

Dottorato in

Ciclo

RELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

ASSETTI ADEGUATI NELLE SOCIETA' DI CAPITALI E *DEFICIT* ORGANIZZATIVO

SOMMARIO

INTRODUZIONE	7
--------------	---

CAPITOLO I

L'OBBLIGO DI ADOTTARE ASSETTI ADEGUATI

1	PREMESSA	11
1.1	Le modifiche al Codice civile	12
1.2	I decreti correttivi e "il cantiere" ancora aperto	16
2	EVOLUZIONE STORICA DEI "DOVERI ORGANIZZATIVI"	20
2.1	I <i>framework</i> a presidio dei rischi "tipici" di settore	20
2.1.1	Il settore bancario (dalla direttiva n. 89/646 al d.lgs. n. 385/93)	21
2.1.2	Il settore assicurativo (dalla direttiva n. 92/96 ai d.lgs. nn. 174 e 175/95)	26
2.1.3	Il settore del mercato mobiliare (dalla l. n. 1/91 al d.lgs. n. 58/98)	28
2.2	Dalla gestione <i>sana e prudente</i> all'iniziativa <i>efficace ed efficiente</i> nelle quotate	30
2.3	La funzione di prevenzione dei reati e la lotta al riciclaggio	33
2.3.1	La responsabilità da reato degli enti e i modelli di organizzazione, gestione e controllo (d.lgs. n. 231/2001)	33
2.3.2	La lotta al riciclaggio (d.lgs. n. 231/2007)	35
2.4	La generalizzazione dell'obbligo per la s.p.a. (il d. lgs. n. 6/2003)	37
3	LA RATIO DEL "NUOVO" ART. 2086 C.C.	40
3.1	La collocazione sistematica della disposizione e l'ambito soggettivo	40
3.2	La nuova rubrica della disposizione	45
3.3	La <i>rescue culture</i>	46
3.4	Il rapporto con l'art. 2381 c.c.	51
3.4.1	Da "società" (per azioni) a gestione di "impresa"	51
3.4.2	Dallo <i>shareholderism</i> allo <i>stakeholderism</i> ?	53
3.5	Rilievi e precisazioni derivanti dall'analisi testuale dell'art. 2086 c.c.	60
3.5.1	La funzionalizzazione "anche" alla rilevazione della crisi	61
3.5.2	L'obbligo di attivarsi "senza indugio" per la gestione della crisi	64
3.5.3	Il richiamo espresso al <i>going concern</i>	66
4	PRIMI RISULTATI: DAL DIRITTO SOCIETARIO "DELLA" CRISI ALLA CRISI "NEL" DIRITTO SOCIETARIO	68

CAPITOLO II

L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI NELLE SOCIETA' DI CAPITALI

1	PREMESSA	72
2	LA CLAUSOLA GENERALE DELL'ADEGUATEZZA	73
2.1	Il limite all'autonomia privata	76
2.2	Clausola generale etero-integrata con rinvio a "ordinamenti altri"	80
3	GLI "ASSETTI ADEGUATI" PER LA SCIENZA AZIENDALE	81
3.1	La nozione di "assetto adeguato"	83
3.2	I presupposti per un assetto adeguato: modello di business e gestionale	86
3.3	La "fuorviante" tripartizione	89
3.3.1	Assetto organizzativo	91
3.3.2	Assetto amministrativo	95
3.3.2.1	Il piano industriale	97
3.3.2.2	Il piano operativo	99
3.3.3	Assetto contabile	101
3.3.4	Il sistema di <i>reporting</i>	106
4	L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI IN RELAZIONE ALLA NATURA E ALLE DIMENSIONI DELL'IMPRESA	109
4.1	La "natura" e "le dimensioni" dell'impresa	110
4.2	Il modello d'impresa	112
5	L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI IN RELAZIONE ALLA "PREVISIONE" DELLA CRISI E ALLA SUA GESTIONE	118
5.1	I parametri di adeguatezza di cui all'art. 3 c.c.i.i.	118
5.2	Adeguatezza come necessità di superare le <i>Cognitive Illusions</i>	122
5.2.1	L' <i>endowment effect</i> e la <i>loss aversion</i>	129
5.2.2	L' <i>overconfidence bias</i>	132
5.2.3	L' <i>hyperbolic discounting</i>	135

CAPITOLO III
I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI E IL DEFICIT
ORGANIZZATIVO

1	IL RIPARTO DELLE COMPETENZE ORGANIZZATIVE	139
1.1	Nella s.p.a.	144
1.1.1	Tra assemblea e organo gestorio: il principio di esclusività della gestione dell'impresa e il "meccanismo autorizzatorio"	144
1.1.2	All'interno dell'organo gestorio: tra delega di funzioni e competenza inderogabile del <i>plenum</i>	150
1.1.3	Cenni al sistema dualistico e monistico	155
1.2	Nella s.r.l.	158
1.2.1	Tra assemblea ed organo gestorio: il principio di cogestione dell'impresa, la delega di funzioni e i modelli personalistici	160
1.3	Cenni agli organi di controllo	168
1.3.1	Collegio sindacale e revisore	168
1.3.2	L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01	170
2	I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI	172
3	L'APPLICABILITA' DELLA <i>BJR</i> ALLE SCELTE IN MATERIA DI ASSETTI	181
3.1	Cenni su genesi e riconoscimento della <i>Business Judgment Rule</i>	182
3.1.1	Nell'esperienza statunitense	185
3.1.2	Nell'esperienza italiana	188
3.2	Il perimetro della <i>bjr</i>	193
3.3	La <i>bjr</i> e le scelte organizzative	194
3.3.1	La <i>bjr</i> e la mancata istituzione di assetti	197
3.3.2	La <i>bjr</i> e l'istituzione di assetti rivelatisi inadeguati	199
3.4	La posizione della giurisprudenza	201
3.4.1	Tribunale di Roma - Sezione imprese - Ordinanza del 15/9/2020	201
3.4.2	Tribunale di Cagliari – Sentenza del 19/01/2022	203
3.4.3	Tribunale di Catania – Sentenza del 08/02/2023	204
	RIFLESSIONI CONCLUSIVE	206
	BIBLIOGRAFIA	207

ABSTRACT

Il tema sottoposto ad analisi è quello dell'adeguatezza degli assetti organizzativi nelle società di capitali e le conseguenze dell'eventuale *deficit* organizzativo, di rinnovata attualità e di assoluta centralità per via della recente emanazione del *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* e dei suoi correttivi, l'ultimo pubblicato in Gazzetta in data 27.09.2024.

L'impatto della novella sul codice civile - con l'inserimento nello statuto generale dell'imprenditore degli obblighi organizzativi - ha sollevato numerose questioni interpretative, che coinvolgono gli studiosi di diversi settori del diritto e dell'economia.

L'obiettivo del lavoro è di perimetrare il concetto di adeguatezza degli assetti nelle società di capitali, definendone per quanto possibile il loro contenuto, anche ponendoli in relazione all'*internal governance*, così da individuare i doveri che incombono sull'organo gestorio e provare a dipanare i dubbi sull'imputabilità e sulle conseguenze dell'eventuale *deficit* organizzativo.

Partendo dall'evoluzione storica dei doveri organizzativi, viene indagata la *ratio* sottesa all'introduzione dell'art. 2086 c.c. e dei connessi richiami nella regolamentazione societaria, che - a una prima lettura - sembra derivare dall'impatto della c.d. *rescue culture*.

Ma ci si domanda se - a una più attenta analisi - ciò voglia dire che ci si trova ancora di fronte a un "*diritto societario della crisi*"; o se si deve piuttosto considerare che la crisi è definitivamente entrata nel diritto societario comune, che oggi richiede - nella prospettiva della crisi - regole a questa ispirate.

Con questo obiettivo è parso utile indagare il rapporto tra il “nuovo” dovere organizzativo delineato dall’art. 2086 c.c. e quello di cui all’art. 2381 c.c. (anche per il tramite dell’art. 2380 *bis* c.c.) per chiarire la natura stessa dell’adeguatezza, che non è una nuova clausola generale che regola l’*agere* gestorio, ma una sub-clausola collegata al dovere di diligenza nella sua declinazione di “*corretta amministrazione*” e che non può che esser letta alla luce della proporzionalità richiesta dal riferimento alla natura e alle dimensioni dell’impresa.

Con riferimento alla capacità di intercettare l’emersione della crisi, la ricognizione dei possibili contenuti degli assetti (come elaborati dalle scienze economico-aziendali) è stata integrata con i modelli elaborati dall’analisi economica del diritto soppesati anche alla luce degli approdi delle scienze comportamentali in riferimento ai possibili *bias* cognitivi dell’organo gestorio sollecitati dall’insorgere della crisi.

Chiarita la questione del riparto di competenze con quella connessa dell’imputabilità dell’eventuale deficit organizzativo nelle società di capitali si affronta, infine, il tema della responsabilità per deficit organizzativo e l’applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte gestorie.

INTRODUZIONE

Nell'ambito della *“riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza”* il legislatore ha apportato modifiche a numerosi articoli del codice civile riguardanti il diritto dell'impresa e delle società.

Con l'art. 375 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (c.c.i.i.) si è aggiunto all'art. 2086 c.c. un secondo comma, con cui si impone all'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva 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”*.

Il contenuto normativo di questa disposizione è stato reso centrale nel diritto societario comune anche dall'art. 377 c.c.i.i., con cui, attraverso modifiche ai primi commi degli artt. 2257, 2380 *bis*, 2409-*novies* e 2475 c.c., si è previsto che l'istituzione degli assetti debba spettare esclusivamente agli amministratori e avvenire nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, comma 2, c.c. anche nel caso della s.p.a., in cui l'obbligo era già espressamente previsto ai sensi dell'art. 2381 c.c.

Dunque, il richiamato dovere organizzativo è stato inserito nello statuto generale dell'imprenditore, prevedendo - nel caso di impresa esercitata in forma societaria - la sua allocazione in capo agli amministratori, indipendentemente dal tipo sociale scelto per l'esercizio dell'attività.

La novella - che è ancora un cantiere aperto (l'ultimo correttivo è stato pubblicato in Gazzetta nel settembre 2024) - ha sollevato numerose questioni interpretative che coinvolgono gli studiosi di diversi settori del

diritto e dell'economia; tanti e tali profili problematici da non rendere sufficiente un'opera monografica per esaminarli tutti.

L'obiettivo del presente lavoro - trascurando consapevolmente gli altri numerosi temi sollevati dalla riforma - è di perimetrare il concetto di adeguatezza degli assetti nelle società di capitali e il loro contenuto, per individuare i doveri che incombono sull'organo gestorio, provando a dipanare i dubbi sull'imputabilità dell'eventuale *deficit* organizzativo.

Per comprendere il portato pratico della novella, però, è necessario partire dall'evoluzione storica dei doveri organizzativi - prima introdotti in specifici settori a presidio di rischi tipici e poi estesi alla s.p.a. con la riforma del 2003 - per rintracciare la *ratio* sottesa all'introduzione dell'art. 2086 c.c.; esso parrebbe essere declinazione dell'immanente *rescue culture* che sta permeando sempre più gli ordinamenti continentali.

Se prima della recente riforma era possibile parlare di “*diritto societario della crisi*” come di quell'insieme di norme societarie la cui operatività è innescata dalla crisi d'impresa e in parte deroga il diritto comune delle società, ora occorre domandarsi se - per effetto del percorso evolutivo - la crisi non sia definitivamente entrata nel diritto societario comune al punto di conformare i doveri gestori di base.

Si è forse passati dalla enucleazione di un “*diritto societario della crisi*” a considerare la crisi “nel” diritto societario come suo elemento centrale?

La ricerca di una risposta alla formulata domanda può avere un interessante portato pratico soprattutto con riferimento alla perimetrazione dei doveri degli amministratori.

Un supporto all'indagine è sicuramente offerto dall'esame dei rapporti del “nuovo” dovere organizzativo con quello di cui all'art. 2381 c.c. per il tramite dell'art. 2380 *bis* c.c. e dall'analisi testuale della disposizione - con qualche riflessione sulla sua collocazione sistematica.

Il dibattito dottrinale post novella si è concentrato anche sulla definizione del cd. *deficit* organizzativo e sulla sussunzione del dovere organizzativo nell'alveo dei doveri generali o di quelli specifici; operazione ermeneutica - non priva d'impatto - che richiede il corretto inquadramento della clausola di adeguatezza.

Occorre domandarsi se essa sia una nuova clausola generale che regola l'*agere* gestorio oppure si tratti di una sub-clausola generale direttamente collegata al dovere di diligenza nella sua declinazione di "*corretta amministrazione*".

Se essa conferisce contenuto "aperto" al dovere "specifico" di istituire assetti adeguati, quando un assetto sarà considerato sicuramente adeguato?

La ricerca di una risposta a tale domanda richiede di ricostruire la definizione e i contenuti di "*adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile*" come elaborati dalle scienze economico-aziendali.

Con riferimento alla capacità di intercettare l'emersione della crisi (*rectius* prevederne l'arrivo in conformità con la *Direttiva Insolvency* e alla luce *Decreto Correttivo* appena pubblicato, che ha anticipato ancor di più la soglia di rilevazione della crisi), i modelli elaborati dall'analisi economica del diritto devono - probabilmente - essere integrati con gli approdi delle scienze comportamentali in riferimento ai *bias* cognitivi dell'organo gestorio.

La novella ha, inoltre, sollevato seri dubbi interpretativi in punto di riparto delle competenze e, dunque, di imputabilità dell'eventuale deficit organizzativo: si pensi alla compatibilità del principio di cogestione della s.r.l. con la previsione di una competenza esclusiva degli amministratori - prima estesa all'intera gestione ed ora "solo" - per la istituzione degli assetti.

Occorre domandarsi quale spazio è lasciato alla cogestione dei soci nella s.r.l. in materia di assetti e Quali siano gli effetti pratici del modificato art. 2475 c.c., che al nuovo ultimo comma impone l'applicabilità alla s.r.l. dell'art. 2381 c.c. "*in quanto compatibile*".

Quali sono le regole sul riparto di competenze elaborate per la s.p.a. in forza degli artt. 2380 *bis* e 2381 c.c. che ora possono estendersi alla s.r.l.?

Tratteggiati gli spazi - se esistono - per l'intervento dei soci nella s.r.l. e nella s.p.a. (l'analisi sarà condotta prendendo come riferimento il modello tradizionale di *governance*, ma non mancheranno cenni a quello monistico e dualistico), urge domandarsi come si atteggiavano in doveri organizzativi e se le scelte gestorie sono sussumibili nell'alveo di operatività della *Business Judgment Rule*.

Il tema dovrà necessariamente essere vagliato premettendo cenni sulla genesi della *rule* e sul suo riconoscimento nell'ordinamento italiano, per poi analizzare il formante giurisprudenziale, prendendo in esame le recentissime pronunce in materia di applicabilità della *bjr* alle scelte gestorie e le conseguenze per l'organo gestorio del verificato *deficit* organizzativo.

CAPITOLO I

L'OBBLIGO DI ADOTTARE ASSETTI ADEGUATI

1 PREMESSA

L'obbligo di adottare adeguati assetti per tutti gli imprenditori che esercitino in forma collettiva o societaria la loro attività è stato introdotto nel nostro ordinamento con il d. lgs n.14 del 2019, che ha novellato diverse disposizioni del codice civile, tra cui l'art. 2086.

Il d. lgs. n. 14 del 2019 è attuazione della legge n. 155 del 2017, con la quale il Governo è stato delegato ad operare un'ampia riforma della “*disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*”.

I contenuti della legge delega per la riforma delle procedure concorsuali si ispiravano ai lavori della cd. “*Commissione Rordorf*”¹, sintetizzati nella relazione finale del 29.12.2015.

Per la Commissione c'era la necessità di razionalizzare e semplificare i procedimenti previsti dalla legge fallimentare del '42 attraverso una riforma della disciplina concorsuale organica e sistematica, non più basata su interventi episodici o emergenziali.

Principi ispiratori per i lavori della *Commissione* erano stati, da una parte, il favore per gli strumenti volti a garantire la continuità aziendale, con la previsione di misure di allerta per favorire la precoce emersione dello stato di crisi dell'impresa, dall'altra, la necessità di istituire un procedimento unitario di gestione della crisi, almeno nella fase iniziale².

¹ La “*Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*”, istituita con D.M. 28 gennaio 2015 e presieduta dall'allora Presidente aggiunto della Corte di Cassazione, Renato Rordorf.

² Cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicata sulla G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017.*

In attuazione della delega, in data 12/01/2019 è stato emanato il Decreto legislativo n. 14, che ha apportato rilevanti modifiche non solo al cd. “*diritto societario della crisi*”³ con la promulgazione del “*Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*” (per comodità espositiva d’ora in avanti anche solo “*c.c.i.i.*”), ma anche alle disposizioni codicistiche di diritto “comune” su imprese e società.

1.1 Le modifiche al Codice civile

La Parte II del d. lgs n. 14/2019⁴ è intervenuta sul libro V del Codice modificando, tra le altre, le disposizioni in materia di assetti organizzativi dell’impresa, di doveri e responsabilità degli amministratori.

³ Concetto già acquisito da tempo nei sistemi di common law, Cfr. GOODE V., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 2005; CARRUTHERS - HALLIDAY, *Rescuing Business: The Making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States*, Oxford, 1998. In Italia: MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Gli amministratori, il tribunale e il convitato di pietra negli artt. 120-bis e 120-quinquies del codice della crisi* in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1-2, 2023, 187 ss.; Id. *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d’impresa e dell’insolvenza* in *Luiss Law Review*, 2016, 64 ss.; CAGNASSO O., *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro* in *Giur. comm.*, I, 2017, 33 ss.; GUERRERA F., *L’espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, in *Rivista delle Società*, 2022, 1271 ss.; BENAZZO P. *Il codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Rivista delle Società*, fasc. II, 6/2019, 274, lo identifica come “*uno statuto sistematico e organico di norme speciali di diritto societario ontologicamente vocate alla crisi d’impresa*”; espressione già utilizzata da TOMBARI U. *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Rivista delle società*, 2013, 1138; Id. *Diritto societario e crisi d’impresa a cura di Tombari U.*, Volume 62 di Quaderni Cesifin, Torino, 2014; SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell’art.2467 c.c. e nell’art.182-quater L. Fall.* in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 506; NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese* in *Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁴ L’intervento attua l’art.14 della Legge del 19/10/2017 n. 155 (legge delega), rubricato “*modifiche al codice civile*”, che recita “*Nell’esercizio della delega di cui all’articolo 1, il Governo procede alle modifiche delle seguenti disposizioni del codice civile rese necessarie per la definizione della disciplina organica di attuazione dei principi e criteri direttivi di cui alla presente legge, in particolare prevedendo: a) l’applicabilità*

In declinazione del comma 1, lett. b) del citato art. 14 della legge delega, con l'art. 375 c.c.i.i.⁵ è stato novellato l'art. 2086 c.c. al fine di introdurre una disposizione diretta ad imporre all'imprenditore *“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”*.

Inoltre, la previgente rubrica dell'art. 2086 c.c. *“Direzione e gerarchia nell'impresa”*, in considerazione del contenuto aggiunto al secondo comma, è stata sostituita con la più pertinente *“Gestione dell'impresa”*.

La disposizione è rivolta agli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva, con espressa esclusione degli imprenditori individuali, originariamente previsti tra i destinatari della riforma, dalla quale - come si vedrà - sono comunque investiti indirettamente⁶.

dell'articolo 2394 alle società a responsabilità limitata e l'abrogazione dell'articolo 2394-bis; b) il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

⁵ Art. 375 c.c.i.i. *“Assetti organizzativi dell'impresa. 1. La rubrica dell'articolo 2086 del codice civile è sostituita dalla seguente: «Gestione dell'impresa». 2. All'articolo 2086 del codice civile, dopo il primo comma è aggiunto il seguente: «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»”*.

⁶ L'originaria formulazione dell'attuale art. 375 c.c.i.i., corrispondente all'art. 1 della *“Proposta di decreto legislativo recante modifiche al Codice civile in attuazione della legge delega 3 ottobre 2017, n.155 per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza”*, in piena aderenza al dettato dell'art. 14 c. 1 lett. b) della l. n. 155/2017,

Il portato di tale disposizione viene arricchito con l'art. 377 c.c.i.i., rubricato "*Assetti organizzativi societari*", che ha modificato il primo comma degli artt. 2257, 2380 *bis*, 2409-*novies* e 2475 c.c., prevedendo in tutti i tipi di società che "*La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma*".

Con riferimento alla s.r.l., si evidenzia che all'art. 2475 c.c. è stato aggiunto un comma⁷, che estende ad essa l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 2381 c.c. dettate fino ad ora solo per la s.p.a.⁸.

Inoltre, l'art. 2476 c.c.⁹ si arricchisce di un nuovo comma diretto a introdurre la responsabilità degli amministratori verso i creditori della società quando il patrimonio sociale sia insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti, prevedendo che l'azione possa essere proposta dai creditori, anche in caso di rinuncia all'azione da parte della società¹⁰.

estendeva gli obblighi tuttora previsti dalla norma anche all'imprenditore operante "*in forma individuale*". Nonostante l'eliminazione espressa dell'imprenditore individuale dal novero dei soggetti investiti dai doveri di cui all'art. 2086 c.c., quest'ultimo è destinatario di doveri potenzialmente incidenti sull'organizzazione dell'attività volti alla prevenzione della crisi: l'art. 3 c. 1 c.c.i.i., rubricato "*Doveri del debitore*", dispone che "*L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*".

⁷ Art. 2475, comma 6, c.c.: "*Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2381*".

⁸ L'art. 2381 c.c., inserito nel Capo V "*Società per azioni*" del Titolo V "*Delle società*" è rubricato "*Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*" e disciplina le funzioni del presidente del cda e soprattutto l'eventuale delega di compiti amministrativi a un comitato esecutivo ovvero ad uno o più dei componenti del consiglio.

⁹ All'art. 2476, comma 6, c.c.: "*Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi*".

¹⁰ Con tale modifica, il decreto ha attuato all'art. 14, comma 1, della legge delega, nella parte in cui prevedeva l'estensione ad esse dell'art. 2394 c.c., in materia di responsabilità degli amministratori delle s.p.a.

Infine, il legislatore ha modificato l'art. 2486 c.c. relativo ai “*poteri degli amministratori*”, con l'obiettivo¹¹ di innalzare il grado di responsabilità degli amministratori in caso di mancato rispetto degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, introducendo i criteri di quantificazione del danno risarcibile in caso di accertata violazione dei doveri relativi “*al verificarsi di una causa di scioglimento della società*”¹².

Nell'arco temporale tra la violazione e il “*momento della consegna ai liquidatori dei libri sociali e dei rendiconti*”, gli amministratori, infatti, “*conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*” e sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione di detta disposizione.

In caso di violazione, gli amministratori - fatta salva la prova di un diverso ammontare - sono ora tenuti a risarcire il danno in misura pari alla differenza tra il patrimonio netto al momento dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e il patrimonio netto al momento in cui si è verificata una delle cause di scioglimento enumerate all'art. 2484 c.c., per conseguire “*l'effetto risolutivo anche in termini deflattivi di tale intervento che risolve alla base tutte le possibili questioni derivanti dall'obiettivo*”

¹¹ Attribuitogli con la legge delega alla lettera e) dell'art. 14, comma 1.

¹² Viene aggiunto il comma 3 all'art. 2486 c.c.: “*Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione*”.

*difficoltà di quantificare il danno in tutti quei casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare*¹³, si precisa che - in tali ipotesi - il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella liquidazione giudiziale¹⁴.

Enumerate le modifiche apportate con la novella del 2019 anche in tema di doveri organizzativi e responsabilità derivante dalla loro violazione, considerando che l'art. 2086 c.c. rappresenta il punto di arrivo di una evoluzione risalente nel tempo¹⁵, è utile ripercorrerne i passi, non prima di aver fornito cenni sulle ultime modifiche cui è stato sottoposto il c.c.i.i.

1.2 I decreti correttivi e “il cantiere” ancora aperto

Il 15 luglio 2022 è entrato in vigore¹⁶, con il d.lgs. n. 83/2022¹⁷, la parte del d.lgs. 14 del 2019 contenente il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che, a seguito di un percorso iniziato prima della sua

¹³ Relazione illustrativa al d. lgs. n. 14 del 2019.

¹⁴ Il comma 3 dell'art. 2486 c.c. conclude prevedendo che “*Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*”.

¹⁵ Per alcuni richiamata dalla congiunzione “anche”, ma sul punto si veda nota ____.

¹⁶ L'entrata in vigore del Codice approvato nel 2019, che contiene “*la più vasta riforma della crisi d'impresa dal Regio Decreto del 1942*”, ha subito plurimi rinvii per effetto di plurimi decreti correttivi - anche dettati dalla crisi pandemica e dall'emanazione della cd. *Direttiva Insolvency* - ed è arrivata soltanto a metà del 2022, comunque oggetto di ulteriori correttivi.

¹⁷ Il 15 giugno 2022, il Consiglio dei Ministri aveva approvato il decreto legislativo 12 gennaio 2019, numero 14, recante “*Modifiche al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132 (Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)*”.

emanazione ha dato anche attuazione alla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 (cd. *direttiva Insolvency*).

Il testo del codice, seppur entrato in vigore, è ancora “un cantiere aperto”: la legge delega (n. 155/2017), infatti, autorizzava il Governo a intervenire sulla normativa “*fino a due anni dopo l'entrata in vigore dell'ultimo decreto attuativo*” con un termine finale originariamente previsto per il 15 luglio 2024; tuttavia, considerando la procedura dettagliata nella stessa legge, tale scadenza è stata estesa di sessanta giorni, spostando il termine al 13 settembre 2024.

Nell'esercizio di tale facoltà, il Consiglio dei Ministri ha varato plurimi decreti correttivi, di cui l'ultimo è il d.lgs. n. 136/2024 “*recante disposizioni modificative ed integrative del codice della crisi e dell'insolvenza*” (cd. “*Correttivo ter*”) pubblicato in Gazzetta in data 27.09.2024.

Il “*primo decreto correttivo*” n. 147 del 2020 e il “*secondo decreto correttivo*” n. 83 del 2022, che ha consentito di attuare anche la richiamata “*direttiva Insolvency*”, risalgono rispettivamente a quattro e a due anni fa.

Le precedenti modifiche apportate al testo originario del codice della crisi hanno migliorato il testo, ma hanno anche rappresentato interventi caratterizzati da visioni in parte diverse da quelle che avevano guidato i redattori originari della riforma¹⁸.

Il primo decreto correttivo n. 147/2020, oltre ad una meritoria revisione di numerose aporie, si era in qualche misura preoccupato di riaffermare il

¹⁸ PANZANI L., *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni* in *Diritto della Crisi* del 17 Luglio 2024.

ruolo preminente delle scelte del giudice rispetto ad un'impostazione che privilegiava l'autonomia delle parti.

Il decreto n. 83 del 2022 aveva introdotto la composizione negoziata, oggi vera chiave di volta della riforma, ripudiando la disciplina delle misure di allerta che era stata universalmente criticata da dottrina, giudici e politica per l'eccessiva rigidità.

Aveva inoltre aggiornato il codice alle nuove esigenze di armonizzazione imposte dalla *direttiva Insolvency*, nel frattempo approvata dal legislatore europeo, su cui si tornerà in prosieguo.

Con riferimento al tema in esame, oltre a segnalare il ritocco di alcune definizioni generali contenute nell'art. 2 del c.c.i.i., assumono rilievo gli interventi dei correttivi sui doveri delle parti e sugli assetti.

In particolare, l'ultimo correttivo - il d.lgs. n. 136 del 27.09.2024 - è intervenuto su un unico punto sulla disciplina degli assetti adeguati dettata dall'art. 3 c.c.i.i., modificando il primo periodo del comma 4 relativo ai segnali della crisi.

Si è sostituita la formula premessa all'elencazione dei segnali per la previsione della crisi o dell'insolvenza con l'indicazione che i segnali elencati agevolano tale previsione "*anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza*".

La precisazione non modifica sostanzialmente la disciplina di legge, ma accentua il contrasto, da tempo rilevato dalla dottrina, tra la funzione di questi segnali - diretti appunto alla previsione anticipata della crisi o dell'insolvenza - ed il fatto che alcune delle situazioni descritte¹⁹ per

¹⁹ Nelle lettere da a) a d) del comma 4 dell'art. 3 c.c.i.i. si fa riferimento a *retribuzioni non pagate, insoluti verso i fornitori, esposizioni verso banche e altri intermediari finanziari*.

l'entità dei debiti considerati indicano situazioni di vera e propria insolvenza in atto.

La Relazione illustrativa afferma a questo proposito che *“non sono segnali di allarme per una situazione già compromessa, ma vogliono fornire indicazioni in chiave prospettica e preventiva. Il che spiega anche le soglie particolarmente basse dell'art. 25 novies e il fatto che nel comma 3 di quella disposizione l'invito alla presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata dev'essere formulato soltanto se ne ricorrono i presupposti”*²⁰.

L'anticipazione della soglia di rilevanza rafforzata con il decreto in corso di pubblicazione dimostra - in modo ancor più cristallino - la volontà del legislatore nazionale di implementare la *rescue culture*, su cui si tornerà in prosieguo, incidendo sul contenuto concreto degli assetti e ponendo interrogativi sui doveri degli amministratori, ai quali si cercherà di dare una prima risposta per individuare il perimetro della *“responsabilità per deficit organizzativo”*.

²⁰ PANZANI L. *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni*, cit.

2 EVOLUZIONE STORICA DEI “DOVERI ORGANIZZATIVI”

Prima dell'introduzione generalizzata dell'obbligo di istituire assetti adeguati con il secondo comma dell'art. 2086 c.c., i doveri organizzativi sono stati introdotti dal legislatore nella regolamentazione di settore come presidio a rischi specifici e - con la riforma del 2003 - sono stati estesi in base al tipo societario alla sola s.p.a.

2.1 I *framework* a presidio dei rischi “tipici” di settore

Fino alla riforma del 2003 e alla modifica dell'art. 2381 c.c., con la quale - come si vedrà - il rischio presidiato diventava più ampio e generale, gli interventi volti a prevedere doveri organizzativi erano limitati a fronteggiare rischi ben più specifici e limitati rispetto al “*rischio d'impresa*” e a quello di “*perdita della continuità aziendale*”, verso i quali sembrerebbe orientata la novella del 2019.

Infatti, il dovere veniva inserito come clausola specifica di settore nell'alveo dei doveri specifici, mentre con l'art. 2381 c.c., prima, ed ora con l'art. 2086 c.c. diventa sub-clausola generale, diretta declinazione del generale dovere di diligenza nella sua accezione di “corretta amministrazione”²¹.

²¹ MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo in Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 737: “La disposizione in questione (art. 2403 c.c.) rappresenta infatti chiaramente il punto di emersione della relazione, già rilevata in dottrina, tra la corretta amministrazione e gli assetti organizzativi in termini di genus a species. Nell'ottica del legislatore gli assetti interni rappresentano cioè una declinazione del canone generale di corretta amministrazione imposto agli organi di gestione e controllo della società”; CERRATO S., PEIRA G., *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari* in *Rivista delle società*, 1/2019, 184 ss.; MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi* in *Giurisprudenza Commentata*, 1/2018, I, 75 ss.

2.1.1 Il settore bancario (dalla direttiva n. 89/646 al d.lgs. n. 385/93)

La seconda direttiva del Consiglio in materia bancaria n. 89/646/CEE del 15 dicembre 1989²² ha avviato un processo di armonizzazione della materia bancaria²³.

Nell'innovare la disciplina concernente l'esercizio della vigilanza sulle banche²⁴, ha introdotto con l'art. 13 par. 2 la previsione secondo la quale *“Le autorità competenti dello Stato membro d'origine esigono che ciascun ente creditizio sia dotato di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno”*²⁵.

In recepimento della direttiva, prima con il d.lgs. del 14 dicembre 1992 n. 481²⁶ e poi con il *“Testo unico delle leggi in materia bancaria e*

²² Direttiva *“relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE”*.

²³ Nel considerando n. 4 della Direttiva si legge: *“l'impostazione adottata consiste nella realizzazione dell'armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente per pervenire ad un reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine”*.

²⁴ SCOGNAMIGLIO G., *Recenti tendenze in materia di assetti organizzativi degli intermediari (e non solo)*, in *BBTC*, 2010, 137 ss., secondo la quale segna il passaggio dalla vigilanza “strutturale” a quella “prudenziale”, di pari passo al quale è storicamente andato *“il progressivo affermarsi del principio di adeguatezza degli assetti organizzativi [...] nel settore degli intermediari finanziari”*.

²⁵ La previsione dimostra che la vigilanza sulla *“sana e prudente gestione dell'ente creditizio”* (artt. 5, 11 e 17 della direttiva n. 89/646/CEE) deve avere ad oggetto non solo il rispetto, da parte dei soggetti vigilati, di coefficienti patrimoniali, ma anche di misure concernenti il governo dell'impresa bancaria.

²⁶ Il d. lgs. n. 481 del 14 dicembre 1992 è emanato in *“attuazione della direttiva 89/646/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE”*.

creditizia”²⁷, è stata attribuita la potestà regolamentare²⁸ alla Banca d’Italia²⁹ “*in conformità delle deliberazioni CICR*”³⁰.

²⁷ Il d. lgs. n. 385 del 1 settembre 1993.

²⁸ L’art. 53, comma 1, lett. d) del d. lgs. n. 385 del 1993 sostituì l’art. 22, comma 1, lett. d) del d. lgs. n. 481 del 1992, con l’unica variazione di riconoscere alle competenti autorità il potere di emanare non più “*istruzioni*”, bensì “*disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto: [...] d) l’organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni*”.

²⁹ Con la Delibera del 2 agosto 1996, il CICR “*CONSIDERATA la rilevanza della variabile organizzativa nell’assicurare la competitività dell’intermediario e la sua capacità di gestire i rischi in modo efficiente, preservandone la reputazione sui mercati e contribuendo ad assicurarne e a mantenerne la stabilità nel tempo; CONSIDERATO il rilievo che l’autonomia degli intermediari bancari assume nell’adozione delle scelte organizzative più idonee alle proprie esigenze gestionali; (...) RAVVISATA la necessità di delineare una disciplina unitaria ed organica in materia di organizzazione amministrativa e di controlli interni*”, deferì alla Banca d’Italia “*avute presenti le raccomandazioni fornite in sede internazionale sulla gestione dei rischi connessi all’erogazione del credito e all’operatività in strumenti derivati da parte delle banche*”, il compito di emanare “*istruzioni di vigilanza aventi ad oggetto requisiti organizzativi minimi con riferimento ai seguenti settori: - con riguardo ai controlli interni aziendali, la Banca d’Italia emana istruzioni volte ad assicurare che le banche si dotino al proprio interno di unità di controllo, di auditing e di riscontro amministrativo-contabile che, operando secondo criteri di funzionalità ed efficienza, concorrano al corretto andamento della gestione aziendale*”.

³⁰ Inciso espunto definitivamente con l’art. 19 del d.lgs. n. 72 del 12 maggio 2015 “*Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l’accesso all’attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e al d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*”.

La potestà è stata esercitata per emanare disposizioni³¹ funzionali alla vigilanza sulla sana e prudente gestione degli istituti bancari³², con le quali è stato imposto di:

- porre “*in essere soluzione organizzative*” comunque implicanti la divisione e la separatezza dei compiti (operativi e di controllo), la gestione dei rischi, l’attuazione di flussi informativi affidabili e tempestivi e la registrazione dei fatti di gestione;
- dotarsi di un sistema di controllo interno costituito dall’insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative che mirano ad

³¹ Si pensi al provvedimento “145° Aggiornamento del 9 ottobre 1998 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988. Sistema dei controlli interni, compiti del collegio sindacale” pubblicato in G.U. Serie Generale n.245 del 20-10-1998, i cui contenuti sono poi confluiti nel Titolo IV, Capitolo 11 della circolare n. 229 del 21 aprile 1999, più volte aggiornata nel corso degli anni. Cfr. DI CARO, *Il sistema dei controlli interni e i compiti del collegio sindacale delle banche nella circolare della Banca d'Italia 9 ottobre 1998*, in *Soc.*, 1999, 797 ss.; COLAVOLPE, *Banche: organi sociali e società di revisione nel «nuovo» sistema dei controlli interni*, in *Soc.*, 1999, 217 ss.; SANTONI, *Gli obblighi degli esponenti aziendali nel sistema dei controlli interni delle banche*, in *BBTC*, 1999, 652 ss.; sulla disciplina degli “assetto bancari” nell’ordinamento vigente, MINTO A. *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, 2023; Id. *Gli assetti in ambito bancario*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi a cura di M. Irrera, Zanichelli*, 2016, 623 ss.; Id. *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria* in *Giur. Comm.*, 2014, 1165 ss.

³² Nel provvedimento “145° Aggiornamento del 9 ottobre 1998 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988. Sistema dei controlli interni, compiti del collegio sindacale” la Banca d’Italia ha precisato come l’introduzione di limiti alla libertà organizzativa delle banche sia stato il risultato di un mutamento della loro operatività e, quindi, di un necessario adattamento evolutivo dei contenuti della vigilanza. Si legge, infatti, “*In un contesto di crescente concorrenza le banche sviluppano attività non tradizionali; predispongono strumenti di copertura dei rischi sempre più sofisticati; ricercano economie di scala e di scopo. L'utilizzo degli strumenti di finanza innovativa (in particolare dei prodotti "derivati"), il ricorso a tecniche complesse di asset management, lo sviluppo dell'informatica consentono agli intermediari una gestione dinamica della propria attività, e dei rischi ad essa connessi, e comportano la possibilità di modificare in tempi rapidi l'ammontare e il segno della propria esposizione al rischio. La competitività della banca, la sua stabilità di medio e lungo periodo, la possibilità stessa che venga garantita una gestione sana e prudente richiedono che essa si doti di adeguati sistemi di rilevazione, misurazione e controllo, individuando tutte le fonti di rischio e le possibili correlazioni fra di esse.*”.

assicurare il rispetto delle strategie aziendali e il conseguimento di obiettivi operativi, informativi e di conformità.

Le “*Istruzioni di vigilanza per le banche*”³³ ricalcavano quanto già previsto dal *Framework for Internal Control System in Banking Organisations* emanato dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria³⁴.

Le deliberazioni e le istruzioni emanate nel tempo dalla Banca d’Italia sulla vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche - costituiscono, anche attualmente, un importante punto di riferimento per individuare i contenuti degli assetti³⁵.

³³ Tra le finalità delle “*Istruzioni di vigilanza per le banche*” vengono indicate: la “*efficacia ed efficienza dei processi aziendali*”, la “*salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite*”, la “*affidabilità e integrità delle informazioni contabili e gestionali*” e la “*conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne*”.

³⁴ Nel documento si legge “*Internal control is a process effected by the board of directors, senior management and all levels of personnel. It is not solely a procedure or policy that is performed at a certain point in time, but rather it is continually operating at all levels within the bank. [...] The main objectives of the internal control process can be categorised as follows: 1. efficiency and effectiveness of activities (performance objectives); 2. reliability, completeness and timeliness of financial and management information (information objectives); and 3. compliance with applicable laws and regulations (compliance objectives)*”. Una definizione analoga si legge nell’*Internal Control - Integrated Framework* emanato nel 1992 (e successivamente aggiornato) dal *Committee of Sponsoring Organizations (CoSO Report I)* della *Treadway Commission* statunitense, per la quale “*internal control is broadly defined as a process, effected by an entity's board of directors, management and other personnel, designed to provide reasonable assurance regarding the achievement of objectives in the following categories: i) effectiveness and efficiency of operations; ii) reliability of financial reporting; iii) compliance with applicable laws and regulations*”.

³⁵ BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, 2006, 206, il quale definisce il regolamento del 14 aprile 2005 sulla gestione collettiva del risparmio come “*un vero e proprio trattatello dell’adeguatezza*”.

La normativa regolamentare ha, infatti, tipizzato il controllo sulla gestione delle banche, imponendo l'attuazione di un processo³⁶ comprendente le funzioni di controllo di linea³⁷, di controllo sulla gestione dei rischi³⁸ e di revisione interna (c.d. *internal auditing*)³⁹; inoltre, ha disciplinato per la prima volta il “*ruolo del consiglio di amministrazione e dell'alta direzione*” nella predisposizione del “*sistema dei controlli interni*”: sistema istituito e curato dalla seconda, ma sottoposto alla valutazione e all'approvazione del primo⁴⁰.

³⁶ Il sistema di controllo interno è stato espressamente definito in termini di “processo” (cioè, di funzione permanente dell'impresa operante ad ogni livello aziendale) dalle *Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia*, nelle quali si legge “*I controlli coinvolgono, con diversi ruoli, gli organi amministrativi, il collegio sindacale, la direzione e tutto il personale. Essi costituiscono parte integrante dell'attività quotidiana della banca*” (Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, Titolo IV, Capitolo 11, §1), in conformità con il *Framework* del Comitato di Basilea.

³⁷ Istruzioni di vigilanza per le banche, Titolo IV, Capitolo 11, §1 “*diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Essi sono effettuati dalle stesse strutture produttive (ad es., i controlli di tipo gerarchico) o incorporati nelle procedure ovvero eseguiti nell'ambito dell'attività di back-office*”.

³⁸ Istruzioni di vigilanza per le banche, Titolo IV, Capitolo 11, §1 “*che hanno l'obiettivo di concorrere alla definizione delle metodologie di misurazione del rischio, di verificare il rispetto dei limiti assegnati alle varie funzioni operative e di controllare la coerenza dell'operatività delle singole aree produttive con gli obiettivi di rischio-rendimento assegnati. Essi sono affidati a strutture diverse da quelle produttive*”.

³⁹ Istruzioni di vigilanza per le banche, Titolo IV, Capitolo 11, §1 “*volta a individuare andamenti anomali, violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare la funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni. Essa è condotta nel continuo, in via periodica o per eccezioni, da strutture diverse e indipendenti da quelle produttive, anche attraverso verifiche in loco*”.

⁴⁰ Alla materia è dedicato il § 1.1 delle già citate *Istruzioni di vigilanza* nelle quali, ferma la precisazione secondo cui “*Per consiglio di amministrazione si intende, oltre all'organo consiliare, anche il comitato esecutivo ovvero altri organi collegiali delegati; per alta direzione si intende l'amministratore delegato e/o il direttore generale nonché l'alta dirigenza munita di poteri delegati e che svolge funzioni di gestione*”, la Banca d'Italia ha riconosciuto agli organi amministrativi *unipersonali* tanto il compito di (pianificare gli obiettivi strategici e, in funzione dei medesimi, di) progettare la struttura aziendale, quanto quello di predisporre un efficace ed efficiente sistema di controllo della gestione (*rectius*, interno), rimettendo per contro agli organi amministrativi *collegiali* la competenza ad

A pochi anni di distanza dall'introduzione del T.u.b., un altro settore nel quale il nostro legislatore ha introdotto doveri organizzativi - in recepimento di direttive comunitarie - è stato quello delle assicurazioni.

2.1.2 Il settore assicurativo (dalla direttiva n. 92/96 ai d.lgs. nn. 174 e 175/95)

Per le finalità di vigilanza nel settore assicurativo, le istituzioni comunitarie sono state emanate le direttive del Consiglio n. 92/96/CEE del 10 novembre 1992 *“in materia di assicurazione diretta sulla vita”* e la n. 92/49/CEE del 18 giugno 1992 *“in materia di assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita”*, le quali hanno stabilito - con la dichiarata finalità di armonizzazione⁴¹ - che *“Le autorità competenti dello Stato membro d'origine prescrivono che qualsiasi impresa di assicurazione sia dotata di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno”*⁴².

approvare l'una e l'altro e a verificare che *“l'assetto”* risultante sia conformato in maniera tale da assicurare loro il potere di verificarne costantemente l'operatività. A tali ruoli *“del consiglio di amministrazione e dell'alta direzione”*, si affianca naturalmente quello *“cruciale”* svolto da collegio sindacale, in qualità di *“garante primario”* del controllo interno.

⁴¹ Il considerando 5 della Direttiva 92/96/CEE (e della Direttiva 92/49/CEE) espressamente chiarisce *“che l'impostazione adottata consiste nell'attuare le forme di armonizzazione essenziali, necessarie e sufficienti ad ottenere il reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale, così da rendere possibile il rilascio di un'autorizzazione unica valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio del controllo da parte dello Stato membro d'origine”*.

⁴² Art. 8 Direttiva 92/96/CEE che sostituisce il testo dell'articolo 15 della Direttiva 79/267/CEE.

L'Isvap, con la Circolare n. 366/D del 03.03.1999⁴³, muovendo dalla necessità di adattare la relativa disciplina al fine di garantire la “*sana e prudente gestione*” dell’impresa assicurativa, ha riconosciuto “*la necessità di predisporre un sistema dei controlli interni*” rispetto al quale ha dettato disposizioni che ricalcavano quelle impartite dalla Banca d’Italia nel settore bancario.

Da queste ultime, le disposizioni Isvap si discostavano solo per specificazione e arricchimento delle indicazioni in materia di *internal auditing*⁴⁴ e di flussi informativi⁴⁵, per i quali fu significativamente precisato che “*All’interno dell’impresa dovranno essere garantiti flussi informativi - verso l’alto, verso il basso e a livello trasversale - che consentano a ciascuno di disporre degli elementi di conoscenza idonei allo svolgimento dei propri compiti. Le informazioni dovranno essere complete, tempestive, affidabili e facilmente accessibili. Ne discende che le informazioni necessarie dovranno essere oggetto di una attenta pianificazione e di un controllo che ne verifichino la coerenza con le direttive emanate dagli organi amministrativi*”⁴⁶.

⁴³ La circolare ISVAP n. 366/D del 3 marzo 1999 sui “*Sistema di controllo interno, ruolo e responsabilità degli organi amministrativi e di controllo*”, che forniva indicazioni per realizzare un adeguato sistema di controllo interno, prescriveva la creazione di una funzione di revisione interna e precisava il ruolo e le responsabilità del c.d.a., dell’alta direzione e del collegio sindacale.

⁴⁴ Circolare n. 366/D del 3 marzo 1999, paragrafo 4.

⁴⁵ Circolare n. 366/D del 3 marzo 1999, paragrafo 3.5.

⁴⁶ IRRERA M. *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, 2005, 103 ss. e 132 ss.; LONGO F. *Gli assetti in ambito assicurativo in Assetti adeguati e modelli organizzativi a cura di M. Irrera, Zanichelli*, 2016, 706 ss.

2.1.3 Il settore del mercato mobiliare (dalla l. n. 1/91 al d.lgs. n. 58/98)

Nel settore dell'intermediazione finanziaria, il legislatore ha anticipato la normativa di matrice comunitaria⁴⁷ con la c.d. legge SIM nel 1991⁴⁸.

Tra i “*Principi generali e regole di comportamento*”, la legge aveva già previsto il dovere delle società di intermediazione mobiliare di “*predisporre ed osservare procedure organizzative idonee ad assicurare il controllo interno sulla propria attività e su quella dei propri dipendenti*”⁴⁹.

La direttiva n. 93/22/CEE del 10 maggio 1993 e il suo recepimento interno⁵⁰ furono senza sostanziali variazioni, nel c.d. “*Testo Unico della Finanza*” che - dopo aver introdotto il sistema di vigilanza all'art. 5⁵¹ - ha attribuito con l'art. 6 a:

- la Banca d'Italia, sentita la Consob, il potere di “*disciplinare con regolamento: a) l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni*”;

⁴⁷ Direttiva n. 93/22/CEE del 10 maggio 1993 - “*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio*”.

⁴⁸ Legge 2 gennaio 1991, n. 1 contenente la “*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*”.

⁴⁹ Art. 6 lettera h) della legge 2 gennaio 1991, n. 1.

⁵⁰ Il d. lgs. n. 415 del 23 luglio 1996, c.d. “*Decreto Eurosim*”, attuativo dei “*principi del mutuo riconoscimento degli intermediari e dei mercati*”.

⁵¹ Art. 5 del d. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998: “*Finalità e destinatari della vigilanza I. La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria*”.

- la Consob, sentita la Banca d'Italia, il potere di regolamentare “a) le procedure, anche di controllo interno, relative ai servizi prestati e la tenuta delle evidenze degli ordini e delle operazioni effettuate; b) il comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori, anche tenuto conto dell'esigenza di ridurre al minimo i conflitti di interessi [...]; c) gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi; i flussi informativi tra i diversi settori dell'organizzazione aziendale, anche tenuto conto dell'esigenza di evitare interferenze tra la prestazione del servizio di gestione su base individuale e gli altri servizi disciplinati dalla presente parte”.

Nei relativi *Regolamenti attuativi* della Banca d'Italia, la disciplina è rimasta tesa ad assicurare la “*sana e prudente gestione*” degli intermediari e non si è scostata molto da quanto già previsto nei settori bancario e assicurativo, se non in ragione della specificità dei servizi di investimento.

Solo la disciplina secondaria sui sistemi di controllo interno si è arricchita, nell'esercizio della potestà regolamentare della Consob, di contenuti tesi ad assicurare il rispetto delle regole prudenziali e di comportamento nell'erogazione dei servizi d'investimento, come la separazione patrimoniale e contabile o il dovere di trasparenza verso la clientela⁵².

In estrema sintesi, nel corso degli anni '90 si impose alle banche, alle imprese di assicurazione e d'investimento di dotarsi di una “*buona*” organizzazione amministrativo-contabile e di “*adeguate*” procedure di controllo interno, contraddistinte - rispetto a quelle normalmente presenti in ogni organizzazione aziendale - dall'introduzione di unità organizzative

⁵² Per una trattazione più approfondita si veda: IRRERA M. *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 139 ss.; MONTALENTI P., *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, 803 ss.; MARCIANDI A. *La funzione di controllo interno delle società*, in *Soc.*, 2000, 827 ss.

e protocolli operativi deputati alla rilevazione, alla misurazione e al “contenimento dei rischi tipici connessi alla natura dell’attività svolta”⁵³.

2.2 Dalla gestione sana e prudente all’iniziativa efficace ed efficiente nelle quotate

Il *Testo Unico della Finanza* introduce - per la prima volta - l’obbligo per l’organo gestorio delle società per azioni quotate di predisporre “un’adeguata struttura organizzativa”⁵⁴.

Il riconoscimento avviene indirettamente attraverso l’espressa attribuzione ai sindaci del dovere di vigilare - oltre che “sul rispetto dei principi di corretta amministrazione”⁵⁵ - anche “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”⁵⁶.

⁵³ Si vedano le *Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia*, il cui Titolo IV, Capitolo §2 è interamente dedicato al “Controllo dei rischi”: quelli di credito al 2.1, di tasso di interesse e di mercato al 2.2, di gestione del portafoglio di strumenti finanziari al 2.3, ai rischi operativi, di regolamento nelle operazioni bancarie, di frodi e infedeltà dei dipendenti, legali in genere. Sulla “istituzionalizzazione” del sistema di controllo interno in funzione del governo dei rischi in materia bancaria Cfr. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, cit., 631 ss.

⁵⁴ Sull’effetto indiretto per l’organo gestorio dell’art. 149 c. 1 lett. c) t.u.f., IRRERA M. *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 159; LUBRANO DI SCORPANIELLO *Gli assetti nelle società quotate in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 525 ss. e 528; MONTALENTI A. *L’amministrazione sociale dal Testo Unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 422 ss.

⁵⁵ Art. 149 c. 1 lett. a) e b) t.u.f.

⁵⁶ Art. 149 c. 1 lett. c) t.u.f.

La previsione evidenzia che gli “obblighi organizzativi” imposti non erano necessariamente collegati all’esigenza di monitorare specifici rischi associati alla natura delle imprese regolamentate, ma piuttosto alla necessità di supervisionare la gestione delle attività aziendali in generale.

Infatti, la Consob⁵⁷, il Codice di Autodisciplina delle società quotate redatto da Borsa Italiana S.p.a.⁵⁸, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti⁵⁹ - nel descrivere i contenuti del corrispondente dovere di vigilanza (espressamente) imputato al collegio sindacale dall’art. 149 c. 1 lett. c) t.u.f. - ne esplicitarono l’oggetto in una verifica sull’esistenza in seno alla società di una struttura organizzativa e di procedure aziendali essenzialmente deputate alla rappresentazione dei fatti di gestione e alla rilevazione di rischi finanziari, operativi e legali⁶⁰.

⁵⁷ La Comunicazione Consob del 20 febbraio 1997 n. DAC/RM/97001574 è antecedente all’entrata in vigore del t.u.f., ma applicabile anche successivamente per espressa indicazione della Consob con Comunicazione n. DAC/9801375 del 27 febbraio 1998.

⁵⁸ Si vedano le già versioni del 1999 e del 2002.

⁵⁹ I nuovi principi di comportamento del collegio sindacale nelle società quotate e controllate dalle quotate elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dal Consiglio Nazionale dei ragionieri e Periti commerciali nel 2001, ivi compresa la Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno.

⁶⁰ I principi di comportamento del collegio sindacale elaborati dal CNDC hanno individuato le caratteristiche di un’adeguata *struttura organizzativa* in “a) conformità alle dimensioni della società, alla natura e modalità di perseguimento dell’oggetto sociale; b) organigramma aziendale con chiara identificazione delle linee di responsabilità; c) direzione dell’azienda effettivamente esercitata dagli amministratori; d) documentazione di direttive e procedure aziendali e loro effettiva conoscenza; e) personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate”, ascrivendo alla funzione di controllo interno sia il “controllo gestionale aziendale”, cioè “l’insieme delle direttive, procedure e tecniche che permettono di programmare e successivamente controllare, su base periodica ed in modo sistematico, le operazioni aziendali allo scopo di raggiungere gli obiettivi di gestione prefissati”, sia il “controllo amministrativo contabile”, avente “per oggetto la corretta rappresentazione contabile dei fatti aziendali e la salvaguardia del patrimonio”.

L'obbligo di adottare una struttura organizzativa adeguata nelle società quotate, seppur introdotto con il riconoscimento indiretto di cui si è detto, rappresenta un primo importante cambio di prospettiva sui doveri organizzativi.

Si passa, infatti, dal dovere di istituire controlli e procedure per garantire lo svolgimento “*sano e prudente*” dell’iniziativa in relazione a rischi tipici del settore (bancario, assicurativo o mobiliare), alla necessità di un’organizzazione adeguata a consentire un esercizio *efficace* ed *efficiente* dell’attività in relazione a rischi che investono indistintamente tutte le imprese.

La ricostruzione dei vincoli imposti alla libertà di organizzazione dell’impresa introdotta dal diritto speciale (fino all’estensione del t.u.f. alle società quotate) sarebbe già sufficiente a dimostrare che tali limiti – indipendentemente dalle specificità di settore - sono stati tradotti nel dovere dell’organo gestorio di istituire un’organizzazione tale da assicurare almeno il monitoraggio e l’informazione costanti sui rischi, onde consentire l’assunzione di decisioni gestorie tese a garantire la prosecuzione dell’impresa e il raggiungimento degli obiettivi⁶¹.

Prima di analizzare gli elementi della riforma del 2003, che ha definitivamente introdotto doveri organizzativi generalizzati e non più legati ai rischi di settore, è utile ricordare altri due interventi del legislatore, seppur tendenti ad obiettivi diversi; si tratta delle norme per la prevenzione dei reati (d.lgs. n. 231 del 2001) e per la lotta al riciclaggio (d.lgs. n. 321 del 2007).

⁶¹ CANALE C. *Assetti organizzativi adeguati e processi decisionali dei soci di s.r.l.*, tesi del Dottorato di Ricerca in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell’impresa del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell’Università degli studi di Milano, 2022, 31.

2.3 La funzione di prevenzione dei reati e la lotta al riciclaggio

L'interrelazione tra organizzazione aziendale, governo dei rischi e conformità dell'*agere* imprenditoriale, che è alla base dei fin qui ricordati interventi legislativi, anima anche il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Quest'ultimo, nel disciplinare la responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato, riconosce un'esenzione dalla responsabilità a quegli enti che si siano dotati di modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire il rischio di consumazione dei reati.

2.3.1 La responsabilità da reato degli enti e i modelli di organizzazione, gestione e controllo (d.lgs. n. 231/2001)

Con il d. lgs. n. 231 del 2001 è stata introdotta e regolata la responsabilità amministrativa degli enti⁶² per i reati commessi - nel loro esclusivo interesse o a loro esclusivo vantaggio - dal personale operante alle loro dipendenze.

La disciplina, per prevenire il rischio della consumazione dei reati, esclude la configurabilità in capo all'ente della responsabilità amministrativa quando sia provato che il reato commesso da uno dei soggetti in posizione apicale⁶³ è il risultato della fraudolenta elusione di "modelli di organizzazione e gestione" in concreto istituiti dall'organo dirigente volti a prevenire la consumazione dell'illecito.

⁶² Il d.lgs. n. 231 del 08/06/2001 contiene la "*disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*".

