

DALL'INSOLVENZA ALLA CRISI DELL'IMPRESA. RICADUTE SUL DIRITTO SOCIETARIO

LUIGI ROVELLI

*Primo Presidente onorario
della Corte Suprema di Cassazione*

SOMMARIO: 1. Dall'insolvenza (concetto "giuridico") alla crisi (concetto "economico"). – 2. Il diritto societario della crisi: i nuovi spazi per la cultura economica e aziendalistica. – 3. Problematiche sulla disciplina delle s.r.l.; quale significato dare all'attribuzione "esclusiva" agli amministratori della gestione dell'impresa. – 4. La definizione di crisi. – 5. Un nuovo obbligo di comportamento per gli amministratori? – 6. Concretizzazione della clausola generale di diligenza e ruolo della B.J.R. – 7. La responsabilità degli amministratori è sempre responsabilità da inadempimento. – 8. Il "mantra" dell'art. 2086 c.c.: la conversione di regole tecniche in regole giuridiche. – 9. Le criticità della nuova disciplina della liquidazione del danno. – 10. Postilla.

1. – Tra le norme del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza già entrate in vigore, l'art. 375 – sostituendo la rubrica dell'art. 2086 del c.c. e aggiungendo al testo dell'articolo un secondo comma – introduce un'importante innovazione quale quella che prevede il dovere, per l'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva: "di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di 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 ed il recupero della continuità aziendale"; e il successivo art. 377 ha introdotto nella disciplina dei diversi tipi societari, sia delle società di persone che delle società di capitali, l'obbligo di improntare la gestione sociale ai principi sanciti dal nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Entra così, a pieno titolo, nel codice civile la nozione di "crisi" che non equivale a insolvenza in atto, ma implica un "pericolo di insolvenza"; e si pone a fondamento di nuovi istituti che penetrano prima che nelle discipline concorsuali, nel diritto dell'impresa e nel diritto societario.

Come è stato ricordato di recente in uno studio di Bruno nelle pagine di

questa Rivista¹ l'insolvenza definita all'art. 5 della legge fallimentare ha carattere unitario e il suo significato permea numerosi istituti del codice civile. Ma ciò forse è vero solo in parte. Vale certamente per la previsione di carattere più generale contenuta all'art. 1186 del c.c. che rende immediatamente esigibile la prestazione "quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore" se questi è divenuto insolvente; vale per l'art. 1626 c.c. per cui l'insolvenza dell'affittuario è causa di scioglimento del contratto di affitto di cose produttive; vale per l'art. 1822 c.c. che, al venir meno della capacità patrimoniale di un soggetto, attribuisce la conseguenza di conferire alla parte che ha promesso di "dare a mutuo" il potere di rifiutare l'adempimento della sua obbligazione. Altri articoli postulano la non piena identificazione con la nozione di insolvenza espressa dalla legge fallimentare. Così l'art. 1461 c.c. che consente la sospensione dell'esecuzione del contratto quando le condizioni patrimoniali dell'altra parte sono divenute tali da porre in pericolo la controprestazione; l'art. 1956 c.c. che prevede la liberazione del fideiussore per un'obbligazione futura se il creditore – senza speciale autorizzazione del fideiussore – ha fatto credito al terzo pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di quest'ultimo erano diventate tali da rendere "notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito". Nella prima classe di fattispecie viene utilizzata la stessa nozione di insolvenza descritta all'art. 5 della legge fallimentare nella sua verificata staticità. Le altre norme sembrano invece più prossime ad una "versione dinamica" sostanzialmente non dissimile da quella individuata come pericolo di insolvenza.

In ogni caso la capienza patrimoniale è, in generale, il presupposto dell'efficiente esecuzione dei rapporti obbligatori e – come felicemente espresso da Inzitari – "il presentarsi dell'insolvenza lacera le attese di soddisfazione del creditore".

