

Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi

Organizational structures and business crisis: a summary

Sabino Fortunato *

ABSTRACT:

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha modificato il Codice civile (art. 2086, secondo comma) disponendo nella disciplina dell'impresa un obbligo di istituire, con particolare riferimento a società e imprese collettive, assetti organizzativi adeguati alla natura e alle dimensioni della stessa. L'obbligo organizzativo, benché non del tutto nuovo nel diritto societario e nello stesso diritto d'impresa, solleva molteplici problemi applicativi, sia sotto il profilo dei soggetti onerati sia sotto il profilo della interpretazione della clausola di adeguatezza. L'A. indica le soluzioni ritenute più corrette, esaminando altresì la ripartizione di competenze in materia fra gli organi societari e il rapporto strumentale dell'obbligo organizzativo rispetto al controllo continuativo sull'efficienza del modello di *business* e sulla emersione anticipata dei segnali di crisi. La violazione dell'obbligo solleva l'interrogativo se le scelte organizzative si distinguano dalle scelte di gestione in senso stretto e se ad entrambe possa e debba comunque applicarsi la *Business Judgment Rule*.

Parole chiave: assetti organizzativi; adeguatezza; crisi d'impresa; *Business Judgment Rule*

The Code of Business Crisis and Insolvency has amended the Civil Code (Article 2086, paragraph 2) providing in the undertaking discipline an obligation to establish, with particular reference to companies and collective enterprises, organizational structures appropriate to the nature and to its size. The organizational obligation, although not entirely new in company law and in business law, raises multiple application problems, both from the point of view of the charged parties and from the point of view of the interpretation of the adequacy clause. The essay indicates the solutions deemed most correct, also examining the division of competences on the subject between the corporate bodies and the instrumental relationship of the organizational obligation with respect to the continuous control over the efficiency of the business model and the early emergence of crisis signals. Violation of the obligation raises the question of whether organizational choices are dis-

* Professore Emerito di diritto commerciale, Università degli Studi Roma Tre; e-mail: studiodiegalesabinofortunato@gmail.com. Saggio destinato al *Liber amicorum* di Alberto Jorio.

tinguished from management choices in the strict sense and whether the Business Judgment Rule can and should still apply to both.

Keywords: *organizational structures; adequacy; business crisis; Business Judgment Rule*

SOMMARIO:

1. L'evoluzione della categoria degli "assetti organizzativi adeguati" nel diritto dell'impresa. – 2. Alcune iniziali considerazioni sistematiche. – 3. L'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo organizzativo. – 4. L'ambito oggettivo dell'obbligo e la clausola generale della adeguatezza. – 5. La ripartizione di competenze fra gli organi societari. – 6. Il rapporto fra obbligo organizzativo e crisi d'impresa. – 7. Violazione dell'obbligo organizzativo, sanzioni e *Business Judgment Rule*.

1. L'evoluzione della categoria degli "assetti organizzativi adeguati" nel diritto dell'impresa.

L'obbligo dell'imprenditore di istituire "adeguati assetti organizzativi" ha subito un progressivo affinamento terminologico e contenutistico, attraversando fasi di iniziale accenno normativo e di successive insistenze in ambiti specifici e settoriali con formule diversificate, sino ad approdare – con le modifiche codicistiche apportate dal Codice della crisi – ad una sua generale collocazione in sede di disciplina del diritto dell'impresa.

Il vigente secondo comma dell'art. 2086¹ c.c., novellato dall'art. 375² del Codice della crisi (c.c.i.i.), dispone: «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».

¹ La rubrica della norma è stata modificata da «Direzione e gerarchia nell'impresa» a «Gestione dell'impresa»: ma per una critica all'adozione di tale espressione in luogo di quella suggerita piuttosto dalla rubrica dell'art. 375 c.c.i.i. v. V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura*, a cura di P. MONTALENTI, M. NOTARI, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 35 ss. (ivi 36 s.). È altresì vero, però, che le "scelte organizzative" possono ricondursi a mio avviso alla più ampia categoria delle "scelte di gestione", per quanto si dirà *ultra* al successivo par. 7.

² A sua volta rubricato «Assetti organizzativi dell'impresa».

L'elemento organizzativo è già costitutivo della fattispecie imprenditoriale, poiché l'art. 2082 c.c. esige che l'attività economica, produttiva di nuova ricchezza, sia «organizzata» onde qualificare l'imprenditore e differenziarlo da altre figure di esercenti pur sempre attività economica, ma riconducibili alla categoria del lavoratore autonomo. In questo senso l'organizzazione è intesa come etero-organizzazione, come ricorso cioè ad elementi esterni alla capacità lavorativa dello stesso titolare dell'impresa, sia in termini di capitale investito (materiale e immateriale) sia in termini di apporto lavorativo altrui.

Ma certo la struttura organizzativa dell'iniziativa imprenditoriale, al di là delle scarse disposizioni in materia di rapporto con i lavoratori dipendenti, nel sistema originario del codice civile restava nella *piena discrezionalità* dell'imprenditore. Solo sul versante del sistema informativo contabile e limitatamente all'imprenditore commerciale medio-grande o all'imprenditore che assumesse forma societaria il legislatore imponeva la tenuta di scritture contabili, in parte nominate e in parte innominate ma identificabili con una clausola generale in relazione alla dimensione e alla natura dell'impresa (art. 2214 c.c.), nonché la redazione di un bilancio d'esercizio annuale.

Progressivamente, anche in virtù dei limiti posti dall'art. 41 Cost. alla «iniziativa economica privata» qualificata come «libera» in via di principio³, dap-

³ Colgo l'occasione per chiarire il mio pensiero sul punto relativo alla “libertà” di iniziativa economica privata, sancita dall'art. 41 Cost., e alla “libertà d'impresa”, riconosciuta dall'art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea peraltro «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Recentemente, infatti, M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5 ss. ha precisato che la libertà d'impresa non è una «libertà individuale», ma «garanzia di tutela» di «quel particolare tipo di organizzazione sociale che è l'impresa (capitalistica), con le sue esigenze di efficienza, che devono essere rispettate da tutti coloro che, nell'ambito di questa organizzazione, si trovino ad operare, in vari ruoli». Ne conseguirebbe che «l'organizzazione dell'impresa non è dunque un atto di libertà, ma è il risultato dell'esercizio di un *potere funzionale*, da esercitare secondo criteri di discrezionalità tecnica». Da ciò discenderebbe altresì la inapplicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative (p. 7). Su quest'ultimo punto si tornerà più oltre nel par. 7 che segue. Preme tuttavia evidenziare che nel parlare della organizzazione come «espressione della libertà imprenditoriale» (questo il profilo su cui Libertini solleva rilievi nei confronti di un mio scritto al riguardo: S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss. a p. 960), non ho mai inteso equiparare quella libertà alle libertà individuali incompressibili, tant'è che essa soffre i limiti espressi nello stesso art. 41 Cost. E sono altresì convinto che l'organizzazione, quale elemento della fattispecie imprenditoriale, possa essere oggetto di intervento normativo, come molti altri profili in cui si manifesta la libertà d'impresa, purché siano rispettati i limiti di cui al secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost. Nutro, invece, perplessità sulla “funzionalizzazione” dell'impresa privata (diverso è il discorso per l'impresa pubblica) alle esigenze di efficienza capitalistica *a prescindere* dalle

prima in settori speciali – come quello delle società quotate e degli intermediari finanziari e assicurativi – e quindi nel diritto societario azionario con la riforma di inizio millennio delle società di capitali, in concomitanza alla riconosciuta dominante finanziarizzazione dell'economia, l'organizzazione interna dell'impresa è stata sempre più al centro di interventi legislativi tesi a valorizzare l'emersione di impliciti doveri organizzativi o di modelli dettati dalle prassi aziendali per responsabilizzare l'imprenditore e soprattutto l'imprenditore societario nelle sue articolazioni organiche anche nell'interesse di terzi (dai creditori in generale agli investitori e risparmiatori in particolare)⁴.

E così l'art. 149 t.u.f. (del 1998) codifica nella disciplina delle società quotate l'obbligo di vigilanza del collegio sindacale, oltre che sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, anche «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione» e «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». Mentre la successiva riforma delle società di capitali, all'inizio del nuovo millennio, estenderà a tutte le società azionarie la vigilanza del collegio sindacale «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» (art. 2403 c.c.).

Nel contempo renderà esplicito il presupposto di quella vigilanza, che sta evidentemente nell'obbligo primario dell'*organo amministrativo*, articolando nel modello azionario le competenze fra consiglio di amministrazione e amministratori delegati, nel senso che questi ultimi «curano» che l'assetto organizzativo amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa e il primo «valuta» quella adeguatezza «sulla base delle informa-

scelte organizzative del soggetto “titolare” dell'impresa: persona fisica in quella individuale, soggetto/persona giuridica in quella collettiva. Le scelte organizzative d'impresa non implicano un esclusivo esercizio di discrezionalità tecnica, ma anche di vera e propria discrezionalità amministrativa, come precisato nel par. 7. Peraltro le scelte organizzative relative alla *impresa* vanno a mio avviso tenute distinte dalle scelte organizzative relative alla *corporazione*, queste ultime in parte imposte dai modelli tipizzati dal legislatore e in parte espressione della autonomia corporativa dei soci o dei soggetti legittimati, nella specifica collettività organizzata, ad assumere le decisioni relative. Probabilmente l'impostazione di Libertini è conseguente alla tesi dell'*istituzionalismo debole* dall'A. sostenuta in sede generale.

⁴ La bibliografia in materia è ormai particolarmente nutrita: rinvio al pionieristico lavoro di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005; ai saggi dallo stesso A. raccolti in ID., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, Zanichelli, 2016, *passim*; nonché al mio S. FORTUNATO, (nt. 3), 961 soprattutto nt. 23.

zioni ricevute» (rispettivamente quinto comma e quarto comma art. 2381 c.c.).

Il modello azionario è peraltro integralmente riproducibile nella società in accomandita per azioni (art. 2454 c.c.); e, per quanto la disciplina della società a responsabilità limitata sia stata concepita come autonoma senza che vi fosse un esplicito richiamo all'art. 2381 per l'organo gestorio (introdotto comunque con l'art. 377, quinto comma, c.c.i.i. quale sesto comma dell'art. 2475 c.c.), pochi dubbi potevano sussistere sulla possibilità di farvi ricorso in via analogica se non estensiva pur con le difficoltà connesse alla eventualità di modelli amministrativi congiuntivi o disgiuntivi di tipo personalistico (cui probabilmente fa oggi riferimento l'esplicito rinvio «in quanto compatibile»), non fosse altro che – in caso di nomina di un «organo di controllo, anche monocratico» – devono applicarsi «le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni» (art. 2477, quinto comma, c.c.), ivi compreso il dovere di vigilanza imposto dall'art. 2403 c.c. che presuppone un evidente obbligo primario dell'organo gestorio di istituire assetti organizzativi adeguati⁵.