⁶³ Definiti all'art. 5 c. 1 lett. a) del d. lgs. n. 231 del 2001 come le "*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*".

Il modello deve necessariamente prevedere appositi protocolli - cioè procedure decisionali, operative ed informative - ed è richiesto dall'art. 6 che sia istituito *“un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo”*, deputato a *“vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e curare il loro aggiornamento”*.

Il secondo comma dello stesso articolo dispone che i suddetti modelli *“devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello”*.

Per quanto parte della dottrina abbia evidenziato l'utilità di tale normativa a definire il contenuto della formula *“assetto organizzativo, amministrativo e contabile”*, non può non evidenziarsi la netta differenza funzionale tra i modelli ex d. lgs. n. 231/2001 e gli assetti prima previsti per la s.p.a. dall'art. 2381 c.c. e ora estesi dall'art. 2086 c.c. ad ogni forma (non individuale) di impresa⁶⁴.

I primi esplicano la propria efficacia esimente solo se idonei a prevenire la commissione dei reati o a minimizzarne il rischio; i secondi - come si vedrà - hanno lo scopo di gestire rischi (come quello finanziario o “d'impresa”) la cui sistematica assunzione è necessaria.

⁶⁴ IRRERA M. *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 109 ss. e 195 ss.; FREGONARA, *I modelli di organizzazione e gestione e gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 889 ss.

Nonostante la differente finalità, la disciplina sulla responsabilità degli enti - che è divenuta nel tempo sempre più rilevante per il continuo ampliamento del catalogo dei “reati presupposto”⁶⁵ - costituisce comunque un importante parametro di riferimento nella costruzione dei modelli organizzativi.

Si tornerà sul tema in prosieguo, in quanto l’analisi della casistica della giurisprudenza penale di legittimità sul tema può fornire interessanti spunti per la definizione del concetto di “adeguatezza”; infatti, per escludere la responsabilità, il giudice penale è chiamato alla concreta valutazione dei contenuti dei modelli organizzativi e ad un vaglio della loro idoneità in astratto (*rectius* un vaglio di adeguatezza)⁶⁶.

2.3.2 La lotta al riciclaggio (d.lgs. n. 231/2007)

Le medesime finalità di prevenzione animano il legislatore - non solo nazionale - tra il 2005 e il 2007 in relazione alla lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

In attuazione della direttiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 “*relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*”, nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione, fu approvato dal legislatore

⁶⁵ L’originario catalogo dei reati presupposto veniva dettato da soli 3 articoli del decreto, per effetto dei plurimi ampliamenti (l’ultimo con la legge n. 137 del 2023) si contano oltre 25 articoli con un elenco di oltre 200 fattispecie di reato.

⁶⁶ PRESCIANI C., *Il modello organizzativo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001* in *Banca, borsa. tit. cred.*, 2020, I, 730, il quale ricostruisce i rapporti tra il modello previsto dal d.lgs. 231/201 e gli assetti adeguati. MANES V., *Realismo e concretezza nell’accertamento dell’idoneità del modello organizzativo* in *Giur. comm.*, 2021, I, 633

interno il d. lgs. n. 231 del 2007, integralmente riscritto dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90.

Esso attribuisce espressamente ai soggetti obbligati⁶⁷ il dovere di adottare assetti organizzativi e procedurali adeguati a mitigare e gestire i rischi, chiedendo - ove la natura e la dimensione dell'impresa lo esiga - la creazione di un'apposita funzione antiriciclaggio.

L'art. 16 del d. lgs. espressamente prevede che *“I soggetti obbligati adottano i presidi e attuano i controlli e le procedure, adeguati alla propria natura e dimensione, necessari a mitigare e gestire i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo [...] Le autorità di vigilanza di settore [...] e gli organismi di autoregolamentazione [...] individuano i requisiti dimensionali e organizzativi in base ai quali i soggetti obbligati [...] adottano specifici presidi, controlli e procedure per: a) la valutazione e gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo; b) l'introduzione di una funzione antiriciclaggio, ivi comprese, se adeguate rispetto alle dimensioni e alla natura dell'attività, la nomina di un responsabile della funzione antiriciclaggio e la previsione di una funzione di revisione indipendente per la verifica delle politiche, dei controlli e delle procedure [...] I soggetti obbligati adottano misure proporzionate ai propri rischi, alla propria natura e alle proprie*

⁶⁷ Il novero dei soggetti è mutato nel tempo: l'art. 3 del d. lgs 231 del 2007, come riscritto dal d. lgs. n. 90 del 2017 e ora modificato dalla Legge del 10/05/2023 n. 52 elenca tra i soggetti destinatari: *“a) le banche; b) Poste italiane S.p.a.; c) gli istituti di moneta elettronica [...] (IMEL); d) gli istituti di pagamento [...] (IP); e) le società di intermediazione mobiliare [...] (SIM); f) le società di gestione del risparmio [...] (SGR); g) le società di investimento a capitale variabile [...] (SICAV); h) le società di investimento a capitale fisso [...] (SICAF); i) gli agenti di cambio [...]; l) gli intermediari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 TUB; m) Cassa depositi e prestiti S.p.a.; n) le imprese di assicurazione [...]; o) gli intermediari [...]; p) i soggetti eroganti micro-credito, ai sensi dell'articolo 111 TUB; q) i confidi e gli altri soggetti di cui all'articolo 112 TUB; s) le società fiduciarie iscritte nell'albo previsto ai sensi dell'articolo 106 TUB; [...]”*

dimensioni, idonee a rendere note al proprio personale gli obblighi cui sono tenuti ai sensi del presente decreto[...]”.

È evidente, anche in questo settore, il richiamo ai concetti di *adeguatezza e proporzionalità per presidi, controlli e procedure*, in relazione a *natura e dimensione* dell’attività.

2.4 La generalizzazione dell’obbligo per la s.p.a. (il d. lgs. n. 6/2003)

La maturata consapevolezza di interdipendenza tra organizzazione aziendale *adeguata* e gestione *efficace ed efficiente* dell’impresa ha portato, infine, il legislatore del 2003 a prevedere specifici doveri organizzativi in capo a tutti gli amministratori di s.p.a., anche di diritto comune⁶⁸.

La previsione sugli assetti organizzativi è stata generalizzata per le s.p.a. con la riforma societaria del 2003, che ha riformato - tra gli altri - gli artt. 2381 e 2403 c.c. e che ha dato lustro al requisito dell’organizzazione richiesto dall’art. 2082 c.c.⁶⁹, inteso - in senso più ampio - come organizzazione di fattori produttivi, anche fuori dagli ordinamenti settoriali, che fino a quel momento si interpretava in riferimento a tutti i fattori della produzione; il nuovo art. 2086 c.c. - anche per l’interpolazione dell’art. 2380 bis c.c. - sembra confermare la lettura dell’art. 2381 c.c. di

⁶⁸ MOSCO G.D., *Commento all’art. 2380 bis in Società di capitali. Commentario* a cura di STAGNO D’ALCONTRES-NICCOLINI, Napoli, 2004, p. 589

⁶⁹ Prima della riforma del 2003, l’organizzazione era il più trascurato tra i requisiti dell’art. 2082 c.c., dove maggiormente spiccavano la “professionalità” e la “economicità”. DESANA E., *La fattispecie impresa nelle sue varianti*, in *Lineamenti di diritto commerciale* a cura di COTTINO G., II, Bologna, 2016, 41; MARASÀ G., *L’imprenditore. Artt. 2082 e 2083 c.c.* in *Commentario al codice civile* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 2021, 9.

parte della dottrina, che lo riferiva all'organizzazione e declinava gli assetti già come "assetti d'impresa".

Il novellato art. 2381 c.c.⁷⁰ ha previsto per la società per azioni un espresso obbligo in capo ai titolari della funzione di gestoria di curare "*che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*", prevedendo al tempo stesso per gli amministratori non titolari di deleghe l'obbligo di valutarne l'adeguatezza.

L'art. 2403 c.c. post novella ha imposto al collegio sindacale - ovvero, nel sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza e, nel sistema monistico, al comitato per il controllo sulla gestione - l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

La "nuova" disciplina del 2003⁷¹ conferma per la s.p.a. che la funzione amministrativa non è più considerata come mera gestione operativa, ma anche come costruzione di assetti e predisposizione di procedure idonee a promuovere la correttezza dell'attività gestoria e a facilitarne la vigilanza, in linea con le esperienze di altri ordinamenti⁷².

Secondo parte della dottrina, la vera novità introdotta con la riforma del 2003 in tema di assetti non sarebbe tanto l'evocazione degli "*assetti organizzativi, amministrativi e contabili*" come componente centrale

⁷⁰ L'esame della norma è fondamentale per il tema che ci occupa, anche alla luce della sua espressa estensione alla s.r.l. introdotto con il codice della crisi, mediante l'aggiunta dell'ultimo comma all'art. 2475 c.c.

⁷¹ La previsione di cui all'art. 2381 c.c. deve esser letta in combinato disposto con l'art. 2403 c.c. e con le ulteriori previsioni novellate o introdotte ex novo dal legislatore della riforma, quali l'art. 2391 c.c., in materia di interessi degli amministratori, l'art. 2391-bis c.c., in tema di operazioni con parti correlate, l'art. 2497-ter c.c., in materia di attività di direzione e coordinamento di società.

⁷² EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano* in *Giur. comm.*, 1992, I, 617 ss.; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 35 ss., che passa in rassegna le scelte degli altri ordinamenti europei.

dell'attività gestoria - già presente nei ricostruiti ordinamenti speciali - quanto nella scelta di qualificare l'adozione e il concreto funzionamento degli assetti come un risvolto dei principi di corretta amministrazione societaria, indicando⁷³ nell'adeguatezza degli assetti il generale criterio di condotta cui gli organi societari si devono attenere nell'attività di loro configurazione, attuazione, verifica e vigilanza⁷⁴.

La lettera dell'art. 2403, comma 1, c.c. dispone che il collegio sindacale “*vigila (...) 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*”; l'avverbio “in particolare” armonizza i due periodi, dando al secondo un significato di specificazione e delimitazione del primo.

Possiamo dire che questa sia una tendenza propria dell'impianto della riforma del 2003, laddove ha inteso delimitare e specificare la responsabilità degli organi di amministrazione e controllo⁷⁵.

In questa visione, gli adeguati assetti si presentano come clausola (sub-clausola) generale ovvero “*come una norma di rango primario connotata da autonoma precettività*”⁷⁶.

⁷³ Art. 2403, c. 1, c.c. in collegamento con i commi 3 e 5 dell'art. 2381 c.c.

⁷⁴ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile* in *Giur. comm.*, 2006, I, 7 s.s.

⁷⁵ DE SENSI V. *Adeguati assetti e business judgment rule* in *Diritto della Crisi* del 16 aprile 2021, 9, il quale precisa “*Basti al riguardo ricordare la modifica dell'art. 2391 c.c. sulla vigilanza sul generale andamento della gestione societaria per evitare la configurazione di responsabilità oggettive o da posizione per gli amministratori senza deleghe*”.

⁷⁶ MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi, opera diretta da Irrera*, Bologna, 2016, 43; Id. già in *L'adeguatezza degli assetti in Le clausole generali del diritto societario* a cura di MERUZZI G. e TANTINI G., Milano, 2011; Id. *L'informativa endosocietaria nelle società per azioni* in *Contr. imp.*, 2010, 751 ss.; Id. *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, cit., 28 ss.; RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, 86 ss.; IRRERA

3 LA RATIO DEL “NUOVO” ART. 2086 C.C.

L’impatto che la riformulazione dell’art. 2086 c.c. - insieme alle altre modifiche apportate al Codice civile - ha avuto in tema di doveri e responsabilità degli amministratori non si può comprendere se non si individua anzitutto la *ratio* sottesa alla riforma, la cui individuazione consente di comprenderne l’impatto sui contenuti concreti che gli assetti devono avere per esser adeguati.

3.1 La collocazione sistematica della disposizione e l’ambito soggettivo

La scelta della collocazione sistematica del nuovo e generale obbligo organizzativo nel capo “*sull’impresa in generale*” può essere compresa con quanto affermato da una dei componenti della Commissione ministeriale che ha guidato i lavori della riforma, la quale - posto che a partire dalla riforma societaria del 2003, il principio di adeguatezza organizzativa individuava e definiva uno dei principali doveri dell’organo cui è affidata la gestione dell’impresa - ha osservato⁷⁷ che “*è sembrato opportuno cogliere l’occasione della revisione e risistemazione della disciplina della crisi e dell’insolvenza per precisare ulteriormente il contenuto di detto dovere, collegando la regola dell’adeguatezza degli assetti all’esigenza*

M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 84; Id. *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 365 ss.; RIOLFO, *L’adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, cit., 209 ss.; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 18 ss.

⁷⁷ SCOGNAMIGLIO G., in occasione della presentazione dei lavori alla *Scuola Superiore della Magistratura* I contributi dei relatori sono stati raccolti nel *Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022.

della rilevazione (quanto più possibile) tempestiva di sintomi o indizi della crisi”.

La scelta della sede deputata ad ospitare il “nuovo e generale” dovere di adeguatezza organizzativa risponderebbe alla volontà di *“collocarlo in una disposizione generale sull’impresa, sul presupposto che l’ambito di applicazione di detta regola si estende a tutte le forme di esercizio dell’impresa”.*

Sembrirebbe che questa disposizione sia stata individuata nell’art. 2086 c.c., perché considerata una disposizione che ormai *“aveva esaurito il suo contenuto precettivo nell’affermazione che l’imprenditore è il capo dell’impresa e che da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori”*⁷⁸; dunque, consentiva una sua completa riformulazione senza generare l’effetto domino tipicamente derivante dalla modifica di una disposizione codicistica⁷⁹.

Non può sfuggire, però, che la volontà di usare lo spazio offerto dall’art. 2086 c.c. per rimanere nel capo *“dell’impresa in generale”*, contrasta con la formulazione della disposizione, che espressamente esclude una parte di imprenditori, cioè quelli non societari e non collettivi.

⁷⁸ Secondo il presidente della Commissione Rordorf, *“l’affermazione è da taluni considerata alla stregua di una mera ed obsoleta reminiscenza dell’autoritarismo corporativo del regime fascista vigente all’epoca in cui il codice civile venne emanato, sostanzialmente svuotata di ogni significato dal sopravvenire di un contesto politico e sociale radicalmente diverso, il che spiega certi commenti negativi, a volte anche sferzanti, sulla scelta legislativa di utilizzare proprio l’art. 2086 come alveo in cui versare il nuovo principio generale di gestione” dell’impresa”.*

⁷⁹ Si può discutere dell’opportunità di collocare la previsione nello statuto dell’imprenditore, intervenendo in termini isolati e occasionali sulla parte più datata e ormai meno convincente del libro V del codice civile, come evidenziato da MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi* in *Rivista delle società*, 2019, 1033 ss., il quale precisa che sarebbe stato opportuno renderla - nel complesso e senza ulteriori ritardi - *“più moderna e capace di rispondere alle nuove esigenze normative dell’impresa”.*

Il motivo della mancata corrispondenza tra l'esigenza di avere una *sedes materiae* relativa all'impresa in generale e l'applicazione non a tutti i tipi di imprenditore sarebbe - secondo i primi commentatori e gli stessi membri della Commissione - da ricercare in un errore di coordinamento nella fase attuativa, ma non manca chi sostiene che sia il frutto di una scelta di politica legislativa per salvaguardare gli impatti della novella e i relativi costi normativi per la microimpresa individuale.

Infatti, nella prima formulazione dell'articolo⁸⁰ l'ambito applicativo della norma coincideva con la fattispecie dell'impresa, in quanto "*l'idea era proprio quella di farne un principio generale del diritto dell'impresa*" e che "*la limitazione dell'ambito di operatività del principio al solo insieme delle imprese imputate ad un soggetto collettivo, o al sottoinsieme delle imprese imputate ad un ente societario, non era stata neppure presa in considerazione dagli originari estensori della nuova disposizione*"⁸¹.

A fronte dell'esclusione dell'imprenditore individuale dall'ambito soggettivo di applicazione dei doveri ex art. 2086 c.c. - vi è comunque l'espresso riconoscimento all'art. 3 del c.c.i.i.⁸² del dovere - proprio per l'imprenditore individuale - di "*adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative*

⁸⁰ Nello *Schema di disegno di legge delega recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza"*, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni), l'art. 13 - Modifiche al codice civile - prevedeva: "*il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale*", senza alcuna esclusione per l'imprenditore non societario e non collettivo.

⁸¹ SCOGNAMIGLIO G., *Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c. in Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, 66.

⁸² Come modificato da ultimo dal d. lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

necessarie a farvi fronte”; mentre al comma 2 lo stesso articolo prevede che *“l'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile”*.

Sembrirebbe, dunque, che il legislatore abbia voluto differenziare - pur funzionalizzandoli alle stesse finalità - l'obbligo di “adeguati assetti” per l'imprenditore societario o collettivo dall'obbligo di “misure idonee” per l'imprenditore individuale.

Il comma 3 dello stesso articolo, pur accomunandole sotto il profilo delle caratteristiche funzionali⁸³, si riferisce ad essi come *“le misure di cui al comma 1”* e *“gli assetti di cui al comma 2”*, dimostrando una presupposta differenza tra le due categorie⁸⁴. Le prime evocherebbero un'azione meno intensa, la quale si addice ad un imprenditore di minori dimensioni, mentre laddove si tratti di un'impresa più complessa - in quanto collettiva - sarebbe richiesta un'azione più incisiva, alla quale sarebbe congrua la seconda espressione⁸⁵.

⁸³ Prescrive che entrambe *“Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa [...] devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2”*.

⁸⁴ CAGNASSO O., *Le misure idonee, gli assetti adeguati e l'organizzazione dell'attività di impresa* in *Nuovo dir. società*, 2021, 1597 ss., secondo cui in ogni caso l'obbligo di assetti sarebbe insito nel requisito dell'organizzazione dell'attività economica, che connota la fattispecie dell'imprenditore (individuale e collettivo) ai sensi dell'art. 2082 c.c., invece, la “scelta” di escludere l'imprenditore individuale dal novero dei soggetti cui è destinato il dovere di istituire adeguati assetti, riservandogli - invece - l'obbligo di “misure idonee”, potrebbe avere un impatto in punto di contenuto: vi sarebbe differenza tra la fattispecie di “misure idonee” e quella di “assetti adeguati”.

⁸⁵ FERRI G. e ROSSI M., *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*.

Anche se, potrebbe sembrare una superfetazione inutile: il richiamo alla proporzionalità rispetto alle dimensioni e alla natura dell'impresa sarebbe stato sufficiente a richiedere all'imprenditore individuale un livello più blando di struttura (*rectius* misure e non assetti), a meno che non si dimostri che tra assetti e misure non vi è differenza "quantitativa" ma "qualitativa".

In ogni caso, per il combinato disposto dell'art. 3 c.c.i.i. e dell'art. 2086 c.c., il dovere di approntare misure idonee o assetti adeguati alla prevenzione della crisi involge, a più livelli, tutti gli imprenditori, siano essi individuali che collettivi, anche non commerciali e persino le forme organizzative non imprenditoriali come associazioni, fondazioni⁸⁶ e consorzi⁸⁷.

Studi in onore di Oreste Cagnasso a cura di M. Irrera, 577, che definiscono le "misure idonee" un "sucedaneo - semplificato, ma funzionalmente analogo - degli assetti"; MANCA, Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione dell'aziendalista, in Giur. Comm., 2020, 629 ss., il quale ritiene che l'art. 2086 c. 2 c.c. ha imposto l'istituzione di un sistema controllo di gestione comprensivo di appositi meccanismi di rilevazione del rischio di crisi e ipotizza che per le società di minori dimensioni (di capitali e di persone) imprese individuali "si potrebbe prevedere, così come diremo a proposito degli indicatori di crisi, una personalizzazione rispetto alle fattispecie di volta in volta esaminate, in modo che si possa raggiungere un equilibrio fra le esigenze poste dalla normativa e le concrete possibilità di attuarle da parte delle aziende".

⁸⁶ DI CATALDO V. - ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule* in *Giur. comm.*, 2021, I, 72; MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedura di allerta* in *Rivista Orizzonti di dir. comm.*, 2020, 23 ss., il quale afferma che "potrebbe ipotizzarsi una soluzione che distingua tra fondazioni a base associative e non" citando ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 80 ss. e BELLEZZA E. - FLORIAN F., *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, "ove si propenda per una maggiore aderenza al dato letterale, anche per il fatto che le prime (analogamente alle società ed alle associazioni) possono ricorrere anche a risorse "interne" (e cioè all'apporto dei soci) per superare la crisi".

⁸⁷ AMBROSINI S., *Assetti adeguati e «ibridazione» del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del codice della Crisi, Studi in onore di Oreste Cagnasso, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 433; IRRERA M., Assetti e modelli organizzativi nella corporate governance*

3.2 La nuova rubrica della disposizione

Tornando alla modifica dell'art. 2086 c.c., una volta riempito lo spazio con una disposizione non più riferita solo alla gerarchia dell'impresa, è stato necessario adeguare la rubrica con "*Gestione dell'impresa*", per renderla compatibile con il rinnovato contenuto dell'articolo, ma anche per evidenziare che le norme derivanti dalla disposizione devono intendersi riferite all'impresa.

Tale evidenza - su cui si tornerà nei paragrafi successivi - non è di poco conto: dalla precisazione di non riferire più l'obbligo alla società (per azioni), ma alla "impresa", possono derivare indicazioni sul contenuto degli assetti che gli amministratori devono istituire, quindi anche in punto di responsabilità; dalla scelta di non riferirsi solo all'amministratore - ma più in generale all'impresa e all'imprenditore - possono derivare considerazioni in riferimento all'interesse tutelato con l'introduzione dell'obbligo.

Prima di analizzare tali impatti della collocazione e della rubrica - con particolare riferimento ai suoi rapporti con l'art. 2381 c.c. - può essere utile riportare la spiegazione offerta dal proprio dal presidente della *Commissione Rordorf*: "*Nella rubrica precedente, Direzione e gerarchia dell'impresa, si avvertiva lo spirito dell'epoca in cui il Codice civile del 1942 fu emanato, che risuona ancora nell'invariato primo comma, nel quale si ribadisce la struttura gerarchica dell'impresa al cui vertice l'imprenditore è il capo. Il nuovo titolo, Gestione dell'impresa, mette*

delle società di capitali, Bologna, 2016; RORDORF R., *La responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* in *Rivista delle Società*, n. 5/6, 2019, 929; FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità* in *Rivista delle Società*, n. 5/6, 2019, 952. Con riferimento agli assetti organizzativi a seguito della riforma del diritto societario del 2003, cfr. IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

invece da parte la gerarchia, sembra voler abbandonare le suggestioni del Führerprinzip e pone l'accento sugli aspetti funzionali dell'impresa e sugli obblighi cui è soggetto chi l'amministra".

La ratio della novella - e dei suoi plurimi correttivi ancora in fase di adozione - va rintracciata anche nella volontà (*rectius* necessità) di allinearsi alla sempre più immanente *business rescue culture* che anima il legislatore unionale, sulla scorta degli insegnamenti delle scienze economiche di matrice soprattutto extra-europea anche in considerazione degli effetti della crisi pandemica.

3.3 La rescue culture

Come ricordato, le modifiche apportate all'art. 2086 c.c. hanno origine nella progettata riforma organica del diritto della crisi e, concepite nel contesto di quella riforma, sono elaborate - anche - in funzione di essa⁸⁸.

Il dovere di istituire gli adeguati assetti di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c. è stato espressamente funzionalizzato alla tempestiva emersione dei sintomi della crisi, per consentire il ricorso a rimedi tempestivi ed evitare che la crisi⁸⁹ degeneri in insolvenza⁹⁰.

⁸⁸ e del "diritto societario della crisi": RORDORF R. *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c. in Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura, 2022, 54.*

⁸⁹ Si intende per "crisi": "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi" ai sensi dell'art. 2. c.c.i.i. (come da ultimo modificato con il D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, a decorrere dal 15 luglio 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 51, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 83/2022).

⁹⁰ Si intende per "insolvenza": "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" ai sensi dell'art. 2. c.c.i.i.

Ciò al fine di favorire il più possibile soluzioni negoziate di ristrutturazione aziendale, così da dover ricorrere a procedure liquidatorie solo quanto non si possa davvero fare altrimenti; finalità ulteriormente esplicitata dall'espresso richiamo che proprio all'art. 2086 c.c. opera il secondo comma dell'art. 3 del c.c.i.i. enunciando, nell'ambito dei principi generali, i doveri ai quali il debitore deve sottostare⁹¹.

Il collegamento espresso tra il dovere organizzativo e l'esigenza della rilevazione dei sintomi della crisi⁹², mira - in forza dell'assunto per il quale l'intervento tempestivo consente di alleviare i costi e di arginare gli effetti della crisi - a recepire le indicazioni provenienti dalle scienze economiche e dal diritto unionale.

Infatti, è ormai diffusa a livello dell'UE una "nuova"⁹³ cultura economica - oltre che giuridica - attenta alla gestione del rischio imprenditoriale ed alla prevenzione delle crisi aziendali (la cd. "*rescue culture*")⁹⁴, ed è ormai comune a molteplici ordinamenti continentali⁹⁵ ed

⁹¹ RORDORF R. *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2021, 589 ss.

⁹² Ufficio del Massimario e del ruolo della Cassazione, relazione n. 87 del 15/09/2022, nella quale si definisce la presenza di assetti adeguati come "*un perno centrale del sistema di early warning, destinato a favorire l'emersione tempestiva della crisi di impresa, sul presupposto che affrontare tardivamente tale situazione, quando ormai si è verificata la perdita della continuità aziendale, rappresenta un danno per l'intero sistema economico e per gli stessi creditori*".

⁹³ Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, che già nel titolo fa riferimento ad un "*nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*".

⁹⁴ DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgment rule* in *Diritto della Crisi* del 16.04.2021, 7 ss.

⁹⁵ Sulla *rescue culture* in Europa: WESSELS - MADAUS, *Rescue Of Business in Europe*, Oxford, 2020, 7: "*As to the projects background, since the global financial crisis, insolvency law has been at the forefront of law reform initiatives in Europe and beyond. The specific topic of business rescue appears to rank top on the insolvency law-related agenda of the EU institutions. The economic recession in Europe has caused a rapid growth of insolvencies, clearly highlighting the importance of effective business rescue*". Sulla

extraeuropei⁹⁶, che - secondo un percorso osservabile a livello globale⁹⁷ e attraverso un approccio fondato sul modello concettuale del *Chapter 11* statunitense - è stata ormai positivamente accolta nelle fonti unionali, che regolano la materia in esame⁹⁸.

risalente declinazione in Germania della *rescue culture* e gli strumenti di gestione di prevenzione della crisi: DU PLESSIS J.J., GROBFELD B., LUTTERMANN C., SAENGER I., SANDROCK O., CASPER M., *German Corporate Governance in International and European Context*, Heidelberg, 2012, 82 ss.

⁹⁶ HUNTER M. *The nature and functions of rescue culture* in *Commercial Law Journal*, 1999, 104, 426.

⁹⁷ Per una disamina del concetto e del suo progressivo riconoscimento a livello internazionale: FLESSNER A., *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Il diritto fallimentare*, 2009, I.; BRIDGE *Insolvency - A second chance? Why Modern Insolvency Laws Seek to Promote Business Rescue*, in *Law in Transition*, 2013, 28 ss.; in senso critico, VERDOES - VERWEIJ, *The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture*, in *International Insolvency Review*, 2018, 398 ss., i quali rimarcano le rilevanti incognite che il salvataggio di un'impresa in crisi inevitabilmente presuppone, ricordando altresì che alla base stessa del capitalismo c'è l'idea di un processo che, nella competizione, determina vincitori e vinti, sicché solo alcune imprese meritano di sopravvivere, e non certo indefinitamente; sulla stessa linea, PEZZOLI - TONAZZI, *La sfida della normalità. Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2020, 387 ss., i quali osservano che consentire alle imprese *zombie* di permanere indefinitamente sul mercato ha effetti nocivi per un sistema economico, riducendo la propensione all'investimento e all'innovazione anche per le imprese sane.

⁹⁸ MINERVINI V. *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi* in *Diritto della Crisi* del 30 marzo 2022.

Una traccia chiara di questa tendenza a livello unionale è rinvenibile in materia bancaria; ad essa si ispira la normativa relativa al risanamento e risoluzione della cd. *BRRD*⁹⁹ e del cd. *SRMR*¹⁰⁰.

È questo approccio a essere identificabile chiaramente anche nelle disorganiche disposizioni di riforma che a partire dal 2005 hanno caratterizzato il diritto fallimentare nazionale¹⁰¹ e il nuovo Codice¹⁰².

La *rescue culture* può essere definita come un insieme di atteggiamenti, pratiche e normative che promuovono e incentivano il recupero delle imprese in difficoltà economiche attraverso processi di ristrutturazione e risanamento, piuttosto che tramite la liquidazione o il fallimento.

Si incoraggia l'adozione di misure tempestive e cooperative da parte di tutti gli attori coinvolti, inclusi debitori, creditori e autorità giudiziarie, al fine di preservare l'impresa, il suo valore, i posti di lavoro e l'interesse degli *stakeholder*.

⁹⁹ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio Testo rilevante ai fini del SEE.

¹⁰⁰ Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010.

¹⁰¹ MAFFEI ALBERTI A. *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività in Ristrutturazioni Aziendali* del 29 gennaio 2022 e SCOGNAMIGLIO G. *Le trasformazioni del diritto fallimentare* in *L'impresa italiana*, 2020, 565 ss.; MONTALENTI P. - NOTARI M. *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Milano, 2021.

¹⁰² MINERVINI V. *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency"*. *Prime riflessioni* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 17 ottobre 2021, 15 ss.; AMBROSINI, *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *Ristrutturazioni Aziendali* del 23 agosto 2021, 8 ss.

L'arrivo del fallimento per l'impresa non è più un esito inevitabile, che ne segna inevitabilmente la fine; ma un'occasione per riorganizzare e salvare l'attività in difficoltà, a beneficio dell'economia generale¹⁰³.

Lo sviluppo di questo approccio, certo lontano dalla legge fallimentare del '42, richiede un quadro normativo che facilita il recupero dell'impresa attraverso procedure giuridiche che favoriscono il risanamento piuttosto che la liquidazione, promuovendo un approccio cooperativo e negoziale tra i creditori e il debitore¹⁰⁴.

Un'evidente adesione del legislatore unionale a tale impostazione si è registrata con la *direttiva Insolvency*¹⁰⁵ che - concepita proprio per rafforzare e diffondere la *rescue culture*¹⁰⁶ - ha imposto al legislatore italiano di intervenire con un decreto "di recepimento" correttivo dello stesso c.c.i.i., con un notevole impatto sui principi che regolano il diritto della crisi.

¹⁰³ FINCH, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009, 215; WESSELS & VIRULY DE CLERCQ, *Business Rescue Proceedings in South Africa: The Need for a Rescue Culture*, 2011

¹⁰⁴ MC CORMACK G., *Corporate Rescue Law - An Anglo-American Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2008, 38.

¹⁰⁵ La Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, "riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)" fa seguito al Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, "relativo alle procedure di insolvenza"; l'analisi dei considerando consente di cogliere in pieno tali obiettivi.

¹⁰⁶ MC CORMACK G. *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 2024, 89; MADAUS S. *The Future of European Insolvency Law: A Rescue-Oriented Approach*, *European Business Organization Law Review*, 2024, 152; FINCH V. *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2024, 210.

Il cambio di impostazione si può cogliere anche confrontando la previsione dell'art. 2086 c.c. con quella dell'art. 2381 c.c. dettata per la s.p.a. con la riforma del 2003¹⁰⁷.

3.4 Il rapporto con l'art. 2381 c.c.

Se per alcuni la più importante novità introdotta con la riforma dell'art. 2086 c.c. consiste nell'aver “*eretto le regole di adeguata organizzazione, già imposte alle imprese in forma di s.p.a., a principio generale del diritto dell'impresa*”, è necessario domandarsi se le due categorie siano davvero sovrapponibili; oppure se la previsione segni uno sviluppo ulteriore e a tratti diverso del dovere di corretta amministrazione sotto il profilo degli assetti e del loro concreto funzionamento.

3.4.1 Da “società” (per azioni) a gestione di “impresa”

Si è anticipato che una prima differenza che emerge fin dalla prima lettura dell'art. 2381 c.c. e dell'art. 2086 c.c. è il passaggio dal riferimento al tipo societario (s.p.a.) alla impresa in generale.

¹⁰⁷ MOSCO G.D., *Commento all'art. 2380 bis in Società di capitali. Commentario* a cura di STAGNO D'ALCONTRES-NICCOLINI, Napoli, 2004, p. 589.

L'impresa, dopo la riforma del 2003¹⁰⁸, può essere definita come l'attività economica organizzata¹⁰⁹ esercitata professionalmente per le finalità di produzione o scambio di beni o servizi; da ciò la tradizionale individuazione tra i connotati caratteristici dell'impresa, accanto allo scopo economico cui l'attività è diretta ed alla professionalità di chi la esercita, dell'organizzazione dei mezzi mediante i quali quell'attività si svolge¹¹⁰.

¹⁰⁸ MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., XX, evoca "il noto dibattito, sviluppatosi dopo la codificazione del '42, sull'organizzazione come requisito fondante della stessa nozione di imprenditore" e cita GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2013, 28 ss., CETRA, *La nozione di impresa*, in CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, I, Torino, 2014, 33 ss.; BIGIAMI, *La "piccola impresa"*, Milano, 1947, 85 ss.; BONFANTE e COTTINO, *L'imprenditore in Tratt. Cottino*, I, Padova, 2001, 424 ss.; BUONOCORE, *L'impresa in Tratt. Buonocore*, I/2, Torino, 2002, 127, il quale riconosce la natura imprenditoriale dell'attività pure in caso "di organizzazione elementare o embrionale dei fattori produttivi". Secondo l'Autore, "in tale contesto sistematico l'art. 2381 c.c. altro quindi non fa che traslare all'impresa collettiva in forma di società per azioni, che il legislatore postula costituita per lo svolgimento di attività imprenditoriali di medio-grande dimensione, un requisito che è strutturalmente insito nella stessa nozione di impresa, quando questa sia svolta in forme minimamente complesse".

¹⁰⁹ BIANCA M., *Le norme positive ed i concetti in tema di assetti organizzativi dell'impresa prima della riforma dell'art. 2086 c.c.* in *Gli assetti organizzativi dell'impresa - Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, 83, il quale precisa che "l'organizzazione è un tratto caratterizzante l'attività di impresa, che trova sin dappprincipio spazio nel codice civile, tanto nel Libro Quarto, si veda l'art. 1655 c.c., quanto e soprattutto nel Libro Quinto. Basti pensare, limitandosi al diritto positivo - del quale questo saggio è invitato ad occuparsi, senza superare l'emanazione del d.lgs. n. 14 del 2019 - all'art. 2082 c.c., che definisce imprenditore chi eserciti un'attività «organizzata», all'art. 2083 c.c., che qualifica piccoli imprenditori gli esercenti un'attività «organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei familiari», all'art. 2555 c.c., che definisce l'azienda un «complesso di beni organizzati». Discorso solo in parte diverso vale per l'art. 2214 c.c., che, imponendo a tutti gli imprenditori di tenere le scritture contabili «richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa», evoca l'obbligatorietà della condotta e la necessità di una confacente organizzazione".

¹¹⁰ Elemento, questo, su cui soprattutto si fonda la differenza ancora ben radicata nell'ordinamento nazionale tra attività d'impresa e prestazione d'opera professionale.

È, dunque, sull'impresa e sul momento organizzativo¹¹¹, anche quale “atto di gestione”, che gravano gli obblighi del novellato art. 2086 c.c.

L'art. 2086 c.c. finisce per individuare il proprium della funzione gestoria in un nucleo organizzativo essenziale dell'attività imprenditoriale e il necessario ed immanente trade off, anche sul piano squisitamente economico, fra la predisposizione di assetti organizzativi interni adeguati (alla natura e alla dimensione dell'impresa) e le operazioni di gestione esterna¹¹².

3.4.2 Dallo *shareholderism* allo *stakeholderism*?

Nella molteplicità degli angoli di visuale e delle prospettive da cui può essere letta la previsione dei doveri organizzativi di cui all'art. 2086 c.c., vale la pena di considerare quella dei soggetti esterni all'impresa, come i creditori o i lavoratori.

Con riferimento a questi ultimi, i giuslavoristi¹¹³ - evidenziando che l'obbligo è collocato dall'art. 2086 c.c. in capo all'imprenditore e non è

¹¹¹ RORDORF R. *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c., cit., 58, “La nozione di organizzazione di impresa essenzialmente attiene alla sua nervatura interna, alla definizione dei processi, dei ruoli e al modo in cui si rapportano ed informano reciprocamente coloro che vi operano, nonché alle modalità con le quali le relative attività vengono registrate, contabilizzate, misurate e controllate; essa non deve essere confusa con la “gestione”, che invece si riferisce alle attività attraverso cui l'impresa opera sul mercato per realizzare le finalità enunciate nell'oggetto sociale”, il quale indica - sulla non agevole distinzione tra competenze gestorie e competenze organizzative dell'impresa societaria - le considerazioni di SANTAGATA R., *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1460 ss.*

¹¹² ABRIANI N. - ROSSI A. *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture* in *Le Società*, 2019, 393 ss.

¹¹³ ALVINO I. *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2019, I, 431 ss.

solo riferito agli amministratori - precisano che esso non è dovuto solo nei confronti della società e dei soci¹¹⁴, ma incombe sul titolare dell'iniziativa economica nei confronti di una o più categorie di *stakeholders* interessati all'adeguatezza degli assetti organizzativi.

Si pensi ai lavoratori subordinati, portatori di un interesse all'adeguatezza degli assetti in relazione alla tempestiva rilevazione dei sintomi della crisi; interesse che - in caso di mancato assolvimento all'obbligo organizzativo - gli consentirebbe l'immediata attivazione dei rimedi previsti dall'ordinamento e la salvaguardia del proprio lavoro.

Sul presupposto della direzione (anche) verso l'esterno dell'obbligo di adeguatezza organizzativa dell'impresa, che tutelerebbe non solo i diritti dei finanziatori a vario titolo dell'impresa stessa, ma anche i diritti di talune categorie di terzi, *“si potrebbe addirittura sostenere che la violazione di detto obbligo sia fonte di responsabilità verso questi terzi e determini il sorgere in capo agli stessi di un diritto risarcitorio, qualora essi possano dimostrare di aver patito un danno (es. la perdita del lavoro) eziologicamente collegato all'inadempimento dell'imprenditore”*¹¹⁵.

Rinviando il vaglio della citata tesi al capitolo terzo, in cui si analizzerà il perimetro della responsabilità degli amministratori, il richiamo ad essa in questa sede dimostra che gli interessi tutelati dalla riforma possono essere più variegati rispetto a quelli dei soli *shareholders*.

¹¹⁴ Oltre ai creditori sociali, verso cui gli amministratori sono gravati da responsabilità ex art. 2394 c.c.

¹¹⁵ SCOGNAMIGLIO G., *Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c.*, cit., 74, secondo la quale è una tesi suggestiva, che ad un primo esame può apparire “fantasiosa”, ma nel contesto di crescente attenzione per il tema della due diligence non finanziaria e per i diversi profili della responsabilità sociale dell'impresa, merita un'analisi ed una riflessione più approfondite.

Infatti, un'ulteriore impostazione di sistema che è possibile ricavare dalle disposizioni in esame - e che spinge ad affrontare il tema della tutela dei terzi portatori di interesse - è la tendenza ad “oggettivizzare il diritto della crisi”¹¹⁶, spostandolo - come si è detto - sull'impresa.

I primi commentatori hanno evidenziato che l'approccio oggettivo rappresenterebbe un elemento chiave nell'evoluzione delle discipline della crisi d'impresa, determinando un superamento del tradizionale “rapporto creditore-debitore”, che era di natura soggettiva ed esecutiva¹¹⁷.

In linea con i principi della Direttiva¹¹⁸, “la composizione della crisi d'impresa si basa su un'impostazione di tipo prettamente oggettivo, che considera l'impresa come un valore giuridico autonomo, posto al centro

¹¹⁶ L'espressione è utilizzata da MINERVINI V. *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi* in *Diritto della Crisi* del 30 marzo 2022; Id. *La “composizione negoziata” nella prospettiva del recepimento della direttiva “insolvency”. Prime riflessioni* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 17 ottobre 2021; Sull'oggettivizzazione dell'impresa nel diritto commerciale, LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico* in *Giurisprudenza commentata*, 2021, 6 ss.; Id. *La nuova disciplina delle società, in L'impresa italiana. Il contesto* a cura di AMATORI F. - D'ALBERTI M., cit., 232, che richiama la teoria dell'impresa societaria come “*nexus of contracts*”, cioè “una rete di rapporti contrattuali, che interessano non solo gli shareholders fra loro (in quanto investitori portatori di interessi differenziati), ma anche i rapporti fra amministratori e azionisti e, più in generale, i rapporti con i diversi stakeholders implicati, con parte delle loro risorse, nell'attività dell'impresa: dipendenti, fornitori, clienti, enti territoriali interessati e così via”.

¹¹⁷ FABIANI M., *Imprese in crisi e complessità degli interessi tutelabili* in *Diritto della crisi* del 27 agosto 2021; SCOGNAMIGLIO G., *Le trasformazioni del diritto fallimentare*, cit., 572-573; DI MARZIO F., *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018, 32.

¹¹⁸ PACCHI S., *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Rivista di diritto fallimentare*, 2019, 1259 ss.: “la Direttiva [...] pone sul tappeto i nodi di una “moderna” concezione della crisi d'impresa che sta spostando l'asse di costruzione della disciplina dal rapporto debitore-creditori a quello impresa in crisi-parti interessate, con ciò da una parte ampliando l'orizzonte entro cui collocare la vicenda “crisi” e dall'altra ricomponendo la scala di priorità”; Id. *Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d'impresa* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 6 gennaio 2022.

del sistema e attorno al quale ruotano i vari interessi eterogenei degli altri stakeholders”¹¹⁹.

Si evidenzia che questo approccio non è una novità assoluta, dato che l’impresa come organizzazione produttiva è già al centro della disciplina dell’amministrazione straordinaria, pur funzionalizzata principalmente alla salvaguardia dei posti di lavoro¹²⁰.

La volontà del legislatore di mettere al centro della riforma l’impresa e la sua organizzazione trova le sue radici anche in fattori storici ed economici, come l’avvento della *new economy*¹²¹; la catena del valore nella *new economy* si sposta, notoriamente, da elementi materiali a elementi e *assets* per lo più immateriali¹²².

¹¹⁹ MINERVINI V. *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, cit., 11.

¹²⁰ DI MARZIO F. - MACARIO F., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d’insolvenza* in *Trattato delle procedure concorsuali* (diretta da Alberto Jorio e Bruno Sassani), Milano, 2017; AMBROSINI S., *L’amministrazione straordinaria in Crisi d’impresa e procedure concorsuali* (trattato diretto da Oreste Cagnasso e Luciano Panzani), Torino, 2016; ROVELLI L., *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi - Introduzione* in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* (trattato diretto da Luciano Panzani), Torino, 2014; SCOGNAMIGLIO G., *Le trasformazioni del diritto fallimentare*, cit., 570 ss., che richiama sul punto LIBONATI B., *Crisi dell’imprenditore e riorganizzazione dell’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231 ss.

¹²¹ Come sostenuto da MINERVINI V. nell’opera citata, il vero valore di un’impresa non risiede tanto nei beni materiali di cui è composta, quanto in altri elementi intangibili (come il know-how, l’avviamento, la forza del brand e la reputazione sociale e commerciale), che verrebbero quasi totalmente persi in caso di dissoluzione dell’impresa, a danno degli stessi creditori, che hanno dunque un interesse a preservare tali valori mantenendo vitale l’impresa.

¹²² KELLY K., *New Rules for a New Economy: 10 Radical Strategies for a Connected World*, New York, 1998, che per primo esprime questo concetto, utilizzando anche, in questo senso, la locuzione “new economy”. In Italia, DE BENEDETTI C., *New economy* in *Il Libro dell’Anno 2000 (AA.VV.)*, Roma, 2001; CIOLI V., *Modelli di business e creazione di valore nella new economy*, Milano, 2005; PANNO A., *Intangible assets. Profili economici e aspetti valutativi*, Torino, 2012; RULLANI E., *La nuova economia dell’immaterialità*, in *Economia dei servizi*, 2006, 41 ss.; PAULUS C.G., *A Vision of the*

Il processo di considerazione e bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti nella crisi di un'impresa¹²³ è coerente non solo con le previsioni della Direttiva, ma anche con l'idea, sostenuta da parte della dottrina, che l'impresa in crisi debba continuare ad assolvere agli oneri della responsabilità sociale, tenendo in considerazione anche gli interessi "altri", come la tutela del mercato, dell'occupazione, del territorio, dell'ambiente e della salute, anche durante la gestione della crisi¹²⁴.

Secondo alcuni autori, la rilevanza degli interessi "altri" è ormai calata anche nel sistema italiano¹²⁵.

Mettere al centro l'impresa in senso oggettivo, invece che il rapporto soggettivo e patrimoniale debitore/creditore, apporta benefici diretti a tutti gli interessi che gravitano intorno ad essa, incrementandone il peso e la rilevanza anche nella gestione della crisi¹²⁶.

European Insolvency Law in Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice 17, 5, 2008, 613 ss.

¹²³ Da intendersi nel senso oggettivo richiamato ("*nexus of contracts*") o "*organizzazione titolare di contratti, relazioni commerciali, know-how specifico, capitale umano, etc.*".

¹²⁴ D'ATTORRE G., *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa* in *Diritto della crisi* del 13 aprile 2021, secondo il quale che la situazione di crisi è una fase del suo ciclo vitale e non dovrebbe alterare "il quadro di valori" cui la stessa deve confermarsi quando si trova *in bonis*; PACCHI S., *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, cit., secondo il quale "*la Direttiva, sensibile alla dimensione sociale dell'impresa, pur non abbandonando l'obiettivo che tradizionalmente ha plasmato le nostre leggi concorsuali - la tutela dei creditori - non lo pone come condizione assoluta per la ristrutturazione*".

¹²⁵ LEUZZI S e FABIANI M., *Imprese in crisi e complessità degli interessi tutelabili*, cit., sull'art. 2086 c.c. segnala due aspetti significativi: "*che la norma si collochi fuori dal c.c.i.i., con una saldatura evidente tra diritto commerciale e diritto della crisi d'impresa; che la norma fissi un novero di obblighi che riguarda l'imprenditore in quanto tale, non l'imprenditore in quanto debitore*".

¹²⁶ LEUZZI S. e FABIANI M., *Imprese in crisi e complessità degli interessi tutelabili*, cit., "*La responsabilità del capo dell'impresa è, in tal guisa, proiettata nei riguardi di tutti i soggetti interessati a vario titolo alla conservazione dell'attività economica. L'assetto organizzativo è della società, ma ha per oggetto l'impresa e fissare doveri generali dell'imprenditore verso quest'ultima significa onerarne di condotte protettive dell'intera*

Secondo alcuni autori, in questo risiederebbe la maggior differenza tra gli assetti *ex art. 2381 c.c.* - essenzialmente tesi a garantire l'interesse degli *shareholders* alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario - e gli assetti *ex art. 2086 c. 2 c.c.* - prioritariamente destinati a tutelare l'interesse degli *stakeholders* (in particolare, dei creditori sociali) a che l'iniziativa economica sia svolta in maniera *sostenibile*, per contenere il *rischio di crisi* cui essa è inevitabilmente esposta e, quindi, a far sì che il suo esercizio non si ponga in contrasto con l'utilità sociale¹²⁷.

gamma degli interessi coinvolti da essa, non solo del suo o di quello dei creditori. Del resto, se nel diritto civile la fenomenologia economica si presta ad essere disciplinata secondo i moduli dell'obbligazione, del contratto e dell'adempimento garantito dal patrimonio, nel teatro della crisi e dell'insolvenza il baricentro fisiologicamente si sposta e si espande. Riduttivo pensare l'impresa alla stregua di microcosmo occupato per competenza esclusiva da debitori e creditori. La crisi si distende sul mercato e le figure in parola ne sono una voce importante, non certo l'unica. Peregrino ipotizzare che tutti i creditori si determinino nelle scelte ignorando la propria specifica posizione nella piattaforma della crisi: essi (in primis lavoratori o fornitori) partecipano alla decisione sull'impresa per crediti maturati nel passato, ma scelgono con lo sguardo lanciato al futuro. L'art. 2086 è il viatico che consente di predicare come acquisita un'esigenza: quella dell'equa, contestuale tutela di due valori: creditori e continuità dell'impresa".

¹²⁷ GINEVRA - PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2019, 5, 1209 ss., §3.3, secondo i quali "il fine ultimo dell'obbligo di istituzione di assetti adeguati [ex art. 2086 c. 2 c.c.] deve essere ricercato, non nell'efficiente esecuzione da parte dei gestori dell'incarico di conseguimento di un lucro, bensì nella protezione dell'affidamento del mercato nell'organizzazione dell'impresa, affinché questa non assuma rischi superiori a quelli giustificati dall'attività svolta. In una parola, potrebbe dirsi che il valore protetto è la sostenibilità dell'impresa, là dove organizzata in termini formali: nell'ottica della tutela dei terzi investitori, dei finanziatori esterni, dei creditori e di tutti coloro cui viene richiesto di dare fiducia all'organizzazione e presso i quali questa intende approvvigionarsi, ottenendo risorse produttive". SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss., laddove afferma che - con l'art. 2086 c. 2 c.c. - "Il legislatore non stabilisce affatto che il dovere di adeguata organizzazione e di anticipazione e reazione alla crisi debba essere inteso alla stregua di una prestazione contrattuale dovuta nel rapporto tra mandatario e mandante. Piuttosto, l'adempimento di tali doveri è richiesto da una norma che regola oggettivamente la funzione di chi gestisce un'impresa. Al di là della relazione contrattuale con la società o l'ente a cui si imputa l'impresa, la norma tutela insomma anche la posizione, i diritti e gli

In questa direzione sembrerebbe andare il testo del d. lgs. n. 136/2024 (cd. “*decreto correttivo ter*”) pubblicato il 27 settembre 2024, con il quale il legislatore sta modificando anche l’art. 4 c.c.i.i. che - dettando principi cardine nei rapporti tra le parti nell’ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza - viene considerato una vera e propria norma di sistema che innerva tutta la disciplina delle procedure e delle trattative disciplinate dal codice¹²⁸.

La precisazione in via di introduzione sarebbe di notevole rilievo: nelle trattative e nei procedimenti di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, il dovere di buona fede e correttezza non riguarda soltanto il debitore e i creditori, ma anche “*ogni altro soggetto interessato*”¹²⁹.

La formula si riferirebbe non solo a chi vanta diritti reali o restitutori su beni in possesso del debitore, posizione che già in precedenza poteva essere assimilata a quella dei creditori, ma a tutti i terzi portatori di interessi; si pensi che la *Relazione illustrativa* considera tra i terzi interessati anche le rappresentanze sindacali¹³⁰.

interessi di molti altri soggetti operanti sul mercato, diversi dall’impresa societaria o collettiva». [Cercare se altri lo hanno sostenuto. Impostazione criticabile].

¹²⁸ PANZANI L., *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni*, cit., 22.

¹²⁹ L’art. 2 al comma 2 dispone, per quanto riguarda l’articolo 4, sia per il comma 1 che per il comma 4, sostituendo i riferimenti al debitore e ai creditori con quelli del debitore, dei creditori e di ogni altro “*soggetto interessato*”, come lo sono anche i soci o gli investitori, che partecipano alle trattative per la regolazione stragiudiziale della crisi, i quali sono tenuti ad osservare gli obblighi di correttezza e buona fede previsti dal medesimo articolo 4, nell’interesse della efficace gestione della procedura.

¹³⁰ Prenderebbe forza la tesi suggestiva richiamata in precedenza, che ritiene possibile configurare la responsabilità dell’organo gestorio nei confronti di “terzi” che subiscono un danno dalla inadeguatezza degli assetti e dal mancato intervento tempestivo; es. i lavoratori che perdono impiego per mancanza della continuità aziendale.

Secondo i primi commentatori del *decreto correttivo ter*, “*le modifiche introdotte nell’art. 4 c.c.i.i. influiscono anche sulla lettura dell’art. 16 c.c.i.i., relativo alle trattative nella composizione negoziata, perché l’ultimo comma dell’art. 16 che prevede l’obbligo di tutte le parti coinvolte nelle trattative di collaborare lealmente con l’imprenditore e con l’esperto e di rispettare l’obbligo di riservatezza andrà letto come riferito anche ai soggetti interessati diversi dal debitore e dai creditori*”¹³¹.

Dall’adesione alla teoria in parola possono derivare importanti considerazioni in punto di doveri degli amministratori - sulle quali si tornerà - ma, con riferimento al contenuto degli assetti relativo alla capacità di rilevare la crisi, sembra essere irrilevante: nulla di diverso vi sarebbe in un assetto costruito per intercettare ed evitare la crisi nell’interesse dei lavoratori o dei terzi, rispetto ad un assetto che mira alla stessa finalità nell’interesse della società e dei soci.

La scelta del legislatore di precisare espressamente i parametri e le funzioni in relazione ai quali verificare l’adeguatezza degli assetti sembra azzerare il portato pratico delle dissertazioni sull’interesse tutelato: l’assetto è adeguato se è costruito in modo da consentire (anche) la rilevazione tempestiva della crisi, indipendentemente dall’identificazione del titolare di tale interesse.

3.5 Rilievi e precisazioni derivanti dall’analisi testuale dell’art. 2086

L’analisi testuale della disposizione di cui al secondo comma dell’art. 2086 c.c., da una parte consente di ricavare indicazioni sulla ratio delle

¹³¹ PANZANI L. *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni*, cit., 22.

norme da esso derivanti, dall'altra offre lo spunto per chiarire l'estensione dell'obbligo e i concetti cui fa riferimento.

3.5.1 La funzionalizzazione “anche” alla rilevazione della crisi

Nel formulare il dovere di istituzione di assetti adeguati, il legislatore ha indicato che ciò è finalizzato alla rilevazione tempestiva dei sintomi di crisi e ha fatto precedere tale indicazione dall'avverbio “anche”, a chiara dimostrazione del fatto che l'adeguatezza degli assetti organizzativi risponde ad un'esigenza di ordine più ampio ed investe il modo stesso di fare impresa, anche a prescindere dall'eventualità di una crisi.

Secondo il presidente della *Commissione Rordorf*: *“si manifesta qui con chiarezza l'intento del legislatore di promuovere una cultura imprenditoriale più seria e matura, che non si affidi all'arte di arrangiarsi vivendo alla giornata e sperando nella buona stella, ma esprima quella capacità di programmazione e di prevenzione dei rischi senza la quale molta parte del tessuto imprenditoriale della nostra economia resta inevitabilmente fragile e precario”*.

Non coglie nel segno la critica¹³², secondo cui la norma *“enfaticamente oltre il ruolo degli assetti nella fase patologica”*, trascurando che gli assetti dovrebbero innanzitutto servire all'organizzazione fisiologica dell'impresa; infatti, è proprio il dato testuale a chiarire che l'adeguatezza organizzativa è richiesta “anche”, ma non soltanto, per la prevenzione delle crisi ed è a sua volta rilievo pacifico che la diagnosi precoce dei sintomi

¹³² SPOLIDORO M. S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)* in *Riv. soc.*, 2019, 259 ss.

di crisi rappresenti una componente indispensabile di ogni gestione efficiente¹³³.

L'evidenziata imprecisione dell'art. 2086 c.c., nella parte in cui destina gli assetti al precipuo fine della "rilevazione" della crisi e della perdita della continuità aziendale, non può indurre ad una lettura restrittiva per cui gli assetti avrebbero una mera funzione segnaletica della crisi già in atto¹³⁴, ma è imposta, da una lettura sistematica, la funzione di prevenzione; lettura confermata dall'appena pubblicato "*Decreto correttivo ter*" che ha modificato il comma 4 dell'art. 3 c.c.i.i., inserendo la precisazione "*anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza*", che rafforza il ruolo della "*previsione*" già richiamato al comma 3 della stessa disposizione.

Il collegamento tra adeguatezza degli assetti e previsione della crisi serve a sancire che, "*nella disciplina della gestione dell'impresa (e ben prima della riforma dell'art. 2086 c.c.), esiste un principio di prudenza, che assume una declinazione particolare. Da un lato, esso non esclude scelte strategiche molto rischiose, e perfino audaci, per ciò che riguarda l'attività produttiva e la posizione dell'impresa nel mercato, anche in ragione della naturale correlazione tra livello di rischio e aspettative sugli utili. Dall'altro, sul piano della gestione patrimoniale, vale invece per tutti*

¹³³ BENAZZO P., *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Riv. soc.*, 2019, 283 ss.; CIAN M., *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1163 ss.; GINEVRA E. - PRESCIANI C., *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1233 ss. (in critica a ABRIANI N., *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci in La riforma del fallimento: il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di POLLO e LONGONI, Milano, 2019).

