organizzazioni di categoria dei professionisti che prestano consulenza alle imprese.

²⁶ Si pensi, ad esempio, al servizio di *Internal Auditing* previsto dall'art. 6 del Codice di autodisciplina 2020. Sul punto, anche se con riferimento alla precedente edizione del Codice di autodisciplina, M. IRRERA, E. FREGONARA, *I sistemi di controllo interno*, in AA.VV., *Il diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, Torino, 2020, 557.

Tra questi, il Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, l'Organismo Nazionale dei Professionisti della Sicurezza, l'Associazione dei componenti degli organi di vigilanza, l'Associazione italiana Internal Auditors e via dicendo.

Un'altra indicazione può ricavarsi dal fatto che in tutte le società, di qualunque dimensione, sarà necessario adottare un assetto organizzativo idoneo all'osservanza delle disposizioni di legge in materie assolutamente trasversali.

Ad esempio, in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'assetto dovrà comprendere il modello di organizzazione e di gestione previsto dall'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2006; in materia di riciclaggio, dovrà considerare le prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2007; in materia di *privacy*, le prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2007. È in parte diverso, ma comunque simile, il richiamo al modello previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001²⁷.

Quanto al modo di costruzione degli assetti, si è visto che questi si sostanziano principalmente in direttive e procedure, che sarà bene formalizzare.

È stata recentemente avanzata l'idea che, anche alla luce della continua evoluzione – anche tecnologica – cui sono soggetti i principî di corretta amministrazione, nella predisposizione degli assetti si possa o, persino, si debba fare impiego degli strumenti di intelligenza artificiale, avvalendosi di algoritmi sufficientemente conosciuti dagli amministratori²⁸. Si è detto che questi potrebbero essere utilmente applicati per sterilizzare i processi decisionali che richiedano una motivazione rafforzata, come nei casi previsti dagli artt. 2391 e 2391-*bis* c.c. Tuttavia, è evidente che si tratterebbe di una soluzione virtuosa ma non strettamente necessaria, sicché l'assetto, forse più amministrativo che organizzativo, potrebbe ritenersi adeguato anche in assenza dell'impiego dell'intelligenza artificiale²⁹.

²⁷ In merito al rapporto tra il modello previsto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 e gli assetti adeguati si veda C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca, borsa. tit. cred.*, 2020, I, 730. Per alcuni interessanti rilievi, V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 633.

²⁸ Così N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT. Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *Riv. soc.*, 2020, 1363, a p. 1379, che la raccomandano per le imprese operanti in "mercati complessi". Si veda anche M.L. MONTAGNANI, *Intelligenza artificiale e governance della nuova grande impresa azionaria: potenzialità e questioni endoconsiliari*, in *Riv. soc.*, 2020, 23.

²⁹ La fiducia nutrita dal legislatore verso l'impiego degli strumenti di intelligenza artificiale nel governo dell'impresa è indirettamente confermata dall'art. 3 d.l. 118 del 2021, che consente agli imprenditori di accedere, tramite una piattaforma telematica, ad un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

5. Assetti organizzativi e *corporate governance*

Si è recentemente affacciata un'altra questione, di cui si può dare qui conto perché comunque indipendente dalla riforma dell'art. 2086 c.c.

In sintesi, ci si è chiesti quale rapporto corra tra gli assetti organizzativi ed il concreto modello di *corporate governance* adottato nella società e se anche il secondo costituisca un elemento della complessiva organizzazione dell'impresa societaria.

Quale corollario, ci si è anche domandati se, nell'apprestare gli assetti, gli amministratori debbano valutare anche l'adeguatezza della *governance* alla natura ed alla dimensione dell'impresa e, nel caso la ritenessero inadeguata, se questi debbano promuoverne l'adeguamento, sottoponendo all'assemblea delle loro proposte di variazione dell'attuale *governance* e persino la modifica dello statuto.

Come giustamente sottolinea l'Autore recentemente occupatosi del tema³⁰, una simile conclusione è suggerita, almeno per le società a statuto speciale, dalle convergenti indicazioni ricavabili dalla disciplina di settore. Anzitutto, per le imprese bancarie, dalle "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche", poi, per gli emittenti, dal già ricordato "Codice di autodisciplina delle società quotate" (edizione 2020).

Quest'ultimo, in particolare, nel descrivere il "Ruolo del Consiglio di amministrazione" prevede all'art. 1.1, che l'organo «*definisce il sistema di governo societario più funzionale allo svolgimento dell'attività dell'impresa e al perseguimento delle sue strategie, tenendo conto degli spazi di autonomia offerti dall'ordinamento. Se del caso, valuta e promuove le modifiche opportune, sottoponendole, quando di competenza, all'assemblea dei soci*». Sono altrettanto eloquenti l'art. 1.2, e l'art. 4.

L'indicazione è troppo netta e la fonte troppo prestigiosa per essere trascurate ed il rilievo va, quindi, attentamente considerato. Sorgono, però, alcuni interrogativi.

Anzitutto, se le scelte statutarie, che costituiscono un tratto sempre più caratterizzante il diritto societario, non debbano invece essere immuni da qualsiasi limite all'autonomia privata; almeno da quelli che non siano giustificati dalla tutela di altri concorrenti diritti, come per le società a statuto speciale, o dal tipo societario prescelto, come nel caso della necessaria presenza di un organo collegiale di controllo nella s.p.a.

³⁰ Sul punto si veda il recente saggio di M. STELLA RICHTER jr., *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 416, a p. 427, cui si rinvia anche per il puntuale richiamo ad altri scritti.

In secondo luogo, se il ragionamento – maggiormente calzante la realtà delle società quotate – possa essere esteso anche alle altre società ed a quali tipi. La questione è perlomeno dubbia, anche se appare, invece, certa l'utilità che potrebbe derivarne. Si pensi, ad esempio, alla scelta tra le opzioni, per nulla indifferenti, previste dall'art. 2477 c.c. per l'organo di controllo nella s.r.l. Si pensi ancora e più coerentemente, alle plausibili ed avvertite esigenze di rafforzamento della *governance* delle s.r.l. che scelgano di rivolgersi al mercato di capitali. Il tema è complesso e non solo in rapporto all'effettiva sostenibilità.

In terzo luogo, ci si domanda cosa accada e quale reazione possa avere l'organo amministrativo allorché le sue proposte di modifica dello statuto, che di fatto postulano il convincimento della sua inadeguatezza, non siano approvate dall'assemblea. La questione è oltremodo delicata, specie allorché si ragioni in termini rapporti con i soci di minoranza o di successive azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo introdotte ai sensi degli artt. 2393-*bis* e 2394 c.c.

6. Assetti organizzativi e tipi societari: una questione ancora aperta?

Come si è detto, sono noti i dubbi sollevati, prima delle modifiche introdotte nell'art. 2475 c.c. dal d.lgs. n. 14 del 2019, in merito all'applicabilità della disciplina degli assetti alla s.r.l. È ora di aggiungere che, per quanto sia alquanto comune l'idea che, sino a quel momento, la predetta disciplina non potesse essere estesa al di fuori della s.p.a.³¹, l'affermazione non convinceva sino in fondo.

Anzitutto perché, già all'indomani della riforma del 2003, parte della dottrina³² aveva sostenuto che l'intero art. 2381 c.c. esprimesse delle regole, sostanziali e procedurali, di valore trans-tipico³³ e potesse applicarsi anche alle s.r.l., almeno a quelle gestite da un consiglio di amministrazione. Poi perché è sì vero che l'art. 2477 c.c. demanda allo statuto l'individuazione delle funzioni dell'organo di controllo³⁴, ma tra gli operatori – e non solo tra essi – è ricorrente l'idea

³¹ Così, ad esempio, G. ZANARONE, *sub art. 2475*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2010, 961.

³² Così M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 306.

³³ Per una ricostruzione del dibattito, A. MIRONE, *sub art. 2475*, in *S.R.L.*, commentario dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, 542. Più recentemente, M. IRRERA, M. SPIOTTA, M. CAVANNA, *Gli obblighi e i doveri*, cit., 241.

³⁴ Quanto alle funzioni svolte dal collegio sindacale nella s.r.l. si veda, in relazione al quadro antecedente il d.lgs. n. 14 del 2019, P. BENAZZO, *I controlli nella società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, in *Riv. soc.*, 2010, 18. Si veda anche il recente saggio

che, nel caso di organo sindacale, anche di sindaco unico, gli siano connaturali le funzioni di vigilanza, anche sugli assetti, previste dall'art. 2403 c.c.³⁵.

Per converso, anche oggi l'estensione della disciplina degli assetti alla s.r.l. non è scontata e potrebbe sembrare troppo ampia. Il nuovo art. 2475 c.c., nel testo modificato dal d.lgs. n. 14 del 2019, prevede all'ultimo comma che l'art. 2381 c.c. si applichi alla s.r.l. munite di consiglio di amministrazione «*in quanto compatibile*». D'altronde, proprio per questo, lo stesso art. 2475 c.c. stabilisce, al primo comma, che l'unico assetto irrinunciabile, la cui predisposizione è peraltro di esclusiva spettanza degli amministratori, sia quello preteso dall'art. 2086, secondo comma, c.c.³⁶ Quindi, dato per certo che non è detto che l'art. 2381 c.c. si applichi *in toto* a tutte le s.r.l., si rimette all'interprete il compito di esprimere un giudizio di compatibilità ricorrendo a dei corrispondenti criteri.

Il tema è obiettivamente troppo complesso per occuparsene in questa relazione. Tuttavia, tra questi criteri dovrebbe esserci la “sostenibilità” di quell'apparato di regole, ad iniziare da quelle che, seppur temperate dal richiamo alla “natura e dimensione”, impongono la costruzione ed il mantenimento degli assetti da parte dell'impresa.

Il tema della “sostenibilità” induce a riflettere sul fatto che, in fondo, si tratta di regole che in vario modo hanno a che fare con la libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 della Costituzione. Come da taluno rilevato³⁷, ciò imporrebbe di impiegare i criteri della “proporzionalità” e della “ragionevolezza” nel valutarne l'adempimento.

di F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi doveri/poteri dell'organo di controllo e de revisore nella s.r.l., tra vecchi e nuovi interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 145.

³⁵ Si veda il Punto 1 delle “Linee guida per il Sindaco Unico” (edizione 2015) elaborate da OCDEC.

³⁶ Tema recentemente indagato, con utili distinzioni concettuali, da R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1453.

³⁷ Così G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, cit., 53, cui si rinvia anche per i rilievi in merito alla sindacabilità del rispetto del precetto costituzionale. La questione è stata recentemente ripresa, soprattutto in relazione all'art. 2086 c.c., da V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgement rule*, cit., 79.

Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica

SOMMARIO: 1. La *ratio* del requisito degli assetti organizzativi adeguati. – 2. Anticipazione del rilievo della crisi: l'insufficiente funzione del capitale sociale. – 3. Gli assetti indicati nell'art. 2381 c.c. – 4. La competenza all'istituzione degli assetti organizzativi. – 5. Il sindacato di adeguatezza degli assetti e la *business judgement rule*. – 6. Conclusioni.

1. La *ratio* del requisito degli assetti organizzativi adeguati

La rilevanza della dimensione organizzativa entra nel diritto societario comune a seguito della riforma del 2003.

I principi di corretta amministrazione, elaborati a livello aziendalistico e recepiti dapprima da ordinamenti di settore, sono poi rifluiti nel codice civile, in un percorso evolutivo segnato dalla consapevolezza del ruolo decisivo dell'organizzazione ai fini del corretto svolgimento dell'impresa.

Si tratta di concetti tutt'altro che astratti; come tali, esigono, in concreto, organismi adeguati alla gestione del rischio di impresa: il passaggio dal principio di corretta amministrazione a quello degli assetti organizzativi adeguati è stato, quindi, più che breve. L'influenza delle leggi speciali di settore sull'ordinamento societario di diritto comune si percepisce ad esempio, nella formulazione letterale dell'art. 149, lett. *b*), t.u.f., che costituisce il più significativo precedente: stabilendo, al primo comma, che il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione: compiti, che ritroviamo poi nella disciplina codicistica del collegio sindacale (art. 2403 c.c.)¹.

¹ Il principio di corretta amministrazione è particolarmente rilevante nella disciplina delle banche. Gli artt. 53, primo comma, e 67, primo comma, t.u.f. prevedono, nel disciplinare il potere dell'autorità di vigilanza, che la Banca d'Italia emani disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto il contenimento del rischio, il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché il sistema di controllo interno.

Un ulteriore precedente può essere considerato il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*), il cui art. 6 prevede che la persona giuridica possa esonerarsi dalla responsabilità amministrativa connessa con reati posti in essere nel suo interesse dalla propria struttura di vertice, quando provi che l'organo dirigente ha adottato ed attuato efficacemente, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi.

Anche in materia di prevenzione del rischio-reato, infatti, esiste un dovere di organizzare la propria impresa: con la differenza che, mentre l'adozione di un modello di organizzazione e gestione non è obbligatorio per l'ente (che può anche decidere di esporsi al rischio da reato), per contro, l'imprenditore collettivo ha il dovere di dotarsi di un assetto organizzativo adeguato (artt. 2381 e 2086, cpv., c.c.)

Anche norme regolamentari e codici individuali e collettivi di autodisciplina trattano dell'adeguatezza, riempiendo di contenuti quella che è una mera enunciazione di principio.

Come si legge nella circolare dell'Assonime dell'agosto 2019, il sintagma "assetto organizzativo" *«fa riferimento agli aspetti statico-strutturali dell'organizzazione dell'impresa, nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità (organigramma); gli assetti amministrativi fanno riferimento ad 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 loro singole fasi. Gli assetti contabili sono quella parte degli assetti amministrativi volti ad una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione»*.

Prioritaria, nello schema normativo, si palesa l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, nella quale rientrano anche le altre *species* di assetto: come si può desumere anche dall'art. 3 cpv. c.c.i.i. (*Doveri del debitore*), che non ripete l'usuale formula ternaria, ma si limita a prescrivere il solo assetto organizzativo adeguato, a carico dell'imprenditore collettivo, ritenuto, evidentemente, onnicomprensivo.

Esso può essere riassuntivamente definito come l'insieme di procedure, direttive e prassi operative volte a garantire che la *governance* societaria eserciti correttamente ed in modo efficace la propria attività; e dev'essere valutato con riferimento all'organigramma del personale, agli uffici e macchinari impiegati, alla precisa indicazione delle funzioni, dei poteri e deleghe di firma.

Un'unità imprenditoriale è adeguatamente organizzata quando esistano un criterio gerarchico, un coordinamento delle diverse attività e mansioni; e pos-

sibilmente, un livello di specializzazione e di standardizzazione produttiva, di regole di condotta e un sistema informativo, come presupposto per le decisioni; nonché un sistema di controllo sia formale, per quanto riguarda l'osservanza delle regole, sia sostanziale, per l'efficace impiego delle risorse.

A seconda del tipo di impresa potrebbe essere necessari anche una direzione per la pianificazione (l'art. 2381, terzo comma, c.c. parla di piani strategici industriali, esaminati dal consiglio di amministrazione) e un efficiente circuito informativo².

Allo stato attuale della normativa, il principio di adeguatezza organizzativa è un fondamento del diritto societario: come tale, applicabile anche alle società in mano pubblica, in base al richiamo generale di cui all'art. 1, terzo comma, t.u.s.p. (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

Si è andato, così, progressivamente affermando l'orientamento secondo cui il monitoraggio del generale andamento della gestione, mediante una periodica informazione sulla situazione patrimoniale, si deve realizzare in modo continuo e sistematico, e non solo in presenza di uno stato patologico dell'impresa. L'idea di fondo, definitivamente consacrata nel codice della crisi, è quella dell'emersione anticipata della crisi e della predisposizione di un adeguato assetto per tale scopo: onde, l'attenzione alla continuità aziendale, tenuto conto della ciclicità delle crisi, deve essere un *continuum*, non limitato alla fase crepuscolare della preinsolvenza.

Sotto questo profilo, il legislatore ha voluto rendere speciale quello che in precedenza era un dovere di carattere generale, in cui era il giudice a dover individuare la regola del caso concreto; ed il criterio di adeguatezza degli assetti costituisce uno dei casi più evidenti di ricorso alla tecnica della clausola generale; che, nella specie, si traduce in un riferimento a prassi operative di buona gestione.

Si è consolidato, in tal modo, il convincimento che vi sia una correlazione tra adeguatezza degli assetti e migliore gestione del rischio di impresa. Al riguardo, si consideri che la società può incorrere in rischi di diversa natura; anzi, secondo la dottrina economica aziendale, l'impresa è, in sé, un sistema di rischi connessi: oltre al connaturale rischio economico, sussistono, ad esempio, il rischio da reato (d.lgs. n. 231 del 2001), il rischio da trattamento dei dati personali (*General Data Protection Regulation*), il rischio in ambito sicurezza e sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008), il rischio reputazionale, ecc.

² Per le imprese bancarie l'insufficienza dell'assetto organizzativo può comportare il rifiuto di autorizzazione della Banca d'Italia o addirittura l'applicazione di sanzioni (una delle più frequenti censure nei rapporti ispettivi è proprio l'inadeguatezza dell'organizzazione degli uffici).

Prescrivendo la doverosità dell'istituzione di assetti adeguati, il legislatore si è ingerito per la prima volta nella disciplina della struttura della società, ritenuta tradizionalmente monopolio dell'autonomia privata; e ciò ha fatto al duplice scopo di promuovere l'efficienza e di consentire la rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa. La congiunzione “*anche*”, contenuta nel novellato art. 2086 cpv. c.c., dà conto della strumentalità degli assetti adeguati non solo a quest'ultimo scopo, espressamente dichiarato, ma pure, implicitamente, agli ordinari obbiettivi di massimizzazione del lucro oggettivo.

2. Anticipazione del rilievo della crisi: l'insufficiente funzione del capitale sociale

La prevenzione tempestiva della crisi presuppone flussi informativi endo-societari tra gli organi della struttura operativa, accentuando il dovere di questi ultimi di riconoscerne tempestivamente i sintomi premonitori, così da evitare l'insorgere dell'insolvenza.

Non si tratta dell'enunciazione di generiche regole di buona amministrazione; bensì, di veri e propri doveri giuridici, con la correlata responsabilità, connessa al monopolio del potere gestorio attribuito all'amministratore *ex art. 2380-bis c.c.*

Nelle società di persone, i soci sono illimitatamente responsabili; e dunque i creditori fanno affidamento anche sul loro patrimonio personale, oltre che su quello dell'impresa: onde, gli interessi dei soci e quelli dei creditori sono tendenzialmente allineati.

Viceversa, nelle società in cui soci godono del beneficio della responsabilità limitata, il problema è più complesso, perché il patrimonio personale è protetto contro le pretese dei creditori sociali, ed il rischio limitato al solo capitale sottoscritto. In tale situazione, l'interesse dei creditori ad ottenere il pagamento integrale del debito imporrebbe all'impresa una gestione prudente e perfino di anticipare l'emersione della crisi, attivandosi per una soluzione negoziale. I soci però non hanno ormai più nulla da perdere, grazie al beneficio della responsabilità limitata, e potrebbero essere quindi tentati di intraprendere attività che risolvano le sorti dell'impresa, anche se con basse possibilità di successo.

Quanto più si approssimi l'insolvenza, tanto più i soci sono incentivati a scommettere su operazioni rischiose: di qui, secondo la cosiddetta *duty shifting doctrine*, si realizza uno scivolamento del dovere degli amministratori verso la tutela dei creditori, piuttosto che della società³.

³ Questo aspetto è enfatizzato nel Regno Unito nel *wrongful trading* di cui all'art. 214 *Insolvency act*, che configura la responsabilità degli amministratori nella fase crepuscolare dell'impresa (*twilight zone*).

Tradizionalmente il sistema di prevenzione si è basato sulla riduzione del capitale per perdite; ma si è palesato non del tutto efficiente, perché passa attraverso il bilancio; mentre, la crisi dell'impresa, e *a fortiori* l'insolvenza emergono più chiaramente da un *test* dei flussi di cassa.

L'istituto del capitale nominale, del resto, è sempre più screditato.

Da parte della dottrina si è perfino posta in dubbio la persistente utilità delle regole al riguardo formulate nei paesi dell'Unione Europea, a partire dalla seconda direttiva in materia societaria (1977/91/CEE, rifiuta, con emendamenti, dalla direttiva 2012/30/UE); e si sostiene che sarebbero più funzionali agli scopi di protezione dei creditori *solvency tests*, meno complessi e costosi⁴.

Vi ha concorso la convinzione che la disciplina del capitale sociale, e soprattutto delle norme che esigono che quest'ultimo corrisponda ad una somma fissa – il cui minimo è stabilito dalla legge – e richiedono dagli amministratori e soci precisi interventi ove il netto si riduca al di sotto di questa cifra, sia fonte di costi eccessivi, soprattutto per le imprese di minori dimensioni.

A tale svalutazione ha pure contribuito la vicenda legislativa che, tra il 2012 ed il 2015, ha condotto all'introduzione di norme che permettono alla s.r.l. di costituirsi con capitale anche di un solo euro (s.r.l. semplificata, artt. 2463, quarto comma, e 2463-bis, comma 2, n. 3 c.c.); alla diminuzione da € 120.000 ad € 50.000 del capitale minimo delle s.p.a. e s.a.p.a. (art. 2327 c.c., così emendato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 91); al congelamento, per effetto del deposito della domanda di concordato preventivo, o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, delle disposizioni in tema di riduzione del capitale per perdite (art. 182-sexies l. fall., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83); alle regole sulle *start-ups* e sulle PMI innovative, che consentono di riferire alla chiusura dell'esercizio successivo l'applicazione degli artt. 2447 e 2482-ter (art. 26, primo comma, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e art. 4, comma 9, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3).

Tra le varie funzioni che in astratto possono riconoscersi all'istituto del capitale sociale, soltanto la funzione c.d. organizzativa, e cioè di misuratore di diritti e poteri corporativi dei soci, non sembra essere stata toccata dalle modifiche normative degli ultimi anni.

Per contro, sia la funzione di garanzia, sia la funzione di produttività si sono offuscate gravemente a seguito di norme che, da un lato, permettono che la società (s.r.l., soprattutto) sia costituita con una dotazione patrimoniale, quand'anche non simbolica, comunque inidonea a rappresentare un credibile supple-

⁴ Sulla questione è nota la *querelle* che ha opposto di Luca Enriques e Jonathan Macey (nello scritto *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, 1, 78) a Francesco Denozza.

mento di garanzia per i creditori, come pure a munire l'ente di mezzi propri per svolgere, in combinazione con mezzi forniti da terzi, l'attività dell'oggetto sociale; dall'altro lato, consentono che l'impresa continui nella veste societaria originaria, benché per un periodo di tempo limitato, ad onta della perdita anche integrale delle risorse che i soci si erano impegnati a mantenere stabilmente asservite all'attività sociale, nella conclamata insufficienza di valori capaci di garantire il ceto creditorio.

Tanto meno il capitale, anche per la sua normale esiguità, funge più da campanello d'allarme o da cuscinetto di sicurezza idoneo ad impedire che il passivo divenga superiore all'attivo e che le ragioni dei creditori siano quindi compromesse da un'attività, a quel punto, in grado non di creare, ma solo di consumare ricchezza.

Viene quindi a mancare la profilassi del dissesto (*l'inutil precauzione*, come la definisce d'Alessandro) e si verifica, per contro, la traslazione sui creditori del rischio d'impresa; mentre, i soci si vedono riconosciuta la possibilità di continuare a svolgere l'attività, conservando a sé l'eventuale profitto, senza rischiare alcunché del proprio patrimonio, stante l'irrisorietà del capitale sociale sottoscritto.

Lo svuotamento della funzione del capitale non è circoscritto alla s.r.l. – alla quale, del resto, i principî della seconda direttiva non si applicano – ma è certo particolarmente vistoso in essa⁵.

A fronte dell'indebolimento della funzione del capitale sta l'indubbio rafforzamento della responsabilità degli amministratori, che dovrebbero farsi garanti nei confronti dei terzi della sostenibilità delle operazioni intraprese, eventualmente asseverando il cosiddetto *solvency statement*.

Meritano di essere valorizzate, sotto questo profilo, le norme che elevano al rango di principio portante del sistema il dovere di amministrare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle proprie specifiche competenze (art. 2392 c.c.), di agire in modo informato (art. 2381, sesto comma, c.c.), e soprattutto di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, commi 3 e 5, c.c.); nonché, di rispettare le regole della corretta amministrazione (cfr. art. 2403, primo comma, c.c.) e della corretta gestione societaria e imprenditoriale (art. 2497, primo comma, c.c.).

È in atto, quindi, la tendenza alla sostituzione di una tutela *ex ante*, di tipo reale – garantita dalle norme sul capitale che impongono di munire la società di una data dotazione patrimoniale e di conservarla – con una tutela *ex post* di carattere obbligatorio, derivante dai doveri degli amministratori, forieri di respon-

⁵ Le s.r.l. costituivano il 97% di tutte le società di capitali al 31 dicembre 2014 (rilevazione statistica ad opera dell'Osservatorio del diritto societario della Camera di Commercio di Milano).

sabilità: doveri, tra cui l'art. 2381 c.c., novellato dalla riforma del 2003, ha espressamente aggiunto l'istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

In questo senso si erano già mossi ordinamenti stranieri come quello tedesco e quello belga, al dichiarato scopo di promuovere l'imprenditoria giovanile; oltre che al fine inespresso di sostenere la competizione con gli ordinamenti dell'Unione Europea, favorita dalle sentenze della Corte di giustizia (*Centros, Uebersee-ring*), in modo da contrastare il rischio di fuga delle imprese verso sistemi meno rigorosi in materia.

3. Gli assetti indicati nell'art. 2381 c.c.

Spetta, come detto, al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*) di aver introdotto nel novellato art. 2381 c.c. (*Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*), per la prima volta in termini espliciti, il requisito degli assetti organizzativi, finanziari e contabili adeguati per la s.p.a. ordinaria.

È da notare che in tale norma il legislatore si è preoccupato di ripartire espressamente i compiti tra organi deleganti e delegati soltanto in relazione all'adeguatezza degli assetti: agli organi delegati compete di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (art. 2381, quinto comma, c.c.); al *plenum* consiliare delegante di valutarne l'adeguatezza (*ibidem*, terzo comma).

La vigilanza sull'adeguatezza di tali assetti spetta, infine, al collegio sindacale (art. 2403, primo comma, c.c.) o, nei sistemi alternativi, dualistico e monistico, rispettivamente al consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies*, primo comma, lett. c, c.c.) ed al comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies*, sesto comma, lett. b, c.c.).

Dal complesso di queste disposizioni emerge chiaramente che gli assetti in questione sono intesi come il *quid proprium* dell'attività imprenditoriale: conclusione, del resto, già ricavabile, in tesi generale, dall'art. 2082 c.c., che parla di attività economica organizzata.