⁵ Il rilievo dei modelli organizzativi si era già affermato per finalità e per settori specifici.

Il d. lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti valorizza “modelli di organizzazione, gestione e controllo” che l'ente abbia adottato ed efficacemente attuato prima della commissione dei reati ivi previsti e in funzione preventiva, onde esonerare l'ente da quella responsabilità, e sempre che il modello preveda «in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio» (artt. 6 e 7). Il contenuto minimo di tali modelli organizzativi si traduce nella individuazione dei settori di attività nel cui ambito possono essere commessi i reati da prevenire; nella adozione di specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai detti reati; nelle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; negli obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello; nel sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Nella impostazione del d. lgs. n. 231/2001 più che di un obbligo si tratta di un “onere” organizzativo.

Ma è evidente che esso si inserisce nel più ampio dovere organizzativo dell'imprenditore (soprattutto collettivo) teso a individuare i “rischi” potenzialmente lesivi per un verso della conformità alla legge e alle regole (*compliance*) che ne governano più in generale l'attività e per altro verso della integrità del patrimonio aziendale. Questi profili emergono in termini ancora più decisi nella regolamentazione degli intermediari finanziari e assicurativi che sono obbligati ad istituire espressamente una funzione di *compliance* secondo le indicazioni fornite rispettivamente dalla Banca d'Italia il 12 luglio 2007 nelle «Disposizioni di Vigilanza – La funzione di conformità (*compliance*)», dalla Consob (congiuntamente a Banca d'Italia) il 29 ottobre 2007 nel «Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio» e dall'ISVAP il 26 marzo 2008 nel «Regolamento n. 20 recante disposizioni in materia di controlli interni, gestione dei rischi, *compliance* [...]». Tali normative di vigilanza recepiscono i principi guida sulla materia pubblicati nel 2005 dal Comitato di Basilea. Molte aziende facenti parte di gruppi mul-

D'altro canto, l'elemento organizzativo adeguato è essenziale affinché l'amministratore possa assolvere con la dovuta diligenza al suo compito gestorio e all'obbligo – specificamente enucleato nel sesto comma dell'art. 2381 c.c. – di «agire in modo informato»⁶.

Al culmine di questa linea evolutiva della disciplina si colloca il novellato art. 2086 c.c., che ribadisce in via generale per l'imprenditore collettivo il dovere di istituire gli assetti organizzativi adeguati, questa volta puntando l'attenzione verso una sua funzionalizzazione alla prevenzione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale e all'attivazione degli strumenti già previsti dall'ordinamento per il loro superamento. Ma analogo dovere è disciplinato nei principi generali del Codice della crisi per l'imprenditore individuale, pur utilizzando una terminologia che parrebbe voler differenziare l'«assetto organizzativo adeguato» e le «idonee iniziative» dell'imprenditore collettivo dalle «misure idonee» e «iniziative necessarie» del primo⁷.

Non contento di aver modificato l'art. 2086, che si colloca al vertice della disciplina inerente la «gestione dell'impresa»⁸, il legislatore del Codice della

tinazionali, specie se quotate in borsa, pur non essendo tenute a norma di legge, istituiscono una funzione di *compliance*. Negli altri casi, l'implementazione di una funzione di *compliance* è facoltativa, ma assai diffusa nelle grandi imprese, specie a carattere multinazionale.

Una ulteriore previsione di assetti organizzativi che ha preceduto il novellato art. 2086 c.c. è quella recata dal Testo unico sulle società pubbliche (t.u.s.p., detto anche “riforma Madia”: d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, modificato in seguito dal d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100, in attuazione della l. 7 agosto 2015, n. 124): l'art. 6 dispone che le «società a controllo pubblico» (non dunque tutte le società a partecipazione pubblica) predispongono «specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale» e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione sul governo societario (secondo comma), valutano l'opportunità di istituire un «ufficio di controllo interno» strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale (terzo comma, lett. b); l'art. 14, inoltre e sempre con riferimento alle società a controllo pubblico, prevede che ove emergano, nell'ambito dei citati programmi di valutazione del rischio... «uno o più indicatori di crisi aziendale», l'organo amministrativo adotta senza indugio «provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento», la cui mancata adozione costituisce grave irregolarità denunciabile ex art. 2409 c.c. (secondo e terzo comma). Sul tema da ultimo cfr. M. LIBERTINI, (nt. 3), 5 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁶Sulla declinazione dell'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati nei termini del più generale obbligo di “diligenza professionale” degli amministratori v. più avanti il par. 7.

⁷L'art. 3 c.c.i.i. recita: «L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.

L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative».

⁸La precedente rubrica dell'art. 2086, come si è già detto, era dedicata alla «Direzione e

crisi si perita di modificare le norme dei singoli tipi o modelli societari dedicate a regolarne la gestione (art. 2257 c.c. per la società semplice ma applicabile ad ogni società di persone; art. 2380-*bis* e art. 2409-*novies* per la s.p.a. rispettivamente nel sistema tradizionale e nel sistema dualistico di amministrazione e controllo; art. 2475 per la s.r.l.), per ulteriormente specificare che «l'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori»⁹.

2. Alcune iniziali considerazioni sistematiche.

A questo punto, ricostruito per grandi linee il quadro normativo, sembra opportuno compiere qualche iniziale osservazione sistematica.

L'obbligo di adeguatezza degli assetti organizzativi dell'impresa è *clausola generale* che attua il principio di corretta amministrazione imprenditoriale, espressamente enunciato in varie norme soprattutto del diritto societario azionario (art. 149 t.u.f.; art. 2403 c.c.; art. 2497 c.c. – in tema di responsabilità da direzione e coordinamento dei gruppi – che peraltro utilizza l'espressione «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale»). La sua affermazione, in termini di più compiuta definizione e di attribuzione di competenze, è certamente evoluta rispetto alle scarse disposizioni originarie del diritto d'impresa e del diritto societario, tanto che alcuni Autori vi colgono l'indice di una vera e propria «rivoluzione» sistematica e tendono a ravvisare nelle regole organizzative, che attuano il principio di corretta amministrazione, un *tertium genus* di regole di comportamento degli amministratori, accanto alle regole che ne disciplinano la legittimità e a quelle che investono il merito dell'attività gestoria¹⁰. Sul punto, peraltro, si tornerà più oltre.

gerarchia nell'impresa» nell'ottica autoritaria e dirigistica dell'ideologia corporativa propria del ventennio fascista, su cui vedi le riflessioni di M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.

⁹ Varrà la pena ricordare che l'attuale versione delle norme societarie citate è conseguente al decreto correttivo (d. lgs. n. 147/2020 «Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, primo comma, della l. 8 marzo 2019, n. 20») del Codice della crisi, che ne ha modificato – fra l'altro – l'art. 377 (Assetti organizzativi societari), la cui originaria versione aveva fatto sorgere numerosi dubbi interpretativi e assurde conseguenze in merito alle tipologie societarie soprattutto personalistiche e della s.r.l. Su tali questioni mi permetto rinviare a S. FORTUNATO, (nt. 3), 964 ss.; nonché a V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 1), 37 ss.

¹⁰ E vedi in particolare la posizione di 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. (col medesimo titolo anche in

La citata clausola generale, inoltre, costituirebbe un «ponte sistematico» fra il diritto dell'impresa (prevalentemente impostato sulla distinzione degli statuti soggettivi), il diritto societario (che ha ad oggetto la disciplina dei rapporti associativi e interorganici) e il diritto concorsuale (vertente sulla insolvenza dell'imprenditore), concepiti in precedenza come settori ordinamentali separati e ora unificati dal rilievo della «attività economica» e dei relativi assetti organizzativi¹¹.

Mi sembra tuttavia che questa corrente interpretativa finisca per sopravvalutare la portata innovativa degli obblighi organizzativi e dei principi di corretta amministrazione dell'imprenditore e che possa invece ravvisarsi una *linea di continuità* nella disciplina, i cui prodromi sono presenti nel codice civile del 1942 il quale già faceva ruotare la disciplina dell'imprenditore sulla nozione di *attività economica organizzata*, destinata a permeare di sé l'intero diritto d'impresa, con l'abbandono del precedente paradigma dell'*atto di commercio* che aveva contrassegnato l'avvio dell'orientamento oggettivistico della disciplina del commerciante nella codificazione napoleonica. E ben presto il diritto societario verrà coniugato come modello dell'impresa collettiva e il diritto concorsuale come regolazione della patologia dell'impresa¹².

P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), (nt. 1), 13 ss.). Ma anche, pur con sfumature diverse, M. IRRERA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e Business Judgment Rule*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), (nt. 1), 81 ss.; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 667 ss.; M.C. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, Giappichelli, 2010, 740 ss.; M. SPIOTTA, *La responsabilità*, in *Diritto del governo delle imprese*, diretto da M. IRRERA, Torino, Giappichelli, 2016, 310 ss.

In senso contrario e orientati a valorizzare la *business judgment rule* anche in materia di assetti organizzativi, oltre al mio S. FORTUNATO, (nt. 3), 985 ss., cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. BUONOCORE e diretto da R. COSTI, Torino, Giappichelli, 2019, 304 ss.; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo* (nt. 10), 725 ss.; G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, III, Torino, Giappichelli, 2007, 25; M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi* (nt. 4), 958 s.; G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, *ibidem*, 65; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 357 ss.; e da ultimo L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, *ivi*, 2019, 425 ss.

¹¹ Si tratta sempre della impostazione seguita dall'amico P. MONTALENTI, (nt. 10), 16.

¹² Ricordo, ad esempio, la valorizzazione attribuita alla categoria della "attività economica" sin dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942 da T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, *passim*; e da G. AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 981 ss. Indubbiamente, come da ultimo rileva R. RORDORF, *Il Codice della crisi*

Né va trascurata la circostanza che progressivamente si è trascorsi da una legislazione per regole generali e di principi, molto diffusa nella tecnica legislativa adottata dal Codice civile, ad una legislazione speciale per regole di dettaglio, talvolta anche ridondanti¹³.

Si tratta dunque di una “rivoluzione moderata”, tanto che molti esiti oggi formalizzati nella disciplina generale dell’impresa (sia individuale che collettiva, sia nella fase fisiologica sia nella fase di crisi) erano ricavati in via interpretativa e giurisprudenziale dal previgente assetto normativo¹⁴.

Va comunque segnalata – anche per merito di questa normativa di dettaglio – una maggiore sensibilità dell’ordinamento giuridico (e dei suoi interpreti ed operatori) al recepimento di “discipline esterne” che sempre più penetrano nel mondo del diritto spesso attraverso le clausole generali, veri e propri «*trasformatori istituzionali permanenti* di regole tecniche in regole giuridiche»¹⁵. E ciò è particolarmente importante per il profilo della “organizzazione d’impresa”, sempre più tributaria dei modelli elaborati in sede aziendalistica.