¹³⁴ MIRONE A. *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta* in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, Fascicolo 1, 2020, 29.

gli imprenditori il divieto di gestioni dissipatorie irragionevoli o azzardate”¹³⁵.

La finalità protettiva degli assetti conferma che il livello di rischio operativo può essere anche consapevolmente elevato, purché sia affrontato in modo razionale - e cioè previa idonea istruttoria, con adeguata ponderazione dei pro e contro di ogni iniziativa - e adottando sistemi di monitoraggio delle attività parametrati al livello di rischio, oltre che a natura e dimensioni dell'impresa.

Rinviando al secondo capitolo l'esame dei contenuti che un assetto d'impresa deve avere per esser considerato adeguato ad intercettare tempestivamente la crisi, in questa sede è opportuno segnalare il definitivo cambio di paradigma sulle tempistiche di rilevazione.

Infatti, la percezione del rischio di crisi e delle sue conseguenze giuridiche, prima della riforma, era evidentemente sbilanciata “troppo in avanti” dal combinato disposto degli artt. 2446 e 2447 c.c. che eleggevano a elemento cardine il capitale legale.

Senza voler entrare nel dibattito sulla sua attitudine a costituire un dato contabile idoneo ad evidenziare l'entità della crisi¹³⁶, è evidente che il momento di rilevazione dell'erosione del capitale sociale lo rende certamente inidoneo a sollecitare interventi di prevenzione.

¹³⁵ MIRONE A. *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit., 30.

¹³⁶ LATELLA D. *L'eclissi del capitale sociale ai tempi del Covid-19* in *Diritto ed economia dell'impresa*, Fascicolo 4, 2020, 549 ss.; D'URSO C., *L'emergenza covid-19 e le misure sul capitale sociale* in *Federalismi.it*, n. 3, 2023, 240 ss.; DENOZZA F., *A cosa serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques - J. R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)* in *Giurisprudenza commentata*, 2002, I, 585; PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata* in *Trattato delle S.p.a.* diretto da COLOMBO - PORTALE, 1, Torino, 2004, 3.

Come si vedrà in seguito, un pronto intervento per prevenire la crisi deve dipendere da altri indicatori ed indici; il monitoraggio della continuità aziendale deve essere costante da parte degli organi di amministrazione e controllo e non può essere confinato al solo momento della registrazione delle perdite di capitale.

L' idoneità degli assetti alla tempestiva rilevazione della crisi diviene ancora più stringente alla luce del depotenziamento delle altre misure di allerta, ancora in corso di modifica¹³⁷.

3.5.2 L'obbligo di attivarsi “senza indugio” per la gestione della crisi

Nella nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., l'obbligo di istituire gli adeguati assetti funzionalizzati alla tempestiva rilevazione della crisi è prodromico all'ulteriore obbligo 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”*.

Il dovere degli amministratori di attivarsi nei modi più opportuni per fronteggiare sintomi di crisi che potrebbero preludere ad una vera e propria insolvenza è da sempre implicito nel loro più generale dovere di gestire diligentemente l'impresa e di fare quanto occorre per conseguire l'oggetto sociale.

¹³⁷ Le procedure di allerta, che rappresentavano una delle novità più rilevanti introdotte dal c.c.i.i. sono state concepite come strumento per la ricordata necessità di una tempestiva rilevazione della crisi aziendale, facilitando interventi precoci che possano evitare il fallimento dell'impresa. Esse sono state introdotte nella versione originaria del c.c.i.i. dagli artt. 12-25 del c.c.i.i. e prevedevano precisi obblighi di segnalazione: gli organi di controllo delle società, come revisori legali e sindaci, insieme ai creditori pubblici qualificati, avevano l'obbligo di segnalare tempestivamente situazioni di crisi al fine di attivare le procedure di allerta di cui agli artt. 14-15 c.c.i.i.

Il novello secondo comma dell'art. 2086 lo specifica però meglio e segnala che devono farlo “senza indugio”, pur non fornendo alcuna altra indicazione circa il modo in cui gli amministratori devono attivarsi.

La formula “senza indugio” è adoperata altre volte nel codice civile¹³⁸ e comporta evidentemente un certo margine di elasticità.

Pur non costituendo un parametro rigido, tuttavia, credo che si possa fare riferimento ai criteri indicati dall'art. 24 c.c.i.i. per la concessione di misure premiali a chi faccia tempestivamente ricorso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il differimento dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non toglie che le disposizioni ivi contenute, in quanto frutto di un procedimento di produzione normativa giunto regolarmente a conclusione, già esprimano una *voluntas legis* della quale si può e si deve tenere conto in un'ottica di interpretazione sistematica dell'ordinamento.

Si dovrebbe perciò quanto meno poter escludere che all'amministratore il quale abbia assunto iniziative entro i termini temporali che il citato art. 24 c.c.i.i. considera tempestivi possa essere addebitato di non aver rispettato l'obbligo di reagire “senza indugio” ai sintomi della crisi.

Il rispetto di quei termini, benché non possa ancora essere invocato al fine di beneficiare di misure premiali, appare comunque incompatibile con un eventuale addebito di tardività nella reazione ai sintomi di crisi¹³⁹.

In ogni caso, il legislatore della riforma, compreso quello dei correttivi successivi, riconosce grande rilevanza alla necessità di garantire il “*going concern*”.

¹³⁸ Si pensi all'art. 2446 c.c. per la convocazione dell'assemblea in caso di perdite di oltre 1/3 del capitale sociale.

¹³⁹ RORDORF R. *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c., cit.*, 61.

3.5.3 Il richiamo espresso al *going concern*

Nell'ordinamento italiano sono numerose le disposizioni che richiamano espressamente il concetto di continuità aziendale¹⁴⁰, ma il legislatore non ne fornisce una definizione esplicita e non indica le modalità del suo accertamento; la sua elaborazione deriva dalla disciplina economico-aziendale che lo identifica nella “*capacità dell'impresa di operare in condizioni di normale funzionamento, con un orizzonte temporale di almeno un esercizio*”¹⁴¹.

Per normale funzionamento si intende “*la capacità dell'impresa di generare flussi economico-finanziari sufficienti a completare il ciclo produttivo e a soddisfare regolarmente le obbligazioni aziendali, attraverso l'attività caratteristica stabilita dall'oggetto sociale*”.

Tra i documenti di derivazione professionale, il principio di revisione ISA 570, rubricato “*Continuità aziendale*”¹⁴², offre una definizione implicita del concetto di continuità aziendale, delineando eventi che,

¹⁴⁰ Oltre al più volte citato art. 2086 c.c., il presupposto della continuità aziendale viene richiamato nell'art. 2423-bis c.c. quale principio a cui devono attenersi gli amministratori nella redazione del bilancio d'esercizio.

¹⁴¹ Il principio contabile nazionale OIC 11, conformemente ai principi contabili internazionali, dispone che, nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale debba effettuare una valutazione della “*la capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro relativo a un periodo di almeno 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio*”.

¹⁴² Il principio di revisione ISA Italia 570 pone in capo agli amministratori la responsabilità di effettuare una valutazione specifica della “*capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento*”. Una valutazione di questo tipo richiede l'adozione di adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili, tali da percepire il grado di incertezza associato all'esito di un evento o di una circostanza futura, la dimensione e la complessità dell'impresa, la natura e le circostanze della sua attività.

Il revisore è chiamato ad analizzare le scelte degli amministratori al fine di comprendere se le ipotesi adottate risultino supportati da elementi attendibili, pertinenti e ragionevoli adottando apposite procedure di revisione.

qualora si verificano, richiedono agli amministratori di interrogarsi sulla persistenza della continuità aziendale e di effettuare le conseguenti valutazioni in sede di redazione del bilancio.

Questi eventi sono classificati in tre categorie: indicatori finanziari, indicatori gestionali e altri indicatori, alcuni dei quali non sono quantificabili in termini monetari né trovano diretta evidenza nel bilancio, ma rappresentano beni immateriali interni all'organizzazione aziendale, cruciali per la sua sopravvivenza sul mercato.

L'accertamento della continuità aziendale si basa su una valutazione prospettica della capacità dell'impresa di generare flussi finanziari sufficienti a far fronte alle obbligazioni assunte.

La capacità di adempiere agli impegni finanziari non è compromessa dalla condizione giuridica di patrimonio netto negativo, ma si alimenta della fiducia che gli stakeholders, siano essi soci, clienti, banche o creditori, ripongono nel progetto imprenditoriale e nella sua attrattività.

Pertanto, la continuità aziendale può essere descritta come una condizione sistemica influenzata da numerosi fattori (di mercato, ambientali, gestionali, organizzativi), che, essendo soggetti a tendenze non perfettamente prevedibili, richiedono continui adattamenti degli assetti.

Si vedrà in prosieguo come le scienze aziendalistiche annoverino tra i contenuti minimi di un adeguato assetto una serie di strumenti votati all'analisi prognostica, basati sulla continua rilevazione di dati rilevatori.

La valutazione da parte dell'organo gestorio, su cui vigila l'organo di controllo, deve essere effettuata con attenzione ogni volta emergano eventi o circostanze che possano sollevare dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di realizzare le proprie attività e di adempiere alle proprie passività entro un arco temporale di almeno dodici mesi.

4 PRIMI RISULTATI: DAL DIRITTO SOCIETARIO “DELLA” CRISI ALLA CRISI “NEL” DIRITTO SOCIETARIO

L’analisi dell’evoluzione normativa in tema di “doveri organizzativi” degli amministratori, da una parte, e l’esegesi testuale del nuovo art. 2086 c.c., dall’altra, consentono di dimostrare che il legislatore riconosce un legame esistente tra l’*organizzazione dell’attività* e il *governo dei rischi* che ne connotano l’esercizio.

Se in un primo momento sembrava che il legislatore intervenisse sul Codice civile per isolare ulteriori disposizioni di “*diritto societario della crisi*”, inteso come nucleo di norme la cui operatività viene innescata dalla fase di crisi¹⁴³, sembra piuttosto che la diffusione della *rescue culture* abbia condotto il legislatore della novella a considerare la crisi come elemento del diritto societario¹⁴⁴.

L’introduzione (per alcuni il riconoscimento) dei doveri organizzativi in capo ad ogni imprenditore dimostra che la crisi non è fattore eccezionale in grado di determinare l’operatività di regole specificamente dettate per

¹⁴³ “ricostruito sostanzialmente in via interpretativa sulla base di poche disposizioni del codice civile e della vecchia legge fallimentare”, come evidenziato da MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Gli amministratori, il tribunale e il invitato di pietra negli artt. 120-bis e 120-quinquies del codice della crisi*, cit. 187, il quale richiama TOMBARI U. *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1138; CAGNASSO O., *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, cit., 33 ss.; NIGRO A. *Il diritto societario della crisi: nuovi orizzonti?* in *Riv. soc.*, 1207 ss.; BENAZZO P. *Il codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, cit., 274; GUERRERA F., *L’espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, cit., 1271 ss;

¹⁴⁴ PANZANI L., *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso* a cura di IRRERA M., Torino, 2020, 656, il quale considera “*l’integrazione della disciplina degli assetti [...] un opportuno raccordo tra il diritto societario ed il diritto della crisi e si estende anche al di fuori dell’ambito societario propriamente detto, integrando la disciplina dello status di imprenditore*”.

la sua gestione nella fase patologica, come nella previgente legge fallimentare, ma la sua considerazione (*rectius* previsione, rilevazione e gestione) è elemento centrale del diritto societario anche nella fase fisiologica, tale da conformare i doveri gestori.

La ricostruita introduzione dei doveri è stata progressiva: prima, previsti negli ordinamenti sezionali in funzione del controllo di rischi tipici di settore; poi, come presidio alla prevenzione dei reati; ancora, con l'introduzione dell'obbligo in capo agli amministratori di s.p.a. per il controllo di *rischi operativi*; infine, con l'estensione di essi a tutte le imprese¹⁴⁵, sul presupposto della comunanza alle medesime del *rischio di crisi* e dell'esigenza di assicurarne il controllo.

Tale evoluzione ha determinato il passaggio da una gestione dell'impresa "*sana e prudente*" ad una "*efficace ed efficiente*", dalla tutela dell'interesse dei soci alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario, a quella di un interesse (in parte anche) pubblico alla tutela del risparmio, alla stabilità dei mercati e alla diminuzione dei reati, fino ad arrivare - come si è visto - alla considerazione di un interesse generale¹⁴⁶.

La ricostruzione dei rapporti dell'art. 2086 c.c. con l'art. 2381 c.c. dimostra che le previsioni sugli assetti delle due norme, seppur non sempre sovrapponibili e votate alla tutela di interessi non omogenei, rappresentano "*la chiusura di un cerchio*" aperto con i primi interventi nelle discipline di settore.

¹⁴⁵ Si è detto che alla sottrazione dell'imprenditore individuale dal perimetro dell'art. 2086 c.c. non corrisponde l'assenza dell'obbligo organizzativo, che - tutt'al più - vede una mutazione quantitativa da "assetti" a "misure".

¹⁴⁶ CANALE C. *Assetti organizzativi adeguati e processi decisionali dei soci di s.r.l.*, cit., 52 ss.

L'obbligo organizzativo, infatti, si è emancipato da normative di settore e ha conquistato la dimensione di clausola (o sub-clausola) generale valida per tutte le attività d'impresa, confermando la centralità dell'art. 2381 c.c., ritenuta norma-matrice in tema di assetti organizzativi e loro adeguatezza¹⁴⁷.

La novella del 2019 - anche per effetto dell'interpolazione dell'art. 2380 *bis* c.c. - consente di sopire il dibattito in merito all'art. 2381 c.c., che deve essere necessariamente interpretato come riferito agli assetti d'impresa.

Inoltre, l'espresso richiamo dell'art. 2380 *bis* c.c. e l'uso della medesima espressione letterale nelle due disposizioni da parte del legislatore consentono di estendere agli assetti di cui all'art. 2086 c.c. il significato tecnico che la scienza aziendale ha attribuito nel tempo agli assetti ex art. 2381 c.c.

L'analisi del testo, evidenziando l'uso dell'avverbio "anche", ha dimostrato che la *ratio legis* - pur "*cogliendo l'occasione della riforma*" del diritto della crisi - è quella di evocare anche la funzione per la quale erano stati introdotti nel diritto azionario "speciale" e "comune": garantire il controllo interno sulla gestione e imporre l'assunzione di decisioni imprenditoriali corrette, in quanto fondate su informazioni preventive ottenute per effetto di assetti adeguati.

¹⁴⁷ ZANOLETTI M., *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa. Il nuovo approccio imposto dal (nuovo) art. 3 c. 3 e 4 c.c.i.i.* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 4 novembre 2023; FABIANI M., *Dai finanziamenti alla adeguatezza dell'assetto finanziario della società*, in *Fall.*, 2021, 1312; AMBROSINI S., *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d'impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge (un'introduzione)*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 19 maggio 2023.

Per alcuni, la riforma dell'art. 2086 c.c. non ha fatto altro che esplicitare obblighi già esistenti: non è mancato in dottrina chi predicava la validità trans-tipica dei doveri organizzativi specificati per la s.p.a., sostenendo che essi fossero impliciti nel dovere di diligenza caratterizzante l'attività gestoria¹⁴⁸; oppure chi li considerava insiti nella definizione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., ove si precisa che *“la figura dell'imprenditore è tale solamente ove sussista, accanto agli altri requisiti previsti dalla norma, anche quello dell'organizzazione”*¹⁴⁹.

¹⁴⁸ La dottrina maggioritaria predicava la estendibilità alle altre società di capitali del dovere organizzativo e del criterio di adeguatezza, che - insieme al dovere di agire in modo informato - costituiva *“una concretizzazione minimale dei comportamenti esigibili da un amministratore nello svolgimento del dovere generale di diligente gestione”*. MOSCO, REGOLI, RESCIGNO, SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria in Trattato delle società a responsabilità limitata a cura di IBBA e MARASA*, V, Padova, 2012, 183 ss.; MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti in Giur. comm.*, 2018, I, 62 ss.; CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nella s.r.l., in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali, a cura di Irrera, Milano, 2016, 573 ss.*; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile, cit.*, 9 ss.; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, cit.*, 306 ss.; *Contra* ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 165 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata in Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, II, 961 ss.

¹⁴⁹ LIBERTINI M., MIRONE A., SANFILIPPO P.M., *L'organizzazione nelle dottrine giuridiche dell'impresa e il ruolo dell'assemblea nella s.p.a.*, Introduzione a *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, 18 ss.; BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile, in Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss

CAPITOLO II

L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI NELLE SOCIETA' DI CAPITALI

1 PREMESSA

Nel primo capitolo, si è evidenziato che sull'organo gestorio incombe un dovere a contenuto generico¹⁵⁰ di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili, connotati dal requisito dell'adeguatezza; si pone, dunque, la necessità di definire in concreto cosa costituisca assetto adeguato, partendo dalla perimetrazione del concetto di "adeguatezza".

L'analisi dei contenuti concreti che gli assetti devono avere secondo le scienze aziendalistiche, nella loro specificazione e funzionalizzazione alla tempestiva rilevazione (*rectius* previsione) della crisi, consentirà di verificare se la previsione dell'art. 2086 c.c. - in combinato disposto con gli artt. 2380 *bis* e 2381 c.c. - fa effettivamente riferimento agli assetti di *internal governance* (e non a quelli di *corporate governance*).

Premesso l'inquadramento della clausola di "adeguatezza", passando per una definizione di "assetto adeguato", nel presente capitolo si proverà a ricostruire il contenuto degli assetti adeguati, in generale e in rapporto alla natura e alle dimensioni dell'impresa, così come funzionalizzati alla previsione e alla gestione della crisi.

¹⁵⁰ MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 49: "Tale impostazione sistematica è peraltro del tutto coerente con la concezione secondo cui le clausole generali non costituiscono norme giuridiche subprimarie, sintesi di altri precetti connotati dalla caratteristica della diretta precettività presenti nell'ordinamento giuridico, bensì norme primarie, che incorporano precetti autonomi da cui scaturiscono specifici doveri, sia pure a contenuto generico, in capo ai destinatari del precetto giuridico. L'antitesi tra l'ormai tramontata concezione delle clausole generali come norme subprimarie e l'opposta loro qualificazione in termini di norme primarie è stata tradizionalmente oggetto di analisi nell'ambito del dibattito sul ruolo assunto dalla buona fede oggettiva nel sistema del diritto privato"; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. Schlesinger (artt. 1374-1381)*, Milano, 1999, 181.

2 LA CLAUSOLA GENERALE DELL'ADEGUATEZZA

Come anticipato, l'adeguatezza può essere ricostruita come clausola (o sub-clausola) generale, direttamente collegata al dovere di diligenza nella sua declinazione di “corretta amministrazione”, dalla quale far derivare corollari sistematici e implicazioni operative¹⁵¹.

Sul piano teorico, il tema delle clausole generali¹⁵² si è posto in un tempo in cui si assumevano in modo quasi assoluto il primato della legge e

¹⁵¹ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; Id., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati in Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009* a cura di COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., Bologna, 2009, 549 ss.; CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata in Il nuovo diritto delle società*, 2017, II, 11 ss.; MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi in Giur. comm.*, 2018, I, 75 ss.; BARCELLONA E., *Business judgment rule e interesse sociale nella “crisi” in L'adeguatezza degli assetti organizzativi alla luce della riforma del diritto concorsuale*, Milano, 2020; CAPELLI I., *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. in Società*, 2020, 990 ss.; LOLLI A., PAOLUCCI M.G., *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo “correttivo” in Riv. dir. soc.*, 2020, 343 ss.; KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria in Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, 2010, 707 ss.; MERUZZI G. - TANTINI G., *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011.

¹⁵² Per una rassegna sul tema: MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali in Rivista critica diritto privato*, 1986; CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali in Rivista critica diritto privato*; Id., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 97ss.; RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali in Rivista critica diritto privato*, 1987, 709-733; ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; GUARNERI A., *Clausole generali in Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988; ALPA G., GUARNERI A., MONATERI P.G., PASCUZZI G., SACCO R., *Le fonti non scritte e l'interpretazione in Trattato di Diritto Civile diretto da SACCO*, Torino, 1999; DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni in Rivista critica diritto privato*, 1984, 539-571; FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione in Rivista Diritto Civile*, I, 1987, 1-20; RESCIGNO P., *Appunti sulle “clausole generali” in Rivista Diritto Commerciale*, 1998, 1-8; NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato, Ars Interpretandi in Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373 ss.; BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 9 ss.

l'ideale codicistico¹⁵³, in un contesto in cui l'impiego di concetti giuridici indeterminati nei testi normativi appariva quasi come un "fatto eversivo"¹⁵⁴.

La concezione del diritto è cambiata nel tempo e le clausole generali non sono più considerate figure eccezionali di abdicazione del legislatore al proprio compito¹⁵⁵.

¹⁵³ LIBERTINI M., *Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.* in *Gli assetti organizzativi dell'impresa - Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, 77, evidenzia che l'ordinamento era considerato un insieme di norme di condotta generali e astratte, dettate in modo chiaro e preciso dalla legge; i principi giuridici erano visti come enunciati di carattere morale e politico da utilizzare in via residuale; l'interpretazione era un processo solo dichiarativo del contenuto oggettivo della norma.

¹⁵⁴ HEDEMANN J.W., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, JCB Mohr, 1993; BUECKLING A. *Die Flucht in die Generalklauseln*, *Zeitschr. F. Rechtspolitik*, 1983; IRTI N., *Rilevanza giuridica*, 1967; Id., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 35 ss.; BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme in Politica del diritto*, 1988, 631 ss.

¹⁵⁵ LIBERTINI M., *Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.*, cit., 78; "L'ordinamento è visto come una struttura complessa, nella quale è necessaria e riconosciuta come fondamentale una dimensione costituzionale, inevitabilmente composta soprattutto da disposizioni di principio. I principi giuridici non sono più visti come enunciati meramente politico/ programmatici, e neanche come meri limiti esterni ed eccezionali alla discrezionalità politica del legislatore, bensì come espressioni di giudizi di valore che stanno a fondamento e giustificazione delle norme di rango inferiore e ne orientano l'interpretazione. Da qui anche l'affermazione corrente (presente già in Rodotà) per cui i principi servono anche a dare contenuto alle clausole generali. In questa prospettiva, deve ritenersi superata la vecchia concezione per cui le clausole generali sarebbero "norme in bianco" rivolte al giudice per attribuirgli la massima discrezionalità nella soluzione del caso concreto. Sono invece norme facenti parte del sistema e la loro interpretazione/ concretizzazione deve avvenire facendo capo a principi (che sono, a loro volta, anch'essi norme di diritto positivo). Donde poi la conclusione, oggi condivisa da tutti, per cui l'applicazione di una c.g. da parte del giudice può dar luogo al sindacato di legittimità della Cassazione. I principi sono parte integrante e fondativa dell'ordinamento e del processo interpretativo. E i principi sono di solito espressi con concetti giuridici indeterminati. Dal "primato della legge" si è passati, in teoria, al "primato dei principi", anche se la diffidenza verso l'impiego dell'argomentazione per principi è ancora diffusa (forse anche per la negativa esperienza di alcune sbrigative applicazioni di tale metodo). L'interpretazione è vista come un processo creativo, sia pure non privo di vincoli. Inoltre

Tralasciando la questione sotto il profilo teorico-generale e dal punto di vista semantico¹⁵⁶, è sufficiente considerare che l'adeguatezza - come ogni clausola generale - richiede una "integrazione valutativa"¹⁵⁷ atta a riempire di contenuto la sua ontologica indeterminatezza.

Infatti, al di là di astratte formule di sintesi, la definizione in concreto di "assetto adeguato" varia in relazione alla specifica attività d'impresa e al profilo di volta in volta considerato per la sua valutazione¹⁵⁸.

Pertanto, come per ogni altra clausola generale¹⁵⁹, l'individuazione della specifica regola operativa - nella fattispecie concreta - è delegata al giudice, chiamato (secondo alcuni) a svolgere una vera e propria attività di

(e, forse, soprattutto), tutti i termini linguistici usati nei testi normativi sono visti come intrinsecamente "aperti", cioè suscettibili di diverse ricostruzioni interpretative".

¹⁵⁶ Sul quale si rinvia alla preziosa analisi di VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

¹⁵⁷ PUNZI A. *Le clausole generali e le sfide della complessità. Integrazione valutativa, comunità dell'argomentazione e intelligenza artificiale* in *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare a cura di Sacchi R.*, Milano, 2021, 69 ss.

¹⁵⁸ MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 46, "Il criterio di adeguatezza è infatti caratterizzato, come peraltro ogni clausola generale, da una variabilità dei contenuti che, nel caso di specie, va declinata in funzione d'una serie di parametri attinenti non solo alla specifica attività d'impresa, ma anche al singolo profilo organizzativo, amministrativo e contabile che di volta in volta assume rilevanza. La natura dell'attività esercitata può, ad esempio, imporre la predisposizione di un cospicuo apparato organizzativo (standard di sicurezza, misure preventive, etc.), mentre la ridotta dimensione economica dell'attività può rendere del tutto idoneo un sistema di rilevazione contabile di ben più modesta entità"; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 12 ss.

¹⁵⁹ MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 46, "Esemplare al riguardo è l'attività svolta dal giudice in sede di applicazione del criterio di buona fede oggettiva, nel cui ambito è il giudice a definire, tramite la propria attività valutativa, cosa in concreto costituisca condotta conforme o contraria a buona fede. Sul tema della concretizzazione da parte del giudice delle clausole generali; Id., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., 112 ss.

integrazione del precetto giuridico indeterminato e a creare le sub-norme di diritto oggettivo¹⁶⁰.

2.1 Il limite all'autonomia privata

Si è visto che la collocazione sistematica della norma e la sua rubrica “*gestione dell'impresa*”, ergono l'adeguatezza degli assetti a sub-clausola generale estendibile a tutte le forme organizzative d'impresa, fino - secondo alcuni - a far considerare l'approntamento di assetti adeguati un “*elemento costitutivo della fattispecie ai sensi dell'art. 2082 c.c.*”.

¹⁶⁰ MERUZZI G., op. cit. nota precedente, secondo il quale le norme così generate sarebbero anche sindacabili dalla Cassazione per errore di diritto ex art. 360, n. 3, c.p.c.; l'autore indica i seguenti *leading cases*: “*Cass., sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 434 e di Cass., sez. lav., 22 ottobre 1998, n. 10514, entrambi pubblicati in Foro it., 1999, I, c. 1891 ss., con note E. FABIANI, Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento, ed M. DE CRISTOFARO, Sindacato di legittimità sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati e decisione immediata della causa nel merito. A questi si aggiungano, ex multis, le successive pronunce di Cass., sez. lav., 13 aprile 1999, n. 3645, in Foro it., 1999, I, c. 3558 ss., con nota E. FABIANI, Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principî generali dell'ordinamento; Cass., sez. lav., 22 aprile 2000, n. 5299; Cass., sez. lav., 8 maggio 2000, n. 5822; Cass., sez. lav., 21 novembre 2000, n. 15004; Cass., sez. lav., 3 agosto 2001, n. 10750; Cass., sez. lav., 15 novembre 2001, n. 14229, tutte pubblicate in Foro it., 2003, I, c. 1845 ss., con nota E. FABIANI, Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento; Cass., sez. lav., 4 maggio 2002, n. 6420, in Foro it., 2002, I, c. 2378 ss.; Cass., sez. lav., 26 luglio 2002, n. 11109, in Mass. Foro it., 2002; Cass., sez. lav., 22 agosto 2002, n. 12414, in Mass. Foro it., 2002; Cass., sez. lav., 3 settembre 2003, n. 12483, in Foro it., 2004, I, c. 1174 ss., con nota redazionale adesiva di E. FABIANI*”. Per l'analisi di tali pronunce si veda FABIANI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 581 ss.; CAPRARA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti* in *Le clausole generali nel diritto societario* a cura di MERUZZI, TANTINI, cit., 53 ss.

La sussunzione degli assetti tra gli elementi dell'art. 2082 c.c. non convince del tutto: "organizzazione" è lemma polisenso, che viene utilizzato con declinazioni differenti; gli assetti organizzativi dell'art. 2086 c.c. e l'organizzazione dell'art. 2082 c.c. si pongono su livelli diversi – qualitativi i primi e quantitativi i secondi – pur essendovi numerosi punti di contatto¹⁶¹.

L'adozione di assetti necessariamente adeguati per le funzioni imposte dal legislatore è un'attività cui l'organo amministrativo deve necessariamente attendere nello svolgimento della funzione gestoria¹⁶²: un'attività che rientra tra i doveri imposti dalla legge ai suoi componenti e rilevanti *ex art. 2392 c.c.*

Pertanto, la declinazione del criterio di adeguatezza con regole di condotta - suggerite dalle *best practices* o dettate dal giudice - si traduce in doveri che comprimono l'autonomia, incidendo direttamente sul modo in cui è organizzata l'attività di impresa¹⁶³.

¹⁶¹ Il "nuovo" dettato dell'art. 2086 c.c. può incidere sul significato attribuito al lemma nel 2082 ma non porta a qualcosa di del tutto diverso dal significato di organizzazione, nel senso che può restare nell'ambito societario anzitutto quella di ordinamento che avvale di figure decisionali di tipo corporativo (corporate), ma che dà rilievo a profili organizzativi aziendali nell'ambito dell'organizzazione di fattori produttivi e di quanto necessario per l'esercizio dell'attività ad un livello estremamente "internal" o "aziendale".

¹⁶² Per effetto del combinato disposto tra l'art. 2086 c.c. e: gli artt. 2380 bis e 2381 c.c., per la s.p.a.; l'art. 2475 c.c., per la s.r.l.

¹⁶³ POLLASTRO I. - CAGNASSO O., *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata* in *Il Nuovo Diritto delle Società*, fasc. 12, 2021, secondo cui il limite all'autonomia privata è "del tutto coerente con le sue finalità. Infatti, non si tratta di un limite per così dire "esterno", che comprime lo spazio concesso all'autonomia, ma di un vincolo "interno" alla stessa e, dunque, funzionale al suo esercizio"; DE MARI, *Gli Assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi* diretto da IRRERA M., cit., 24 ss

Tali limiti all'autonomia privata, tutelata dall'art. 41 Cost.¹⁶⁴, sono da considerare legittimi solo nella misura in cui siano funzionali alla salvaguardia di altri valori costituzionalmente protetti; essi possono operare solo nel rispetto di altri principi di pari rango, come ragionevolezza e proporzionalità¹⁶⁵.

Seppur vi è chi non considera i doveri organizzativi un limite per l'iniziativa economica¹⁶⁶, è necessario chiedersi quale sia l'interesse

¹⁶⁴ Non è da trascurare il principio della "libertà d'impresa", sancito dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE

¹⁶⁵ MERUZZI G., *Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, cit., 496 ss., il quale si preoccupa di ricostruire il rapporto tra le clausole generali di diritto societario e i principi costituzionali di cui agli artt. 41 e 47 Cost.; POLLASTRO I. - CAGNASSO O., *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata*, cit., secondo cui i limiti sono "da considerarsi estensibili fintanto che siano funzionali a garantire un corretto svolgimento dell'attività, che non ne mini in alcun modo l'efficienza: parametro di verifica di tale estensione è da ricercarsi nel generale principio di proporzionalità, inteso come bilanciamento tra il sacrificio dell'interesse di chi esercita l'attività d'impresa e il raggiungimento dello scopo per il quale il vincolo è posto"; DI CATALDO V. - ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e Business Judgment Rule in Orizzonti del diritto commerciale*, 2020; JANS, *Proportionality Revisited in Legal Issues of Economic Integration* 27 (3), 2000, 239 ss; SAUTER, *Proportionality in EU law: a balancing act?* TILEC Discussion Paper no. 2013-003, 2013; C. Giust UE, 20.12.2017, C-277-16, *Polkomtel sp. Zo.o. c. Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej*; MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid in La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive Mifid: prime valutazioni e tendenze applicative a cura di DE MARI M., Padova, 2009, 31 ss.*

¹⁶⁶ LIBERTINI M., *Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.* in *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, cit., 82, per il quale le decisioni assunte nella gestione dell'impresa non sarebbero espressione di libertà individuale, ma scelte "strumentali" ad uno scopo (il successo dell'impresa nel mercato) e sono il frutto di procedimenti complessi ed hanno carattere collettivo; l'Autore sostiene che "La tutela della libertà d'impresa è dunque, propriamente, tutela dell'autonomia dell'impresa, intesa come organizzazione complessa. In altre parole, l'impresa è un bene giuridico oggettivamente tutelato, come strumento centrale per lo sviluppo economico e, quindi, per il benessere del consumatore. In altri termini, l'art. 16 CDFUE non tutela un diritto ma pone un principio (con terminologia costituzionalistica un po' arcaica si potrebbe parlare di "garanzia d'istituto"). In questa prospettiva, la norma dell'art. 2086 non è una norma limitativa della

protetto dal criterio di adeguatezza degli assetti, in funzione del quale il legislatore impone all'imprenditore i vincoli organizzativi in esame.

Come si è avuto modo di verificare, l'interesse tutelato è poliforme: vi è quello dei soci a prevenire la dissipazione del proprio investimento a causa di gestioni inefficienti; quello dei creditori sociali a non vedere pregiudicata la loro libertà d'iniziativa economica per le insolvenze a catena generate dalla non efficiente organizzazione societaria; quello dei terzi a non subire indebite compressioni o pregiudizi di diritti fondamentali in conflitto con la libertà d'impresa; quello dei dipendenti alla salvaguardia della propria occupazione minacciata dall'incedere di crisi non previste; e l'elenco può arricchirsi se si considerano gli "interessi altri" e il tema della responsabilità d'impresa¹⁶⁷.

I citati interessi sono tutti sussumibili - direttamente o indirettamente - nell'alveo dei principi costituzionali di agli artt. 41, 47 e 4 Cost.¹⁶⁸.

libertà d'impresa, bensì una norma attuativa di tale principio. Come tale, esso è suscettibile di interpretazione estensiva e di applicazione analogica".

¹⁶⁷ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 34 ss.; Id., *La responsabilità dell'impresa fra libertà e vincoli* in *La responsabilità dell'impresa. Per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006, 21 ss., RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, cit., 204 ss.; COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, cit., 83 ss.; LIBERTINI M., *La responsabilità d'impresa e l'ambiente* in *La responsabilità dell'impresa. Per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006 p. 199 ss.; ANGELICI C., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 432 ss.; HOPT, TEUBNER, *Corporate governance and Directors' Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin-New York, 1984.

¹⁶⁸ RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e I vincoli ex artt. 41 e 47 Cost.*, cit.

2.2 Clausola generale etero-integrata con rinvio a “ordinamenti altri”

Il parametro per l'attività di integrazione della clausola generale sull'adeguatezza delle regole organizzative - che è condotta *ex ante* dall'organo gestorio (in fase di predisposizione) e *in itinere* dall'organo di controllo (in fase di vigilanza) - non è rappresentato solo dalle norme, ma anche dagli *standard* e dalle *best practices* di settore.

Infatti, in altri ambienti del diritto le clausole generali autorizzano l'interprete a rinvenire la regola di condotta nel contesto sociale o etico, facendo ricorso ai principi e ai valori espressi da una determinata comunità¹⁶⁹; nel caso di specie, invece, il ricorso a tale tecnica legislativa svolge una funzione più articolata: essa opera il rinvio ad “*ordinamenti altri*”¹⁷⁰, sulla cui base va valutata la coerenza tra attività svolta e standard operativo richiesto.

Tale giudizio di congruità deve essere svolto - da tutti i soggetti chiamati a compierlo - in conformità alle regole organizzative dell'attività d'impresa esistenti in un dato tempo e luogo, in relazione al tipo di attività svolta e al contesto, in considerazione delle prassi operative di buona gestione, come codificate in ambito aziendalistico e adottate dal mercato¹⁷¹.

¹⁶⁹ MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., 195 ss.

¹⁷⁰ MERUZZI G., *Rilievi parasistemati sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, cit., 485 ss.; GALGANO, *Le clausole generali fra diritto comune e diritto societario*, in *Le clausole generali nel diritto societario a cura di MERUZZI, TANTINI*, cit., 2.

¹⁷¹ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 30, il quale rilevava che l'introduzione normativa del principio di adeguatezza “*costituisce un'ulteriore riprova della tendenza del nostro legislatore a tradurre in norme giuridiche importanti principi della scienza aziendalistica*”; MERUZZI, *Rilievi parasistemati sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, cit., 486; IRRERA M., *Gli*

3 GLI “ASSETTI ADEGUATI” PER LA SCIENZA AZIENDALE

Prima di passare all'analisi degli effetti in punto di responsabilità del rinvio ordinamentale¹⁷², è necessario¹⁷³ ricostruire la definizione e i contenuti degli assetti come elaborati dalla scienza aziendalistica e i parametri forniti dalla stessa riforma¹⁷⁴; in quanto, solo il combinato disposto di entrambi fornisce i criteri operativi per l'esercizio della discrezionalità dell'organo gestorio.

La responsabilità degli amministratori nella predisposizione degli assetti - come si vedrà in prosieguo - trova sicuramente uno spazio laddove siano violati gli elementari paradigmi elaborati dalle scienze aziendali, dalle prassi consolidate e dai principi essenziali comunemente adottati nel tempo¹⁷⁵.

obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali, 365 ss.

¹⁷² MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi, opera diretta da Irrera*, Bologna, 2016, 54, per il quale “*La giuridificazione della regole di corretta organizzazione elaborate in ambito aziendalistico e dagli operatori professionali, realizzata per il tramite dell'attività valutativa del giudice svolta in sede di applicazione dello standard di adeguatezza degli assetti, costituisce infatti l'unico mezzo per evitare che un giudizio reso ex post, ma in base a logica valutativa ex ante e prognostica, relativo all'applicazione di regole oggettive di organizzazione aziendale, quale è e dev'essere il sindacato giudiziale sull'adeguatezza degli assetti, si trasformi in un sindacato ex post sul merito gestorio per quanto attiene alla specifica attività di organizzazione interna della società, sganciato da ogni parametro oggettivo e svolto sulla base di aprioristiche idee di cosa integri una corretta organizzazione aziendale*”.

¹⁷³ IRRERA M., *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 366, il quale si pone l'interrogativo, ancor prima di delineare la nozione di assetti adeguati, di “*come si possa stabilire se lo siano o no se prima non si possiede un'idonea conoscenza di come essi siano in concreto costituiti*”.

¹⁷⁴ Si fa riferimento alla funzionalizzazione necessaria degli assetti richiesta dall'art. 2086 c.c. alla tempestiva rilevazione della crisi, ma anche alla specificazione del comma 4 dell'art. 3 c.c.i.i.

¹⁷⁵ MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla Proposta Rordorf al Codice della Crisi* in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 486; ARATO M., *Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi*, *Il Sole 24Ore*, 2022, 54; Id. *La*

Pertanto, è necessario procedere con l'esame delle posizioni assunte dagli aziendalisti sul tema dell'organizzazione d'impresa¹⁷⁶, le cui elaborazioni non vengono trascurate dal legislatore delegante¹⁷⁷.

L'etero-integrazione della clausola generale "adeguatezza" richiede in via suppletiva *"il ricorso a regole di fonte negoziale, codici comportamentali e best practices fornite dalla scienza aziendale ai fini della individuazione concreta dell'assetto adeguato, già ritenuta in forza della legge delega di riforma della crisi d'impresa quale elemento costitutivo della formazione della fattispecie"*¹⁷⁸.

Fondamentale è il contributo delle norme di produzione privatistica - come le circolari ASSONIME o i documenti del CNDCEC e della FNC¹⁷⁹ -

governance delle società private dopo il D.Lgs. 14/2019 in Le nuove regole societarie dopo il CCI, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁷⁶ ARATO M., *I doveri degli amministratori per prevenire e gestire la crisi o l'insolvenza in Ristrutturazioni aziendali* del 22 luglio 2024, 6; per il quale, nelle società quotate, gli artt. 113 ss. del T.u.f., il regolamento emittenti e i codici di comportamento sul governo societario hanno spianato la strada alla costruzione in concreto del modello organizzativo, ma dal c.c.i.i. del 2019 gli interventi dal contenuto in tutto o in parte aziendalistico sono stati ancor più evidenti e numerosi.

¹⁷⁷ Il riferimento è all'art. 2, lett. c) della legge 19 ottobre 2017 n. 155 recante la delega per la riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale impone al legislatore delegato di *"introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendale, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267"*.

¹⁷⁸ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale* in *Banca Impresa Società*, Fascicolo 3, 2020, 362.

¹⁷⁹ ASSONIME, *Circolare n. 27* del 21/11/2022; FNC (Fondazione Nazionale dei Commercialisti), *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*" del 7/7/2023 e *Assetto organizzativi, amministrativi e contabili: check list operative*" del 25/7/2023; SIDREA, *Le parole della crisi -La lettura degli aziendalisti italiani del marzo*, 2021; CNDCEC, *Norme di Comportamento del Collegio Sindacale di società non quotate* del 20/12/2023. Come evidenziato dagli autori dei contributi citati in nota X e X, tali documenti aiutano a riempire di contenuto il concetto generale e astratto di adeguatezza degli assetti espresso dall'art. 2086 c. 2 c.c.; in particolare, il documento

sempre più utilizzate dalla giurisprudenza per valutare il comportamento degli organi sociali, in quanto forniscono una serie di elementi fattuali precisi per poter definire “adeguato” un sistema organizzativo¹⁸⁰.

3.1 La nozione di “assetto adeguato”

Prima di declinarlo nella tripartizione “*organizzativo, amministrativo e contabile*”, è utile considerare la definizione di “assetto” per la dottrina aziendalistica, che lo definisce come l’insieme delle strutture, procedure e direttive tese a garantire che il potere “*sia assegnato ed esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità*”¹⁸¹.

L’assetto di *internal governance*, cui fa riferimento l’art. 2086 c.c., è la dimensione formale del contesto interno dell’azienda, articolato in aspetti strutturali e in meccanismi operativi.

Secondo la ricostruzione degli aziendalisti, gli aspetti strutturali possono riguardare: la struttura organizzativa a livello di macrostruttura (architettura delle funzioni dei ruoli, ovvero dei principali processi) e di microstruttura (precisazione dei contenuti di ciascuna funzione o ruolo, ovvero di specifiche attività) interne; l’architettura delle funzioni decentrate e delle relazioni stabili con categorie di stakeholders (partners, subfornitori, terzisti, concessionari, licenziatari, ecc.); la configurazione

“Norme di comportamento ...” del CNDCFC del 20.12.2023 detta regole obbligatorie per gli iscritti all’ordine dei commercialisti che rappresentano una fonte di produzione normativa privatistica integratrice delle norme di legge.

¹⁸⁰ BUFFELLI G., *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: il tema dell’adeguatezza, della natura e delle dimensioni dell’impresa, anche alla luce della più recente giurisprudenza, con lo sguardo dell’aziendalista in Ristrutturazioni aziendali* del 09 agosto 2024.

¹⁸¹ AMBROSINI S., *Assetti adeguati e «ibridazione» del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato*, cit., 435.; AIROLDI G. - BRUNETTI G. - CODA V., *Corso di Economia Aziendale, Bologna, Il Mulino, varie ed.*; BASTIA P., *Principi di Economia Aziendale*, Padova, 2009;

dei processi operativi interni, secondo linee orizzontali e verticali, volti ad assicurare l'integrazione manageriale e operativa; il sistema della regolamentazione interna variamente deliberata ed emanata dagli organi apicali dell'azienda: policies, protocolli, procedure formali, linee guida, regolamenti, principi interni direttive, ordini di servizio, circolari interne, ecc.; il modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, nelle sua parti generale e speciali, con il codice etico e i protocolli applicativi; le procedure per la certificazione della qualità; l'impianto amministrativo-contabile; l'information technology e la struttura informativa al servizio della gestione del costruito decisionale complessivo dell'impresa (sistemi integrati ERP, reti informatiche interne, intranet aziendali)¹⁸².

Gli aspetti operativi, invece, riguardano i meccanismi di funzionamento degli elementi strutturali: convocazioni e funzionamento degli organi di amministrazione e di controllo; sistema dei controlli interni; funzionamento dell'Organismo di Vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231/2001; flussi informativi in linea verticale ed orizzontale; supporti di pianificazione, programmazione e controllo manageriale; sistema di reporting manageriale (alta e media direzione); meccanismi di coordinamento (management committee, task force); sistemi retributivi e sistemi incentivanti; processi formativi; relazioni di verifica, valutazioni di conformità, rapporti ispettivi, meccanismi sanzionatori, ecc.¹⁸³.

Ricostruita l'accezione del lemma "assetti", per comprendere quale può essere in concreto la declinazione del sintagma "assetti adeguati", è utile

¹⁸² BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 367.

¹⁸³ FONTANA F., *I meccanismi operativi aziendali*, Roma, 1988, richiamato da BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 368; AIROLDI G., *I sistemi operativi*, Milano, 1980.

partire proprio dal citato documento di ricerca del 7/7/2023 a cura della FNC, il quale mira a *“fornire gli strumenti necessari a mitigare la discrezionalità dell’amministratore che è chiamato a progettare un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile”* e fornisce preziose indicazioni¹⁸⁴.

Il percorso consigliato parte dal richiamo ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, precisando che tali elementi sono fondamentali per definire il modello di business, su cui andare a comporre il modello gestionale dell’impresa.

Secondo la FNC, *“indagare, in prima istanza, il modello di business e il modello gestionale di un’impresa, permette di progettare e realizzare l’adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, che dovrebbe garantire la rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita di continuità, in un ambiente di “rischio” (SCI), al fine di ripristinare la condizione di equilibrio reddituale, patrimoniale e finanziario dell’impresa, in un contesto di continuità aziendale”*.

Per approcciare al modello di business e a quello gestionale anche in un’ottica prospettica, si richiede l’assunzione da parte dell’imprenditore di

¹⁸⁴ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., si vedano i capitoli: 6) I flussi informativi tra gli attori della governance aziendale; 7) i presupposti per la definizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile; 8) gli adeguati assetti organizzativi; 9) gli adeguati assetti amministrativi; 10) gli adeguati assetti contabili; si dà chiara indicazione delle modalità di istituzione di tale struttura operativa. Al capitolo 7 - intitolato *“I presupposti per la definizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile”* - dichiara l’intenzione riportata e richiama *“ai fini della predisposizione di un piano di risanamento, i contenuti del percorso indicato nel decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 21 marzo 2023, Composizione negoziata della crisi d’impresa - Verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento - Recepimento dell’aggiornamento del documento predisposto nell’ambito dei lavori della Commissione di studio istituita con decreto del 22 aprile 2021, con particolare riferimento alla Sezione II - “Check-list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza”*;

un approccio necessariamente manageriale, vocato alla “cultura del controllo”.

Quest’ultima si compone di: “cultura della decisione”, con cui si stabiliscono obiettivi e strategie; “cultura dell’azione”, con cui obiettivi e strategie vengono realizzate; “cultura della misurazione”, che concerne l’analisi dei risultati raggiunti e degli scostamenti che sono stati determinati rispetto alle previsioni¹⁸⁵.

3.2 I presupposti per un assetto adeguato: modello di business e gestionale

I presupposti per l’istituzione di assetti adeguati sono il modello di business e il modello gestionale, la cui definizione ed analisi costituisce il primo step nella costruzione degli adeguati assetti¹⁸⁶.

Il modello di business può essere icasticamente definito come “*l’insieme di assunzioni di base che definisce per cosa l’impresa è pagata*”¹⁸⁷ e nel corso del tempo, la definizione si è ampliata fino a ricomprendere le “*assunzioni relative ai mercati. Esse riguardano l’identificazione dei clienti e dei competitor, i loro valori e comportamenti. Si riferiscono alla tecnologia e alle sue dinamiche, ai punti di forza e di debolezza di un’impresa*”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 19.

¹⁸⁶ FNC, *Assetto organizzativi, amministrativi e contabili: check list operative*” del 25/7/2023.

¹⁸⁷ OVANS A., *What Is a Business Model?* in *Harvard Business Review*, January 23, 2015.

¹⁸⁸ DRUCKER P., *The Theory of the Business* in *Harvard Business Review*, settembre-ottobre, 1994.

La sua costruzione non può prescindere dall'analisi del contesto strategico di riferimento e dal mercato in cui opera l'impresa e deve essere in linea con la *mission*¹⁸⁹ e la *vision*¹⁹⁰ dell'impresa.

L'analisi va condotta sia su fattori esterni, per definire minacce ed opportunità, mediante l'indagine in ottica micro¹⁹¹ e macro¹⁹²; sia su fattori interni, per stabilire i punti di forza e di debolezza dell'impresa, attraverso uno studio del portafoglio prodotti, o anche un controllo sull'utilizzo efficiente dei fattori produttivi impiegati.

Affinché il modello sia utile a delineare gli assetti adeguati, è necessario stabilire precisi obiettivi¹⁹³ e individuare chiare strategie¹⁹⁴; infatti, esso deve essere in grado di indagare la continuità aziendale in un'ottica prospettica.

¹⁸⁹ La *mission* è la massima espressione del finalismo aziendale, ovvero la motivazione alla base della realizzazione del progetto imprenditoriale.

¹⁹⁰ La *vision* è la traduzione visiva della mission, il progetto condiviso con l'organizzazione dell'impresa.

¹⁹¹ Es. clienti, fornitori, concorrenti, tecnologia di settore, intermediari commerciali, etc.

¹⁹² Es. ambiente sociale, leggi e regolamenti, ambiente politico, tecnologia e ricerca, etc.

¹⁹³ FNC definisce obiettivi come “*tappe intermedie del percorso strategico che conduce alla realizzazione della mission aziendale. Essi sono strettamente collegati alle specificità di un'azienda e variano in relazione a fattori settoriali, dimensionali, organizzativi, manageriali, che si manifestano in modo differente anche in funzione del ciclo di vita dell'impresa*”.

¹⁹⁴FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 21, “*È importante valutare se obiettivi e strategie, nella loro definizione sono strutturati in ordine progressivo, a intervalli temporali di lungo, medio e breve termine. Così come è necessario comprendere se la realizzazione e il controllo dei risultati raggiunti segue un percorso inverso, che parte dagli obiettivi di breve termine e si conclude, attraverso la verifica degli obiettivi di medio termine, con quelli di lungo. Il che garantirebbe, anche in fase di un eventuale procedimento di risanamento, una più facile individuazione delle cause alla base dello stato di crisi, oltre ad una più efficace identificazione di quelli che potrebbero essere gli obiettivi e le strategie da valorizzare e/o modificare per riequilibrare l'impresa da un punto di vista reddituale, patrimoniale e finanziario*”.

Il modello di business trova la sua declinazione operativa nel modello gestionale, il quale deve fondarsi su: “regole di condotta” dell’attività gestionale, cioè processi e procedure che l’impresa deve adottare; “strumenti di analisi” dei fatti aziendali, di analisi di bilancio, di *business intelligence*, ecc.; “sistema informativo” adeguato, che possa tradurre i dati raccolti in informazioni utili per il management¹⁹⁵.

Queste ultime rappresentano una delle caratteristiche principali per l’adeguatezza degli assetti; esse devono essere: facili da acquisire, in termini di costi-benefici; flessibili, rispetto ad eventuali cambiamenti o nuove esigenze; chiare, al fine di evitare fraintendimenti; tempestive, per godere in tempo utile di indicazioni per prendere qualunque decisione¹⁹⁶.

Infatti, regole e strumenti - da sole - non sono sufficienti in mancanza di un efficiente sistema informativo che veicoli informazioni accurate e trasversali al soggetto decisore, indipendentemente dal suo livello gerarchico.

Il modello per esser parte di un adeguato assetto deve consentire l’emersione delle condizioni di incertezza e tendere al controllo delle variabili esterne ed interne, potenzialmente foriere di fenomeni capaci di intaccare l’equilibrio reddituale, patrimoniale e finanziario dell’impresa.

In altri termini, il modello gestionale deve tendere a migliorare il coordinamento tra la *mission* aziendale, gli obiettivi e le scelte strategiche, con il fine ultimo di preservare i fattori critici di successo, che possano

¹⁹⁵ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 22

¹⁹⁶ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 22

garantire - nel breve, medio e lungo termine - la continuità aziendale in un ambiente che è di rischio per definizione¹⁹⁷.

Ricostruiti i presupposti dai quali l'organo gestorio deve partire per l'istituzione degli assetti adeguati, è necessario indagare il contenuto di questi ultimi, utilizzando la tripartizione richiamata dal legislatore, pur consapevoli che non esiste una netta soluzione di continuità tra essi.

3.3 La “fuorviante” tripartizione

Per analizzare il contenuto degli assetti nella nota tripartizione, è utile partire dalla definizione fornita da ASSONIME¹⁹⁸ e ripresa dai giuristi¹⁹⁹:

- gli assetti organizzativi fanno “*riferimento agli aspetti statico-strutturali dell'organizzazione dell'impresa, nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità (organigramma)*”;
- gli assetti amministrativi fanno “*riferimento ad una dimensione dinamico-funzionale dell'organizzazione, intendendosi per tale*

¹⁹⁷ Inserire nota su ontologica presenza del rischio nell'attività di impresa

¹⁹⁸ ASSONIME, n. 19/2019 del 2.8.2019 *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi*.

¹⁹⁹ BERNABAI R., *Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica* in *Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, 98; IRRERA M., SPIOTTA M., *Gli obblighi e i doveri in Diritto del governo delle imprese* diretto da M. Irrera, Torino, 2020, 246; LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 1 aprile 2020, 7.; Id., *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo “correttivo”* in *Rivista di Diritto societario*, 2-2020, 343 ss.; BUFFELLI G., *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: il tema dell'adeguatezza, della natura e delle dimensioni dell'impresa, anche alla luce della più recente giurisprudenza, con lo sguardo dell'azionalista*, cit.

- l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle loro singole fasi*";
- gli assetti contabili *“sono quella parte degli assetti amministrativi volti ad una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione”*.

Così ricostruita, sembra *prima facie* possibile trattarli in maniera separata, ma la tripartizione lascia molti dubbi: l'*internal governace* rappresenta spesso un *unicum* del quale non è possibile trattare separatamente le singole componenti; si pensi alla stretta interdipendenza tra assetti amministrativi e contabili, le cui declinazioni non sono facilmente scindibili²⁰⁰.

Inoltre, la collocazione all'interno di una delle tre etichette di alcune componenti essenziali degli assetti è discussa, in quanto dipende dall'angolo di visuale dal quale si affronta il tema.

Si pensi ai piani industriali che per la FNC rappresentano una componente dell'assetto amministrativo (considerandoli nella loro essenza documentale), ma che parte della dottrina riconduce dell'assetto organizzativo (valutandoli per l'impatto che hanno sull'attribuzioni di obiettivi e responsabilità).

Ciò premesso, si proverà a seguire lo schema fornito dai documenti di ricerca del CNDCEC, con la consapevolezza che i confini della suddivisione che segue sono destinati a diluirsi (fino a sparire) nelle fattispecie concrete, in quanto componenti dell'unico insieme che è “l'assetto d'impresa”.

²⁰⁰ Non è certamente un caso che il legislatore utilizzi la declinazione al singolare “assetto”, quasi a volerne ribadire l'ontologica unitarietà.

3.3.1 Assetto organizzativo

L'assetto organizzativo è definito dal CNDCEC come l'unione di: “(i) il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, (ii) il complesso procedurale di controllo”²⁰¹.

Ad esso la letteratura internazionale in ambito organizzativo²⁰² assegna un ruolo cruciale per la sopravvivenza, la continuità e la competitività dell'impresa²⁰³; la teoria economica neo-istituzionalista²⁰⁴ lo considera un elemento fondamentale per la stessa natura dell'impresa, fino a considerarla una “un'alternativa al mercato”²⁰⁵.

²⁰¹ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* del 20 dicembre 2023, Norma 3.5, rubricata “Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo”, 2023, 56.

²⁰² MINTZBERG M., *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, cit.

²⁰³ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 377, secondo cui “un'inadeguata struttura organizzativa può costituire il motivo o uno dei motivi principali dell'insuccesso strategico e competitivo dell'impresa e quindi della sua crisi, quantomeno per tre ragioni: k) l'organizzazione risulta inefficiente ed anzi ostativa del processo di cambiamento strategico; kk) l'attuale struttura organizzativa riproduce modelli di comportamento manageriale superati ed esprime forti resistenze al cambiamento; kkk) la struttura organizzativa esistente risulta onerosa in termini di costi organizzativi e, in certi casi, monolitica e sovradimensionata, specie in presenza di imprese mature, al termine di percorsi di crescita in cui sono mancati processi di razionalizzazione e ridimensionamento”. Sul punto, gli autori invitano alla consultazione di PORTER M., *Competitive Advantage: Creating Sustaining Superior Performance*, New York, The Free Press, 1985, sulla criticità dell'efficienza organizzativa, anche l'analisi sulla progettazione di catene del valore (value chain) efficienti e virtuose; e di JOHNSON T. - KAPLAN R., *Relevance Lost. The Rise and Fall of Management Accounting*, Boston, Harvard Business School Press, 1987, sulla rilevanza storicamente acquisita e tutt'ora fondamentale dell'informazione contabile e della sua valenza diagnostica.