In un'epoca di globalizzazione in cui l'interconnessione dei fenomeni economici su scala mondiale produce incontrollabili effetti di propagazione da un mercato all'altro, la crisi di impresa ben può dipendere da fattori in nessun modo imputabili a *mala gestio* degli amministratori. Questi però devono essere in grado di percepire tempestivamente i sintomi della crisi e reagire in modo adeguato. Pertanto, devono predisporre strumenti organizzativi che consentano loro di ve-

nire tempestivamente a conoscenza dell'avvicinarsi dello stato di crisi o di squilibrio finanziario destinato a sfociare nell'insolvenza; e soprattutto devono valutare la continuità aziendale, premessa per il conseguimento dell'oggetto sociale.

La legislazione dell'Unione Europea, allo scopo di consentire il risanamento delle società in crisi, anticipa l'area della legge concorsuale a situazioni antecedenti alla vera e propria insolvenza, vale a dire a situazioni in cui l'insolvenza è probabile, ma non attuale.

Anche l'ordinamento italiano si sta muovendo nella direzione di altri ordinamenti, anticipando i doveri degli amministratori di proteggere i creditori e tentare il salvataggio dell'impresa in un momento antecedente l'insolvenza, nella fase di crepuscolo.

Gli amministratori devono organizzare, perciò, le imprese in maniera tale da rilevare tempestivamente il pericolo di insolvenza, attivandosi per porre rimedio alla crisi stessa.

È plausibile sostenere che la perdita di continuità debba essere presa in considerazione dagli amministratori prima ancora del suo manifestarsi, quale contenuto dell'alta amministrazione che si esercita mediante la pianificazione strategica. In senso contrario, non si potrebbe addurre che l'art. 2381, terzo comma, prevede che il consiglio di amministrazione esamina i piani strategici, industriali e finanziari «*quando elaborati*»; e ciò, per escludere una doverosità della pianificazione, dal momento che la redazione di tali piani appare obbligatoria, quale manifestazione del dovere di diligenza. E peraltro l'anticipata pianificazione è già insita nel concetto di continuità elaborato dalla scienza aziendalistica, come condizione nella quale l'impresa può sussistere, quale entità operativa in un prevedibile futuro.

La pianificazione strategica non è quindi estranea agli adeguati assetti organizzativi: con la conseguenza che l'organo gestorio avrebbe il dovere di predisporre interventi da adottare in un prevedibile futuro scenario di crisi, prima ancora che questa sia in atto, come riflesso specifico del dovere di adozione di assetti adeguati organizzativi (correlazione tra questi e la programmazione).

Resta inteso che lo spirito di iniziativa imprenditoriale non deve essere imbrigliato in sistemi di controllo, bensì integrato da un dovere specifico, anche se non a contenuto determinato, di pianificazione degli interventi per l'ipotesi di crisi⁶.

⁶ Il principio della pianificazione degli interventi di risanamento in un'eventuale scenario di crisi è affermato all'art. 69-*quater* t.u.b., introdotto dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, di attuazione della Direttiva Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, n. 59, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. È previsto

Per l'effetto, acquistano sempre più rilevanza i profili concernenti l'organizzatore interna della società, intesa come struttura aziendale, sottostante al livello superiore degli organi di amministrazione e controllo; e si supera l'impostazione del diritto societario anteriore alla riforma del 2003, nel quale il profilo organizzativo era limitato ai rapporti interorganici.

Un aspetto non citato espressamente nell'art. 2381 c.c. (e nemmeno nel secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto dal c.c.i.i.) è l'adeguatezza dell'assetto patrimoniale.

La sottocapitalizzazione formale, prima dell'iscrizione della società di capitali, provoca l'invalidità dell'atto costitutivo; dopo l'iscrizione, l'art. 2332, primo comma, n. 3 c.c. sancisce la nullità solo se manchi ogni indicazione relativa al capitale sociale. Si è parlato, in dottrina, di pandemia di sottocapitalizzazione, con terminologia involontariamente profetica. Ma la vera garanzia per i creditori è il patrimonio netto, più che il capitale, ridotto a mera parvenza in certi tipi di società di capitali.

Altro assetto non menzionato nell'art. 2381 c.c. è quello tecnico (comprendente, ad es., la dotazione di processore e programmi informatici adeguati, l'adozione di idonee misure protettive per dipendenti e terzi ecc.): assetto, definito la nuova frontiera della responsabilità degli amministratori e che pure dovrebbe intendersi implicitamente ricompreso nell'ampia nozione di assetto organizzativo.

L'adeguatezza dell'assetto tecnico viene in rilievo sulla base di varie leggi speciali. L'art. 118 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo*, che recepisce una direttiva comunitaria in tema di responsabilità per prodotti difettosi, esonera da responsabilità il produttore che abbia messo in circolazione un bene poi rivelatosi difettoso, se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui bene è stato messo in circolazione non permetteva di considerare il prodotto come difettoso. Il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 – in materia di tutela della salute della sicurezza nei luoghi di lavoro – all'art. 15 pone come misura generale di tutela *«l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico»*.

Il principio generale sotteso è che vi sono regole che impongono all'imprenditore l'onere di acquisire il massimo di conoscenze in ordine alle questioni scientifiche e tecniche per la protezione della salute e dell'ambiente e che dunque vi è uno stretto rapporto fra adeguatezza tecnica e responsabilità dell'impresa. All'adeguatezza tecnica fa implicitamente riferimento anche il Regolamento sulla

infatti che le banche adottino piani di risanamento al manifestarsi di determinati eventi in grado di mettere in pericolo la sostenibilità economica della banca: piani, adottati durante l'attività di gestione, prima che si manifestino i sintomi di crisi.

gestione collettiva del risparmio emanato dalla Banca d'Italia il 14 aprile 2005, che richiama l'efficienza e la sicurezza delle tecnologie informatiche impiegate.

In sintesi, rientra nei doveri degli amministratori il principio di precauzione, tendente a tutelare le aspettative in tema di sicurezza, delle libertà fondamentali, e in particolare della salute, così da poter monitorare costantemente il rischio tecnologico. In questo senso, l'art. 2088 c.c. (*Responsabilità dell'imprenditore*), pur se abrogato nella parte in cui richiama l'ordinamento corporativo, sancisce un principio generale di responsabilità dell'imprenditore – e, di conseguenza, la limitazione del suo potere discrezionale – che può ritenersi valido alla luce di nuovi principî dell'ordinamento costituzionale.

4. La competenza all'istituzione degli assetti organizzativi

L'art. 2381, quinto comma, c.c. non è inderogabile: e quindi, gli assetti potranno essere costituiti dal consiglio di amministrazione nella sua interezza; e, ove esistano più organi delegati, come ad esempio un'amministrazione delegata e un comitato esecutivo, funzioni e responsabilità avranno carattere solidale: e la solidarietà riguarderà anche gli organi deleganti che devono valutare l'adeguatezza degli assetti (art. 2381, terzo comma, c.c.), oltre agli organi di controllo investiti del dovere di vigilanza (art. 2403 c.c.).

La competenza esclusiva degli amministratori *ex artt. 2380-bis e 2475 c.c.* concerne, peraltro, *in parte qua*, l'organizzazione aziendale, e non pure l'organizzazione corporativa della società, che può essere definita solo dallo statuto.

Dopo la pubblicazione del decreto correttivo 20 ottobre 2020, n. 147, la competenza esclusiva degli amministratori in materia di gestione aziendale è rimasta nella s.p.a., ma non nella s.r.l.: laddove l'istituzione degli assetti rientra sempre e solo nella competenza degli amministratori (soluzione, peraltro, già anticipata dalla dottrina). Deve ritenersi preclusa, pertanto, la delega verso il basso, in materia di assetti: ciò che facilita la chiara individuazione dei responsabili di un'adeguata organizzazione, che sono sempre gli amministratori e non pure i soci (ad esempio, nella s.r.l.).

Dalla perentorietà della previsione normativa sembra altresì doversi desumere che l'esercizio del potere organizzativo non può farsi dipendere dagli esiti di un previo esame assembleare, se non al prezzo di violare la competenza funzionale degli amministratori.

Resta il rilievo già messo in evidenza che il dovere di curare gli assetti, benché specifico, resta a contenuto aperto: cosicché gli amministratori sarebbero tenuti a formalizzare l'adozione di un modello organizzativo, ma non a sceglierne uno in particolare.

5. Il sindacato di adeguatezza degli assetti e la *business judgement rule*

L'introduzione nell'ordinamento delle società del canone di adeguatezza degli assetti organizzativi costituisce una riprova della tendenza del legislatore a tradurre in norme giuridiche principi della scienza aziendalistica, elaborati anche da associazioni di categoria, o desunti da codici di autodisciplina, che ne riducono il margine di indeterminatezza, senza però eliderlo del tutto, costituendo indicazioni di massima e parametri di riferimento, ma non paradigmi assoluti. Non diversamente, nei gruppi di imprese, si atteggia il dovere della capogruppo di attenersi ai «*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*» (art. 2497, primo comma, c.c.)⁷.

A seguito della puntuale prescrizione di cui all'art. 2381 c.c., l'obbligo di creare assetti adeguati non deve essere più ricavato, in via interpretativa, dal generico dovere di amministrazione diligente. Gli assetti saranno adeguati non solo quando funzionali a preservare gli interessi dei soci, ma anche quando consentono all'impresa di stare sul mercato senza bruciare risorse: in questo modo, l'adeguatezza degli assetti, seppure non funzionale alla tutela dei terzi (*stakeholders*), e soprattutto dei creditori, è indirettamente legata alla tutela dei loro interessi.

Finora i doveri degli organi di gestione venivano in considerazione quando la crisi era già in atto; laddove con norma primaria generale, e non solo con norma deontologica, ora sono anticipati al momento dell'emersione della crisi. Sussiste quindi una precisa responsabilità nel caso in cui non vi sia stata alcuna pianificazione o attenzione agli indizi di pre-crisi in conseguenza della mancata adozione di un adeguato assetto organizzativo. Essa si configura anche nelle società di persone: nelle quali, però, non ha un significato concreto, dato che comunque gli amministratori sono sempre soci illimitatamente responsabili e quindi rispondono con il loro patrimonio per i debiti sociali. *A fortiori*, ciò è vero per l'imprenditore individuale.

Se l'art. 2381 c.c. è inequivoco sull'*an*, nulla dice, per contro, sul *quomodo*. Ne consegue che come strutturare in concreto gli assetti organizzativi della società, al fine di soddisfare il criterio dell'adeguatezza, rimane una scelta afferente al merito gestorio (*unternehmerischer Handlungsspielraum*): il che apre al problema della sua sindacabilità, o no, in sede giudiziaria, secondo la formula, ormai tralatizia, della *business judgement rule*.

Questa è una regola di matrice giurisprudenziale americana, che riconosce una piena discrezionalità imprenditoriale, presumendo la razionalità delle

⁷ In Germania, i doveri inerenti la carica di amministratore che siano prescritti da *unbestimmte Rechtsbegriffe* (clausole generali) richiedono una concretizzazione nel singolo caso specifico.

scelte gestorie, senza necessità di motivazione, né di rispetto del principio di prudenza⁸.

Nella giurisprudenza statunitense (soprattutto della Corte del Delaware, Stato-pilota nell'ambito del diritto societario), la *business judgement rule* costituisce il tentativo di individuare un adeguato punto di equilibrio fra due opposte esigenze: da un lato, quella di rispettare la discrezionalità, tenendo in considerazione la rischiosità delle attività degli amministratori, e dall'altro, quella di sottoporre a controllo scelte irragionevoli o improvvisate⁹.

La regola è stata importata in vari ordinamenti europei. In Germania l'*Aktiengesetz*, al paragrafo 93, codifica la *business judgement rule*; e la relazione di accompagnamento alla novella che l'ha introdotta individua un connotato delle scelte imprenditoriali nella caratteristica di essere riferite al futuro: ossia di contenere valutazioni di tipo prognostico su sviluppi futuri ed incerti. A questa stregua, la scelta gestoria avente contenuto organizzativo sembrerebbe da ricondurre entro la nozione di *unternehmerische Entscheidung*, perché destinata ad avere una costante efficacia organizzativa sull'impresa, conformandone i futuri svolgimenti.

Per contro, non c'è discrezionalità degli amministratori quando debbano adottare una decisione giuridicamente imposta e puntualmente determinata, senza alternative possibili.

Il ricorso alla comparazione, *in subiecta materia*, appare opportuno, perché tra le funzioni del diritto comparato, in un'epoca di sempre più capillare osmosi di principi generali tra gli ordinamenti più evoluti, deve essere annoverata anche quella di fornire uno strumento per l'interpretazione e la ricostruzione del diritto interno, specialmente in relazione ad istituti influenzati, quanto meno culturalmente, da altri sistemi.

Recepita nella giurisprudenza italiana, la regola dell'insindacabilità nel merito, in cui si riassume la *business judgement rule*, appare chiaramente formulata in Cassazione 28 aprile 1997, n. 3652. La sua *ratio* consiste nell'incertezza della funzione amministrativa, nell'ineliminabile rischio di insuccesso, del quale non devono farsi carico i gestori, bensì i soci.

⁸ I primi casi negli Stati Uniti si verificano verso la metà dell'ottocento in casi di violazione dei limiti legali o statutari da parte degli amministratori e poca accortezza nel concedere mutui. Sulla *business judgement rule* la Corte del Delaware *in re Citigroup inc.* 2009 esclude la responsabilità degli amministratori che siano informati, siano in buona fede e agiscano nel convincimento onesto che l'azione sia presa nel miglior interesse della società.

⁹ Storicamente fece eccezione, e scandalo, la sentenza del 1985 nel caso Van Gorkom, con cui la Corte suprema del Delaware, a maggioranza, ammise il riesame della strategia imprenditoriale. A tale pronuncia, però il legislatore del Delaware reagì con la *Delaware General corporation law*, a conferma dei principi tradizionali di insindacabilità nel merito.

A ciò si associa l'esigenza di non scoraggiare l'assunzione dei rischi necessari per scelte innovative; e, nello sfondo, trapela pure la sfiducia per le valutazioni dei tribunali, che non hanno competenze tecniche in materia.

Sotto il profilo applicativo, la *business judgement rule* pone l'attenzione sul processo decisionale, piuttosto che sulla valutazione sostanziale della scelta: in mancanza di un conflitto di interessi e di un'infedeltà degli amministratori, essa previene il giudice dal valutare, col senno di poi (*hindsight bias*), le decisioni che siano state il prodotto di un procedimento razionale, per le quali gli amministratori si siano avvalsi di tutte le informazioni ragionevolmente disponibili¹⁰.

Essa comporta, dunque, l'insindacabilità, nel merito, della scelta gestionale, nei limiti in cui questa sia razionale, non *ab origine* imprudente e accompagnata da verifiche preventive¹¹.

Secondo una prima tesi, i giudici, sindacando l'osservanza, da parte degli amministratori, del canone di adeguatezza degli assetti, possono compiere uno scrutinio più stringente di quello consentito dalla *business judgement rule*, valorizzando la distinzione tra violazione di obblighi a contenuto specifico e violazione dei doveri a contenuto generico, cui solo è applicabile la regola.

Poiché gli assetti adeguati integrano un obbligo specifico, le decisioni relative non possono essere protette dall'insindacabilità, mancando lo spazio per una scelta discrezionale degli stessi. Al riguardo, si è valorizzata la diversità ontologica fra atti di gestione, incensurabili, e scelte di organizzazione dell'impresa, suscettibili invece di vaglio giudiziale: proprio questa distinzione, anzi, è stata alla base della rivolta dottrinaia contro l'innovazione del codice della crisi che voleva affidata ai soli amministratori la gestione dell'impresa, senza distinzione tra società per azioni, società a responsabilità limitata e società personali: problema ormai superato dall'art. 40 del decreto correttivo, d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

Sulla scorta di questa impostazione, la novità dell'art. 2381 c.c. risiederebbe nel fatto che il giudice è stato abilitato a valutare ciò che in precedenza gli era precluso, in quanto attività rientrante nella discrezionalità imprenditoriale: valutazione giudiziale, resa vieppiù pervasiva dopo la novellazione dell'art. 2086

¹⁰ Lo *hindsight bias* è il fenomeno psicologico per il quale si tende a ritenere che un evento, soprattutto sfavorevole, una volta realizzatosi, fosse facilmente prevedibile *ex ante*: esso comporta il rischio di "falsi positivi", e cioè di decisioni corrette *ex ante*, giudicate invece negligenti *ex post*: il che indurrebbe ad una gestione troppo prudente degli amministratori, nociva, in ultima analisi, allo sviluppo dell'impresa.

¹¹ Angelici definisce la *business judgement rule* come un diritto all'errore. In tema di sindacato delle scelte imprenditoriali, la giurisprudenza italiana non è incline a dare giudizi positivi di ragionevolezza, quanto piuttosto ad esprimere una valutazione residuale sulla non irrazionalità della decisione, oltre che sull'assenza del conflitto di interessi.

c.c., che ha ulteriormente specificato il contenuto dell'obbligo, rapportandolo all'idoneità della struttura organizzativa a cogliere tempestivamente i segnali di pericolo di crisi¹².

Gestire una certa strategia con assetti organizzativi inadeguati sarebbe, in ultima analisi, inadempimento ai propri doveri, e non legittimo esercizio di discrezionalità che possa trovare riparo sotto l'usbergo della *business judgement rule*. Del resto, il fatto stesso che la riforma societaria del 2003 abbia attribuito la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile al collegio sindacale (art.2403 c.c.), cui tradizionalmente è sottratto ogni sindacato di merito sull'azione degli amministratori, sottolinea la specialità dell'obbligo di cui si tratta e la sua estraneità alla sfera della mera discrezionalità dell'imprenditore.

In termini concettuali diversi, ma con sostanziale convergenza nelle conclusioni, si è sostenuto che l'adeguatezza degli assetti sarebbe un presidio avanzato del più generale dovere di un'amministrazione corretta e conforme alla legge: cosicché l'inottemperanza ad esso sarebbe una violazione del principio generale di correttezza e buona fede.

Il predetto indirizzo dottrinario porta a concludere che, se le scelte imprenditoriali sono insindacabili, pur se abbiano provocato o aggravato la crisi dell'impresa, lo stesso non si può dire ogni volta che esse siano riconducibili ad un difetto di organizzazione dell'impresa. Non sarebbe più la scelta di compiere una determinata operazione, per quanto rischiosa, a venire in rilievo, bensì il fatto che rispetto ad essa la società non sia stata attrezzata adeguatamente sotto l'aspetto organizzativo.

L'amministratore è libero di individuare le finalità dell'agire imprenditoriale, ma è tenuto, in termini di dovere giuridico, a curare che gli strumenti siano adeguati allo scopo: soprattutto sotto il profilo dell'idoneità ad assicurare la corretta e veritiera rappresentazione contabile delle operazioni compiute, quale preconditione per valutarne gli effetti, anche in funzione prospettica di ulteriori scelte.

¹² Non manca chi, come M. SPOLIDORO (*Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo articolo 2086 c.c., con una postilla sul ruolo dei soci*, in *Riv. soc.*, 2019, 253), ha ironizzato sull'accentuazione del ruolo degli assetti in funzione del rilievo tempestivo della crisi, di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., aggiunto dall'art. 375 cpv. del c.c.i.i. Si è detto che i responsabili della gestione dell'impresa dovrebbero agire nel costante pensiero della fine incombente: come faceva il re Filippo II di Spagna, del quale si dice che dormisse nella sua futura cassa da morto, come *memento* della fragilità umana. Analogo sarcasmo sul carattere vagamente iettatorio della disposizione, che porterebbe il segno della matrice giudiziaria del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: gli imprenditori dovrebbero dotarsi di sentinelle pronte a scorgere da lontano l'approssimarsi della crisi, creando un apposito ufficio, per il quale verrebbe spontaneo suggerire il nome di fortezza Bastiani, come nel *Deserto dei tartari*.

Si tratta, dunque, di discrezionalità tecnica, da esercitare secondo perizia e ragionevolezza: onde, se emergano lacune nelle procedure che hanno portato ad una determinata scelta organizzativa, verrebbe ad integrarsi una negligenza gestionale. Non senza aggiungere che la *business judgement rule* si applica in presenza di un generico dovere di diligenza e correttezza; laddove, la legge fissa il contenuto dell'obbligazione degli assetti, che devono essere proporzionali alla natura e dimensioni dell'impresa. Escludere, dunque, la sindacabilità degli assetti, ridurrebbe l'oggetto della novità qualificante dell'art. 2381 c.c., ad un mero *flatus vocis*.

A parere di chi scrive, quest'orientamento è condivisibile, ma ci si può spingere più in là: sulla premessa che la prescrizione di creare strutture organizzative efficienti non costituisce più un obbligo generico, bensì un obbligo specifico, strumentale a finalità ancor più chiaramente espresse nell'art. 2086, cpv., c.c., ma già enucleabili dall'art. 2381, terzo e quinto comma, c.c., si può ritenere che non sia più sufficiente la diligente attività dell'amministratore, per escludere la responsabilità, e trovi invece applicazione l'art. 1218 c.c. in caso di assetti rivelatisi, alla prova dei fatti, inadeguati a prevenire disfunzioni ed insufficienze informative: tali, da impedire all'impresa di stare in modo efficiente nel mercato¹³.

In altri termini, l'adeguatezza degli assetti in funzione del rilievo tempestivo della crisi dell'impresa è un'obbligazione di risultato, pur se gli amministratori conservino una discrezionalità tecnica nel *quomodo*. Se si vuole un esempio analogico, sia pur grossolano, essa è paragonabile all'*opus* dell'appaltatore: quest'ultimo resta autonomo, quale imprenditore, nell'organizzazione dei mezzi, ma è responsabile ove il risultato non sia quello prefigurato. Ed è appena il caso di aggiungere che il risultato, oggetto dell'obbligazione, non è certo la prevenzione della crisi, ma solo l'acquisizione di dati ed informazioni, grazie a strutture organizzative, amministrative e contabili adeguate, premessa di comportamenti imprenditoriali avveduti.

Da ciò consegue anche che l'omissione di assetti organizzativi o la loro palese inadeguatezza, quali profili fondamentali della *governance* della società, siano da qualificare come grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.¹⁴.

¹³ La formulazione paratattica dell'art. 2381, terzo e quinto comma, del riferimento all'andamento della gestione ed alla sua prevedibile evoluzione (oltre che ai piani strategici), diversa da quella espressamente finalistica dell'art. 2086 cpv. c.c. («...*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa...*»), non smentisce la natura già *ab origine* strumentale degli assetti organizzativi adeguati rispetto alla pronta emersione dei sintomi di crisi.

¹⁴ Si tratta di un profilo diverso ed in qualche modo preventivo rispetto a quello esaminato dal Trib. Milano, sez. spec. in materia di imprese, 18 ottobre 2019 (in *Giur. it.*, 2020, 363, con nota di O. CAGNASSO), secondo cui le omesse misure contro la crisi da parte degli amministratori, non in linea

La tesi contrapposta, pure cospicuamente rappresentata in dottrina, afferma l'insindacabilità delle misure degli amministratori istitutive degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Secondo questo indirizzo, il verbo "curare" utilizzato dall'art. 2381, quinto comma, c.c., non impone l'obbligo di predisporre comunque gli assetti quando siano ritenuti inessenziali per la società; tanto più, che non esiste un modello unico di assetto, universalmente valido.

Stante il carattere relazionale del giudizio di adeguatezza, gli amministratori sarebbero tenuti, quindi, a contemperare i costi e benefici inerenti l'adozione di assetti organizzativi adeguati con l'ulteriore dovere di massimizzare il valore del patrimonio sociale: onde, le decisioni conseguenti, implicando un irriducibile margine di discrezionalità, avrebbero natura imprenditoriale; ed il giudice non potrebbe sindacarle – secondo una tesi radicale minoritaria, perfino nell'ipotesi-limite di totale omissione degli assetti – ove la scelta sia il prodotto di una non irragionevole ponderazione.

Si assume, al riguardo, che un tale bilanciamento è connaturale all'attività d'impresa, di cui, anzi, è elemento essenziale: come emerge dalla stessa norma-base dell'art. 2082 c.c., che richiama il principio di economicità¹⁵.

In questa linea di pensiero, l'obbligo degli assetti non sarebbe una prescrizione specifica, e cioè compiutamente determinata dalla legge: al contrario, il canone di adeguatezza si risolverebbe in una clausola generale, più simile ad uno *standard*, che non ad una *rule*¹⁶.

6. Conclusioni

Molti anni fa, Roberto Weigmann, nell'opera *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori* rilevava che l'impresa moderna non fa più perno sul volere dispotico di un capo, bensì sul lavoro di gruppo. Nella prima fase storica

con i doveri gestori oggi predicati dall'art. 2086, comma 2, c.c., costituiscono una grave irregolarità nella gestione ex art. 2409 c.c.

¹⁵ Nella giurisprudenza americana sulla *business judgement rule* si è fatto talvolta riferimento, in tema di rapporto costi – benefici, alla c.d. formula di Hand (giudice federale *in re* United States v. Carrol Towing 1947): c'è responsabilità degli amministratori se il costo dell'attività informativa funzionale all'operazione intrapresa sarebbe stato inferiore al danno derivato dall'omissione.

¹⁶ Cass., S.U., 22 febbraio 2012, n. 2572 afferma che i giudizi di valore, ai sensi di norme che indichino solo parametri generali, presuppongono, da parte del giudice, un'attività di integrazione giuridica della norma elastica, censurabile in sede di legittimità. Il sempre più frequente ricorso alla tecnica delle clausole generali è criticata da Irti, perché darebbe adito ad ogni forma di soggettivismo.

dell'industrializzazione emergeva la figura del capitano d'industria, del magnate, e le imprese erano attive senza una struttura definita. Successivamente si è affermata l'organizzazione aziendale: le funzioni un tempo individuali si sono istituzionalizzate e non si fa più appello al carisma come fonte di legittimazione del comando. Nessuna istituzione potrebbe perdurare nel tempo, se per la sua direzione occorressero geni o superuomini. Essa deve essere perciò organizzata in modo da sopravvivere, guidata da esseri umani appartenenti alla media. La dittatura industriale, come forma dispotica di gestione, è una minaccia alla sopravvivenza dell'impresa, in quanto, morendo il dittatore, l'impresa resterebbe in balia di se stessa.

I nuovi dirigenti sarebbero, in questa nuova ottica, una specie umana molto diversa dagli antichi capitani di industria, essendo mutati il loro modo di presentarsi in pubblico, gli atteggiamenti, le credenze, e perfino la maniera di vestirsi. Il lavoro dell'amministratore non consisterebbe più, quindi, nel partorire dal proprio cervello una strategia e nell'impartire gli ordini conseguenti con piglio autoritario. Oggi il dirigente è colui che conosce soprattutto la tecnica del coordinamento. L'imprenditore individualista, instancabile, dotato di intuito e audacia, appartiene al passato; anche se la grande organizzazione aziendale dei nostri giorni non riscuote eguale ammirazione¹⁷.

Corollario conseguente di tale evoluzione è l'importanza crescente attribuita dal legislatore agli assetti organizzativi, la cui previsione innovativa nell'art. 2381 c.c., frutto della riforma societaria del 2003, è stata ulteriormente arricchita dal profilo finalistico della rilevazione tempestiva della crisi, di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto dall'art. 375, secondo comma, c.c.i.i., che ha ridato linfa ad una norma pressoché desueta, rimasta lettera morta da molti anni, modificandone la rubrica ed aggiungendo un secondo comma che non ha quasi nulla in comune con il primo (che appartiene al diritto del lavoro).