3. *L’ambito soggettivo di applicazione dell’obbligo organizzativo.*

La recente disciplina sugli assetti organizzativi solleva comunque problemi interpretativi che meritano di essere dipanati.

nel tempo sospeso della pandemia, in *Diritto della crisi*, 2021, 1 ss., il Codice civile del 1942 definisce il soggetto imprenditore, ma l’orientamento oggettivo si era già avviato con la codificazione napoleonica e ulteriormente approfondito con il passaggio dall’atto di commercio alla attività economica quale elemento qualificante il soggetto. Ne è conseguito il sempre più rilevante e autonomo rilievo della nozione oggettiva di “impresa”.

¹³Basti rinviare al noto saggio di N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*.

¹⁴E v. pure M.S. SPOLIDORO, (nt. 8), 262 ss. Sulla sostanziale non innovatività degli obblighi organizzativi in funzione della tempestiva rilevazione degli indici di crisi e attivazione degli adeguati rimedi, come desumibili dal sistema anche prima della riforma, v. per tutti V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 304 ss., ove ulteriori riferimenti, cui *adde* N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 396, che parlano di doveri «già immanenti al sistema» (espressi dagli artt. 2403, 2392, 2394, 2486). Mi permetto rinviare anche al mio intervento, S. FORTUNATO, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi*, in *Le soluzioni concordate della crisi d’impresa*, a cura di A. JORIO, Milano, Giuffrè, 2012, 173 ss. ove evidenziavo la rilevanza per un verso delle regole sul capitale sociale, ma soprattutto di quelle su bilancio e revisione in materia di continuità aziendale a fondamento degli obblighi gestori e di monitoraggio suddetti.

¹⁵Utilizzo qui la bella espressione di E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. I. Scritture contabili*³, Torino, Utet, 2008, 3.

Innanzitutto occorre definire più puntualmente l'*ambito soggettivo* dell'obbligo. Si è detto che l'art. 2086 contempla, in proposito, «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva» e che peraltro il secondo comma dell'art. 2086 è richiamato nei vari tipi societari regolati nel titolo V libro V del Codice civile. Dunque, mentre l'art. 2086 sembra connettere l'obbligo organizzativo alla forma societaria che integri comunque un esercizio collettivo dell'attività economica, imponendo un rapporto biunivoco fra società e impresa, il rilievo autonomo dell'obbligo nei singoli tipi societari talvolta sembra prescindere da un oggetto sociale qualificabile in termini imprenditoriali. Si tratta di un punto di dubbia interpretazione, posto che per esempio nella disciplina della s.p.a. si parla di «gestione dell'impresa» (artt. 2380-*bis* e 2409-*novies*), mentre l'espressione non è ripetuta nei tipi personalistici e nella s.r.l. (artt. 2257 e 2475) e posto che la nozione generale di società ha ad oggetto «l'esercizio in comune di un'attività economica» (art. 2247). Ma d'altro canto l'istituzione degli assetti organizzativi adeguati sembra dettato in via autonoma nei periodi successivi anche per il tipo azionario; e l'organizzazione societaria si è venuta sempre più affermando come un modello organizzativo a tutto campo, anche al di là dell'esercizio di una attività d'impresa (si veda, per esempio, le forme associative proprie del Terzo Settore). Tuttavia sarei più propenso ad accogliere una interpretazione che colleghi l'obbligo organizzativo adeguato alla presenza di una attività economica qualificabile come "impresa", pur prescindendo dalla circostanza che si tratti di società costituita per legge o per contratto o per atto negoziale unilaterale, o di società lucrativa o che escluda lo scopo di lucro, di società mutualistica o di società consortile. Ciò che rileva, insomma è il dato oggettivo dell'esercizio dell'impresa intesa come attività economica organizzata. D'altro canto il richiamo alla "forma collettiva" di esercizio dell'impresa, disgiunta dalla forma societaria, evoca quelle forme di esercizio dell'attività economica non inquadrabili nella tipologia societaria, come può accadere per associazioni e financo per le fondazioni o per le imprese esercitate da enti pubblici (anche non economici). Insomma il rilievo oggettivo dell'attività economica, non episodica, esige un certo livello di etero-organizzazione anche nella prospettiva della tutela di terzi¹⁶.

Ma l'obbligo si applica anche all'imprenditore individuale, sia per il rilievo oggettivo dell'attività economica non episodica sia per l'esplicito riferimento

¹⁶Per una articolata analisi dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2086, secondo comma, c.c. v. di recente V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69 ss. (ivi a p. 70 ss.). Gli AA. ritengono che il principio debba applicarsi anche ai consorzi in forma non societaria.

che ne fa l'art. 3 c.c.i.i., la cui terminologia vorrebbe marcare la distanza rispetto alle imprese societarie o collettive. Ma a questo fine è di per sé sufficiente il principio di proporzionalità implicito nella clausola generale che correla l'obbligo alla natura e alla dimensione dell'impresa. Tanto più che possono esservi imprenditori individuali macrodimensionati e dalla complessa articolazione, per i quali non avrebbe alcun senso una attenuazione dell'obbligo di dotarsi di assetti organizzativi adeguati¹⁷.

4. *L'ambito oggettivo dell'obbligo e la clausola generale della adeguatezza.*

Quanto all'*estensione oggettiva* dell'obbligo, essa investe – nella formulazione letterale – tre ambiti: l'organizzazione in senso stretto, l'amministrazione e il sistema contabile.

L'*organizzazione* in senso stretto va declinata in termini di “organigramma” che definisca funzioni, poteri e deleghe di firma ovvero di «aspetti statico-strutturali dell'organizzazione dell'impresa nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità (organigramma)».

L'*assetto amministrativo* identifica a sua volta l'insieme delle “procedure” dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano ovvero la «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 sue singole fasi».

L'*assetto contabile*, infine, si riferisce al sistema di rilevazione dei fatti di gestione ovvero alla «parte degli assetti amministrativi volti a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione»¹⁸.

¹⁷ Analogo rilievo in P. MONTALENTI, (nt. 10), 21; nonché in R. RORDORF, (nt. 12), 8 s. V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, (nt. 16), 73 ss. riconoscono che anche l'imprenditore individuale deve dotarsi di «assetti organizzativi minimi», ma non necessariamente formalizzati in modo rigido, sì da sfuggire al sindacato giudiziario di adeguatezza che invece si esprimerebbe sulle imprese societarie o collettive. È fatta salva – mi parrebbe – l'applicazione analogica della regola di adeguatezza alle imprese individuali macrodimensionate.

¹⁸ Per le definizioni qui riportate rinvio a G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Società*, 2019, 929 ss.; ASSONIME, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, Circ. n. 19/2019, 21; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2019, 230. Ma

Il *criterio dell'adeguatezza* connota poi l'obbligo degli assetti organizzativi in termini di clausola generale.

Ciò significa innanzitutto che il contenuto dell'obbligo è legislativamente indeterminato, ma determinabile per effetto del contesto in cui la clausola si inserisce e del rinvio che essa comporta a modelli di comportamento anche extralegali (*best practices*, codici o linee guida di autodisciplina, scienze aziendali; talvolta anche a normative di settore, come accade per gli intermediari finanziari e assicurativi). Insomma il contenuto non è legislativamente predeterminato secondo la tecnica della "fattispecie", benché contesto e rinvio delimitino la scelta da compiersi da parte dell'imprenditore (nella sua articolazione organica) oltre che il potere di sindacato del Giudice¹⁹. La regola legale ha dunque carattere flessibile e relativo, consente uno spazio di discrezionalità che per un verso va rapportato alla specificità dell'impresa e per altro verso alle finalità per cui l'obbligo è dettato.

Tracce di questa delimitazione, pur essa flessibile, si ricavano dalle stesse espressioni normative: adeguatezza, dimensione e natura dell'impresa, finalità fisiologica come quella della integrità/redditività del patrimonio destinato e finalità patologica come la rilevazione tempestiva della crisi e la scelta dei mezzi idonei per il suo superamento o soluzione.

L'"adeguatezza" è *termine relazionale*, che può tradursi nel concetto di proporzione, di congruenza, di convenienza e opportunità (sono i sinonimi indicati nel vocabolario Treccani). Lo ritroviamo addirittura come principio costituzionale a fondamento della attribuzione/distribuzione di funzioni amministrative agli enti territoriali (art. 118 Cost.) (accanto ai principi di sussidiarietà e differenziazione); ma anche in altri settori giuscommercialistici, come nella valutazione di adeguatezza (e appropriatezza) dell'investimento proposto dall'intermediario alle caratteristiche del cliente. È sostanzialmente un giudizio complesso di proporzionalità fra termini di relazione.

Nel caso che ci occupa il primo termine è dato dalla "realtà dell'impresa" cui l'assetto organizzativo inerisce, declinata come *dimensione* e *natura* dell'attività e, nella *sedes materiae* degli indici di crisi (art. 13, terzo comma, c.c.i.i.), come *specificità* della singola impresa.

v. anche CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, aprile 2018, 55 ss.; e già ID., *Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, settembre, 2015.

¹⁹ Su questi profili delle clausole generali mi permetto di rinviare a S. FORTUNATO, *Sull'abuso del diritto e sull'"abuso dell'abuso"*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 321 ss.; e già ID., *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contr. impr.*, 2010, 477 ss.

Il secondo termine è costituito dall'“elemento funzionale/teleologico” dell'assetto organizzativo: a cosa serve l'assetto organizzativo? Innanzitutto esso assolve alla funzione fisiologica dell'impresa: adeguatezza, dunque, proporzionata al modello di *business*; quindi “anche” all'*early warning*, al tempestivo allarme interno dello stato di crisi e all'adozione parimenti tempestiva dei mezzi idonei a risolverlo²⁰. È vero che il Codice della crisi si preoccupa soprattutto di questa seconda finalità, com'è naturale che sia. Ma ciò non autorizza a disconoscere il rilievo giuridico della “complessiva organizzazione dell'impresa”, limitandolo all'assetto funzionale alla “diagnosi precoce” della crisi d'impresa, ai fattori di rischio che possano comprometterne la continuità aziendale nella prospettiva di tutela dei terzi, con il conseguente *shifting duty* posto a carico degli amministratori (e v. l'art. 4, primo comma, lett. c, c.c.i.i.)²¹. Prima ancora che al momento patologico, l'assetto organizzativo è indirizzato fisiologicamente al governo, verifica e correzione del modello di *business* adottato. Ciò è manifesto nello stesso dato normativo che impone l'obbligo organizzativo «anche» per la finalità patologica, ma consegue altresì dalla impossibilità logica e pratica di scindere la continuità della valutazione dei rischi d'impresa a fini fisiologici e a fini patologici.