²⁰⁴ WILLIAMSON O., *Market and Hierarchies*, New York, The Free Press, 1975.

²⁰⁵ Nell'impostazione di WILLIAMSON O. ricostruita da BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della*

Componente fondamentale dell'assetto organizzativo è la macrostruttura; essa è composta da: una struttura manageriale operativa, che gestisce direttamente il business aziendale (*approvvigionamenti, logistica, produzione, distribuzione, marketing*); una tecnostruttura, composta da ruoli manageriali di supporto, indispensabili per il coordinamento interno e il rispetto dei vincoli esterni (*internal audit, compliance, pianificazione e controllo, organizzazione, sistemi informativi*).

La struttura organizzativa interessa le unità lavorative e i compiti ad esse assegnati; con la divisione del lavoro si stabiliscono le unità organizzative e i singoli individui allocati, specificando ruoli e poteri decisionali²⁰⁶.

Il modello della struttura organizzativa, storicamente gerarchico-funzionale o piramidale, nella realtà contemporanea può essere anche orizzontale; in tal caso, un ruolo centrale è assunto dal “processo aziendale”²⁰⁷ e l'attenzione si sposta dall'efficienza dell'area funzionale all'efficacia del processo.

crisi: tra principi generali e scienza aziendale, cit., la struttura organizzativa è “un'adeguata struttura organizzativa (ma vale anche il contrario, rovesciando i termini del problema) - consente all'azienda di allargare i propri confini legali, quindi di crescere, sostituendosi al mercato mediante l'internalizzazione di processi operativi e di attività altrimenti svolti da soggetti esterni (fornitori, subfornitori, terzisti, operatori di fase, ecc.)”.

²⁰⁶ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale, cit.,* secondo cui essa si sostanzia principalmente nel coordinamento e nella sincronizzazione tra unità organizzative e singoli individui.

²⁰⁷ Esso è rappresentativo di un complesso di attività organizzate ed interdipendenti che, appartenenti ad una o più funzioni aziendali distinte tra loro, realizzano un output (prodotti e servizi) impiegando una serie di input (fattori produttivi in senso lato), con lo scopo di soddisfare le attese della clientela (modello di business).

La struttura è generalmente declinata in: un organigramma, che stabilisce la “gerarchia” dei ruoli con riferimento agli organi volitivi e di controllo; un funzionigramma, che determina il coordinamento tra le unità in cui si svolgono attività omogenee tra loro; i mansionari, dai quali emergono gli specifici compiti assegnati a ciascun membro dell’unità organizzativa; e le norme procedurali o protocolli, che precisano le attività da compiere al verificarsi di situazioni specifiche.

Prima di procedere con la perimetrazione degli assetti amministrativi, è bene precisare che una parte della dottrina aziendalistica²⁰⁸ suole sussumere negli assetti organizzativi anche i sistemi operativi, che - in declinazione della macrostruttura appena richiamata - favoriscono l’integrazione tra differenti attività aziendali.

Viceversa, nella descrizione degli assetti fornita dal CNDCEC, essi vengono collocati tra gli assetti amministrativi; pertanto, ci si limita a richiamarli in questa sede, ma saranno più diffusamente affrontati nel prossimo paragrafo; sono tali divergenze di vedute che conducono a dubitare della bontà della tripartizione contenuta già nell’art. 2381 c.c. e più volte richiamata dal legislatore.

Tra i sistemi operativi è possibile annoverare i sistemi: di pianificazione²⁰⁹; di programmazione e controllo²¹⁰; decisionali²¹¹; per la

²⁰⁸ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., Richiamare altri.

²⁰⁹ I sistemi di pianificazione sovrintendono la definizione di obiettivi e strategie di medio-lungo periodo.

²¹⁰ I sistemi di programmazione sovrintendono la definizione di obiettivi e strategie di breve periodo.

²¹¹ I sistemi di decisionali permettono di individuare i percorsi di ricerca della soluzione più soddisfacente, tra una rosa di alternative.

gestione delle risorse umane²¹²; informativi²¹³; di comunicazione²¹⁴; per la gestione del rischio²¹⁵.

La variegata composizione degli assetti organizzativi dimostra che ai soggetti deputati ad istituirli e governarli - oltre a chi sulla loro adeguatezza deve vigilare - è attribuito un ampio margine di discrezionalità²¹⁶.

Affinchè l'assetto organizzativo sia adeguato²¹⁷, la progettazione della struttura organizzativa non può essere astratta, ma deve essere sviluppata in funzione delle caratteristiche (*rectius* natura e dimensioni) dell'impresa, in modo coerente con l'orientamento strategico di essa²¹⁸.

Per la scienza aziendalistica, un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando, in relazione alle dimensioni e alla complessità della

²¹² I sistemi di gestione delle risorse umane consentono di migliorare le attività di ricerca, selezione, addestramento ed inserimento del personale.

²¹³ I sistemi informativi rendono agevoli e rapide l'elaborazione e la diffusione delle informazioni necessarie a garantire l'efficacia e l'efficienza delle decisioni e della gestione aziendale.

²¹⁴ I sistemi di comunicazione tendono a migliorare i processi comunicativi tra soggetti appartenenti a diversi livelli gerarchici (comunicazione verticale), o tra individui di uguale livello gerarchico, ma impegnati in differenti aree di attività (comunicazione orizzontale).

²¹⁵ I sistemi di gestione del rischio consentono di individuare e monitorare gli eventuali rischi aziendali non solo di natura economico-aziendale, ma anche, ad esempio, legati all'organizzazione del personale, alla sostenibilità ambientale, e altro.

²¹⁶ Inserire nota interna sulla discrezionalità nella scelta della composizione degli assetti

²¹⁷ Si ricorda che proprio dalla loro strutturazione deriva l'efficienza dell'impresa e la sua capacità di essere resiliente nel mercato e nelle crisi

²¹⁸ Sulle interferenze tra scelte strategiche e organizzazione aziendale, si segnala BASTIA, il quale evidenzia che *“la struttura organizzativa deve essere progettata in funzione delle strategie specifiche adottate, che possono variare dall'integrazione orizzontale o verticale, alla diversificazione, ai progetti, fino alla crescita attraverso gruppi societari”*; ma è pur vero che *“anche l'influenza inversa della struttura organizzativa sulle scelte strategiche. In alcuni casi, una struttura organizzativa particolarmente rigida e ampia può vincolare le opzioni strategiche, diventando un ostacolo alla pianificazione strategica stessa, come avviene spesso nelle grandi burocrazie o nelle aziende di pubblica utilità”*.

società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, comprende: una definita organizzazione gerarchica; un organigramma con precisa identificazione di funzioni, compiti e linee di responsabilità; un esercizio del potere decisionale e direttivo attribuito ai relativi soggetti in declinazione delle regole di *corporate governance*; l'esistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi; la presenza di procedure che assicurino il ricorso a personale con adeguata professionalità e competenza per le funzioni assegnate; l'adozione di procedure aziendali, che consentano l'effettiva diffusione e conoscenza dei protocolli²¹⁹.

3.3.2 Assetto amministrativo

Il CNDCEC, dall'angolo di visuale delle norme di comportamento del collegio sindacale, definisce l'assetto amministrativo in uno con quello contabile come *“l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa”*; ma poi precisa che *“pur convergendo nel complessivo assetto organizzativo della società, l'assetto amministrativo e l'assetto contabile sono tra loro distinti, anche nel dettato normativo”*²²⁰.

²¹⁹ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* del 20 dicembre 2023, Norma 3.5 *“Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo”*, 57.

²²⁰ Id. precedente.

Gli assetti amministrativi sono, infatti, riferibili ad una dimensione dinamico-funzionale dell'organizzazione²²¹; gli assetti contabili, invece, sono quella parte degli assetti amministrativi orientati a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione ai fini di programmazione e consuntivazione, per la gestione e la comunicazione all'esterno dell'impresa.

Sembrerebbe, dunque, secondo tale impostazione che il rapporto tra assetti amministrativi e contabili sia di *genus a species*, laddove gli assetti contabili siano una parte di quelli amministrativi. L'impostazione appare condivisibile, anche se non unanime nella dottrina aziendalistica.

Guardandoli sotto la lente della funzione cui devono essere preordinati²²²: l'assetto amministrativo deve garantire un processo decisionale ed un'operatività gestoria all'insegna della pianificazione, della programmazione e del controllo; quello contabile deve consentire di estrapolare i dati, cioè le informazioni indispensabili al processo decisionale per la gestione ordinaria o per la risoluzione di potenziali criticità in caso di eventi patologici e di crisi²²³.

La FNC annovera tra i contenuti degli assetti amministrativi i sistemi di pianificazione, programmazione e controllo con cui si definiscono il piano

²²¹ Si intende tale l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi.

²²² FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 30, "con un adeguato impianto organizzativo e contabile, sarà possibile fronteggiare in modo più adeguato gli eventi, cercando di comprendere se ascrivibili a variabili esterne e/o interne, per affrontare con efficienza ed efficacia i cambiamenti necessari, ovvero tutte le modificazioni, parziali o radicali, dei piani strategici in precedenza stabiliti".

²²³ BUFFELLI G., *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: il tema dell'adeguatezza, della natura e delle dimensioni dell'impresa, anche alla luce della più recente giurisprudenza, con lo sguardo dell'aziendalista*, cit.

industriale (o *business plan*), il piano operativo (o *budget*) e l'attività di *reporting*.

3.3.2.1 Il piano industriale

Il piano industriale (o *business plan*) è un piano di medio-lungo periodo che deve avere un orizzonte almeno triennale (generalmente compreso tra 3 e 5 anni) e si compone solitamente di un piano economico²²⁴, un piano

²²⁴ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 31; nel documento di ricerca si precisa che “*Il piano economico stabilisce, in via preventiva, l'ammontare dei ricavi e dei costi che saranno generati dalla gestione futura. L'elemento primario, nella redazione di tale documento, è rappresentato dalla quantificazione del potenziale collocamento di beni e servizi sul mercato di riferimento, poiché da tale dato può essere desunto l'ammontare complessivo dei ricavi e dei costi futuri. Per garantire una maggiore attendibilità del dato primario, è necessario partire proprio da un'analisi del mercato in cui il soggetto aziendale desidera operare. A ciò si aggiungono ulteriori informazioni utili derivanti dallo studio attento sull'andamento della domanda espressa dai clienti e dell'offerta da parte dei concorrenti. La quantità stimata dei prodotti e dei servizi da vendere, oltre a definire l'ammontare dei ricavi futuri, permette di stabilire i costi dei fattori produttivi ad essi collegati, in relazione ai quali occorre considerare le seguenti categorie: costi commerciali che includono quegli oneri sostenuti dall'azienda per incrementare le vendite (costi di pubblicità, i costi di promozione, ecc.); costi di produzione che concernono le spese sostenute dall'impresa per la realizzazione dei prodotti e/o servizi, in base ad un programma di produzione e/o di stoccaggio riconducibile alle vendite programmate in un determinato arco temporale e alla capacità produttiva disponibile; altri costi che riguardano i costi non direttamente riconducibili all'attività produttiva (overheads) quali, ad esempio, costi di amministrazione, costi per consulenze professionali, ecc.*”

zdegli investimenti²²⁵ e uno finanziario²²⁶.

Nella predisposizione dei citati piani, deve essere compiuta un'indagine sul fabbisogno finanziario di tipo quantitativo²²⁷ e di tipo qualitativo²²⁸.

²²⁵ FNC, *Aspetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendali*, cit., 31; nel documento di ricerca si precisa che “*Il piano degli investimenti si sofferma in particolare sulla previsione dei fattori produttivi durevoli (capex), necessari alla realizzazione del progetto d'impresa. Tra i principali fattori da tenere in debita considerazione nella redazione di un piano degli investimenti ricordiamo: il modello di business e l'attività economica dell'impresa, per cui il piano degli investimenti di un'impresa di servizi è sicuramente differente rispetto ad un'azienda di produzione meccanica. La natura dell'attività dell'impresa caratterizza, tra le altre cose, anche la rigidità o elasticità dell'impresa medesima e il grado di leva operativa sostenuto; la capacità produttiva media dell'impresa, cercando di individuare un livello di produzione “costante” per controbilanciare i periodi di picchi produttivi rispetto ai periodi di stasi; la dimensione dell'impresa, per la quale un'azienda di grandi dimensioni necessita di maggiori investimenti rispetto ad un'impresa piccola [...]*”.

²²⁶ FNC, *Aspetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendali*, cit., 31; nel documento di ricerca si precisa che “*il piano finanziario che quantifica il fabbisogno di mezzi finanziari per la copertura degli investimenti necessari alla realizzazione del progetto d'impresa. Il fabbisogno finanziario è connesso al susseguirsi nel tempo dell'andamento dei flussi di entrate monetarie, principalmente per ricavi di vendita, ed alla sequenza delle uscite, relative dei costi di gestione e alle capex, riferiti alle varie fasi del ciclo di vita dell'impresa. In tal senso, è di fondamentale importanza stabilire il reale fabbisogno finanziario mediante la risoluzione del trade off tra l'attesa di realizzo degli investimenti, sia di breve che di medio e lungo termine, e la disponibilità di mezzi liquidi che necessiterebbe per preservare la solvibilità dell'impresa in ogni momento. Ne consegue che un allungamento dei tempi di liquidabilità degli investimenti e la relativa insufficienza di mezzi monetari disponibili determinerebbe, necessariamente, il ricorso a nuove fonti di finanziamento per il rimborso di vecchi finanziamenti, oltre all'esigenza di alimentare nuovi investimenti*”.

²²⁷ Secondo l'approccio di tipo quantitativo (o statico), il fabbisogno finanziario può dirsi riferito ad un determinato istante, partendo dall'analisi sulla composizione dell'attivo dello stato patrimoniale, con cui si identificano i mezzi finanziari investiti in azienda. In tal senso, l'osservazione del fabbisogno si conduce rapportando le risorse investite rispetto all'entità delle risorse acquisite, al fine di verificare se quest'ultime siano sufficienti a soddisfare le esigenze legate allo svolgimento della gestione e, quindi, se l'ammontare delle fonti di finanziamento sia adeguato alla copertura degli investimenti in essere.

²²⁸ L'analisi sul fabbisogno finanziario di tipo qualitativo (o dinamico) è volta, invece, a ricercare la giusta omogeneità, in termini di durata, tra fonti e impieghi finanziari. Per cui, associata la capienza delle fonti di finanziamento rispetto agli investimenti posti in essere, occorre comprendere se vi sia correlazione tra finanziamenti a breve rispetto ad

I tre piani (economico, degli investimenti e finanziario) sono strettamente interdipendenti tra loro e devono mirare alla creazione di valore nel medio e lungo termine, da intendersi come autosufficienza economica all'insegna della sostenibilità finanziaria dell'impresa e della continuità aziendale²²⁹.

3.3.2.2 Il piano operativo

Il piano operativo (o *budget*) costituisce una guida di breve periodo e consente di coordinare le differenti attività all'interno dell'impresa; esso è un documento contabile e gestionale che traccia il percorso strategico per il raggiungimento di determinati obiettivi, che permettono di attivare i veri e propri meccanismi di responsabilizzazione delle risorse (o *accountability*) e di controllo del rischio.

Il *budget* consente una previsione sull'andamento futuro, che è insufficiente se non accompagnata da un'attività di analisi degli scostamenti, tesa a verificare il raggiungimento degli obiettivi fissati e a intercettare le cause di tali eventuali scostamenti.

investimenti a breve, piuttosto che tra investimenti a medio-lungo termine rispetto a finanziamenti aventi scadenza di eguale durata. In questo modo, è possibile constatare se la liquidabilità degli investimenti è tale da garantire la copertura delle esigenze di cassa senza aver la necessità di ricorrere ad ulteriori finanziamenti, se non nella loro fisiologica alternanza a supporto della gestione operativa.

²²⁹ La scelta degli investimenti, realizzati nel rispetto di un chiaro modello di business e di un quadro strategico ben definito, dovrà essere di supporto per la realizzazione della redditività dell'impresa, mediante l'efficientamento dei fattori produttivi impiegati. La traduzione in flussi di cassa della redditività dei prodotti o servizi venduti garantisce la sostenibilità dell'investimento ovvero permette il rimborso dei finanziamenti richiesti, oltre ad alimentare nuovi investimenti. Il tutto con effetti benefici sulla riduzione del rischio di insolvenza.

Questi ultimi possono dipendere da: variabili e rischi non preventivabili in sede di formazione del *budget*, come dimostrato dall'avvento della pandemia da Covid; errori di valutazione nella determinazione degli obiettivi, in caso di assunti errati e/o valutazioni non precise; errori nella gestione, come per decisioni e azioni del *management* non coerenti con il *budget*.

In qualunque delle suddette ipotesi, un adeguato assetto offre la possibilità di un intervento tempestivo per ripristinare condizioni che possano ridurre gli scostamenti e correggere le deviazioni.

Tale ricostruzione, offerta dalle scienze aziendalistiche, analizzata con le ricordate finalità della riforma del codice della crisi alla luce della *rescue culture*²³⁰, che considera efficaci gli interventi solo se tempestivi, rende il piano operativo un elemento centrale degli assetti adeguati.

Secondo la FNC, infatti, un processo decisionale ed un'attività gestoria - svolti nella cornice di un percorso ben delineato - permettono di conseguire più facilmente gli obiettivi di crescita con l'impiego efficiente dei fattori produttivi²³¹.

In assenza di ciò, il *management* rischia di amministrare “*a vista*”, limitandosi a “*tamponare*” le diverse situazioni che si dovessero presentare senza avere la possibilità di prevedere la crisi in arrivo e correggere tempestivamente “*la rotta*”.

²³⁰ DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgment rule*, cit.

²³¹ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit.

3.3.3 Assetto contabile

La FNC, richiamando le norme di comportamento del collegio sindacale, definisce l'assetto contabile come l'insieme di *“strumenti e procedure idonee a consentire una corretta, completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione.*

In questa prospettiva, i sistemi contabili dovrebbero essere in grado di elaborare budget e previsioni che tengano conto della prospettiva economico-finanziaria dell'attività dell'impresa”²³².

L'assetto contabile (o per alcuni “amministrativo-contabile”) comprende molteplici funzionalità: dai profili di legittimità e di rispetto degli adempimenti obbligatori (civilistici, fiscali, amministrativi), alla trasparenza aziendale, con importanti riflessi reputazionali esterni (bilanci, rendicontazioni), fino al supporto fondamentale per la gestione del linguaggio contabile ed extracontabile²³³.

“Lo scopo generale del sistema amministrativo-contabile è in sintesi quello di produrre informazioni rilevanti e tempestive, anche di tipo predittivo, per il controllo sulla gestione da parte degli organi di amministrazione e di controllo, per il management, per le autorità di vigilanza (quando richiesto), per gli shareholders, per gli stakeholders per

²³² FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 9.

²³³ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 379, per il quale l'assetto amministrativo-contabile nella declinazione del “linguaggio contabile” deve consentire di soddisfare *“le esigenze: i) di memorizzazione dei fatti gestionali e di sedimentazione dei trend storici dell'azienda; ii) di diagnosi della situazione aziendale e delle sue condizioni di equilibrio; iii) di supporto alle decisioni ordinarie continuative e a quelle straordinarie; iv) di pianificazione e controllo strategico e manageriale; v) di legittimazione delle decisioni, conferendo ad esse il carattere della razionalità”*.

i necessari processi di comunicazione esterna (verso il sistema bancario, l'amministrazione finanziaria) ”²³⁴.

Senza un adeguato assetto contabile, le strutture organizzativa e amministrativa non possono essere considerate adeguate, in quanto si troverebbero ad operare in assenza di razionalità economica e informazioni veritiere; gli assetti contabili adeguati, infatti, rappresentano la base e la fonte da cui trarre le corrette informazioni gestionali costruite in modo consuntivo e previsionale.

Se prima della riforma, l'assetto contabile si limitava ai processi necessari alla predisposizione del bilancio d'esercizio²³⁵, del bilancio gestionale²³⁶ e del bilancio previsionale²³⁷, per effetto della sua funzionalizzazione alla rilevazione tempestiva della crisi, l'obbligo di predisporre un assetto adeguato allarga notevolmente gli obblighi

²³⁴ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 379.

²³⁵ *“La predisposizione di un corretto bilancio d'esercizio costituisce lo strumento base di immediato riscontro sull'andamento aziendale dai vari punti di vista: reddituale, patrimoniale e finanziario. La riclassificazione dello stato patrimoniale e del conto economico con determinazione e coordinamento degli indici di bilancio ricavati dallo stato patrimoniale e dal conto economico, l'analisi dei flussi finanziari e della posizione finanziaria netta consentiranno al management di avere una evidenza analitica della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa”.*

²³⁶ *“Tale documento si basa sulla contabilità gestionale rappresentata da un insieme di processi, delle tecniche e degli strumenti con cui si analizzano le varie fasi della produzione di una azienda dal punto di vista finanziario; trattasi di strumento a supporto della contabilità generale perché consente di ottenere informazioni utili in ambito strategico. Da questa contabilità si ottiene il bilancio gestionale che permette di gestire informazioni contabili ed extracontabili e di contabilità analitica”.*

²³⁷ *“Tale bilancio si compone del budget economico, patrimoniale e finanziario. Trattasi di strumenti finalizzati a monitorare l'andamento dell'impresa in ambito prospettico dal punto di vista economico, patrimoniale e finanziario”.*

previsionali, in applicazione analogica di quanto avvenuto nei *settori speciali del diritto bancario, finanziario e assicurativo*²³⁸.

Si pensi alla rilevanza del controllo di gestione analitico e alla necessità di avere strumenti di previsione calibrati per le singole fattispecie aziendali²³⁹.

Non vi è dubbio che lo strumento più immediato nella diagnostica relativa all'andamento aziendale è la lettura del bilancio di esercizio, poiché fornisce una serie di indicazioni sull'andamento generale dell'impresa da un punto di vista reddituale, patrimoniale e finanziario.

²³⁸ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 380, i quali - citando FERRI JR., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria* in *Rivista di diritto Commerciale*, I, 2011, 414 e CHITI M.P. - SANTORO V., *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, ricordano che "la BRRD (Bank Recovery and Resolution Directive UE/59/2014 che ha ricevuto attuazione con i d.lgs. n. 180 e n. 181/2015) nell'introdurre misure di preparazione della crisi, oltre a quelle di early intervention e di risoluzione, presuppone che le crisi di una società o di un gruppo bancario finanziario possano costituire fenomeni riconducibili alla disfunzione organizzativa, che a sua volta potrebbe compromettere la stabilità dell'ente in previsione del rispetto dei requisiti di vigilanza prudenziale (CRD4)".

²³⁹ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., X, "a) le rielaborazioni ad uso diagnostico delle risultanze della contabilità generale e dei bilanci, societari e consolidati di gruppo, con l'impiego degli indici segnaletici (ratios) e le analisi dei flussi finanziari; b) l'adozione della contabilità analitica d'esercizio o di commessa, per ottenere conti economici per singoli prodotti, mercati, aree geografiche, segmenti di clienti, canali di vendita, business units, al fine di conoscere redditività e livelli di efficienza anche per specifici segmenti aziendali; c) lo sviluppo sistematico e continuativo di programmi operativi, di piani d'azione e di budget operativi, nonché di budget di sintesi (bilanci di previsione), per conferire un orientamento al futuro al controllo di gestione e per introdurre quei parametri predittivi necessari per cogliere anticipatamente e comunque tempestivamente sia opportunità, ma soprattutto rischi e criticità, tra cui il pericolo della crisi e dell'insolvenza; d) l'architettura sistematica e la diffusione periodica e regolare di un sistema di reporting, in grado di raggiungere i soggetti apicali e il management per il continuo monitoraggio e per la segnalazione di anomalie della gestione aziendale svolta, in essere e prospettica;"

Ciononostante, la cadenza annuale dello stesso nel limita fortemente l'utilità per un intervento tempestivo, per il quale andrebbe ripetuto con una cadenza infrannuale ed eseguito con il supporto delle indicazioni fornite dall'OIC 30 sui "bilanci intermedi"²⁴⁰.

L'analisi di bilancio consente di determinare gli indici e gli indicatori a seguito della riclassificazione dello stato patrimoniale e del conto economico, offrendo una rilettura della condizione reddituale patrimoniale e finanziaria dell'impresa²⁴¹.

Ad esso può essere affiancato il bilancio gestionale, nella cui redazione si modifica la "base dati" di quello di esercizio: il fine ultimo è quello di acquisire le informazioni utili al controllo di ricavi, costi e margini, per misurare la redditività specifica di singoli elementi oggetto d'indagine (es. commesse, prodotti, servizi, linee di produzione, etc.)²⁴².

²⁴⁰ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 36, "In tal senso, un'ipotetica metodologia di analisi del bilancio potrebbe prevedere le seguenti fasi: 1. analisi del contesto di riferimento, per rapportare i dati di bilancio agli eventi relativi all'ambiente macro e micro; 2. studio del piano dei conti, per verificare la giusta classificazione per "natura" delle voci di bilancio; 3. analisi dei criteri di valutazione delle poste di bilancio, per sottolineare un concetto di continuità contabile nel corso di uno o più esercizi amministrativi; 4. analisi del fascicolo di bilancio, da intendersi come raccolta di tutta la documentazione a corredo di un bilancio di esercizio; 5. riclassificazione dello stato patrimoniale e del conto economico, da elaborare a seconda del flusso informativo e degli indicatori che si vogliono generare; 6. determinazione e coordinamento degli indicatori e indici di bilancio espressi dallo stato patrimoniale e dal conto economico, per la definizione di un quadro piuttosto completo della condizione reddituale, patrimoniale e finanziaria dell'impresa; 7. determinazione dei flussi finanziari, che favorisce l'analisi della forza finanziaria e monetaria che l'impresa è in grado di esprimere a partire dai dati di natura economica; 8. determinazione della posizione finanziaria netta, per un approfondimento sulle dinamiche finanziarie dell'impresa"

²⁴¹ La riclassificazione è imposta dal codice della crisi e suggerita da ultimo dal Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 21 marzo 2023, sia per l'esecuzione del cd. "test pratico", sia nella sezione relativa al piano di risanamento.

²⁴² Ciò è possibile perché il bilancio gestionale garantisce la classificazione dei ricavi ed i costi per "destinazione" e non per "natura".

La FNC precisa che “*con il bilancio gestionale si approfondisce quanto determinato e detto con l’analisi di bilancio e lo si fa strutturando un sistema, extra-contabile, detto di contabilità analitica*”²⁴³.

Attraverso questo strumento è possibile calcolare la differenza fra i ricavi di vendita ed il costo variabile delle quantità vendute di tale prodotto, cioè il “*margin di contribuzione*”²⁴⁴, che è il parametro rappresentativo del risultato economico indicativo della capacità dell’impresa di copertura dei costi fissi²⁴⁵.

È, inoltre, possibile determinare il margine di contribuzione di primo o di secondo livello qualora, nell’analisi, si decidesse di distinguere i costi fissi in specifici e comuni²⁴⁶.

L’utilità del bilancio di gestione nella fase diagnostica si amplifica se esso, oltre alle informazioni provenienti dal bilancio di esercizio, viene alimentato con dati ulteriori provenienti dalla contabilità analitica.

²⁴³ FNC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, cit., 36.

²⁴⁴ Sul rilievo della contabilità analitica e del margine di contribuzione nelle decisioni di scelta economica, la FNC nel citato documento di ricerca invita la consultazione di: BASTIA P., *Analisi dei costi: evoluzione degli scopi conoscitivi*, cap. V, Bologna, 1992; Id., *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Milano, 2022, 103 e ss.

²⁴⁵ Se il margine di contribuzione è maggiore dei costi fissi, la differenza misura l’utile netto d’esercizio; nel caso in cui, invece, risultasse inferiore si rilevarebbe una perdita netta di esercizio. Per la determinazione del margine di contribuzione, fermo restando la classificazione per destinazione, si richiede una specifica ripartizione dei costi in variabili e fissi con riferimento all’oggetto di calcolo in un lasso temporale di breve periodo.

²⁴⁶ Con il margine di contribuzione è possibile, tra le altre analisi: prendere decisioni di convenienza economica comparata, quali scelte di make or buy, abbandono o meno di un prodotto, accettazione di commesse marginali, analisi della redditività dei prodotti; fornire analisi sull’efficienza e sulla produttività interna, attraverso l’analisi dei costi dei centri di responsabilità, nonché fornire valutazioni in termini di produttività e di utilizzo della capacità produttiva; indicare i migliori prezzi dei prodotti, partendo dal costo di prodotto nelle sue differenti configurazioni; monitorare variabili quali i costi fissi di struttura o generali, i costi della qualità; prendere decisioni strategiche, quali l’ampliamento del mix produttivo, l’ingresso in nuovi mercati, e così via.

Se così costruito, la ricchezza di informazioni e di analisi - non solo a consuntivo nella diagnosi sulla causa dell'eventuale crisi, ma anche nella fase di prevenzione di essa - aiutano certamente ad integrare il requisito dell'adeguatezza dell'assetto.

Il quadro degli strumenti, al netto del trasversale sistema di reporting di cui si dirà dopo, può essere completato con il bilancio previsionale; esso si compone principalmente di tre documenti: il budget economico²⁴⁷; il budget patrimoniale²⁴⁸; il budget finanziario²⁴⁹.

L'insieme degli strumenti rappresenta l'output dell'analisi dei dati estrapolati dal bilancio di esercizio e dal bilancio gestionale, onde definire obiettivi e strategie per migliorare i risultati storici, oppure per ripristinare il giusto equilibrio reddituale, patrimoniale e finanziario dell'impresa.

3.3.4 Il sistema di *reporting*

Merita trattazione a parte il sistema di *reporting*, in quanto non può essere compiutamente inserito in nessuna declinazione della rammentata tripartizione, stante la sua natura evidentemente trasversale.

I dati e le informazioni sono lo strumento di analisi e di comunicazione a supporto del processo decisionale del management aziendale.

²⁴⁷ Il budget economico permette di definire innanzitutto i ricavi di esercizio e solo successivamente i costi di esercizio

²⁴⁸ Il budget patrimoniale si focalizza sull'equilibrio prospettico tra investimenti e finanziamenti in un'ottica di fabbisogno finanziario

²⁴⁹ Il budget finanziario consente di programmare le entrate e le uscite future, per la definizione di un giusto equilibrio monetario sia in una fase fisiologica, sia in un'ipotesi di risanamento. Secondo al FNC, nella prospettiva del risanamento in continuità lo strumento è essenziale per quantificare e qualificare la forza finanziaria che l'impresa riuscirà ad esprimere per rimborsare le fonti di finanziamento esterne, oltre ad alimentare il circuito interno per ripresa della ordinaria attività

Esso, se non intende “navigare a vista” e vuole garantirsi la possibilità di “correggere la rotta”, deve dotarsi di un adeguato “cockpit”, la cui “strumentazione” è priva di efficacia se non viene alimentata da un sistema di reporting disegnato sulle specifiche esigenze dell’impresa²⁵⁰.

L’impostazione di tipo tradizionale è incentrata sull’analisi degli scostamenti derivanti dal confronto tra valori previsionali e valori a consuntivo di grandezze economico-finanziarie; tali scostamenti - positivi o negativi - possono interessare i volumi prodotti (output), il prezzo di vendita di beni e servizi, l’efficienza nell’utilizzo dei fattori produttivi impiegati (input), il costo dei fattori produttivi.

In alternativa, una impostazione di tipo innovativo può essere incentrata sull’analisi dei fattori critici di successo dell’impresa, in considerazione di indicatori non solo economico-finanziari, ma anche fisico-tecnici; ne è una esemplificazione lo strumento della *balanced scorecard*²⁵¹.

In tale modello, le prospettive con cui vengono indagati i risultati raggiunti sono: la prospettiva di tipo economico-finanziario; la prospettiva dei processi interni; la prospettiva dell’apprendimento e l’innovazione; la prospettiva dei clienti.

Per ciascuna prospettiva vanno indicati e analizzati: gli obiettivi specifici; le risorse occorrenti a conseguire gli obiettivi; gli indicatori in grado di misurare i risultati di singole attività e processi nonché il loro

²⁵⁰ Per la FNC, “il tutto si traduce nelle seguenti attività: a) stabilire l’oggetto della misurazione, rappresentato dalle sue principali determinanti (ad esempio il costo di un prodotto specificandone le fasi produttive); b) identificare idonei indicatori quantitativi e qualitativi; c) verificare la coerenza e la complementarità degli indicatori con gli obiettivi di performance da realizzare; d) individuare il responsabile a cui sono stati assegnati gli obiettivi; e) monitorare gli indicatori, stabilendo una periodicità, per verificare il raggiungimento degli obiettivi”.

²⁵¹ KAPLAN R.S. - NORTON D.P., *The Balanced Scorecard: Measures that Drive Performance* in *Harvard Business Review*, January-February, 1992, 71-79.

impatto sulla realizzazione della strategia; il valore attuale e prospettico dei vari indicatori individuati; le iniziative da attuare per ottenere i risultati programmati.

Pertanto, se l'approccio di reporting tradizionale si sofferma solo sui risultati economici, quello innovativo cerca di indagare le cause che hanno determinato i suddetti risultati.

In questa ottica, il sistema di reporting non è più mero strumento di misurazione, ma diventa uno strumento di gestione che consente l'individuazione dei fattori critici di successo, suggerendo le azioni da compiere per assicurarne la custodia o per attivarne il ripristino nell'ottica del successo e della continuità aziendale.

4 L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI IN RELAZIONE ALLA NATURA E ALLE DIMENSIONI DELL'IMPRESA

L'adeguatezza, come dimostrato in precedenza, è clausola generale ampia e l'esame degli approdi delle scienze aziendalistiche hanno dimostrato che la sua declinazione in concreto è assai flessibile, lasciando ampia discrezionalità agli amministratori.

Tale flessibilità trova, però, una guida e un limite - oltre che nella necessaria capacità di prevedere l'arrivo della crisi, come declinata anche dall'appena riformato art. 3 c.c.i.i. - anche nei parametri espressamente previsti dal legislatore relativi "*alla natura e alle dimensioni dell'impresa*".

Preme ricordare che l'espressione è già utilizzata dal legislatore in un'altra norma che compone lo statuto di base dell'imprenditore commerciale e lo fa proprio con riferimento alle scritture contabili²⁵², le quali possono costituire²⁵³ uno degli elementi dell'organizzazione²⁵⁴.

²⁵² Art. 2214 c.c. "*L'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere il libro giornale e il libro degli inventari. Deve altresì tenere le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa*".

²⁵³ L'utilizzo del dubitativo è necessitato alla luce della nota e risalente diatriba sulla qualificazione giuridica delle scritture contabili, Per una rassegna delle diverse posizioni, NIGRO, *Le scritture contabili* in *Trattato di dir. comm. diretto da Galgano*, Vol. 2°, Padova, 1978, 255 ss.

²⁵⁴ FERRI, *Scritture contabili* in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 826 ss.; NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione* in *Trattato di dir. priv.* diretto da RESCIGNO, Vol. 15, Torino, 1986; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Torino, 2020, 123; CASANOVA, *Impresa e azienda* in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da VASSALLI, Vol. 10°, Tomo 1.1, Torino, 1974, 263 ss.; BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. Scritture contabili*, 3° ediz., Torino, 2008, 63; Gli autori sono richiamati da QUATTROCCHIO L. M., *Le scritture contabili e il bilancio delle società di persone* in *Le nuove società di persone*, Bologna, 2014, 195 ss., secondo il quale: "*Le scritture contabili assolvono ad una pluralità di funzioni, interne ed esterne. Così, da un lato, la tenuta della contabilità sarebbe volta a fornire all'imprenditore uno strumento di «ordine e disciplina» nella vita dell'impresa, e ciò nel suo specifico interesse; dall'altro lato, essa assolverebbe alla funzione di soddisfacimento e tutela di una vasta gamma di*

4.1 La “natura” e “le dimensioni” dell’impresa

Oltre che in riferimento all’oggetto sociale e al tipo di attività concretamente svolta, la “natura dell’impresa” - per le scienze aziendalistiche - consiste nella sua capacità di coordinare le attività integrate dal punto di vista tecnico-economico²⁵⁵; in chiave strategica, essa può essere colta nella “value chain”²⁵⁶, cioè nella “*filiera di processi coordinati (commerciali, produttivi, logistici, amministrativi, progettuali), sia all'interno dei propri confini legali (con propri dipendenti e con propri beni iscritti a patrimonio), sia all'esterno, qualora svolga un'attività di regia di attività esternalizzate, produttive e commerciali*”²⁵⁷.

interessi esterni all’impresa, privati e pubblici. Un’ulteriore impostazione, più aderente - a nostro avviso - al sistema normativo nel suo complesso, partendo dalla qualificazione delle scritture contabili come documentazione continuata dell’attività d’impresa ed attribuendo rilievo al loro intimo collegamento con l’organizzazione dell’impresa, assegna a esse funzione organizzativa; la loro disciplina - secondo tale impostazione - è preordinata, oltretutto alla tutela di uno specifico interesse dell’imprenditore (interno all’impresa), anche alla tutela di interessi altrui (esterni all’impresa) implicati nello svolgimento dell’attività d’impresa. Va ancora dato atto che un’ultima teoria, muovendo dal concetto essenziale di attività economica di impresa, nella prospettiva della tutela di un’economia di mercato fondata sul credito, individua la funzione giuridica delle scritture contabili nel realizzare un sistema organico completo di informazione dell’attività della grande impresa commerciale, rilevante, giuridicamente, sia all’interno dell’impresa, per il controllo e la gestione dell’attività di impresa commerciale da parte dell’imprenditore, sia all’esterno nei rapporti eventualmente conflittuali dell’imprenditore con i terzi”.

²⁵⁵ Sul coordinamento di attività integrate, che - a date condizioni - rappresenta un’alternativa più efficiente rispetto al coordinamento del mercato; nella quale si è richiamata la posizione di WILLIAMSON O. ricostruita da BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit.

²⁵⁶ PORTER M., *Il vantaggio competitivo*, Torino, 2010, richiamato da BASTIA P., *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, cit., 402.

²⁵⁷ BASTIA P., *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, cit., 402. Sul rinnovato rilievo all’elemento organizzativo tra i requisiti richiesti dall’art. 2082 c.c.

Pertanto, il fabbisogno organizzativo sarà funzione, non solo delle regole di *governance* del tipo societario utilizzato, ma anche del modello di business e della base tecnologica su cui si fonda l'attività economica.

Le “dimensioni dell'impresa”, oltre che sulla base dei criteri tradizionali di fatturato, numero di dipendenti e attivo patrimoniale, possono essere colte (nella complessità di cui tali criteri sono solo alcuni dei componenti), anche alla luce della tipologia e numerosità dei prodotti e servizi offerti, dei marchi, dei clienti, delle aree geografiche, dei canali di vendita²⁵⁸.

In base al paradigma di Lawrence e Lorsch²⁵⁹ della *contingency theory*²⁶⁰, la maggiore complessità (*rectius* dimensione) dilata il fabbisogno organizzativo: al crescere della complessità e varietà delle attività, aumenta l'esigenza di integrazione e di coordinamento, che richiede un rinforzo dei meccanismi organizzativi, sia strutturali che operativi²⁶¹.

Sulla dimensione dell'impresa incide anche la complessità tecnologica²⁶², al cui crescere prevalgono esigenze organizzative fortemente gerarchiche e di più elevata formalizzazione procedurale,

²⁵⁸ BASTIA P., *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, cit., 403.

²⁵⁹ DONALDSON L., *The Contingency Theory of Organizations*, SAGE, 2001

²⁶⁰ La teoria della contingenza afferma che non esiste una struttura o un approccio organizzativo universale che sia efficace per tutte le situazioni. La chiave per un'organizzazione efficace è la capacità di adattarsi alle condizioni specifiche dell'ambiente esterno. Questa teoria sottolinea che l'efficacia organizzativa dipende dalla corrispondenza tra l'organizzazione interna e le condizioni ambientali. Inserire richiamo alla letteratura scientifica di riferimento.

²⁶¹ BASTIA P., *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, cit., 403, il quale evidenzia che “*Si tratta di un approccio cosiddetto contingency (situazionale) assai accreditato e collaudato nella letteratura scientifica internazionale per valutare e decidere le soluzioni organizzative, che indica una variabile progettuale di riferimento per qualificare l'adeguatezza dei sistemi organizzativi, negando per contro l'esistenza di soluzioni valide in assoluto (the one best way)*”

²⁶² WOODWARD J., *Organizzazione industriale. Teoria e pratica*. Torino, 1983, il quale intuì l'incidenza di tale *contingency*.

contrariamente alla produzione a bassa tecnologia, di piccola serie che può convivere con soluzioni organizzative meno gerarchiche e formalizzate.

Le differenze cui la clausola generale deve adattarsi nella fattispecie concreta, oltre al tipo societario e al modello di governance prescelto, possono riguardare le caratteristiche peculiari del modello di impresa²⁶³.

4.2 Il modello d'impresa

La dottrina economico aziendale e manageriale tende a distinguere la “azienda imprenditoriale” dalla “impresa manageriale”²⁶⁴; si vedrà che la declinazione degli assetti deve necessariamente mutare al variare del modello d'impresa.

Il tessuto economico italiano è composto principalmente da piccole e medie imprese, di cui la maggior parte microimprese, caratterizzate da elevato personalismo nella gestione, accentramento della governance con limitati processi di delega e relazioni prettamente informali.

In questo ambiente prevalgono la promiscuità dei compiti, l'assenza di definite sfere di responsabilità, la vaghezza di molti compiti, la presenza rarefatta - se non l'assenza - di regolamentazione scritta, a vantaggio di una prassi tramandata e di una condivisione di valori e di metodi di lavoro²⁶⁵.

²⁶³ Tale approccio, meno confacente al giurista ancorato al codice e al tipo societario, è tipico della scienza aziendale, cui - come già ricordato- il legislatore delegato ha espressamente rimandato. Si veda quanto ricordato in tema di collocazione sistematica dell'obbligo di adottare adeguati assetti e sulla nuova rubrica dell'art. 2086 c.c.

²⁶⁴ BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, cit., 364 ss.

²⁶⁵ PALUCHOWSKI A., *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF*, Milano, 2020, 23.

Questo modello viene definito “azienda imprenditoriale”, che può risultare vincente, entro certi limiti, in contesti particolarmente favorevoli, ma sempre più rari: localismo, prossimità alla clientela servita, relativa semplicità dei processi produttivi e modesto tasso di innovazione, flessibilità e, nei casi più felici, capacità straordinarie dell’imprenditore, quale soggetto economico e motore della gestione, con caratteristiche carismatiche riconosciute dagli *stakeholders*.

In tali contesti, il capitalismo familiare è in grado di esprimere condizioni di competitività particolari: forte impegno e dedizione all’azienda, trasmissione di *know how*, di valori imprenditoriali, di relazioni commerciali, di consolidata tradizione e comprovata reputazione.

I rischi di questo modello sono riconducibili all’eccessiva dipendenza dalle vicende personali e dall’autoreferenzialità dell’imprenditore, che può minare la continuità aziendale²⁶⁶; alle carenze organizzative, procedurali e di pianificazione e controllo; alla ricorrente sottocapitalizzazione e alla fragilità della struttura finanziaria.

Questo tipo di impresa, in un’economia sempre più globalizzata, con una crescente regolamentazione di contesto e sfide tecnologiche a tassi di innovazione molto forti²⁶⁷, può risultare esposta ad una condizione di debolezza competitiva; viceversa, le tendenze appaiono premianti per le imprese maggiori o per quelle che riescono a formare reti e alleanze in grado di esprimere, a livello di sistema, posizioni di dominanza competitiva.

²⁶⁶ Si pensi all’alea dei passaggi generazionali o alla limitatezza di risorse manageriali.

²⁶⁷ BASTIA P., *Innovazione e opportunità per le imprese, Atti di Convegno*, Università Ca’ Foscari, Venezia, 2017, sulle implicazioni strategiche e organizzative della rivoluzione digitale per le imprese; BRUNETTI G., *Artigiani, visionari e manager*, Torino, 2012, sulle caratteristiche delle aziende “imprenditoriali”, tradizionalmente incentrate sul ruolo personale del soggetto aziendale.

Il modello alternativo a quello imprenditoriale è “l’impresa manageriale”²⁶⁸, che può declinarsi in diversi sottotipi, ma che generalmente è caratterizzata da uno sviluppato sistema di *corporate governance*²⁶⁹, sia per la composizione qualitativa e quantitativa degli organi con un razionale sistema delle deleghe, sia per la presenza di organi di controllo societari e aziendali²⁷⁰.

L’impresa manageriale ha una struttura organizzativa formalizzata, con ruoli definiti e attribuzione sufficientemente chiara delle responsabilità, unitamente a meccanismi organizzativi di supporto: programmazione e controllo, sistemi informativi, sistemi retributivi e incentivanti evoluti, attività formative, ecc.

In essa si trovano già adottati gli strumenti di supporto alle decisioni, enumerati in precedenza, che consentono la gestione per obiettivi, il budgeting e il reporting manageriale, i meccanismi di coordinamento e il chiaro disegno delle responsabilità²⁷¹.

²⁶⁸ MINTZBERG H., *Management: mito e realtà*, Milano, 1991; Id., *Il lavoro manageriale*, Milano, 2016.

²⁶⁹ RIVA P., *La mappa dei ruoli e i compiti degli attori della governance societaria in situazione di going concern* in *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF* a cura di RIVA, cit., 3.

²⁷⁰ La realtà aziendale manageriale trova un maggiore livello di complessità in presenza di gruppi societari, per i quali si rinvia a: BERGAMASCHI M., *I gruppi aziendali. Dinamiche strategiche e strutture organizzative*, Padova, 2012, sulle strutture dei gruppi aziendali; WILLIAMSON O., *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1985, sulle logiche economiche degli sviluppi delle strutture a holding; MINTZBERG H., *La progettazione dell’organizzazione aziendale*, Bologna, 1985, sullo sviluppo delle articolazioni organizzative complesse e al loro funzionamento

²⁷¹ VOLA P. - SONGINI L., *Il ruolo del direttore amministrativo e finanziario e la rilevanza dei processi di reporting* in *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF* a cura di RIVA P., cit., 187.

Il rispetto del criterio di adeguatezza - in relazione a natura e dimensioni dell'impresa - impone un grande sforzo di riadeguamento dei propri assetti, che sarà declinato in maniera differente nei due diversi modelli richiamati.

Da una parte, l'azienda imprenditoriale sarà verosimilmente chiamata a disegnare assetti minimi al momento sconosciuti, con la difficoltà di affrontarne i costi e di farli interiorizzare ai diversi soggetti aziendali; dall'altra, l'impresa manageriale avrà migliori presupposti di partenza, ma ad essa viene chiesto un ben maggiore livello di complessità, sia per la dimensione dei rischi più variegata, sia per la l'opera di sistematizzazione - in alcuni casi - assai complicata.

Ciò premesso, la scelta del legislatore di non specificare il contenuto degli assetti adeguati, arrestandosi alla clausola generale, appare condivisibile: ogni impresa presenta tipicità proprie - a prescindere dal tipo societario utilizzato - e gli si chiede di "cucire" il sistema organizzativo, amministrativo e contabile a lei meglio confacente²⁷².

Sul piano del rapporto tra il modello d'impresa e il tipo di società adottato per il suo esercizio, l'apparente generalizzazione della regola di doverosità degli assetti non comporta un'effettiva parificazione del sistema ad ogni livello, potendosi anzi configurare un diverso grado di conformazione e concreta cogenza del dovere, sulla base di una serie di criteri, come l'attività svolta²⁷³.

Rinviando al terzo capitolo l'esame delle interazioni tra tipo societario e competenze nelle società di capitali, si precisa che il terreno d'elezione per l'analisi degli assetti più complessi è certamente quello delle società

²⁷² LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 1 aprile 2020, 12.

²⁷³ MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, *Orizzonti del Diritto Commerciale*, Fascicolo 1, 2020, 26.

quotate e vigilate, nelle quali la disciplina degli assetti è in parte vincolante e in parte di tipo volontario²⁷⁴.

Per le società quotate “*il catalogo di prescrizioni e presidi in materia di assetti presenta svariati arricchimenti rispetto ai principi applicabili alle società di diritto comune, in ragione delle specificità che le caratterizzano*”²⁷⁵.

Il sistema di presidi e controlli è integrato da molteplici disposizioni del t.u.f., dettate per l’esigenza di *accountability* e per contemperare l’ampiezza del potere amministrativo, generalmente concentrato nelle mani dei *manager*.

Ne rappresentano un esempio: le disposizioni che ampliano i poteri di vigilanza, ispezione e controllo dei sindaci, che arrivano fino all’aderenza rispetto ai codici di condotta a cui la società abbia dichiarato di aderire²⁷⁶; la presenza obbligatoria del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e societari²⁷⁷; l’introduzione di relazioni finanziarie obbligatorie infra-annuali; il rispetto delle norme sulla parità di genere nella composizione degli organi sociali²⁷⁸.

Per quelle vigilate, assumono rilievo anche le disposizioni regolamentari, come il Regolamento congiunto Consob-Banca d’Italia del 29/10/2017, che ha introdotto le tre funzioni aziendali di *compliance*, *risk management* e *internal audit*.

²⁷⁴ LUBRANO DI SCORPANIELLO M., *Gli assetti nelle società quotate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi a cura di IRRERA M.*, Bologna, 2016, 525 ss.

²⁷⁵ IRRERA M., *Adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società* diretto da DONATIVI V., Tomo II, Torino, 2022, 1549 ss.

²⁷⁶ Artt. 149 e 151 del d.lgs. n. 58/1998.

²⁷⁷ Art. 154-bis del d.lgs. n. 58/1998.

²⁷⁸ Legge n. 120/2011 e successivi regolamenti attuativi.

Il quadro delle fonti di obblighi organizzativi per le società quotate e vigilate viene completato dalle prassi codificate nel Codice di autodisciplina delle società quotate.

Quest'ultimo, detta disposizioni tese a: valorizzare la distinzione di ruoli fra consiglieri esecutivi e non esecutivi; suggerire l'articolazione del consiglio d'amministrazione in comitati con funzione istruttoria, consultiva e propositiva; prevedere principi per l'adozione di politiche di remunerazione degli organi sociali²⁷⁹.

Un grado di conformazione e coerenza molto elevato, come per le società quotate, è certamente quello previsto per la s.p.a. bancaria, sia perché il dovere degli assetti è precisato dalla normativa - interna e sovranazionale - di vigilanza, che ne stabilisce la strutturazione con particolare dettaglio, sia per l'esistenza di un apparato di sanzioni amministrative teso ad assicurare il rispetto delle regole da parte dei destinatari²⁸⁰.

Nelle società bancarie il quadro degli assetti viene regolato da principi diretti a rafforzare le funzioni di vigilanza e controllo, anche con riferimento allo specifico rischio di settore: il rischio di credito.

In ambito bancario vi è un assetto organizzativo minimo dettato dalla normativa regolamentare, che vincola le scelte organizzative dell'organo gestorio, composto da: la figura apicale, solitamente il direttore generale, cui attribuire la funzione di gestione e quella di controllo interno, sull'esempio di quella previste per le società quotate; gli organi di

²⁷⁹ Per la disamina degli assetti nelle società quotate si rinvia a LUBRANO DI SCORPANIELLO V., *Gli assetti nelle società quotate, in Assetti adeguati e modelli organizzativi, cit.*, 525 ss.

²⁸⁰ MIRONE A., *Regole di governo societario e assetti statutarî delle banche tra diritto speciale e diritto generale in Banca, impr. soc.*, 2017, 52 ss.

supervisione strategica, cui compete affidare il controllo attivo degli organi di gestione.

Ulteriori prescrizioni vengono dettate per garantire la costante vigilanza sul rischio di credito, in modo da rendere monitorabile l'adeguatezza delle scelte compiute nella gestione delle esposizioni²⁸¹.

5 L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI IN RELAZIONE ALLA "PREVISIONE" DELLA CRISI E ALLA SUA GESTIONE

Come ricostruito nel primo capitolo, il dovere di istituire assetti organizzativi - quale espressione del dovere di corretta amministrazione - dal punto di vista normativo aveva trovato già specifici riconoscimenti, sia in ambito codicistico con la riforma del 2003, sia nella rammentata disciplina dei settori speciali²⁸²; la vera novità della riforma del 2019 è la espressa funzionalizzazione di essi alla tempestiva rilevazione (*rectius* alla previsione) della crisi ed alla sua gestione.

5.1 I parametri di adeguatezza di cui all'art. 3 c.c.i.i.

Per affrontare il tema dell'adeguatezza degli assetti in relazione alla tempestiva rilevazione della crisi, si deve necessariamente considerare che l'art. 3 del c.c.i.i. - rubricato "*Adeguatezza delle misure e degli assetti in*

²⁸¹ MINTO, *Gli assetti in ambito bancario in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 623 ss.

²⁸² L'introduzione del dovere organizzativo nel Testo unico bancario, nel Testo unico della finanza, nella disciplina della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche ed nella normativa di contrasto al riciclaggio; ma si pensi anche a: quelli in tema di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, quelli relativa al regime di adempimento collaborativo tra contribuente ed amministrazione finanziaria, quelli delle società pubbliche e della normativa di cui al recepimento della direttiva comunitaria 2014/95/UE sulle comunicazioni di carattere non finanziario ed informazioni sulla diversità da parte di imprese e gruppi di grandi dimensioni.

funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa” - al comma 3 ora fornisce indicazioni qualitative per valutare l’adeguatezza degli assetti.

Quest’ultima va verificata in relazione alla capacità *“di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell’impresa e dell’attività imprenditoriale svolta dal debitore”*²⁸³; *“di verificare la sostenibilità dei debiti e la prospettiva di continuità per i 12 mesi successivi”*²⁸⁴; *“di rilevare i segnali di allarme di cui al successivo comma 4”*²⁸⁵; *“di ricavare le informazioni necessarie per utilizzare la lista di controllo particolareggiata per potere effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento”*²⁸⁶.

Secondo alcuni commentatori, l’attuale terzo comma dell’art. 3 c.c.i.i. - come riformulato dal d.lgs. 83/2022 e indipendentemente dall’impatto del decreto correttivo ter²⁸⁷ - ha agevolato il compito dell’interprete nell’indagine sull’adeguatezza degli assetti, in quanto dal mancato

²⁸³ Sul tema si veda il più volte citato documento di ricerca della FNC del 07/07/2023 dal titolo *“Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici”*.

²⁸⁴ Si è già ricordato che tale orizzonte temporale è stato modificato, in linea con gli OIC, in seguito con il d. lgs. n. 83/2022; in precedenza l’arco temporale era di 6 mesi ex art. 13 d. lgs. n. 14/2019.

²⁸⁵ Il comma 4 dello stesso articolo annovera tra i segnali di crisi: *“a) l’esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell’ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l’esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) l’esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni; d) l’esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall’articolo 25 novies, comma 1”*

²⁸⁶ Il richiamo è alla lista di cui all’art. 13, 2 c.c.i.i. nella versione modificata dal d. lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

²⁸⁷ D. lgs. n. 136/2024

raggiungimento delle tre finalità indicate, deriverebbe un immediato giudizio di non adeguatezza.

La valutazione si sposta necessariamente “*dal giudizio sulla misura adottata alla sua astratta idoneità a consentire la rilevazione di eventuali squilibri di carattere patrimoniale ed economico-finanziario, in funzione delle modalità e mezzi attraverso i quali dovrebbe esprimersi*”²⁸⁸.

Si tornerà nel terzo capitolo sulla valenza processuale di tale impostazione, in relazione al riparto dell’onere della prova derivante dalla qualificazione del dovere previsto di cui all’art. 2086 c.c. in combinato con l’appena riformato art. 3 c.c.i.i.

La disposizione, però, ha sollevato dubbi in relazione all’ambito soggettivo di applicazione, per quella che sembrerebbe una “distonia sistematica” da colmare con una lettura correttiva in sede interpretativa²⁸⁹.

Se l’art. 2086 c.c. riserva l’obbligo di istituire gli assetti adeguati all’imprenditore “*che operi in forma societaria o collettiva*” e l’art. 3 c.c.i.i. prevede che “*l’imprenditore individuale deve adottare misure idonee*” e “*l’imprenditore collettivo deve istituire un assetto [...]*”, manca del tutto il richiamo all’imprenditore “societario”²⁹⁰.