La rilevanza data alla struttura organizzativa dell'impresa si riflette, come detto, nell'aggravamento della responsabilità degli amministratori (e degli organi di controllo) verso la società, i creditori e in generale i terzi (*stakeholders*), in caso di inadeguatezza degli assetti rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Con tutti i problemi interpretativi sopra esaminati.

Il fenomeno è andato di pari passo con la svalutazione progressiva della garanzia per i creditori tradizionalmente costituita dal capitale sociale.

¹⁷ L'efficace descrizione del fenomeno è tratta *verbatim* da V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'articolo 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 1, 5.

Ad essa si è quindi sostituita, in gran parte, la più pervasiva disciplina degli aspetti organizzativi e gestionali, correlati ad una garanzia di tipo obbligatorio, in forma di responsabilità¹⁸.

Come osservato da attenta dottrina, tale tutela si palesa, peraltro, manchevole sotto più profili¹⁹.

Innanzitutto, la giurisprudenza sulla *business judgement rule* rende difficoltoso l'accertamento di responsabilità degli amministratori.

In secondo luogo, questi ultimi ben difficilmente offrono garanzia di solidità patrimoniale, tale da soddisfare pretese risarcitorie spesso ingentissime²⁰.

È dubbio, in conclusione, se all'indiscutibile crisi del capitale si accompagni, di fatto, la crisi della tutela dei creditori sociali, anche alla luce della politica del diritto volta a stimolare la ripresa del sistema economico con misure talvolta emergenziali, ispirate dal convincimento che l'impresa, ed in particolare la piccola impresa, sia in sé stessa un valore meritevole di tutela, specialmente in un'epoca di crisi economica, e vada dunque preservata anche a scapito di altri interessi subvalenti²¹.

BIBLIOGRAFIA

Il presente scritto vuole essere solo una rassegna riassuntiva di contributi dottrinari sul tema in oggetto, qual è consona ad un intervento rivolto a colleghi in un corso di formazione organizzato dalla Scuola superiore della magistratura.

Pertanto, pur non mancando pensieri personali dell'autore, nella relazione sono soprattutto riprodotti, per sommi capi, contributi dottrinari degli autori appresso elencati; in qualche caso con riproduzione anche di citazioni e definizioni testuali.

¹⁸ John Galbraith nella sua opera *L'economia della truffa* considera la gestione al centro del sistema imprenditoriale, dinamica vitale della grande impresa: *la gestione prima di tutto!*

¹⁹ F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, 144.

²⁰ L'istituto della cauzione degli amministratori ex art. 2387 c.c., che comunque era prestata alla società e solo indirettamente, quindi, fungeva da garanzia per i creditori, è stato abrogato nel 1985.

²¹ Nota, al riguardo, BRIOLINI, *op. cit.*: «*In questo senso va rimeditato il pensiero di Ferri, secondo cui una società con regole del capitale sospese e priva delle risorse necessarie è una società incapace di operare sul mercato, o è pensata per realizzare manovre poco o commendevoli a scapito del ceto creditorio. In tale ipotesi, di manifesta sottocapitalizzazione, vi sarebbe la violazione dei principi che esigono che gli atti dei privati siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1322, secondo comma) e non si pongano in contrasto con l'utilità sociale (art. 41, secondo comma, Cost.)*».

- C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 1, 643.
- C. ANGELICI, *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» di impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3.
- M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, 1, 5.
- L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413.
- R. SACCHI, *La responsabilità gestionale della crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014,1, 305.
- R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Leggi civ. comm.*, 2018, 1280.
- F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca borsa titoli cred.*, 2016, 144.
- V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'articolo 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 1, 5.
- G. D'ATTORRE, *I principi generali nel diritto della crisi d'impresa*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1084.
- V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311.
- E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex articolo 2086 c.c.*, in *Leggi civ. comm.*, 2019, 1209.
- G. IANNIRUBERTO, *Strumenti di allerta inadeguati e tutela dei lavoratori (a proposito del nuovo testo dell'articolo 2086)*, in *Corr. giur.*, 2021.
- F. MUCCIARELLI, *Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale*, in *Leggi Civili Commentate 2020*, 698.
- G. RIOLFO, *Codice della crisi d'impresa, meccanismi di allerta interni e sistema monistico: luci ed ombre del modello alla luce di tali novità normative*, in *Contratto e impresa*, 2021, 108.
- R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società* 2013, 669.
- L. RUTOLO, *Organizzazione d'impresa e prevenzione del rischio insolvenza: dai modelli 231 ai sistemi di allerta del codice da crisi*, in *Soc.*, 2020, 1195.
- M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo articolo 2086 c. c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253.
- U. TOMBARI, *L'organo amministrativo di s.p.a. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi"*, in *Riv. soc.*, 2018, 20.

PARTE SECONDA
ESEGESI E AMBITO DI APPLICAZIONE
DELL'ART. 2086 C.C.

Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza¹

SOMMARIO: 1. L’intervento correttivo del d.lgs. n. 147 del 2020 e l’impatto sul quadro problematico del d.lgs. n. 14 del 2019. – 2. Il rinnovato valore tipologico del principio di esclusività della gestione dell’impresa e le influenze sulla questione delle competenze implicite dell’assemblea nelle s.p.a. – 3. L’esclusività delle competenze in materia di istituzione degli assetti organizzativi: valore “transtipico” e aspetti problematici. – 4. Gli assetti e le s.p.a.: il possibile ruolo dell’assemblea e il meccanismo autorizzatorio dell’art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. – 5. (*Segue*) La delega e l’articolazione delle competenze in materia di assetti. – 6. Gli assetti e le s.r.l.: le decisioni dei soci. – 7. (*Segue*) L’impatto delle nuove norme sulla delega di funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione.

1. L’intervento correttivo del d.lgs. n. 147 del 2020 e l’impatto sul quadro problematico del d.lgs. n. 14 del 2019

Il c.d. decreto correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) al Codice della crisi e dell’insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) ha modificato in modo significativo l’art. 377 c.c.i.i., rubricato “Assetti organizzativi societari”, che aveva inopinatamente esteso a tutti i tipi societari il *principio di esclusiva gestione* dell’impresa da parte degli amministratori, determinando gravi problemi di coordinamento con l’assetto del diritto societario fuoriuscito dalla riforma del 2003, e in particolare con le norme che prevedono, nei tipi non azionari, numerose possibilità d’intervento a vario titolo dei soci in materia di gestione.

Il nuovo testo ha, pertanto, eliminato ogni riferimento al richiamato principio nei tipi non azionari, limitando il parallelismo alla (sola) regola per la quale la «istituzione degli assetti di cui all’articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori», riprodotta con identico tenore negli artt. 2257, comma 1; 2380-*bis*, comma 1 e 2475, comma 1, c.c.

¹ Il presente lavoro è destinato agli *Scritti di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, curati da Costa, Mirone, Pennisi, Sanfilippo e Vigo, editi da Giappichelli, Torino, 2021.

La modifica consente, pertanto, di chiudere una defatigante *querelle* interpretativa, che aveva visto la dottrina dividersi in numerose posizioni, dovute all’oggettiva impossibilità di pervenire ad una lettura che fosse da un lato rispettosa del tenore letterale, e dall’altro pienamente compatibile con il sistema.

Accantonata, da subito, l’idea di ritenere implicitamente abrogate le norme societarie che prevedevano un qualche coinvolgimento dei soci nella gestione, anche l’idea esattamente opposta, di svalutare la portata delle norme, attribuendovi il solo effetto di “responsabilizzare” gli amministratori in materia di assetti², si scontrava con il chiaro riferimento normativo ad una “esclusività” delle competenze degli amministratori, volto a delimitare in via formale (sia pure con portata da valutare in concreto) gli spazi per un intervento deliberativo dei soci.

Nessuna delle altre letture risultava, tuttavia, del tutto convincente, nonostante lo sforzo interpretativo compiuto³. Così, secondo un primo orientamento, il riferimento all’esclusività della gestione avrebbe mantenuto la vigenza di tutte le norme (v., in particolare, gli artt. 2257, comma 3, c.c.; e 2479, commi 1 e 2, n. 5, c.c.) che prevedono una riserva di intervento dei soci in materia di gestione, ma con l’effetto di “derubricare” la decisione dei soci alla figura del parere o della raccomandazione non vincolante⁴.

Questa lettura – che presentava qualche difficoltà di applicazione per la decisione dei soci in caso di veto nell’amministrazione disgiuntiva (art. 2257 comma 3, c.c.), in cui occorre stabilire in via definitiva se sbloccare o meno la legittimazione del singolo amministratore a compiere l’atto oggetto di opposizione – si scontrava soprattutto con il rilievo dell’assenza di riferimenti nella legge delega ad interventi sul riparto generale di competenza tra amministratori e soci nei vari tipi societari.

Secondo una tesi più articolata, ma al contempo meno lineare sul piano applicativo, il principio di competenza esclusiva avrebbe dovuto conciliarsi con la permanente sussistenza di un’area più o meno estesa di deroghe legali (già del resto presente nelle stesse s.p.a.: v. art. 2361, comma 2, c.c.), nella quale i soci avrebbero potuto continuare ad esercitare competenze propriamente deliberati-

² Cfr. M. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 269 s.; G.A. RESCIO, *Brevi note sulla “gestione esclusiva” dell’impresa da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori*, ne *Il Societario*, 16 luglio 2019, 7 s. Nella chiave di lettura più blanda, la portata della norma si limiterebbe a sancire un potere di filtro degli amministratori sulle eventuali decisioni dei soci in materia di assetti, destinato ad operare in caso di pregiudizio per la società o per i creditori.

³ Rimane indeciso, ad es., C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Rivista ODC*, 2019, 250 ss.

⁴ Vedi, in particolare, V. DI CATALDO-S. ROSSI, *Nuove regole generali per l’impresa nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 757 ss.

ve. Tuttavia, la valorizzazione del principio anche al di fuori della s.p.a. avrebbe determinato alcune conseguenze di ordine sistematico, e in particolare, nelle s.r.l., la necessità di un uso “controllato” delle competenze deliberative dei soci previste in statuto e del potere di rimessione ed avocazione previsti dall’art. 2479 c.c.⁵.

In quest’ottica, restava tuttavia poco chiaro come coordinare una regola apparentemente generale e secca, come quella sulla esclusività della gestione da parte degli amministratori, con la permanenza di deroghe così ampie e potenzialmente estese a qualunque materia o atto di carattere gestionale, come quelle previste dalla disciplina della s.r.l.

La posizione prevalente, pertanto, era quella di limitare la regola di competenza esclusiva alla materia degli assetti organizzativi, ritenendo tale soluzione l’unica conforme alle indicazioni della legge delega⁶.

In realtà, l’art. 14, comma 1, lett. b), l. 19 ottobre 2017, n. 155, imputa il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati agli “organi sociali”, e pertanto non può dirsi che il legislatore delegato avesse formulato un’espressa indicazione in favore di una riserva di competenze a favore degli amministratori, ma indubbiamente la tesi consentiva di superare quanto meno l’obiezione dell’eccesso di delega.

Al contempo, la tesi risultava la più lontana dal tenore letterale delle norme, che presentavano sì un riferimento al «rispetto della disposizione di cui all’articolo 2086, secondo comma, c.c.» (ove si prevede in via generale il dovere dell’imprenditore collettivo di istituire gli assetti), ma fermo restando il riferimento della regola di esclusività all’intera gestione dell’impresa, e ribadendo anche nei tipi non azionari il potere dell’organo amministrativo di compiere «le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale».

Questa soluzione è stata adesso accolta dal legislatore del decreto correttivo, ma è quanto mai dubbio che il tenore testuale dell’art. 377 v.t. c.c.i.i. consentisse di pervenire a tale risultato.

Per vero, un tentativo – senz’altro stimolante sul piano ricostruttivo – di attenuare l’impatto dirompente dell’art. 377 v.t. c.c.i.i., era stato compiuto sotto diverso

⁵ L. CALVOSA, *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 247 c.c.*, in *Soc.*, 2019, 799 ss.; G.D. MOSCO, *Il riparto delle competenze decisionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *Riv. soc.*, 2019, 1037 ss.

⁶ N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 393 ss. Conf., tra gli altri, S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss.; 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, I, 829 ss.; R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1458.

profilo, sostenendo la necessità di rompere (già in materia di s.p.a.) l’unitarietà del principio di esclusività della gestione, che non sarebbe riferibile alla diversa sfera della *amministrazione del patrimonio sociale*, e cioè a quelle che la norma identifica come le «operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale»⁷.

Secondo questa prospettiva, la gestione – che racchiuderebbe sostanzialmente la pianificazione, le operazioni strategiche e l’istituzione degli assetti – sarebbe intrinsecamente di pertinenza esclusiva degli amministratori quali “capi dell’impresa”⁸, in tutti i tipi societari, onde l’art. 377 v.t. c.c.i.i. si sarebbe limitato a confermare tale regola prima inespressa, mentre la mera amministrazione – che

⁷ Vedi G. FERRI JR.-M. ROSSI, *La gestione dell’impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 91 ss. (ove rife. ai precedenti lavori di Ferri jr., in cui la tesi viene ampiamente argomentata). Nello stesso senso, M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l’intestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 115 ss.

⁸ Sul punto, osserva C. ANGELICI, *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 69 s., che la nozione di gestione, pur essendo una «nozione tipologica» (cioè caratterizzata da un «non trascurabile grado di approssimazione») e non un «concetto», non sarebbe desumibile dalla mera «analisi della realtà economico-sociale», essendo «il modo in cui la legge determina tale competenza a consentire l’assegnazione di un significato giuridico alla nozione di “gestione”», con la possibilità che la nozione stessa presenti una portata diversa nei vari tipi societari. Come rilevano G. FERRI JR. – M. ROSSI, (nt. 6), 100, e nt. 25, trattasi di un approccio diverso rispetto a quello (dichiaratamente qualificato dagli aa. come “tipologico”, ma potrebbe forse meglio dirsi “ontologico”) che vuole ricavare la nozione di gestione dall’art. 2086 c.c., e pertanto dal “potere supremo di direzione” dell’impresa, che spetterebbe inderogabilmente all’imprenditore individuale e agli amministratori di società, e che dovrebbe essere inteso come “organizzazione” dell’impresa stessa. In effetti, il concetto di gestione – per quanto venga nelle s.p.a. spesso affermata una regola più o meno netta di residualità rispetto alle competenze assembleari – non può derivarsi automaticamente per sottrazione dalle competenze assembleari, vieppù nei tipi non azionari, ove sono presenti varie commistioni di competenze e comunque un assetto meno preciso delle regole organizzative in punto di riparto delle competenze (gestione certamente non è, pertanto, ciò che è di competenza degli amministratori). Tuttavia, se non può dirsi che esistano norme che descrivano compiutamente il potere di gestione, verosimilmente è proprio il riferimento degli artt. 2380-bis, 2475 e 2257 c.c. al potere degli amministratori di compiere (e quindi anche programmare e organizzare) le «operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale» (con prospettiva in qualche modo opposta a quella valorizzata dagli aa.), a consentire di ricomprendere la nozione di gestione all’interno dei concetti normativi e non di quelli c.d. idealtipici (e cioè nei concetti che designano meri tipi ideali della realtà sociale: M. LIBERTINI, *Clausole generali, disposizioni di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.), aventi carattere storico-sociologico. Ed anche in assenza di riferimenti testuali, le numerose questioni che riguardano il riparto di competenze, fra organi ed all’interno degli stessi, rendono senz’altro preferibile ricostruire la nozione di gestione (ed anche la stessa sub-fattispecie delle operazioni gestionali d’interesse primordiale) come concetto normativo e non tipologico.

consisterebbe nell'esercizio concreto dell'attività imprenditoriale – non sarebbe di pertinenza esclusiva degli amministratori neanche nelle s.p.a., onde la possibilità di ritenere sostanzialmente immutata la portata delle varie norme codicistiche che prevedono un potere d'intervento dei soci in questa seconda sfera⁹.

In effetti, i termini “gestione” e “amministrazione” sono utilizzati nel codice in maniera sostanzialmente interscambiabile, come dimostra ad es. il fatto che la delega di cui all'art. 2381 c.c. attiene testualmente anche alla gestione, indubbiamente anche nel senso di quella che viene individuata *in thesi* come “amministrazione”, e sulla quale gli organi delegati riferiscono almeno semestralmente¹⁰. In ogni caso la tesi – al di là dell'utilizzo poco convincente dell'espressione “amministrazione patrimoniale”¹¹ – non persuade sotto alcuni profili.

Quanto alle s.p.a., l'art. 2364, n. 5, c.c., prevede solamente un meccanismo residuale d'intervento sotto forma di “autorizzazione” agli *atti degli amministratori*, senza distinzione alcuna, e pertanto: da un lato, conferma il carattere generale del principio di esclusività della gestione, non consentendo in alcun caso l'attribuzione di competenze decisionali per via statutaria; dall'altro, si riferisce genericamente a qualunque atto degli amministratori, e pertanto consente di estendere (tralasciando per adesso la questione degli assetti) il meccanismo autorizzatorio ai piani e alle operazioni strategiche.

Non v'è dubbio, peraltro, che sia incompatibile con l'ordinamento azionario un assetto nel quale il concreto esercizio dell'attività gestionale venga interessato

⁹ Rispetto a tale limitazione, può anche obiettarsi che i soci dovrebbero avere maggiore interesse ad essere coinvolti in scelte strategiche (quali sono in fondo quelle previste dall'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.), piuttosto che relativamente a singoli atti ordinari di amministrazione.

¹⁰ In tal senso, la “coppia” più significativa non appare tanto quella tra “organizzazione” e “gestione” (possono infatti aversi da un lato decisioni “organizzative” ricorrenti e di scarso rilievo, e dall'altro decisioni relative ad operazioni di mercato aventi enorme impatto), bensì forse quella, che può prendersi a prestito dalla regolamentazione bancaria (cfr., A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca, impr., soc.*, 2017, 40 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *L'impatto della regolamentazione sulla governance bancaria*, in *Banca, impr., soc.*, 2019, 27 ss.) tra “supervisione strategica” (che comprende l'approvazione dei piani, la deliberazione delle operazioni strategiche e quanto meno la definizione degli elementi essenziali dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile) e “gestione”, che ben si avvicina alla ripartizione proposta da Angelici tra “programmazione” e “amministrazione” (v., C. ANGELICI, *Principi e problemi*, in *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da Cottino, Padova, 2010, 386 ss.): cfr., *infra*, § 3.

¹¹ La locuzione viene, infatti, utilizzata per descrivere in fondo l'attività imprenditoriale ordinaria, che può anche non presentare profili legati alla (e comunque non risolve nella) gestione di un “patrimonio”, che a sua volta dovrebbe considerarsi pur sempre strumentale e servente rispetto all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

da un pervasivo intervento formale dei soci (si pensi ad un catalogo assai ampio di atti soggetto ad autorizzazione). Appare pertanto preferibile riferire nelle s.p.a. il principio di esclusività della gestione a tutte le «operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale»¹², anche nell’ipotesi in cui all’interno di tale locuzione non si ricomprendano le scelte aventi carattere organizzativo, strategico e di pianificazione.

Per altro verso, la fattispecie dell’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., prevede nelle s.r.l. un’importante sfera gestionale – che può essere ricondotta al più ampio novero delle operazioni strategiche, e comunque di certo non all’amministrazione “ordinaria” – affidata inderogabilmente alla competenza deliberativa dei soci, a dimostrazione della difficoltà di rintracciare un principio generale che sovrintenda alla materia¹³.

E più a monte, anche a non voler considerare che pianificazione, organizzazione dell’impresa ed “amministrazione” – pur senz’altro distinguibili tra loro – sono intimamente connesse¹⁴ e collegate dalla finalità di svolgimento dell’attività produttiva prevista in statuto, non appare convincente l’idea di desumere la regola di esclusività ed i suoi contorni dal diritto dell’impresa, e in particolare dal principio gerarchico di cui all’art. 2086 c.c., ove si tenga conto che: *a*) la stessa attiene innanzitutto alla questione del riparto di competenze tra soci ed amministratori, che per definizione non si presenta nell’impresa individuale; *b*) nelle s.p.a. è anzi da escludere che il meccanismo di cui all’art. 2364, comma 1, n. 5 c.c., possa essere utilizzato per atti afferenti alla gestione corrente¹⁵; *c*) la ripartizione di competenze tra soci ed amministratori non può presentarsi in modo uniforme nel sistema, stante l’estrema varietà del contesto tipologico e normativo che caratterizza i vari tipi societari; *d*) anche il grado di “alterità” dell’ufficio amministrativo (connesso con le istanze di efficienza valorizzate dal legislatore) è assai eterogeneo nei vari tipi societari¹⁶.

¹² Nel senso che la categoria in questione sia superflua, in quanto “ricompresa” nel concetto generale di gestione, MOSCO, (nt. 4), 1038 ss.

¹³ Sul punto, ANGELICI, *A proposito* (nt. 7), 59 ss., qualifica le decisioni in questione come “organizzative”, ma (al di là dell’utilizzo più o meno esteso che di tale locuzione può farsi), è certo che le stesse non possono certo essere ricondotte alla sfera di quella che viene definita come “amministrazione del patrimonio”, ai sensi della seconda parte dell’art. 2380-bis, co. 1, c.c.

¹⁴ Cfr. L. BENEDETTI, *L’applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss.

¹⁵ Cfr. P. ABBADESSA – A. MIRONE, *Le competenze dell’assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 298 s.

¹⁶ In tal senso, sostenere che il riferimento agli amministratori vada inteso estensivamente a coloro i quali sono di volta in volta titolari del potere di amministrazione, e pertanto anche i soci nella s.r.l. ove la gestione sia più o meno interamente loro affidata dallo statuto, indipendentemente dalla

In definitiva, l'intervento del decreto correttivo ribadisce e ripristina una corretta articolazione del sistema, negando che il principio di esclusività della gestione possa considerarsi una regola immanente nel sistema e di portata – come si usa oramai dire con un termine poco elegante – “transtipica” (e cioè generale)¹⁷. E tale negazione è vieppiù forte, allorché – come nel caso di specie – derivi dall'abrogazione espressa di norme appena introdotte.

2. Il rinnovato valore tipologico del principio di esclusività della gestione dell'impresa e le influenze sulla questione delle competenze implicite dell'assemblea nelle s.p.a.

Con l'intervento del decreto correttivo viene restituito al principio di gestione esclusiva dell'impresa da parte degli amministratori nelle s.p.a. il valore di norma inderogabile e di principio, che era stato da subito evidenziato dopo la riforma del 2003¹⁸.

La correzione consente di ritenere superata l'idea che le disposizioni societarie introdotte dal c.c.i.i. costituissero un significativo elemento di conferma per la teoria delle *competenze assembleari implicite*¹⁹, volta a ricostruire per via

carica rivestita (FERRI-ROSSI, (nt. 6), 99), risulta in sostanziale contraddizione con il nucleo centrale della tesi, che individua, in ottica di efficienza e responsabilizzazione, gli amministratori quali “capi dell'impresa”.

¹⁷ Le norme del c.c.i. che mantengono ai soci nelle società di persone (e nelle società di capitali, ove previsto dallo statuto) la competenza per la decisione sulla domanda di concordato, estendendola anche agli accordi di ristrutturazione (art. 44, ultimo comma, c.c.i.), non appaiono pertanto distoniche con il sistema (come ritengono FERRI-ROSSI, (nt. 6), 118 s., i quali propendono per un'integrale attribuzione delle competenze relative alla gestione della crisi in capo agli amministratori, in forza del potere di direzione dell'impresa), ma tengono a mio avviso correttamente conto dell'articolazione tipologica delle società e della necessità (più o meno forte, anche in ragione del regime del regime di responsabilità per le obbligazioni sociali) di coinvolgere i soci in decisioni che fuoriescono dalla mera gestione dell'impresa.

¹⁸ Cfr., *ex multis*, G. GUIZZI, Sub art. 2380-bis, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, artt. 2379-2451, Torino, Utet, 2015, 72 ss.

¹⁹ Evidenziano la connessione tra il v.t. dell'art. 377 c.c.i. e il problema delle competenze implicite, C. ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 59 ss.; G.B. PORTALE-N. DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 765 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi*, (nt. 5), 964 ss. Com'è noto, la dottrina si divide sul punto in almeno tre posizioni: *a*) la tesi che ricostruisce una vera e propria competenza implicita dei soci nelle decisioni d'interesse primordiale (Portale, Maugeri, Pinto, De Luca, Miola, Galletti); *b*) la tesi che ricostruisce un mero dovere degli amministratori di consultare l'assemblea per raccogliere eventuali raccomandazioni non vincolanti (Abbadessa, Libertini, Angelici, Mirone, Sanfilippo); *c*) la tesi che nega l'esistenza di formali doveri di raccordo (Libonati, Guizzi).

interpretativa nelle s.p.a. un ambito di decisioni c.d. d’interesse primordiale dei soci – sostanzialmente corrispondenti alle materie che per le s.r.l. sono individuate dall’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. – da ritenere “naturalmente” sottratte alla competenza degli amministratori²⁰.

Il v.t. dell’art. 377 c.c.i.i., estendendo a tutte le società il principio di gestione esclusiva, ne comportava inevitabilmente un certo scoloramento, determinato dalla coesistenza del principio stesso con un ampio novero di norme che prevedono nei vari tipi societari meccanismi d’intervento dei soci nelle competenze gestionali. In qualche misura, il valore generale del principio di gestione esclusiva poteva quindi essere utilizzato per confermare la necessità di un contrapposto principio altrettanto generale, di competenza esclusiva dei soci nelle materie gestionali d’interesse primordiale²¹.

In realtà, la permanenza nell’ordinamento azionario dell’art. 2364, n. 5, c.c., che consente allo statuto di prevedere solamente interventi autorizzativi dell’assemblea in materia gestionale, manteneva un argine rispetto al tentativo in questione²², ma è indubbio che uno dei due pilastri della tesi contraria veniva decisamente indebolito.

Ciò conferisce tuttavia ulteriore valore alla scelta del legislatore del correttivo, che ha peraltro sostituito il testo inopinatamente contenuto in una bozza preliminare di decreto, nella quale addirittura si sopprimeva (con scelta diametralmente opposta a quella del d.lgs. n. 14 del 2019) il principio di competenza esclusiva nella gestione anche dall’art. 2380-bis, comma 1, c.c.²³

²⁰ La tesi ha recentemente ottenuto un esplicito avallo giurisprudenziale (sia pure a proposito di questione che riguardava il diritto di un socio ad ottenere copia della documentazione relativa ad un’operazione di asserito interesse primordiale, oramai già deliberata ed eseguita dagli amministratori) in Trib. Roma, 1° aprile 2019, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 757 (ove il richiamato commento di Portale e De Luca). La questione, tuttavia, avrebbe potuto essere affrontata e risolta in altro modo, indagando la portata dei diritti d’informazione dei soci di s.p.a., al di là delle ipotesi previste dalla legge, anche in funzione dell’esercizio di rimedi giudiziari (come l’azione ex art. 2388 c.c. o l’azione di responsabilità della minoranza). Non è detto, in altri termini, che il diritto all’informazione degli azionisti sulle operazioni in questione debba necessariamente passare dalla ricostruzione di una competenza assembleare sulla relativa decisione.