Il giudizio di adeguatezza dell'assetto organizzativo, tenuto conto dei termini di correlazione, è un giudizio in parte storico e in parte (maggiore) prospettico. Esso si fonda sulla produzione e circolazione di flussi informativi tesi a fornire i dati storici, ma anche e soprattutto le previsioni sull'andamento fu-

²⁰ Si pone la domanda in termini di funzionalità degli assetti organizzativi R. RANALLI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi. 'Indicatori' e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), (nt. 1), 55 ss., ivi affrontandola nella prospettiva patologica della tempestiva rilevazione degli indicatori e indici di crisi e della adozione dei relativi rimedi. Ovviamente gli assetti organizzativi rispondono anche e soprattutto ad una finalità fisiologica, rispetto alla quale quella patologica si pone in valutazione di continuità (e vedi lo stesso Ranalli a p. 59 e 61 ss.).

²¹ Mi parrebbe segnalare il *rischio* di questa “interpretazione restrittiva” dell'obbligo organizzativo V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 1), 40 ss., quando – riferendo l'opinione di P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi di diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 300 ss. sulla incidenza che i doveri imposti dal Codice della crisi agli amministratori sull'interesse cui è finalizzata l'attività gestoria come interesse a tutela dei terzi creditori o dell'equilibrio del sistema economico generale – osserva che «tuttavia, se si adotta una prospettiva fisiologica è perfettamente compatibile con la nozione tradizionale dell'interesse sociale imporre doveri di carattere organizzativo che, pur rappresentando anche una forma di protezione dell'interesse dei creditori, rientrano tra le cautele da osservare in omaggio a principi di corretta amministrazione e in funzione della prevenzione dei rischi che possono compromettere l'efficienza dell'impresa» (p. 42 nt. 12).

turo dell'attività economica e a misurarne la coerenza con gli obiettivi del modello di *business* adottato dall'impresa nonché a individuare i rischi propri dell'attività, monitorarli e governarli. Fra tali rischi assume certamente particolare rilievo quello di crisi e di insolvenza, anche per il potenziale coinvolgimento degli interessi non solo interni (soci) ma anche di terzi (creditori, dipendenti, ecc.).

L'assetto organizzativo è strumento di *autocontrollo*, deve essere adeguato alla produzione degli indicatori e indici di crisi, tutti proiettati verso una ragionevole anticipazione del futuro (spesso anche troppo immediato) e strumentali all'adozione di iniziative di ristrutturazione preventiva (e v. la Direttiva UE 2019/1023).

Tutto questo introduce l'interrogativo se non debbano considerarsi ormai obbligatori non solo le tradizionali relazioni consuntive (bilancio annuale, relazione semestrale, ecc.), ma anche i piani d'impresa e i *budget* previsionali (piani strategici, industriali e finanziari di cui all'art. 2381 c.c.)²². È tuttavia evidente che su questa pianificazione incide la clausola generale della adeguatezza/proporzionalità alla dimensione e natura dell'attività²³. Certo è che l'attività d'impresa appare sempre più "procedimentalizzata", il che riporta – nelle strutture complesse – ad un problema di ripartizione di competenze interorganiche.

5. La ripartizione di competenze fra gli organi societari.

Il modello più compiuto nella ripartizione delle competenze organiche in una impresa particolarmente strutturata nella materia degli assetti organizzativi è delineato nella disciplina del modello latino/tradizionale di amministra-

²² Insiste giustamente sulla prospettiva *forward looking* nella produzione dei flussi informativi derivanti dagli assetti organizzativi R. RANALLI, (nt. 20), 56 ss. laddove precisa gli obblighi valutativi che incombono su amministratori e organi di controllo (prevedibile andamento aziendale, sostenibilità del debito, equilibrio economico finanziario, continuità aziendale, esclusione di ritardi nei pagamenti reiterati e significativi) e pone l'accento sulla necessità di disporre di «piani d'impresa», accompagnati in via essenziale da *budget* dettagliati almeno per un esercizio e da un piano di tesoreria a 3 o 6 o 12 mesi. Nelle realtà più complesse potrebbero aggiungersi *Capital Plan*, *Funding Plan* e *Contingency Funding Plan* (v. in particolare p. 62 s. e p. 73 s.).

²³ Sull'adeguatezza come proporzionalità cfr. R. RANALLI, (nt. 20), 74 ss., ove è posta in luce l'esigenza di un assetto organizzativo *taylor made*, ritagliato sulle esigenze specifiche della singola impresa e che tenga conto sempre del rapporto costi/benefici della decisione organizzativa da adottare.

zione e controllo della spa, secondo il combinato disposto degli artt. 2380-*bis* (come novellato dal decreto correttivo), 2381 e 2403 c.c.

Il principio di base, come si è già sottolineato, è che la “istituzione” degli assetti «spetta esclusivamente agli amministratori» (2380-*bis*, primo comma, secondo periodo), senza dimenticare che nel primo periodo è sancito il principio di esclusività gestoria degli amministratori²⁴ e che l’art. 2380, terzo comma, precisa che, «salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano a seconda dei casi al consiglio di amministrazione e al consiglio di gestione». Ne consegue che l’art. 2381 dovrà essere interpretato in conformità al principio di esclusività nella istituzione degli assetti in capo agli amministratori, e cioè nel modello latino in capo al CdA. La “valutazione” della adeguatezza degli assetti organizzativi attribuita al CdA dall’art. 2381 va allora intesa non come semplice controllo *a posteriori* da parte dell’organo gestorio collegiale sull’operato degli organi delegati, ma come assunzione di responsabilità istitutiva dell’assetto.

La “cura” affidata agli organi delegati, che riferiscono al CdA, investe allora il momento propositivo nella istituzione da sottoporre al CdA e la successiva implementazione e manutenzione, senza che ciò escluda evidentemente il periodico coinvolgimento del *plenum* dell’organo gestorio collegiale, la cui valutazione «sulla base delle informazioni ricevute», non potrà mai intendersi in termini passivi. Quella valutazione, anche successivamente alla decisione istitutiva, deve tradursi in un giudizio operativo di adeguatezza e dunque anche in direttive di eventuale correzione degli assetti come implementati dagli organi delegati. Non va trascurata la circostanza che permane a mio avviso in capo al CdA il potere di avocare a sé il compito della stessa “cura”, ove le disfunzioni rilevate in sede valutativa risultino di tale gravità da imporre un tale esito²⁵. Parimenti, valutazione e cura possono e devono concentrarsi in capo all’organo amministrativo collegiale, ove manchi l’istituzione di organi delegati, così come in capo all’amministratore unico, ove sia stata scelta questa forma organizzativa della gestione societaria.

²⁴ Sul carattere non assoluto del principio di esclusività della competenza gestoria in capo agli amministratori nella stessa s.p.a. v. S. FORTUNATO, (nt. 3), 965 ss.

²⁵ Ritiene «più controverso» tale potere di avocazione (pur riconoscendo al CdA il più incisivo potere di revoca della delega o di sostituzione dei delegati, in quanto l’attribuzione di curare l’assetto organizzativo sarebbe una «funzione “connaturata” alla delega ed alla gestione *day by day* dell’impresa societaria») M. IRRERA, (nt. 10), 84 s. Mi sembra però che l’argomento provi troppo, sia perché nel potere di revoca è implicito il potere di avocazione della singola funzione delegata sia perché la maggior parte dei poteri delegati attiene alla gestione quotidiana e tuttavia non si pone in dubbio il potere di avocazione per singole operazioni da parte del CdA.

La vigilanza sull'adeguatezza e sul «concreto funzionamento» dell'assetto compete al collegio sindacale, ma si tratta pur sempre di attività di secondo grado rispetto a quella di competenza degli organi gestori.

Lo schema organizzativo delle competenze in materia è ovviamente da adattare nella stessa s.p.a. ai modelli di amministrazione e controllo in concreto adottati. Nel *sistema dualistico* il compito di valutazione/istituzione è da attribuirsi al *consiglio di gestione* (art. 2409-*novies*, primo comma, terzo periodo), che può presentare a sua volta organi delegati con il richiamo allora ai terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2381 (e dunque con la “cura” affidata a tali organi delegati); la vigilanza è da attribuirsi invece al *consiglio di sorveglianza* (e vedi il richiamo all'art. 2403, primo comma, nell'art. 2409-*terdecies*, primo comma, lett. *c*). Nel *sistema monistico* al CdA si applica il principio di esclusività gestoria oltre che per intero l'art. 2381, e dunque – come nel sistema latino – il compito della istituzione/valutazione dell'assetto spetta al consiglio di amministrazione nella sua interezza, con la cura attribuita agli eventuali organi delegati, mentre al *comitato per il controllo sulla gestione* spetta la vigilanza «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione» (art. 2409-*octiesdecies*, quinto comma, lett. *b*).

È evidente che, laddove manchino organi delegati, valutazione e cura si concentreranno in capo al CdA e al consiglio di gestione; e lo stesso dovrà verificarsi ove si sia optato per l'amministratore unico.

Le maggiori problematiche in tema di competenze sorgono negli altri tipi societari, in cui il potere di gestione è spesso correlato alla posizione di socio e non necessariamente come potere generale di gestione, ma talvolta per il compimento di specifici atti.

Il decreto correttivo ha per fortuna eliminato la stortura che sembrava estendere in maniera transtipica il principio di esclusività gestoria in capo agli amministratori, affermato in sede di s.p.a. e peraltro dubbio nella sua portata assoluta anche in quel tipo, a tutti gli altri tipi societari²⁶. Ora l'esclusività di competenza degli amministratori è chiaramente limitata alla “istituzione” degli

²⁶ Per le nutrite polemiche, e le diverse posizioni, cui aveva dato vita la precedente imprecisa formulazione delle modifiche apportate alle norme societarie in materia di gestione e obbligo organizzativo mi sia consentito rinviare a S. FORTUNATO, (nt. 3), 964 ss.; cui *adde* V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 1), 37 ss.; e P. MONTALENTI, (nt. 10), 22 ss., il quale tuttavia ritiene erroneo l'intervento del decreto correttivo anche sull'art. 2380-*bis* per la s.p.a., ove l'A. – mi par di capire – manterrebbe più netto il principio di esclusività gestoria in capo agli amministratori.

assetti organizzativi, sia nella società semplice (art. 2257) come negli altri tipi personalistici (in forza dei relativi richiami normativi) sia nella s.r.l. (art. 2475), mantenendosi così inalterate le disposizioni specifiche ai singoli tipi in materia di differente articolazione delle competenze gestorie in senso più ampio e con il coinvolgimento spesso diretto dei soci.

Nelle società di persone ma anche nella s.r.l. è consentita l'adozione delle forme di amministrazione disgiuntiva come anche di amministrazione congiuntiva. Quest'ultima non pone particolari problemi in materia di istituzione degli assetti organizzativi, che dovranno allora essere decisi in maniera congiunta (all'unanimità o a maggioranza) da tutti gli amministratori, salvo che non si debba pervenire – nell'urgenza di evitare un danno grave alla società – alla eccezionale competenza singolare di ogni amministratore.