Tornando all’elencazione dei parametri di cui al comma 4 dell’art. 3 c.c.i.i., si potrebbe pensare che l’espressa previsione di essi rischi di generare un effetto limitativo della portata dell’obbligo: aver elencato

²⁸⁸ ZANOLETTI M., *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell’impresa. Il nuovo approccio imposto dal (nuovo) art. 3 c. 3 e 4 c.c.i.i. in Ristrutturazioni Aziendali* del 4.11.2023, 8;

²⁸⁹ DI CATALDO – ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgment rule in Giur. Comm.* 2021, I, 69.

²⁹⁰ Viene da chiedersi quale sia la differenza tra l’imprenditore collettivo di cui all’art. 3 c.c.i.i. - che sembrerebbe comprendere anche quello societario - e l’imprenditore che esercita l’attività in forma societaria richiamato dall’art. 2086 c.c., ma probabilmente si tratta solo di un’aporia del testo.

alcuni indicatori minimi potrebbe generare “un appiattimento verso il basso” dell’obbligo²⁹¹.

In realtà, essi rappresentano solo un livello minimo di adeguatezza degli assetti (e delle misure) in ogni struttura imprenditoriale (anche non societaria): l’art. 3 c.c.i.i. detta espressamente gli obiettivi minimi per la tempestiva rilevazione della crisi degli assetti, trattandoli congiuntamente - e senza distinzioni - con le misure richieste all’imprenditore individuale.

Da ciò si deduce che la capacità di raggiungere gli obiettivi indicati è condizione necessaria, ma non sufficiente²⁹², per considerare gli assetti adeguati alla previsione della crisi in arrivo²⁹³.

L’anticipazione della soglia di rilevabilità - che si poteva cogliere già con una lettura sistematica della riforma, ma che è espressamente rafforzata con il nuovo comma 4 dell’art. 3 c.c.i.i. - impone che gli assetti devono consentire la previsione della crisi, superando gli ostacoli alla presa di coscienza da parte dell’organo gestorio.

Pertanto, al fine di elaborare assetti tesi al loro superamento, è necessario comprendere quali siano gli ostacoli cognitivi che un assetto adeguato deve eliminare o, quantomeno, minimizzare.

²⁹¹ Si pensi a quanto accaduto con riferimento all’obbligo di tenuta delle scritture contabili: il richiamo espresso a libro degli inventari e libro giornale con il primo comma dell’art. 2214 c.c. ha determinato uno svuotamento del portato precettivo del secondo comma dello stesso articolo.

²⁹² Tuttalpiù potrebbe essere condizione sufficiente per considerare idonee le misure richieste all’imprenditore individuale.

²⁹³ Urge ricordare che per effetto del D. lgs. n. 136/2024 (cd. “decreto correttivo ter”) e l’espressa anticipazione della soglia di rilevabilità, tale capacità va valutata nell’ottica di previsione prospettica richiesta dal nuovo impianto normativo.

5.2 Adeguatezza come necessità di superare le *Cognitive Illusions*

L'analisi economica del diritto²⁹⁴ ha dimostrato che il nodo centrale da sciogliere per l'emersione anticipata della crisi è l'opportunità dell'imprenditore²⁹⁵, il quale è naturalmente portato a rinviarne il momento di emersione “*nella speranza di salvare qualcosa dal naufragio, speranza opportunisticamente perseguita a danno dei creditori*”²⁹⁶.

La lettura bastata sul solo opportunismo del modello economico neoclassico, però, potrebbe apparire parziale e andrebbe arricchita con il richiamo alle scienze comportamentali, le cui elaborazioni - di recente - si sono soffermate proprio sul processo decisionale dell'imprenditore in prossimità della crisi.

Il modello neoclassico si fonda su tre fondamentali premesse: la razionalità degli individui²⁹⁷; l'opportunismo degli agenti, inteso come

²⁹⁴ AMBROSINO A., *Law & Economics e economia cognitiva in Economia cognitiva e interdisciplinarietà*, a cura di S. Rizzello - A. Spada, Torino, 2012, 158, il quale definisce l'analisi economica del diritto come l'utilizzo della teoria economica e dei relativi strumenti economici al fine di studiare e analizzare la formazione, la struttura e l'impatto delle leggi e delle istituzioni.

²⁹⁵ Con il riferimento a “l'opportunismo dell'imprenditore”, in questa sede, ci si riferisce sia congiuntamente sia ai soci, sia agli amministratori che delle strategie dei soci sono gli attuatori.

²⁹⁶ USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa* in *Rivista delle Società*, fasc.5-6, ottobre 2022, 1216 ss.

²⁹⁷ VON NEUMANN J. - MORGENSTERN O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944; JOLLS C. - SUNSTEIN C.R. - THALER R., *A behavioral approach to law and economics* in *Stanford Law Review*, 1998, 1480 ss; citati da USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit.; secondo i quali gli individui sono considerati illimitatamente razionali, ciò significa che agli agenti economici sono attribuite capacità cognitive, computazionali e di memoria illimitate. La razionalità illimitata, rapportata al momento della scelta, diventa rilevante ogniqualvolta i soggetti di un ordinamento giuridico devono valutare la probabilità di un evento futuro ed incerto.

assenza di azioni disinteressate a favore di terzi;²⁹⁸ la forza di volontà degli agenti economici, intesa come capacità degli individui di adottare strategie in contrasto con i propri interessi a breve termine²⁹⁹.

Tutti e tre gli elementi sono considerati dall'impostazione neoclassica senza limitazioni, ma la più attuale *behavioral economics analysis*³⁰⁰ - basata sull'analisi del comportamento reale dei soggetti³⁰¹ - ha consentito di superare tale modello economico³⁰².

²⁹⁸ JOLLS C. - SUNSTEIN C.R. - THALER R., *A behavioral approach to law and economics*, cit., 1480 ss.

²⁹⁹ BECKER G.S., *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976; POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston, 1998.

³⁰⁰ Per un riferimento su nascita, metodologia e risultati dell'economia comportamentale si rinvia a: ANGER E., *Economia comportamentale. Guida alla teoria della scelta*, Milano, 2017; CAMERER C.F. - LOEWENSTEIN G., *Behavioral economics: Past, Present, Future in Advances in Behavioral Economics* a cura di CAMERER C.F. - LOEWENSTEIN G. - RABIN M., Princeton, XXX; HOSSEINI H., *The Arrive of Behavioral Economics: from Michigan, or Carnegie School in the 1950s and 1960s?* in *Journal of Socio-Economics*, 2003, 391 ss.; SENT E.- SENT M., *Behavioral economics: How Psychology Made Its (Limited) Way Back Into Economics in History of Political Economy*, 2004, 735 ss. HEUKELOM F., *Behavioral Economics: A History*, New York, 2014; THALER R.H., *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, New York, 2015; CARTWRIGHT E., *Behavioral Economics*, Abingdon, 2014; DURLAUF S.N.- BLUME L., *Behavioural and Experimental Economics*, New York, 2010; HASTIE R.- DAWES R.M., *Rational Choice in an Uncertain World: The Psychology of Judgment and Decision Making*, Los Angeles, 2010.

³⁰¹ È celebre l'aneddoto personale usato da *Richard Thaler* (Premio Nobel per l'economia nel 2017), per descrivere le differenze tra behavioristi e razionalisti in THALER R.H., *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of the Economic Life*, New York, 1992, 120: "mentre mi trovavo, un paio di anni fa, ad una conferenza del National Bureau of Economic Research ho spiegato la differenza tra il mio modello e quello di Barro affermando che quest'ultimo presuppone che gli agenti del proprio modello siano intelligenti come lui, mentre io raffiguro le persone come se fossero stupide al pari mio. Barro si è detto d'accordo".

³⁰² GUALA F., *The Methodology of Experimental Economics*, Cambridge, 2005; SMITH V.L., *Theory, Experiment and Economics in Journal of Economic Perspectives*, 151; entrambi citati da USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della "mala gestio cognitiva" nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit., il quale ricorda "L'importanza teorica e scientifica del nuovo approccio, costituito dall'analisi di behavioral economics, risiede nel vaglio empirico avente ad oggetto le

Gli studi condotti originariamente nel campo della psicologia e poi estesi nel settore economico e giuridico hanno evidenziato la presenza di dinamiche che incidono sul processo decisionale degli individui, in modo sistematico e prevedibile, conducendoli ad allontanarsi dal comportamento tipo di un agente razionale³⁰³.

Se nel primo capitolo si è rappresentata l'esigenza di passare da un "diritto societario della crisi" ad una concezione che considera la crisi parte integrante del diritto societario comune, è necessario che anche l'analisi economica del diritto sia settata come "analisi economica del diritto societario della crisi" o che la stessa consideri la (previsione, rilevazione e gestione della) crisi; in tale prospettiva, deve essere arricchita con la considerazione degli approdi dell'analisi comportamentale³⁰⁴.

assunzioni su cui basare il modello economico di riferimento. Aniché scegliere in modo arbitrario una definizione di razionalità degli agenti del modello (molto spesso troppo generica perché possa fornire risultati utili), i nuovi modelli economici fondano lo sviluppo delle nuove teorie sulla base di assunti effettivamente verificabili. Gli esperimenti condotti nell'ambito della ricerca behaviorista hanno una validità esterna (c.d. external validity) in quanto questi ultimi hanno luogo in situazioni molto simili o identiche a quelle del mondo esterno. Sebbene alla fine del precedente secolo la validità di alcuni esperimenti sia stata messa in discussione con riferimento alla metodologia utilizzata, i principali esperimenti a cui è in questa sede fatto riferimento sono (ad oggi) incontestati e confermati da rigorosi metodi di controllo dei risultati raggiunti".

³⁰³ L'evidenza di tali dinamiche, note come *cognitive illusions*, ha consentito di espandere il campo di analisi in ambito economico al fine di "comprendere i regolari fenomeni di scostamento tra comportamento atteso e comportamento reale degli agenti".

³⁰⁴ La scienza economica progredisce per mezzo dello sviluppo di nuovi modelli che, sempre più complessi, includono fenomeni studiati in altri campi di studio; si veda ANGNER E., *Economia comportamentale. Guida alla teoria della scelta*, cit., 178 ss.; WILKINSON N., *An Introduction to Behavioral Economics*, New York, 2008, 227 ss.; sulla necessità di un'analisi congiunta tra diritto, economia e psicologia, si veda RIGHINI E., *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2013, 110 ss. e JACKSON T.H. - BAIRD D.G., *Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy* in *U. Chi. L. Rev.*, 1984, 97 ss., il quale ammonisce "bankruptcy law does not exist in a vacuum, yet one cannot spend much time reading in the field without noting that few judges or scholars have taken this observation to heart".

In tale declinazione, infatti, l'approccio basato sul modello dell'attore razionale³⁰⁵ potrebbe non riuscire a fornire previsioni precise in situazioni come la "prossimità della crisi"³⁰⁶.

Considerando, invece, gli approdi del modello fondato sull'analisi comportamentale, è possibile verificare che l'ostacolo più significativo all'emersione tempestiva della crisi non è l'opportunismo dell'imprenditore, ma i suoi limiti cognitivi³⁰⁷.

Pertanto, l'assetto sarà veramente adeguato per la tempestiva rilevazione (*rectius* previsione) della crisi se consente il superamento di

³⁰⁵ JACKSON T.H., *Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements and the creditors' bargain* in *Yale Law Journal*, 1982, 866 ss.; Id., *The logic and limits of bankruptcy law*, Cambridge, 1986, il quale ha elaborato due importanti teorie del diritto fallimentare, rielaborata e adattata anche nel nostro ordinamento, cioè la teoria del "*hypothetical contract*" e la regola "*mirror the non-bankruptcy rule result*".

³⁰⁶ ZENCOVICH Z., *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione* in *Riv. dir. civ.*, 2013, 309 ss., il quale rileva che "le leggi economiche [...] descrivono il funzionamento dei mercati e degli agenti economici e contano nella misura in cui riflettono fedelmente ciò che normalmente accade - e dovrebbe accadere - in talune circostanze. Sono leggi corrette quando i dati sui quali fondano sono stati correttamente raccolti ed interpretati". Si rinvia ai contributi citati da USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della "mala gestio cognitiva" nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit.: FRIEDMAN M., *The Methodology of Positive Economics* in *Essays in Positive Economics*, 1953, 14 ss. "quanto alla capacità descrittiva del nuovo modello risultante dagli studi behavioristi, ovvero alla capacità di quest'ultimo di descrivere il comportamento che gli individui tengono nella realtà, la maggiore accuratezza di tale modello non è mai stata seriamente posta in discussione. Quanto alla capacità predittiva, proprio l'elaborazione della teoria del prospetto ed il raffinamento dei modelli behavioristi hanno consentito di semplificare e sistematizzare le evidenze scientifiche emerse nel corso dei decenni: in considerazione dei risultati conseguiti dagli studi di behavioral economics è ormai possibile affermare che il modello economico post neoclassico fornisce non solo una migliore descrizione del comportamento delle persone ma anche previsioni più accurate"; ZAMIR E., *Refounding Law and Economics: behavioral support for the predictions of standard economic analysis* in *Rev. Law Econ.*, 2020, 3 ss.; KAHNEMAN D., *Thinking, Fast and Slow*, New York, 2011; JOLLS C. - SUNSTEIN C.R. - THALER R., *A behavioral approach to law and economics*, cit., 1480 ss. e CARTWRIGHT E., *Behavioral Economics*, cit., 263 ss.

307

tali bias cognitivi, proceduralizzando e razionalizzando l'emersione e la valutazione dei segnali di essa.

Le *cognitive illusions* considerate negli studi di economia comportamentale, infatti, influenzano maggiormente gli individui inseriti in una struttura organizzata come quella societaria, nella quale il processo decisionale degli individui investiti di un potere gestionale risulta affetto dai bias cognitivi amplificati rispetto a quelli riscontrati e analizzati su singoli individui al di fuori di contesti organizzati³⁰⁸.

Le *cognitive illusions* che si manifestano nell'ambito dei rapporti interni all'impresa - oltre alle caratteristiche tipiche di quelle individuate nei singoli soggetti - producono i propri effetti con un'intensità superiore rispetto agli altri contesti, ciò con particolare riferimento ai soggetti investiti di poteri e responsabilità gestorie all'interno dell'impresa societaria³⁰⁹.

³⁰⁸ LANGEVOORT D.C, *Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms)*, U. Pa. L. Rev., 1997, 101 ss.; SIMON H.A., *A behavioral model of rational choice* in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, 69, 99 ss. il quale, secondo USAI N., *Il diritto della crisi d'impresa sotto la lente dell'economia comportamentale*, cit., "L'autore, oltre ad interrogarsi con grande anticipo sulla validità del modello tradizionale sviluppato dalla scienza economica — che contempla un economic man, dotato di vaste (se non illimitate) conoscenze e capacità di calcolo — prende in considerazione anche il c.d. administrative man, "fratello" del primo ma diverso in quanto inserito in un'organizzazione".

³⁰⁹ MARCHISIO E., *A behavioural analysis of shareholders' meetings in Banca impresa soc.*, 2013, 427 ss., il quale evidenzia che "tra i biases che contraddistinguono maggiormente le decisioni all'interno di un gruppo vi è il c.d. effetto gregge, l'effetto cascata (che amplifica l'effetto gregge) e un fenomeno di polarizzazione del gruppo, in ragione del quale si nota una tendenza a un'estremizzazione delle posizioni iniziali, anziché una moderazione di queste. Uno tra gli esempi più noti delle proporzioni che i biases posso assumere all'interno di una società è rappresentato dal fallimento, nel 1995, di Barings Bank (una delle banche d'investimento più antiche e prestigiose del Regno Unito). Uno dei managers di spicco di Barings iniziò ad accumulare perdite dopo alcuni investimenti non andati a buon fine. Tuttavia, anziché adottare una strategia di rientro delle perdite che gli avrebbe consentito, senza particolari problemi, di superare il periodo di difficoltà, egli iniziò a investire in titoli e progetti sempre più rischiosi che, a loro volta, cagionarono

Il processo decisionale degli amministratori delle società di capitali in prossimità della crisi rischia di deviare, in modo ancor più significativo, da quello di un agente razionale, anche per l'effetto delle distorsioni cognitive che influenzano il comportamento dei vari attori economici della *governance*, in modo direttamente proporzionale alla complessità della struttura aziendale³¹⁰.

Gli studi di *behavioral economics* nel contesto dell'impresa societaria in prossimità della crisi - con riferimento proprio al management e ai soci - costringono ad abbandonare il modello dell'agente economico e della sua razionalità, per considerare gli approdi delle scienze comportamentali.

L'assetto interno della società di capitali, infatti, se trascura l'impatto delle *cognitive illusions* e non è costruito con l'obiettivo di eliminarle (o minimizzarle), rischia di amplificarle e risultare inadeguato³¹¹.

l'aggravarsi della situazione finanziaria della banca (da questi occultata in un conto creato ad arte). La spiegazione su come abbia fatto il manager di Barings ad accumulare 1,4 miliardi di dollari di perdite può essere fornita dagli studi di behavioral economics e, in particolare, dalla cognitive illusion nota come aversion to loss di cui si dirà più avanti. Tale conclusione è confermata anche dalle dichiarazioni dello stesso manager: "I was determined to win back the losses. I tried harder and harder, risking more and more [...] it had become an addiction", che forniscono una chiara immagine di come la mente umana ed il conseguente comportamento degli agenti economici sia distante dalle assunzioni del modello neoclassico".

³¹⁰ La conferma arriva dalla sostanziale differenza nel ricorso alle regole euristiche da parte del management delle PMI e delle grandi imprese analizzata da BUSENITZ L.W. - BARNEY J.B., *Differences between entrepreneurs and managers in large organizations: biases and heuristics in strategic decision-making* in *Journal of Business Venturing*, 1997, 9 ss.; HOLMESJR R.M. - BROMILEY P., *Management theory applications of prospect theory: accomplishments, challenges, and opportunities* in *Journal of Management*, 2010, 3 ss.

³¹¹ USAI N., *Il diritto della crisi d'impresa sotto la lente dell'economia comportamentale*, cit., il quale cita RASMUSSEN R.K., *Behavioral economics, the economic analysis of bankruptcy law and the pricing of credit* in *Vand. L. Rev.*, 1998, 1690 ss. per il quale "l'illusione del controllo, ad esempio, è una di queste. La letteratura in materia ha riscontrato un notevole incremento del bias in questione nei contesti organizzati. Una possibile spiegazione del fenomeno è individuata nella c.d. "cultura dell'ottimismo",

Dunque, esse non possono essere trascurate, in quanto direttamente incidenti sulla capacità di intercettare i segnali di crisi e di attivarsi per porvi rimedio.

Si pensi alla “fallacia dei costi irrecuperabili” e all’effetto che questa può aver sul management di una società di capitali in prossimità della crisi, portando l’organo gestorio a rimandare gli interventi necessari alla luce del c.c.i.i. e a portare avanti un progetto senza che vi sia una ragionevole speranza di successo³¹².

Gli studi citati hanno dimostrato che, in mancanza di “imposizione esterna”, il management - dinanzi a costi irrecuperabili - potrebbe preferire una strategia volta ad ammortizzarli o recuperarli, invece che ricorrere ai rimedi del c.c.i.i., determinando un aggravio della situazione già compromessa dell'impresa³¹³.

incoraggiata in molte realtà economiche. Lo stesso può dirsi per il bias da status quo, che affligge in eguale misura i singoli individui e le imprese”.

³¹² ANGNER E., *Economia comportamentale. Guida alla teoria della scelta*, cit., p. 49 ss. ARKES H.R., *The Sunk Cost and Concorde Effects: Are Humans Less Rational Than Lower Animals?* in *Psychological Bulletin*, 1999, p. 591 ss.; DE CICCO R., *La fallacia del Concorde in Economia Comportamentale*, 2019; ROTH S. - ROBBERT T. - STRAUS L., *On the sunk-cost effect in economic decisionmaking: a meta-analytic review* in *Business Research*, 2015, 99 ss.; USAI N., *Il diritto della crisi d'impresa sotto la lente dell'economia comportamentale*, tesi del Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche del Dipartimento di Diritto Commerciale dell'Università degli studi di Firenze, Firenze, 2022, che ricorda “i governi del Regno Unito e della Francia, in considerazione degli ingenti costi già sostenuti e del prestigio che avevano investito nel progetto di sviluppo del famoso aereo di linea, hanno continuato a stanziare ingenti fondi anche dopo che era diventato evidente che tale progetto non era finanziariamente sostenibile”.

³¹³ L'imposizione esterna dovrebbe, invece arrivare, dalle evidenze e dalle regole imposte dall'assetto interno. Proprio la diffusione di tale comportamento e la difficoltà a combatterlo, la *Direttiva Insolvency* ha chiesto l'introduzione anche nel nostro ordinamento dei rammentati strumenti di che consentano “scientificamente” di segnalare il peggioramento della situazione economico-finanziaria dell'impresa (i c.d. early warning tools di cui all'art. 3 della Direttiva (UE) 2019/1023) e di indurre il debitore ad affrontare tempestivamente le proprie difficoltà, recepiti con l'art. 3 c.c.i.i.

L'assetto sarà adeguato se consente di evitare gli azzardi morali³¹⁴ e le condotte opportunistiche da parte degli amministratori e dei soci, “naturalmente” portati a tentare di risollevere le sorti della società, compiendo azioni a elevato rischio in danno dei soli creditori³¹⁵.

La spiegazione di tali comportamenti trova fondamento nelle *cognitive illusions* più diffuse, tra cui l'*endowment effect* e la *loss aversion*; l'*overconfidence bias*; e l'*hyperbolic discounting*.

5.2.1 L'*endowment effect* e la *loss aversion*

L'effetto dotazione, anche noto come *endowment effect*, è il bias per cui un individuo, per cedere un bene, pretende più di quanto non sarebbe

³¹⁴ Per azzardo morale si intende “l'assunzione di un rischio eccessivo a causa di un disallineamento tra il soggetto esposto ai costi o effetti negativi della scommessa e il beneficiario dell'eventuale esito positivo di quest'ultima”. GHERARDI L., *Dal moral hazard al rilancio della critica sociale transnazionale* in *Studi di Sociologia*, 2013, 19 ss., il quale rileva che esso implica “una presa di rischio passibile di essere ritenuto eccessivo - da cui <azzardo> - a fronte del disallineamento degli effetti del rischio stesso”; BAKER T., *On the genealogy of moral hazard* in *Texas Law Review*, 1996, 237 ss.; PAULY V.M., *The economics of moral hazard* in *American Economic Review*, 1968, 531 ss.

³¹⁵ STANGHELLINI L., *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the “Recapitalize or Liquidate” Rule* in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo - M. Cera - S. Patriarca, Torino, 2011, 734 ss.; BRIOLINI F., *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?* in *questa Riv. Soc.*, 2016, 64 ss.; MARGIOTTA M. - MILLER R., *Managerial compensation and the cost of moral hazard* in *International Economic Review*, 2000, 669 ss.; BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori* in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1027 ss.; MAUGERI M., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci* in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 135 ss.; Miola M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza* in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 2011, 609 ss.; AGLIARDI E. - ANDERGASSEN R., *Last resort gambles, risky debt and liquidation policy* in *Review of Financial Economics*, 2009, 142 ss.; KNOT O., *Bankruptcy regimes and gambling on resurrection* in *Economic Institute, CERGE-EI Working Paper*, 2006; LUCIANO A.M., *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano 2016, 4 ss.; LOPUCKI L.M., *A general theory of the dynamics of the State remedies/bankruptcy system* in *Wis. L. Rev.*, 1982, 311 ss.; GOODHART C., *The moral hazard of limited liability* in *VoxEu CEPR*, 30 luglio 2021.

disposto a pagare per acquistarlo e prescindendo dal suo valore oggettivo di mercato; esso si traduce in una ipervalutazione dei propri *assets*³¹⁶.

L'allontanamento dal comportamento dell'agente economico razionale, in questo caso è determinato dalla c.d. *loss aversion*, cioè l'avversione alle perdite, che induce il soggetto decisore a privilegiare una situazione di inerzia ogni qualvolta sia chiamato a compiere una scelta che comporti un sacrificio, con una forte propensione a privilegiare lo *status quo*, anche quando il cambiamento risulterebbe nell'interesse dell'agente³¹⁷.

Il ricorso a strumenti di gestione della crisi, dopo la sua rilevazione, impone seri cambiamenti nella sfera giuridica e patrimoniale della società; pertanto, la *loss aversion* influenza seriamente il processo decisionale dell'organo gestorio in prossimità della crisi.

Pertanto, il *management* delle società di capitali, se gli assetti non lo impongono, tenderà a rinviare la rilevazione delle difficoltà che

³¹⁶ ORTONA G. - SCACCIATI F., *Endowment Effect, "Status Quo" Bias And Contingent Valuation* in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 2003, 397 ss.; KAHNEMAN D. - KNETSCH J. - THALER R., *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem* in *Journal of Political Economy*, 1990, 1325 ss; MORRISON G.C., *Understanding the disparity between WTP and WTA: endowment effect, substitutability, or imprecise preferences?*, cit., 189 ss.; MARZILLI ERICSON K.M. - FUSTER A., *The Endowment Effect* in *Annual Review of Economics*, 2014, 555 ss.; CARTWRIGHT E., *Behavioral Economics*, cit., 48 ss.; KAHNEMAN D. - KNETSCH J. - THALER R., *Anomalie: effetto dotazione, avversione alle perdite e distorsione da status quo*, in *Economia cognitiva e sperimentale a cura di Motterlini e Guala*, Milano, 2005, 131 ss.

³¹⁷ SCHMIDT U. - ZANK H., *What is loss aversion?* in *Journal of Risk and Uncertainty*, 2005, 157 ss., per il quale “la funzione di utilità di un agente economico è più ripida nel campo delle perdite rispetto al campo dei guadagni, con la conseguenza che il decisore attribuirà maggior rilievo ai cambiamenti che comportino una perdita, rispetto a quelli che comportano un guadagno equivalente”; LINCIANO N., *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail: Le indicazioni di policy della Finanza comportamentale* in *Quaderno di Finanza CONSOB n. 66/2010*.; TVERSKY A. - KAHNEMAN D. *Loss aversion in riskless choice* in *The Quarterly Journal of Economics*, 1991, 1039 ss.; SAMUELSON W. - ZECKHAUSER R., *Status quo bias in decision making* in *J. Risk & Uncertainty*, 1988, 47.

impongono l'adozione di correttivi o il ricorso ad uno degli strumenti previsti dal c.c.i.i.

Questi ultimi determinano sacrifici (*rectius* perdite): nella fase iniziale, si dovrà sostenere il costo dei professionisti chiamati ad analizzare e valutare la situazione in cui si trova l'impresa³¹⁸; in seguito, si dovranno condurre le trattative con i creditori per l'adozione di misure che prevedono sacrifici, proporzionali all'esito di esse, sia per i creditori, sia per la società debitrice³¹⁹.

In tale situazione, infatti, la scelta sarebbe tra: sostenere un costo certo nell'immediato e conseguire, successivamente, un guadagno incerto (per i soci); oppure trascurare i segnali della crisi ed evitare tale costo immediato.

L'analisi economica del diritto nella declinazione congiunta con gli studi di economia comportamentale consente di prevedere (e disciplinare con appositi protocolli) la condotta dell'organo gestorio, che sarà orientata alla procrastinazione nell'affrontare la crisi; l'avversione alle perdite e il

³¹⁸ VERNA G., *Brevi note sulla preveducibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale* in *Dir. fall.*, 2016, 1526 ss. sul tema dell'elevato costo dei professionisti coinvolti nell'ambito delle procedure concorsuali.

³¹⁹ PANZANI L., *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi* in *Società*, 2014, 83 ss., il quale evidenzia la perdita o il sostanziale affievolimento da parte dell'imprenditore dei poteri di gestione e controllo in fase di gestione della crisi con il ricorso alle procedure concorsuali, nonché di una riduzione (o azzeramento) della partecipazione nella società ristrutturanda; FERRI Jr G., *La struttura finanziaria della società in crisi* in *Riv. dir. soc.*, 2012, 477 ss., per il quale i sacrifici e i costi non trascurabili e si inseriscono in un contesto in cui, spesso, è già presente un problema di liquidità dell'impresa; MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori* in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1079 ss. e, ivi, 1083, ove si evidenzia la stretta correlazione tra emersione della crisi ed eventi riferibili al "crollo della redditività ed alla crisi di liquidità che siano indotti da una repentina restrizione nell'erogazione del credito"; ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi in Fallimento*, 2019, 993 ss.

maggior peso attribuito a queste ultime, infatti, influenza sensibilmente il processo decisionale, soprattutto in prossimità della crisi.

L'assetto sarà adeguato se consente (*rectius* impone) all'organo gestorio la presa di coscienza di dati e informazioni che dimostrano scientificamente l'andamento economico-finanziario e che non consentono né la sopravvalutazione della dotazione, né comportamenti di procrastinazione dello *stop loss*.

Solo in questo modo è garantita la loro adeguatezza rispetto alla necessità di rilevare tempestivamente la crisi e attivarsi senza indugio per il suo superamento.

5.2.2 L'overconfidence bias

L'*overconfidence bias*, cioè “eccesso di fiducia”, è la tendenza dell'individuo a dare una valutazione priva di aderenza con la realtà delle proprie capacità e delle proprie risorse; “*si tratta della convinzione, prevedibile e sistematica, di essere migliori di quanto siano in realtà*”³²⁰.

Trasponendo la tesi dall'individuo all'organo gestorio, quest'ultimo potrebbe essere irragionevolmente ottimista (cd. *optimism bias*)³²¹ riguardo

³²⁰ USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa* in *Rivista delle Società*, fasc.5-6, ottobre 2022, 1216 ss., il quale rinvia per l'analisi dell'impatto dell'*overconfidence bias* sul processo decisionale dell'imprenditore a: BERNARDO A.E. - WELCH I., *On the evolution of overconfidence and entrepreneurs* in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2001, 301 ss.; MALMENDIER U. - TAYLOR T., *On the verges of overconfidence* in *The Journal of Economic Perspectives*, 2015, 3 ss.

³²¹ HEATON J.B., *Managerial optimism and corporate finance* in *Financial Management*, 2002, 33, il quale analizza il bias in parola proprio con riferimento al processo decisionale e alla condotta degli amministratori, rilevando la sistematica e prevedibile irrazionalità rispetto alle scelte di valutazione e gestione del rischio, laddove afferma “*managers are “optimistic” when they systematically overestimate the probability of good firm performance and underestimate the probability of bad firm performance*”.

alle proprie capacità di affrontare i problemi, così come nella valutazione delle probabilità di essere esposto a eventi negativi in base all'*id quod plerumque accidit*.

Se - normalmente - gli amministratori, in qualità di esperti nel proprio campo di specializzazione, tendono a manifestare le proprie convinzioni con un grado di certezza superiore a quanto razionalmente possibile³²², nella fase di crisi e precrisi - con l'aumentare della complessità della valutazione da compiersi - gli effetti di tale *overconfidence bias* diventano ancora più evidenti³²³.

Infatti, la complessità del quadro normativo di riferimento, l'interdisciplinarietà delle competenze richieste per affrontare e gestire la crisi d'impresa, così come le numerose difficoltà nel recuperare dati completi e attendibili sulla situazione dell'impresa e il suo andamento rendono lo scenario della crisi particolarmente complesso; tale complessità acuisce gli effetti delle *cognitive illusions*³²⁴.

Nella fase di crisi (ma soprattutto in quella di precrisi), è stata registrata una sistematica sottostima, da parte degli amministratori di società, del rischio di essere sottoposti a eventi avversi e, più in generale, a un

³²² BAZERMAN M.H. - MOORE D.A., *Judgment in managerial decision making*, New York, 2013.; FERRIS S.P. - JAYARAMAN N. - SABHERWAL S., *CEO overconfidence and international merger and acquisition activity in The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2013, 137; ANGNER E., *Economia comportamentale. Guida alla teoria della scelta*, cit., 138 ss.; tutti citati da USAI N., *Il diritto della crisi d'impresa sotto la lente dell'economia comportamentale*, cit., 69, il quale ricorda che "Numerosi studi confermano che la cognitive illusion in commento è presente e produce i propri effetti anche nell'ambito delle dinamiche proprie della corporate governance e del processo decisionale degli amministratori di società".

³²³ SALAMOURIS I.S., *How overconfidence influences entrepreneurship in Journal of Innovation and Entrepreneurship*, 2013, 4, il quale afferma "the more difficult the task, the greater the chance of overconfidence to kick in and increase".

³²⁴ USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della "mala gestio cognitiva" nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit., X.

deterioramento dell'attività d'impresa che li conduce a proseguire l'attività anche in ragione della sopravvalutazione da *overconfidence bias*³²⁵.

Gli studiosi dell'economia comportamentale, proprio con riferimento alla condotta degli amministratori³²⁶, tendono ad associare l'*overconfidence bias* al fenomeno della *illusion of control*, cioè la tendenza a ritenere di avere il controllo, pur in evidente assenza di esso.

L'inesatta valutazione del rischio si traduce nella incapacità di gestirlo, con conseguenze negative per l'adozione di misure sia di prevenzione, sia di gestione della situazione avversa una volta che si sia verificata³²⁷.

Tali limiti nella gestione del rischio si manifestano con estrema evidenza nel periodo delle prime manifestazione dei relativi segnali - caratterizzato da notevole complessità e incertezza - che richiede scelte fondamentali per la sorte dell'impresa e per la preservazione della continuità aziendale³²⁸.

³²⁵ HEATON J.B., *Managerial optimism and corporate finance* in *Financial Management*, 2002, 33, il quale afferma che “*managers are “optimistic” when they systematically overestimate the probability of good firm performance and underestimate the probability of bad firm performance*”.

³²⁶ LANGER E.J., *The illusion of control*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1975, 311 ss.; SALANCIK G.R. - MEINDL J.R., *Corporate attributions as strategic illusions of management control* in *Administrative Science Quarterly*, 1984, 238 ss.; i quali hanno osservato che gli individui, in modo prevedibile e sistematico, sono convinti di avere il controllo della situazione in cui sono inseriti anche quando ciò non trova riscontro nella realtà.

³²⁷ USAI N. ., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit., il quale richiama anche la *fallacia della disgiunzione*, ossia “*quella cognitive illusion che comporta in modo prevedibile e sistematico una sottostima della probabilità del verificarsi di un evento negativo, ciò in ragione della sottovalutazione delle probabilità del verificarsi di un evento negativo che colpisca almeno una delle fasi che compongono un procedimento/sistema complesso diviso in più fasi*”.

³²⁸ STANGHELLINI L., *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza in Fallimento*, 2017, 875, ss.; VELLA P., *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno* in *Fallimento*, 2020, 747 ss.

Anche con riferimento all'*overconfidence*, come per la *loss aversion*, l'assetto sarà adeguato solo se impone all'organo gestorio la razionale valutazione dei dati e la formulazione di strategie per il superamento della crisi basate su scenari verosimili - meglio se valutati da professionisti esterni - che considerino i diversi fattori in modo corretto, senza ipervalutazione delle proprie capacità³²⁹.

La procedimentalizzazione del processo decisorio e la segmentazione dei ruoli sono componenti necessarie affinché l'assetto possa limitare il bias cognitivo in esame, non solo con riferimento alla valutazione sul ricorso ai rimedi di cui al c.c.i.i., ma anche per la corretta l'elaborazione di piani perseguibili³³⁰.

5.2.3 L'*hyperbolic discounting*

L'*hyperbolic discounting* è la propensione a sottovalutare, applicando uno "sconto iperbolico", i costi e benefici futuri a fronte di una sostanziale sopravvalutazione dei costi e benefici immediati³³¹.

La tendenza degli amministratori sembrerebbe essere quella di "*adottare decisioni volte a ottenere una gratificazione immediata, a fronte di una sostanziale sottostima delle possibilità di guadagno differite nel tempo*",

³²⁹ Si pensi al protocollo che impone all'organo gestorio il ricorso a professionisti della crisi per acquisire scenari e proiezioni dell'andamento sulla base di dati e informazioni correttamente ottenute dal proprio sistema amministrativo contabile e di reporting.

³³⁰ Rossi A., *L'esecuzione del concordato di risanamento, tra governance e conflitti in Fallimento, 2017*, 1005 ss., il quale suggerisce di non sottovalutare l'effetto della *cognitive illusion* in esame sull'elaborazione del piano di ristrutturazione o del piano di concordato.

³³¹ ANGNER E., *Economia comportamentale. Guida alla teoria della scelta*, cit., 228 ss.; DASGUPTA P. - MASKIN E., *Uncertainty and hyperbolic discounting in The American Economic Review*, 2005, 1290 ss.; FREDERICK S. - LOEWENSTEIN G. - O'DONOGHUE T., *Time discounting and time preference: a critical review in Journal of Economic Literature*, 2002, 351 ss.

tale da determinare un significativo allontanamento dal comportamento tipo dell'agente razionale³³².

Ciò posto, occorre domandarsi quali effetti produca il meccanismo appena descritto sul processo decisionale e la relativa condotta del debitore, laddove quest'ultimo si trovi in presenza di un necessario bilanciamento tra i costi (e benefici) relativi all'adozione di misure che salvaguardino il valore dell'impresa, e i costi (e benefici) relativi alla loro mancata adozione.

Il *management* dell'impresa in crisi si troverà - nel momento in cui iniziano a manifestarsi i primi segnali di difficoltà - nella posizione di dover prendere una decisione sull'*an* e sul *quomodo* per affrontare la propria condizione di crisi.

Fermo quanto già rilevato con riferimento all'*overconfidence bias*, si è evidenziato che l'organo gestorio dovrebbe compiere una valutazione costi-benefici delle alternative a sua disposizione, al fine di adottare una scelta che massimizzi l'utilità dei soci e non solo³³³.

L'impresa che si trovi in una situazione di crisi o di pre-crisi può adottare due distinte linee di azione: i) rimanere inerte e non reagire al deterioramento della propria situazione economico-finanziaria; ii) adottare

³³² CARTWRIGHT E., *Behavioral Economics*, cit., 174, ha dimostrato che “*the consequences of time inconsistency will depend on whether people know they are time-inconsistent or not*”. Le preferenze di un agente economico razionale dovrebbero rimanere stabili e non essere influenzate dalla collocazione temporale degli effetti delle proprie scelte, come invece è stato osservato dall'analisi comportamentale: “*In presenza di una previsione e consapevolezza da parte del soggetto economico rispetto agli effetti della propria incoerenza temporale, si è assistito all'adozione di contromisure e strategie volte a rimediare all'adozione di scelte influenzate dal bias in commento: ciò senza, tuttavia, neutralizzare completamente il bias*”.

³³³ KAHNEMAN D. - KNETSCH J.L. - THALER R.H., *Fairness and the assumptions of economics* in *The Journal of Business*, 1986, 285 ss.; RUFFLE B.J., *More is better, but fair is fair: tipping in dictator and ultimatum games* in *Games and Economic Behavior*, 1998, 247 ss.

contromisure volte a contrastare e risolvere le proprie difficoltà, mediante un intervento a livello economico e/o finanziario, a seconda della situazione.

Il nuovo impianto normativo impone il ricorso a quest'ultima linea d'azione, anche se richiede di sopportare nel breve termine costi³³⁴ a fronte di benefici collocati nel medio e medio-lungo termine³³⁵, pena una responsabilità per gli amministratori³³⁶ nei confronti tanto della società³³⁷, quanto di creditori e terzi³³⁸.

³³⁴ Si è già rilevato che i costi da sostenere sono, il più delle volte, rappresentati dall'eventuale perdita o riduzione della partecipazione e controllo degli attuali soci — anche in base al contenuto del piano di ristrutturazione — così come dai costi necessari per avviare e condurre a termine la procedura di ristrutturazione eventualmente intrapresa, come evidenziato da USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit., XX

³³⁵ I principali benefici sono costituiti dal(l'eventuale) superamento delle difficoltà dell'impresa, con le connesse ricadute in termini di preservazione di valore a favore dei soci, nonché di neutralizzazione di profili di responsabilità degli amministratori che abbiano rilevato e si siano attivati tempestivamente per affrontare e gestire la crisi di impresa.

³³⁶ PATTI A., *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società in Fallimento*, 2018, 129 ss., il quale evidenzia che nel momento in cui l'impresa entra in una situazione di crisi “*gli amministratori sono esposti ad una responsabilità che assume non soltanto una cruciale delicatezza, in funzione del più oculato impegno gestorio comportato in particolare dalla scelta della via da percorrere per affrontarla (e auspicabilmente, risolverla), ma addirittura una diversa conformazione, dipendente dall'obbligo (fino ad allora inedito) di gestione conservativa del patrimonio sociale*”; CIAN M., *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto in Nuove leggi civ.*, 2019, 1160 ss.; BENAZZO P., *Il controllo nelle società di capitali tra diritto “comune” e codice della crisi d'impresa* in *Rivista delle Società*, 2020, 1551 ss.; LUCIANO A.M., *La gestione della s.r.l. nella crisi pre-concorsuale* in questa *Rivista delle Società*, 2017, 405 ss.

³³⁷ Nelle società per azioni, ex artt. 2392, 2393 e 2393- bis, 2394, 2394-bis c.c. e 2395 c.c.

³³⁸ Si vedranno nel capitolo terzo le ipotesi di responsabilità degli amministratori per l'aver cagionato e/o aggravato la crisi dell'impresa; tardivamente percepito, rilevato e, comunque, reagito ai segnali di crisi; o, comunque, utilizzato erroneamente gli strumenti necessari per far fronte alla crisi.

Ciononostante, l'*hyperbolic discounting*³³⁹ potrebbe condurre il management a preferire la prosecuzione ordinaria dell'attività di impresa, che consente di evitare quasi del tutto costi e sacrifici nel presente, ma comporta la sopportazione di costi elevati nel medio e lungo termine³⁴⁰.

Concludendo sul tema, in mancanza di un assetto adeguato che costringa il management a denunciare l'insorgere della crisi, la sola minaccia delle conseguenze in punto di responsabilità potrebbe non essere sufficiente a contemperare gli effetti dei citati bias cognitivi.

³³⁹ LIU Y., *Entrepreneurship dynamics under time inconsistent preferences* in *Journal of Mathematical Finance*, 2015, 40 ss., il quale evidenzia che “*time inconsistency leads to under investment when the entrepreneurial liquid wealth is close to the liquidation boundary and over investment when the liquid wealth is far away from the exit threshold*”.

³⁴⁰ USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa*, cit., XX, secondo il quale “*La mancata attivazione per la gestione della crisi comporta, si è detto, un generale aggravamento della situazione economico-finanziaria della società con una conseguente, inevitabile, riduzione della soddisfazione che potrà essere riservata ai creditori, nonché con un importante aggravio delle conseguenze che dovranno subire i soci in relazione alla propria partecipazione alla società.*”

CAPITOLO III
I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI E IL DEFICIT
ORGANIZZATIVO

1 IL RIPARTO DELLE COMPETENZE ORGANIZZATIVE

Il riparto delle competenze in materia di assetti nelle società di capitali è stato uno dei nodi più dibattuti della riforma del 2019: l'art. 377 c.c.i.i., rubricato "*Assetti organizzativi societari*", aveva esteso a tutti i tipi societari il principio di "*esclusiva gestione dell'impresa*" da parte degli amministratori.

La previsione determinava gravi problemi di coordinamento con l'assetto del diritto societario *post* riforma del 2003, in particolare con le norme che attribuiscono numerose possibilità d'intervento ai soci in materia di gestione nella s.r.l., oltre che nelle società di persone³⁴¹.

Pertanto, anche in considerazione delle numerose critiche della dottrina³⁴², il legislatore è intervenuto sul testo originario del c.c.i.i. con il cd. "*primo correttivo*"³⁴³, eliminando il riferimento all'esclusività della

³⁴¹ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza in Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, 119 ss.

³⁴² SPOLIDORO M., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)* in *Riv. soc.*, 2019, 269 s.; MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza* in *Luiss Law Review*, 2016.

³⁴³ D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, *Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155.*

gestione per gli amministratori nei tipi societari non azionari e limitando la loro competenza esclusiva alla sola “*istituzione degli assetti*”³⁴⁴.

Pur avendo la novella sopito in parte il dibattito, in questa sede si rammenta che la dottrina si era divisa in numerose posizioni, stante la difficoltà - o impossibilità³⁴⁵ - di pervenire ad una lettura che fosse, al contempo, rispettosa del tenore letterale e pienamente compatibile con il sistema³⁴⁶.

Nell'impossibilità di ritenere implicitamente abrogate le norme societarie³⁴⁷ che prevedono il coinvolgimento dei soci nella gestione³⁴⁸, non appariva del tutto convincente neanche l'idea opposta di svalutare la

³⁴⁴ Come anticipato a pag. X e precisato in nota X, la regola viene riprodotta con identico tenore negli artt. 2257, comma 1; 2380 bis, comma 1 e 2475, comma 1, c.c.

³⁴⁵ Di “*oggettiva impossibilità*” parla MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 120.

³⁴⁶ MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, cit., 1035, il quale afferma che “*per la s.r.l. la disposizione sembra porsi in netto contrasto con il previgente impianto sistematico del codice civile, che non assegna(va) affatto la gestione dell'impresa in via esclusiva agli amministratori. Non è dato comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore a inserire queste disposizioni*” ed evidenzia che, non avendo la legge delega previsto l'attribuzione del potere di stravolgere l'impianto codicistico in punto di gestione delle società di persone e della s.r.l., “*Ne derivano dubbi di legittimità costituzionale delle disposizioni in parola in ragione dell'art. 76 (e dell'art. 77, co. 1) Cost.*”.

³⁴⁷ Si pensi all'art. 2468, comma 2, che consente all'atto costitutivo di attribuire diritti particolari, anche amministrativi, ai soci; all'art. 2476, comma 8 (prima del d. lgs. n. 14/2019, co. 7), che prevede la responsabilità da gestione anche a carico dei soci; all'art. 2479, comma 1 e comma 2, n. 5, che configurano dei poteri gestionali in capo ai soci.

³⁴⁸ MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, cit., 1035, richiamando la Cass., S.U., 2 luglio 2008, n. 18038, ricorda che “*Perché operi la tacita abrogazione per incompatibilità (art. 15 preleggi) occorre d'altra parte che tra le norme considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra*”.

portata della nuova previsione, attribuendovi il solo effetto di “responsabilizzare” gli amministratori in materia di assetti³⁴⁹.

Tale impostazione era in evidente contrasto con il tenore letterale della disposizione, in particolare con l’espreso riferimento alla “esclusività” delle competenze degli amministratori nella “gestione”.

Il senso “*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*” non sembrava ammettere interpretazione differente da quella di assegnare - in contrasto con il sistema vigente - la gestione dell’impresa in via esclusiva agli amministratori³⁵⁰.

Nonostante lo sforzo ermeneutico di chi ha cercato di coniugare tale tenore letterale con le norme che prevedono una riserva di intervento dei soci in materia di gestione³⁵¹, si è reso indispensabile l’intervento del citato

³⁴⁹ SPOLIDORO M., *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit., 269 ss.; RESCIO G.A., *Brevi note sulla “gestione esclusiva” dell’impresa da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori* in *Il Societario*, 16 luglio 2019, 7 s.

³⁵⁰ CALVOSA L., *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.* in *Società*, 2019, 799 ss.; MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, cit., 1037.

³⁵¹ DI CATALDO V. - ROSSI S., *Nuove regole generali per l’impresa nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza* in *Riv. dir. soc.*, 2019, 757 ss., per il quale il riferimento all’esclusività della gestione avrebbe mantenuto la vigenza di tutte le norme che prevedono una riserva di intervento dei soci in materia di gestione, ma con l’effetto di “derubricare” la decisione dei soci alla figura del parere o della raccomandazione non vincolante; citato da MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., 120, il quale precisa “*La posizione prevalente era quella di limitare la regola di competenza esclusiva alla materia degli assetti organizzativi, ritenendo tale soluzione l’unica conforme alle indicazioni della legge delega*”, richiamando ABRIANI N. - ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 393 ss.; FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità* in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss.; MONTALENTI P., *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.; SANTAGATA R., *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci* in *Riv. soc.*, 2020, 1458; IBBA, *Codice della crisi e codice civile* in

correttivo³⁵², che ha ribadito l'attribuzione esclusiva della gestione agli amministratori nella s.p.a., limitando la competenza esclusiva di essi nella s.r.l. alla sola “*istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086*” e consentendo di superare la diatriba ermeneutica appena accennata.

L'intervento del decreto correttivo ha ribadito e ripristinato una corretta articolazione del sistema, negando³⁵³ che il principio di esclusività della gestione possa avere portata generale per le società di capitali³⁵⁴,

Rivista ODC, 2019, 250 ss., enumera le possibili interpretazioni ma “rimane indeciso”; CALVOSA L., *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, cit., propugna una tesi “più articolata” per la quale “*il principio di competenza esclusiva avrebbe dovuto conciliarsi con la permanente sussistenza di un'area più o meno estesa di deroghe legali, nella quale i soci avrebbero potuto continuare ad esercitare competenze propriamente deliberative*”;

³⁵² MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, cit., 1037, per il quale “*Non appare convincente nemmeno la tesi, collocabile nella sostanza sulla stessa linea interpretativa, che attribuisce un rilievo solo organizzativo alla norma, che non si occuperebbe della gestione dell'impresa, ma della sola gestione organizzativa, vale a dire della «organizzazione della gestione dell'impresa», con un'assegnazione solo di quest'ultima alla competenza esclusiva degli amministratori*” sostenuta da CAGNASSO O., *Diritto societario e mercati finanziari in Il nuovo diritto delle società*, 2018, 852 ss.; MONTALENTI P., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, ivi, 56 s.; ABRIANI N. - ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture in Società*, 2019, 398 ss.; ATLANTE N. - MALTONI M. - RUOTOLO A., *Il nuovo art. 2475 c.c. Prima lettura, Studio del Consiglio del Notariato n. 58-2019/I*; ASSONIME, *Circolare n. 19 del 2 agosto 2019*, 89 s.; CAVALIERE T., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Le modificazioni del codice civile in Giur. it.*, 2019, 2046 ss.; STANGHELLINI L., *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica) in Corriere Giur.*, 2019, 4, 449 ss.; SPOLIDORO M., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit., 269 ss.

³⁵³ La negazione è più forte se si considera che deriva dall'abrogazione espressa di norme appena introdotte.

³⁵⁴ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 125, il quale afferma che anche le norme del c.c.i.i. che “*mantengono ai soci nelle società di persone (e nelle società di capitali, ove previsto dallo statuto) la competenza per la decisione sulla domanda di concordato, estendendola anche agli accordi di ristrutturazione [...] tengono correttamente conto dell'articolazione tipologica delle società e della necessità (più o meno forte, anche in ragione del regime del regime di*

consentendo anche di superare l'idea che la novella costituisse un'adesione alla teoria delle “*competenze assembleari implicite*”³⁵⁵.

L'intervento correttivo, infatti, rafforza l'idea per cui nella s.p.a. sussistono particolarità tipologiche - derivanti essenzialmente dalla naturale apertura al mercato e dalla destinazione alla impresa non piccola - che rafforzano le istanze di maggiore efficienza delle regole di *governance*³⁵⁶.

responsabilità per le obbligazioni sociali) di coinvolgere i soci in decisioni che fuoriescono dalla mera gestione dell'impresa”; contraria è la posizione di FERRI G. e ROSSI M., *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., 118 ss. per i quali le competenze attribuite ai soci nella fase di gestione della crisi appaiono “*distoniche con il sistema*”, ritenendo più in linea con l'impianto vigente un'integrale attribuzione di tali competenze agli amministratori, in forza del loro potere di direzione dell'impresa.

³⁵⁵ ANGELICI C., *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori* in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 59 ss.; PORTALE G.B. - DE LUCA N., *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea* in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2019, II, 765 ss.; FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., 964 ss.; inoltre, precisa che “*la dottrina si divide sul punto in almeno tre posizioni: a) la tesi che ricostruisce una vera e propria competenza implicita dei soci nelle decisioni d'interesse primordiale (Portale, Maugeri, Pinto, De Luca, Miola, Galletti); b) la tesi che ricostruisce un mero dovere degli amministratori di consultare l'assemblea per raccogliere eventuali raccomandazioni non vincolanti (Abbadessa, Libertini, Angelici, Mirone, Sanfilippo); c) la tesi che nega l'esistenza di formali doveri di raccordo (Libonati, Guizzi)*”. L'elemento di maggiore criticità della teoria delle competenze implicite, secondo LIBERTINI M. - MIRONE A. - SANFILIPPO P.M., *L'assemblea di s.p.a.*, Milano, 2016, 29 ss., resta quello del “*vulnus alle istanze di certezza del riparto delle competenze e di stabilità delle decisioni societarie, che trova una sicura e ricorrente valorizzazione nell'ordinamento azionario, ed è vieppiù evidente, ove si consideri che la concreta qualificazione di una decisione come d'interesse primordiale è operazione tutt'altro che agevole*”.

³⁵⁶ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 125.

La ricostituita differenza di attribuzione tra la s.r.l. e la s.p.a. impone di analizzare il riparto di competenze in materia di assetti nei due tipi societari separatamente³⁵⁷.

1.1 Nella s.p.a.

La disciplina della s.p.a. - *post* primo correttivo - restituisce al principio di gestione esclusiva dell'impresa da parte degli amministratori il valore di principio, che era stato da subito evidenziato dopo la riforma del 2003³⁵⁸; pertanto, prima di vagliare come tale competenza viene ripartita all'interno dell'organo gestorio, è necessario indagare gli eventuali spazi di intervento che residuano in capo all'assemblea dei soci.

1.1.1 Tra assemblea e organo gestorio: il principio di esclusività della gestione dell'impresa e il “meccanismo autorizzatorio”

È possibile distinguere le decisioni “organizzative” dell'impresa da quelle puramente “gestionali”³⁵⁹, ma non si può affermare che i soci non

³⁵⁷ Vero è che l'impresa è il campo proprio di applicazione degli assetti, ma le norme che articolano le competenze tra gli organi sociali (artt. 2257, 2380 bis e 2475 c.c.) ed al loro interno (artt. 2381 e 2475 c.c.) restano norme di diritto societario; esse devono in tal senso necessariamente coordinarsi con la complessiva disciplina del tipo societario adottato dall'imprenditore.

³⁵⁸ GUIZZI, commento all'art. 2380 bis in *Commento al codice civile* diretto da GABRIELLI, artt. 2379-2451, Torino, 2015, 72 ss.

³⁵⁹ MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta* in *Rivista ODC*, 2020, 37; un orientamento parzialmente differente si registra in FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine* in *Riv. dir. soc.*, 2018, 480 ss., il quale, pur evidenziando lo stretto collegamento che esiste tra profili organizzativi e concreto esercizio dell'attività imprenditoriale, non ritiene convincente la “impossibilità di individuare un condivisibile confine fra l'attività di gestione in generale e l'attività prodromica che più specificamente risulterebbe preordinata all'organizzazione interna»; CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.* in *Rivista ODC*,

abbiano interesse (e titolo) ad interferire in tali materie³⁶⁰, anche nella s.p.a. dove il riparto di competenze è più rigido.

Se è vero che gli amministratori sono maggiormente in grado di approntare gli assetti aziendali nelle fasi di predisposizione, cura e monitoraggio - in considerazione dello stretto contatto con l'attività imprenditoriale svolta³⁶¹ - ciò non dovrebbe comunque precludere la possibilità di attribuire ai soci uno spazio di intervento su profili che non interferiscano sul loro dovere di perseguire l'adeguatezza³⁶².

Uno spazio indiretto ai soci è riconosciuto dalla possibilità per lo statuto di determinare l'adesione della società a codici di autodisciplina - che

2019, 338; DE MARI M., *Gli assetti organizzativi di mercato in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, cit., 23 ss., il quale precisa che la materia degli assetti organizzativi presenta dei precisi connotati oggettivi, anche per effetto degli approdi delle scienze aziendalistiche, per i quali è possibile distinguere le decisioni sugli assetti da quelle imprenditoriali o "di mercato".

³⁶⁰ SACCHI R., *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1287; CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, cit., 332 ss.; CETRA, *L'amministrazione delegata in Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum ABBADESSA*, Torino, 2014, 1679 ss.

³⁶¹ GINEVRA E. - PRESCIANI C., *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1228 ss.; SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di "ingerenza gestoria" dei soci* in *Riv. soc.*, 2020, 1459 ss., i quali valorizzano il carattere "tecnico" delle competenze necessarie per l'istituzione e la cura degli assetti organizzativi, valutando positivamente la scelta del decreto correttivo.

³⁶² MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 125, ritiene che il parametro dell'adeguatezza debba essere ricavato sulla base delle risultanze delle scienze aziendalistiche, MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 49 ss., ritiene che l'adeguatezza debba essere verificata caso per caso, senza completo affidamento a modelli più o meno generalizzati, MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti* in *Giur. comm.*, 2018, I, 628 s.; CALANDRA BUONAURA V., *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale* in *Tratt. dir. comm. diretto da COSTI*, Torino, 2019, 295 ss., il quale evidenzia che i criteri aziendalistici tendono a delineare *best practices*, innalzando il livello degli *standard* rispetto a ciò che dovrebbe considerarsi sufficiente per evitare responsabilità.

incidono sulla declinazione degli assetti organizzativi³⁶³ - e di attribuire all'assemblea il potere di nominare l'OdV previsto dal d.lgs. n. 231/2001³⁶⁴ o il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari³⁶⁵.