²¹ Diversamente orientati, per la neutralità delle norme introdotte dal c.c.i.i., FERRI-ROSSI, (nt. 6), 104 s., sul presupposto (v. § precedente) che il principio di competenza esclusiva valga solo per la gestione intesa come programmazione e organizzazione dell’impresa, e non per gli atti meramente “amministrativi”. Tuttavia, sembra di poter rilevare che le decisioni d’interesse primordiale siano affini più al primo nucleo della gestione, che al secondo.

²² FERRI-ROSSI, (nt. 6), 104.

²³ Trattasi della bozza approvata dal Consiglio dei Ministri in data 13 febbraio 2020, e sottoposta al parere delle Commissioni Parlamentari, su cui v. IRRERA, *La collocazione*, (nt. 6), 136 ss. Inutile

È forse eccessivo ritenere che l'intervento del decreto correttivo abbia una portata direttamente contraria alla teoria delle competenze implicite, ma è indubbio che l'effetto complessivo della tortuosa vicenda è quello di rafforzare l'idea per cui nelle s.p.a. sussistono particolarità tipologiche – derivanti essenzialmente dalla naturale apertura del tipo al mercato e dalla destinazione alla medio-grande impresa – che rafforzano le istanze di maggiore efficienza delle regole di *governance*.

In tal senso, l'elemento di maggiore criticità della teoria delle competenze implicite resta quello del *vulnus* alle istanze di certezza del riparto delle competenze e di stabilità delle decisioni societarie²⁴, che trova una sicura e ricorrente valorizzazione nell'ordinamento azionario²⁵, ed è vieppiù evidente, ove si consideri che la concreta qualificazione di una decisione come d'interesse primordiale è operazione tutt'altro che agevole²⁶. Il rischio è confermato dal recente diffondersi di decisioni giudiziarie, che profilano anche la possibilità di un'impugnazione da parte dei creditori delle decisioni assunte dagli amministratori nelle materie in questione, al fine di neutralizzare atti asseritamente pregiudizievoli²⁷, oppure ad opera della stessa controparte, in caso di "pentimento" sull'operazione²⁸, così dischiudendo prospettive (verosimilmente infondate, ma comunque) preoccupanti²⁹.

Né convince il tentativo della teoria in questione di attenuare la distanza rispetto alla tesi che si limita a ricostruire un mero dovere obbligatorio di consultazione dell'assemblea da parte degli amministratori, sostenendo che la stabilità degli atti sarebbe assicurata dal regime di cui all'art. 2384, comma 2, c.c.³⁰. Ed infatti, la violazione delle (supposte) regole in materia di competenza non può non determinare un vizio della delibera, ed altresì una violazione di "diritti dei

soffermarsi oggi sui complessi problemi interpretativi che avrebbe dischiuso una tale soluzione normativa, ancor più confusa rispetto al testo contenuto nel d.lgs. 14/2019.

²⁴ Cfr. M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2016, XXIX ss.

²⁵ Come condivisibilmente rileva ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 74 ss., è in tal senso significativo il fatto che nelle s.p.a. le cause legali di recesso dei soci siano ancorate al presupposto di formali delibere modificative dello statuto, diversamente dalle s.r.l., in cui il recesso è previsto anche (e proprio) per le decisioni gestionali di cui all'art. 2437, co. 2, n. 5), c.c.

²⁶ Lo dimostrano, ad es., le alterne vicende giudiziarie tedesche, esposte da PORTALE-DE LUCA, (nt. 18), p. 768, nt. 5.

²⁷ Trib. Milano, 5 novembre 2017, in *Not.*, 2018, 439; Trib. Roma, 3 agosto 2018, in *Soc.*, 2018, 1371.

²⁸ Cfr. Trib. Piacenza, 14 marzo 2016, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 377, in materia di violazione dell'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.

²⁹ Conf., ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 63, 870 s.

³⁰ PORTALE-DE LUCA, (nt. 18), 775 s.

soci” ai sensi dell’art. 2388, comma 4, c.c.³¹, con la conseguenza di determinare quanto meno (a non voler applicare la “contrastata” figura delle limitazioni legali al potere di rappresentanza degli amministratori)³² l’applicabilità del più blando regime di inopponibilità di cui all’art. 2388, comma 5, c.c.³³.

Come ribadito anche recentemente³⁴, sul piano della costruzione teorica la tesi resta peraltro agganciata ad un presupposto indimostrato – e cioè quello di una “naturale” ed incomprimibile inerenza di tali decisioni alla sfera di competenza dei soci – che rischia di muoversi su piani simili a quelli della superata teoria dei “diritti individuali” dei soci³⁵, vista la sostanziale assenza nel panorama del diritto azionario di significativi punti di emersione del principio, e cioè di norme che attribuiscono all’assemblea competenze in materie gestionali d’interesse primordiale³⁶ e possano costituire la base per ricostruire un più ampio principio in tal senso.

Resta, pertanto, preferibile ritenere che il legislatore può disporre senza particolari limiti dell’articolazione interna di competenze, all’interno dei vari tipi azionari, e che le indicazioni di diritto positivo lasciano percepire una volontà legislativa, in materia di s.p.a., volta a ripartire secondo criteri certi e formali i rispettivi ambiti di competenza dell’organo amministrativo e dell’assemblea dei soci.

³¹ LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, (nt. 23), 43 s.

³² Per la nullità delle operazioni, in violazione della riserva di competenza di cui all’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., vedi Trib. Milano, 5 novembre 2017; e Trib. Roma, 3 agosto 2018, cit. *supra*, nt. 26.

³³ Va inoltre segnalato che, nella prospettiva di Trib. Roma, 1° aprile 2019, cit. *supra* a nt. 19, ogni singolo azionista avrebbe diritto a ricevere copia della documentazione relativa alle operazioni d’interesse primordiale.

³⁴ ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 63.

³⁵ La tesi, fondandosi sull’idea che gli azionisti siano “esclusivi proprietari” dell’impresa, risulta per altro verso difficilmente compatibile con il progressivo affermarsi della *Corporate Social Responsibility*, che inevitabilmente comporta un rafforzamento del ruolo spettante agli amministratori (cfr. C. ANGELICI, *Divagazioni sulla responsabilità sociale d’impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.; G. FERRARINI, *Corporate Purpose and Sustainability* (Dec. 7, 2020), *ECGI working paper* n. 559/2020).

³⁶ Le norme che vengono, infatti, utilizzate in tal senso, afferiscono in realtà ad ambiti diversi dalla vera e propria gestione (vedi gli artt. 2365, 2420-bis, 2441, 2487: M. MAUGERI, *Sub art. 2365*, in *Comm. cod. civ.*, cit., 1515 ss.). Quanto all’art. 2361, comma 2, c.c., trattasi di norma che non può accostarsi alle decisioni d’interesse primordiale, essendo la competenza dell’assemblea ivi prevista in forza di caratteristiche del tutto particolari della fattispecie, che determina la sottoposizione della società a permanente responsabilità illimitata per attività svolta da terzi: v. ANGELICI, *A proposito*, (nt. 7), 78 s.; A. MIRONE, *Sub art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d’Alcontres, Napoli, Jovene, 2014, 420.

3. L'esclusività delle competenze in materia di istituzione degli assetti organizzativi: valore "transtipico" e aspetti problematici

La formulazione degli artt. 2257, 2380-*bis* e 2475 c.c. – che prevedono adesso norme di identico tenore, nelle quali si attribuisce alla competenza esclusiva degli amministratori la «istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, c.c.», e cioè di un «assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale» – pone numerosi dubbi interpretativi, che possono essere finalmente affrontati alla luce di un testo definitivo, stando almeno al percorso previsto dalla legge delega.

Conviene, al riguardo, muovere da alcune considerazioni circa il carattere non del tutto scontato della scelta effettuata dal legislatore, che potrebbe pertanto essere in parte ridimensionata, rispetto al tenore apparentemente categorico delle norme.

In particolare, se non appare dubbia la possibilità di distinguere in modo abbastanza agevole le *decisioni organizzative* dell'impresa da quelle puramente gestionali³⁷, non appare altrettanto condivisibile l'idea che i soci non abbiano interesse, né titolo, in tutti i tipi societari, ad interferire in tali materie³⁸.

³⁷ In questo senso, A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, 37; diversamente orientato, R. FORMISANI, *Business judgement rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 480 ss. Al riguardo, pur essendo corretto evidenziare lo stretto collegamento che esiste tra profili organizzativi e concreto esercizio dell'attività imprenditoriale, ciò che non convince è la pretesa «impossibilità di individuare un condivisibile confine fra l'attività di gestione in generale e l'attività prodromica che più specificamente risulterebbe preordinata all'organizzazione interna», tanto da parlare di "indissolubile intreccio" (I. CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista ODC*, 2019, 338). Al di là del fatto che il decreto correttivo impone oggi di delineare detto confine, in realtà la materia degli assetti organizzativi presenta dei precisi connotati oggettivi, oggetto di precipue discipline aziendalistiche (M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi di mercato*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da Irrera, Bologna, Zanichelli, 2016, 23 ss.), che appaiono ben in grado di distinguere tale ambito da quello delle scelte imprenditoriali di mercato e di inquadrare pertanto la singola decisione nell'uno o nell'altro.

³⁸ In senso critico v. anche R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1287; CAPELLI, (nt. 36), 332 ss. Nel senso di un naturale interesse dei soci per le questioni organizzative, incluse le valutazioni in materia di assetti, nelle società chiuse, v. anche CETRA, *L'amministrazione delegata*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum P. Abbadessa, Torino, Giappichelli, 2014, 1679 ss.

La giusta considerazione, per la quale solo gli amministratori sono gli unici soggetti concretamente in grado di approntare gli assetti aziendali – occupandosi efficacemente delle necessarie fasi di predisposizione, cura e monitoraggio, in considerazione dello stretto contatto con l’attività imprenditoriale svolta³⁹ – non dovrebbe (almeno in linea teorica) precludere la possibilità di mantenere una voce in capitolo ai soci, ed anche formalmente all’assemblea, rispetto a profili che non interferiscano sul dovere inderogabile degli amministratori di assicurare o quanto meno perseguire il risultato dell’adeguatezza⁴⁰, richiesto dalla legge⁴¹.

Il sistema, in tal senso, contempla già indizi significativi in questo senso, anche nelle s.p.a., dove il riparto di competenze è generalmente più rigido. Basti pensare: *a)* alla possibilità che lo statuto – oltre che la relazione sul governo societario, comunque approvata dall’assemblea – disponga l’adesione della società a codici di autodisciplina, i quali prevedano determinati assetti organizzativi⁴²; *b)* alla possibilità per lo statuto di attribuire all’assemblea il potere di nomina di soggetti che svolgono un ruolo fondamentale nel funzionamento degli assetti, come l’organismo di vigilanza della l. n. 231 del 2001⁴³ o il dirigente preposto alla re-

³⁹ Cfr., *ex multis*, E. GINEVRA – C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1228 ss.; e v. anche SANTAGATA, (nt. 5), 1459 s., il quale valorizza il carattere “tecnico” delle competenze necessarie per l’istituzione e la cura degli assetti organizzativi, valutando positivamente la scelta del decreto correttivo.

⁴⁰ Nel senso che il parametro dell’adeguatezza debba essere ricavato sulla base delle risultanze delle scienze aziendalistiche, vedi G. MERUZZI, *L’adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Aspetti adeguati*, (nt. 36), 49 ss. Ritiene invece che l’adeguatezza debba essere verificata caso per caso, senza completo affidamento a modelli più o meno generalizzati, P. MONTALENTI, *Diritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 628 s.; analogamente, con posizione equilibrata sul punto, V. CALANDRA BUONAURA, *L’amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da Costi, Torino, Giappichelli, 2019, 295 ss., il quale evidenzia che i criteri aziendalistici tendono a delineare *best practices*, innalzando il livello degli standard rispetto a ciò che dovrebbe considerarsi sufficiente per evitare responsabilità.

⁴¹ Non incide più di tanto, al riguardo, il noto dibattito sull’applicabilità della *business judgement rule* alla materia degli assetti (per riff., MIRONE, *L’organizzazione*, (nt. 36), 35 ss.; e recentemente, svalutando la portata delle disposizioni del c.c.i.i., E. BARCELLONA, *Business judgement rule e interesse sociale nella “crisi”*, Milano, Giuffrè, 2020, *passim*), che riguarda il tema dei presupposti della responsabilità civile degli amministratori.

⁴² Cfr. già N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca e borsa*, 2008, I, 12 (anzi nel senso di una naturale competenza dell’assemblea per l’adozione dei codici); SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcement*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 960 s.

⁴³ La dottrina è divisa sulla spettanza del potere di nomina (cfr., nel senso della competenza assembleare, ad es., F. DI GIROLAMO, *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere*

dazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis* t.u.f.)⁴⁴; c) alla possibilità dell'assemblea, generalmente riconosciuta, di approvare regolamenti di funzionamento degli altri organi sociali⁴⁵ o regolamenti di *governance* del gruppo⁴⁶.

Tradizionalmente, si tendeva anzi a circoscrivere la competenza generale degli amministratori alla gestione, escludendo quelle competenze non strettamente gestionali, ma *lato sensu* organizzative⁴⁷, non espressamente attribuite dalla legge, come la richiesta di ammissione alla prima quotazione nei mercati regolamentati o la richiesta di auto-fallimento⁴⁸. E ancora oggi si dibatte tra la necessità di riconoscere anche in tali ambiti – dopo la riforma del 2003 – una competenza generale degli amministratori, e quella di valutare caso per caso⁴⁹.

Si può pertanto affermare che le scelte fondamentali di carattere organizzativo – all'interno delle quali potrebbero rientrare taluni profili degli assetti aziendali – non possono essere considerate neanche nelle s.p.a. (e tanto meno naturalmente nei tipi non azionari) del tutto impermeabili alla sfera d'interesse ed intervento dei soci⁵⁰.

Un modello di totale e generale *segregazione dei soci* non potrebbe del resto giustificarsi con l'esigenza di protezione degli investitori⁵¹, atteso che le norme presentano identico tenore in tutti i tipi societari, e che (quanto meno) nelle s.r.l. la ricorrenza di società che effettivamente raccolgono il risparmio tra il pubblico – indubbiamente valorizzata dal legislatore negli ultimi anni con la disciplina

a cura dell'assemblea?, in *Riv. soc.*, 2008, 982 ss.; contro, C. MANCINI, *Osservazioni a margine di un'interpretazione giurisprudenziale in tema di responsabilità da reato degli enti e modelli organizzativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 62 ss.), ma non può dubitarsi della validità di una clausola che individui nell'assemblea l'organo competente.

⁴⁴ Cfr. P. VALENSISE, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 320 ss.

⁴⁵ Sul punto, LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, (nt. 23), 50 ss., ove tuttavia si assume valore non vincolante ai regolamenti diversi da quello assembleare.

⁴⁶ Cfr. P. MONTALENTI, *I gruppi di società: dottrina, giurisprudenza e prassi*, in *Dir. econ. impr.*, 2016, 81 s.

⁴⁷ P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Tratt. Colombo – Portale*, vol. 2*, Torino, Utet, 1994, 42 ss.

⁴⁸ Cfr. M. DE MARI, *La quotazione di azioni nei mercati regolamentati: profili negoziali e rilievo organizzativo*, Torino, 2004, 62 s.

⁴⁹ ABBADESSA – MIRONE, *Le competenze*, (nt. 14), 321 ss.

⁵⁰ Diversamente orientati, nel senso che sussisterebbe una netta distinzione tra gestione “organizzativa” (riservata agli amministratori) e gestione “operativa” (in cui potrebbero ingerirsi i soci), N. ATLANTE – M. MALTONI – A. RUOTOLO, *Il nuovo art. 2475 c.c.: una prima lettura* (Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 58-2019/I), in *Riv. not.*, 2019, 5 s. Per una critica, evidenziando la mancanza di fondamento normativo della distinzione, SANTAGATA, (nt. 5), 1461.

⁵¹ Cfr. GINEVRA-PRESCIANI, (nt. 38), 1221 ss.

delle s.r.l. *start-up* innovative e PMI – è pur sempre residuale sul piano dell’effettività⁵².

Né può sovvenire l’esigenza di tutela dei creditori (e con essa la specifica finalità di rilevazione e tempestiva gestione della crisi). Da un lato, si può rilevare infatti che nelle società di persone, ove pure è previsto il principio di competenza esclusiva, i soci sono viepiù interessati a prevenire la crisi, stante l’esposizione personale al fallimento, onde una prospettiva di completa neutralizzazione di ogni possibilità d’intervento nella materia risulterebbe difficilmente accettabile⁵³. Dall’altro, andrebbe tenuto fermo che ogni possibile meccanismo di coinvolgimento dei soci nella materia non dovrebbe, né potrebbe, mettere in discussione il dovere degli amministratori di istituire assetti adeguati, dovendosi sempre configurare un potere-dovere di resistenza (e disapplicazione) rispetto a delibere incompatibili con tali istanze⁵⁴.

Sul piano storico, è verosimile che il legislatore abbia perseguito l’intento, anche in vista dell’entrata in vigore delle nuove procedure di allerta e prevenzione, di rafforzare almeno formalmente il ruolo e l’autonomia degli amministratori nella materia; anche se la mancanza di sufficiente “lunghezza di braccio” tra soci e amministratori nelle società non azionarie finisce per accreditare l’idea di un valore declamatorio e ideologico della soluzione adottata⁵⁵.

Forse un serio elemento di preoccupazione del legislatore – più che derivare dall’argomento del socio “inesperto” in questioni organizzative, che dovrebbe allora valere per tutte le scelte gestionali – potrebbe derivare dal rilievo per cui l’elevazione degli *standard* organizzativi può incidere negativamente nel breve periodo sulla redditività delle partecipazioni sociali, con conseguente timore che

⁵² Naturalmente non si vuole con ciò disconoscere l’importanza dei noti interventi normativi, che hanno determinato la possibilità di configurare vere e proprie s.r.l. aperte, con caratteristiche più simili alle s.p.a. (*ex multis*, O. CAGNASSO, *Il quotista di s.r.l. aperta*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, 1482 s.; M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, 822 ss.), ma solo rilevare che la presenza di questi sub-modelli non può costituire la ragione per cui la regola di competenza esclusiva è stata estesa alle società non azionarie (incluse le società di persone).

⁵³ Nel senso, invece, di una tendenziale equiparazione delle esigenze di regolamentazione tra società personali e s.r.l., CAPELLI, (nt. 36), 324.

⁵⁴ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Procedure d’allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 181 ss.

⁵⁵ Sembra tuttavia eccessivo ritenere che gli assetti siano destinati di per sé a scarsa efficacia nelle società chiuse, non già per i limiti che derivano dalle ridotte dimensioni aziendali, ma proprio per il rapporto di stretta vicinanza (o coincidenza) tra soci e amministratori: in tal senso, S. ADDAMO, *Responsabilità del collegio sindacale nella crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 923.

i soci siano meno propensi ad effettuare investimenti e ad affrontare costi in questo settore (specialmente se a discapito di altri, come ad es. i costi di *marketing* e sviluppo dei prodotti).

In ogni caso, il valore “transtipico” della formula “competenza esclusiva” inevitabilmente attenua (come avveniva più in generale per il v.t. dell’art. 377 c.c.i.i., rispetto all’intera gestione) l’apparente rigidità della norma, dovendosi quest’ultima confrontare – nei termini che si cercherà di illustrare – con il complessivo assetto normativo del singolo tipo societario.

In tal senso, è opportuna un’altra premessa. Sembra, infatti, divenuto oramai un inoppugnabile assunto, quello per cui le norme in materia di assetti appartenerebbero alla *disciplina dell’impresa*, e non a quella della società⁵⁶. Questa prospettiva è corretta, nella misura in cui ricollega le norme in materia di assetti alla definizione di cui all’art. 2082 c.c., che già configura l’impresa come “sistema organizzato” ed “organismo funzionante”, ed all’art. 2086 c.c., che sancisce all’interno dell’impresa il principio di gerarchia⁵⁷.

Tuttavia, la scelta del legislatore di differenziare apertamente il regime dell’impresa individuale (per il quale, con norma peraltro non entrata in vigore⁵⁸, è previsto dall’art. 3 c.c.i.i. il più blando dovere di istituire «misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte») da quello dell’impresa collettiva⁵⁹ – senza utilizzare invece il parametro dell’impresa “minore” (individuale o societaria) – dimostra che le norme societarie in materia di assetti non sono riconducibili esclusivamente a tale logica, essendo norme che intervengono in via tipica solo nel caso in cui possa essere configurata (in via tipica o eventuale, come nelle società di perso-

⁵⁶ V., *ex multis*, FERRI – ROSSI, (nt. 6), 116 ss.; FORTUNATO, (nt. 18), 965 ss.; GINEVRA – PRESCIANI, (nt. 38), 1209 ss.; N. ABRIANI, *Organizzazione dell’impresa societaria e modello di prevenzione dei reati: recenti linee evolutive*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, 543 ss.

⁵⁷ Cfr. LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, (nt. 23), XVI ss.

⁵⁸ Lo ricorda MOSCO, (nt. 4), 1034. E può aggiungersi che, a distanza di oltre due anni dall’emanazione del c.c.i.i., non si ha ad oggi nessuna certezza al riguardo.

⁵⁹ Evidenziano la diversità delle norme, V. DI CATALDO – L. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69 ss., soprattutto con riguardo alla mera finalità di prevenzione della crisi degli assetti, prevista per l’impresa individuale. Nel senso che le “misure” di cui all’art. 4 c.c.i.i. potrebbero essere anche tutte esterne, M. BIANCA, *Allerta e dintorni: l’adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell’imprenditore individuale*, in *Rivista ODC*, 2020, 58. Perviene invece ad una sostanziale equiparazione, nonostante il diverso tenore letterale delle norme, tra gli altri, IRRERA, *La collocazione*, (nt. 6), 122 s.

ne) un’alterità tra i responsabili degli assetti da un lato, e i titolari dell’iniziativa imprenditoriale e destinatari dei risultati dall’altro⁶⁰.

Certamente l’impresa (o potrebbe forse meglio dirsi l’azienda) è il campo proprio di applicazione degli assetti, ma le norme che articolano le competenze tra gli organi sociali (artt. 2257, 2380-*bis* e 2475) ed al loro interno (artt. 2381 e 2475, u.co.) restano norme di diritto societario⁶¹, che devono in tal senso coordinarsi con la complessiva disciplina del tipo.

In tal senso, l’utilizzo del termine *istituzione*, contenuto dapprima nell’art. 2086 n.t., c.c., e dopo la riformulazione dell’art. 377 c.c.i.i., anche negli artt. 2257, 2380-*bis* e 2475 c.c., potrebbe indurre a prefigurare qualche margine di flessibilità del sistema.

Il riferimento alla “istituzione” degli assetti – assente nell’art. 2381 c.c., che suddivide i compiti degli organi delegati e del *plenum* nei due adempimenti della “cura” e della “valutazione” – è, infatti, senz’altro dovuto alla volontà del legislatore di prescrivere una regola di necessaria formalizzazione di tali strumenti⁶². In forza di tale criterio, e proprio al fine di assicurare il criterio di adeguatezza, è da ritenersi che le varie componenti degli assetti (organigrammi, mansionari, modelli, procedure aziendali, flussi informativi, etc.)⁶³ debbano essere oggetto di apposite deliberazioni (o di apposite determinazioni, in caso di delega) da parte dell’organo amministrativo.

E tuttavia, si potrebbe opinare che il legislatore abbia voluto in qualche modo delimitare la sfera della competenza esclusiva, riservando inderogabilmente all’organo amministrativo (non già la materia *tout court* degli assetti, ma) solamente la fase dell’effettiva predisposizione – che si avvicina in fondo a quella della “cura” di cui all’art. 2381, comma 5, c.c. (ivi incluso il costante monitoraggio di cui all’art. 14, comma 1, c.c.i.i.) – onde evitare che agli amministratori potesse

⁶⁰ Riconduce l’affievolimento dei doveri organizzativi previsto dall’art. 4 c.c.i. ad un *favor* per l’imprenditore individuale, criticando la scelta del legislatore, SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 253 ss., ma la lettura sarebbe in controtendenza con il sistema, che tende a favorire in generale l’evoluzione delle imprese individuali in s.r.l. (vedi l’istituzione della s.r.l. semplificata).

⁶¹ In tal senso, continua a mio avviso a mantenere interesse la (pur sovente criticata) prospettiva che aggancia il dovere di predisposizione degli assetti anche al dovere di diligenza di cui all’art. 2391 c.c. (P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum G.F. Campobasso, II, Torino, Giappichelli, 2006, p. 493; e v. anche SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 265 ss.). In senso contrario, per la stretta derivazione dal principio di corretta amministrazione (art. 2403 c.c.), tra gli altri, MERUZZI, (nt. 39), 41 ss.; GINEVRA-PRESCIANI, (nt. 38), 1212 ss.

⁶² Cfr. MIRONE, *L’organizzazione*, (nt. 36), 31 ss.; FORMISANI, (nt. 36), 497 ss.

⁶³ Cfr. G. BIANCHI, *Una visione d’insieme*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 149 ss.

essere mai riservato un ruolo esecutivo o comunque secondario e subordinato⁶⁴, ma senza con ciò impedire interventi circoscritti dei soci (vuoi nella “costruzione” a monte, vuoi nella “valutazione” a valle⁶⁵), che non pregiudichino la capacità degli amministratori di assicurare l’implementazione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, nelle forme che possono ritenersi consentite dalla disciplina dei vari tipi societari.

4. Gli assetti e le s.p.a.: il possibile ruolo dell’assemblea e il meccanismo autorizzatorio dell’art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.

Appurato che una regola generalizzata di “segregazione” dei soci nell’intera materia degli assetti per un verso non è imposta dalla formulazione dell’art. 337 c.c.i.i., e per altro verso sarebbe difficilmente compatibile con il sistema, occorre adesso articolare l’analisi, provando a delineare le possibili soluzioni nei vari tipi societari.

Va inoltre premesso che il chiaro riferimento dell’art. 377 c.c.i.i. all’assetto organizzativo, amministrativo e contabile, consente di superare alcune letture che erano state proposte in relazione al testo del d.lgs. n. 14 del 2019: e cioè da un lato quella (estensiva) che intendeva applicare la regola di competenza esclusiva all’intera “organizzazione della gestione dell’impresa”⁶⁶; e dall’altro quella (restrittiva) che vi ricomprendeva i soli assetti aventi finalità di prevenzione della crisi⁶⁷.

Quanto alle s.p.a., il primo interrogativo è quello relativo alla compatibilità del *meccanismo autorizzatorio* previsto dall’art. 2364, n. 5, c.c., il cui utilizzo

⁶⁴ V. BENEDETTI, (nt. 13), 445, il quale evidenzia che agli amministratori non potrebbe essere assegnata una discrezionalità meramente esecutiva.