Società di persone e s.r.l. conoscono anche forme di amministrazione disgiuntiva, che vengono peraltro ribadite nelle disposizioni ma con la significativa aggiunta che l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086 «spetta esclusivamente agli amministratori». A quali amministratori? A ciascuno trattandosi di amministrazione disgiuntiva? E con l'esercizio del potere di veto, la cui decisione peraltro si incardina in tutti i soci anche non amministratori? O per tale istituzione gli amministratori non solo avranno l'obbligo di coordinarsi, ma dovranno assumere decisioni quantomeno a maggioranza, vista la loro competenza esclusiva e posto che è impensabile che ciascuno si faccia il proprio assetto organizzativo? Mi sembra indispensabile nel caso di amministrazione disgiuntiva la necessità di un dovere di coordinamento, con l'esigenza che, anche nell'ipotesi di una proposta istitutiva dell'assetto che provenga dal singolo amministratore, tutti gli altri debbano pronunciarsi quantomeno secondo i meccanismi del potere di veto, con decisione allora a maggioranza se non addirittura sempre e comunque a maggioranza²⁷.

Nella s.r.l., peraltro, è espressamente prevista – ma non se ne dubitava anche prima – l'applicazione dell'art. 2381, in quanto compatibile, e dunque il sistema delle deleghe ivi delineato anche per la specifica materia degli assetti organizzativi. Il richiamo all'art. 2381 ha finito, comunque, per alimentare ingiustificati dubbi interpretativi. Ci si è chiesto, per esempio, cosa accada in assenza dell'organo di controllo o del revisore, come può verificarsi nella s.r.l.: l'obbligo di vigilare sui detti assetti organizzativi deve potersi ricondurre ad un organo istituito *ad hoc* o addirittura ad una sorta di dovere-potere degli

²⁷ Sulla necessaria collegialità in caso di amministrazione disgiuntiva ai fini della istituzione, cura, valutazione e monitoraggio degli assetti organizzativi v. anche ASSONIME, (nt. 18), 32. Analoga posizione ho già espresso in S. FORTUNATO, *La società a responsabilità limitata*², Torino, Giappichelli, 2020, 204.

stessi soci? È evidente che la ripartizione dei compiti in materia, delineata dal combinato disposto degli artt. 2381 e 2403, presuppone la contemporanea presenza di una organizzazione corporativa completa di organo amministrativo collegiale, organi delegati e organo di controllo; ma la loro assenza non fa venir meno anche in capo all'imprenditore (individuale o collettivo che sia) l'obbligo di istituire i detti assetti, curandone e valutandone l'adeguatezza e vigilandone il concreto funzionamento.

Nel caso dell'imprenditore collettivo l'obbligo in oggetto non si pone in contrasto con le modalità organizzative che la legge consente nei vari tipi di impresa collettiva. In assenza di organi delegati e di un organo di controllo, cura, valutazione e vigilanza si concentreranno in capo all'organo amministrativo, collegiale o monocratico. Il che investe non solo le forme capitalistiche d'impresa collettiva, ma anche quelle personalistiche²⁸.

Nel caso dell'imprenditore individuale tali compiti si concentreranno in capo allo stesso (ed eventualmente anche in capo all'istitutore nell'ambito di sua

²⁸ Mi sembra, quindi, che non abbia ragione di porsi il quesito sollevato da P. BENAZZO, *Sistemi di controllo nelle società di capitali, tra diritto comune e settori speciali*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI, (nt. 1), 97 ss. ivi a p. 114 ss. se possa adottarsi nella s.r.l. il sistema monistico, posto che di certo resta esclusa la possibilità della adozione del sistema dualistico, considerato che nel modello capitalistico non azionario la nomina degli amministratori e l'approvazione del bilancio sono inderogabilmente attribuiti ai soci (art. 2479, secondo comma, nn. 1 e 2, c.c.). L'A. ritiene che il sistema monistico, caratterizzato da una funzione di controllo più compenetrata nella funzione gestoria e che ne verifica anticipatamente la legittimità e congruità dei rischi assunti o da assumere, possa costituire il modello più funzionale al perseguimento delle finalità del Codice della crisi e che anzi dovrebbe essere perciò stesso privilegiato nei modelli alternativi di amministrazione e controllo. Non si nasconde, tuttavia, le difficoltà di conciliare anche il sistema monistico con la disciplina recata soprattutto dall'art. 2477 c.c. È noto, tuttavia, che l'opinione prevalente considera entrambi i sistemi azionari alternativi rispetto a quello tradizionale incompatibili con due principi delega della riforma della s.r.l.: il principio di rilevanza organica del socio, per cui non potrebbe soffrire deroga il potere del terzo del capitale sociale di devolvere alla decisione dei soci qualsiasi materia gestoria (salvo ovviamente quelle inderogabilmente attribuite agli amministratori); e il principio di semplificazione delle forme organizzative. Contro l'ammissibilità nelle s.r.l. dei sistemi monistico e dualistico v. Comitato Notarile Triveneto, massima I.C.2.

Ma tutti i sistemi di controllo societario, anche quello tradizionale, sono da interpretare ormai come concomitanti alla funzione gestoria e *risk based*, come ammette lo stesso Benazzo (p. 101). Né può sostenersi che il modulo organizzativo della s.r.l. – pur disallineato rispetto a quello azionario – debba necessariamente assimilarsi a quest'ultimo per essere più funzionale alle finalità del Codice della crisi. Che dire allora del modulo organizzativo delle società personali, alle quali pur tuttavia trovano applicazione le esigenze di tempestiva rilevazione della crisi e adozione dei relativi rimedi? Ancora una volta, ci sembra che debba ribadirsi la necessità di adeguare gli assetti organizzativi non solo alla dimensione, ma anche alla natura dell'impresa, da intendersi sia come settore merceologico di attività sia come modulo tipologico adottato.

competenza), nelle modalità organizzative che egli riterrà più opportune e adeguate alla natura e alla dimensione dell'impresa, e secondo una articolazione che potrà coinvolgere dipendenti o professionisti esterni, senza che questo comporti delega in senso proprio dell'obbligo istitutivo, cura e monitoraggio dell'assetto.

6. *Il rapporto fra obbligo organizzativo e crisi d'impresa.*

L'obbligo organizzativo dell'imprenditore societario e collettivo è correlato nell'art. 2086 «anche» alla «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale», nonché e consequenzialmente alla attivazione «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». Il principio è ripreso nell'art. 3, secondo comma, c.c.i.i. con riferimento all'«imprenditore collettivo», espressione evidentemente utilizzata in termini onnicomprensivi altresì della forma societaria²⁹; e viene esteso dal primo comma all'imprenditore individuale, pur con terminologia più attenuata³⁰. Sembra che nel citato art. 3 l'obbligo organizzativo sia correlato al solo momento patologico, ma s'è visto che la strumentalità dell'obbligo organizzativo è consustanziale alla nozione generale di imprenditore e si pone in logica e pratica continuità con il momento fisiologico dell'attività di impresa che ne rappresenta il *prius* e che incorpora nel modello di *business* il costante monitoraggio dei rischi dell'attività, ivi compreso il rischio di crisi e di insolvenza. Peraltro l'art. 3 è inquadrato fra i «principi generali» del Codice della crisi, i quali ovviamente esprimono in forma più asciutta criteri direttivi delle più specifiche norme dettate nel Codice ai soli fini regolatori della crisi d'impresa e insolvenza del debitore. Il che non esclude la più ampia strumentalità dell'obbligo organizzativo all'esercizio fisiologico dell'attività d'impresa.

Nella prospettiva del Codice della crisi, comunque, l'obbligo organizzativo – pur autonomo – deve essere assolto in maniera tale da porre in grado gli or-

²⁹ La duplice collegata finalità è qui espressa in termini di «tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative». Segnalo il non sempre felice coordinamento fra le disposizioni del Codice della crisi, anche a causa dei lavori preparatori effettuati in sotto-commissioni spesso non comunicanti e che hanno subito una accelerazione improvvisa. Peraltro anche il decreto correttivo, che pure ha avuto margini temporali più ampi, non ha posto rimedio a tali inconvenienti.

³⁰ Si parla, infatti, di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte».

gani dell'impresa collettiva, ma anche l'imprenditore individuale, di poter rilevare tempestivamente gli indicatori e gli indici di crisi e attivare le procedure di allerta e/o la composizione assistita della crisi o altre misure idonee³¹.

È quanto si ricava dalla lettura dell'art. 12, primo comma, del Codice, laddove gli «strumenti di allerta» – che in verità si identificano negli *obblighi di segnalazione* posti a carico degli «organi di controllo societario» (cd. allerta interna: art. 14) e dei «creditori pubblici qualificati» (cd. allerta esterna: art. 15) – sono «finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione».

Obblighi organizzativi e strumenti di allerta con i connessi indicatori e indici di crisi costituiscono, comunque, istituti differenziati, tanto che la relativa entrata in vigore è stata parimenti diversificata. Non solo. Gli obblighi conservativi hanno una estensione soggettiva più ampia degli strumenti di allerta. I primi investono qualsiasi imprenditore, i secondi escludono dal proprio ambito di applicazione numerosi debitori esercenti attività imprenditoriale: dalle grandi imprese (come definite alla lett. g dell'art. 2 del Codice), ai gruppi di imprese di rilevante dimensione (lett. i, art. 2 cit.), dalle società con azioni quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla Consob o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento emittenti della Consob³² ad una molteplicità di intermediari finanziari vigilati³³.

Ovviamente occorre intendersi su questa esclusione soggettiva. Le imprese escluse sono tutte di grande rilevanza ai fini della tutela del pubblico risparmio

³¹ Mi pare evidente che nelle forme imprenditoriali prive di un organo interno di controllo o di un revisore esterno la rilevazione degli indicatori e indici di crisi obbligherà il gestore dell'impresa ad attivare direttamente la composizione assistita della crisi o altre misure idonee.

³² Cfr. art. 12, quarto comma, c.c.i.i.