Inoltre, è prevista la possibilità per l'assemblea di approvare regolamenti di funzionamento degli altri organi sociali³⁶⁶ o regolamenti di *governance* nei gruppi³⁶⁷.

Le norme richiamate confermano che la competenza generale degli amministratori è relativa alla "gestione", nella quale non rientrano le competenze *lato sensu* organizzative³⁶⁸ e tali scelte non possono essere considerate del tutto impermeabili alla sfera d'interesse e intervento dei soci³⁶⁹.

³⁶³ SALANITRO N., *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti in Banca e borsa*, 2008, I, 12 ss.; SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcement in Riv. dir. comm.*, 2008, I, 960 s.

³⁶⁴ DI GIROLAMO F., *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea?* in *Riv. soc.*, 2008, 982 ss.

³⁶⁵ VALENSISE P., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari in Assetti adeguati*, cit., 320 ss.

³⁶⁶ LIBERTINI - MIRONE - SANFILIPPO, *L'assemblea di s.p.a.*, cit., 50 ss., ove tuttavia si assume valore non vincolante ai regolamenti diversi da quello assembleare.

³⁶⁷ MONTALENTI P., *I gruppi di società: dottrina, giurisprudenza e prassi in Dir. econ. impr.*, 2016, 81 ss.

³⁶⁸ ABBADESSA P. - MIRONE A., *Le competenze*, cit., 321 ss., i quali precisano che sussisterebbe una netta distinzione tra: gestione "organizzativa", riservata agli amministratori; e gestione "operativa", in cui è lasciato uno spazio di ingerenza ai soci.

³⁶⁹ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 131, il quale sostiene che "ogni possibile meccanismo di coinvolgimento dei soci nella materia non dovrebbe, né potrebbe, mettere in discussione il dovere degli amministratori di istituire assetti adeguati, dovendosi sempre configurare un potere-dovere di resistenza (e disapplicazione) rispetto a delibere incompatibili con tali istanze", citando SPOLIDORO M.S., *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi in Riv. soc.*, 2018, 181 ss.

L'addentellato per prefigurare qualche margine di flessibilità al concetto di esclusività nella competenza sugli assetti, secondo alcuni, risiederebbe nel lemma "istituzione", contenuto negli artt. 2086, 2257 e 2380 bis c.c. e assente nel dettato dell'art. 2381 c.c.³⁷⁰.

Per una parte della dottrina, infatti, il differente tenore letterale tra l'art. 2086 e l'art. 2381 c.c.³⁷¹ dimostrerebbe che il legislatore intende limitare la competenza esclusiva dell'organo amministrativo solo alla fase di predisposizione degli assetti, ma senza voler impedire interventi circoscritti dei soci; questi sarebbero ammessi a condizione che non pregiudichino la capacità degli amministratori di assicurare l'implementazione di un assetto adeguato³⁷².

Secondo una posizione maggiormente condivisibile, la volontà del legislatore sembra essere - piuttosto - quella di imporre la formalizzazione degli assetti³⁷³, che - anche al fine di assicurare il criterio di adeguatezza - devono essere oggetto di deliberazioni formali da parte dell'organo amministrativo.

³⁷⁰ L'art. 2381 c.c. suddivide i compiti degli organi delegati e del plenum nei due adempimenti della "cura" e della "valutazione"

³⁷¹ Nel primo si utilizza il lemma "istituire" e nel secondo quello "curare".

³⁷² MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 125, ritiene che il parametro dell'adeguatezza debba essere ricavato sulla base delle risultanze delle scienze aziendalistiche, MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 49 ss., ritiene che l'adeguatezza debba essere verificata caso per caso, senza completo affidamento a modelli più o meno generalizzati, MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti in Giur. comm.*, 2018, I, 628 s.; CALANDRA BUONAURA V., *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale in Tratt. dir. comm. diretto da COSTI*, Torino, 2019, 295 ss., il quale evidenzia che i criteri aziendalistici tendono a delineare *best practices*, innalzando il livello degli *standard* rispetto a ciò che dovrebbe considerarsi sufficiente per evitare responsabilità.

³⁷³ FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, cit., 497 ss.; MIRONE A., *L'organizzazione*, cit., 31 ss.

Se lo statuto può introdurre regole in materia di assetti compatibili con il principio di adeguatezza³⁷⁴, occorre chiedersi se - e in che misura - può operare anche il meccanismo autorizzatorio ex art. 2364, n. 5, c.c.

Il principio di competenza esclusiva nella gestione della s.p.a. non esclude l'utilizzo dello strumento autorizzatorio, neanche in materia di assetti: gli ampi spazi di discrezionalità tecnica consentono, infatti, un'apertura sull'intervento autorizzatorio, soprattutto se si considera che il potere di proposta è attribuito esclusivamente agli amministratori, i quali possono sempre procedere - anche in caso di mancato rilascio dell'autorizzazione - se ritenuto indispensabile per raggiungere un livello organizzativo adeguato³⁷⁵.

Si discute se lo statuto possa subordinare all'autorizzazione dell'assemblea l'adozione di specifiche modalità di articolazione o di composizione degli assetti, come il modello ex d.lgs. n. 231/2001³⁷⁶.

Sul punto, il nuovo art. 2380 bis c.c. sembra precludere la possibilità di prevedere in statuto una competenza deliberativa dell'assemblea o il potere di imporre agli amministratori l'adozione del modello da parte dei soci³⁷⁷.

³⁷⁴ LATELLA D., *Ruolo del professionista e assetto dei controlli interni: prime riflessioni sul codice della crisi d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)* in *Riv. dir. fall.*, 2020, 371.

³⁷⁵ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 135, il quale non considera incompatibili con il principio di esclusività nella gestione le "clausole autorizzatorie in materia di nomina delle funzioni aziendali di vertice degli assetti, che prevedano un placet dell'assemblea", in quanto l'organo amministrativo potrebbe reperire figure alternative a quelle non gradite dai soci; le "clausole che richiedano l'autorizzazione dell'assemblea per l'esternalizzazione di funzioni aziendali", in quanto l'organo amministrativo - sia pure con minori o maggior difficoltà e/o costi - potrebbe realizzare assetti adeguati all'interno della società.

³⁷⁶ PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 749; CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 298 ss.

³⁷⁷ RORDORF R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati* in *Società*, 2001, 1301, il quale ritiene che l'assemblea

Sembra più coerente, infatti, prevedere la possibilità di intervento autorizzatorio dell'assemblea, la cui eventuale determinazione negativa può essere disattesa dagli amministratori ove ritengano che l'adozione del modello sia necessaria per raggiungere un complessivo livello di adeguatezza degli assetti³⁷⁸.

Nella stessa direzione si è mosso chi ha evidenziato che la materia si presta meglio all'utilizzo di "meccanismi atipici di raccordo"³⁷⁹, come le raccomandazioni non vincolanti, previsti da clausole statutarie che introducano un'apposita relazione degli amministratori sugli assetti³⁸⁰.

sia l'organo competente per le valutazioni sul modello ex d.lgs. n. 231/2001, che avrebbe funzione diversa da quella complessiva degli assetti, in quanto volto a "prevenire" e non a "gestire" il rischio di reati; ABRIANI N., *Organizzazione*, cit., 556; CERRATO S.A. - PEIRA G., *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari* in *Riv. soc.*, 2019, 152; su posizione opposta si attesta PRESCIANI C., *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, cit., 754, il quale precisa che nella conformazione degli assetti possono immaginarsi - a seconda del tipo di impresa ed attività - rischi di particolare gravità, come i gravi rischi ambientali o finanziari, che devono essere prevenuti a monte dalla società nel modo più efficace possibile.

³⁷⁸ ABRIANI N., *Organizzazione*, cit., 554, ritiene tendenzialmente obbligatoria l'adozione del modello, anche se la valutazione è verosimilmente riferita alle società di rilevanti dimensioni; al contrario, PRESCIANI C., *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, cit. 756, considera necessario l'esame caso per caso, alla luce delle specificità del settore e dell'impresa.

³⁷⁹ MAUGERI M., *Art. 2365 c.c. in Comm. cod. civ. diretto da Gabrielli*, Torino, 2015, 837, il quale affronta il tema delle c.d. "precatory resolutions".

³⁸⁰ Analogamente a quanto previsto per le regole di governo societario del t.u.f., il cui art. 123-bis t.u.f. prevede al comma 2 una sezione contenente informazioni sulle "pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari" e sulle "principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria, anche consolidata, ove applicabile", come ricordato da MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 135,

Rispetto a tali “raccomandazioni” - formalmente non vincolanti³⁸¹ - l’organo gestorio dovrebbe potersi discostare solamente con deliberazione motivata sotto il profilo dell’adeguatezza³⁸².

La competenza esclusiva degli amministratori non precluderebbe la possibilità di interventi mirati dell’assemblea, nelle forme dell’autorizzazione o della consultazione, che risultano - in via generale - compatibili con il principio di esclusività della gestione e della istituzione degli assetti.

1.1.2 All’interno dell’organo gestorio: tra delega di funzioni e competenza inderogabile del *plenum*

Delineato lo spazio di intervento dell’assemblea dei soci, il punto di partenza per inquadrare il riparto di competenze tra i diversi organi societari nella s.p.a. è racchiuso negli artt. 2381 e 2403 c.c., che si focalizzano sulla tripartizione: “*curare*”, “*valutare*”, “*vigilare*”³⁸³.

³⁸¹ L’assenza del vincolo determina l’impossibilità per i soci di impugnare ai sensi dell’art. 2388 c.c. la delibera degli amministratori che abbiano ignorato la raccomandazione.

³⁸² LIBERTINI M. – MIRONE A. - SANFILIPPO, *L’assemblea di s.p.a.*, cit., 32, i quali criticano la tesi secondo cui non sussisterebbero precisi doveri formali degli amministratori a fronte di raccomandazioni gestionali dell’assemblea - tesi sostenuta, tra gli altri, da PINTO V., *Art. 2364 in Le società per azioni, a cura di Abbadessa e Portale*, Milano, 2016, 857 - precisando che se l’assemblea deliberasse di invitare gli amministratori a dotarsi di un sistema di controllo interno, l’eventuale inerzia non motivata (a prescindere dalla stretta necessità di tale adozione onde raggiungere un livello di sufficiente adeguatezza degli assetti) ben potrebbe costituire giusta causa di revoca dell’organo gestionale. Dovrebbe invece escludersi la possibilità per i soci di impugnare ai sensi dell’art. 2388 c.c. la delibera degli amministratori che non tenga conto della raccomandazione assembleare.

³⁸³ LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell’organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo “correttivo”* in *Rivista delle Società*, 2/2020, 343 ss.

L'art. 2381 c.c. prevede che gli organi delegati curino l'adeguatezza degli assetti in considerazione della natura e delle dimensioni dell'impresa, demandandone la valutazione al consiglio d'amministrazione; occorre chiedersi se tale ripartizione "verticale" di competenze sia derogabile con la modulazione della delega di funzioni³⁸⁴.

Nel disciplinare il rapporto fra consiglio d'amministrazione e organi delegati, il legislatore muove dal presupposto che gli amministratori possano - ma non siano obbligati a - conferire deleghe di funzioni³⁸⁵; pertanto, ove l'organo amministrativo non abbia provveduto a nominare uno o più delegati, sarà il medesimo organo a doversi occupare di curare gli assetti³⁸⁶.

Secondo una parte della dottrina, ove siano stati nominati uno o più amministratori delegati, dovranno essere costoro ad occuparsi dell'istituzione degli assetti, nel rispetto delle direttive eventualmente loro impartite dal consiglio, indipendentemente dall'ampiezza della delega³⁸⁷.

³⁸⁴ ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione* in *Assetti adeguati*, cit., 277; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 290 s.; MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., XX, che l'istituzione degli assetti possa essere oggetto (e sia tendenzialmente oggetto) di delega non è in alcun modo impedito dal principio di competenza esclusiva in capo agli amministratori, previsto infatti anche per la gestione, che si ritiene a sua volta interamente delegabile, con la sola eccezione delle materie di cui all'art. 2381, co. 4, c.c.

³⁸⁵ L'art. 2381, 2° co. afferma che "il consiglio può delegare proprie attribuzioni" e la tesi sarebbe confermata proprio dal novellato art. 2380 bis c.c.

³⁸⁶ IRRERA M., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009. 35 ss., non esclude che, salva la responsabilità dell'organo amministrativo, in assenza di organi delegati sia il direttore generale ad assumere il concreto compito di curare gli assetti aziendali; ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione* in *Assetti adeguati*, cit., 277., si esprime in senso contrario.

³⁸⁷ Per le diverse posizioni in dottrina si veda IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 270 ss.

Lo stesso art. 2381 c.c. al comma 3, infatti, parrebbe attribuire agli organi delegati una competenza di carattere generale “*connaturata al ruolo di amministratore delegato*”, la quale - prescindendo dal contenuto concreto della delega - supererebbe le eventuali limitazioni di potere in essa disposte³⁸⁸.

Pertanto, si discute se - in caso di “delega parziale” non contenente alcuna previsione in materia di assetti - il dovere di istituirli spetti comunque all’amministratore delegato o debba ritenersi implicitamente trattenuto al consiglio³⁸⁹.

Premesso che l’assenza nella delega parziale di una chiara indicazione sulla competenza in materia di assetti è indice di un assetto non adeguato³⁹⁰, in questo caso la soluzione preferibile sembrerebbe ritenere che l’amministratore “parzialmente delegato” abbia un dovere di cura degli assetti limitato agli ambiti che possono essere - direttamente o indirettamente - ricompresi nella delega conferitagli³⁹¹.

³⁸⁸ IRRERA M., *Adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile in Trattato delle società* diretto da DONATIVI V., Tomo II, Torino, 2022; in senso contrario, CAGNASSO O., *Brevi note in tema di potere gestorio nelle società di capitali in Società*, 2003, 802; MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali in Società*, 2005, 296 ss., i quali sostengono che in caso di limitazione delle deleghe, gli organi delegati debbano curare gli assetti esclusivamente nel campo delle attribuzioni loro conferite.

³⁸⁹ LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell’organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo “correttivo”* in *Rivista di Diritto societario*, 2, 2020, 372 ss., i quali sostengono che sussiste un dovere di esplicitare nella delega le attribuzioni in materia di assetti, ma il modello legale di cui all’art. 2381 c.c. sembra prevedere effettivamente un regime suppletivo, applicabile in caso di generale delega gestionale.

³⁹⁰ LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell’organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo “correttivo”*, cit.

³⁹¹ ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione in Assetti adeguati*, cit., 262, sulla base del rilievo testuale

Una parte della dottrina, guardando all'esperienza delle società quotate³⁹² e quelle bancarie³⁹³, evidenzia che la maggiore efficienza richiederebbe di mantenere - per statuto o delibera - in capo al consiglio alcune competenze deliberative³⁹⁴, rafforzandole sul piano istruttorio con la costituzione di appositi comitati³⁹⁵.

Il potere di istruzione, avocazione e sostituzione di cui al comma 3 dell'art. 2381 c.c. resterebbe, così, sempre esercitabile dal consiglio in relazione ad ogni decisione attinente alla materia degli assetti³⁹⁶.

per cui l'art. 2381 c.c. non prevede alcunché in relazione al livello di completezza della delega, ma è agevole obiettare come il modello considerato dal legislatore sia chiaramente quello della delega piena; ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa* in *Profili tipici*, cit., 495, nel senso della competenza consiliare, CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione*, cit., 264; Per la competenza dell'amministratore delegato "parziale" per l'adozione del modello ex d.lgs. 231/2001, PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, cit. 755, ma la soluzione appare discutibile ove generalizzata, tenuto conto che il modello in questione è unitario, e che il carattere parziale della delega operativa potrebbe compromettere la necessaria vicinanza dell'organo delegato a profili organizzativi particolarmente interessati da determinate fattispecie di reato. Completare con MIRONE SSM 142

³⁹² Si veda l'art. 6, § 35 del *Codice di corporate governance* di Borsa italiana s.p.a.

³⁹³ Si veda la Sez. IV, § 2.3. delle *Disposizioni di vigilanza* della Banca d'Italia.

³⁹⁴ Si pensi all'approvazione dei regolamenti interni, la definizione delle linee di indirizzo del modello e la nomina dei responsabili di funzioni di vertice.

³⁹⁵ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 139.

³⁹⁶ ABBADESSA P., *Profili tipici*, cit., 493 ss., KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria in Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum A. Piras*, Torino, 2010, 713 ss., i quali evidenziano l'opportunità di "riserva al consiglio"; invece, IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 261 ss., parte dal presupposto che il complessivo assetto dell'art. 2381 c.c. preveda una conformazione inderogabile a due livelli ed evidenzia che "il modello dell'art. 2381 c.c. non sembra poter prescindere dalla piena fruibilità dei meccanismi di raccordo (istruzione e avocazione) previsti dalla norma, senza i quali non resterebbe altra soluzione, in caso di contrasto, se non quella (tendenzialmente inefficiente, se non altro per i costi che comporta) della revoca".

Pertanto, la “cura” degli assetti sarebbe compito affidato - tendenzialmente - agli organi delegati³⁹⁷, la cui competenza non sarebbe inderogabile, in quanto nulla esclude che lo statuto - o una delibera consiliare - riservi alcune competenze al *plenum*³⁹⁸.

Viceversa, la “valutazione” dell’adeguatezza degli assetti riservata al consiglio di amministrazione sembrerebbe non derogabile³⁹⁹, anche in considerazione del dovere generale posto dall’art. 2381, c. 6, c.c.

La differenza di regime risiederebbe nella differente posizione ricoperta dagli amministratori delegati - impegnati nella gestione quotidiana dell’impresa - e dagli amministratori privi di deleghe, ai quali spettano maggiormente compiti di indirizzo e supervisione strategica⁴⁰⁰; differenza funzionale a distinguere le responsabilità dei singoli amministratori, attenuando il principio di solidarietà passiva dell’organo gestorio⁴⁰¹.

La valutazione affidata al *plenum* si fonda principalmente sulle informazioni trasmesse dagli organi delegati - eventualmente integrate da

³⁹⁷ ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi* diretto da IRRERA, Bologna, 2016, 255, il quale considera la scelta “logica” dato che, spettando loro la gestione *day by day* della società, sono i più idonei a percepire le concrete esigenze dell’impresa e conseguentemente a dotarla di assetti consoni.

³⁹⁸ LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *L’adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d’impresa*, cit. XX, il quale evidenzia che “il comma 3 dello stesso articolo stabilisce che il consiglio possa sempre impartire direttive ai delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega, sottolineando il carattere sovraordinato della competenza del *plenum* rispetto a quella degli organi delegati”.

³⁹⁹ MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in IRRERA (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 6 ss.

⁴⁰⁰ IRRERA M., *Adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società*, cit. 1555.

⁴⁰¹ DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della responsabilità all’incerto destino dell’azione di minoranza* in *Giur. comm.*, 2004, I, 651; ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, cit., 255 ss.; IRRERA M., *Assetti organizzativi*, cit., 236.

altri organi societari⁴⁰² - e riguarda *in primis* l'adeguatezza degli assetti rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa⁴⁰³.

Il giudizio - per sua natura connotato da un ineludibile grado di discrezionalità - può concludersi con l'approvazione degli assetti predisposti dai delegati o con l'emanazione di direttive rivolte alla rimodulazione o modifica degli stessi⁴⁰⁴.

Non si deve peraltro ritenere che l'attività valutativa si esaurisca con la prima approvazione del complesso degli assetti, dovendo invece avere ad oggetto anche i successivi aggiornamenti che dovessero rendersi necessari in rapporto alle sopravvenute esigenze dell'impresa.

Il che implica, peraltro, la trasmissione di flussi informativi con periodicità che - nel silenzio legislativo - si può far coincidere quantomeno con quella fissata dalla legge o dallo statuto per le relazioni sull'andamento della gestione⁴⁰⁵.

1.1.3 Cenni al sistema dualistico e monistico

Le considerazioni fin qui esposte, in relazione riparto di competenze in materia di assetti fra gli organi societari, sono state effettuate prendendo come riferimento il modello di *governance* tradizionale, ma occorre fornire cenni anche riferibili ai sistemi dualistico e monistico.

⁴⁰² Si pensi al Comitato controllo rischi o *l'internal audit*, ove previsti.

⁴⁰³ AMBROSINI, *Assetti adeguati e "ibridazione" del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato* in *Le società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso a cura di Irrera*, Torino, 2020, 436.

⁴⁰⁴ L'art. 2403 c.c. sembra confermare che gli assetti curati dai delegati debbano essere approvati dal Consiglio nell'ambito della propria attività valutativa: prevedendo la vigilanza dei sindaci sugli assetti adottati dalla società sembra presupporre proprio la preventiva approvazione consiliare.

⁴⁰⁵ IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società*, cit. 1555.

In caso di sistema dualistico, per il consiglio di gestione valgono le medesime regole sancite per il consiglio d'amministrazione: l'art. 2409 *novies* c.c. pone l'obbligo di istituire gli assetti in capo al consiglio di gestione, che deve avere forma collegiale, a differenza dell'organo gestorio nel modello tradizionale.

Per espressa previsione della disposizione citata, in caso di deleghe si applicano i commi 3 e 5 dell'art. 2381 c.c.; pertanto, valgono le considerazioni già espresse in merito alla ripartizione interna tra organi delegati e *plenum* consiliare.

I compiti di vigilanza sugli assetti previsti a carico del collegio sindacale, di cui si dirà in prosieguo, spettano nel modello dualistico al consiglio di sorveglianza⁴⁰⁶, ma vi sarebbero differenze sotto il profilo delle modalità di esercizio di tali doveri.

Parte della dottrina, infatti, ha evidenziato che al consiglio di sorveglianza non sono attribuiti i poteri ispettivi e di controllo riconosciuti ai sindaci dall'art. 2403 bis c.c., per effetto del mancato richiamo da parte dell'art. 2409 *quaterdecies* c.c., e i suoi componenti hanno la facoltà (pur non essendone obbligati) di partecipare alle sedute del consiglio di gestione⁴⁰⁷.

A differenza del modello tradizionale, in cui collegio sindacale e organo amministrativo si muovono su posizioni paritetiche, il modello dualistico

⁴⁰⁶ L'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. c), c.c. è chiaro nell'assegnare al consiglio di sorveglianza gli stessi doveri attribuiti ai sindaci dall'art. 2403, comma 1, c.c.

⁴⁰⁷ IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società*, cit. 1555, il quale ricorda che la disciplina delle società quotate è parzialmente differente: l'art. 151-bis d. lgs. n. 58/1998 amplia il catalogo dei poteri riconosciuti al consiglio di sorveglianza, attribuendo poteri ispettivi e di controllo attribuiti al solo collegio sindacale dalle norme codicistiche.

farebbe registrare una sovra-ordinazione del consiglio di sorveglianza⁴⁰⁸, che gli garantirebbe maggiori spazi di ingerenza nel merito delle scelte di gestione (anche sugli assetti), a prescindere dall'assenza dei poteri ispettivi e di controllo propri dei sindaci⁴⁰⁹.

Passando al sistema monistico, esso si caratterizza per la collocazione all'interno del consiglio d'amministrazione dell'organo di controllo, cioè il comitato per il controllo sulla gestione.

Tale peculiarità non comporta particolari problematiche in relazione alle competenze sull'istituzione degli assetti⁴¹⁰, ma alimenta qualche dubbio interpretativo in riferimento alla vigilanza su di essi, non tanto con riferimento all'oggetto del controllo⁴¹¹, quanto sulle modalità del suo esercizio⁴¹².

L'art. 2408 *octiesdecies* c.c., infatti, riconosce ai componenti del comitato poteri significativamente più ridotti di quelli concessi ai sindaci e al consiglio di sorveglianza, prevedendo solo l'obbligo di partecipare alle

⁴⁰⁸ IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società*, cit. 1555, il quale evidenzia che esso può nominare e revocare i componenti del consiglio di gestione, nonché promuovere l'azione di responsabilità e ingerirsi nella gestione societaria nei limiti di cui all'art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f), c.c.

⁴⁰⁹ IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società*, cit. 1555.

⁴¹⁰ L'art. 2409 *noviesdecies* c.c. fa espresso richiamo all'art. 2381 c.c.

⁴¹¹ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 73 e 302, il quale evidenzia che l'art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b), c.c. è chiaro nell'affidare al comitato anche la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, precisando che “esso non è obbligatorio nelle società amministrate con il sistema monistico, ma dovrà essere costituito solo ove sia giustificato dalla struttura organizzativa della società, in rapporto alle dimensioni dell'impresa”.

⁴¹² IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società*, cit. 1555.

riunioni del comitato esecutivo e la possibilità di ricevere dai soci le denunce di fatti censurabili ex art. 2408 c.c.⁴¹³.

Inoltre, la coincidenza tra il ruolo di amministratore - competente per la valutazione degli assetti - e di membro del comitato esecutivo - competente per la vigilanza sugli assetti - rende più difficile la separazione dei compiti⁴¹⁴.

Da una parte, la compresenza dei ruoli potrebbe agevolare una funzione di controllo più ampia di quella dei sindaci, che non possono influire sulle scelte degli amministratori, pur potendo partecipare alle sedute del cda; dall'altra, i componenti del comitato - essendo anche amministratori - dovranno deliberare sulle scelte societarie sottoposte alla loro vigilanza.

Ciò potrebbe garantire una gestione e una vigilanza maggiormente consapevoli ed efficaci⁴¹⁵.

1.2 Nella s.r.l.

La modifica dell'art. 2475 c.c. operata dal *primo correttivo*, in opportuna controtendenza con l'impostazione originaria del c.c.i.i., ha riservato alla competenza esclusiva degli amministratori di s.r.l. "solo" la "*istituzione degli assetti*" e non più "*la gestione dell'impresa*".

A "suggerire" la modifica sono state - come anticipato - le fondate critiche della dottrina sull'impossibilità di coniugare la competenza

⁴¹³ La giustificazione della differenza non risiederebbe nella coincidenza con il ruolo di amministratori, in quanto - nella disciplina delle società quotate - l'art. 151-ter d. lgs. n. 58/1998 riconosce ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione gran parte dei poteri attribuiti al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza nelle società di diritto comune.

⁴¹⁴ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 303 ss.

⁴¹⁵ IRRERA M., *Assetti organizzativi e sistema monistico* in *Giur. comm.*, 2014, I, 526 ss.

esclusiva degli amministratori con il principio di cogestione immanente nella s.r.l.⁴¹⁶.

⁴¹⁶ ABRIANI - ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi*, cit., XX; BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Riv. Soc.*, 2019, 274 ss.; CAGNASSO O., *Il nuovo art. 2475 c.c.: prime riflessioni*, in *NDS*, 2019, 1579 ss.; CAMPOBASSO M., *La società a responsabilità limitata. Un modello senza qualità?* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, cit., 19 ss.; MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella s.r.l. dopo il Codice della Crisi* in *Riv. Soc.*, 2019, 1032 ss.; ID., *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, cit., 1625 ss. e ivi 1628; MONTALENTI P., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi*, cit., 955 ss.; ID., *L'amministrazione delegata nella società a responsabilità limitata*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, cit., 625 ss. e ivi 632 ss.; PANZANI L., *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.*, cit., 663 ss.; PRESTI, *Il legislatore humpty dumpty*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, cit., 676 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. Comm.*, 2020, 5 ss.; CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Soc.*, 2019, 799 ss.; CAVALIERE, *Le modifiche del Codice Civile*, in *Giur. It.*, 2019, 2046 ss.; CIAN, *Le decisioni dei soci: competenze decisorie e decisioni assembleari*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, Vol. II, 2020, 1325 ss.; CILLO, *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata*, cit.; COSSU, *La società a responsabilità limitata nella riforma del diritto concorsuale* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, cit., 523 ss. e ivi 540 ss.; STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, 449 ss.; DE ANGELIS L., *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, cit., 552 ss.; DI CATALDO - ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 759 ss.; FORTUNATO, *Codice della Crisi e Codice Civile*, cit., 4 ss.; FRANCO, *Il nuovo art. 2475 c.c.: un tentativo di coordinamento sistematico*, in *Soc.*, 2019, 1063 ss.; GUIDOTTI, *La governance delle società nel codice della crisi d'impresa*, 1 ss.; IBBA, *Codice della Crisi e Codice Civile*, in *ODC*, 2019, 243 ss.; IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra il Codice della Crisi e la bozza di decreto correttivo)*, in *NDS*, 2020, 114 ss.; LOLLI - PAOLUCCI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo*, cit., 352 ss.; MAGLIULO, *I poteri degli amministratori di società a responsabilità limitata a seguito del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. not.*, 2019, 295 ss.; RIOLFO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"* in *Contr. e Impr.*, 2019, 399 ss.; SACCHI, *Sull'amministrazione della s.r.l.*, cit., 2 ss.;

La regola di esclusività degli assetti si porrebbe come deroga al sistema legale di ripartizione delle competenze tra soci ed amministratori, al contrario di quanto vale nelle s.p.a., in cui rappresenta conferma del principio generale di cui all'art. 2380 *bis* c.c.

Pertanto, occorre verificare se il contesto tipologico delle s.r.l., pur in presenza di un tenore letterale identico (ora con riferimento alla sola cura degli assetti), consenta di pervenire a soluzioni che offrano un maggiore spazio d'intervento ai soci.

1.2.1 Tra assemblea ed organo gestorio: il principio di cogestione dell'impresa, la delega di funzioni e i modelli personalistici

La s.r.l. si caratterizza per essere un modello più elastico della s.p.a. che consente la cogestione dell'impresa e la possibilità per i soci di deliberare con carattere decisorio e vincolante, anziché autorizzatorio, fermo restando il potere di resistenza degli amministratori in tutte le valutazioni con potenziali conseguenze risarcitorie⁴¹⁷.

Se si declinasse il principio di cogestione nella materia degli assetti senza le opportune precisazioni, si rischierebbe di propugnare tesi in contrasto con il tenore letterale del c.c.i.i. che attribuisce agli amministratori la competenza esclusiva per "*l'istituzione degli assetti*".

In materia di assetti, pertanto, sembra preferibile applicare anche nella s.r.l. - in linea di massima - le regole operative ricostruite per le s.p.a.,

SPIOTTA, *Ricadute del Codice della Crisi sulla governance delle s.r.l.*, cit., 694 ss.; SPOLIDORO, *Note critiche*, cit., 8 ss.

⁴¹⁷ MOZZARELLI M., *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.* in *Riv. soc.*, 2008, 409 ss.

sulla base delle quali all'assemblea è riconosciuto l'intervento per il tramite di meccanismi consultivi e autorizzativi⁴¹⁸.

L'iniziativa sulla richiesta di autorizzazione - o "consultazione" - rimarrebbe esclusiva dell'organo amministrativo (nel rispetto del tenore letterale della novella), ma lo statuto potrebbe prevedere casi in cui viene attribuito un ruolo anche all'assemblea dei soci.

Uno spazio per l'intervento dei soci potrebbe esser garantito dal potere di avocazione e provocazione ex art. 2479 c.c., che è utilizzabile sulla base delle esigenze che si sviluppino in concreto nella vita della società e che funge da meccanismo di raccordo per una efficiente cogestione⁴¹⁹.

La flessibilità dello strumento lo rende maggiormente efficace rispetto ad un'eventuale riserva statutaria, che - richiedendo una rigorosa predeterminazione a monte dei casi in cui dovrebbe intervenire l'assemblea - mal si presta ad un effettivo coinvolgimento della compagine sociale.

Residua qualche dubbio sui casi in cui vi è contrasto tra le determinazioni degli amministratori e quelle dei soci, che entrano nel merito della configurazione degli assetti.

Considerando l'intenzione del legislatore - confermata con il *primo correttivo* - di voler espressamente incidere sul riparto di competenza tra amministratori ed assemblea, sembra preferibile consentire a quest'ultima di deliberare su singole questioni in materia di assetti, limitando però il

⁴¹⁸ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., XX.

⁴¹⁹ "Nulla sembra impedire, inoltre, che il terzo del capitale sociale richieda di poter effettuare occasionalmente una "valutazione" di adeguatezza degli assetti, pretendendo che l'organo amministrativo riferisca sul punto e adottando all'esito eventuali determinazioni", come sostenuto da MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

valore formale delle delibere a quello di una raccomandazione non vincolante⁴²⁰.

Ogni “indicazione” dell’assemblea, pertanto, per acquistare la dovuta efficacia all’interno dell’organizzazione aziendale dovrà essere formalmente recepita in conseguenti atti e determinazioni dell’organo amministrativo, e sul piano negoziale⁴²¹.

Dubbi interpretativi sono sorti anche con riferimento all’impatto dell’art. 377 c.c.i.i. sulla disciplina della delega di funzioni⁴²², in quanto la riformulazione dell’art. 2475 c.c. ha sancito l’applicazione dell’articolo 2381 c.c. nei limiti di “*quanto compatibile*”.

Incompatibile sembrerebbe l’ultimo comma dell’art. 2381 c.c., laddove prevede il dovere degli amministratori non esecutivi di agire in modo informato e il potere di chiedere che gli organi delegati riferiscano in consiglio, sancendo l’assenza di un potere diretto di ispezione⁴²³; potere che si tende a riconoscere agli amministratori di s.r.l.⁴²⁴.

Una parte della dottrina ha sottolineato che il riferimento alla possibile incompatibilità potrebbe intendersi non solo con riferimento al regime

⁴²⁰ Tale da determinare solo un dovere di motivazione a carico dell’organo amministrativo nel caso in cui l’indicazione debba essere disattesa, come sostenuto da DI CATALDO - ROSSI, *Nuove regole generali per l’impresa nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., 757 ss.

⁴²¹ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza*, cit., XX.

⁴²² SANTAGATA R., *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci* in *Riv. soc.*, 2020, 1451 ss.

⁴²³ IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, cit., 258 ss.

⁴²⁴ ABRIANI - ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi*, cit., 404 ss.

legale, ma anche al carattere inderogabile o meno della disciplina, in relazione al contesto normativo e tipologico di riferimento⁴²⁵.

Se così fosse, le regole sul riparto delle competenze ricostruite per le s.p.a. potrebbero trovare un'attenuazione in considerazione delle specificità tipologiche della s.r.l. e del modello d'azienda, segnato un livello di "managerialità" attenuato e da maggior "contatto" tra struttura aziendale e singolo amministratore, tendenzialmente interessato anche *uti socius* ai risultati della gestione⁴²⁶.

Si pensi alla competenza per la "cura" degli assetti che potrebbe essere trattenuta dal consiglio, anche in caso di delega gestionale piena, in ragione delle minori istanze "efficientistiche" proprie del tipo in questione.

Nel caso di sistema disgiuntivo la questione assumerebbe connotati differenti: ci si domanda se esso è compatibile con il principio di competenza esclusiva degli amministratori in materia di assetti, soprattutto se si considera la regola idonea a integrare il catalogo delle competenze di cui all'art. 2475, comma 5, c.c.⁴²⁷.

In effetti, la portata del catalogo è sempre stata oggetto di dibattito, ritenendosi per opinione prevalente che la riserva collegiale valga sia rispetto alla delega, sia rispetto ai modelli personalistici di

⁴²⁵ DI CATALDO - ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 762.

⁴²⁶ MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., XX.

⁴²⁷ FERRI G. e ROSSI M., *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., 108 ss., i quali estendevano - già sulla base del previgente testo dell'art. 377 c.c.i.i. - la limitazione anche alla pianificazione strategica, escludendo l'ammissibilità non solo dell'amministrazione disgiuntiva, ma anche di quella congiuntiva a maggioranza, con la sola eccezione degli atti urgenti ex art. 2258, comma 3, c.c., sulla base della necessità di imputare formalmente le decisioni in questione all'intero organo amministrativo.

amministrazione, ontologicamente diversi dall' amministrazione congiuntiva all'unanimità⁴²⁸.

La regola di competenza esclusiva assume come punto di riferimento gli amministratori - non l'organo amministrativo - nel chiaro intento di contrapporre questi ultimi ai soci.

Se l'obiettivo primario della regola di cui al quinto comma è quello di vietare la delega, è invece certo che le competenze in materia di assetti possono essere oggetto di delega, secondo il modello dell'art. 2381 c.c.⁴²⁹.

Non sembra, pertanto, che il nuovo testo dell'art. 2475 c.c. contenga disposizioni idonee a negare la possibilità di un esercizio disgiunto delle competenze in materia di istituzione e cura degli assetti organizzativi.

La questione della compatibilità del modello disgiuntivo, infatti, risulta sopita dal primo correttivo, spostando il tema sull'idoneità del sistema ad assicurare un livello minimo di unitarietà della gestione⁴³⁰, alla luce del criterio di adeguatezza organizzativa valorizzato dal legislatore.

Esigenza di unitarietà che è già considerata dal legislatore nel modello della delega, ove s'impone all'organo collegiale di mantenere la funzione di valutazione periodica sull'adeguatezza degli assetti.

⁴²⁸ MOSCO G.D., *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, cit., 8 ss.

⁴²⁹ CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata* in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 580 ss. Ne dubitavano in parte, in un primo commento all'art. 377 c.c.i., ABRIANI - ROSSI, *Nuova disciplina della crisi*, cit., 402, i quali prefiguravano la non delegabilità sia "verso il basso" ai soci, ma anche "verso l'alto", rispetto ad una integrale attribuzione delle competenze a singoli amministratori delegati o comitati esecutivi, pur evidenziando la necessità di coordinamento con l'art. 2381 c.c.

⁴³⁰ FERRI G. e ROSSI M., *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., 110; CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata* in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 582.

E tuttavia, è da ritenersi che l'efficacia dei modelli amministrativi vada sempre rapportata al contesto tipologico di riferimento⁴³¹, onde ben può ritenersi che un determinato modello sia in grado di assicurare un adeguato livello di unità e coerenza della gestione in alcuni tipi, e non in altri⁴³².

Così, sarebbe difficilmente accettabile che nelle società di persone l'amministrazione disgiuntiva costituisca il modello legale, senza limiti per importanza e carattere ordinario o straordinario degli atti gestionali, salvo essere vietata solamente per le decisioni (anche ordinarie) in materia di assetti organizzativi; e ciò, anche al di là dello scarso rilievo sostanziale che la materia degli assetti inevitabilmente presenta in tali società⁴³³, già in forza dello stesso parametro relativo di adeguatezza⁴³⁴.

Ed anche nelle s.r.l., non costituirebbe certo un guadagno di efficienza ritenere che gli amministratori con pieni poteri disgiuntivi debbano sempre

⁴³¹ MIRONE A., *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, 160 ss., il quale “Solo tale considerazione permette di comprendere come la modalità disgiuntiva sia vietata nella s.p.a., possa essere adottata per statuto nelle s.r.l., e costituisca il modello legale nelle società personali, ritenendosi evidentemente da parte del legislatore che in tali contesti sia sufficiente un coordinamento informale tra gli amministratori”.

⁴³² RINALDO C., *La multiformità della s.r.l.* in *Riv. soc.*, 2020, 1513 ss., per il quale “Il fatto che oramai si discorra di una vera e propria multiformità del tipo s.r.l. non rileva rispetto al ragionamento esposto nel testo, in quanto l'eventuale incoerenza del modello disgiuntivo in tali modelli speciali dovrebbe semmai condurre a ritenere tout court incompatibile tale regime nelle s.r.l. aperte”.

⁴³³ LIBERTINI M., *Intervento al convegno Assetti adeguati, procedure di allerta, governance dell'impresa. Riflessioni conclusive*, Verona, 12 dicembre 2019, il quale sostiene che la previsione sulla competenza esclusiva degli amministratori, regolando il riparto di competenze tra soci ed amministratori, si applica al solo caso di società caratterizzate da una complessiva organizzazione di tipo corporativo.

⁴³⁴ BENAZZO P., cit., 304 s., il quale sostiene vi sia una riserva di collegialità anche per le società di persone; IBBA, cit., 251, invece, ritiene che le regole dell'amministrazione disgiuntiva siano difficilmente conciliabili con il testo dell'art. 2257 c.c., come modificato dal d.lgs. n. 14 del 2019; SPOLIDORO, *Note critiche*, cit., 27, propende per un'interpretazione riduttiva, anche per l'interesse deliberativo scaturente dalla responsabilità illimitata dei soci.

deliberare in forma collegiale (oppure, se prevista nello statuto, quanto meno secondo le forme del procedimento scritto di cui all'art 2475, co. 4, c.c.), per ogni decisione che riguardi la cura e la conformazione degli assetti.

Ove lo statuto e la delibera di nomina prevedano un integrale ricorso al modello disgiuntivo, con la sola eccezione delle competenze collegiali di cui all'art. 2475, comma 5, c.c., non sembra pertanto sussistano gravi ostacoli a ritenere che gli amministratori possano adottare anche disgiuntamente decisioni in materia di assetti, salvo prefigurare (ma questo vale in generale) un dovere informale di raccordo sulla base del principio di correttezza⁴³⁵.

A sua volta, il meccanismo del veto potrebbe assicurare garanzie sostanzialmente non dissimili da quelle che consente il meccanismo di avocazione di cui all'art. 2381, comma 3, c.c., rispetto alla delega, ove si tenga conto: (i) che nella s.r.l. tutti gli amministratori dovrebbero avere tendenzialmente accesso diretto alle informazioni e stretto contatto con la struttura aziendale; (ii) che le decisioni sugli assetti hanno tipicamente efficacia interna, e sono pertanto tendenzialmente reversibili, a differenza degli atti di amministrazione che richiedano l'esercizio di poteri esterni di rappresentanza, per i quali il meccanismo del veto può oggettivamente determinare maggiori rischi.

Né può ritenersi che il sistema disgiuntivo debba essere precluso proprio perché prevede l'intervento risolutivo dei soci⁴³⁶ in caso di opposizione.

⁴³⁵ CAPELLI, cit., 329, ove il rilievo che un eventuale accordo tra gli amministratori in regime disgiuntivo, in virtù del quale la gestione degli aspetti organizzativi venga delegata ad un solo amministratore, non esonererebbe certo gli altri da responsabilità.

⁴³⁶ TEDESCHI C., *L'amministrazione disgiuntiva in S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, 564; com'è noto, è in via generale controverso se nelle s.r.l. la decisione sul veto spetti alla maggioranza degli amministratori o dei soci, anche se le ragioni della tesi contraria alla devoluzione della decisione ai soci non sono

Occorre infatti tener presente che la decisione sul veto non rappresenta tanto (o solo) una decisione sulla singola materia del contendere, ma costituisce un meccanismo che rimette alla maggioranza della compagine sociale una situazione di eccezionale conflitto tra gli amministratori⁴³⁷, evidentemente non risolvibile (e non risolto) sulla base del rapporto dialettico e di informale confronto che caratterizza il sistema dell'amministrazione disgiuntiva.

Non a caso il testo dell'art. 2257, comma 3, rimette ai soci non già la decisione sull'atto amministrativo, ma quella «sull'opposizione», al fine di rimuovere (o meno) il blocco della legittimazione individuale determinato dal veto.

In tale contesto, appare pertanto corretto e compatibile con il sistema (sia nelle società di persone, che nelle s.r.l.) che la decisione venga devoluta ai soci, senza che ciò costituisca violazione della regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia di assetti⁴³⁸.

Del resto, l'intervento dei soci presenta nella specie un carattere sostanzialmente autorizzatorio, con valore pertanto simile a quello che si è ritenuto ammissibile già nelle s.p.a., potendosi rilevare che, in caso di esito favorevole all'amministratore "bloccato" dal veto, la decisione può in realtà continuare ad imputarsi a quest'ultimo, sia sul piano sostanziale (l'iniziativa è dell'amministratore), sia su quello formale (l'atto verrà

particolarmente convincenti, stante il rinvio integrale dell'art. 2475, co. 3, c.c., all'art. 2257 c.c.

⁴³⁷ MIRONE A., *Il procedimento*, cit., 160 ss.

⁴³⁸ Ove si ritenga diversamente, la conclusione dovrebbe essere in ogni caso non quella di ritenere che l'amministrazione disgiuntiva sia vietata in materia di assetti, ma quella di ritenere che la decisione sul veto spetti alla maggioranza degli amministratori e non dei soci.

posto in essere sempre da costui, una volta rimosso il blocco da parte dei soci, senza peraltro che sussista alcun obbligo formale in tal senso).

1.3 Cenni agli organi di controllo

La triplice declinazione ruolo degli organi di controllo nelle società di capitali incide sul suolo degli organi di controllo, attribuendogli espressamente il dovere di vigilare sugli assetti, non solo nella fase genetica, ma con un continuo monitoraggio.

1.3.1 Collegio sindacale e revisore

Sugli assetti curati - eventualmente dai delegati - e valutati dall'organo amministrativo è chiamato a vigilare il collegio sindacale, che - secondo la felice espressione di autorevole dottrina - funge da "presidio avanzato" della corretta gestione⁴³⁹.

La vigilanza, pur sovrapponendosi parzialmente all'attività di valutazione degli amministratori, si distingue da quest'ultima, in quanto mira a verificare non tanto la "costruzione" degli assetti e la loro adeguatezza in concreto, quanto il loro funzionamento durante l'operatività degli stessi⁴⁴⁰.

Diversamente dall'attività valutativa, che viene svolta una tantum, in occasione della predisposizione degli assetti o degli aggiornamenti via via comunicati al Consiglio d'amministrazione, l'attività di vigilanza si sostanzia in un controllo continuo ed ininterrotto sull'efficacia degli stessi.

⁴³⁹ CAVALLI, *Sub art. 149 d. lgs. n. 58/1998 in Testo Unico della Finanza. Commentario, diretto da Campobasso G.F., II*, Torino, 2002, 1241

⁴⁴⁰ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 242 ss.; ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, 142 ss.

Si tratta, in altri termini, di un controllo maggiormente pregnante e incisivo rispetto a quello esercitato dagli amministratori in sede di valutazione degli assetti, per il quale peraltro i sindaci possono ricorrere agli ampi poteri di indagine ed ispezione a loro riconosciuti dall'art. 2403-bis, comma 1, c.c.⁴⁴¹.

Giacché l'art. 2475, ultimo comma, c.c. rende integralmente applicabile l'art. 2381 c.c. alle società a responsabilità limitata, ne consegue che le precedenti riflessioni sulle competenze degli organi sociali in materia di assetti valgono - *mutatis mutandis* - anche per tali tipi societari⁴⁴².

Non mancano, peraltro, peculiari problematiche applicative per l'ipotesi in cui la società a responsabilità limitata non abbia nominato l'organo di controllo - non essendovi tenuta - o abbia nominato il revisore in luogo del sindaco.

Nel primo caso, mancherà l'organo di controllo, con le conseguenti carenze in materia di vigilanza sul concreto funzionamento degli assetti; nel secondo, non saranno chiari i limiti dell'attività di vigilanza, non essendo prevista per il revisore alcuna norma che gli attribuisca i poteri di cui all'art. 2403 c.c.⁴⁴³.

⁴⁴¹ POLICARO, *Il collegio sindacale in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 279.

⁴⁴² SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa* in *Fall.*, 2009, 1100 ss.; ABRIANI - BAUCO, *Il collegio sindacale e la crisi di impresa* in *Società e contratti, Bilancio e revisione*, 2015, 10, 39 ss.; POLI, *Il ruolo del collegio sindacale nelle crisi di impresa tra regole deontologiche, norme di sistema e prospettive de iure condendo* in *Contr. e impr.*, 2012, 1320 ss.; MARTINA, *Le nuove norme di comportamento del collegio sindacale* in *Soc.*, 2012, 519 ss..

⁴⁴³ CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nella s.r.l.* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 584, il quale ritiene che l'attività di vigilanza del revisore - anche in assenza di espressa normativa - possa limitarsi agli assetti contabili.

1.3.2 L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

Il protocollo organizzativo imposto dal combinato disposto degli artt. 2086, 2381 e 2475 c.c., come anticipato⁴⁴⁴, attinge alla natura eminentemente organizzativa di ogni realtà imprenditoriale, di cui il rischio rappresenta un elemento consustanziale⁴⁴⁵.

In particolare, una valutazione più ampia rispetto al monitoraggio del solo rischio di perdita della continuità aziendale - incentrata sulla valorizzazione dell'avverbio "anche" - dell'art. 2086, non può prescindere dalle norme in tema di amministrazione delle imprese societarie⁴⁴⁶.

Nei primi capitoli si è dimostrato che gli assetti ex art. 2086 c.c. sono diretti a gestire efficacemente il rischio d'impresa, nel presupposto di una sua sistematica assunzione inscindibilmente correlata alle prospettive di rendimento che connotano l'impresa, diversamente dal sistema del d.lgs. n. 231/2001, che mira a prevenire il rischio estremo di commissione dei reati⁴⁴⁷.

Pur essendo differente l'approccio del controllo degli organi societari, rispetto a quello richiesto ai sensi del d.lgs. 231/01, le interazioni e la complementarità tra i due sistemi di controllo spiegano l'attenzione

⁴⁴⁴ Nota interna

⁴⁴⁵ *"l'indefettibile presupposto della corretta gestione imprenditoriale è rappresentato da una puntuale identificazione dei fattori di rischio connessi all'attività d'impresa, di cui gli amministratori devono acquisire preliminarmente consapevolezza per procedere, sulla base di tale ricognizione, a definire la natura e il livello di rischio compatibile con gli obiettivi strategici dell'impresa da loro gestita"*.

⁴⁴⁶ SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa* in *Fall.*, 2009, 1100 ss.; ABRIANI - BAUCO, *Il collegio sindacale e la crisi di impresa* in *Società e contratti, Bilancio e revisione*, 2015, 10, 39 ss.; POLI, *Il ruolo del collegio sindacale nelle crisi di impresa tra regole deontologiche, norme di sistema e prospettive de iure condendo* in *Contr. e impr.*, 2012, 1320 ss.; MARTINA, *Le nuove norme di comportamento del collegio sindacale* in *Soc.*, 2012, 519 ss..

⁴⁴⁷ ABRIANI N., *Modello 231 e adeguatezza degli assetti nella corporate governance delle società non quotate* in *Corporate Governance*, 4, 2020, 524 ss.

dedicata ai rapporti con l'OdV dalle *Norme di comportamento del Collegio sindacale*.

La premessa della norma di comportamento 5.5. è chiara⁴⁴⁸: se l'impresa è un'attività organizzata e - come tale - presuppone una struttura organizzativa la cui complessità dipende dalla sua “natura e dimensioni”, il modello di prevenzione dei reati è destinato a rappresentare - ove adottato - un aspetto qualificante dell'agire organizzato⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* del 20 dicembre 2023, Norma 5.5 “*Rapporti con l'organismo di vigilanza*”, la cui premessa è “*Ai fini dello svolgimento dell'attività di vigilanza, il collegio sindacale acquisisce informazioni dall'organismo di vigilanza in merito alla funzione ad esso assegnata dalla legge al fine di vigilare sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza del modello adottato ex d.lgs. n. 231/2001. Il collegio sindacale verifica che il modello preveda termini e modalità dello scambio informativo dell'organismo di vigilanza a favore dell'organo amministrativo e dello stesso collegio sindacale*”.

⁴⁴⁹ ABRIANI N., *Modello 231 e adeguatezza degli assetti nella corporate governance delle società non quotate in Corporate Governance*, 4, 2020, 524 ss.

2 I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI

Fin dal testo originario del codice civile del 1942, l'amministrazione delle società di capitali è intesa come *“una funzione riguardata in termini di comportamento, di condotta, ed è di conseguenza disciplinata in base ai principi di responsabilità”*⁴⁵⁰.

La responsabilità nei confronti della società⁴⁵¹ è configurata come responsabilità contrattuale da inadempimento⁴⁵², ricondotta all'inosservanza da parte degli amministratori dei *“doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto”* ex art. 2392 c.c.⁴⁵³.

⁴⁵⁰ MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali* in *Rivista delle Società*, 2019, 117 ss., per i quali *“Si tratta di un retaggio dei codici di commercio ottocenteschi, nei quali gli amministratori erano mandatari dell'assemblea e meri esecutori delle sue deliberazioni, ma è un'impostazione coerente con il ruolo degli amministratori anche una volta affermata dal nuovo codice la natura organica del rapporto assemblea-amministratori e l'autonomia dell'ufficio amministrativo, al quale vengono assegnate competenze proprie ed esclusive”* e citano - sull'evoluzione del rapporto assemblea-amministratori - SCIUTO M. - SPADA P., *Il tipo della società per azioni* in *Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo G.E.-Portale G.B.*, Torino, 2004, 60 ss.; ABADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 29; MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 219; MIGNOLI A. - NOBILI R., *Amministratori (di società)* in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 131; WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 36.

⁴⁵¹ Si tornerà in prosieguo sulle altre fattispecie di responsabilità verso i soci e verso i terzi.

⁴⁵² BASSI A. - CABRAS G. - CIAN M. - FORTUNATO S. - GALLETTI D. - JORIO A. - MONTALENTI P. - RACUGNO G. - SACCHI R., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori* in *Giur. comm.*, 2015, II, 651, nel commento alla Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100; ma il principio è pacifico in giurisprudenza fin dalla Cass., 12 novembre 1965, n. 2359 in *Foro pad.*, 1965, I, 1820, per la quale *“si applicano i principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali”*.

⁴⁵³ Nell'individuazione del canone di condotta degli amministratori assume rilievo anche l'art. 2391 c.c., dal quale, anche prima della riforma, la dottrina ricavava l'esistenza di un dovere degli amministratori di perseguire *“l'interesse sociale”*. Cfr. MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 128, precisano che *“l'originario testo dell'art. 2391 c.c. sanzionava il perseguimento da parte dell'amministratore di un interesse per conto proprio o di terzi in conflitto con quello della società»*, imponendogli di dare notizia del conflitto agli altri

Fin dalla riforma del 2003⁴⁵⁴ il canone di diligenza - richiamato dalla stessa disposizione come misura dell'adempimento - richiede la necessaria individuazione degli *standards* di condotta che gli amministratori devono seguire nell'adempimento dei loro doveri, in declinazioni di clausole generali o di pratiche professionali diffusamente condivise⁴⁵⁵.

Il riferimento alla "natura dell'incarico" dell'art. 2392 c.c. ha chiuso il dibattito precedente sugli standards di condotta da utilizzare e ha chiarito che l'attività degli amministratori (di s.p.a.) ha un contenuto professionale, richiamando il comma 2 dell'art. 1176 c.c.⁴⁵⁶.

amministratori e al collegio sindacale e di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa" e ricordano che dalla sanzione prevista in caso di mancata astensione dell'amministratore portatore di un "interesse in conflitto con quello della società" alcuni interpreti facevano discendere il "duty of loyalty"; tra questi, MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 188; JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 173; GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987, 222; STELLA RICHTER M. Jr., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali in Amministrazione e amministratori di società per azioni a cura di B. Libonati*, Milano, 1995, 281 ss.

⁴⁵⁴ Nel testo novellato dell'art. 2392 c.c. è scomparso il riferimento alla diligenza del mandatario e viene imposto agli amministratori di s.p.a. di adempiere ai propri doveri "con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze".

⁴⁵⁵ ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, citato da MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 126.

⁴⁵⁶ MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 126, i quali per la ricostruzione del dibattito citano BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 49; VISINTINI G., *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario in Riv. dir. impr.*, 2004, 386 ss.

La disposizione attribuisce esplicito rilievo alla “perizia”⁴⁵⁷ e mette in relazione la diligenza degli amministratori con le loro “specifiche competenze”⁴⁵⁸, che assumono il valore di parametro soggettivo di rafforzamento e valutazione della professionalità da calibrare sulle conoscenze ed esperienze del singolo (cd. duty of skill)⁴⁵⁹.

La disposizione continua a dettare il canone generale di comportamento a presidio dell’indipendenza e dell’obiettività nell’amministrazione⁴⁶⁰, nonostante l’espunzione del richiamo all’interesse della società, che è ormai considerato una componente inscindibile del dovere di fedeltà.

⁴⁵⁷ Intesa come “*possesso e utilizzo delle cognizioni di carattere tecnico necessarie per la gestione dell’impresa*”.

⁴⁵⁸ WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., 148; ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 176; COTTINO G., *Diritto commerciale in Le società*, Padova, 1994, 548.

⁴⁵⁹ ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgement rule in Riv. dir. comm.*, 2006, 678; VISENTINI G., *La diligenza come criterio di responsabilità dell’amministratore in Principi civilistici nella riforma del diritto societario* a cura di AFFERNI V. - VISINTINI G., 99 ss.; VASSALLI F., *Art. 2392 c.c. in Società di capitali. Commentario*, cit., 680 ss., secondo il quale “*il criterio delle specifiche competenze segna la presa d’atto di diversi livelli di professionalità esigibili dagli amministratori nei diversi settori dell’amministrazione societaria*”; BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, cit., 62 ss., per il quale la novella del 2003 evita di imporre un parametro di diligenza generalizzato; non si può chiedere “*neanche all’amministratore più diligente che egli sia contemporaneamente un perito in contabilità, in materia finanziaria, nella redazione dei bilanci, nel settore o nei settori di attività dell’impresa*”.