⁶⁵ Sembrano consentire qualche spazio per un intervento dei soci in punto di valutazione degli assetti nella s.r.l., escludendo le fasi della predisposizione e della cura, prima delle recenti riforme, O. CAGNASSO, *Gli assetti organizzativi nella s.r.l.*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), cit., 581 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 307.

⁶⁶ O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 849 ss. In senso critico, MONTALENTI, *Il Codice della crisi*, (nt. 5), 837, evidenziando il carattere eccessivamente ampio ed incerto della nozione, che rischiava di estendersi a tutta la gestione non meramente esecutiva.

⁶⁷ V. CALANDRA BUONAURO, *Amministrazione e gestione dell’impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 10. Rispetto a questa tesi, avrebbe potuto obiettarsi la difficoltà di distinguere tali assetti da quelli più generali, ma la ripartizione non è in effetti implausibile, ove si valorizzi l’autonomia della funzione di gestione del rischio dalle altre componenti degli assetti. La soluzione adottata dal legislatore è tuttavia preferibile, stante la stretta connessione delle varie componenti necessarie affinché il complessivo assetto organizzativo, amministrativo e contabile risulti adeguato e ben funzionante.

statutario sembrerebbe l’unico strumento a disposizione per coinvolgere i soci in materia di assetti.

In effetti, nulla esclude che già lo statuto a monte ponga delle regole in materia di assetti, a condizione che le stesse siano compatibili con il principio di adeguatezza⁶⁸: ad es., lo statuto potrebbe vietare l’esternalizzazione degli assetti o prevedere l’obbligatorietà della nomina di alcune funzioni aziendali interne (come il *risk management*).

Più delicato, tuttavia, è il punto relativo alla possibile applicazione del meccanismo autorizzatorio⁶⁹, atteso che tale strumento presuppone il potere di iniziativa degli amministratori, e che la mancata autorizzazione di talune misure organizzative da questi proposte all’assemblea non potrebbe certo far venire meno il dovere di istituire, curare e valutare assetti adeguati.

A costituire un potenziale ostacolo non è, pertanto, il principio di competenza esclusiva, che è certamente compatibile con un “misurato” utilizzo dello strumento autorizzatorio⁷⁰, ma proprio le particolarità della materia, che impone comunque un dovere specifico in capo all’organo amministrativo.

Vi è, tuttavia, che gli spazi di discrezionalità tecnica per raggiungere tale risultato possono essere molto ampi, onde appare eccessivamente rigida una scelta di totale preclusione dell’intervento autorizzatorio, tenuto conto che lo stesso sarebbe opportunamente mediato dal potere esclusivo di proposta degli amministratori, i quali rimarrebbero per altro verso liberi di dar corso alla misura, ove la ritenessero indispensabile nel caso concreto per raggiungere un adeguato livello organizzativo⁷¹.

Ad es., clausole autorizzatorie in materia di nomina delle funzioni aziendali di vertice degli assetti, che prevedano un *placet* dell’assemblea, non appaiono incompatibili con tale criterio, potendo in linea di massima l’organo amministrativo reperire figure alternative a quelle non gradite dai soci.

Sembrano valide anche clausole che richiedano l’autorizzazione dell’assemblea per l’esternalizzazione di funzioni aziendali, ben potendo in linea di massi-

⁶⁸ Conf., D. LATELLA, *Ruolo del professionista e assetto dei controlli interni: prime riflessioni sul codice della crisi d’impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Riv. dir. fall.*, 2020, 371.

⁶⁹ Esprimono forti dubbi, GINEVRA-PRESCIANI, (nt. 38), 1229 ss., i quali evidenziano il rischio di una paralisi operativa in caso di mancata autorizzazione delle proposte degli amministratori.

⁷⁰ Diversamente orientato, SANTAGATA, (nt. 5), 1479, il quale ritiene che nelle s.r.l. il principio di competenza esclusiva precluda il ricorso al meccanismo autorizzatorio (in particolare, con riferimento a diritti speciali del singolo socio).

⁷¹ Detta valutazione dovrebbe essere esplicitata per trasparenza dagli amministratori all’organo assembleare e determinerebbe (in disparte di ciò che può essere previsto dallo statuto) la riqualificazione occasionale della sede deliberante da autorizzatoria a meramente consultiva.

ma l'organo amministrativo (sia pure con minori o maggior difficoltà e/o costi, naturalmente salvo casi eccezionali) realizzare assetti adeguati all'interno della società.

Più opinabile è se lo statuto possa subordinare all'autorizzazione dell'assemblea l'adozione di specifiche modalità di articolazione o di composizione degli assetti⁷², come il modello di cui al d. lgs. n. 231 del 2001⁷³.

Sul punto, il nuovo art. 2380-*bis* sembra precludere la possibilità di prevedere in statuto una vera e propria competenza deliberativa da parte dell'assemblea⁷⁴, o a anche solo il potere dell'assemblea di imporre agli amministratori l'adozione del modello⁷⁵.

Tuttavia, anche in tal caso non è da escludere un intervento autorizzatorio dell'assemblea, la cui eventuale determinazione negativa potrebbe essere disattesa dagli amministratori solamente ove in concreto l'adozione del modello risulti effettivamente necessaria per raggiungere un complessivo livello di adeguatezza degli assetti⁷⁶.

La materia degli assetti si presta, tuttavia, decisamente meglio all'utilizzo di meccanismi atipici di raccordo, come le *raccomandazioni non vincolanti*⁷⁷, che

⁷² Nel senso, ad es., della non obbligatorietà in via generale di un'autonoma funzione di *risk management* o di *compliance*, CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione*, (nt. 39), 298.

⁷³ Lo ipotizza PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 749.

⁷⁴ Nel senso che l'assemblea sia l'organo competente *ex lege* (posizione minoritaria), R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, 1301. Ritiene che il modello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 abbia funzione parzialmente diversa da quella complessiva degli assetti, in quanto volto a "prevenire" e non a "gestire" il rischio di reati, ABRIANI, *Organizzazione*, (nt. 55), 556 (conf., S.A. CERRATO – G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari*, in *Riv. soc.*, 2019, 152), ma la tesi non appare convincente, atteso che anche generalmente nella conformazione degli assetti possono immaginarsi (a seconda del tipo di impresa ed attività) rischi di particolare gravità (si pensi ad es. a gravi rischi ambientali o finanziari) che devono essere prevenuti a monte dalla società nel modo più efficace possibile (conf., per l'omogeneità di funzione tra modelli *ex d.lgs. 231/2001* ed assetti, PRESCIANI (nt. 72), 745, che configura uno "schema piramidale" tra assetti e modelli settoriali).

⁷⁵ In tal senso, invece, tra gli altri, SFAMEMI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in materia di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 172.

⁷⁶ Ritiene ormai tendenzialmente obbligatoria l'adozione del modello (anche se la valutazione è verosimilmente riferita alle società di rilevanti dimensioni), ABRIANI, *Organizzazione*, (nt. 55), 554. Diversamente orientata, per un esame caso per caso, alla luce delle specificità del settore e dell'impresa, PRESCIANI, (nt. 72), 756 ss.

⁷⁷ Sulle c.d. *precatory resolutions*, v. M. MAUGERI, *Sub art. 2365*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, Torino, Utet, 2015, 837.

potrebbero essere utilmente provocate da clausole che introducano – analogamente a quanto previsto per le regole di governo societario dall’art. 123-*bis* t.u.f. (che prevede peraltro già, al comma 2, una sezione contenente informazioni sulle «pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari» e sulle «principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria, anche consolidata, ove applicabile») – un’apposita relazione degli amministratori sull’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

E a dette raccomandazioni, pur formalmente non vincolanti, si applicherebbe il criterio per il quale l’organo amministrativo dovrebbe potersene discostare solamente con deliberazione motivata⁷⁸, in specie avuto riguardo proprio al criterio normativo di adeguatezza degli assetti.

In definitiva, la regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia di istituzione degli assetti lascia intravedere una valutazione per cui il legislatore intende lasciare in linea di principio ampia discrezionalità agli amministratori su tali scelte⁷⁹, ma ciò non sembra precludere interventi mirati dell’assemblea, che avverrebbero “in contraddittorio” con l’organo amministrativo, secondo forme (vuoi di autorizzazione, vuoi di consultazione) che, essendo in via generale compatibili con il principio di esclusività della gestione, non appaiono neanche in irreparabile contrasto con il principio di (altrettanta) esclusività nella istituzione degli assetti.

5. (Segue) La delega e l’articolazione delle competenze in materia di assetti

Rilevanti problemi di riparto delle competenze si pongono nelle s.p.a. anche all’interno dell’organo amministrativo, in caso di ricorso allo strumento della

⁷⁸ LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, (nt. 23), 32, ove critica della tesi secondo cui non sussisterebbero precisi doveri formali degli amministratori a fronte di raccomandazioni gestionali dell’assemblea (V. PINTO, *Sub art. 2364*, in *Le società per azioni*, a cura di Abbadessa e Portale, Milano, Giuffrè, 2016, 857). Così, ad es., se l’assemblea deliberasse di invitare gli amministratori a dotarsi di un sistema di controllo interno, l’eventuale inerzia non motivata (a prescindere dalla stretta necessità di tale adozione onde raggiungere un livello di sufficiente adeguatezza degli assetti) ben potrebbe costituire giusta causa di revoca dell’organo gestionale. Dovrebbe invece escludersi la possibilità per i soci di impugnare ai sensi dell’art. 2388 c.c. la delibera degli amministratori che non tenga conto della raccomandazione assembleare (il tema può in realtà porsi più in generale — nel senso di valutare se e in quali casi delibere degli amministratori in materia di assetti contrarie al principio di adeguatezza possano essere impuginate dai soci — ma in questi termini non può essere affrontato nella presente sede).

⁷⁹ BENEDETTI, (nt. 13), 443 ss.

delega di funzioni, che prevede una chiara ripartizione⁸⁰, nel modello legale, tra la fase della “cura” assegnata all’amministratore delegato, e quella della “valutazione” assegnata al consiglio.

In questo contesto, la locuzione “istituzione”, intesa come “predisposizione”, sembra decisamente più vicina e sostanzialmente assimilabile a quella della cura, che a quella della valutazione. E che l’istituzione degli assetti possa essere oggetto (e sia tendenzialmente oggetto) di delega non è in alcun modo impedito dal principio di competenza esclusiva in capo agli amministratori, previsto infatti anche per la gestione, che si ritiene a sua volta interamente delegabile, con la sola eccezione delle materie di cui all’art. 2381, co. 4, c.c.

In realtà, un modello senz’altro efficiente ed “adeguato”, è quello che mantiene (per statuto o decisione dell’assemblea o del consiglio) alla sede collegiale alcune competenze deliberative (e non meramente valutative), come l’approvazione dei regolamenti interni, la definizione delle linee di indirizzo del modello ed eventualmente anche la nomina dei responsabili delle funzioni aziendali di vertice. Competenze che possono essere rafforzate, anche sul piano istruttorio, dalla costituzione di appositi comitati⁸¹.

Non v’è dubbio, inoltre, che il potere di istruzione, avocazione e sostituzione, di cui all’art. 2381, comma 3, c.c., possa essere esercitato dal collegio in relazione a qualsiasi decisione attinente alla materia degli assetti, senza limiti di sorta⁸².

Meno sicura, invece, è l’idea, pur diffusa, che il dovere di cura degli assetti possa permanere interamente in capo al consiglio di amministrazione, anche in caso di *delega gestionale piena*. La soluzione positiva viene, infatti, generalmente ricavata dalla posizione di supremazia gerarchica dell’organo collegiale⁸³, ma tale argomento formale sembra dover cedere il passo alla necessità di una valutazione sull’effettiva “adeguatezza” di un modello che privi l’amministratore dele-

⁸⁰ CALANDRA BUONAURA, *L’amministrazione*, (nt. 39), 255 ss.

⁸¹ V., per le società quotate, l’art. 6, § 35, *Codice di corporate governance*, Borsa italiana s.p.a.; e per le banche, la Sez. IV, § 2.3., delle Disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia.

⁸² ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 493 ss., I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum A. Piras, Torino, Giappichelli, 2010, 713. In senso più restrittivo, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, (nt. 64), 261, partendo dal presupposto che il complessivo assetto dell’art. 2381 c.c. preveda una conformazione inderogabile a due livelli. Tuttavia, il modello dell’art. 2381 c.c. non sembra poter prescindere dalla piena fruibilità dei meccanismi di raccordo (istruzione e avocazione) previsti dalla norma, senza i quali non resterebbe altra soluzione, in caso di contrasto, se non quella (tendenzialmente inefficiente, se non altro per i costi che comporta) della revoca.

⁸³ CALANDRA BUONAURA, *L’amministrazione*, (nt. 39), 261 s.; ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 496; contro, nel senso del testo, IRRERA, *Assetti*, (nt. 64), 256 ss.

gato dei poteri d’intervento diretto sul funzionamento degli assetti. Può rilevarsi, in altri termini, che la regola di adeguatezza, di per sé prevista per il funzionamento degli assetti, non può non valere anche per l’articolazione di competenze decisionali all’interno dell’organo amministrativo⁸⁴.

Non andrebbe pertanto trascurata una soluzione più rigida, che assegni nelle s.p.a. al modello legale dell’art. 2381 c.c. un carattere almeno parzialmente inderogabile, a tutela dell’esigenza di assicurare un accettabile livello di efficienza nell’organizzazione delle competenze interne.

Non a caso, l’ultima versione del codice di autodisciplina delle società quotate (art. 6, § 32.b)⁸⁵ assume la necessità che il *chief executive officer* sia «incaricato dell’istituzione e del mantenimento del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi».

In caso di delega piena si determina, infatti, una situazione di stretto e quasi esclusivo contatto tra l’amministratore delegato e la struttura aziendale, tale da rendere verosimilmente necessaria, per lo stesso buon esercizio della delega, la dotazione di poteri decisionali sugli assetti⁸⁶. Il che, per altro verso, rende poco convincente anche la soluzione di affiancare l’amministratore delegato con un ulteriore delegato *ad hoc* nella materia degli assetti⁸⁷.

Sotto altro profilo, appare discutibile anche l’idea che la materia degli assetti possa essere affidata mediante *deleghe interne* (a prescindere dalla concreta de-

⁸⁴ Nel senso che il principio di adeguatezza riguarda anche l’organizzazione societaria (e cioè la «determinazione dei diversi “organi” dotati di competenze giuridicamente rilevanti»), con potenziale «efficacia invalidante su atti societari (delibere assembleari o dell’organo amministrativo o di quello di controllo) che siano in contrasto con il principio stesso», M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell’organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 8, 10.

⁸⁵ Su cui v. P. MARCHETTI, *Il nuovo Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2020, 278 ss. Nella precedente versione (art. 7.P.3) era invece prevista la necessità che il consiglio di amministrazione individuasse “uno o più amministratori” (e pertanto non necessariamente il CEO) “incaricati dell’istituzione e del mantenimento di un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi”.

⁸⁶ Secondo l’opinione di ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 496, non sarebbe corretto «interdire al consiglio di ritenere (...) una funzione che, in difetto di delega (generale), gli sarebbe tranquillamente imputata». Tuttavia, sembra di poter osservare che il problema va affrontato alla luce della (e non prescindendo dalla) scelta adottata, di ricorrere alla delega generale. In tal senso, se da un lato risulta ingiustificatamente rigida la tesi che nega o limita il potere di avocazione (e istruzione) su singole questioni, dall’altro appare contraria al principio di efficienza l’idea di una delega generale che preveda una totale ritenzione al collegio della cura degli assetti.

⁸⁷ CALANDRA BUONAURO, *L’amministrazione*, (nt. 39), 264 s. Tale soluzione è stata espunta dall’ultima versione del Codice di autodisciplina (v. *supra*, nt. 84).

terminazione dei compiti affrontati, che potrebbe andare da poteri di istruzione e proposta, fino a compiti esecutivi di delibere del consiglio, o di controllo sull'esecuzione da parte degli uffici)⁸⁸.

Pur volendo accedere (per vero senza riserve) alla tesi secondo cui la riforma del 2003 avrebbe tendenzialmente liberalizzato tali prassi societarie⁸⁹, in senso ostativo sembra ancora una volta deporre il rilievo normativo che il c.c.i.i. ha attribuito all'esigenza di "formalizzazione" dell'intero processo organizzativo ed al ruolo dell'organo amministrativo nella materia in questione. In assenza di autorizzazione statutaria o assembleare, non sembra, pertanto, che una ripartizione interna di deleghe possa determinare forme di esonero da responsabilità in capo ai soggetti non delegati⁹⁰, potendosi anche dubitare della regolarità di tali prassi sul piano della legittimità.

Per altro verso, il modello della delega permette di riferire all'amministratore delegato anche la precisazione circa la necessità di *costante valutazione* sull'a-

⁸⁸ Conf., A. LOLLI – M.G. PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo "correttivo"*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 374, i quali ritengono però, con soluzione eccessiva, che le deleghe interne debbano ormai ritenersi *tout court* vietate quale assetto organizzativo contrario al principio di adeguatezza. Ed infatti, il riferimento dell'art. 2382, comma 1, c.c., alle funzioni «in concreto attribuite ad uno o più amministratori» resta argomento solido in favore della tesi che ammette in via generale ricorso a tale figura. L'affermazione secondo cui il ricorso a deleghe atipiche rappresenterebbe di per sé un meccanismo "inadeguato" non è, peraltro, argomentata e dimostrata, ben potendosi ritenere che esso possa corrispondere (sia pure con limiti e cautele che non possono essere esaminate in questa sede) ad istanze di efficienza e flessibilità nel funzionamento dell'organo amministrativo, che meritano di essere valorizzate quand'anche non sia prevista un'apposita autorizzazione dallo statuto o dall'assemblea.

⁸⁹ Cfr. ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 509 ss.; G. FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 631; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, Giappichelli, 2004, 69; V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione di minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 647. È bene peraltro ricordare che, secondo l'opinione prevalente, la delega interna consente di evitare il vincolo della responsabilità solidale, fermo restando che la mancanza di autorizzazione non è priva di conseguenze, atteso che i singoli componenti non potrebbero assolvere all'obbligo di vigilanza con il semplice rispetto delle regole "tipizzate" e procedurali sui flussi informativi definite dall'art. 2381 c.c., giacché l'attenuazione dei controlli da parte dei consiglieri deleganti implicita in tali regole si giustifica solo a seguito del consenso dei soci al conferimento delle deleghe (contro, ma senza persuadere, M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2004, 94).

⁹⁰ A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 36), 275 ss.

deguatezza degli assetti⁹¹, prevista dall’art. 14 c.c.i.i., che deve riferirsi in realtà proprio alla fase della cura, trattandosi nella specie di una valutazione *in itinere*, e non di quella valutazione periodica, che l’art. 2381, comma 4, c.c., assegna inderogabilmente al collegio (e che ad es., l’art. 6, § 33, cod. autodisciplina, prevede debba espletarsi una volta l’anno).

Occorre inoltre confrontarsi, alla luce delle nuove previsioni codicistiche, su alcune questioni dibattute ed ancora aperte.

In caso di *delega parziale*, si discute se il dovere di cura degli assetti spetti comunque all’amministratore delegato o debba ritenersi implicitamente trattenuto al consiglio⁹². Il problema naturalmente si pone solo se la delega parziale non contenga alcuna previsione in materia di assetti, atteso che è certamente possibile una delega integrale della fase di “cura” anche in caso di delega speciale. A sua volta, una siffatta delega – esplicita o implicita – può essere prefigurabile solamente se parziale ma non eccessivamente circoscritta, atteso che il dovere di cura presuppone, come già detto, un’effettiva capacità di costante contatto con l’apparato aziendale.

Ciò premesso, la soluzione preferibile è quella di ritenere che in tal caso l’amministratore delegato – indipendentemente da quanto previsto nella delega – abbia un dovere di cura degli assetti, limitatamente a quegli ambiti che possono essere direttamente o indirettamente ricompresi nella delega gestionale⁹³. Ad es., se la delega riguarda solamente l’attività imprenditoriale su mercati esteri, essa

⁹¹ Sulle caratteristiche del controllo “costante”, per una lettura riduttiva della norma, vedi MIRONE, *L’organizzazione*, (nt. 36), 34; P. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 283 ss. Diversamente orientati, nel senso che l’art. 14 c.c.i.i. richieda da parte del *plenum* una maggiore continuità rispetto al passato nell’attività di valutazione, LOLLI-PAOLUCCI, (nt. 87), 381 ss.

⁹² Ad avviso di LOLLI-PAOLUCCI, (nt. 87), 372 s., sussisterebbe un dovere di esplicitare nella delega le attribuzioni in materia di assetti, ma il modello legale di cui all’art. 2381 c.c. sembra prevedere effettivamente un regime suppletivo, applicabile in caso di generale delega gestionale.

⁹³ Nel senso di una piena competenza dell’amministratore con delega parziale, con soluzione eccessivamente ampia, ZANARDO, (nt. 89), 262, sulla base del rilievo testuale per cui l’art. 2381 c.c. non prevede alcunché in relazione al livello di completezza della delega, ma è agevole obiettare come il modello considerato dal legislatore sia chiaramente quello della delega piena (ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 495). Nel senso della competenza consiliare, CALANDRA BUONAURO, *L’amministrazione*, (nt. 39), 264; ABBADESSA, *Profili topici*, (nt. 60), 494 ss. Per la competenza dell’amministratore delegato “parziale” per l’adozione del modello *ex d.lgs. 231/2001*, PRESCIANI, (nt. 72), 755, ma la soluzione appare discutibile ove generalizzata, tenuto conto che il modello in questione è unitario, e che il carattere parziale della delega operativa potrebbe compromettere la necessaria vicinanza dell’organo delegato a profili organizzativi particolarmente interessati da determinate fattispecie di reato.

includerà implicitamente gli assetti organizzativi delle unità aziendali destinate a tale attività, ma non gli assetti generali della società.

Naturalmente, non potrà parlarsi di delega parziale ove la delega gestionale sia piena, salvi alcuni poteri riservati al consiglio in materia di operazioni strategiche ed altre particolari decisioni: in tal caso, resta fermo il modello legale, che assegna il dovere di cura in capo all'organo delegato.

Questa soluzione permette di risolvere coerentemente anche l'ipotesi di *delega frazionata* a più amministratori, che dovranno ritenersi comunque responsabili per la cura dei rispettivi assetti, ferma l'esigenza di un coordinamento – sia (ove occorra) interpersonale tra gli organi delegati, sia (necessariamente) in sede collegiale – onde assicurare complessiva coerenza all'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società⁹⁴.

L'espressa riserva di competenza in capo agli amministratori sembrerebbe determinare, infine, un ostacolo normativo al rilascio di un'apposita delega al *direttore generale*, che pure è espressamente prevista nella regolamentazione secondaria delle banche⁹⁵, ove trattasi di istituti di minori dimensioni e non sia prevista la nomina di un amministratore delegato.

Sul piano organizzativo, appare tuttavia discutibile una soluzione così rigida⁹⁶, atteso che il dovere di "cura" potrebbe essere assolto talora in modo più efficace dal direttore generale, piuttosto che da un organo collegiale, quanto meno in un assetto particolarmente "vigilato", nel quale: (i) il dovere di valutazione venga declinato in misura stringente con riferimento sia al dettaglio dell'attività di controllo, sia alla periodicità della stessa; (ii) s'intenda la "cura" (di cui all'art. 2381, comma 3, c.c.) in senso restrittivo, escludendo senz'altro la predisposizione dell'architettura generale degli assetti (macrostruttura, procedure, regolamenti, nomine delle funzioni di vertice, etc.).

Una volta ritenuta l'efficacia di un tale modello organizzativo, potrebbe risultare incoerente derivarne la totale ininfluenza in punto di responsabilità del con-

⁹⁴ Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2005, 216 ss.; CALANDRA BONAURA, *L'amministrazione*, (nt. 39), 264.

⁹⁵ Vedi A.M. LUCIANO, *Il direttore generale di s.p.a. tra diritto societario comune e diritto societario delle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1492 ss. La previsione di tale eventualità (in modo peraltro obbligatorio, ove manchi l'amministratore delegato) nella regolamentazione delle banche non è priva di rilievo, valendo quanto meno a dimostrare che l'assetto in questione può determinare vantaggi in termini di efficienza.

⁹⁶ In senso favorevole, IRRERA, *Assetti*, (nt. 64), 35 s. Per l'opinione contraria, v., LOLLI-PAOLUCCI, (nt. 87), 375; e con riferimento al modello *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, PRESCIANI, (nt. 72), 754, secondo cui il direttore generale potrebbe avere solo funzioni ausiliarie.

siglio⁹⁷, che dovrebbe poter trovare una qualche forma di attenuazione rispetto al caso di pieno esercizio delle competenze da parte dell’organo amministrativo (si pensi a danni provocati da scelte esecutive e/o di livello secondario, ragionevolmente delegate dal consiglio al direttore generale), ove si accogla l’idea che l’intenzione del legislatore, nel prevedere la regola di esclusività, era essenzialmente quella di disciplinare il riparto di competenze tra soci e amministratori.

6. Gli assetti e le s.r.l.: le decisioni dei soci

Il principio di competenza esclusiva in materia di gestione ha avuto breve vita nelle *società a responsabilità limitata*, essendo stato sostituito dal decreto correttivo con la ben più limitata regola di esclusività nella «istituzione degli assetti di cui all’art. 2086, secondo comma».

Il legislatore delegato ha, pertanto, ripristinato nelle s.r.l. quel particolare modello di organizzazione delle competenze gestionali, che era stato efficacemente qualificato come vero e proprio sistema di «competenza legale concorrente»⁹⁸, grazie alla riserva di potere statutario prevista dall’art. 2479, comma 1, c.c., e soprattutto al permanente potere di rimessione e/o avocazione, previsto dalla stessa norma a favore di ogni amministratore e del terzo del capitale sociale.

In questo contesto, la regola di esclusività degli assetti si pone come deroga al sistema legale di ripartizione delle competenze tra soci ed amministratori, al contrario di quanto vale nelle s.p.a., in cui rappresenta conferma del principio generale di cui all’art. 2380-*bis*, prima parte, c.c. Ci si può chiedere, pertanto, se il contesto tipologico delle s.r.l., pur in presenza di un tenore letterale identico, consenta di pervenire a soluzioni che consentano un maggiore spazio d’intervento ai soci⁹⁹.

In effetti, a livello generale le s.r.l. si caratterizzano, diversamente dalle s.p.a., per la possibilità che le delibere gestionali dei soci presentino carattere decisivo e vincolante, anziché autorizzatorio, fermo restando il potere di resistenza degli amministratori rispetto a decisioni che possano fondatamente esporre a conseguenze risarcitorie¹⁰⁰. Tuttavia, potrebbe obiettarsi che l’assegnazione ai soci di

⁹⁷ Così, invece, ZANARDO, (nt. 89), 277.

⁹⁸ Cfr., tra gli altri, M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Tratt. s.r.l.*, a cura di Ibba e Marasà, vol. 4, Padova, Giappichelli, 2009, 9; A. MIRONE, *Sub art. 2479*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2015, 738 ss.