³³ L'elenco è dettato dall'art. 12, quinto comma, c.c.i.i.: banche, società capogruppo di banche e società componenti il gruppo bancario, intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 tub, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento, sim, sgr, sicav e sicaf, le società capogruppo di sim e le società che ne compongono il gruppo, i fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi, i depositari centrali, le fondazioni bancarie di cui al d. lgs. n. 153/1999, la Cassa depositi e prestiti, i fondi pensione, le imprese di assicurazione e riassicurazione, le società fiduciarie di cui all'art. 199 t.u.f., le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla l. n. 1966/1939, le società di cui all'art. 2 d.l. n. 233/1986, convertito nella l. n. 430/1986, le società fiduciarie di cui all'art. 60, quarto comma, d. lgs. n. 415/1996.

e in questa prospettiva subiscono tutte forme di vigilanza affidata a pubbliche Autorità. Ad esse si applicano gli obblighi organizzativi anche ai fini della rilevazione tempestiva della crisi e delle misure idonee a risolverla, ma con la specificità delle regole di settore che le governano. Non v'è insomma obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo e del revisore all'apposito Organismo di composizione assistita della crisi (OCRI) né rilevanza degli indicatori e degli indici definiti dal Codice, ma questi organi e soggetti non sono affatto esonerati dall'attivarsi per tempo ai segnali di crisi pur autonomamente definiti nei relativi settori³⁴. Tanto che anche «le imprese escluse sono comunque ammesse a godere delle *misure premiali*» previste dall'art. 25 del Codice, se ricorrono le condizioni di tempestività di cui all'art. 24³⁵.

Gli strumenti di allerta (e dunque anche i connessi indicatori e indici) si applicano anche alle imprese non fallibili, imprese agricole e imprese minori, «compatibilmente con la loro struttura organizzativa» ma pur sempre con il potere/dovere di investire l'Organismo di composizione della crisi (OCC)³⁶.

Il criterio di collegamento fra obblighi organizzativi e strumenti di allerta e/o misure idonee a comporre la crisi è offerto dalla stessa nozione di «crisi» e dai relativi «indicatori e indici»: la finalità perseguita è quella di una rilevazione tempestiva così da offrire ai creditori la miglior soddisfazione possibile.

Sta di fatto, però, che le nozioni di crisi e dei relativi indicatori e indici accolte nel Codice appaiono troppo piegate verso la nozione di insolvenza, sì da far dubitare fortemente della loro utilità anticipatoria rispetto alla irreversibilità della crisi.

Il Codice definisce la crisi come «lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» (art. 2, lett. *a*), mentre per l'insolvenza ripropone la tradizionale definizione di «stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (art. 2, lett. *c*).

La distinzione, che parrebbe doversi cogliere sul piano della esteriorizzazione o meno degli indici rivelatori rispettivamente dell'insolvenza e della crisi e sul piano della attualità o prospettività dell'incapacità a soddisfare le ragioni dei creditori, si rivela ad un più attento esame estremamente problemati-

³⁴ Non trova comunque applicazione l'allerta esterna ad opera dei creditori pubblici qualificati.

³⁵ Così l'art. 12, sesto comma, c.c.i.i.

³⁶ Art. 12, settimo comma, c.c.i.i.

ca se non evanescente³⁷. Sotto il profilo della esteriorizzazione gli indicatori di crisi, attivatori degli strumenti di allerta, si traducono spesso in veri e propri inadempimenti come per l'insolvenza³⁸; ma anche altri indicatori e indici (come il patrimonio netto negativo o inferiore al minimo legale, la mancanza di prospettiva di continuità aziendale, o i cinque indici di crisi elaborati dal CNDCEC con il Documento del 19 ottobre 2019) sono perlopiù manifestati/esteriorizzati dai conti annuali e dai relativi documenti accompagnatori (soprattutto la relazione sulla gestione). Quanto al *discrimen* che dovrebbe correere fra attualità e prospettività della incapacità a soddisfare le obbligazioni (attuali già scadute – ma la norma non utilizza tale qualificazione – o pianificate e a scadere), la questione solleva la problematica distinzione fra insolvenza prospettica già elaborata da giurisprudenza e dottrina e insolvenza probabile cui rinvierebbe il Codice della crisi. Alla nozione di insolvenza non è affatto estranea la valutazione prognostica, ritenendosi «insolvenza prospettica» proprio quella situazione in cui è ragionevole prevedere che «l'imprenditore attualmente in grado di adempiere “regolarmente” le obbligazioni assunte, entro un prevedibile futuro non ne sarà più in grado», non essendovi prospettive di ripristino della continuità aziendale neppure con un piano di risanamento fattibile, allora assimilandola alla insolvenza attuale ai fini dell'art. 5 l. fall. (*id est*: art. 2, primo comma, lett. b, c.c.i.i.)³⁹. Di recente Trib. Milano, decr., 3 ottobre 2019, n. 1357, seguito da altre due decisioni di merito,⁴⁰ ha fornito una in-

³⁷ Rinvio per una più analitica dimostrazione di queste affermazioni a S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 3 ss.

³⁸ E vedi «i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi» (art. 13, primo comma, c.c.i.i., tenuto conto degli importi di cui all'art. 24); o i debiti scaduti per importi significativi e ritardi nei versamenti parimenti importanti che fondano l'obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati (art. 15).

³⁹ Per questa ricostruzione rinvio a F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, Giuffrè, 2017, 261 ss.; D. GALLETI, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, Milano, Egea, 2010, 99 ss.; e S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Scritti in ricordo di Michele Sandulli, Torino, Giappichelli, 2019, 55 ss. In giurisprudenza v. Trib. Roma, 5 settembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 266 ss.; Trib. Torino, 14 novembre 2008, in www.ilcaso.it; e da ultimo Cass., 20 novembre 2018, n. 29913, *ibidem*.

⁴⁰ Vedi il decreto in *Il Caso.it*, sez. giurisprudenza, 22557 – pubbl. 22 ottobre 2019 e ivi la nota di R. DELLA SANTINA, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore: questioni aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 14/2019*; nonché in www.ilfallimentarista.it, con nota di S. SANZO, *Istanza di fallimento ed insolvenza prospettica*:

interpretazione della «insolvenza prospettica» supportata dalla nozione della insolvenza probabile, tarata sulla prognosi semestrale, introdotta dal Codice della crisi e respingendo l'istanza di fallimento per l'assenza di fatti sintomatici esteriori, allora ulteriormente differenziando l'insolvenza imminente (questa assimilabile a quella attuale) da quella prospettica/probabile.

Sta di fatto che gli indicatori e gli indici di crisi recepiti dal Codice presentano una tale ambiguità da rendere operazione affatto agevole la distinzione fra crisi e insolvenza, coniugando la prima categoria non nella prospettiva aziendalistica ma in una prospettiva tutta prossima all'insolvenza, con un vero e proprio ribaltamento di quella che era la relazione che collegava e tutt'ora collega nel vigente sistema le due categorie: ancora oggi la crisi è il *genus* di cui l'insolvenza è una *species*; con il Codice della crisi l'insolvenza diventa il *genus*, mentre la crisi ne diventa una *species* qualificata dalla probabilità, una probabilità che tuttavia, in considerazione degli indicatori e indici codificati, si colora spesso di vera e propria attualità⁴¹.

Potrebbe sortire una più efficace portata anticipatoria la rilevazione tempestiva della «perdita» di *continuità aziendale*? Va subito preliminarmente chiarito che la nozione di «continuità aziendale» è polivalente e può prestarsi ad ambigue interpretazioni. Essa ha una valenza bilancistica (da cui trae origine) ed una valenza gestoria e può essere intesa in senso statico e in senso dinamico. Parlare di *perdita* potrebbe coincidere con la cessazione dell'attività (volontaria o necessitata), ciò che sul piano dell'informazione di bilancio può determinare il mutamento dei criteri valutativi. Ma dal punto di vista gestorio (e in parte bilancistico) ciò che più rileva è la nozione dinamica di continuità

ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta. Adde Trib. Benevento, decr., 18 dicembre 2019, est. Monteleone, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/22981.pdf; Trib. Vicenza, 15 luglio 2019, in www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Trib.%20Vicenza_0.pdf, entrambe valorizzando il richiamo alla nozione di crisi del Codice secondo una interpretazione «prospettica».

⁴¹ Su questi profili più ampiamente S. FORTUNATO, (nt. 37), 23 ss. Ivi ho osservato che «la probabilità di insolvenza dovrebbe a mio avviso fondarsi su una prognosi di più ampio respiro temporale, dovendo favorire il risanamento dell'impresa in difficoltà finanziaria, e ancor più l'insolvenza meramente possibile. Al riguardo occorrerebbe impostare un giudizio prognostico in base ad una pianificazione attendibile dell'attività della specifica impresa per un arco temporale sufficientemente adeguato al fine di sollecitare interventi di risanamento e di ristrutturazione che possano avere ragionevolmente un esito positivo. Diversamente ogni tentativo eccessivamente prossimo all'insolvenza potrebbe rivelarsi velleitario e poco credibile. Non dico che sia impossibile un salvataggio dell'apparato produttivo di una impresa di certa o imminente insolvenza; dico solo che questa non è la crisi dell'impresa sana ma in difficoltà finanziaria su cui si dovrebbero appuntare le attenzioni di una allerta che possa aspirare alla tempestività della segnalazione e al successo di un piano di recupero credibile» (p. 27).

aziendale, cioè non la perdita in quanto tale (che coinciderebbe con la crisi irreversibile, salvo che la cessazione sia stata volontaria in mancanza di sintomi di crisi), ma la «assenza di prospettive di continuità aziendale» normalmente da commisurarsi all'esercizio annuale. Se l'art. 2086 finalizza gli assetti organizzativi anche alla rilevazione tempestiva della *perdita* e l'attivazione delle misure idonee al suo *recupero*, molto più correttamente l'art. 13, primo comma, c.c.i.i. pone l'accento, fra gli indicatori di crisi, sulla *assenza di prospettive* della continuità aziendale per l'esercizio in corso o per i sei mesi successivi (se al momento della valutazione l'esercizio è inferiore ai sei mesi). Appare evidente che nell'ottica della rilevazione tempestiva della crisi la continuità aziendale rileva quale indicatore di crisi e in questo senso si inserisce all'interno di quella nozione ma con una valenza gestoria e dinamica, nel senso che la rilevata assenza di prospettive della continuità aziendale impone obblighi di comportamento agli organi societari e all'imprenditore e l'attivazione dei rimedi opportuni. L'art. 2086 va interpretato alla luce dell'art. 13 c.c.i.i.: la perdita arriva già troppo tardi, l'assenza di prospettive può invece attivare rimedi più tempestivi. Ma anche qui l'ottica del Codice della crisi sembra legata al periodo semestrale, laddove l'ottica bilancistica evoca un periodo almeno annuale. Non solo, ma in sede di revisione legale l'ISA Italia 570 enuncia una serie di indicatori finanziari, indicatori gestionali e d'altro tipo che possono far sorgere «dubbi significativi» sul presupposto della continuità aziendale, talvolta coincidenti con gli indicatori e indici di crisi che possono dar corpo ai «fondati indizi di crisi», fonte degli strumenti di allerta, e tal'altra più anticipati rispetto a questi ultimi. Come risolveranno gli organi di controllo questa difformità? Gli ulteriori indicatori dovranno essere valutati ai fini della tempestiva rilevazione della assenza di prospettive della continuità aziendale sì da attivarsi ancor prima che si manifestino gli altri indicatori e indici di crisi dettati dal Codice⁴²? Sembra muoversi in questa prospettiva di continuativo monitoraggio della continuità aziendale per una anticipata emersione dei segnali di crisi la recente ordinanza emessa, in sede di art. 2409 c.c., da Trib. Roma, sez. impresa, 15 settembre 2020⁴³.