⁴⁶⁰ MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 129, i quali richiamano: GUIZZI G., *Art. 2391 c.c. in Società di capitali. Commentario*, cit., 653, nella prospettiva di un perdurante obbligo di astensione dell’amministratore interessato; SALANITRO N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali in Rivista delle Società*, 2003, 49; PAOLUCCI L.F., *Il dilemma dell’amministratore gentiluomo - Alcune considerazioni ex art. 2391 c.c. in Società*, 2007, 1095 ss.; per VENTORUZZO M., *Art. 2391 c.c. in Amministratori in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti P.- Bianchi L.A.- Ghezzi F.- Notari M.*, Milano, 2005, 484, si tratta di una violazione del canone generale di diligenza imputabile solidalmente a tutti gli amministratori ai sensi dell’art. 2392 c.c.

Ciò consente di utilizzare anche nel nostro ordinamento le categorie anglosassoni tipiche dei doveri degli amministratori: il “*duty of care*” e il “*duty of loyalty*”⁴⁶¹, ormai riconosciuti anche dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁶².

Il contenuto dei doveri si arricchisce per il richiamo dell’art. 2403 c.c. ai “*principi di corretta amministrazione*” e alla “*adeguatezza dell’assetto organizzativo amministrativo e contabile adottato dalla società*”, oltre a quello dell’art. 2497 c.c. ai “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*”⁴⁶³.

⁴⁶¹ Per l’analisi economica del diritto il *duty of loyalty* è il dovere di non danneggiare intenzionalmente l’interesse della controparte al fine di conseguire un vantaggio patrimoniale ingiusto. Si tratta di regole pacificamente discendenti dal carattere fiduciario che contraddistingue le relazioni di agenzia tra *principal* e *agent*. FRANKEL T., *Fiduciary duties* in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, New York, 1998, 127 ss., secondo cui “*Fiduciary duties fall into two broad categories: the duty of loyalty and the duty of care. These duties vary with different types of relationships between fiduciaries and their counterparties (‘entrustors’)*”; Id., *Fiduciary Duties as Default Rules* in *Oregon Law Review*, 74, 1995, 1209 ss.; CLARK R.C., *Agency Costs Versus Fiduciary Duties* in *Principals and Agents: The Structure of Business* a cura di J. W. Pratt - R. J. Zeckhauser, Boston, 1985, 55; COOTER R.- FREEDMAN B.J., *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences* in *New York University Law Review*, 66, 1991, 1045 ss.; EASTERBROOK F.H. - FISCHER D.R., *Contract and Fiduciary Duty* in *The Journal of Law and Economics*, 36, 1993, 426, per i quali “*Fiduciary duties are not special duties; they have no moral footing; they are the same sort of obligations, derived and enforced in the same way, as other contractual undertakings.(...) Actual contracts always prevail over implied ones. Obligations implied to maximize value in high-transactions-costs cases may have some things in common, but differences in the underlying transactions will call for different “fiduciary” obligations, just as actual contracts differ across markets*”; ROMANO R., *Comment on Easterbrook and Fishel, Contract and Fiduciary duty*, 447 ss.; STERK S.E., *Trust Protectors, Agency Costs and Fiduciary Duty* in *Cardozo Law Review*, 27, 2006.

⁴⁶² La Cassazione, con la sentenza n. 1045 del 17 gennaio 2007, ha distinto le violazioni del dovere di diligenza, “*consistente nell’adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali*” e quelle del dovere di lealtà, “*coincidente col precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata*”.

⁴⁶³ La disposizione dettata in materia di gruppi lascia intendere che i richiamati principi di gestione societaria e imprenditoriale devono essere rispettati sia dalle società che

I principi in parola assolvono a quella funzione integrativa della disciplina negoziale che hanno i principi di correttezza e buona fede nell'ambito del rapporto obbligatorio, funzione che nella fase di esecuzione di un contratto associativo, qual è il contratto di società, diventa anche conformativa, valendo a individuare una serie di comportamenti strumentali e accessori, ancora una volta attraverso la tecnica del rinvio a standards ricavabili dalla prassi e da altre scienze, quali l'economia aziendale⁴⁶⁴.

Come anticipato, il dovere di corretta amministrazione - in cui è possibile sussumere l'obbligo organizzativo di cui al 2086 c.c. - ricomprende il *duty of care* e il *duty of loyalty* e conferisce ad essi un contenuto più specifico, diventando foriero di regole "più concrete".

Nella medesima ottica, la sub-clausola generale dell'adeguatezza contribuisce a specificare i doveri di comportamento degli amministratori e, anche per effetto della richiamata etero-integrazione con norme e prassi di ordinamenti "altri"⁴⁶⁵, essa rende maggiormente *accountable*⁴⁶⁶ la

esercitano attività di direzione e coordinamento, sia dalle società eterodirette; dunque, dagli amministratori delle une e delle altre.

⁴⁶⁴ MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., XX, citano IRRERA M., *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali* in *Riv. dir. soc.*, 2011, I, 358; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2391, commi terzo e quinto, del codice civile* in *Giur. comm.*, 2006, I, 5. *Sulla portata integrativa delle clausole di correttezza e buona fede in diritto privato v. U. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, II, Milano, 1984, 15 ss.; L. MENGONI, Responsabilità contrattuale - c) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072.

⁴⁶⁵ Nota interna

⁴⁶⁶ MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., XX, i quali citano: BLAIR M., *Ownership and Control. Rethinking Corporate Governance for the Twentyfirst Century*, Washington DC, 1995, 19; MELIS A., *Creazione di valore e meccanismi di corporate governance*, Milano, 2002, 127; STERNBERG E., *The defects of Stakeholder Theory in Corporate Governance: An International Review*, 5, 1997, 5, per il quale l'*accountability* della gestione imprenditoriale rappresenta, nel dibattito internazionale sulla *corporate governance*, il

gestione dell'impresa, ferma l'insindacabile discrezionalità nelle scelte imprenditoriali.

Il nuovo impianto normativo ha reso ancor più centrali gli assetti che erano già il principale campo di attuazione del dovere di corretta amministrazione (nella s.p.a.), per effetto della riforma del 2003⁴⁶⁷, che aveva indicato nella loro adeguatezza una specificazione dei criteri di condotta alla quale gli organi societari devono attenersi⁴⁶⁸ sempre nel *rispetto del principio di proporzionalità*⁴⁶⁹.

Ricostruiti gli *standards* di settore e ricondotto il dovere di istituire assetti adeguati nell'alveo del più generale dovere di corretta

principio fondante l'efficienza del sistema di governo societario, definendola “*key concept in corporate governance*”; CADBURY A., *Report of the Committee on Financial Aspects of Corporate Governance*, Londra, 1992, in cui si legge che gli amministratori “*must be free to drive their companies forward, but exercise their freedom within a framework of effective accountability. This is the essence of any system of corporate governance*”.

⁴⁶⁷ MOSCO G.D., *Art. 2381 c.c. in Società di capitali, Commentario*, cit., 596; KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria in Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., 712; AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule in Giur. comm.*, 2016, 643.

⁴⁶⁸ MOSCO G.D - LOPREIATO S., *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 70, per il quale “*Gli assetti organizzativi adeguati nell'impresa societaria in crisi vengono non solo specificati in «assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale», ma acquistano un rilievo che va oltre le società azionarie, per estendersi non solo alla s.r.l., per la quale pure era già stato prospettato interpretativamente, ma anche alle società di persone, e perfino agli imprenditori individuali*”; DE SENSI V., *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria in Rivista delle Società*, 2017, 311 ss.

⁴⁶⁹ MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid in La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative a cura di M. De Mari*, Padova, 2009, 31; Id., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei “subprimes”: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli in AGE*, 2009, 89; DE MARI M., *Gli assetti organizzativi societari in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali diretto da M. Irrera*, Bologna, 2016, 23; MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 41.

amministrazione, prima di passare in rassegna le ipotesi di responsabilità per deficit organizzativo, occorre partire dall'analisi del riparto di competenze, onde isolare quelle spettanti all'organo gestorio nelle società di capitali.

Onde inquadrare correttamente la responsabilità degli amministratori per violazione degli obblighi organizzativi, è necessario domandarsi se essi siano obblighi specifici o generali⁴⁷⁰

Si è dimostrato che il dovere di corretta amministrazione può essere considerato un obbligo specifico a contenuto "aperto", che impone agli amministratori di curare e valutare gli assetti adeguati in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche per rilevare tempestivamente (*rectius* prevedere) la crisi⁴⁷¹.

Il caso più evidente di responsabilità da deficit organizzativo si verifica se l'organo gestorio non ha adottato alcun assetto organizzativo, amministrativo o contabile; la totale omissione determina un'assunzione⁴⁷² del rischio che indica la noncuranza - o l'accettazione - delle conseguenze potenzialmente derivanti dalla violazione di un dovere specificamente imposto dalla legge.

Ciò comporta una sua qualificazione al pari della violazione di un obbligo specifico.

⁴⁷⁰ Sulla distinzione tra obblighi a contenuto generale e obblighi a contenuto specifico, v. Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Mass. giur. it.*, 2004 e in *Soc.*, 2004, 1517, con nota di FUSI, Valutazione della responsabilità dell'amministratore. In dottrina, tra i tanti, BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori in Trattato delle società per azioni diretto da Colombo e Portale*, 4, Torino, 1994, 334 ss.

⁴⁷¹ La necessità di una "previsione" oltre che di una tempestiva rilevazione diventa ancora più evidente per effetto del correttivo ter (d.lgs n. 136/2024, pubblicato il 27 settembre 2024).

⁴⁷² PALIERO - PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. enti soc.*, 3, 2006, 167 ss.

Più complessa da vagliare è l'ipotesi di assetti approntati che si rivelino non adeguati, che - alla stregua dell'errore di gestione - potrebbe essere considerata una scelta assunta in spregio agli *standards* di diligenza e dell'agire informato⁴⁷³.

Essa non può essere sussunta nell'alveo dell'obbligo specifico⁴⁷⁴, in quanto risulterebbe assolto l'onere specifico di curare la predisposizione di assetti, ma ad essere in discussione sarebbe il grado di adeguatezza, che è apprezzamento necessariamente discrezionale.

Si potrebbe sostenere che l'operato dell'organo gestorio diviene sindacabile⁴⁷⁵ solo in caso di manifesta irragionevolezza⁴⁷⁶ e cioè laddove l'inadeguatezza degli assetti dipenda da un difetto di diligenza⁴⁷⁷.

⁴⁷³ KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 725, secondo cui "il ricorso agli standars della diligenza e (adesso anche) dell'azione informata continua a risultare necessario nel caso in cui la condotta tenuta dagli amministratori non si configuri come violazione delle descritte rules, ma assuma i controversi (e controvertibili) contorni dell'errore di gestione"; DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: la valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza* in *Giur. Comm.*, 2004, I, 555 ss.; SCHLAG, *Rules and Standards* in *UCLA Law Review*, 379, 1885, 5 ss.

⁴⁷⁴ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 84 si esprime in termini di dovere a «contenuto aperto» ovvero di norma in bianco.

⁴⁷⁵ Si dovrà ricostruire la scelta compiuta dagli amministratori valutando le diverse alternative loro astrattamente disponibili nella concreta situazione di fatto, tenuto conto della natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze, al fine di verificare, con il proverbiale *senno di poi*, se la decisione assunta in punto di adeguatezza, possa dirsi conforme agli *standards* prescritti sulla base di un criterio di naturale consequenzialità, nonché di razionalità economica.

⁴⁷⁶ RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 958; ANGELICI C., *In tema di rapporti fra «amministrazione» e «controllo»*, cit., 122 s; VISENTINI, *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario*, cit., 383 s.; DE NICOLA, sub art. 2392, cit., 557; in giurisprudenza, Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, cit.; Cass., 24 aprile 1997, n. 3652, in *Foro it.*, 1998, I, 3247; Trib. Palermo, 13 marzo 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, 121, con nota di CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*.

⁴⁷⁷ KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 725

Ciò consentirebbe di sussumere la violazione in esame nell'ambito della più generale fattispecie di responsabilità per inosservanza di un dovere generico, con molteplici ricadute anche sul piano procedurale⁴⁷⁸.

L'accertamento di questa forma di responsabilità da *deficit* organizzativo (cioè in caso di assetti approntati che si rivelino non adeguati) suppone che si chiarisca preventivamente quale è il *risultato dovuto dagli amministratori*.

La sub-clausola dell'adeguatezza consente di individuare "*il confine tra adempimento e inadempimento dell'obbligo relativo alla cura o alla valutazione degli assetti interni*"⁴⁷⁹ solo a mediante il ricorso alle fonti esterne – gli approdi delle scienze aziendali e le best practices – che dovranno essere calate nella fattispecie concreta.

L'inosservanza dell'obbligo, quindi, determina ipotesi di responsabilità tutte le volte in cui sia riscontrato – nel caso concreto - il mancato rispetto delle regole di buona gestione, anche tecniche, approntate dal diritto ma ricostruite dalle prassi aziendali.

⁴⁷⁸ in tal caso incomberà sull'attore che lamenta l'asserito danno dimostrare, oltre che la condotta causativa del danno ed il nesso causale, anche la colpevolezza in capo agli amministratori, procedendo ad una dettagliata ed assai onerosa ricostruzione volta a individuare quale assetto, viceversa, poteva ritenersi adeguato al caso concreto. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, 214 ss., in caso di violazione di obblighi a contenuto generico l'accertamento dell'eventuale responsabilità dell'amministratore inadempiente impone un'opera ricostruttiva volta "a) a determinare preliminarmente i canoni generali di comportamento e la "normalità" della fattispecie; aa) ad applicare il comportamento conforme in astratto alla fattispecie; aaa) per individuare dal raffronto con gli eventi la deviazione nel comportamento dell'amministratore stesso".

⁴⁷⁹ MOZZARELLI M., *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., 736; DE MARI M., *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., 69

Nonostante i ricordati approdi delle scienze aziendali⁴⁸⁰ e la diffusione di prassi e norme di comportamento di produzione privata, resta la difficoltà di un giudizio di congruità rispetto ad un modello ideale inesistente *ex ante*, ma che deve essere il frutto di una valutazione di molteplici componenti della fattispecie concreta.

Per evitare che le maglie della responsabilità si allarghino oltre i limiti del “sopportabile” (*rectius* oltre ciò che è prevedibile), determinando un’alea non controllabile che spingerebbe i soggetti più “attenti” a rifuggire dal ruolo di amministratore, i confini della responsabilità gestoria possono essere segnati dall’operatività della *business judgment rule*.

3 L’APPLICABILITA’ DELLA *BUSINESS JUDGMENT RULE* ALLE SCELTE IN MATERIA DI ASSETTI

La *Business Judgment Rule* può esser definita come la regola di matrice giurisprudenziale in forza della quale è precluso agli organi giudiziari il sindacato sulle scelte imprenditoriali degli amministratori, in quanto discrezionali⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Nota interna

⁴⁸¹ Si tratta di regola che pone l’attenzione sul processo decisionale, piuttosto che sulla valutazione sostanziale del merito della decisione: fuori dai casi di conflitto d’interessi o violazione del dovere di fedeltà, la bjr impedisce al giudice dal valutare, quelle decisioni che siano state assunte sulle informazioni materiali ragionevolmente disponibili e all’esito di un procedimento razionale.

3.1 Cenni su genesi e riconoscimento della *Business Judgment Rule*

La *bjr* è sorta nell'ordinamento statunitense⁴⁸² e, sebbene essa sia stata codificata a livello legislativo solo in pochissimi casi⁴⁸³ e abbia largamente mantenuto la sua natura giurisprudenziale⁴⁸⁴, oggi è patrimonio comune delle normative societarie dei Paesi occidentali⁴⁸⁵.

⁴⁸² La prima introduzione si registra ad opera della Suprema Corte della Louisiana con la sentenza del 1829 *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829) e si è progressivamente diffusa, sia pure con formulazioni non sempre coincidenti, nella giurisprudenza degli altri Stati federali. Tra le prime applicazioni della regola nel XIX secolo v. *Hodges v. New England Screw Co.*, 1 R.I. 312 (1850) e *Smith v. Prattville Manufacturing Co.*, 29 Ala. 503 (1857); fino al suo recepimento operato dall'American Bar Association al § 8.31 (*Standards of liability for directors*) del *Revised Model Business Corporation Act* (2002), che statuisce: “*A director shall not be liable to the corporation or its shareholders for any decision to take or not to take action, or any failure to take any action, as a director, unless the party asserting liability in a proceeding establishes that (...) the challenged conduct consisted or was the result of: (i) action not in good faith; or (ii) a decision (A) which the director did not reasonably believe to be in the best interests of the corporation, or (B) as to which the director was not informed to an extent the director reasonably believed appropriate in the circumstances*”. Analogamente, il § 4.01(c) di *AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, vol. I e II, St. Paul (Minnesota), 1994, stabilisce che “*a directors or officer who makes a business judgement in good faith fulfilss his duty [...of care to the corporation...] if (1) He is not interest in the subject of his business judgement; (2) He is informed with respect to the subject of his business judgement to the extent he reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) He rationally believes that his business judgement is in the best interests of the corporation*”.

⁴⁸³ FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine* in *Rivista delle Società*, 2/2018, 455 ss., segnala l'art. 93, par. 1 dell'*Aktiengesetz* tedesco, l'art. 226 della *Ley de Sociedad de Capital* spagnola del 2010 e l'art. 72, comma 2, del *Codice delle società commerciali* portoghese.

⁴⁸⁴ EISENBERG M.A., *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano* in *Giur. comm.*, 1992, I, 617 ss.; UNDERBERG M.A., *The business judgement rule in derivative suits against directors* in *Cornell Law Review*, 1980, 65, 600 ss.; ALLEN W.T., *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule in Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research*, edited by K. J. Hopt - H. Kanda - M. J. Roe - E. Wymeersch - S. Prigge.

⁴⁸⁵ Si pensi all'ordinamento tedesco in cui è stata codificata nel § 93 AktG; SPINDLER G., *Kommentar zum Aktiengesetz*, Hrsg. G. Spindler - E. Stilz, Monaco, 2018, 537 ss.; Id., *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*5, Hrsg. W. Goette - M. Habersack, Monaco, 2019, 757 ss.; OTT N., *Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der*

La *ratio*⁴⁸⁶ della regola in parola, secondo alcuni, risiederebbe nella necessità di evitare che gli amministratori si arroccino su posizioni

Praxis - Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessern des Vorstands in ZGR, 2017, 164 ss.; HOPT K. – ROTH M., *Aktiengesetz. Grosskommentar*, Hrsg. H. Hirte - P. Mülbart - M. Roth, Berlino – Monaco – Boston, 2015, Rn. 28, 61; SCHLIMM K., *Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft: die Kodifikation einer "Business judgment rule" deutscher Prägung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG*, Baden, 2009; PFERTNER B., *Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands*, Tubingen, 2017, 5 ss.;

Nell'ordinamento spagnolo bjr è codificata nell'art. 226 della Ley de Sociedades de Capital a novellato con la Ley 31/2014; RECALDE CASTELLS A., *Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgement rule* in *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, diretto da J.M. Embid Irujo - A. Emparanza Sobejano, Madrid, 2016, 245 ss.; ALFARO AGUILA-REAL J., *Art. 226 in Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Madrid, 2015, 325 ss.; GUERRERO TREVIJANO C., *La protección de la discrecionalidad empresarial en la ley 31/2014, de 3 diciembre* in *Rev. derecho mercantil*, 2015, 147 ss.; EMBID IRUJO, *Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del Gobierno Corporativo*, in *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, diretto da Emparanza Sobejano, Madrid, 2016, 44 ss.; RECALDE CASTELLS, *La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial ("business judgment rule")* in *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas – Gaudencio Estaban Velasco*, coordinato da Juste Mencia-Espin, I, Madrid, 2017, p. 1051 ss.

⁴⁸⁶ Sulla ratio della bjr nella letteratura straniera, BAINBRIDGE S., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine* in *Vanderbilt Law Review*, 2004, 83 ss.; ARMOUR J. – GORDON J., *Systemic Harms and Shareholders Value* in *Journal of Legal Analysis*, 2014, 51 ss.; VELASCO J., *A Defense of Corporate Law Duty of Care* in *Journal of Corporate Law*, 2015, 654 ss.; KEAY A., *Directors' Duties*, Bristol, 2016, 244 ss.; ENRIQUES L. - HANSMANN H. – KRAAKMAN R., *The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class*, in *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2017, 79; GURREA-MARTINEZ A., *Re-examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in non US Jurisdictions*; LYMAN J., *Unsettledness Delaware corporate law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose* in *Del. J. Corp. L.*, 2013, 405 ss.; TOLD J., *Business Judgment Rule: a Generally Applicable Principle?* in *EBLR*, 2015, 713 ss.; RADIN S.A., *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, New York, 2009; SHARFMAN B.S., *The Importance of the Business Judgment Rule* in *New York University Journal of Law and Business*, 2017, 27 ss.

Nella letteratura italiana, WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 225 ss., il quale sottolinea che molte delle argomentazioni a sostegno della business judgment rule sembrano sottendere una sorta di "legittimazione carismatica per l'imprenditore"; ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e Business*

eccessivamente conservative e “difensive”, determinando la perdita di opportunità e disincentivando l’innovazione (*rectius* la crescita) dell’apparato economico e produttivo⁴⁸⁷.

Altro fondamento della *bjr* potrebbe essere rinvenuto nella funzione della regola, che disincentiva eventuali azioni giudiziarie intentate nei confronti degli amministratori di società che si basino esclusivamente sul risultato economico della gestione, che resta impossibile da giudicare in base a criteri giuridici⁴⁸⁸.

In questa accezione si coglierebbe anche la funzione “deflattiva” del contenzioso, laddove la norma dovrebbe scoraggiare le iniziative

judgment rule in *Riv. dir. comm.*, 2006, 675 ss., che definisce la regola come volta a ridurre il rischio per gli amministratori di società per azioni nell’ipotesi di scelte imprenditoriali che si rivelino poi errate; CALANDRA BUONAURA V., *L’amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale* in *Trattato di diritto commerciale, diretto da R. Costi*, IV, 4, VI, Torino, 2019, 287 ss.; MONTALENTI P., *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Impresa, società di capitali, mercati*, Torino, 2017, 36 ss.; GHEZZI F., *I doveri fiduciari degli amministratori nei «Principle of Corporate Governance»*, *Riv. Soc.*, 1996, 488; FULCO S. - VENTORUZZO M., *Responsabilità civilistiche dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e funzione di compliance* in *La corporate governance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017, 358 ss.; ALVARO S. - CAPPARIELLO E. - GENTILE V. - IANNAcone E.R. - MOLLO G. - NOCELLA S. – VENTORUZZO M., *Business judgment rule e mercati finanziari*, Roma, 2016 ; PERUZZO G., *Business Judgment Rule e responsabilità degli amministratori S.p.a.*, Roma, 2016, 9 ss.

⁴⁸⁷ ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e Business judgment rule* in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675; TINA, *L’esonero da responsabilità degli amministratori s.p.a.*, Milano, 2008, 382; BODELLINI, *Sui criteri di accertamento e valutazione della condotta degli amministratori (nota a Trib. Milano, 14 gennaio 2010)* in *Giur. comm.*, 2011, II, 1187; BAINBRIDGE, *The business judgment rule as abstention doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, 110 ss.

⁴⁸⁸ SPAMANN, *Monetary liability for breach of duty of care?* in *ECGI Law Working Paper*, n. 300/2015, citato da FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, cit., 469, secondo cui “alcuni elementi della struttura dei costi (sia l’elemento quantitativo in sé, che la loro allocazione tra i casi che possono dare origine a liti giudiziarie) - in uno con le (note) problematiche relative alla capacità di valutazione da parte degli organi giudiziari - giustificherebbero una norma come la *bjr*”.

giudiziarie prive di un fondamento giuridico, che mirano a traslare il rischio di impresa sugli amministratori.

Se queste sono le possibili *ratio* a fondamento della *bjr*, la sua funzione facilmente si attaglia ad ogni ordinamento contemporaneo occidentale, anche in quelli che intendono la regolamentazione pubblica dell'economia in modo diverso dal Paese in cui è sorta (gli Stati Uniti).

Pur avendo una “facilità di circolazione” tra ordinamenti differenti in forza della sua funzione, la rule trova riconoscimento con ampiezze e portate differenti, che dipendono dalle peculiarità dell'ordinamento “ospitante”⁴⁸⁹.

3.1.1 Nell'esperienza statunitense

Nel fornire cenni sulla genesi della rule in parola, è necessario partire dal diritto statunitense e, in particolare, dall'esperienza delle Corti del Delaware, le cui decisioni - pur fondate su una definizione generale condivisa della *bjr*⁴⁹⁰ - hanno evidenziato fin dal principio qualche incertezza sul suo perimetro applicativo.

La protezione della rule, tendenzialmente, si applica agli amministratori che abbiano adottato una decisione di *business* in buona fede e dopo essersi debitamente informati sulla materia da discutere, i quali abbiano

⁴⁸⁹ Si pensi all'ordinamento francese in cui – a differenza del ricordato ordinamento spagnolo e tedesco, che hanno positivizzato la rule in disposizioni espresse - le decisioni imprenditoriali sono state trattate come insindacabili determinazioni del livello di risk taking dell'impresa, solo in rarissimi casi: la responsabilità degli amministratori è valutata secondo i criteri applicabili alla generalità dei convenuti; MESTRE, *Have french judges the power to scrutinize and criticize company directors' decisions? in Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, 2014, 79 ss.

⁴⁹⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles Of The Law: Corporate Governance: analysis and recommendations*, Philadelphia, 1994, Parte IV, sec. 4.01.

considerando la decisione⁴⁹¹ come la migliore nell'interesse della società amministrata⁴⁹².

Nella particolare esperienza del Delaware, la *bjr* è intesa in senso presuntivo: si presume che gli amministratori abbiano agito in modo informato e ritenendo in buona fede che la decisione assunta fosse nel miglior interesse per la società, con la conseguenza quindi che spetterà all'attore allegare fatti e circostanze che consentano di superare tale presunzione⁴⁹³.

Solo nel caso in cui sia vinta tale presunzione, la Corte adita potrà valutare la sussistenza di una violazione del *duty of loyalty* e scrutinare le operazioni contestate con la lente dell'*entire fairness*.

Prima ancora di ripercorrere il recepimento nel nostro ordinamento, urge precisare che la formulazione della *rule* in ottica presuntiva mal si attaglia

⁴⁹¹ PERUZZO, *La business judgment rule: spunti per un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza italiana* in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011, 11 ss., il quale riporta anche la posizione di chi considera applicabile la *bjr* solo in caso di scelte in senso stretto e non in caso di "omissioni"; in particolare, non sarebbe invocabile per le violazioni del *duty to monitor*.

⁴⁹² Inserire nota su definizione *bjr* manualistica

⁴⁹³ *In re Citigroup inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 ss., 124-131 (Del. Ch. 2009); *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), nella quale la Suprema Corte del Delaware ha affermato che la responsabilità degli amministratori sorge solo se possono essere dimostrati comportamenti contrastanti con una delle presunzioni implicite nella *bjr* cioè "*that in making business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief and that the action taken was in the best interest of the company*"; PAN E.J., *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the Delaware doctrine* in *Fla. St. U. L. Rev.*, 2011, 20 ss.; BLACK H.C., *Black's Law Dictionary*, nel quale la definizione di *bjr* è "*the presumption that in making business decisions not involving direct self-interest or self-dealing, corporate directors act on an informed basis, in good faith, and the honest belief that their actions are in the corporation's best interest*", St. Paul, 2004, come riportata da FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, cit., 469

ai sistemi di *civil law*⁴⁹⁴, in quanto trova una giustificazione nella struttura bi-fasica del processo del Delaware, suddiviso in fase predibattimentale e dibattimento vero e proprio⁴⁹⁵.

Nell'esperienza statunitense la *bjr* è stata ricostruita da alcuni come *standard of review* della condotta degli amministratori⁴⁹⁶; viceversa, per i sostenitori della *abstention theory*, la *bjr* agirebbe come un divieto per il giudice di riesaminare le decisioni imprenditoriali, sulla scorta di una presunzione (relativa) di buona fede⁴⁹⁷.

Non potendo ripercorrere in questa sede il dibattito sviluppato nella dottrina statunitense⁴⁹⁸, è sufficiente precisare che entrambe le teorie - in

⁴⁹⁴ Un recepimento della *bjr* nella sua accezione presuntiva determinerebbe una non sopportabile inversione dell'onere della prova rispetto ai principi processual-civilistici.

⁴⁹⁵ Qualora l'attore non sia in grado di integrare i requisiti probatori sopra descritti in sede di introduzione della causa, il convenuto potrebbe impedire che si giunga all'apertura del dibattimento ed esperire una *motion to dismiss*, cioè una domanda di rigetto, basata sulla non conformità *icto oculi* degli elementi di fatto allegati dall'attore ai requisiti previsti dalla fattispecie prevista dal legislatore ex Rule 12 delle Federal rules of civil procedure e sec. 8137 del Delaware code.

⁴⁹⁶ EISENBERG, *The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law* in *Fordham Law Review*, 62, 1993, 444-445; ALLEN-JACOBS-STRINE, *Realigning the standard of review of director due care with delaware public policy: a critique of Van Gorkom and its progeny as a standard of review problem* in *Northwestern University Law Review*, 96, 2002, 449.

⁴⁹⁷ BAINBRIDGE, *The business judgment rule as abstention doctrine*, cit., XX

⁴⁹⁸ HORSEY, *The duty of care component of the Delaware business judgment rule* in *Delaware Journal of Corporate Law*, 19, 1994, 971 ss.; *Graham v. Allis-Chalmers*, 1963 (188 A.2d 125) le corti del Delaware sostanzialmente escludevano l'applicabilità del *duty of care* nei riguardi degli amministratori di società: la responsabilità dei *director* si fondava in tale contesto su casi di dolo o mala fede. Con la sentenza citata si riconobbe la necessità, per poter invocare la *bjr*, che gli amministratori dimostrassero di essersi debitamente informati. A partire da tale decisione, e sulla scorta sia della giurisprudenza federale nonché di altri Stati che delle evoluzioni dottrinarie sul punto, i Tribunali del Delaware hanno in seguito costantemente riconosciuto che la *bjr* richiede la dimostrazione di un comportamento diligente; *Smith v. Van Gorkom* (488 A.2d 858, Del. 1985) e *Cede & Co v. Technicolor* (634 A.2d 345, Del. 1993). In *re Walt Disney Derivative Litigation*, 907 A.2d 693 (Del. 2005). Sul punto, però, si deve osservare come nel corso degli ultimi anni la comunità dei giuristi del Delaware - a partire dalla decisione *Technicolor* - sia sempre

punto di applicazione pratica - finiscono per proteggere le decisioni assunte dal board fino a quando esse non integrano una violazione del dovere di fedeltà oppure venga in rilievo una negligenza tanto grave da indurre a gravi dubbi sull'onestà e sulla buona fede degli amministratori⁴⁹⁹.

3.1.2 Nell'esperienza italiana

In Italia, la *bjr* non ha trovato un riconoscimento espresso nelle norme scritte⁵⁰⁰, ma è entrata per effetto del formante giurisprudenziale e la sua declinazione concreta è rimessa alle interpretazioni delle corti, non più solo quelle di merito.

Nel nostro ordinamento, il recepimento è stato ondivago per la necessità di bilanciare le opposte esigenze di rispetto dell'autonomia imprenditoriale e di responsabilizzazione dei gestori di patrimoni altrui, oltre che per il

più incline nel qualificare la buona fede come un vero e proprio dovere fiduciario, autonomo sia da quello di diligenza che da quello di lealtà. Il problema che si pone riguardo tale istituto è soprattutto la difficoltà di definirne chiaramente i confini: a partire da una base di honesty (che potremmo avvicinare alla nostra buona fede soggettiva) la corte Disney aveva inteso il dovere in questione come una combinazione di requisiti propri sia della diligenza che della lealtà; GRIFFITH, *Good faith business judgment: a theory of rhetoric in corporate law jurisprudence*, *Duke Law Journal*, 55, 2005, 16 ss.; EISENBERG, *The duty of good faith in corporate law*, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2006, 31, 1 ss.. CARA-LANE, *The business judgment rule and Unocal: twin barriers to shareholder welfare*, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 5, 1989, 198.

⁴⁹⁹ SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema* in *Riv. dir. soc.*, 2013, 212 ss.; ALLEN-JACOBS-STRINE, *Realigning the standard of review of director due care with delaware public policy: a critique of Van Gorkom and its progeny as a standard of review problem* in *Northwestern University Law Review*, 96, 2002, 452.

⁵⁰⁰ ALVARO - CAPPARIELLO - GENTILE - IANNACCONE - MOLLO - NOCELLA - VENTORUZZO, *Business Judgment Rule e mercati finanziari*, *Quaderno Giuridico Consob n. 11, novembre 2016, hanno sostenuto l'opportunità di codificare la bjr a livello europeo o nazionale - con conseguente affermazione esplicita della sua applicabilità sia in campo civile, che in quello sanzionatorio amministrativo -, allo scopo di meglio calibrare il trade-off tra spinta all'innovazione e all'efficienza e tutela degli investitori e del mercato più in genere.*

difficile coordinamento tra la *bjr* e l'espressa previsione di standard legali di valutazione dell'operato degli amministratori.

Come ricordato in precedenza, la riforma del 2003 - che ha modificato l'art. 2392 c.c., fissando il parametro della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze - tendeva ad evitare ogni automatismo nei giudizi di responsabilità⁵⁰¹.

Prima della riforma, in un contesto segnato da un parametro di diligenza meno dettagliato, la *bjr* nelle corti italiane non veniva considerata espressamente ma aveva trovato ondivaghe applicazioni implicite.

Negli anni Ottanta⁵⁰², pur dichiarando l'insindacabilità delle scelte gestorie, venivano compiute approfondite disamine sulle singole operazioni per valutare se esse fossero state deliberate secondo prudenza e ragionevolezza, nel rispetto della diligenza del mandatario⁵⁰³.

⁵⁰¹ ROSSI A., *Art. 2392 c.c. in Il nuovo diritto delle società a cura di MAFFEI ALBERTI*, Padova, 2005, 792; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 146; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 361.

⁵⁰² Si fa riferimento al noto caso del Tribunale di Milano, 26 giugno 1989 (cd. *La Centrale*) con nota di ARRIGONI, *La responsabilità sociale degli amministratori tra regole e principi in Giur. comm.*, 1990, II, 149 ss.; e con nota di GALASSO, "*Mala gestio*" degli amministratori in *Società*, 1989, 1183.

⁵⁰³ FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, cit., 475, per il quale "*Tale atteggiamento, come visto sopra, era frutto dell'assenza di un criterio legale uniforme e ben definito, che potesse fungere da solida base per tale sindacato (a differenza, ad es., delle azioni di responsabilità fondate sulla violazione dei doveri cc.dd. specifici) [...] circostanza che aveva spinto la giurisprudenza di legittimità a impostare la stessa analisi della responsabilità degli amministratori in termini di confronto necessariamente ex-post tra l'agere concreto dei convenuti e il modello astratto del prudente e coscienzioso amministratore-mandatario [...] Sul punto si deve osservare che a essere criticabile non era forse tanto il criterio astrattamente individuato - dal momento che, come si è avuto modo di vedere, la ragionevolezza è un metro di giudizio costantemente impiegato non solo dalla giurisdizione domestica, ma anche valutazioni particolarmente puntuali e dettagliate, con il rischio (o, forse, la conseguenza) di approcciarsi a tale scrutinio con una logica valutativa che si poneva ex post (cioè, a danno già verificatosi) e non ex ante (cioè, al momento in cui la decisione veniva assunta), e di non considerare pertanto altre possibili cause del dissesto*".

Negli anni Novanta⁵⁰⁴, pur passando ad una logica di giudizio totalmente ex ante, la verifica si concentrava sulla considerazione da parte dell'organo gestorio delle conseguenze dell'atto, alla luce delle circostanze sussistenti al momento della decisione; ad assumere rilevanza era la prevedibilità delle scelte gestionali⁵⁰⁵.

Dopo la riforma del 2003, che ha ridimensionato l'ampiezza del canone della diligenza, il modello di giudizio ex ante è oramai divenuto dominante e, seppur contemperato dall'utilizzo del criterio della ragionevolezza, è stato utilizzato anche per l'applicazione espressa della *bjr*⁵⁰⁶.

L'utilizzo della "prognosi postuma" da parte della giurisprudenza ha consentito di riconoscere protezione a quegli atti di gestione che non siano stati compiuti in violazione dei canoni minimi di razionalità e logicità⁵⁰⁷.

Tralasciando consapevolmente le obiezioni che la dottrina ha sollevato rispetto all'utilizzo dei parametri di razionalità e logicità (*rectius*

⁵⁰⁴ FIGONE, *nota a Cass.*, 28 aprile 1997, n. 3652 in *Società*, 1997, 1389 ss.; VENTURA, *nota a Cass.*, 28 aprile 1997, n. 3652 in *Giur. it.*, 1998, 287 ss.; Tribunale di Milano, 2 marzo 1995 in *Società*, 1996, 57 ss.; Tribunale di Napoli, 17 maggio 1999 in *Società*, 1999, 1374 ss.

⁵⁰⁵ BALZARINI, *Insindacabilità delle scelte di gestione compiute dagli amministratori e responsabilità dei medesimi verso la società e i singoli soci e i terzi* in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 429; PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule* in *Riv. soc.*, 2012, 1171; TALLIA, *Il dovere di diligenza e la business judgment rule* in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2013, 24.

⁵⁰⁶ RORDORF R., *La responsabilità civile degli amministratori sotto la lente della giurisprudenza* in *Società*, 2008, 1196. In giurisprudenza, *Cassazione*, 23 marzo 2004, n. 5718 in *Società*, 2004, 1517; *Cassazione*, 10 febbraio 2013, n. 3409 in *Società*, 2013, 461; Tribunale di Milano, 3 giugno 2008 in *Giustizia a Milano*, 2008, 7-8, 54; Tribunale di Milano, 17 giugno 2011 in *Società*, 2011, 1099; Tribunale di Milano, 24 agosto 2011 in *Società*, 2011, 1344;

⁵⁰⁷ CHIRILLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico*, *nota a Cassazione*, 23 marzo 2004, n. 5718 in *Riv. not.*, 2004, II, 1574 ss.; Corte di Appello di Roma, 14 marzo 2000 in *Società*, 2000, 969 ss.; Tribunale di Napoli, 20 giugno 2008 in *Giur. comm.*, 2009, II, 1186 ss.; Tribunale di Milano, 17 giugno 2011 in *Società*, 2011, 1099 ss.;

ragionevolezza) in funzione “correttiva”⁵⁰⁸, l’evoluzione citata sembra complementare all’approccio della prognosi postuma in base al giudizio di prevedibilità *ex ante* “alla luce del contesto” utilizzato dalla giurisprudenza anche in altri ambiti⁵⁰⁹.

In quest’ottica, la ragionevolezza⁵¹⁰ della decisione viene valutata alla luce delle informazioni acquisite (o meno) dall’organo gestorio e del modo in cui sono state valutate per addivenire alla scelta⁵¹¹, prevedendo che tra i vari esiti ipotizzabili non ve ne fosse alcuno positivo⁵¹².

Tale “mitigazione” della *bjr* nel nostro ordinamento ha consentito di evitare che l’accertamento del giudice si limitasse a profili meramente formali come quelli relativi all’istruttoria, imponendogli di tenere conto anche dei profili sostanziali (*rectius* non solo l’*an* dell’istruttoria, ma anche il *quomodo* della valutazione).

⁵⁰⁸ Obiezioni in larga parte coincidenti con quelle che già avevano interessato le decisioni tipiche degli anni Ottanta, e cioè che tale modo di procedere comportasse una sostanziale abrogazione della *bjr* - in quanto il giudice dovrebbe, a tali fini, valutare i singoli profili dei singoli atti di gestione contestati; Si veda BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 69; DACCÒ, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 188.

⁵⁰⁹ Si pensi all’annoso dibattito sul criterio da utilizzare per l’accertamento degli elementi dell’illecito aquiliano.

⁵¹⁰ La clausola della ragionevolezza è un principio immanente nel nostro ordinamento che consente di individuare quali cautele e verifiche si debbano ritenere doverose a carico degli amministratori. Essa è coerente con la professionalizzazione del metro di diligenza ex art. 2392; ciò in quanto la capacità degli amministratori di elaborare le scelte di business in base alle informazioni detenute - divenuta centrale nel contesto del canone di giudizio in parola - è elemento caratterizzante una gestione professionale dell’impresa societaria.

⁵¹¹ NIGRO, “Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi di responsabilità degli amministratori di *s.p.a.* in *Giur. comm.*, 2013, I, 470, richiamato da PERUZZO, *La business judgment rule: spunti per un confronto tra l’esperienza statunitense e l’esperienza italiana*, cit., 2 ss., il quale evidenzia che anche la dottrina italiana distingue tra una fase cognitiva e deliberativa dell’attività degli amministratori.

⁵¹² DONGIACOMO, *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti e onere della prova in Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice a cura di AMATUCCI*, Milano, 2014, 36 ss.

Infine, nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale italiana la *bjr* sconta un limite "esterno", dato dall'eventuale presenza di un conflitto di interesse dell'amministratore in merito alla decisione adottanda: in tale caso, difatti, viene meno quella "meritevolezza" riconosciuta dall'ordinamento, che si basa sulla necessità di tutelare l'esercizio, da parte dell'amministratore, di una "discrezionalità tecnica" esercitata in condizioni di strutturale incertezza.

Qualora, invece, l'amministratore venga meno al dovere di fedeltà nei confronti della società pare evidente che non vi sia alcuna discrezionalità da salvaguardare; come del resto si deve ritenere - ragionando in via analogica - in relazione all'adempimento dei doveri che siano tanto specifici da elidere qualunque ambito decisionale (si pensi, ad es., agli obblighi di convocazione dell'assemblea o a quelli di iscrizione/comunicazione di fatti nei registri pubblici)⁵¹³.

Nel nostro Paese l'operatività della stessa presuppone non solo l'assenza di conflitti di interesse da parte degli amministratori⁵¹⁴, ma anche la loro buona fede⁵¹⁵.

Oggi nella giurisprudenza italiana la *bjr* è recepita dalla Suprema Corte: *"in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità nel merito delle sue scelte di gestione trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia ex ante, secondo i parametri*

⁵¹³ ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e Business judgment rule* in, cit., 684.

⁵¹⁴ Elemento che, peraltro, anche nel nostro ordinamento può essere letto - forse, in maniera anche più nitida di quanto non sia possibile nell'ordinamento del Delaware - come un limite esterno al tema della *bjr*. Ciò in quanto, da un lato, nel pensiero gius-commercialistico italiano la *bjr* viene intesa come "limite interno" al dovere di amministrare diligentemente la società; dall'altro il dovere di fedeltà costituisce un dovere autonomo.

⁵¹⁵ CESIANO, *L'applicazione della «Business Judgment Rule» nella giurisprudenza italiana* in *Giur. comm.*, 2013, II, 965 ss.

*della diligenza del mandatario, [...] sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere*⁵¹⁶.

3.2 Il perimetro della *bjr*

I cenni forniti dimostrano che c'è stato un progressivo recepimento della *bjr* nel nostro ordinamento con un sensibile avvicinamento tra le posizioni della giurisprudenza italiana e quella americana, che ha consentito di individuarne la portata e tratteggiarne i contorni.

La delimitazione si è basata, *in primis*, sulla distinzione tra obblighi generali ed obblighi a contenuto specifico.

L'operatività della *bjr* sussiste solo in relazione ad obblighi gestori che non hanno un contenuto specifico e predefinito, ma che lasciano margini di discrezionalità; una discrezionalità che deve comunque essere informata ai criteri di legittimità della scelta e della sua ragionevolezza⁵¹⁷.

Pertanto, anche la scelta discrezionale può essere sindacata con riferimento al processo decisionale che è stato seguito per la sua

⁵¹⁶ Cass. civ. 22/06/2017, n. 15470 in *Società*, 2017, 1040; Cass. civ. 09/11/2020, n. 25056, 2021, 107; Cass. civ. 04/07/2018, n. 17494, 2018, 1189; BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori* in *Riv. società*, 2019, 413 ss.; CESIANO, *L'applicazione della «Business Judgment Rule» nella giurisprudenza italiana*, cit., 941 ss.

⁵¹⁷ DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgment rule* in *Diritto della Crisi* del 16 aprile 2021.

adozione⁵¹⁸ e alla sua coerenza con le risultanze dell'attività istruttoria (*rectius* ragionevolezza)⁵¹⁹.

Ulteriore delimitazione della *bjr* ha fatto leva sulla distinzione tra *duty of loyalty* e *duty of care*; non è, infatti, ipotizzabile l'applicabilità della rule nei casi in cui la scelta - per quanto imprenditoriale - è stata assunta in violazione del dovere di lealtà (*rectius* in conflitto di interessi)⁵²⁰.

Al netto delle evidenti e condivisibili limitazioni che non la rendono applicabile alle decisioni assunte in violazione di doveri specifici, o con riferimento a doveri generali se assunte in conflitto di interessi o in violazione dell'obbligo di agire informati, occorre chiedersi se la rule in parola è applicabile alle scelte organizzative.

3.3 La *bjr* e le scelte organizzative

La domanda da porsi è se il giudice, chiamato ad accertare la responsabilità degli amministratori, oltre ad individuare le eventuali condotte attive⁵²¹ direttamente lesive e contrarie ai canoni della corretta

⁵¹⁸ LIBONATI, *La società e l'impresa*, Milano, 2004, 264 ss.

⁵¹⁹ In giurisprudenza: Cass., 12 agosto 2009, n. 1823, in Soc. 2009, 1247 ss.; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669, in Giurisprudenza.it, 2014, 2208; Cass., 22 giugno 2017, n. 15470, in Soc., 2017, 1040

⁵²⁰ DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgment rule*, cit., 11, il quale sostiene che “*la business judgment rule debba presentarsi come honest ovvero scevra da contaminazioni derivanti da conflitti di interesse in capo agli amministratori*”.

⁵²¹ Sulla, condivisibile, configurabilità della violazione dell'obbligo di cui all'art. 2381, comma 5, c.c. quale ipotesi di responsabilità per violazione di un obbligo specifico, sanzionabile a prescindere dall'accertamento di ulteriori adempimenti cfr. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 2, 2006, 853; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 87 ss.; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, cit., 647 secondo cui si tratta di “*un titolo di responsabilità degli amministratori autonomo e specifico rispetto alla condotta direttamente causativa del pregiudizio (da parte degli stessi amministratori o di dirigenti), riferendosi ad una condotta omissiva, suscettibile di aggravare la loro posizione rispetto*”.

amministrazione e della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze di cui all'art. 2392 c.c., possa estendere la sua valutazione sino ad accertare la violazione dell'obbligo di predisporre assetti adeguati.

Ovvero se, al contrario, la scelta operata dal management di non implementare alcun assetto e, in particolare, la decisione di strutturarli in un modo rivelatosi poi inadeguato, debba sottrarsi a tale sindacato, in virtù dei principi della *bjr*⁵²².

Con riferimento all'applicabilità della *bjr* alle scelte di tipo organizzativo, si registrano tesi contrapposte in dottrina.

Una prima tesi la considera applicabile alle sole scelte gestionali in senso stretto e non alle scelte organizzative, in quanto l'adozione degli assetti integrerebbe un dovere preciso per gli amministratori funzionale alla rilevazione della crisi⁵²³.

Questa impostazione fa leva sulla sostanziale differenza tra doveri incumbenti sugli amministratori - sottratti alla discrezionalità - e poteri ad essi attribuiti.

Sembrirebbe prima facie condivisibile l'intento spostare la valutazione della *bjr* dal piano dei doveri a quello dei poteri degli amministratori e quindi al modo attraverso il quale questi poteri vengono esercitati⁵²⁴, ma è comunque alla tipologia di dovere da ottemperare che si dovrà guardare.

a quel medesimo pregiudizio che si sarebbe potuto evitare o alleviare in presenza di assetti adeguati”.

⁵²² BISIGNANO V., *L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie. Specificità di settore e responsabilità gestoria*, _____.

⁵²³ ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e Business judgment rule*, cit., 688; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività di impresa*, cit., 740.

⁵²⁴ ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, cit., 583 ss.

In particolare, il potere gestorio - e i limiti imposti al suo esercizio - assume connotati ed estensione differente se è esercitato per adempiere ad un dovere a contenuto generale o a contenuto specifico, dalla cui distinzione deriva una sensibile limitazione (fino alla esclusione) della discrezionalità.

Pertanto, la risposta ai quesiti sull'applicabilità della rule in esame alle scelte organizzative risiede nella qualificazione dell'obbligo organizzativo come specifico o generale.

Si è detto che il ricorso alla clausola generale dell'adeguatezza consente una modulazione che non può essere individuata a priori, ma che deve adattarsi alla natura ed alla dimensione della impresa⁵²⁵ e che il giudizio di congruità degli assetti deve far riferimento alle *best practices* definite dalle scienze aziendalistiche, che conferiscono una dimensione più concreta al principio generale.

Nel richiamare le considerazioni sul riparto di competenze e sulla necessaria azione inter-organica nelle società di capitali⁵²⁶, l'esercizio del potere gestorio in relazione agli assetti è connotato da una ineliminabile componente discrezionale.

⁵²⁵ FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario* in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, III, 2007, 5 ss.; RESCIGNO, *La responsabilità per la gestione: profili generali* in *L'amministrazione. La responsabilità gestoria, Trattato delle società a responsabilità limitata, diretto da Ibba – Marasà*, Padova, V, 2012, 183 ss. citati da DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgment rule*, cit., 11.

⁵²⁶ "curare", "valutare", "vigilare"

Infatti, se il parametro del dovere - allocato sui diversi soggetti - è la proporzionalità, l'esercizio del potere per adempiere a quel dovere deve avere spazi di necessaria discrezionalità⁵²⁷.

Si è dimostrato come il dovere in parola sia specifico a contenuto aperto, la risposta non può essere univoca, ma è necessario distinguere tra le diverse ipotesi concrete.

Quanto più il contenuto del dovere è disciplinato (non solo dalle scienze giuridiche), tanto più l'operatività della *bjr* sarà esclusa; si tratta di verificare la portata del dovere organizzativo nelle sue declinazioni.

Riveste particolare attenzione il profilo patologico della responsabilità gestoria per inadeguatezza organizzativa, nei casi in cui il *board*: i) abbia del tutto omesso di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili; ii) abbia predisposto assetti organizzativi, amministrativi e contabili all'interno dell'ente creditizio amministrato, rilevatisi, alla luce del danno patito dalla società, dai creditori o dai terzi, inadeguati.

3.3.1 La *bjr* e la mancata istituzione di assetti

La scelta deliberata di non strutturare affatto gli assetti, si esporrà, quindi, ad un'inevitabile censura non al riparo dalla *bjr*, non già perché si tratti di scelta non discrezionale - o almeno non soltanto - ma perché, trattandosi per gli amministratori di uno specifico obbligo di condotta, non

⁵²⁷ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 38, il quale precisa che l'adeguatezza "è ormai un imperativo categorico che fungerà inevitabilmente da parametro per l'accertamento della responsabilità d'impresa; e valutare l'"adeguatezza", da qualunque aggettivo questo sostantivo sia seguito, significa esercitare un potere che comporta un'ampia discrezionalità".

può che essere soggetta al sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria⁵²⁸.

Non pare, difatti, condivisibile la tesi che vorrebbe dimostrare l'inapplicabilità della *bjr* alla (sola) fase della predisposizione degli assetti societari sulla scorta della considerazione per cui, rappresentando momento di mera organizzazione dell'impresa, non implicherebbe il compimento di nessun atto di gestione in senso stretto, cui soltanto potrebbe legittimamente opporsi il limite dell'indebita ingerenza in una scelta di esclusiva competenza degli amministratori.

Così argomentando, i sostenitori di tale tesi ricavano ulteriormente che sarebbe possibile dedurre un inadempimento del *duty to monitor* solo ove gli amministratori, compresi i deleganti, abbiano ommesso del tutto di predisporre ed implementare assetti organizzativi, amministrativi e contabili, pur nella piena consapevolezza della loro doverosità, ma non anche qualora gli assetti si rilevino, *ex post*, inadeguati, operando in tal caso il limite di sindacabilità proprio della *business judgment rule*⁵²⁹.

Epperò, anche a voler prescindere dalla attuale valenza della distinzione tra “atti di gestione” e “atti di organizzazione”, tale impostazione omette di considerare in debito conto che il momento organizzativo rappresenta pur sempre una delle fasi in cui si dipana l'attività di gestione dell'impresa, fase tra l'altro che, a seguito dell'analizzato processo di

⁵²⁸ MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività di impresa*, cit., 739; MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 65; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule in Assetti adeguati e modelli organizzativi* a cura di Irrera, cit., 1025.

⁵²⁹ KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 723 ss.

amministrativizzazione dell'*agere* societario, non può certo dirsi secondario⁵³⁰.

3.3.2 La *bjr* e l'istituzione di assetti rivelatisi inadeguati

Più complessa è la risposta all'interrogativo sull'applicabilità della *bjr* al caso in cui un assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia stato predisposto, ma esso si riveli in concreto inadeguato.

In questo caso, infatti, non è possibile sussumere la condotta dell'organo gestorio nell'alveo della violazione di un dovere specifico, ma – come anticipato – il contenuto aperto del dovere organizzativo attribuisce spazi di discrezionalità che potrebbero fungere da argine rispetto al giudizio di responsabilità.

La fattispecie in esame pone la necessità di chiarire se la *bjr* si applica alle scelte organizzative degli amministratori o se essa è limitata alle scelte imprenditoriali; quesito che non ha trovato risposta univoca in dottrina.

Una prima tesi ha sostenuto la non applicabilità della rule alle scelte sugli assetti per cui, attraverso il sindacato sul rispetto del canone dell'adeguatezza degli assetti, si potrebbe compiere uno scrutinio più stringente delle scelte d'impresa rispetto a quello consentito dalla *bjr*⁵³¹.

⁵³⁰ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile, cit.*, 13 ss.

⁵³¹ *Fra coloro i quali negano l'applicabilità della bjr alle decisioni sugli assetti, si segnalano: MONTALENTI, La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale in Riv. dir. soc.*, 2011, 828; Id., *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, 839 ss.; SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001 in Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a. a cura di TOMBARI*, Torino, 2013, p. 304 ss.; CERRATO, *Crisi, assetti adeguati e business judgment rule in Rivista Soc.*, 2022, 303 ss.; BARBARA, *La Business Judgment Rule, l'ordinanza del Tribunale di Roma e la responsabilità da assetti organizzativi inadeguati in Rivista Soc.*, 2021, 453 ss.;

L'impostazione, facendo leva sulla ricordata distinzione tra obblighi a contenuto specifico e doveri a contenuto generico, evidenzia che la predisposizione di assetti adeguati è obbligo specifico (seppur a contenuto aperto); pertanto le decisioni ad esso relative non potrebbero trovare la protezione della *bjr*⁵³²: mancherebbe lo spazio per una scelta veramente discrezionale.

A confermare l'inapplicabilità della rule, vi sarebbe anche la ontologica diversità tra atti di gestione e scelte organizzative: i primi sarebbero sempre insindacabili; le seconde suscettibili del vaglio giudiziale⁵³³.

L'impostazione sembra condivisibile se rapportata al caso già esaminato nel paragrafo precedente di mancata istituzione degli assetti, ma ad essa non può essere equiparata tout court la fattispecie in parola: il vaglio sull'adeguatezza di assetti istituiti impone di valutare la specificazione nel caso concreto di una sub clausola generale, che - come detto - è attività discrezionale.

LANGHENBUCHER, *Vorstandshandeln und Kontrolle zu einigen Neuerungen durch das UMAG in DStR*, 2005, 2086 ss.

⁵³² MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 740.

⁵³³ La distinzione fra la materia strettamente gestionale, che riguarda tutta l'attività inerente all'esercizio dell'impresa sociale, e la materia organizzativa, che attiene a tutti quei profili strutturali che non possono essere di per sé inquadrati nell'ambito della gestione d'impresa, in quanto attengono direttamente – sia pure con inevitabili riflessi sulla gestione – alla sfera societaria come tale, è stata definita “luogo classico della dottrina commercialistica”; ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.* in *Riv. soc.*, 2010, 183 e 269 ss.; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 218 ss.; LIBONATI, *L'amministratore non socio di società in nome collettivo* in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 426 ss.; MIOLA, *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria* in *Riv. dir. priv.*, 2008, 719 ss.; MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.* in *Riv. soc.*, 2013, p. 336 ss.; *contra* CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il “sovrano” ha veramente abdicato?* in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 149 ss.