⁹⁹ Così, rispetto al testo originario dell’art. 377 c.c.i.i., anche IBBA, (nt. 2), 250 ss.

¹⁰⁰ V., *ex multis*, M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 409 ss.

un vero e proprio potere decisorio nella materia degli assetti comporterebbe la sostanziale vanificazione del nuovo disposto normativo, al quale occorre attribuire valore pregnante, vieppiù alla luce del tortuoso percorso normativo che ha visto affermare – a torto o a ragione – una regola pur settoriale di competenza esclusiva.

In linea di massima, anche nelle s.r.l. dovrebbero pertanto valere in materia di assetti le regole operative che si è tentato di ricostruire nelle s.p.a., sulla base delle quali può delinarsi uno spazio al meccanismo statutario dell'autorizzazione di cui all'art. 2364, n. 5, c.c. In tale contesto, l'iniziativa dovrebbe essere assunta dall'organo amministrativo in quanto tale, secondo il modello tipico delle autorizzazioni, per i casi espressamente indicati in statuto.

Al di là di questa ipotesi, che appare comunque residuale sul piano pratico, non sembra che sussistano gravi ostacoli a ritenere che possa essere esercitato (dal singolo amministratore o dai soci) su determinate questioni il *potere di avocazione e provocazione* previsto dall'art. 2479, comma 1, c.c., così determinando una maggior facilità d'intervento dei soci nella materia, sulla base delle esigenze che si sviluppano in concreto nella vita della società. Del resto il meccanismo della riserva statutaria mal si attaglia ad un efficace coinvolgimento della compagine sociale, stante la necessità di predeterminare rigorosamente a monte i casi nei quali l'assemblea dovrebbe intervenire. Lo strumento dell'avocazione/rimessione appare, invece, ben più utile e coerente con le caratteristiche delle s.r.l., quale sistema di raccordo tra la compagine e l'organo amministrativo, in un contesto tipologico intrinsecamente connotato da costante dialogo tra i due organi sociali¹⁰¹.

Altro profilo riguarda naturalmente il valore formale delle conseguenti determinazioni, ove non siano tipicamente di competenza dei soci (si pensi alla revoca dell'organo amministrativo, in esito a relazioni che si rivelino deludenti o a contrasti sulle misure da adottare), ma entrino nel merito della configurazione degli assetti.

A tal riguardo, l'intenzione del legislatore appare in effetti chiara, nel senso di operare una vera e propria riserva di competenza nella materia in questione¹⁰². Non basterebbe, pertanto, limitarsi ad una prospettiva "sostanzialistica",

¹⁰¹ Nulla sembra impedire, inoltre, che il terzo del capitale sociale richieda di poter effettuare occasionalmente una "valutazione" di adeguatezza degli assetti, pretendendo che l'organo amministrativo riferisca sul punto e adottando all'esito eventuali determinazioni.

¹⁰² Come si è visto sopra, § 1, nel vigore del testo originario del c.c.i.i. una parte della dottrina aveva adottato una lettura riduzionista della norma, al fine di salvaguardare la complessiva coerenza del sistema. In particolare, quanto alle s.r.l., si era sostenuto che il principio di esclusività nelle s.r.l.

affermando che l’assemblea potrebbe deliberare su singole questioni, laddove non intervenga in modo pervasivo nella materia (pretendendo, ad es., di intervenire stabilmente sugli organigrammi, o sull’approvazione e la revisione del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231 del 2001) o giunga addirittura ad “esautorare” complessivamente l’organo amministrativo rispetto alla competenza prevista dall’art. 2475, comma 1, c.c. Occorre invece ritenere che, quand’anche la delibera si concentri su questioni isolate e specifiche (ad es., la nomina di una funzione aziendale interna o la decisione di esternalizzare gli assetti), il valore formale della stessa non possa comunque eccedere – per espressa scelta del legislatore – quello di una raccomandazione non vincolante¹⁰³, che può determinare un dovere di motivazione a carico dell’organo amministrativo nel caso in cui l’indicazione venga disattesa, ma non la definitiva chiusura del procedimento deliberativo (*supra*, § 4). Ogni “decisione” dell’assemblea dovrà pertanto essere formalmente recepita in conseguenti atti e determinazioni dell’organo amministrativo, per acquistare la dovuta efficacia all’interno dell’organizzazione aziendale e sul piano negoziale.

7. (Segue) L’impatto delle nuove norme sulla delega di funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione

Particolarmente controverso è, infine, l’impatto dell’art. 377 c.c.i.i. sulla disciplina della delega di funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione (disgiuntiva e congiuntiva) nella s.r.l.¹⁰⁴.

Sul primo profilo, occorre ricordare che la riformulazione dell’art. 2475 c.c. non ha toccato solamente il primo comma, ma anche l’ultimo, nel quale si sancisce l’applicazione dell’articolo 2381 c.c., ma “in quanto compatibile”. Tuttavia, l’unica disposizione dell’art. 2381 c.c. che potrebbe risultare incompatibile è forse quella dell’ultimo comma, che prevede il potere/dovere degli amministratori

non operava tanto sul versante delle competenze, quanto su quello della doverosità della gestione. Cfr., RESCIO, (nt. 1), 7 s., per il quale gli amministratori di s.r.l. mantenevano il potere-dovere «stimolare le decisioni dei soci più appropriate, (...) monitorarne gli esiti e l’impatto sull’organizzazione della società, (...) rifiutarne l’attuazione». L’intervento del decreto correttivo, che ha voluto limitare alla sola materia degli assetti la regola di esclusività nelle s.r.l., rende tuttavia evidente che l’intenzione del legislatore (verosimilmente era, e comunque adesso è con maggiore certezza) quella di incidere sul riparto di competenze tra amministratori e soci.

¹⁰³ Così già, rispetto al testo originario del c.c.i., DI CATALDO – ROSSI, (nt. 3) 757 ss.

¹⁰⁴ Per una completa trattazione di altro profilo, che in questa sede non può essere neanche accennato, e cioè quello dell’impatto della norma sui diritti speciali dei soci, a norma dell’art. 2468, co. 3, c.c., SANTAGATA, (nt. 5), 1451 ss.

non esecutivi di agire in modo informato e di chiedere che gli organi delegati riferiscano in consiglio, ove da tale norma si ricavi, come ritiene la dottrina dominante, l'assenza di un potere diretto di ispezione¹⁰⁵, che si tende invece a riconoscere agli amministratori di s.r.l.¹⁰⁶, per coerenza con l'analogo potere assegnato al singolo socio dall'art. 2476 c.c.

Si è, tuttavia, giustamente sottolineato che il riferimento alla possibile incompatibilità potrebbe intendersi non tanto (o non solo) al regime legale, ma anche al carattere inderogabile o meno della disciplina, all'interno del contesto normativo e tipologico di riferimento¹⁰⁷.

Si può, in tal senso, immaginare che, anche in materia di articolazione interna delle competenze in materia di assetti, le regole che abbiamo ricostruito (*supra*, § 5) per le s.p.a. possano trovare una qualche attenuazione, all'interno di un modello nel quale da un lato il livello di "managerialità" della gestione è inevitabilmente attenuato, e dall'altro può supporre un maggior "contatto" anche informale con la struttura aziendale del singolo amministratore (tendenzialmente interessato anche *uti socius* ai risultati della gestione: art. 2475, comma 1, ultima parte, c.c.).

Ad es., riterrei che la competenza per la "cura" degli assetti possa essere senz'altro trattenuta dal consiglio, pure nel caso di delega gestionale piena, e ciò anche in ragione delle minori istanze "efficientistiche" proprie del tipo in questione.

Per il resto, l'estensione del modello di cui all'art. 2381 alle s.r.l. consente di ritenere che le conclusioni interpretative elaborate nelle s.p.a. siano in linea di massima applicabili anche alle s.r.l.

Diversa questione è se il *sistema disgiuntivo* sia compatibile con il principio di competenza esclusiva degli amministratori in materia di assetti, ritenendosi da parte di molti che tale regola valga anche ad integrare il catalogo delle competenze di cui all'art. 2475, comma 5, c.c.¹⁰⁸.

In effetti, la portata del catalogo è sempre stata oggetto di dibattito, ritenendosi per opinione prevalente che la riserva collegiale valga sia rispetto alla delega, sia

¹⁰⁵ Conf., IBBA, (nt. 2), 258.

¹⁰⁶ Cfr. ABRIANI – ROSSI, (nt. 5), *op. cit.*, 404.

¹⁰⁷ DI CATALDO – ROSSI, (nt. 3), 762.

¹⁰⁸ Cfr. FERRI – ROSSI, (nt. 6), 108 ss., che estendono (sulla base del previgente testo dell'art. 377 c.c.i., e pertanto alla luce del principio di esclusività dell'intera gestione) la limitazione anche alla pianificazione strategica, escludendo l'ammissibilità non solo dell'amministrazione disgiuntiva, ma anche di quella congiuntiva a maggioranza (salva l'eccezione di atti urgenti, ai sensi dell'art. 2258, comma 3, c.c., purtuttavia difficilmente prefigurabile per atti meramente organizzativi), sulla base della necessità di imputare formalmente le decisioni in questione all'intero organo amministrativo.

rispetto ai modelli personalistici di amministrazione (diversi dall’amministrazione congiuntiva all’unanimità)¹⁰⁹. Tuttavia la regola di competenza esclusiva assume come punto di riferimento gli amministratori (e non l’organo amministrativo), nel chiaro intento di contrapporre questi ultimi ai soci. E se obiettivo primario della regola di cui al quinto comma è quello di vietare la delega, è invece certo che le competenze in materia di assetti possono essere oggetto di delega, secondo il modello dell’art. 2381 c.c.¹¹⁰.

Non sembra, pertanto, che il nuovo testo dell’art. 2475 contenga disposizioni idonee a negare la possibilità di un esercizio disgiunto delle competenze in materia di istituzione e cura degli assetti organizzativi.

La questione della compatibilità del modello disgiuntivo, in realtà, poteva porsi ben prima del recente intervento legislativo, sulla base di un dubbio sostanziale, che viene adesso viepiù a riproporsi, e cioè quello dell’idoneità di tale sistema ad assicurare un livello minimo di unitarietà della gestione¹¹¹, alla luce del criterio di adeguatezza organizzativa valorizzato dal legislatore. Esigenza di unitarietà che è già considerata dal legislatore nel modello della delega, ove s’impone all’organo collegiale di mantenere la funzione di valutazione periodica sull’adeguatezza degli assetti.

E tuttavia, è da ritenersi che l’efficacia dei modelli amministrativi vada sempre rapportata al contesto tipologico di riferimento¹¹², onde ben può ritenersi che un determinato modello sia in grado di assicurare un adeguato livello di unità e coerenza della gestione in alcuni tipi, e non in altri¹¹³.

¹⁰⁹ V., *ex multis*, G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in *Tratt. s.r.l.*, a cura di Ibba e Marasà, vol. 5, Padova, Giappichelli, 2009, 8 ss.

¹¹⁰ CAGNASSO, *Gli assetti*, (nt. 64), 580 ss. Ne dubitavano in parte, in un primo commento all’art. 377 c.c.i., ABRIANI-ROSSI, (nt. 5), 402, i quali prefiguravano una indelegabilità non solamente “verso il basso” ai soci, ma anche “verso l’alto”, rispetto ad una integrale attribuzione delle competenze a singoli amministratori delegati o comitati esecutivi, pur evidenziando la necessità di coordinamento con l’art. 2381 c.c.

¹¹¹ FERRI-ROSSI, (nt. 6), 110; CAGNASSO, *Gli assetti*, (nt. 64), 582.

¹¹² Solo tale considerazione permette di comprendere come la modalità disgiuntiva sia vietata nella s.p.a., possa essere adottata per statuto nelle s.r.l., e costituisca il modello legale nelle società personali, ritenendosi evidentemente da parte del legislatore che in tali contesti sia sufficiente un coordinamento informale tra gli amministratori: cfr., A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, Giappichelli, 1998, 160 ss.

¹¹³ Il fatto che oramai si discorra di una vera e propria multiformità del tipo s.r.l. (C. RINALDO, *La multiformità della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2020, 1513 ss.) non rileva rispetto al ragionamento esposto nel testo, in quanto l’eventuale incoerenza del modello disgiuntivo in tali modelli speciali dovrebbe semmai condurre a ritenere *tout court* incompatibile tale regime nelle s.r.l. aperte. Del resto il novero delle norme del modello legale che potrebbero ritenersi (in tutto o in parte) incompatibili nelle s.r.l. aperte è assai esteso, e ricomprende anche profili di grande rilievo, come i diritti di controllo dei soci (cfr., *ex multis*, CIAN, *S.r.l. PMI*, (nt. 51), 842 ss.).

Così, sarebbe difficilmente accettabile che nelle società di persone l'amministrazione disgiuntiva costituisca il modello legale, senza limiti per importanza e carattere ordinario o straordinario degli atti gestionali, salvo essere vietata solamente per le decisioni (anche ordinarie) in materia di assetti organizzativi; e ciò, anche al di là dello scarso rilievo sostanziale che la materia degli assetti inevitabilmente presenta in tali società¹¹⁴, già in forza dello stesso parametro relativo di adeguatezza¹¹⁵.

Ed anche nelle s.r.l., non costituirebbe certo un guadagno di efficienza ritenere che gli amministratori con pieni poteri disgiuntivi debbano sempre deliberare in forma collegiale (oppure, se prevista nello statuto, quanto meno secondo le forme del procedimento scritto di cui all'art 2475, co. 4, c.c.), per ogni decisione che riguardi la cura e la conformazione degli assetti.

Ove lo statuto e la delibera di nomina prevedano un integrale ricorso al modello disgiuntivo, con la sola eccezione delle competenze collegiali di cui all'art. 2475, comma 5, c.c., non sembra pertanto sussistano gravi ostacoli a ritenere che gli amministratori possano adottare anche disgiuntamente decisioni in materia di assetti, salvo prefigurare (ma questo vale in generale)¹¹⁶ un dovere informale di raccordo sulla base del principio di correttezza¹¹⁷.

A sua volta, il meccanismo del veto potrebbe assicurare garanzie sostanzialmente non dissimili da quelle che consente il meccanismo di avocazione di cui all'art. 2381, comma 3, c.c., rispetto alla delega, ove si tenga conto: (i) che nella s.r.l. tutti gli amministratori dovrebbero avere tendenzialmente accesso diretto alle informazioni e stretto contatto con la struttura aziendale; (ii) che le decisioni sugli assetti hanno tipicamente efficacia interna, e sono pertanto tendenzialmente reversibili, a differenza degli atti di amministrazione che richiedano l'esercizio

¹¹⁴ Specialmente ove si accolga l'idea che la previsione sulla competenza esclusiva degli amministratori, regolando il riparto di competenze tra soci ed amministratori, si applichi al solo caso di società personali caratterizzate da una complessiva organizzazione di tipo corporativo, come ipotizzato da M. LIBERTINI, *Intervento* al convegno *Assetti adeguati, procedure di allerta, governance dell'impresa. Riflessioni conclusive*, Verona, 12 dicembre 2019.

¹¹⁵ Nel senso di una riserva di collegialità anche per le società di persone, tuttavia, P. BENAZZO, (nt. 90), 304 s. Ritiene che le regole dell'amministrazione disgiuntiva siano difficilmente conciliabili con il testo dell'art. 2257 c.c., come modificato dal d.lgs. n. 14 del 2019, IBBA, (nt. 2), 251. Propenso ad un'interpretazione riduttiva, anche per l'interesse deliberativo scaturente dalla responsabilità illimitata dei soci, SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 272.

¹¹⁶ V. già MIRONE, *Il procedimento*, (nt. 111), 183.

¹¹⁷ CAPELLI, (nt. 36), 329, ove il rilievo che un eventuale accordo tra gli amministratori in regime disgiuntivo, in virtù del quale la gestione degli aspetti organizzativi venga delegata ad un solo amministratore, non esonererebbe certo gli altri da responsabilità.

di poteri esterni di rappresentanza, per i quali il meccanismo del veto può oggettivamente determinare maggiori rischi.

Né può ritenersi che il sistema disgiuntivo debba essere precluso proprio perché prevede l’intervento risolutivo dei soci¹¹⁸ in caso di opposizione. Occorre infatti tener presente che la decisione sul veto non rappresenta tanto (o solo) una decisione sulla singola materia del contendere, ma costituisce un meccanismo che rimette alla maggioranza della compagine sociale una situazione di eccezionale conflitto tra gli amministratori¹¹⁹, evidentemente non risolvibile (e non risolto) sulla base del rapporto dialettico e di informale confronto che caratterizza il sistema dell’amministrazione disgiuntiva. Non a caso il testo dell’art. 2257, comma 3, rimette ai soci non già la decisione sull’atto amministrativo, ma quella «sull’opposizione», al fine di rimuovere (o meno) il blocco della legittimazione individuale determinato dal veto.

In tale contesto, appare pertanto corretto e compatibile con il sistema (sia nelle società di persone, che nelle s.r.l.) che la decisione venga devoluta ai soci, senza che ciò costituisca violazione della regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia di assetti¹²⁰. Del resto, l’intervento dei soci presenta nella specie un carattere sostanzialmente autorizzatorio, con valore pertanto simile a quello che si è ritenuto ammissibile già nelle s.p.a. (*supra*, § 4), potendosi rilevare che, in caso di esito favorevole all’amministratore “bloccato” dal veto, la decisione può in realtà continuare ad imputarsi a quest’ultimo, sia sul piano sostanziale (l’iniziativa sulla misura organizzativa è infatti dell’amministratore in questione, che stava per adottare l’atto su cui sia stato posto il veto) che su quello formale (l’atto verrà posto in essere sempre da costui, una volta rimosso il blocco da parte dei soci, senza peraltro che sussista alcun obbligo formale in tal senso).

¹¹⁸ Com’è noto, è in via generale controverso se nelle s.r.l. la decisione sul veto spetti alla maggioranza degli amministratori o dei soci, anche se le ragioni della tesi contraria alla devoluzione della decisione ai soci non sono particolarmente convincenti, stante il rinvio integrale dell’art. 2475, co. 3, c.c., all’art. 2257 c.c. (C. TEDESCHI, *L’amministrazione disgiuntiva*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, Giuffrè, 2011, 564).

¹¹⁹ MIRONI, *Il procedimento*, (nt. 111), 160 ss.

¹²⁰ Ove si ritenga diversamente, la conclusione dovrebbe essere in ogni caso non quella di ritenere che l’amministrazione disgiuntiva sia vietata in materia di assetti, ma quella di ritenere che la decisione sul veto spetti alla maggioranza degli amministratori e non dei soci.

La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari

SOMMARIO: 1. La disciplina della materia nel codice civile del 1942. – 2. La riforma organica del 2003. Il dovere di diligenza: la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. – 3. Segue: la diligenza richiesta dalle specifiche competenze degli amministratori. – 4. L'ablazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione. La responsabilità per colpevole inerzia in caso di conoscenza di fatti pregiudizievoli. – 5. I doveri degli amministratori delegati e deleganti nel novellato art. 2381 c.c. – 6. Il dovere di agire in modo informato. – 7. Il ruolo del presidente del consiglio d'amministrazione. – 8. La compresenza di una pluralità di amministratori con deleghe. – 9. La riforma del sistema della responsabilità è stata completata dalle nuove norme in tema di interessi degli amministratori, di operazioni con parti correlate e di obblighi in caso di scioglimento della società. La responsabilità solidale tra tutti gli amministratori sulla via del tramonto. – 10. L'entità del danno e l'onere della prova incombente all'attore. – 11. Cenno sulla prospettazione della responsabilità degli amministratori non esecutivi nelle società esercenti l'impresa bancaria. – 12. L'integrazione dell'art. 2086 c.c. e le nuove norme introdotte nel codice civile dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

1. La disciplina della materia nel codice civile del 1942

Il codice civile del 1942 non distingueva nettamente, ai fini della responsabilità, le posizioni degli amministratori deleganti e degli amministratori delegati. L'art. 2392, comma 1, nella formulazione previgente, infatti, stabiliva che: «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori*».

Tuttavia la responsabilità dei membri del comitato esecutivo o dell'amministratore delegato o degli amministratori delegati per le «*attribuzioni proprie*» loro devolute dal consiglio di amministrazione era, in concreto, tutt'altro che esclusi-

va in virtù della disposizione del secondo comma dello stesso articolo, a mente del quale: «*In ogni caso gli amministratori [senza alcuna distinzione fra delegati e deleganti] sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose*». Sulla base di questa disposizione venivano coinvolti con il vincolo della solidarietà nella responsabilità per *mala gestio* nei confronti della società tanto i membri del comitato esecutivo o gli amministratori delegati per avere commesso con colpa atti di gestione produttivi di danno, quanto tutti gli altri amministratori per l'omissione al dovere di diligente vigilanza sul generale andamento della gestione.

In sostanza, per effetto di questa disposizione, tutti gli amministratori – delegati e deleganti – venivano onerati della medesima responsabilità non solo per avere causato danno alla società mediante il loro illegittimo comportamento, ma anche per essersi resi colpevoli di una mancata o insufficiente o negligente attività di «*vigilanza sul generale andamento della gestione*». Ciò, a meno che qualcuno tra essi, che fosse immune da colpa, avesse «*fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale*» (*ivi*, comma 3).

Questa responsabilità solidale di tutti gli amministratori – eccezion fatta per quello esente da colpa che avesse fatto constare tempestivamente il proprio dissenso – consentiva, specie nelle azioni di responsabilità promosse dagli organi delle procedure concorsuali, di scegliere nei confronti di quali amministratori promuovere l'azione; e questa scelta dipendeva, nella stragrande maggioranza dei casi, dall'entità del patrimonio dei convenuti in giudizio e dall'aggregabilità del medesimo.

La responsabilità degli amministratori non esecutivi privi della possibilità di compiere fatti commissivi colposi produttivi di danno riposava – come s'è visto – sulla violazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione: dovere che – a detta di molti¹ – non era dato comprendere in che cosa realmente consistesse. Come si poteva infatti pretendere che gli amministratori privi di deleghe, i quali non possono esercitare individualmente alcuna attività al di fuori delle riunioni del consiglio di amministrazione, che non hanno alcun titolo per convocare i dipendenti della società, di qualunque livello, o per chiedere a questi informazioni e che devono soltanto alla cortesia degli uscieri la facoltà

¹ Sull'argomento si rinvia, *ex plurimis*, a F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Assago, 2013, 1 ss. e 109 ss.

di accedere ai locali aziendali nei giorni in cui non siano in programma sedute dell'organo amministrativo, potessero esercitare la benché minima funzione di vigilanza? Funzione, dunque, che non avevano alcun mezzo per svolgere al di fuori del funzionamento dell'organo collegiale, salvo assumersene tutta la responsabilità che, a quel punto, non presentava proprio i caratteri di una responsabilità per fatto proprio, e segnatamente per inadempimento di un dovere proprio, ma semplicemente quelli di una responsabilità per fatto altrui (degli amministratori esecutivi), ossia in buona sostanza di una responsabilità oggettiva.

2. La riforma organica del 2003. Il dovere di diligenza: la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico

Il legislatore della riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative del 2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha ritenuto – quanto meno con riguardo alle società rette dal modello tradizionale di *governance* – che la previgente formulazione dell'art. 2392 fosse inadeguata ad attribuire distintamente a ciascun amministratore la responsabilità che gli è propria in relazione al suo specifico comportamento, commissivo od omissivo, e che quindi tale norma fosse meritevole di revisione.

È stato così, innanzi tutto, eliminato il riferimento alla «*diligenza del mandatario*» dapprima riferita alla generalità degli amministratori. A dire il vero, in fondo, non è che tale riferimento fosse erroneo, ma era stato male interpretato da generazioni di interpreti i quali da tale richiamo avevano evocato, in modo eccessivamente semplicistico, la diligenza del buon padre di famiglia enunciata dall'art. 1176, comma 1, c.c.; per lo più dimenticando che il secondo comma dello stesso articolo stabiliva – come stabilisce – che: «*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale [quale indubbiamente è quella di amministratore di società], la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*»².

Inoltre, il riferimento alla diligenza del mandatario con riguardo all'adempimento dei doveri degli amministratori di società aveva dato adito, in passato, ad un'altra interpretazione, questa volta decisamente erronea, relativa alla natura del rapporto intercorrente tra i suddetti amministratori e la società amministrata: rapporto che per decenni è stato inquadrato nella figura del mandato mentre, successivamente, è stato chiarito trattarsi di un diverso rapporto, nominato e ti-

² Fra i molti si rinvia ad A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Milano, 2010, 19 ss. e 161 ss.

pico, individuato come rapporto organico di amministrazione³ – quanto meno nelle società azionarie e nelle s.r.l. connotate da una *governance* di stampo capitalistico – al quale non può applicarsi il fondamentale obbligo del mandatario di conformare il proprio operato alle direttive del mandante, o in alternativa di dismettere l'incarico, esercitando tali amministratori poteri e doveri propri, addirittura in via esclusiva per quanto attiene alla gestione dell'impresa sociale (artt. 2380-*bis*, comma 1, e 2475, comma 1, c.c.), fra i quali rientra quello di impugnare le delibere degli altri organi societari, *in primis* dell'assemblea, ritenute invalide e di non darvi comunque esecuzione qualora ravvisate contrarie all'interesse sociale⁴.

L'abrogato richiamo alla «*diligenza del mandatario*» è stato opportunamente sostituito all'incirca con le stesse parole che si rinvengono nell'art. 1176, comma 2, che testualmente recita: «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*». Ciò significa, intanto, che viene posta una netta distinzione fra gli amministratori esecutivi e quelli non esecutivi. I primi – e particolarmente gli amministratori delegati – sono ai vertici della struttura aziendale, lavorano a tempo pieno, sono correlativamente retribuiti, sono nella migliore posizione per conoscere eventuali fatti illeciti e avvertire eventuali criticità gestionali, così da poter tempestivamente ed efficacemente intervenire per impedirli o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, e devono perciò avere una responsabilità parametrata ai loro ampi poteri, ai loro pregnanti doveri e alla loro retribuzione⁵. I secondi – come già ricordato – poco o nulla possono fare al di fuori dell'organo collegiale di cui fanno parte, non hanno poteri individuali e soprattutto non è loro fattualmente rimessa alcuna attività di vigilanza, che non avrebbero la possibilità di compiere. Di tutta evidenza, quindi, è che la natura degli incarichi conferiti, rispettivamente, ai primi e ai secondi sia completamente diversa e giustificata da una profonda differenza della diligenza loro richiesta.

³ Da ultimo, v. Cass., S.U., 20 gennaio 2017, n. 1545, in *Società*, 2017, 605, con commento di M. SPADARO, *La controversa qualificazione giuridica del rapporto che lega la società di capitali al suo amministratore*.

⁴ Sotto il profilo giuslavoristico nessuno dubita più che il medesimo rapporto consista in un rapporto di lavoro, come già intuito da tempo assai risalente da G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, e come ancora recentemente confermato dalla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, che lo ha ricondotto nell'ambito del rapporto di lavoro c.d. parasubordinato (cfr., per tutte, Cass., 20 febbraio 2009, n. 4261, in *Foro it.*, 2009, 3386), a meno che non sussistano le condizioni per ricomprenderlo in quello del lavoro autonomo o, più propriamente, del lavoro professionale.