In posizione ulteriormente anticipatoria sembrano muoversi i suggerimenti

⁴² Ancora una volta mi si consenta di rinviare su tutti i profili che coinvolgono continuità aziendale e crisi a S. FORTUNATO, (nt. 37), 28 ss.

⁴³ Rileva il Tribunale che «il monitoraggio della continuità aziendale... consente di accertare precocemente gli indizi iniziali della crisi, ciò al fine di pianificare gli interventi da adottare, già nel momento in cui la continuità inizia ad essere pregiudicata». Sul commento a tale ordinanza rinvio a S. FORTUNATO, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, di prossima pubblicazione in *Giur. comm.*

di chi sollecita a intercettare i segnali anche solo di una *possibilità* di insolvenza, e sia pure a soli «fini interni» senza che ne discenda l'intero armamentario degli strumenti di allerta, così da tarare su *soft limits* gli interventi tempestivi e risanatori dell'impresa prima che si pervenga a veri e propri *hard limits*⁴⁴. Si tratterebbe di una sorta di “allerta *atipica*”, «in presenza della quale si deve aprire quel confronto e quel dialogo (endo-societario) inter-organico tra organo amministrativo, organo di controllo e revisore, da gestirsi poi con tutti quegli strumenti di reazione e di intervento, societari e/o “aziendali”, che l'ordinamento, nel suo complesso, offre». Così impostata la questione, potrebbe discenderne – anche in difetto degli *hard limits* codificati – una responsabilità civilistica di gestori e controllori per violazione dei *fiduciary duties*⁴⁵.

7. *Violazione dell'obbligo organizzativo, sanzioni e Business Judgment Rule.*

E si perviene così al tema della violazione degli obblighi organizzativi e delle possibili reazioni dell'ordinamento giuridico.

Non v'è dubbio che nel diritto societario, soprattutto delle società di capitali, sussistono molteplici possibilità di reazione anche interorganiche. Com'è stato posto correttamente in luce, laddove l'installazione, la manutenzione e la vigilanza dell'assetto organizzativo investa la competenza di più organi, potranno trovare applicazione nei confronti degli organi delegati che non abbiano diligentemente adempiuto al loro dovere di cura i rimedi della revoca della delega, della sostituzione ma anche – ritengo – della avocazione da parte del CdA. Parimenti l'assemblea dei soci potrà reagire nei confronti dei propri amministratori che non abbiano diligentemente valutato (o anche curato, in difetto di organo delegato, o altresì vigilato, in mancanza di un organo di controllo) sugli adeguati assetti revocandoli per giusta causa. La violazione dell'obbligo o anche il fondato sospetto di quella violazione potrà costituire oggetto di denuncia al Tribunale *ex art. 2409 c.c.* da parte della minoranza qualificata dei soci o da parte dell'organo interno di controllo oppure di denuncia da parte dei soci a quest'ultimo *ex art. 2408 c.c.*, sì da indurli a convocare l'assemblea per «fatti censurabili di rilevante gravità» ai sensi dell'art. 2406, secondo comma, c.c. E ove l'organo di controllo risulti a sua volta in difetto, i soci potranno revocare per giusta causa gli stessi componenti dell'or-

⁴⁴ Così P. MONTALENTI, (nt. 10), 28 ss.; ma anche R. RANALLI, (nt. 20), 57.

⁴⁵ P. BENAZZO, (nt. 28), 110 s.

gano di controllo, sia pure con la garanzia dell'approvazione giudiziale prevista dall'art. 2400, secondo comma, c.c.⁴⁶.

Il tema, peraltro, più rilevante, anche ai fini di legittimare non solo rimedi risarcitori, ove si sia prodotto un danno a carico della stessa società o anche di creditori sociali e terzi causalmente connesso alla violazione dell'obbligo organizzativo, ma anche i rimedi interorganici sopraenunciati, è quello di stabilire quando possa ritenersi violato quell'obbligo. Ovvero se siamo di fronte ad un obbligo sostanzialmente gestorio, cui possa e debba trovare applicazione il principio della *Business Judgment Rule*, formulazione anglosassone della più tradizionale distinzione continentale fra giudizio di legittimità e giudizio di merito sugli atti e comportamenti degli amministratori.

⁴⁶ Cfr. M. IRRERA, (nt. 10), 84 s., il quale però considera controverso il potere di avocazione del CdA nei confronti degli organi delegati.

Con riferimento al novellato art. 2086 c.c. ritiene applicabile il procedimento *ex art. 2409 c.c.* (nella specie su denuncia del collegio sindacale) Trib. Milano, sez. impresa (est. Elena Riva Crugnola), 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 365 ss., con nota di O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità, crisi, doveri di attuazione: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.* In particolare il Tribunale ha ravvisato una "grave irregolarità" nel comportamento dell'amministratore che, in presenza di uno stato di crisi dell'ente, si risolve nella «negazione dell'obbligo di verificare puntualmente la sostenibilità dell'impresa sociale nella sua prospettiva complessiva e non solo corrente nonché dell'obbligo di attivare al più presto i necessari rimedi».

Analogamente Trib. Roma, sez. impresa, 15 settembre 2020, in www.giurisprudenza.delleimpreses.it, per un verso ha precisato che «ai sensi dell'art. 2409 c.c. non assume rilievo qualsiasi violazione dei doveri gravanti sull'organo amministrativo ma soltanto la violazione di quei doveri idonei a compromettere il corretto esercizio dell'*attività di gestione dell'impresa* e a determinare *pericolo di danno* per la società amministrata o per le società controllate, con esclusione di qualsiasi rilevanza, invece, dei doveri gravanti sugli amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagine sociale e di esercizio dei diritti dei soci e dei terzi estranei. Le gravi irregolarità, inoltre, devono essere attuali e devono assumere un carattere dannoso nel senso che deve trattarsi di violazione di norme civili, penali, tributarie o amministrative, capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e, di conseguenza, agli interessi dei soci e dei creditori sociali ovvero un grave turbamento dell'*attività sociale*»; per altro verso ha statuito che, nel caso di specie, deve essere accolta la domanda dei componenti del collegio sindacale di una S.p.A. di ordinarsi l'ispezione della società *ex art. 2409* «denunciando (i) l'omesso accertamento, da parte degli amministratori, della perdita della continuità aziendale, non avendo considerato, in particolare, i segnali derivanti dal fatto che le entrate generate dall'attività produttiva non erano nemmeno sufficienti a coprire i costi della produzione né tantomeno a far fronte all'ingente indebitamento della società, nonché (ii) il compimento, da parte degli amministratori, di atti pregiudizievoli per il patrimonio sociale e rischio di ulteriore depauperamento, tra cui, *inter alia*, la realizzazione di un'operazione di conferimento del ramo di azienda che rappresentava l'unico *asset* della società che generasse delle entrate».

La dottrina è divisa fra tesi contrarie e tesi favorevoli⁴⁷. Qualche recente sentenza di merito fa espressa applicazione della *BJR* agli atti di organizzazione.

Le tesi contrarie ritengono che: (i) sussista una differenza ontologica fra atti di gestione e atti di organizzazione e che (ii) mentre gli adeguati assetti organizzativi sono oggetto di un obbligo a contenuto specifico, gli atti di gestione sono oggetto di un obbligo generico i cui contenuti sono demandati alla clausola della diligenza professionale; (iii) in definitiva l'obbligo organizzativo è riconducibile ai "principi di corretta amministrazione", che costituiscono un *tertium genus* di regole quale possibile parametro di sindacato giudiziale degli atti e comportamenti degli amministratori, differenziate dalla legittimità e dal merito degli atti di gestione, la prima sindacabile dall'autorità giudiziaria e il secondo insindacabile.

Le tesi favorevoli oppongono che: (a) la distinzione fra atti di gestione in senso stretto e atti di organizzazione (dell'impresa) non è affatto sicura e che, anzi, tutti sono qualificabili come "atti di amministrazione" riconducibili alla competenza gestoria; (b) non può dirsi che l'obbligo degli adeguati assetti organizzativi abbia un contenuto specifico, tanto che si riconosce da tutti un ampio margine di discrezionalità nell'individuare gli assetti "adeguati" alla specifica impresa, anche tenendo conto della sua natura e dimensione; (c) parimenti dubbia è la distinzione fra principi di corretta amministrazione, quale fondamento dell'obbligo organizzativo, e regole di legittimità, quale fondamento del sindacato giudiziale degli atti di gestione, insindacabili invece nel merito.

Ritengo che l'orientamento favorevole all'applicazione della *BJR* agli atti di organizzazione (dell'impresa) sia da condividere.

Effettivamente la distinzione fra *atti di gestione in senso stretto*, che avrebbero ad oggetto gli atti diretti alla realizzazione dell'attività economica d'impresa e dovrebbero allora qualificarsi semmai come *atti dell'organizzazione*, a fronte degli *atti di organizzazione*, diretti a strutturare personale, funzioni, procedure e apparati informativi, è piuttosto labile⁴⁸. Se può avere senso di-

⁴⁷ V. i riferimenti in S. FORTUNATO, (nt. 3), 986 ss. nt. 81 e nt. 84.

⁴⁸ Suggestisce una ulteriore distinzione fra «scelte di organizzazione» e «assetti organizzativi» P. MONTALENTI, (nt. 10), 26: le prime («produzione di prodotti di nicchia o di largo consumo; mercato locale o internazionale; produzione con catena di montaggio o con isole di produzione e così via») comporterebbero scelte di merito coperte dalla *BJR*; i secondi costituirebbero procedure, processi, ecc. non affidati alla «discrezionale libertà d'impresa» ma al principio di correttezza ovvero di adeguatezza tra mezzo e fini. Ma proprio questa difficoltà di inquadramento mostra quanto labile sia la distinzione fra organizzazione e gestione in senso stretto. E forse che la decisione sulla localizzazione della attività non deve essere adeguata e ponderata in relazione al rischio consentito dalle circostanze concrete? Si pensi, per esempio,

stinguere atti di organizzazione della corporazione societaria e atti di organizzazione dell'impresa, i primi nella disponibilità in via di principio dei soci in quanto titolari dell'investimento effettuato e i secondi di sicura competenza degli amministratori (salvo che non si tratti di atti liquidatori dell'azienda), non ha invece molto senso distinguere atti di gestione perché attuativi dell'oggetto sociale/dell'attività produttiva e atti di organizzazione dell'impresa che sono strumentali al compimento dei primi. Si differenziano per il rischio ad essi collegato? Non mi pare che il rischio possa costituire adeguato criterio di differenziazione, perché anche le scelte organizzative possono rivelarsi azzardate. Le scelte organizzative non sono direttamente produttive di nuova ricchezza? Ma esse sono parte integrante del modello di *business* adottato dall'imprenditore. La difficoltà di una chiara distinzione si coglie anche nella terminologia legislativa: la differenza fra i sistemi di *governance* nella s.p.a. evoca l'endiadi "amministrazione e controllo" e nella nozione di "amministrazione" sono certamente da includere anche gli atti di organizzazione; la rubrica dell'art. 2086 – di recente modificata – parla di «gestione dell'impresa» e il contenuto della norma si riferisce agli assetti organizzativi adeguati.