Appare preferibile la posizione di chi considera la *bjr* applicabile – non senza limiti – alle scelte organizzative⁵³⁴, evidenziando che il dovere specifico di imprimere un assetto organizzativo adeguato alla struttura aziendale costituisce pur sempre espressione del generale obbligo di corretto e diligente esercizio del potere di amministrazione nelle s.p.a. e, andando oltre la dimensione tipologica azionaria, di quei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale che permeano di sé in realtà l'intero sistema del diritto dell'impresa⁵³⁵.

3.4 La posizione della giurisprudenza

L'approccio che estende l'operatività della *bjr* al vaglio di idoneità (adeguatezza e proporzionalità) degli assetti istituiti è stato recepito dalla giurisprudenza.

3.4.1 Tribunale di Roma - Sezione imprese - Ordinanza del 15/9/2020

La prima pronuncia sul tema (post pubblicazione del c.c.i.i.) è stata del Tribunale di Roma, la cui Sezione Imprese ha affermato “*che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale*” e l'asserita diversità ontologica fra gli incensurabili atti di

⁵³⁴ FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari* in *I controlli societari a cura di Di Noia-Bianchini*, Milano, 2010, 50 ss.; CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale* in *Trattato di Diritto Commerciale, fondato da Buonocore diretto da Costi*, 4.VI, Torino, 2019, 300 ss.

⁵³⁵ MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 3 ss.; MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi* in *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 161 ss.; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 69; ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione)* in *Corporate governance e “sistema dei controlli” nella s.p.a.*, a cura di Tombari, Torino, 2013, 96 SS.

gestione e le sindacabili scelte organizzative, non sarebbe sufficiente a dirimere il dubbio di applicabilità della rule.

La risposta sarebbe da ricercare nel riparto delle competenze, come sostenuto da alcuni commentatori: il livello dell'impresa - a cui afferisce la gestione - e quello della società - composto da attività di organizzazione - sono distinti, ma naturalmente compenetrati⁵³⁶.

Si legge nella sentenza che *“la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l’oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell’impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere”*.

Infatti, *“l’esistenza di un ambito discrezionale entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui essi devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, la clausola generale dell’adeguatezza”*.

La corte, valorizzando i tratti caratteristici delle decisioni organizzative, li ha annoverati tra le scelte imprenditoriali e li ha sussunti nell'alveo di operatività della *bjr*.

Per la corte capitolina la condotta degli amministratori che hanno istituito assetti è sindacabile nei limiti del principio della *bjr* e l'agere si

⁵³⁶ CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 109 ss.; FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, cit., 63, il quale afferma che *“l'organizzazione appartiene a quella sfera di discrezionalità imprenditoriale con la quale i giudici non dovrebbero interferire”*.

presume corretto fino a prova contraria⁵³⁷; viceversa, la mancata adozione delle misure organizzative determina una responsabilità dell'organo di gestione che legittima – di per sé sola – l'applicazione dell'art. 2409 c.c. sulla base dei criteri della proporzionalità e della ragionevolezza.

3.4.2 Tribunale di Cagliari – Sentenza del 19/01/2022

La fattispecie esaminata dal Tribunale di Cagliari, seppur riferita a società cooperativa agricola, offre interessanti spunti e fornisce indicazioni operative utili⁵³⁸.

A seguito della denuncia ex art. 2409 c.c., l'ispezione aveva evidenziato l'assenza di un mansionario, l'inadeguata struttura organizzativa e l'assenza di un sistema di monitoraggio o dei rischi aziendali⁵³⁹; non vi era traccia di un budget di tesoreria, non venivano utilizzati strumenti previsionali, non si analizzava la situazione finanziaria, non era stato redatto un piano industriale e l'assetto contabile era estremamente carente.

Il Tribunale ritiene la violazione del dovere di adottare assetti adeguati in funzione preventiva più grave per le imprese in situazione di equilibrio rispetto a quelle ormai in crisi⁵⁴⁰.

⁵³⁷ I giudici capitolini della Sezione Imprese precisano che l'adeguatezza degli assetti ha contenuto elastico e deve considerarsi legittima se è *“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”*.

⁵³⁸ PANIZZA A. *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi* in *Il Caso* del 3 febbraio 2023.

⁵³⁹ L'unico strumento organizzativo era rappresentato da un organigramma non aggiornato.

⁵⁴⁰ BUFFELLI G., *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: analisi della normativa, della dottrina, delle indicazioni della fondazione nazionale dei commercialisti e della giurisprudenza* in *Diritto della Crisi* del 07 novembre 2023, 35 ss.

Si legge: “*una volta manifestata la crisi, sfuma la gravità della adozione di adeguati assetti e viene in massimo rilievo, invece, la mancata adozione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per fronteggiarla*”.

Nel caso in esame si è ritenuto che l’assenza di un assetto adeguato rappresenti una grave irregolarità nella gestione tale da fondare la nomina di un amministratore giudiziario, ordinando - entro 150 giorni - l’adozione degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati.

Leggendo *a contrariis* le indicazioni di cui alla sentenza in parola, si potrebbe ritenere adeguato l’assetto organizzativo se è stato previsto un organigramma e mansionario aggiornati, una struttura organizzativa ben delineata in ambito personale competente, un adeguato sistema di gestione e monitoraggio dei rischi; l’assetto amministrativo sarebbe idoneo se prevede la redazione e l’utilizzo di budget di tesoreria, di strumenti di natura previsionale come i bilanci di previsione, di una situazione finanziaria temporalmente ben cadenzata, di “strumenti di informativa tra le varie funzioni, di un piano industriale aggiornato; l’assetto contabile dovrebbe comprendere una procedura formalizzata per la gestione dei vari accadimenti aziendali in contabilità ben tenuta e consentire l’analisi di bilancio, oltre a comprendere un rendiconto finanziario e a garantire il rispetto dei termini per la formazione del progetto di bilancio.

3.4.3 Tribunale di Catania – Sentenza del 08/02/2023

Anche il caso esaminato dal Tribunale di Catania deriva dall’ispezione ex art. 2409 c.c., a seguito dell’esposto dei soci di minoranza, che

denunciavano gravi irregolarità gestionali sotto il profilo organizzativo⁵⁴¹, tra cui la mancata approvazione di un piano industriale.

La sentenza, che non interviene nella fase di crisi aziendale, offre lo spunto per vagliare la rilevanza dell'obbligo organizzativo nella ordinaria gestione di impresa.

All'esito dell'ispezione, infatti, pur non vertendo in situazione di crisi, il tribunale accoglie il ricorso e revoca l'organo amministrativo, nominando un amministratore giudiziario sulla base dell'accertata violazione dell'art. 2086, comma 2, c.c.

L'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle violazioni dei doveri organizzativi, già affermata dai giudici capitolini e dal Tribunale di Cagliari, viene ribadita dal Tribunale di Catania che considera le scelte organizzative una "modalità di attuazione" della gestione imprenditoriale, nel cui alveo sussumere anche le irregolarità che, pur non attenendo alla gestione in senso stretto, riguardano l'ordinato esercizio dei poteri⁵⁴².

Il rispetto degli obblighi ex art. 2086 c.c. non può limitarsi alla declinazione delle regole di corporate governance o alla distribuzione di deleghe agli amministratori; la mancata predisposizione degli assetti imposti dall'art. 2086, comma 2, c.c. costituisce un autonomo atto di *mala gestio* idoneo a giustificare la revoca dell'amministratore⁵⁴³.

Per il tribunale di Catania risulta "*configurabile una grave irregolarità, palesemente foriera di possibile pregiudizio sia per gli interessi dei creditori che per la società*" in quanto la mancanza di assetti adeguati è

⁵⁴¹ Già denunciate al Collegio sindacale che nella relazione all'assemblea non aveva evidenziato fatti censurabili.

⁵⁴² Il Tribunale catanese precisa che la gestione è termine dal significato complesso che abbraccia non solo l'amministrazione corrente, ma anche le scelte strategiche e tutte le scelte che attengono all'assetto organizzativo delle società.

⁵⁴³ Sul punto i giudici di Catania richiamano la citata ordinanza del Tribunale di Roma

irregolarità idonea a produrre inefficienze diretta sulla gestione della società, nella quale rientra sia la gestione operativa corrente, sia in via prospettica le strategie e le scelte organizzative.

La citata giurisprudenza consente di sintetizzare alcune evidenze: la scelta di istituire gli assetti di cui all'art. 2086 c.c. non è discrezionale per gli amministratori ma è un obbligo specifico, la cui violazione rileva in via autonoma; per sottoporre la violazione al giudice non è necessario che essa si traduca in un danno attuale ma è sufficiente una lesione prospettica, che è più grave per le imprese in situazione di equilibrio rispetto a quelle in crisi, in quanto gli impedisce di prevedere l'emersione della crisi e della perdita della continuità aziendale; l'assenza di assetti adeguati è grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. - anche su istanza dei soci di minoranza - e può giustificare la revoca degli amministratori.

L'adeguatezza degli assetti è clausola a contenuto flessibile e variabile che deve esser vagliata con i canoni della ragionevolezza e proporzionalità; essendo finalizzato alla corretta gestione dell'impresa nella sua generale accezione, il rispetto dell'obbligo non può limitarsi ad una declinazione degli assetti di corporate governance e alla distribuzione di deleghe, ma impone l'adozione di una precisa struttura degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P. - MIRONE A., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.* in *Riv. soc.*, 2010
- ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975
- ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa* in *AA.VV., Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa - Portale*, Torino, 2006
- ABRIANI N. - BAUCO, *Il collegio sindacale e la crisi di impresa* in *Società e contratti, Bilancio e revisione*, 2015
- ABRIANI N. - ROSSI A. *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture* in *Le Società*, 2019
- ABRIANI N., *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci* in *La riforma del fallimento: il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a cura di POLLO e LONGONI*, Milano, 2019
- ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione)* in *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a., a cura di Tombari*, Torino, 2013
- ABRIANI N., *Modello 231 e adeguatezza degli assetti nella corporate governance delle società non quotate* in *Corporate Governance*, 2020
- AGLIARDI E. - ANDERGASSEN R., *Last resort gambles, risky debt and liquidation policy* in *Review of Financial Economics*, 2009
- AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Soc.*, 1999
- AIROLDI G. - BRUNETTI G. - CODA V., *Corso di Economia Aziendale*, Bologna, 2018
- AIROLDI G., *I sistemi operativi*, Milano, 1980

ALFARO AGUILA - REAL J., *Art. 226 in Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Madrid, 2015

ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979

ALLEN - JACOBS - STRINE, *Realigning the standard of review of director due care with delaware public policy: a critique of Van Gorkom and its progeny as a standard of review problem in Northwestern University Law Review*, 96, 2002

ALLEN W.T., *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule in Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research*, edited by K. J. Hopt - H. Kanda - M. J. Roe - E. Wymeersch - S. Prigge, Oxford, 1998

ALPA G. - GUARNERI A. - MONATERI P.G. - PASCUZZI G. - SACCO R., *Le fonti non scritte e l'interpretazione in Trattato di Diritto Civile* diretto da SACCO, Torino, 1999

ALVARO S. - CAPPARIELLO E. - GENTILE V. - IANNACONE E.R. - MOLLO G. - NOCELLA S. - VENTORUZZO M., *Business Judgment Rule e mercati finanziari, Quaderno Giuridico Consob n. 11*, Roma, 2016

ALVINO I. *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2019

AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule* in *Giur. comm.*, 2016

AMBROSINI S., *Assetti adeguati e «ibridazione» del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del codice della Crisi, Studi in onore di Oreste Cagnasso, a cura di M. Irrera*, Torino, 2020, 433;

AMBROSINI S., *L'amministrazione straordinaria in Crisi d'impresa e procedure concorsuali (trattato diretto da Oreste Cagnasso e Luciano Panzani)*, Torino, 2016

AMBROSINI S., *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *Ristrutturazioni Aziendali* del 23 agosto 2021

AMBROSINI S., *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *Ristrutturazioni Aziendali* del 23 agosto 2021

AMBROSINO A., *Law & Economics e economia cognitiva in Economia cognitiva e interdisciplinarietà, a cura di S. Rizzello - A. Spada*, Torino, 2012

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, vol. I e II, St. Paul (Minnesota), 1994

ANGELICI C., *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori* in *Riv. dir. comm.*, 2020

ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, X

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006

ANGELICI C., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012

ANGNER E., *Economia comportamentale. Guida alla teoria della scelta*, Milano, 2017

ARATO M., *Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi*, Il Sole 24Ore, 2022

ARATO M., *I doveri degli amministratori per prevenire e gestire la crisi o l'insolvenza* in *Ristrutturazioni aziendali* del 22 luglio 2024

ARATO M., *La governance delle società private dopo il D.Lgs. 14/2019* in *Le nuove regole societarie dopo il CCII*, Torino, 2020

ARKES H.R., *The Sunk Cost and Concorde Effects: Are Humans Less Rational Than Lower Animals?* in *Psychological Bulletin*, 1999

ARMOUR J. – GORDON J., *Systemic Harms and Shareholders Value* in *Journal of Legal Analysis*, 2014

ARRIGONI, *La responsabilità sociale degli amministratori tra regole e principi* in *Giur. comm.*, 1990

ASSONIME, *Circolare n. 27 del 21/11/2022*

ASSONIME, n. 19/2019 del 2.8.2019 *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi.*

ATLANTE N. - MALTONI M. - RUOTOLO A., *Il nuovo art. 2475 c.c. Prima lettura, Studio del Consiglio del Notariato n. 58*, 2019

BAINBRIDGE S., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine* in *Vanderbilt Law Review*, 2004

BAKER T., *On the genealogy of moral hazard* in *Texas Law Review*, 1996

BALZARINI, *Insindacabilità delle scelte di gestione compiute dagli amministratori e responsabilità dei medesimi verso la società e i singoli soci e i terzi* in *Resp. civ. e prev.*, 1998

BARBARA, *La Business Judgment Rule, l'ordinanza del Tribunale di Roma e la responsabilità da assetti organizzativi inadeguati* in *Rivista Soc.*, 2021

BARCELLONA E., *Business judgment rule e interesse sociale nella "crisi"* in *L'adeguatezza degli assetti organizzativi alla luce della riforma del diritto concorsuale*, Milano, 2020

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006

- BASSI A. - CABRAS G. - CIAN M. - FORTUNATO S. - GALLETTI D. - JORIO A. - MONTALENTI P. - RACUGNO G. - SACCHI R., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori* in *Giur. comm.*, 2015
- BASTIA P. - RICCIARDIELLO E. *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale* in *Banca Impresa Società*, 3, 2020
- BASTIA P., *Analisi dei costi: evoluzione degli scopi conoscitivi*, Bologna, 1992
- BASTIA P., *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Milano, 2022
- BASTIA P., *Innovazione e opportunità per le imprese, Atti di Convegno*, Università Ca' Foscari, Venezia, 2017
- BASTIA P., *Principi di Economia Aziendale*, Padova, 2009
- BAZERMAN M.H. - MOORE D.A., *Judgment in managerial decision making*, New York, 2013
- BECKER G.S., *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976
- BELLEZZA E. - FLORIAN F., *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, XXX,
- BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme* in *Politica del diritto*, 1988
- BENAZZO P. *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Rivista delle Società*, fasc. II, 6, 2019
- BENAZZO P., *Il controllo nelle società di capitali tra diritto "comune" e codice della crisi d'impresa* in *Rivista delle Società*, 2020

- BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori* in *Riv. società*, 2019
- BERGAMASCHI M., *I gruppi aziendali. Dinamiche strategiche e strutture organizzative*, Padova, 2012
- BERNABAI R., *Gli assetti organizzativi adeguati in una prospettiva storica* in *Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022
- BERNARDO A.E. - WELCH I., *On the evolution of overconfidence and entrepreneurs* in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2001
- BIANCA M., *Le norme positive ed i concetti in tema di assetti organizzativi dell'impresa prima della riforma dell'art. 2086 c.c.* in *Gli assetti organizzativi dell'impresa - Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022
- BIGIAVI, *La "piccola impresa"*, Milano, 1947
- BISIGNANO V., *L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie. Specificità di settore e responsabilità gestoria*, XXX
- BLACK H.C., *Black's Law Dictionary*, XXX
- BLAIR M., *Ownership and Control. Rethinking Corporate Governance for the Twentyfirst Century*, Washington DC, 1995
- BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. Scritture contabili*, Torino, 2008
- BODELLINI, *Sui criteri di accertamento e valutazione della condotta degli amministratori (nota a Trib. Milano, 14 gennaio 2010)* in *Giur. comm.*, 2011
- BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori* in *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo e Portale*, 4, Torino, 1994

BONFANTE e COTTINO, *L'imprenditore* in *Tratt. Cottino*, I, Padova, 2001

BRIDGE *Insolvency - A second chance? Why Modern Insolvency Laws Seek to Promote Business Rescue*, in *Law in Transition*, 2013

BRIOLINI F., *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?* in *questa Riv. Soc.*, 2016

BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori* in *Riv. dir. comm.*, 2008

BRUNETTI G., *Artigiani, visionari e manager*, Torino, 2012

BUECKILNG A. *Die Flucht in die Generalklauseln*, *Zeitschr. F. Rechtspolitik*, 1983

BUECKILNG A. *Die Flucht in die Generalklauseln*, *Zeitschr. F. Rechtspolitik*, 1983

BUFFELLI G., *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: analisi della normativa, della dottrina, delle indicazioni della fondazione nazionale dei commercialisti e della giurisprudenza* in *Diritto della Crisi* del 07 novembre 2023

BUFFELLI G., *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: il tema dell'adeguatezza, della natura e delle dimensioni dell'impresa, anche alla luce della più recente giurisprudenza, con lo sguardo dell'azionalista* in *Ristrutturazioni aziendali* del 09 agosto 2024

BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006

BUONOCORE V., *L'impresa* in *Tratt. Buonocore*, I/2, Torino, 2002

BUONOCORE V., *L'impresa* in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2002

BUONOCORE V., *La responsabilità dell'impresa fra libertà e vincoli in La responsabilità dell'impresa. Per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006

BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, 2006

BUSENITZ L.W. - BARNEY J.B., *Differences between entrepreneurs and managers in large organizations: biases and heuristics in strategic decision-making* in *Journal of Business Venturing*, 1997

CADBURY A., *Report of the Committee on Financial Aspects of Corporate Governance*, Londra, 1992

CAGNASSO O., *Brevi note in tema di potere gestorio nelle società di capitali* in *Società*, 2003

CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nella s.r.l.* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali a cura di Irrera*, Milano, 2016

CAGNASSO O., *Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata* in *Il nuovo diritto delle società*, 2017

CAGNASSO O., *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro* in *Giur. comm.*, I, 2017

CAGNASSO O., *Il nuovo art. 2475 c.c.: prime riflessioni*, in *NDS*, 2019

CAGNASSO O., *Le misure idonee, gli assetti adeguati e l'organizzazione dell'attività di impresa* in *Nuovo dir. società*, 2021

CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. Comm.*, 2020

CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985

CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale* in *Trattato di Diritto Commerciale, fondato da Buonocore diretto da Costi*, Torino, 2019

CALVOSA L., *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.* in *Società*, 2019

CAMERER C.F. - LOEWENSTEIN G., *Behavioral economics: Past, Present, Future* in *Advances in Behavioral Economics* a cura di CAMERER C.F. - LOEWENSTEIN G. - RABIN M., Princeton, XXX;

CAMPOBASSO M., *La società a responsabilità limitata. Un modello senza qualità?* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, XXXX

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Torino, 2020

CANALE C. *Assetti organizzativi adeguati e processi decisionali dei soci di s.r.l.*, tesi del Dottorato di Ricerca in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell'Università degli studi di Milano, 2022

CAPELLI I., *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.* in *Società*, 2020

CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, XXXX

CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.* in *Rivista ODC*, 2019

CAPRARA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti* in *Le clausole generali nel diritto societario* a cura di MERUZZI, TANTINI, XXXX

CARA-LANE, *The business judgment rule and Unocal: twin barriers to shareholder welfare*, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 5, 1989

CARRUTHERS - HALLIDAY, *Rescuing Business: The Making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States*, Oxford, 1998

CARTWRIGHT E., *Behavioral Economics*, Abingdon, 2014;

CASANOVA, *Impresa e azienda in Trattato di dir. civ. it.* diretto da VASSALLI, Vol. 10°, Torino, 1974

CASTRONOVO C, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali in Rivista critica diritto privato*;

CAVALIERE T., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Le modificazioni del codice civile in Giur. it.*, 2019

CAVALIERE, *Le modifiche del Codice Civile*, in *Giur. It.*, 2019

CAVALLI, *Sub art. 149 d. lgs. n. 58/1998 in Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da Campobasso G.F., II, Torino, 2002

CERRATO S., *Crisi, assetti adeguati e business judgment rule in Rivista Soc.*, 2022

CERRATO S., *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il "sovrano" ha veramente abdicato?* in *Riv. dir. civ.*, 2009

CERRATO S., PEIRA G., *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari in Rivista delle società*, 2019

CESIANO, *L'applicazione della «Business Judgment Rule» nella giurisprudenza italiana in Giur. comm.*, 2013

CETRA, *L'amministrazione delegata in Società, banche e crisi d'impresa*, *Liber amicorum ABBADESSA*, Torino, 2014

CETRA, *La nozione di impresa in Diritto commerciale a cura di CIAN*, I, Torino, 2014

CHIRILLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico*, nota a *Cassazione*, 23 marzo 2004, n. 5718 in *Riv. not.*, 2004

CHITI M.P. - SANTORO V., *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016

CIAN M., *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto in Nuove leggi civ.*, 2019

CIAN M., *Le decisioni dei soci: competenze decisorie e decisioni assembleari*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, 2020

CILLO, *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata*, XXX

CIOLI V., *Modelli di business e creazione di valore nella new economy*, Milano, 2005

CLARK R.C., *Agency Costs Versus Fiduciary Duties in Principals and Agents: The Structure of Business* a cura di J. W. Pratt - R. J. Zeckhauser, Boston, 1985

CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* del 20 dicembre 2023

COLAVOLPE, *Banche: organi sociali e società di revisione nel «nuovo» sistema dei controlli interni*, in *Soc.*, 1999

CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012

- COOTER R.- FREEDMAN B.J., *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences* in *New York University Law Review*, 66, 1991
- CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, XXXX
- COSSU, *La società a responsabilità limitata nella riforma del diritto concorsuale* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, XXXX
- COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, XXX
- COTTINO G., *Diritto commerciale* in *Le società*, Padova, 1994, 548.
- D'ATTORRE G., *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa* in *Diritto della crisi* del 13 aprile 2021
- D'URSO C., *L'emergenza covid-19 e le misure sul capitale sociale* in *Federalismi.it*, n. 3, 2023
- DACCÒ, *La responsabilità degli amministratori*, XXXX
- DASGUPTA P. - MASKIN E., *Uncertainty and hyperbolic discounting* in *The American Economic Review*, 2005
- DE ANGELIS L., *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi* in *Rivista ODC*, 2019
- DE BENEDETTI C., *New economy* in *Il Libro dell'Anno 2000*, Roma, 2001
- DE CASTRI, *Progettare le Organizzazioni*, XXX
- DE CICCIO R., *La fallacia del Concorde* in *Economia Comportamentale*, XXX, 2019

DE CRISTOFARO M., *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati e decisione immediata della causa nel merito. A questi si aggiungano, ex multis, le successive pronunce di Cass., sez. lav., 13 aprile 1999, n. 3645, in Foro it., 1999*

DE MARI M., *Gli assetti organizzativi societari in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali diretto da M. Irrera, Bologna, 2016*

DE SENSI V. *Adeguati assetti e business judgment rule in Diritto della Crisi del 16 aprile 2021*

DENOZZA F., *A cosa serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques - J. R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules) in Giurisprudenza commentata, 2002*

DESANA E., *La fattispecie impresa nelle sue varianti, in Lineamenti di diritto commerciale a cura di COTTINO G., II, Bologna, 2016*

DI CARO, *Il sistema dei controlli interni e i compiti del collegio sindacale delle banche nella circolare della Banca d'Italia 9 ottobre 1998, in Soc., 1999*

DI CATALDO V. - ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule in Giur. Comm., 2021*

DI CATALDO V. - ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza in Riv. dir. soc., 2019*

DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della responsabilità all'incerto destino dell'azione di minoranza in Giur. comm., 2004*

DI GIROLAMO F., *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea? in Riv. soc., 2008*

DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: la valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza in Giur. Comm., 2004*

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni* in *Rivista critica diritto privato*, 1984

DI MARZIO F. - MACARIO F., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza* in *Trattato delle procedure concorsuali (diretta da Alberto Jorio e Bruno Sassani)*, Milano, 2017

DI MARZIO F., *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018

DI MONTE E., *Il professionista nella composizione di crisi da sovraindebitamento*, Roma, 2018

DONGIACOMO, *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti e onere della prova* in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice a cura di AMATUCCI*, Milano, 2014

DRUCKER P., *The Theory of the Business* in *Harvard Business Review*, settembre-ottobre, 1994

DU PLESSIS J.J., GROBFELD B., LUTTERMANN C., SAENGER I., SANDROCK O., CASPER M., *German Corporate Governance in International and European Context*, Heidelberg, 2012

DURLAUF S.N.- BLUME L., *Behavioural and Experimental Economics*, New York, 2010

EASTERBROOK F.H. - FISCHER D.R., *Contract and Fiduciary Duty* in *The Journal of Law and Economics*, 36, 1993

EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano* in *Giur. comm.*, 1992

EISENBERG, *The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law* in *Fordham Law Review*, 62, 1993

EISENBERG, *The duty of good faith in corporate law*, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2006

EMBED IRUJO, *Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del Gobierno Corporativo*, in *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, diretto da Emparanza Sobejano, Madrid, 2016

ENRIQUES L. - HANSMANN H. – KRAAKMAN R., *The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class*, in *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2017

FABIANI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004

FABIANI M., *Dai finanziamenti alla adeguatezza dell'assetto finanziario della società*, in *Fall.*, 2021

FABIANI M., *Imprese in crisi e complessità degli interessi tutelabili in Diritto della crisi* del 27 agosto 2021

FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione* in *Rivista Diritto Civile*, I, 1987

FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario* in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007

FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari* in *I controlli societari a cura di Di Noia-Bianchini*, Milano, 2010

FERRI G. - ROSSI M., *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria* in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso a cura di M. Irrera*, XXXX

FERRI JR., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria* in *Rivista di diritto Commerciale*, I, 2011

FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi* in *Riv. dir. soc.*, 2012

FERRI, *Scritture contabili* in *Enc. dir.*, Milano, 1989

FERRIS S.P. - JAYARAMAN N. - SABHERWAL S., *CEO overconfidence and international merger and acquisition activity* in *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 2013

FIGONE, *nota a Cass.*, 28 aprile 1997, n. 3652 in *Società*, 1997

FINCH V. *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2024

FINCH, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009

FLESSNER A., *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Il diritto fallimentare*, 2009

FNC (Fondazione Nazionale dei Commercialisti), *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistic*” del 7/7/2023

FNC (Fondazione Nazionale dei Commercialisti), *Assetto organizzativi, amministrativi e contabili: check list operative*” del 25/7/2023

FONTANA F., *I meccanismi operativi aziendali*, Roma, 1988

FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine* in *Rivista delle Società*, 2, 2018

FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità* in *Rivista delle Società*, n. 5/6, 2019

FRANCO, *Il nuovo art. 2475 c.c.: un tentativo di coordinamento sistematico*, in *Soc.*, 2019

FRANKEL T., *Fiduciary Duties as Default Rules* in *Oregon Law Review*, 74, 1995

FRANKEL T., *Fiduciary duties* in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, New York, 1998

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. Schlesinger (artt. 1374-1381)*, Milano, 1999

FREDERICK S. - LOEWENSTEIN G. - O'DONOGHUE T., *Time discounting and time preference: a critical review* in *Journal of Economic Literature*, 2002

FREGONARA *I modelli di organizzazione e gestione e gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, XXXXX

FRIEDMAN, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, 1953

FULCO S. - VENTORUZZO M., *Responsabilità civilistiche dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e funzione di compliance* in *La corporate governance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, 2017

GALASSO, “*Mala gestio*” degli amministratori in *Società*, 1989

GALGANO F. *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto Pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, *L'impresa*, Padova, 1979

GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2013

GALGANO F., *Le clausole generali fra diritto comune e diritto societario*, in *Le clausole generali nel diritto societario* a cura di MERUZZI, TANTINI, XXXX

GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987

GHERARDI, *Dal moral hazard al rilancio della critica sociale transnazionale*, in *Studi di Sociologia*, 2013

- GHEZZI F., *I doveri fiduciari degli amministratori nei «Principle of Corporate Governance»*, Riv. Soc., 1996
- GINEVRA E. - PRESCIANI C., *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019
- GOODE V., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 2005
- GOODHART C., *The moral hazard of limited liability in VoxEu CEPR*, 2021
- GRIFFITH, *Good faith business judgment: a theory of rhetoric in corporate law jurisprudence*, *Duke Law Journal*, 55, 2005
- GUALA F., *The Methodology of Experimental Economics*, Cambridge, 2005
- GUARNERI A., *Clausole generali* in Dig. disc. priv. sez. civ., Torino, 1988;
- GUERRERA F., *L'espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, in *Rivista delle Società*, 2022
- GUERRERO TREVIJANO C., *La protección de la discrecionalidad empresarial en la ley 31/2014, de 3 diciembre* in *Rev. derecho mercantil*, 2015, 147 ss.;
- GUERRIERI G., *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi*, in *Nuove leggi civ.*, 2016
- GUIDOTTI, *La governance delle società nel codice della crisi d'impresa*, X
- GUIZZI, *Sub art. 2380 bis* in *Commento al codice civile diretto da GABRIELLI*, artt. 2379-2451, Torino, 2015

GURREA-MARTINEZ A., *Re-examinig the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in non US Jurisdictions*, XXX

HASTIE R.- DAWES R.M., *Rational Choice in an Uncertain World: The Psychology of Judgment and Decision Making*, Los Angeles, 2010

HEATON J.B., *Managerial optimism and corporate finance in Financial Management*, 2002

HEDEMANN J.W., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, JCB Mohr, 1993

HEUKELOM F., *Behavioral Economics: A History*, New York, 2014

HOLMESJR R.M. - BROMILEY P., *Management theory applications of prospect theory: accomplishments, challenges, and opportunities in Journal of Management*, 2010

HOPT K. - TEUBNER, *Corporate governance and Directors' Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin-New York, 1984

HOPT K. – ROTH M., *Aktiengesetz. Grosskommentar*, Hrsg. H. Hirte - P. Mülbert - M. Roth, Berlino – Monaco – Boston, 2015

HORSEY, *The duty of care component of the Delaware business judgment rule in Delaware Journal of Corporate Law*, 19, 1994

HOSSEINI H., *The Arrive of Behavioral Economics: from Michigan, or Carnegie School in the 1950s and 1960s?* in *Journal of Socio-Economics*, 2003

HUNTER M. *The nature and functions of rescue culture in Commercial Law Journal*, 1999

IBBA, *Codice della Crisi e Codice Civile*, in *ODC*, 2019

IRRERA M. *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Torino, 2005

IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile* in *Trattato delle società* diretto da DONATIVI V., Torino, 2022

IRRERA M., *Assetti e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016;

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

IRRERA M., *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali* in *Riv. dir. soc.*, 2011

IRRERA M., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati* in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009* a cura di COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., 2009

IRRERA M., *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra il Codice della Crisi e la bozza di decreto correttivo)*, in *NDS*, 2020

IRRERA M., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009

IRRERA M., SPIOTTA M., *Gli obblighi e i doveri* in *Diritto del governo delle imprese* diretto da M. Irrera, Torino, 2020

IRTI N., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984

IRTI N., *Rilevanza giuridica*, 1967; Id., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984

JACKSON T.H. - BAIRD D.G., *Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy* in *U. Chi. L. Rev*, 1984

JACKSON T.H., *Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements and the creditors' bargain* in *Yale Law Journal*, 1982

JACKSON T.H., *The logic and limits of bankruptcy law*, Cambridge, 1986

JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964

JANS, *Proportionality Revisited* in *Legal Issues of Economic Integration* 27, 3, 2000

JOHNSON T. - KAPLAN R., *Relevance Lost. The Rise and Fall of Management Accounting*, Boston, Harvard Business Scholl Press, 1987

JOLLS C. - SUNSTEIN C.R. - THALER R., *A behavioral approach to law and economics* in *Stanford Law Review*, 1998

KAHNEMAN D. - KNETSCH J. - THALER R., *Anomalie: effetto dotazione, avversione alle perdite e distorsione da status quo*, in *Economia cognitiva e sperimentale a cura di M. Motterlini, F. Guala*, Milano, 2005

KAHNEMAN D. - KNETSCH J. - THALER R., *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem* in *Journal of Political Economy*, 1990

KAHNEMAN D. - KNETSCH J.L. - THALER R.H., *Fairness and the assumptions of economics* in *The Journal of Business*, 1986

KAHNEMAN D. *Thinking, Fast and Slow*, New York, 2011

KAPLAN - D.P. Norton, *The Balanced Scorecard: Measures that Drive Performance*, in *Harvard Business Review*, January-February, 1992

KEAY A., *Directors' Duties*, Bristol, 2016

KELLY K., *New Rules for a New Economy: 10 Radical Strategies for a Connected World*, New York, 1998

KNOT O., *Bankruptcy regimes and gambling on resurrection* in *Economic Institute, CERGE-EI Working Paper*, 2006;

- KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria in Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum A. Piras, Torino, 2010
- LANGER E.J., *The illusion of control*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1975
- LANGEVOORT D.C., *Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms)*, *U. Pa. L. Rev.*, 1997
- LANGHENBUCHER, *Vorstandshandeln und Kontrolle zu einigen Neuerungen durch das UMAG in DStR*, 2005
- LATELLA D., *L'eclissi del capitale sociale ai tempi del Covid-19* in *Diritto ed economia dell'impresa*, Fascicolo 4, 2020
- LATELLA D., *Ruolo del professionista e assetto dei controlli interni: prime riflessioni sul codice della crisi d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)* in *Riv. dir. fall.*, 2020
- LEUZZI S. e FABIANI M., *Imprese in crisi e complessità degli interessi tutelabili*, XXXX
- LIBERTINI M. - MIRONE A. – SANFILIPPO P.M., *L'assemblea di s.p.a.*, Milano, 2016
- LIBERTINI M., *Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.* in *Gli assetti organizzativi dell'impresa - Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022
- LIBERTINI M., *Intervento al convegno Assetti adeguati, procedure di allerta, governance dell'impresa. Riflessioni conclusive*, Verona, 2019
- LIBERTINI M., *La nuova disciplina delle società*, in *L'impresa italiana. Il contesto* a cura di AMATORI F. - D'ALBERTI M., XXXX

LIBERTINI M., *La responsabilità d'impresa e l'ambiente in La responsabilità dell'impresa. Per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006

LIBERTINI M., MIRONE A., SANFILIPPO P.M., *L'organizzazione nelle dottrine giuridiche dell'impresa e il ruolo dell'assemblea nella s.p.a.*, Introduzione a *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016

LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico in Giurisprudenza commentata*, 2021

LIBONATI B., *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981

LIBONATI B., *L'amministratore non socio di società in nome collettivo* in *Riv. dir. comm.*, 1965

LIBONATI, *La società e l'impresa*, Milano, 2004

LINCIANO N., *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail: Le indicazioni di policy della Finanza comportamentale* in *Quaderno di Finanza CONSOB n. 66*, 2010

LIU Y., *Entrepreneurship dynamics under time inconsistent preferences* in *Journal of Mathematical Finance*, 2015

LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo "correttivo"* in *Rivista delle Società*, 2, 2020

LOLLI A. - PAOLUCCI M.G., *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 1 aprile 2020

LONGO F. *Gli assetti in ambito assicurativo* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi a cura di M. Irrera, Zanichelli*, 2016

- LOPUCKI L.M., *A general theory of the dynamics of the State remedies/bankruptcy system* in *Wis. L. Rev.*, 1982
- LUBRANO DI SCORPANIELLO M., *Gli assetti nelle società quotate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi a cura di IRRERA M.*, Bologna, 2016
- LUCIANO A.M., *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano 2016
- LUCIANO A.M., *La gestione della s.r.l. nella crisi pre-concorsuale* in questa *Rivista delle Società*, 2017
- LYMAN J., *Unsettledness Delaware corporate law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose* in *Del. J. Corp. L.*, 2013
- MADAUS S. *The Future of European Insolvency Law: A Rescue-Oriented Approach*, *European Business Organization Law Review*, 2024
- MADAUS S. *The Future of European Insolvency Law: A Rescue-Oriented Approach*, *European Business Organization Law Review*, 2024
- MAFFEI ALBERTI A. *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 29 gennaio 2022
- MAFFEI ALBERTI A. *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 29 gennaio 2022
- MAGLIULO, *I poteri degli amministratori di società a responsabilità limitata a seguito del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. not.*, 2019
- MALMENDIER U. - TAYLOR T., *On the verges of overconfidence* in *The Journal of Economic Perspectives*, 2015
- MANCA, *Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione dell'azionalista*, in *Giur. Comm.*, 2020

- MANES V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo* in *Giur. comm.*, 2021
- MANES V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo* in *Giur. comm.*, 2021
- MARASÀ G., *L'imprenditore. Artt. 2082 e 2083 c.c.* in *Commentario al codice civile* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 2021
- MARCHISIO, *A behavioural analysis of shareholders' meetings*, in *Banca impresa soc.*, 2013
- MARCIANDI A. *La funzione di controllo interno delle società*, in *Soc.*, 2000
- MARGIOTTA M. - MILLER R., *Managerial compensation and the cost of moral hazard* in *International Economic Review*, 2000
- MARTINA, *Le nuove norme di comportamento del collegio sindacale* in *Soc.*, 2012
- MARZILLI ERICSON K.M. - FUSTER A., *The Endowment Effect* in *Annual Review of Economics*, 2014
- MAUGERI M., *Art. 2365 c.c.* in *Comm. cod. civ. diretto da Gabrielli*, Torino, 2015
- MAUGERI M., *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.* in *Riv. soc.*, 2013
- MAUGERI M., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci* in *Riv. dir. comm.*, 2008
- MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, XXX
- MC CORMACK G. *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 2024

- MC CORMACK G., *Corporate Rescue Law - An Anglo-American Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2008
- MELIS A., *Creazione di valore e meccanismi di corporate governance*, Milano, 2002
- MENGONI L., *Responsabilità contrattuale - c) Diritto vigente in Enc. dir.*, Milano, 1988
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali in Rivista critica diritto privato*, 1986
- MERUZZI G. - TANTINI G., *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011
- MERUZZI G., *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, XXX,
- MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti in Assetti adeguati e modelli organizzativi, opera diretta da Irrera*, Bologna, 2016
- MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti in Assetti adeguati e modelli organizzativi, opera diretta da Irrera*, Bologna, 2016
- MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti in Le clausole generali del diritto societario a cura di MERUZZI G. e TANTINI G.*, Milano, 2011
- MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005
- MERUZZI G., *L'informativa endosocietaria nelle società per azioni in Contr. imp.*, 2010
- MERUZZI G., *Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, XXX
- MESTRE, *Have french judges the power to scrutinize and criticize company directors' decisions? in Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, 2014

- MIGNOLI A. - NOBILI R., *Amministratori (di società)* in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958
- MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956
- MINERVINI V. *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi* in *Diritto della Crisi* del 30 marzo 2022
- MINERVINI V. *La “composizione negoziata” nella prospettiva del recepimento della direttiva “insolvency”. Prime riflessioni* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 17 ottobre 2021
- MINTO A., *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria* in *Giur. Comm.*, 2014
- MINTO A., *Gli assetti in ambito bancario*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi a cura di M. Irrera, Zanichelli*, 2016
- MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, 2023
- MINTZBERG H., *Il lavoro manageriale*, Milano, 2016
- MINTZBERG H., *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1985
- MINTZBERG H., *Management: mito e realtà*, Milano, 1991
- MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori* in *Riv. dir. civ.*, 2014
- MIOLA M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza* in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 2011
- MIRONE A. *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta* in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, Fascicolo 1, 2020
- MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice*

della crisi e dell'insolvenza in Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura, 2022

MIRONE A., *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998

MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta in Rivista ODC, 2020*

MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta, Orizzonti del Diritto Commerciale, Fascicolo 1, 2020*

MIRONE A., *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale in Banca, impr. soc., 2017*

MONTALENTI P. - NOTARI M. *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Milano, 2021

MONTALENTI P. - RIGANTI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni, in Giur. comm, 2017*

MONTALENTI P. *L'amministrazione sociale dal Testo Unico alla riforma del diritto societario, in Giur. Comm., 2003*

MONTALENTI P., *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione, in Riv. soc., 2002*

MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi in Giurisprudenza Commentata, 1, 2018*

MONTALENTI P., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla Proposta Rordorf al Codice della Crisi in AA.VV., La nuova disciplina delle procedure concorsuali in ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019*

MONTALENTI P., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi in Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011

MONTALENTI P., *I gruppi di società: dottrina, giurisprudenza e prassi in Dir. econ. impr.*, 2016

MONTALENTI P., *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in IRRERA (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 6 ss.

MONTALENTI P., *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

MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali in Società*, 2005

MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale in Riv. dir. soc.*, 2011

MORRISON G.C., *Understanding the disparity between WTP and WTA: endowment effect, substitutability, or imprecise preferences?*, XXXX

MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali in Rivista delle Società*, 2019

MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Gli amministratori, il tribunale e il convitato di pietra negli artt. 120-bis e 120-quinquies del codice della crisi in Analisi Giuridica dell'Economia*, 1-2, 2023

MOSCO G.D. - LOPREIATO S., *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza in Luiss Law Review*, 2016.

MOSCO G.D., *Commento all'art. 2380 bis in Società di capitali. Commentario a cura di STAGNO D'ALCONTRES-NICCOLINI*, Napoli, 2004

- MOSCO G.D., *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, XXXX
- MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid* in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative* a cura di M. De Mari, Padova, 2009
- MOSCO G.D., *Il riparto delle competenze gestionali nella s.r.l. dopo il Codice della Crisi* in *Riv. Soc.*, 2019
- MOSCO G.D., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei “subprimes”:* *ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli* in *AGE*, 2009
- MOSCO, REGOLI, RESCIGNO, SCOGNAMIGLIO, *L’amministrazione. La responsabilità gestoria* in *Trattato delle società a responsabilità limitata* a cura di IBBA e MARASA’, V, Padova, 2012
- MOZZARELLI M., *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.* in *Riv. soc.*, 2008
- MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell’attività imprenditoriale* in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010
- NATOLI U., *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1984
- NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese* in *Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2009
- NIGRO A. *Il «diritto societario della crisi: nuovi orizzonti?»* in *Riv. soc.*, XXXX
- NIGRO, *“Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi di responsabilità degli amministratori di s.p.a.* in *Giur. comm.*, 2013
- NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione* in *Trattato di dir. priv.* diretto da RESCIGNO, Vol. 15, Torino, 1986

- NIGRO, *Le scritture contabili in Trattato di dir. comm. diretto da Galgano*, Vol. 2°, Padova, 1978
- NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato, Ars Interpretandi in Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002
- OPPO G., *L'impresa come fattispecie*, in *Studi giuridici*, I, Padova, 1992
- ORTONA G. - SCACCIATI F., *Endowment Effect, "Status Quo" Bias And Contingent Valuation in Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 2003
- OTT N., *Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis - Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessern des Vorstands in ZGR*, 2017
- OVANS A., *What Is a Business Model?* in *Harvard Business Review*, January 23, 2015
- PACCHI S., *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Rivista di diritto fallimentare*, 2019
- PALIERO - PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. enti soc.*, 3, 2006
- PALUCHOWSKI A., *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF*, Milano, 2020
- PANIZZA A. *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi in Il Caso del 3 febbraio 2023*
- PANNO A., *Intangible assets. Profili economici e aspetti valutativi*, Torino, 2012
- PANZANI L., *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l. in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso a cura di IRRERA M.*, Torino, 2020

- PANZANI L., *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni in Diritto della Crisi* del 17 Luglio 2024.
- PANZANI L., *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi in Società*, 2014
- PAOLUCCI L.F., *Il dilemma dell'amministratore gentiluomo - Alcune considerazioni ex art. 2391 c.c. in Società*, 2007
- PAPA F., *Can neurosciences explain financial crises? in Osservatorio Crisi d'Impresa*, 2017
- PATTI A., *Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società in Fallimento*, 2018
- PAULUS C.G., *A Vision of the European Insolvency Law in Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice* 17, n. 5, 2008
- PAULY V.M., *The economics of moral hazard in American Economic Review*, 1968
- PERUZZO G., *Business Judgment Rule e responsabilità degli amministratori S.p.a.*, Roma, 2016
- PERUZZO, *La business judgment rule: spunti per un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza italiana in Orizzonti del diritto commerciale*, 2011
- PEZZOLI - TONAZZI, *La sfida della normalità. Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo? in Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2020
- PFERTNER B., *Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands*, Tübingen, 2017
- PINTO V., *Art. 2364 in Le società per azioni, a cura di Abbadessa e Portale*, Milano, 2016

PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule* in *Riv. soc.*, 2012

POLI, *Il ruolo del collegio sindacale nelle crisi di impresa tra regole deontologiche, norme di sistema e prospettive de iure condendo* in *Contr. e impr.*, 2012

POLICARO, *Il collegio sindacale in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, XXXX

POLLASTRO I. - CAGNASSO O., *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata* in *Il Nuovo Diritto delle Società*, fasc. 12, 2021

PORTALE G.B. - DE LUCA N., *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea* in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2019

PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata* in *Trattato delle S.p.a.* diretto da COLOMBO - PORTALE, 1, Torino, 2004

PORTER M., *Competitive Advantage: Creating Sustaining Superior Performance*, New York, 1985

PORTER M., *Il vantaggio competitivo*, Torino, 2010

POSNER R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston, 1998

PRESCIANI C., *Il modello organizzativo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001* in *Banca, borsa. tit. cred.*, 2020

PRESCIANI C., *Il modello organizzativo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001* in *Banca, borsa. tit. cred.*, 2020

PRESTI, *Il legislatore humpty dumpty*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, XXXX

PUNZI A. *Le clausole generali e le sfide della complessità* in XXXX

- QUATTROCCHIO L. M., *Le scritture contabili e il bilancio delle società di persone* in *Le nuove società di persone*, Bologna, 2014
- RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004
- RADIN S.A., *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, New York, 2009
- RASMUSSEN R.K., *Behavioral economics, the economic analysis of bankruptcy law and the pricing of credit* in *Vand. L. Rev.*, 1998
- RECALDE CASTELLS A., *La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (“business judgment rule”)* in *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas – Gaudencio Estaban Velasco, coordinato da Juste Mencia-Espin, I*, Madrid, 2017
- RECALDE CASTELLS A., *Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgement rule* in *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital, diretto da J.M. Embid Irujo - A. Emparanza Sobejano*, Madrid, 2016
- RESCIGNO P., *Appunti sulle “clausole generali”* in *Rivista Diritto Commerciale*, 1998
- RESCIGNO P., *La responsabilità per la gestione: profili generali* in *L’amministrazione. La responsabilità gestoria, Trattato delle società a responsabilità limitata, diretto da Ibba – Marasà*, Padova, V, 2012, 183
- RESCIO G.A., *Brevi note sulla “gestione esclusiva” dell’impresa da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori* in *Il Societario*, 16 luglio 2019
- RIGHINI E., *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2013

- RINALDO C., *La multiformità della s.r.l.* in *Riv. soc.*, 2020
- RIOLFO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"* in *Contr. e Impr.*, 2019
- RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e I vincoli ex artt. 41 e 47 Cost.*, XX
- RIVA P., *La mappa dei ruoli e i compiti degli attori della governance societaria in situazione di going concern* in *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF* a cura di RIVA, XXX
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali* in *Rivista critica diritto privato*, 1987
- ROMANO R., *Comment on Easterbrook and Fishel, Contract and Fiduciary duty*, XXXX
- RORDORF R. *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c. in Gli assetti organizzativi dell'impresa - Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022
- RORDORF R. *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* in *Fallimento*, 2021
- RORDORF R., *La responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* in *Rivista delle Società*, n. 5/6, 2019
- ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983
- ROSSI A., *Art. 2392 c.c. in Il nuovo diritto delle società a cura di MAFFEI ALBERTI*, Padova, 2005

- ROSSI A., *L'esecuzione del concordato di risanamento, tra governance e conflitti*, in *Fallimento*, 2017
- ROTH S. - T. ROBBERT - L. STRAUS, *On the sunk-cost effect in economic decisionmaking: a meta-analytic review*, in *Business Research*, 2015
- ROVELLI L., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi - Introduzione in Il fallimento e le altre procedure concorsuali (trattato diretto da Luciano Panzani)*, Torino, 2014
- RUFFLE B.J., *More is better, but fair is fair: tipping in dictator and ultimatum games* in *Games and Economic Behavior*, 1998
- RULLANI E., *La nuova economia dell'immateriale*, in *Economia dei servizi*, 2006
- SACCHI R., *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1287;
- SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001 in Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a. a cura di TOMBARI*, Torino, 2013
- SALAMOURIS I.S., *How overconfidence influences entrepreneurship* in *Journal of Innovation and Entrepreneurship*, 2013
- SALANCIK G.R. - MEINDL J.R., *Corporate attributions as strategic illusions of management control* in *Administrative Science Quarterly*, 1984
- SALANITRO N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali* in *Rivista delle Società*, 2003
- SALANITRO N., *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti* in *Banca e borsa*, 2008
- SAMUELSON W. - R. ZECKHAUSER, *Status quo bias in decision making*, in *J. Risk & Uncertainty*, 1988

- SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa* in *Fall.*, 2009
- SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcement* in *Riv. dir. comm.*, 2008
- SANTAGATA R., *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020
- SANTONI, *Gli obblighi degli esponenti aziendali nel sistema dei controlli interni delle banche*, in *BBTC*, 1999
- SANTONI, *Gli obblighi degli esponenti aziendali nel sistema dei controlli interni delle banche*, in *BBTC*, 1999
- SAUTER, *Proportionality in EU law: a balancing act?* TILEC Discussion Paper no. 2013-003, 2013
- SCHLAG, *Rules and Standards* in *UCLA Law Review*, 379, 1885
- SCHLIMM K., *Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft: die Kodifikation einer “Business judgment rule” deutscher Prägung* in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Baden, 2009
- SCHMIDT - ZANK H., *What is loss aversion?*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 2005
- SCIUTO M. - SPADA P., *Il tipo della società per azioni* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo G.E.- Portale G.B., Torino, 2004
- SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell’art.2467 c.c. e nell’art.182-quater L. Fall.* in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011
- SCOGNAMIGLIO G. *Le trasformazioni del diritto fallimentare* in *L’impresa italiana*, 2020
- SCOGNAMIGLIO G., *Genesi e fondamento dell’art. 2086, comma 2, c.c.* in *Quaderno n.18 della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022

SCOGNAMIGLIO G., *Recenti tendenze in materia di assetti organizzativi degli intermediari (e non solo)*, in *BBTC*, 2010

SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema* in *Riv. dir. soc.*, 2013

SENT E.- SENT M., *Behavioral economics: How Psychology Made Its (Limited) Way Back Into Economics* in *History of Political Economy*, 2004

SHARFMAN B.S., *The Importance of the Business Judgment Rule* in *New York University Journal of Law and Business*, 2017

SIDREA, *Le parole della crisi -La lettura degli aziendalisti italiani del marzo*, 2021

SIMON H.A., *A behavioral model of rational choice* in *Quarterly Journal of Economics*, 1955

SMITH V.L., *Theory, Experiment and Economics* in *Journal of Economic Perspectives*, XXXX

SPAMANN, *Monetary liability for breach of duty of care?* in *ECGI Law Working Paper*, n. 300, 2015

SPINDLER G., *Kommentar zum Aktiengesetz*, Hrsg. G. Spindler - E. Stilz, Monaco, 2018

SPINDLER G., *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*⁵, Hrsg. W. Goette - M. Habersack, Monaco, 2019

SPIOTTA, *Ricadute del Codice della Crisi sulla governance delle s.r.l.*, XX

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

STANGHELLINI L., *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" Rule* in *Il*

diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze, diretto da P. Benazzo - M. Cera - S. Patriarca, Torino, 2011

STANGHELLINI L., *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica) in Corriere Giur., 2019*

STANGHELLINI L., *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza in Fallimento, 2017*

STELLA RICHTER M. Jr., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali in Amministrazione e amministratori di società per azioni a cura di B. Libonati, Milano, 1995*

STERK S.E., *Trust Protectors, Agency Costs and Fiduciary Duty in Cardozo Law Review, 27, 2006*

STERNBERG E., *The defects of Stakeholder Theory in Corporate Governance: An International Review, 5, 1997*

STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi, in questa Rivista, 2012*

TALLIA, *Il dovere di diligenza e la business judgment rule in Il Nuovo Diritto delle Società, 2013*

TEDESCHI C., *L'amministrazione disgiuntiva in S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe B. Portale, Milano, 2011*

THALER R.H., *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics, New York, 2015*

THALER R.H., *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of the Economic Life, New York, 1992*

TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori s.p.a., Milano, 2008*

TOLD J., *Business Judgment Rule: a Generally Applicable Principle?* in *EBLR*, 2015

TOMBARI U. *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Rivista delle società*, 2013, 1138; Id. *Diritto societario e crisi d’impresa a cura di Tombari U.*, Volume 62 di Quaderni Cesifin, Torino, 2014

TOMBARI U., *Diritto societario e crisi d’impresa a cura di Tombari U.*, Volume 62 di Quaderni Cesifin, Torino, 2014

TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Rivista delle società*, 2013

TVERSKY A. - KAHNEMAN D. *Loss aversion in riskless choice* in *The Quarterly Journal of Economics*, 1991

UNDERBERG M.A., *The business judgement rule in derivative suits against directors* in *Cornell Law Review*, 1980

USAI N., *Economia comportamentale e diritto della crisi: il ruolo della “mala gestio cognitiva” nel ritardo nell'emersione delle difficoltà dell'impresa* in *Rivista delle Società*, fasc.5-6, 2022

USAI N., *Il diritto della crisi d’impresa sotto la lente dell’economia comportamentale*, tesi del Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche del Dipartimento di Diritto Commerciale dell’Università degli studi di Firenze, Firenze, 2022

VALENSISE P., *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari* in *Assetti adeguati*, XXX

VASSALLI F., *Art. 2392 c.c. in Società di capitali. Commentario*, XXX

VELASCO J., *A Defense of Corporate Law Duty of Care* in *Journal of Corporate Law*, 2015

VELLA P., *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno* in *Fallimento*, 2020

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010

VENTORUZZO M., *Art. 2391 c.c. in Amministratori in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti P.- Bianchi L.A.- Ghezzi F.- Notari M.*, Milano, 2005

VENTURA, *nota a Cass., 28 aprile 1997, n. 3652 in Giur. it.*, 1998

VERDOES - VERWEIJ, *The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture*, in *International Insolvency Review*, 2018

VERNA G., *Brevi note sulla prededucibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale in Dir. fall.*, 2016

VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 4, 2018

VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, XXX

VISENTINI G., *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore in Principi civilistici nella riforma del diritto societario a cura di AFFERNI V. - VISINTINI G.*, XXX

VISINTINI G., *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario in Riv. dir. impr.*, 2004

VOLA P. – SONGINI L., *Il ruolo del direttore amministrativo e finanziario e la rilevanza dei processi di reporting in Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF a cura di RIVA P.*, XXXXX

VON NEUMANN J. - MORGENSTERN O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944

WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974

- WESSELS - MADAUS, *Rescue Of Business in Europe*, Oxford, 2020
- WESSELS - VIRULY DE CLERCQ, *Business Rescue Proceedings in South Africa: The Need for a Rescue Culture*, 2011
- WILKINSON N., *An Introduction to Behavioral Economics*, New York, 2008
- WILLIAMSON O., *Market and Hierarchies*, New York, The Free Press, 1975
- WILLIAMSON O., *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1985
- WOODWARD J., *Organizzazione industriale. Teoria e pratica*. Torino, 1983
- ZAMIR E., *Refounding Law and Economics: behavioral support for the predictions of standard economic analysis* in *Rev. Law Econ.*, 2020
- ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010
- ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi* diretto da IRRERA, Bologna, 2016
- ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata* in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010
- ZANOLETTI M., *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa. Il nuovo approccio imposto dal (nuovo) art. 3 c. 3 e 4 c.c.i.i.* in *Ristrutturazioni Aziendali* del 4 novembre 2023
- ZENCOVICH Z., *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995

ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi in Fallimento*, 2019