⁵ F. BONELLI, *op. cit.*, 124.

Ulteriore distinzione si porrà inoltre a seconda che la società abbia, per esempio, un unico amministratore delegato, con ampi poteri gestori, oppure abbia una pluralità di amministratori con deleghe, magari più limitate e circoscritte a singole funzioni aziendali: ma di questo si tratterà più diffusamente in seguito.

3. (*Segue*) La diligenza richiesta dalle specifiche competenze degli amministratori

Oltre al dovere di adempiere ai loro doveri «*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*», il legislatore del 2003 ha aggiunto che gli amministratori devono agire con la diligenza richiesta «*dalle loro specifiche competenze*».

Gli amministratori, invero, non è richiesto che debbano essere periti in ogni campo del sapere occorrente per gestire bene una società. Anzi, non è neppure richiesto che per accedere alla carica di amministratore il soggetto debba possedere determinati titoli o determinate competenze professionali – salvo che la società non operi in ambiti particolari, regolati da discipline speciali – le quali comunque non potrebbero che essere competenze settoriali, non certo universali. Nella pratica si vede come vengano sovente chiamati a far parte dei consigli di amministrazione semplici azionisti, anche privi di specifiche competenze professionali, così come esperti del settore in cui la società esercita la propria attività od altri professionisti operanti nei campi più diversi (avvocati, commercialisti, ingegneri, professori, etc.).

Mi sia consentito fare un esempio che ho ripetuto a generazioni di studenti: se nel consiglio di amministrazione di una società farmaceutica siedono, fra gli altri, in qualità di amministratori privi di deleghe, un provetto giurista e un medico, ricercatore, magari anche insignito del premio Nobel, e viene portata all'esame del consiglio in composizione collegiale una determinata operazione, ad esempio di sfruttamento industriale di una molecola inventata per la cura del diabete, e la società dovesse subire un danno a causa di determinati vizi contrattuali, chi fra questi due consiglieri potrebbe essere reputato responsabile? Evidentemente l'insigne giurista, che non ha esaminato con le dovute perizia ed attenzione il contratto portato in consiglio; non certo il provetto ricercatore, la cui scienza non si estende, normalmente, alla contrattualistica. Ma se il medicinale derivante dall'applicazione di quella molecola, pur curando il diabete, facesse venire il mal di cuore ai pazienti che dovessero assumerlo, con ciò provocando alla società ingenti danni, quale responsabilità – e non lo dico certo per spirito di corpo – potrebbe annettersi al giurista? Responsabile potrebbe semmai ritenersi il medico, il ricercatore, colui cioè che avrebbe ben dovuto chiedere, in consiglio, se quel medicinale potesse avere degli effetti collaterali, se sperimentazioni in

tal senso fossero state compiute, potendo altresì valutare le risposte ricevute con cognizione di causa.

Non solo, quindi, il riferimento va fatto alla diligenza qualificata richiesta dalla natura dell'incarico a contenuto sicuramente professionale, ma anche alle normali capacità e competenze del buon, corretto e ordinato professionista medio del settore in cui ciascun amministratore abitualmente opera. E ciò acuisce sensibilmente il divario fra le responsabilità effettivamente attribuibili ad ogni singolo amministratore.

4. L'ablazione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione. La responsabilità per colpevole inerzia in caso di conoscenza di fatti pregiudizievoli

Un'ulteriore fondamentale modificazione del primo comma dell'art. 2392 riguarda l'esclusione della responsabilità solidale verso la società degli amministratori – e in particolare di quelli non esecutivi – per gli atti pregiudizievoli derivanti dalle attribuzioni proprie del comitato esecutivo o da «*funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*». Le funzioni «*in concreto*» attribuite ad uno o più amministratori possono infatti anche prescindere da deleghe di poteri formalmente regolari, possono cioè dipendere anche dall'esercizio *de facto* dell'attività gestoria da parte dei suddetti amministratori, sviluppata senza che gli altri possano averne conoscenza né intervenire – come prescrive la legge – per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, purché il loro potere di impegnare validamente la società nei confronti dei terzi, anche all'insaputa degli altri consiglieri, derivi dallo statuto o dalla deliberazione di nomina assunta dai soci in sede assembleare, come previsto dall'art. 2384 c.c. secondo il quale – con riferimento all'art. 2206, comma 2, in tema di institore – la rappresentanza di questi amministratori è «*generale*».

Riguardo a questa assunzione di responsabilità da parte degli amministratori non esecutivi per non aver fatto quanto in loro potere per impedire il compimento dei fatti pregiudizievoli o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, due considerazioni si impongono. La prima è quella dell'ablazione dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione – di cui si è detto in precedenza – che era un dovere impossibile ad espletarsi ad opera degli amministratori deleganti. Che questi ultimi siano comunque tenuti ad interessarsi del generale andamento della gestione lo si vedrà subito quando si esaminerà la norma dell'art. 2381 c.c.: ma non quale dovere di vigilanza, bensì, più cautamente, quale dovere di valutazione, sulla base del flusso informativo fornito al consi-

glio dal comitato esecutivo o dall'amministratore delegato o dagli amministratori delegati⁶.

La responsabilità per il comportamento omissivo di cui è menzione nel secondo comma dell'art. 2392 scatta però se gli altri amministratori, diversi da quelli agenti «*in concreto*» quali esecutivi, erano «*a conoscenza di fatti pregiudizievoli*», ossia effettivamente conoscevano tali fatti, e non se avessero semplicemente potuto conoscerli. Il tenore della norma appare estremamente chiaro e postula – già da prima della riforma del 2003 – l'effettiva conoscenza, e non la mera conoscibilità dei fatti pregiudizievoli. Una conoscenza, beninteso, che non deve originare unicamente dalle informazioni fornite periodicamente al consiglio dagli organi delegati; ma che può discendere anche da altre fonti alle quali i deleganti, per qualunque motivo, possano avere accesso, fra cui *in primis* le segnalazioni del collegio sindacale. E l'interpretazione più moderna e convincente è quella secondo la quale la conoscenza in questione possa altresì derivare da taluni “segnali d'allarme”, quali contraddittorietà nelle informazioni fornite dagli organi delegati, eccessiva banalità o superficialità delle stesse, manifesta incoerenza di tali informazioni e, più in generale, ogni ragionevole indizio in grado di far sorgere un fondato sospetto che le informazioni in questione non siano veritiere o del tutto veritiere.

La giurisprudenza – pur privilegiando, in larga prevalenza, la tesi della conoscenza rispetto a quella della mera conoscibilità – si è più volte soffermata sui “segnali d'allarme” suscettibili di ingenerare un simile fondato sospetto da parte degli amministratori non esecutivi: e a tal fine merita particolare segnalazione la bella sentenza della Suprema Corte n. 17441 del 31 agosto 2016, di cui è stato relatore il Dott. Di Marzio⁷.

⁶ Decisamente in contrasto con il nuovo indirizzo legislativo si è posto Trib. Roma, 15 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 1657, con nota di F. RIGANTI, *La vigilanza degli amministratori tra gestione delegata e adeguatezza degli assetti organizzativi*, che ha condannato gli amministratori – anche quelli non esecutivi – per non avere diligentemente vigilato sulla correttezza della dichiarazione dei redditi predisposta da un consulente esterno.

⁷ *Ex multis* – oltre a Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. comm.*, 2017, II, 835, con nota di P. PIAZZA, *La Cassazione torna sulla responsabilità degli amministratori senza deleghe: problemi risolti e questioni ancora aperte*; e in *Società*, 2017, 218, con commento di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme* – v. Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, di cui è stata relatrice la Dott.sa Nazzicone, *ivi*, 2018, 691, con commento di G. MILANO, *Responsabilità degli amministratori non esecutivi per colpa nella conoscenza e colpa nell'attivazione*; Trib. Milano, 20 febbraio 2017, in *Giur. comm.*, 2018, II, 177, con nota di F. SACCHI, *Dovere di controllo degli amministratori di s.p.a. privi di deleghe e delibera assembleare in ordine all'azione sociale di responsabilità*; Trib. Milano, 31 ottobre 2016, in *Società*, 2017, 881, con commento di G. MILANO, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni; contra*, e per l'affermazione del dovere di conoscibilità con la richiesta diligenza, Trib. Milano, 3 marzo 2015, in *Giur. comm.*, 2016, II, 332, con nota di S. CORRADI, *Dovere di agire in modo informato degli amministratori*.

Simile conoscenza – che può dunque essere dedotta anche attraverso presunzioni, purché siano gravi, precise e concordanti – è funzionale al prefato dovere di intervento degli amministratori diversi da quelli che con il loro operato abbiano commesso o siano in procinto di commettere l'atto produttivo di danno, volto appunto ad impedirne l'attuazione o ad eliminarne o attenuarne le conseguenze pregiudizievoli per la società, salvi gli obblighi di far constare il dissenso e di dare tempestiva comunicazione di questo di cui è menzione nel terzo comma dell'art. 2392, rimasto inalterato rispetto alla stesura originaria del codice del 1942.

5. I doveri degli amministratori delegati e deleganti nel novellato art. 2381 c.c.

Il presupposto della responsabilità degli amministratori risiede – come s'è visto – nell'inadempimento ai doveri imposti loro dalla legge e dallo statuto.

Prima della riforma del 2003, il codice era piuttosto criptico nell'indicare tali doveri, quanto meno con riguardo a quelli imposti in via generale dalla legge. Ricordo che quando ponevo la domanda agli studenti in sede di esame ricevevo sovente le risposte più vaghe. Gli amministratori dovevano redigere bilanci corretti, diceva taluno; o provvedere all'iscrizione degli atti o dei fatti previsti dalla legge nel registro delle imprese, soggiungeva talaltro; od ancora presentare tempestivamente dichiarazioni fiscali complete e veritiere. Coloro che erano dotati di maggiore senso pratico si spingevano ad asserire che essi dovevano porre in essere dei buoni affari dai quali la società potesse ricavare profitti. Tutto giusto, almeno in teoria, ma fino a un certo punto.

Figuriamoci se gli amministratori di società, specialmente se di una certa dimensione economica, si occupano delle iscrizioni o dei depositi dovuti: ci penserà qualche impiegato o qualche studio professionale esterno. Lo stesso dicasi per le dichiarazioni fiscali, che parecchi amministratori non sarebbero neppure in grado di predisporre. Ma gli amministratori non redigono neppure i bilanci d'esercizio – pur essendo questa una materia riservata all'intero consiglio e non delegabile – come pure gli altri eventuali bilanci straordinari o prospetti contabili: di ciò si occuperà la direzione amministrativa o, nelle società che ne siano dotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari; mentre il consiglio d'amministrazione in composizione collegiale interverrà sulle decisioni di più alto livello, quali ad esempio le regole per la svalutazione dei crediti o l'entità degli accantonamenti ai fondi per rischi ed oneri.

Ed anche per quanto riguarda la partecipazione alla conduzione degli affari rientranti nell'attività descritta nell'oggetto sociale, solo quelli di maggiore importanza e quelli, per così dire, strategici saranno direttamente seguiti da qualche

amministratore esecutivo, mentre il compimento di tutti gli altri affari sarà rimesso all'organizzazione aziendale composta, ove esistente, dal direttore generale e, giù giù attraverso la struttura piramidale di cui questa consta, dai direttori delle varie funzioni, dai dirigenti e da tutti i funzionari e i collaboratori della società.

Insomma, anche se le norme di legge fanno ricadere sugli amministratori determinati obblighi e doveri ed imputano alla loro personale responsabilità il fatto che questi non vengano adempiuti, è l'organizzazione aziendale – variamente articolata a seconda dell'attività, della complessità e delle dimensioni dell'impresa sociale – che deve essere in grado di provvedere a tutte le necessità e a tutte le incombenze rientranti nel buon andamento della gestione.

Questo concetto, che raffigura la realtà vera del funzionamento di ogni impresa sociale, è stato bene delineato dalla riforma organica del 2003 nell'art. 2381 c.c., più ampio e composito rispetto alla previgente succinta stesura, ove i compiti e i doveri degli organi delegati e degli amministratori deleganti risultano chiaramente e in maniera convincente delineati nei loro tratti essenziali.

Gli organi delegati – comitato esecutivo, amministratore delegato o amministratori delegati – *«curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»*⁸ e *«riferiscono»* periodicamente al consiglio e al collegio sindacale *«sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggiore rilievo, per loro dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate»* (comma 5).

Per parte propria, il consiglio d'amministrazione – quindi non solo i suoi componenti privi di deleghe, bensì tutti gli amministratori – *«sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla scorta della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione»* (comma 3).

Dunque gli organi delegati *curano* che l'organizzazione aziendale in tutti i campi, e quindi non solo in quelli amministrativo e contabile, ma anche in quelli degli acquisti, della produzione, della commercializzazione e delle vendite dei prodotti, del *marketing*, della *compliance* a tutte le varie norme in qualunque materia (di sicurezza sul lavoro e di salubrità dei luoghi di lavoro, dell'antiquamento atmosferico, idrico, acustico e quant'altro, dell'antiriciclaggio, della

⁸ Sul quale cfr. specificamente AA.Vv., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali* diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, ed ivi in particolare i contributi di M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, 23 ss.; e G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, 41 ss.

disciplina della concorrenza, etc.) sia efficiente e in grado di darsi carico nel migliore dei modi di ogni incombenza, adempimento ed attività rientrante nello svolgimento dell'impresa. E il consiglio d'amministrazione, in composizione collegiale, per parte propria, *valuta* l'adeguatezza di tale assetto organizzativo complessivo sulla base delle informazioni ricevute dai predetti organi delegati; e, invece di vigilare sul generale andamento della gestione (obbligo non più esistente) *valuta* altresì tale generale andamento, sempre sulla base delle informazioni e delle relazioni ottenute dagli organi delegati.

Chi invece *vigila* sul medesimo assetto organizzativo complessivo è il collegio sindacale (art. 2403, comma 1) il quale ha effettivi poteri di controllo, di ispezione e di indagine – anche individuali – per poter espletare effettivamente tale attività di vigilanza; e che non si limita a circoscrivere il proprio scrutinio all'assetto organizzativo risultante dagli atti, dai documenti e dai piani d'impresa all'uopo predisposti, ma che estende la propria attività di vigilanza anche al «*concreto funzionamento*» dell'assetto organizzativo anzidetto. Balza così all'evidenza il fatto che i sindaci abbiano maggiori poteri di controllo rispetto agli amministratori non esecutivi, non espletando la loro attività unicamente all'interno dell'organo collegiale di cui fanno parte, ma estendendola pure alla necessaria partecipazione alle riunioni degli altri organi sociali, potendo compiere dette attività di controllo, ed in particolare atti di ispezione e di indagine, anche individualmente (art. 2403-*bis*, comma 1) e soprattutto estendendosi la loro attività di controllo – *rectius* di vigilanza – ad un ampio ventaglio di obiettivi che spaziano dall'osservanza della legge e dello statuto da parte della società, dei suoi organi e delle sue strutture al rispetto dei principi di corretta amministrazione, a cui si aggiunge non solo la vigilanza sull'assetto organizzativo in quanto tale, ma anche, e direi soprattutto, il riscontro del suo concreto funzionamento (riscontro che gli amministratori deleganti non hanno invece il dovere di compiere). A questa maggiore estensione di doveri, nonché di poteri per esercitarli, corrisponde una responsabilità dei sindaci notevolmente superiore a quella degli amministratori non esecutivi.

Dalle norme di legge applicabili agli amministratori e dianzi succintamente ricordate si evince che l'esame sul generale andamento della gestione non è stato eliminato *tout court* dalla sfera conoscitiva degli amministratori non esecutivi, ma non costituisce più l'obiettivo di un'attività di vigilanza in concreto impossibile a compiersi, bensì forma oggetto di loro valutazione da compiersi sulla base del flusso informativo apprestato dagli organi delegati, unitamente alla prevedibile evoluzione della gestione medesima ed alle operazioni considerate «*di maggiore rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche*»⁹. Le prime sono indubbiamente

⁹ Cfr. G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Milano, 2012, 85 ss.

quelle di maggiore rilevanza economica; mentre le seconde sono quelle più delicate, e segnatamente le operazioni infragruppo e quelle compiute con parti correlate, in relazione alle quali, successivamente alla riforma del 2003, è stato inserito nel codice civile l'art. 2391-*bis*. Operazioni che – prosegue l'art. 2381, comma 5 – «*siano effettuate dalla società e dalle sue controllate*», delle quali gli amministratori esecutivi e i sindaci della controllante devono ricevere adeguata informazione attraverso un completo ed esauriente *reporting* che le imprese controllate devono rendere alla controllante e la cui congruità deve venire assicurata dagli organi delegati di questa, esaminata dai suoi amministratori deleganti e controllata dal suo collegio sindacale.

Non deve essere stato estraneo a questa previsione il ricordo del decisivo concorso che al *crack* della Montedison avevano avuto le sue numerose controllate – si trattava di oltre 500 società, se ben ricordo, molte delle quali aventi sede in paesi o territori ove non erano neppure obbligatori la redazione e il deposito dei bilanci – alle quali venivano fatti sostenere i costi che non potevano figurare nel bilancio della controllante, venivano fatte rilasciare garanzie di ogni genere non riportate nei bilanci di questa ed alle cui disponibilità finanziarie i membri delle famiglie Ferruzzi e Gardini attingevano a piene mani per gli acquisti anche di natura privata – dai mobili d'epoca ai quadri d'autore – ed il cui progressivo dissesto aveva appunto contribuito a generare il dissesto della capogruppo.

6. Il dovere di agire in modo informato

Ritornando però ai doveri degli amministratori introdotti dalla riforma organica del 2003, spicca quello forse più importante fra tutti, nel cui obbligo di osservanza è accomunata la generalità degli amministratori, deleganti e delegati. Si tratta del dovere di «*agire in modo informato*»¹⁰ che, pur essendo – come detto – comune a tutti gli amministratori, opera su piani diversi a seconda che incomba sugli organi delegati o sugli amministratori non esecutivi.

Gli organi delegati, sui quali incombe l'esercizio dell'attività economica, che è innanzi tutto l'attività consistente nell'operare le scelte imprenditoriali, agiscono in modo informato ogni qualvolta assumano le decisioni di loro competenza sulla base di un complesso di conoscenze (dei mercati, dei prodotti, delle situazioni contingenti, dei dati emergenti da adeguati piani economici e finanziari, etc.) approfondite e meditate, senza assumere risoluzioni superficiali o affrettate, e soprattutto alla luce di un obiettivo calcolo dei

¹⁰ A. ZANARDO, *op. cit.*, 105 ss. e 118 ss.

rischi che le scelte, e quindi le operazioni, sottostanti a tali decisioni siano suscettibili di comportare. Fatto ciò con le dovute serietà e preparazione, nessuno più potrà eccepire la negligenza, ossia la colpa, degli organi delegati, neppure se le operazioni così istruite non dessero luogo ai profitti sperati, ma producessero invece delle perdite, in quanto – ove il suddetto dovere sia stato effettivamente osservato – neppure il giudice avrebbe titolo per compiere *ex post* uno scrutinio sull'esito dell'operato dei medesimi amministratori (*Business judgment rule*)¹¹.

Per gli amministratori non esecutivi, di contro, l'agire in modo informato assume delle connotazioni decisamente diverse e meno onerose, limitandosi appunto alla valutazione del più volte menzionato assetto organizzativo e dell'adeguatezza di questo alla natura e alle dimensioni dell'impresa sociale; con l'obbligo però di richiedere agli organi delegati che in consiglio vengano rese ulteriori informazioni ogni qualvolta quelle già da essi fornite appaiano insufficienti o scarsamente esplicative, ovvero contraddittorie od opache, così da poter davvero pervenire alla richiesta valutazione su basi certe e convincenti. E qui il discorso si ricongiunge con le considerazioni precedentemente espresse a proposito della disposizione del secondo comma dell'art. 2392 c.c. nella sua attuale formulazione, a mente della quale una scrupolosa informazione sta alla base della conoscenza postulata in tale norma.

7. Il ruolo del presidente del consiglio d'amministrazione

Non avendo gli amministratori privi di deleghe la possibilità di esercitare attività individuali pertinenti alla carica, ma potendo unicamente partecipare al funzionamento dell'organo amministrativo collegiale di cui fanno parte, essi non possono che pretendere di ricevere le ulteriori informazioni richieste agli organi delegati «*in consiglio*». Ciò non significa tuttavia – a mio avviso – che fuori dal consiglio tali amministratori non possano fare assolutamente nulla. Già si è visto che i “segnali di allarme” in grado di convincerli a richiedere ulteriori informazioni agli organi delegati possano loro pervenire anche da conoscenze acquisite privatamente, cioè appunto al di fuori del consiglio stesso. Anche l'attività di stimolo ad ottenere tali ulteriori informazioni potrebbe da questi essere svolta fuori dalla loro partecipazione alle riunioni del consiglio. Come? Allertando il presidente del consiglio di amministrazione.

¹¹ Su cui v. Cass., 9 novembre 2020, n. 25056, in *Società*, 2021, 107; e, in dottrina, ancora A. ZANARDO, *op. cit.*, 219 ss. e 241 ss.

Il presidente del consiglio di amministrazione – oltre a *«provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri»* in tempo utile per poterle compulsare, a presiedere le riunioni del consiglio, a verificare il diritto di intervento, a coordinarne i lavori, a regolare la discussione che vi si svolge, a dare e togliere la parola agli intervenuti, a mettere in votazione le proposte di deliberazioni e a proclamarne gli esiti – ha ricevuto dalla riforma del 2003 due poteri nuovi, nel senso che in precedenza non erano contemplati dalla legge: quello di convocare il consiglio e quello di fissare l'ordine del giorno delle sedute (art. 2381, comma 1). Anche se il presidente del consiglio di amministrazione non ha – come solitamente accade – poteri delegati, la cui attribuzione lo renderebbe a tutti gli effetti un amministratore delegato, ciò non di meno i suddetti poteri gli spettano in via esclusiva. Prima della riforma, invero, a meno che vi fosse una specifica previsione statutaria, non era precisato chi dovesse convocare l'organo amministrativo e, soprattutto, chi dovesse fissare l'ordine del giorno delle sedute: molto spesso erano proprio gli amministratori delegati a provvedere a questi adempimenti, ora spettanti – salvo diversa previsione statutaria – al presidente.

Se dunque lo statuto non disponesse diversamente, ciascun amministratore privo di deleghe potrebbe esprimere i propri dubbi, i propri timori al presidente del consiglio di amministrazione, chiedendogli di attivarsi per convocare tempestivamente il consiglio, mettendo all'ordine del giorno l'argomento sul quale parrebbe opportuno che gli organi delegati riferissero. Nei casi più gravi – anche senza giungere all'estremo, pur possibile, della revoca della delega a suo tempo conferita – il presidente del consiglio d'amministrazione potrebbe pur sempre conformare l'argomento iscritto all'ordine del giorno della convocanda seduta consiliare nel senso di consentire, all'occorrenza, al consiglio nella sua composizione collegiale di impartire direttive agli organi delegati ovvero di avocare a sè quella determinata operazione, rientrando nei loro poteri, in merito alla quale uno o più consiglieri deleganti gli avevano manifestato i loro dubbi e le loro perplessità e gli avevano espresso il desiderio di ricevere, in consiglio, le ulteriori informazioni richieste. In tal modo, di fatto, l'intervento del presidente del consiglio d'amministrazione potrebbe valere, in estrema ipotesi, a “sfilare” quella determinata operazione dall'ambito dei poteri attribuiti agli organi delegati e a riportarla nell'alveo decisionale del consiglio nel suo insieme.

Ovviamente il presidente non ha alcun obbligo di far ciò; lo farà solamente se le argomentazioni dell'amministratore delegante o degli amministratori deleganti che a lui siano ricorsi lo abbiano convinto dell'opportunità di esercitare i suoi poteri in tal senso. Se tuttavia egli dovesse rifiutare di convocare il consiglio con un ordine del giorno adeguato, non è escluso che questo diniego – al pari di ogni altra omissione di atti dovuti – possa comportare una sua responsabilità personale.

8. La compresenza di una pluralità di amministratori con deleghe

Già si è avuto occasione di ricordare che il legislatore della riforma organica del 2003, trattando delle deleghe a singoli amministratori, abbia avuto riguardo precipuamente alla figura dell'amministratore delegato dotato dei più ampi poteri suscettibili di formare oggetto di delega: in sostanza, il capo azienda o, com'è in voga dire nelle *corporations* anglo-americane, il *CEO* (*Chief executive officer*).

In realtà, non tutte le società sono strutturate in questo modo. Specialmente nelle società di capitali facenti parte di gruppi, a fianco – e magari in subordine – all'amministratore delegato dotato dei più ampi poteri ci sono altri amministratori delegati, con poteri più circoscritti, che non di rado sono i capi (o direttori) delle varie funzioni aziendali: e tutti quanti – tralasciando in questa sede i possibili problemi di ordine previdenziale – sono dipendenti, normalmente con la qualifica di dirigenti, della società. Così, oltre al *CEO*, che assume la carica di amministratore delegato, ci sono altri amministratori a cui vengono attribuite specifiche deleghe per le attività richieste nei diversi comparti aziendali: l'amministratore con delega agli acquisti, quello con delega alla produzione, quello con delega all'amministrazione, finanza e controllo, quello con delega al personale e alle risorse umane, quello con delega alla commercializzazione dei prodotti e alle vendite, e così via. Una constatazione che fa sorridere: non è infrequente che la carica di amministratore delegato venga assunta soltanto dal *CEO*, mentre gli altri amministratori con deleghe più circoscritte vengono talvolta qualificati come consiglieri delegati, per metterne in rilievo una posizione in qualche modo sottordinata rispetto a quelle dell'amministratore delegato, come se, almeno in questa materia, i sostantivi "amministratore" e "consigliere" non fossero dei perfetti sinonimi¹².

In presenza di più amministratori delegati, le previsioni normative riferite agli organi delegati devono intendersi riferite alle materie per le quali ciascuno di essi ha ricevuto delega. Per converso, per quanto attiene alle materie per le quali essi non hanno ricevuto delega, la loro posizione è sostanzialmente equivalente a quella degli amministratori deleganti. Così, l'amministratore delegato all'amministrazione, finanza e controllo è completamente estraneo agli affari di competenza dell'amministratore delegato alla produzione e ai processi industriali. Ciascun amministratore delegato ha il dovere di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo nell'ambito della delega ricevuta e di riferire periodicamente al consiglio e al collegio sindacale in merito all'attività svoltasi in tale ambito e

¹² Una situazione di *governance* societaria nella quale sussiste la compresenza di una pluralità di amministratori delegati è quella considerata dalla sentenza del Trib. Milano, 3 marzo 2015, cit.

alle prospettive future del medesimo. Per le materie non rientranti nella delega, invece, egli mantiene unicamente il dovere di valutare l'adeguatezza dei rispettivi assetti organizzativi, sulla base delle informazioni ricevute dagli amministratori delegati incaricati di tali ambiti.