Atti di gestione in senso stretto e atti di organizzazione rientrano comunque nella competenza degli amministratori, di chi gestisce l'impresa, ed esigono nella loro concreta applicazione l'esercizio di una inevitabile *discrezionalità amministrativa*. Sul punto torneremo fra breve. Ma è stato giustamente osservato che il fatto che la legge preveda un espresso obbligo organizzativo, laddove l'obbligo di compimento degli atti gestori non sarebbe oggetto di analoga norma di legge (il che francamente è dubbio), non basta a dare al primo un contenuto specifico e all'altro un contenuto generico definibile solo con il rinvio alla "diligenza professionale"⁴⁹. Abbiamo già sottolineato che l'obbligo organizzativo si traduce in realtà in una clausola generale, e non solo in forza del criterio di adeguatezza ma anche della necessità di riempire di contenuto le stesse nozioni di organizzazione amministrazione e contabilità. Quest'obbligo legale – invero dal contenuto generico – trova spesso specificazione in altre disposizioni legali (norme che attengono alla disciplina del personale dipendente o autonomo, o che definiscono scritture contabili nominate e regole per la loro tenuta), che tuttavia non esauriscono l'adempimento dell'obbligo, il quale deve allora ulteriormente specificarsi col rinvio a modelli di comporta-

alla decisione di aprire uno stabilimento in piena zona di guerra soggetta a bombardamenti aerei indiscriminati.

⁴⁹ Sul dibattito che vorrebbe distinguere fra obbligo generico (diligenza professionale) e obbligo specifico (istituzione di assetti organizzativi adeguati) v. da ultimo la sintesi in V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, (nt. 16), 83 ss.

mento ricavabili da ambiti extralegislativi, in particolare per quanto ci riguarda dalle scienze aziendali.

È una tecnica normativa sempre più diffusa, di cui fanno parte anche i cd. “principi di corretta amministrazione”⁵⁰. Anche il loro richiamo appartiene al novero delle clausole generali, per il tramite delle quali si giuridicizzano regole comportamentali elaborate da settori sociali e professionali spesso allo stato diffuso o anche raccolte in codici di condotta. Non mi pare che i principi di corretta amministrazione si possano allora differenziare e addirittura contrapporre al criterio della “diligenza professionale”, applicabile al sindacato degli atti e comportamenti posti in essere dagli amministratori. La diligenza è fonte integrativa delle obbligazioni sotto un duplice profilo, come già da tempo posto in luce da Rodotà: sul piano della misura o grado di attenzione richiesti all’obbligato nell’adempimento, ma anche sul piano della individuazione della regola di comportamento da adempiere. È insomma strumento non solo di misurazione della colpa ma altresì di specificazione in concreto del comportamento dovuto. E quando si qualifica in termini di professionalità, il rinvio è a modelli di comportamento non già del semplice romanistico buon padre di famiglia ma del buon professionista del settore di appartenenza dell’onerato, insomma nel nostro caso del buon amministratore che applica appunto principi di corretta amministrazione nel suo agire professionale.

V’è un *filo rosso* che collega diligenza professionale, principi di corretta amministrazione e assetti organizzativi d’impresa adeguati, e quel filo a me pare doversi individuare in modalità diverse, forse progressivamente specificantesi, di esprimere i doveri comportamentali del soggetto incaricato della gestione dell’impresa. E nella misura in cui quei criteri servono a specificare le regole che connotano atti e comportamenti degli amministratori, mi sembra che possano e debbano apprezzarsi come loro condizioni di legittimità, in quanto tali sindacabili anche in sede giudiziaria. Nel contempo, se quelle condizioni sono state rispettate, il contenuto di merito, cioè a dire la convenienza ed opportunità, di quegli atti e comportamenti non è ulteriormente sindacabile, il che equivale a rendere applicabile la *BJR*. Fra legittimità e merito *tertium non datur*.

Ma – si obietta – la scelta organizzativa si esplica in un ambito di “discrezionalità tecnica” che è comunque giuridicamente sindacabile⁵¹. Non v’è dub-

⁵⁰ Sui principi di corretta amministrazione come *tertium genus* fra legittimità e merito v. P. MONTALENTI, (nt. 10), 24 ss.

⁵¹ Così M. LIBERTINI, (nt. 3), 7 s. soprattutto nt. 6, ove si assume che per le scelte organizzative trova applicazione «solo» una discrezionalità tecnica, non solo meno ampia di quella

bio che esistono diversi modelli organizzativi anche sul piano tecnico-aziendale. Ma l'adeguatezza rinvia ad una valutazione che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, e proprio perché la decisione deve tener conto della dimensione e della natura dell'attività in concreto esercitata. Decidere se aprire uno stabilimento in Calabria piuttosto che in Piemonte è certo una scelta organizzativa che implicherà numerose valutazioni tecniche, ma che esige a monte una decisione sulla localizzazione che riguarda una inevitabile "discrezionalità amministrativa", poiché fra le varie alternative di sviluppo del *business* gli amministratori dovranno decidere tenendo conto anche delle risorse (proprie o di terzi) disponibili e di tanti altri fattori. La loro decisione attinge il merito ed è perciò insindacabile, sempre che siano state adottate le cautele di un corretto e informato processo decisionale e la decisione non risulti manifestamente irragionevole⁵².

Questo orientamento è stato fatto proprio anche in sede giurisdizionale da due recenti decisioni della Sezione Imprese del Tribunale di Roma⁵³. Entram-

amministrativa ma anche sindacabile in via giudiziale per violazione di regole tecniche di «univoca lettura». Sul sindacato delle regole tecniche si può concordare, nella misura in cui siano appunto univoche e la decisione organizzativa conduca ad un errore tecnico evidente. Ma al di là si apre lo spazio di scelta legittima degli amministratori entro i classici limiti della *BJR*, sorretto da un processo decisionale informato e coerente. Né ritengo appropriato affermare che la *BJR* comporti una discrezionalità immotivata («senza necessità di motivazione, né di rispetto del principio di prudenza»), diversamente dalle scelte organizzative. Anche per queste ultime non sussiste uno specifico obbligo di motivazione, come per tutte le scelte gestorie e salvo le eccezioni espressamente disposte dalla legge. Altra questione è poi la trascrizione (volontaria) della motivazione in funzione di preconstituire la prova della ragionevolezza e della adeguata istruttoria informativa.

⁵² Mi sembra che ad analoghi risultati pervengano V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, (nt. 16), 82 ss., i quali escludono che possa effettuarsi un sindacato "pieno" sulla adeguatezza degli assetti adottati: «il sindacato giudiziale non si appunterà sull'adeguatezza in sé degli assetti ma (decisi ed attuati) ma sulla "correttezza" procedurale della decisione che abbia introdotto determinate soluzioni organizzative anche allorquando esse siano sperimentali o del tutto inedite», benché diano poco rilievo all'inquadramento della soluzione come espressione di *BJR* o di "correttezza flessibile", «purché sia chiaro che il sindacato giudiziale si appunti sul(le eventuali manchevolezze del) procedimento che ha dato vita alla decisione e non sul contenuto della stessa» (p. 89).

Sulla conferma in sede comparatistica della impostazione sin qui seguita v. sempre V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, (nt. 16), 89 ss.; e già L. BENEDETTI, (nt. 10), 413 ss.

⁵³ Si tratta di Trib. Roma, sez. imprese, 8 aprile 2020 (est. G. Romano), emessa in sede di procedimento cautelare per sequestro conservativo; e Trib. Roma, sez. imprese, 15 settembre 2020 (Pres. G. Di Salvo, rel. C. Bernardo), emessa in sede di procedimento *ex art.* 2409 c.c., sul cui commento rinvio a S. FORTUNATO, (nt. 43).

Peraltro, già la sentenza del Trib. Torino, sez. imprese, 20 novembre 2018, in

be osservano che «la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e che essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche»; si ribadisce che l'obbligo non ha un contenuto specifico e che «acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere. E va da sé che tale obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le situazioni), quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina». Ne consegue che «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».

In particolare quanto ai limiti, si osserva che «il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto, avendo la giurisprudenza elaborato due ordini di limiti alla sua operatività. La scelta di gestione è insindacabile, in primo luogo, solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta) e, sotto altro aspetto, solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre). Quindi, se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente – se necessario, con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili. Inoltre, non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito

www.giurisprudenzadelleimprese.it, nel pronunciarsi in un giudizio di responsabilità a carico di un amministratore, rileva che «ai sensi dell'art. 2381 commi 3 e 5 c.c. rientra nei doveri dell'organo amministrativo predisporre un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e poi agire – assumere decisioni e curarne l'esecuzione, o vigilare che ne sia curata l'esecuzione da parte dei sottoposti – attenendosi alle regole e procedure predisposte»; conseguentemente la «mancata osservanza da parte dell'organo amministrativo di procedure idonee a documentare in modo trasparente le uscite e a giustificare di fronte alla società le operazioni fatte» può essere fonte di responsabilità in relazione a costi non documentati o non inerenti.

(attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse»⁵⁴.

⁵⁴ Questi principi risultano affermati già in Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 401, ove si statuisce che, «deliberata e promossa l'azione di responsabilità contro gli amministratori, a norma dell'art. 2393 cod. civ., il giudice non può fondare il suo giudizio su di un diverso apprezzamento discrezionale della opportunità dei singoli atti dai medesimi compiuti [...]. In effetti il giudice non può sindacare il merito degli atti e dei fatti compiuti dagli amministratori, o meglio non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo egli sostituirebbe, *ex post*, il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso ed attuato dall'organo all'uopo legittimato»; peraltro la responsabilità viene sancita per le «modalità sospette» con cui l'atto gestorio viene compiuto (nella specie trattavasi della vendita di un cinema-teatro della Cooperativa Lavoratori di Arzignano, principale cespite della società, avvenuta in una situazione economica non talmente grave da imporre un tale sacrificio, all'improvviso e quasi clandestinamente e a prezzo vile). Ma v. anche Cass., 28 aprile 1997, n. 3652; Cass., 24 agosto 2004, n. 16707; Cass., 12 agosto 2009, n. 18231; e Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669.