Ai fini dell'assunzione della propria responsabilità, la sua posizione deve tuttavia – a mio avviso – apprezzarsi con maggiore rigore. Egli infatti, in quanto amministratore delegato, seppure per la limitata materia alla quale la propria delega si riferisce, vive nell'azienda, vi lavora, ha un ufficio, è coadiuvato da un *team* di collaboratori, ha libero accesso ai locali nei quali la società svolge la propria attività, e quindi – a differenza di un amministratore totalmente privo di deleghe – ha maggiori capacità di acquisire conoscenze, di effettuare controlli e di intervenire per porre rimedio al compimento o alla prosecuzione di atti o di operazioni posti in essere da altro amministratore delegato o da altri amministratori delegati, suscettibili di avere conseguenze dannose per la società.

La legge non prende espressamente in esame questa fattispecie, ma ritengo che una graduazione di responsabilità che accentui quella dell'amministratore delegato per fatti commessi al di fuori dell'ambito della delega ricevuta rispetto alla responsabilità dell'amministratore totalmente privo di deleghe possa correttamente inquadrarsi nel sistema normativo scaturito dalla riforma organica del 2003, con ogni inerente conseguenza.

9. La riforma del sistema della responsabilità è stata completata dalle nuove norme in tema di interessi degli amministratori, di operazioni con parti correlate e di obblighi in caso di scioglimento della società. La responsabilità solidale tra tutti gli amministratori sulla via del tramonto

Una semplice notazione di sintesi su quanto fin qui esposto. L'abolizione dell'obbligo un tempo posto a carico di tutti gli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione e l'intento di addossare ad ogni singolo amministratore la responsabilità per l'inadempimento ai propri doveri, a cui ottemperare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle specifiche competenze di ciascuno di essi, hanno notevolmente ridotto l'entità dell'eventuale danno ascrivibile a questi, e soprattutto agli amministratori non esecutivi.

Questo quadro normativo – sia detto per completezza – trova completamento nella revisione di altre rilevanti disposizioni, operata nel segno dell'accentuazione della trasparenza.

La prima è quella che impone a tutti gli amministratori di disvelare ogni possibile interesse che possano avere personalmente o per conto di terzi in operazioni della società *«precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata»*. Interesse che, se dichiarato da un amministratore delegato, gli preclude di agire

nell'esercizio della delega e lo obbliga a rimettere ogni decisione al riguardo al consiglio di amministrazione nella sua composizione collegiale; e che rende inoltre necessario che dal verbale della relativa deliberazione consiliare vengano adeguatamente motivate «*le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*» (art. 2391 c.c., non ripreso – chissà perché – nella disciplina delle s.r.l. nella quale è rimasta ancora la vecchia norma sul conflitto di interessi, ampiamente superata per le s.p.a.).

La seconda è quella – già ricordata – della *disclosure* sulle operazioni con parti correlate, dettata per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ma senz'altro applicabile anche a tutte le altre società per azioni.

La terza è quella concernente i doveri degli amministratori in caso di insorgenza di una causa di scioglimento della società, che può andare dalla discesa del capitale sociale al disotto del minimo legale senza un tempestivo intervento di ricostituzione del medesimo, alla perdita – per ogni altra ragione – del requisito della continuità aziendale. A differenza del previgente art. 2449 c.c. che inibiva agli amministratori il compimento di nuove operazioni al verificarsi di una causa di scioglimento, oggi i novellati artt. 2485 e 2486 impongono agli amministratori due doveri ben precisi: *a)* quello di iscrivere senza indugio nel registro delle imprese il verificarsi della causa di scioglimento, rispondendo personalmente e solidalmente dei danni che l'omissione o il ritardo nell'adempimento di questo dovere possa provocare ai soci e ai terzi (art. 2485); *b)* quello di non compiere nuove operazioni, a meno che queste non siano dirette «*al solo fine della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*», ossia ad evitare la disgregazione dell'azienda, inevitabile in caso di blocco del funzionamento della stessa, e la conseguente perdita del valore dell'avviamento. Anche la violazione di questo divieto determina l'assunzione di responsabilità personale e solidale degli amministratori per i danni provocati ai soci e ai terzi (art. 2486).

Queste norme profondamente revisionate fanno *pendant* al nuovo sistema della responsabilità degli amministratori, tendente a far sì che ciascuno di essi si veda appunto onerato della sola responsabilità determinata dall'inadempimento ai propri doveri.

Senonché rimane – a contrastare questa finalità – il problema della responsabilità solidale fra tutti gli amministratori a carico dei quali sia stata riconosciuta una qualche responsabilità, di cui continua ad essere menzione nel secondo comma dell'art. 2392. Si tratta di un istituto che ha dato adito a una serrata *querelle* in seno alla commissione riformatrice e che ha visto soccombente il principale artefice della parte della legge di riforma concernente gli amministratori e la loro responsabilità, del quale riporto un brano estremamente significativo apparso nel suo ultimo libro pubblicato dieci anni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6 del 2003: «Per quanto concerne il *danno* derivato dalle violazioni si

dovrà attribuire un corretto significato alla nozione e alla fruizione della responsabilità “*solidale*” che – seppure sia stata mantenuta anche dalla riforma del 2003 – in realtà è sulla via del “tramonto”, dovendosi riconoscere che, in presenza di deleghe, ciascun amministratore risponde solo dei danni causati dal suo comportamento (commissivo o omissivo), con esclusione della responsabilità solidale per i danni causati da altri amministratori. È pertanto venuta meno l’epoca delle condanne solidali uguali e omnicomprensive a carico di tutti gli amministratori per il danno complessivamente causato alla società»¹³.

Insomma, se con sentenza esecutiva un amministratore viene condannato a risarcire l’intero danno subito dalla società – ad esempio, di un milione di euro – e un altro amministratore viene condannato a risarcire una parte soltanto di tale danno – ad esempio, centomila euro – perché solo questa entità parziale del danno è risultata ascrivibile al suo comportamento colposo, commissivo od omissivo, la *ratio legis* appare essere nel senso di giustificare una responsabilità solidale del secondo fino a concorrenza dell’ammontare del danno addebitatogli, ma non oltre. Non si ignora che la diversa interpretazione – legittimata, anteriormente alla riforma, dall’obbligo per tutti gli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione – possa ridondare a maggior favore dei creditori sociali; ma la giustizia deve pur valere anche per i convenuti in giudizio ai quali sia stato addebitato non l’intero danno patito dalla società, bensì soltanto una parte di questo.

10. L’entità del danno e l’onere della prova incombente all’attore

È già che siamo giunti a trattare dell’entità del danno non possiamo omettere di ricordare la celebre sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 9100

¹³ F. BONELLI, *op. cit.*, 3; ed inoltre, *amplius*, 109 ss., ove pure ricorda «che in presenza di una “delega” la legge dispone una *deroga alla solidarietà* della responsabilità degli amministratori. La legge dispone infatti che la solidarietà *non vige* quando la gestione sociale – anziché essere svolta collegialmente da tutti gli amministratori – viene attribuita e svolta da un comitato esecutivo o da uno o più amministratori delegati» (e ciò con specifico riferimento all’art. 2392, comma 1, secondo cui gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società... *a meno che* si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori); e conclude ribadendo che la corretta applicazione di questa norma «*finirà con determinare il tramonto di condanne uguali e omnicomprensive a carico di tutti gli amministratori*, condanne ingiustificate perché prescindono sia dalle diverse *violazioni* volta a volta imputabili ai diversi amministratori, sia dalle *conseguenze dannose* causate da tali violazioni, sia dagli *incarichi* affidati ai diversi amministratori, dalle loro *specifiche competenze* e dalle *funzioni in concreto attribuite*».

del 6 maggio 2015 (Rovelli presidente e Rordorf estensore)¹⁴, fin troppo nota per essere anche succintamente ripercorsa. Di tale sentenza, ai fini che qui rilevano, desidero ricordare due aspetti suscettibili di attenta considerazione e di studio.

Il primo riguarda l'*excursus* sulle varie fasi nelle quali, nelle azioni di responsabilità promosse dalle procedure concorsuali, la giurisprudenza ha preteso di addossare ai convenuti (amministratori, sindaci, direttori generali) l'intera differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare: da quando tale responsabilità – assorbente e complessiva – veniva addebitata agli *ex* amministratori (e con questi, per omessa vigilanza, agli *ex* sindaci) che avevano compiuto nuove operazioni dopo lo scioglimento della società o ne avevano causato il dissesto con la loro *mala gestio*, fino a quando la medesima responsabilità veniva loro comminata sostanzialmente a titolo di sanzione per non avere tenuto, o per aver tenuto irregolarmente, le scritture contabili obbligatorie, così da impedire ai curatori di fornire la prova del nesso di causalità fra il comportamento illecito dei convenuti e l'entità del danno da questi causato alla società fallita.

La sentenza in esame ha compiuto un radicale *révirement* a questo proposito, affermando che ciascun singolo amministratore deve essere tenuto responsabile esclusivamente per il danno causalmente provocato alla società con il proprio comportamento, e quindi con il proprio inadempimento ai suoi doveri; e che quindi egli può essere tenuto responsabile per un danno pari alla differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare esclusivamente quando il proprio inadempimento sia «*efficiente a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società*».

Quanto poi alla mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili da parte degli amministratori, la sentenza riconosce che tali scritture non sono di per sé causa di perdite patrimoniali per la società, ma si limitano a registrare *a posteriori* le perdite derivanti da fatti economici della gestione imprenditoriale. Di conseguenza: «La mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare».

Senza contare che l'addebito di un danno tanto rilevante non può essere considerato una sanzione per l'inadempimento all'obbligo della regolare tenuta

¹⁴ In *Giur. comm.*, 2015, II, 651, commentata da A. BUSI – G. CABRAS – M. CIAN – S. FORTUNATO – D. GALLETTI – A. JORIO – P. MONTALENTI – G. RACUGNO – R. SACCHI, *Differenza fra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*; e in *Foro it.*, 2016, I, 282, con nota di M. FABIANI, *La determinazione causale del danno nelle azioni di responsabilità sociali e il ripudio delle semplificazioni*.

delle scritture contabili: sanzione che non è comminata da alcuna norma. Altre sono le sanzioni per questo tipo di inadempimento, e sono di natura penale. Si tratta dell'addebito dei reati di bancarotta semplice o, nei casi più gravi, se l'inadempimento viene compiuto con dolo, di bancarotta fraudolenta documentale. E questi reati sono autonomamente puniti con le pene edittali per essi previste, che nulla hanno a che vedere con il ribaltamento del principio, valevole in sede civilistica, secondo cui ciascun amministratore risponde per fatto proprio e per l'inadempimento dei propri doveri, per l'ammontare del danno che da tale inadempimento venga dimostrato causalmente discendere.

Di conseguenza, dalla sentenza testè menzionata – che a qualcuno non è piaciuta del tutto¹⁵, ma che costituisce pur sempre la più recente pronuncia del massimo giudice di legittimità, che attualmente fa stato – è scaturito il seguente principio di diritto: *«Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti dell'amministratore della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento.*

Nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per se sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in maniera corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto».

Quindi, il criterio in base al quale il danno risarcibile attribuibile alla responsabilità dell'amministratore può consistere nella differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare è un criterio manifestamente residuale che, secondo l'esperienza,

¹⁵ Come ad esempio a F. DI CIOMMO, *Danni cagionati al patrimonio sociale, azione di responsabilità e onere della prova secondo le sezioni unite: brevi note (parzialmente) critiche*, in *Foro it.*, 2016, 6702. Appare invece condividere appieno l'insegnamento delle Sezioni Unite G.D. Mosco (con S. LOPRELATO), *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2018, 117 ss., spec. 145 ss., relazione presentata al Corso della S.S.M. svoltosi a Roma nei giorni 15-16 maggio 2018 dal titolo "Le azioni di responsabilità nelle società *in bonis* ed in quelle in crisi: recenti sviluppi del dibattito".

può di fatto evocarsi qualora la mancata o l'irregolare tenuta delle scritture contabili non renda in alcun modo possibile all'attore fornire la prova dell'entità del danno concretamente attribuibile all'inadempimento del convenuto e, più ancora, del nesso di causalità fra tale inadempimento e l'entità del danno.

Il secondo aspetto di notevole rilievo che merita di venire evidenziato con riguardo alla predetta sentenza e che si trova impresso nella *ratio decidendi* appena riferita riguarda invece l'onere probatorio incombente all'attore. A questo – hanno affermato le Sezioni Unite – non incombe l'onere di provare la colpa di ogni singolo convenuto, poiché ciò darebbe luogo ad un'inversione dell'onere probatorio nell'ambito della responsabilità contrattuale, qual'è quella di cui si discute; ma è semplicemente richiesta all'attore l'allegazione – e soltanto l'allegazione, per quanto specifica e circostanziata – degli inadempimenti dei convenuti medesimi¹⁶, che spetta a costoro dimostrare non essere effettivamente sussistenti.

Ciò che l'attore deve invece provare è l'esistenza e l'entità del danno, nonché il nesso causale sussistente fra questo e l'inadempimento dei convenuti. Si comprende allora come l'attore debba – se non dare la prova del comportamento colposo dei convenuti – almeno allegare in che cosa concretamente sussistano gli inadempimenti di questi ai loro rispettivi doveri sanciti dalla legge o dallo statuto, giacché diversamente l'attore non riuscirebbe mai a provare il menzionato nesso di causalità fra la colpa e il danno.

11. Cenno sulla prospettazione della responsabilità degli amministratori non esecutivi nelle società esercenti l'impresa bancaria

I risultati della “rivoluzione” determinata dalla riforma organica del 2003 sulla disciplina della responsabilità degli amministratori, e soprattutto degli amministratori non esecutivi, è stata tuttavia disconosciuta in diverse pronunzie giurisprudenziali emanate con riguardo agli amministratori di società bancarie. Ancora recentissimamente la Suprema Corte ha infatti deciso che tutti gli amministratori – esecutivi e non esecutivi – delle banche hanno il dovere di garantire la “sana e prudente gestione” delle stesse, con ciò assumendo l'obbligo di assicurare un efficace governo dei rischi in tutte le aree operative, nonché di agire allo scopo di esercitare un'efficace funzione conoscitiva e di monitoraggio sulle decisioni gestorie a tutti i livelli. Il che significa che anche gli amministratori non esecutivi sono tenuti ad esercitare tale funzione sulle decisioni e sulle operazioni compiute dagli organi delegati¹⁷.

¹⁶ In questo senso, più recentemente, Cass., 11 novembre 2020, n. 25056, *cit.*

¹⁷ Così Cass., 4 febbraio 2021, n. 2620, in *Società*, 2021, 559, con commento di M. DE POLI, “Segnali di allarme” e responsabilità degli amministratori non esecutivi di banca. In senso sostanzialmente

In effetti le banche devono sottostare a un quadro normativo diverso da quello delineato dalle disposizioni del codice civile fin qui considerate: quadro normativo nel quale rientrano – in base alle previsioni dell'art. 53 t.u.b. – le statuizioni regolamentari via via emanate dalla Banca d'Italia, fra cui risalta la circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, a mente della quale i componenti non esecutivi dei consigli di amministrazione delle banche, avvalendosi dei comitati interni, ove presenti, dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo devono acquisire informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale (parte I, § IV.1.18). Tenuto conto di questa disciplina speciale di settore – derogatoria rispetto alla novellata disciplina civilistica, delle cui importanti innovazioni non pare tener conto *in parte qua*, mantenendosi attestata sulla posizione anteriore alla riforma del 2003 – la giurisprudenza ha continuato a condannare amministratori non esecutivi di banche per l'omessa vigilanza sull'operato degli organi delegati¹⁸.

La tendenza, in materia bancaria, appare dunque quella di apprezzare con maggior rigore la posizione e i doveri degli amministratori non esecutivi, riportandone in buona sostanza la disciplina a cui sono soggetti a quella anteriore alla più volte menzionata riforma organica del 2003, facendo prevalere sulla norma del novellato art. 2392 c.c. le prescrizioni regolamentari dell'Autorità nazionale di vigilanza sul comparto bancario. Ma è chiaro che, in questo modo, la disciplina speciale applicabile alle banche finisce col collidere con quella generale vigente per le società per azioni ordinarie.

Altra giurisprudenza si è occupata prevalentemente della responsabilità dei sindaci delle società bancarie, dei quali peraltro – questa volta in maniera pienamente conforme alla disciplina civilistica – è stata riaffermata la responsabilità per violazione all'obbligo di vigilanza sia sull'operato degli amministratori, sia sull'adeguatezza dell'organizzazione aziendale, sia sul concreto funzionamento di questa e sul regolare svolgimento della gestione sociale, comprensiva della verifica dell'adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società, secondo parametri stabiliti dalla normativa regolamentare della Banca d'Italia e della CONSOB, con conseguente obbligo legale di denuncia immediata

analogo si erano espresse, in precedenza, Cass. 4 ottobre 2019, n. 24651, *in Giur. it.*, 2020, 866, con nota di M.L. PASSADOR, *Gli amministratori non esecutivi di società bancarie nella giurisprudenza*; Cass., 17 aprile 2019, n. 10750, *ivi*, 2019, 1859, con nota di F. RIGANTI, *Delega gestoria e responsabilità nel c.d.a. bancario: una questione "indefinita"?*; Cass., 29 ottobre 2018, n. 27365, *ivi*, 2019, 856, ancora con nota di F. RIGANTI, *Amministratori non esecutivi di banca: informazione, sanzioni e responsabilità*; e in *Società*, 2019, 187, con commento di M. DE POLI, *De iure belli, ovvero, dell'obbligo di agire informato degli amministratori non esecutivi di banca*.

¹⁸ Cfr., specificamente, Cass., 29 ottobre 2018, n. 27365, *cit.*

alle stesse Autorità di vigilanza dei fatti censurabili rilevati nel corso delle verifiche periodiche o conosciuti in ogni altro modo, anche a seguito delle eventuali attività di indagine e di ispezione svolte individualmente dai membri del collegio sindacale¹⁹.

12. L'integrazione dell'art. 2086 c.c. e le nuove norme introdotte nel codice civile dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 375, comma 2, entrato in vigore il 16 marzo successivo) ha introdotto il secondo comma dell'art. 2086 c.c.²⁰ nel testo che segue: «*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, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*»²¹.

Effettivamente, il primo comma dello stesso articolo, lasciato fine a se stesso, aveva poco senso limitandosi ad affermare un dato scontato, e cioè che l'imprenditore è il capo dell'impresa e che da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.

Tuttavia, nel momento in cui il codice civile del 1942 venne emanato, vigeva ancora l'ordinamento corporativo²², il cui fondamentale documento era la *Carta del Lavoro* del 1927, recante all'art. VII, comma 2, una disposizione che idealmente completava quella del primo comma – pur nella prospettiva di allora, per la quale l'esercizio dell'impresa assumeva rilievo per la stessa economia nazionale e il diritto dell'impresa assumeva connotazioni marcatamente pubblicistiche²³ – dal seguente letterale tenore: «*L'organizzatore dell'impresa* [cioè l'imprenditore,

¹⁹ Cfr., da ultime, Cass., 26 febbraio 2021, nn. 1601 e 1602, le cui massime sono riportate in *Riv. dott. comm.*, 2021, 252.

²⁰ Il comma 1 del predetto art. 375, cit., ha altresì modificato la rubrica dell'articolo in esame in: «Gestione dell'impresa».

²¹ Su cui v. AA.VV., *Crisi e adeguati assetti per la gestione dell'impresa* a cura di A. Panizza, Milano, 2020; P. BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto 'comune' e codice della crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2020, 1551 ss.; S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 549 ss.

²² Abrogato con il r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721.

²³ Cfr. L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Pisa, 1935.

diremmo noi oggi] è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva tra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera – tecnico, impiegato od operaio – è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro, che ne ha la responsabilità». Tale previsione – nella prospettiva, si ripete, di allora – completava e contribuiva a meglio inquadrare il disposto dell'originario art. 2086, nell'unico comma di cui constava.

Detto questo per precisazione storica, occorre riconoscere che non è l'integrazione apportata all'art. 2086 che ha influenzato la successiva produzione legislativa in materia di diritto dell'impresa; ma è, al contrario, la profonda innovazione introdotta all'art. 2381 c.c. dalla riforma organica del 2003 che ha influenzato la modifica che sarebbe stata apportata, sedici anni dopo, allo stesso art. 2086. Le espressioni che ricorrono nel secondo comma di questo stesso articolo sono infatti quelle che già erano presenti nel terzo e nel quinto comma del novellato art. 2381; per cui deve riconoscersi che il legislatore del codice della crisi e dell'insolvenza ha attinto alle regole già emanate per le società per azioni estendendole a tutte le imprese organizzate in forma associata e, più specificamente, in forma societaria o collettiva (consorzi, associazioni con scopo d'impresa, etc.). Tutti gli imprenditori che operano in forma societaria o collettiva, pertanto, hanno il dovere di «istituire» un adeguato assetto organizzativo, come lo hanno gli amministratori delle società per azioni: dove il verbo «istituire» assomma in sé i doveri rappresentati dai verbi “curare” usato per gli organi delegati e “valutare” usato per tutti i componenti del consiglio d'amministrazione²⁴.

A parte ciò, il nuovo secondo comma dello stesso art. 2086 – relativo alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale – non aggiunge granché al pristino obbligo degli amministratori di avvedersi dell'insorgere di una delle cause di scioglimento previste dalla legge o dallo statuto: cause di scioglimento – soprattutto la discesa del capitale sociale al disotto del minimo legale e il conseguimento o l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale – che impediscono tutte alla società di proseguire normalmente la propria attività sul mercato in cui opera, determinandone appunto la perdita del requisito della continuità aziendale. Altrettanto dicasi per il successivo obbligo di intervento per il superamento della crisi e il recupero della suddetta

²⁴ Per queste considerazioni e quelle che precedono mi permetto rinviare a L. DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2019, 9 ss.; cui adde, in termini problematici, M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.

continuità, ove ciò sia possibile, o altrimenti di fare ricorso ad una delle procedure concorsuali previste dalla legge. Obbligo, quest'ultimo, anche in precedenza sussistente e normato, tant'è vero che in caso di omissione o di colpevole ritardo nell'adempimento di tale obbligo era – e resta – configurabile quanto meno la fattispecie criminosa della bancarotta semplice.

Il secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto nel 2019, riflette il precetto contenuto nell'art. 3, comma 2, del codice della crisi e dell'insolvenza, riferito all'imprenditore collettivo²⁵: articolo non ancora entrato in vigore e che dovrebbe entrarvi non prima del 16 maggio 2022. Lo stesso articolo, tuttavia, al comma 1, si riferisce anche all'imprenditore individuale, che onererà – una volta entrato in vigore – di un analogo dovere disponendo: *«L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte»*. Si tratta dunque – nelle intenzioni degli estensori del codice della crisi – di un dovere di portata generale, contemplato per tutti gli imprenditori, qualunque sia la forma giuridica sotto la quale esercitano la propria attività.

Questo intervento, per quanto *de futuro*, del codice della crisi e dell'insolvenza sul codice civile – ancorché in larga misura superfluo perché i concetti espressi con diverse parole erano già presenti nel sistema normativo previgente – appare comunque in linea con la disciplina dettata per le società azionarie e da questa traslata sulla disciplina delle altre società ed in generale di tutti gli imprenditori, individuali e collettivi.

Un'altra estensione di una previsione normativa dettata dalla riforma organica del 2003 per le sole società azionarie (s.p.a. e s.a.p.a.) anche alle società personali (art. 2257, comma 1) e alle società a responsabilità limitata (art. 2475, comma 1) ha destato invece notevoli perplessità. La disposizione di partenza è quella dettata dall'art. 2380-*bis* c.c. secondo la quale, nelle società per azioni: *«La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori»*. Se questa affermazione è pienamente congruente con la disciplina delle s.p.a. – almeno per quelle connotate dal modello tradizionale di *governance* – non altrettanto può dirsi per quanto attiene alle società personali e soprattutto alle s.r.l.

Per le società personali la disposizione in questione non creava peraltro soverchi problemi. Infatti, in tali società, gli amministratori e i soci coincidono, e a tutti costoro spetta disgiuntamente l'amministrazione della società, a meno che sia diversamente stabilito dall'autonomia convenzionale dei soci stessi (art. 2257, comma 2).

²⁵ *«L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative»*.

Il problema si poneva invece per le s.r.l. aventi beninteso una *governance* di stampo capitalistico. In queste società, anche dopo la riforma del 2003, era ammesso che i soci non amministratori potessero intervenire nelle decisioni gestorie, o perché espressamente richiesti dagli amministratori mediante la convocazione di assemblee *ad hoc*, convocate per deliberare sull'intrapresa di determinate operazioni o sul compimento di determinati atti di amministrazione, od anche sulla base di specifiche disposizioni dell'atto costitutivo che riservavano ai soci, riuniti in assemblea, l'assunzione delle decisioni su taluni argomenti afferenti la gestione sociale di valore economico particolarmente elevato o di notevole importanza (quali, ad esempio, la compravendita o l'ipoteca di immobili strumentali, l'assunzione o la dismissione di partecipazioni, la compravendita di aziende o di rami aziendali e quant'altro). Questa possibilità costituiva anzi un elemento discretivo che spesso faceva propendere per la scelta del tipo della s.r.l. piuttosto che di quello della s.p.a.

La formulazione dell'art. 2475, comma 1, c.c. sopra riferita impediva evidentemente qualsiasi intervento dei soci sugli atti di amministrazione, in analogia con quanto già previsto per le s.p.a. E questa inibizione rendeva sicuramente meno attrattiva l'opzione per il tipo della s.r.l., che anche sotto questo profilo aveva assunto, con la riforma, un'apprezzabile autonomia rispetto a quello della s.p.a. Va di conseguenza apprezzata con estremo favore l'ulteriore modifica al menzionato art. 2475, comma 1, recata dal più recente decreto correttivo del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, art. 40, comma 4) che ha riservato in via esclusiva agli amministratori di s.r.l. non già la gestione dell'impresa sociale, bensì l'istituzione degli assetti organizzativi interni alla società. Articolo che ora, pertanto, testualmente recita: «*L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori*»²⁶; null'altro innovando per quanto attiene alla gestione nel suo complesso. E questa formulazione, finalmente, ha risolto un problema che, per la s.r.l., avrebbe potuto rivelarsi di notevole gravità.

Decisamente meno comprensibile, e meno convincente, è di contro l'inserzione di identico tenore che la medesima norma dell'art. 40, comma 2, ha introdotto alla fine del primo comma dell'art. 2380-*bis*, la quale lascerebbe presumere

²⁶ Egual apprezzamento deve manifestarsi anche per l'analoga modificazione che il primo comma dello stesso art. 40 del citato decreto correttivo ha recato all'art. 2257, comma 1, c.c., per quanto la formulazione anteriore fosse, per le società personali, meno problematica di quanto non lo era per le s.r.l. Sul punto v. G.D. Mosco, *L'amministrazione delle società di persone dopo il codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 605 ss., spec. 611 ss.

che per gli estensori del riformato codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza l'istituzione dei suddetti assetti, di per sè, non rientrasse *pleno iure* nella gestione della società – nella specie, della società per azioni – dalla quale invece esulerebbe. Il che lascia davvero piuttosto perplessi.