La scienza economico-aziendale ci mostra un ricco e articolato panorama di situazioni che portano a distinguere e graduare le varie fasi di difficoltà che può incontrare un organismo vivente come l'impresa. Con qualche semplificazione si può dare atto che di fronte alle possibili ragioni di "crisi" dell'impresa fondamentale è la distinzione fra il "quadro economico" (interno all'impresa e percepibile in via diretta solo dall'imprenditore, individuale o collettivo che sia) ed il quadro finanziario, che è quello in cui il "deterioramento" è percepito anche dall'esterno. Ma vi può essere una certa "autonomia" tra quadro economico e quello finanziario.

Vi può essere uno sbilancio finanziario "benigno" dovuto ad errori

¹ Cfr. B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. affari*, 2019, 151 ss.

incidenti sulla sfera finanziaria (ad esempio l'acquisto dell'impresa con una leva finanziaria troppo ottimistica) ma non su quella della produzione e commercializzazione: come avviene quando l'impresa crea un avanzo primario, tuttavia insufficiente a coprire gli oneri finanziari. E ciò sia perché vi è insufficiente dotazione di mezzi propri – l'impresa è sottocapitalizzata – sia perché vi possono essere squilibri tra flussi finanziari derivanti dalla gestione ordinaria rispetto alla forma di copertura del finanziamento (ad esempio sono stati ottenuti crediti a breve scadenza per investimenti il cui ritorno economico è a più lunga scadenza).

Il concetto di insolvenza invece è un concetto giuridico che riflette le categorie economiche operandone una estrema semplificazione. Il concetto enunciato dall'art. 5 della legge fallimentare definisce quelle manifestazioni esteriori (incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni) che denotano una irreversibile impotenza patrimoniale dell'imprenditore dinanzi alla categoria o alle categorie dei propri creditori. Tra tutte le possibili ragioni di crisi, sembra assumersi la rilevanza soltanto di quella finanziaria: il legislatore non analizza le cause della crisi e si interessa esclusivamente della verificata impotenza patrimoniale dell'imprenditore a far fronte alle proprie obbligazioni; si disinteressa di conoscere se ad essa si accompagna anche l'impotenza dell'impresa a "permanere nel circuito economico".

Di qui la sensazione di grande rozzezza del "concetto giuridico" di insolvenza e di inidoneità dello stesso a fungere da esclusivo criterio ordinante la disciplina del dissesto (e soprattutto da affidabile *discrimen* tra procedure "conservative" e procedura "disgregativa").

Senonché questa impressione di rozzezza è, a sua volta, frutto di superficialità: perché l'impotenza patrimoniale dell'imprenditore verso i creditori rileva come esaurimento della sua capacità di ottenere credito; come valutazione di sfiducia del "mercato" e dei suoi operatori, tra cui assume particolare rilievo per la grande o medio grande impresa l'operatore bancario. E dunque, con questa semplificazione, il legislatore ha inteso sottrarre l'operatore giuridico da complesse valutazioni sulla reversibilità dell'insolvenza, sulle sue cause e sulla capacità dell'impresa a permanere nel circuito economico, per affidarla in sostanza agli stessi operatori economici direttamente interessati. Anche in questo caso, non per riconoscere a detti operatori i decisivi elementi di convinzione sulla solvenza o meno dell'impresa, perché non è l'elemento cognitivo che il legislatore affida agli operatori interessati a concedere o a negare credito, ma quello, che loro compete, di carattere operativo ed economico, di produrre o meno, con l'assunzione dei rischi segnati dalla propria responsabilità di operatori sul mercato, la "reversione" o meno di detta "impotenza". È ragionevole pensare che una crisi solo finanziaria, in presenza di una postulata

redditività dell'impresa, percepita come tale dal ceto creditorio, renda possibile una rinegoziazione del credito, o l'accettazione di un piano di ristrutturazione di esso mediante posticipazione delle scadenze, che può avvenire anche in assenza della apertura di una procedura concorsuale; risanamento finanziario che, sia pure al prezzo di un sommovimento delle partecipazioni sociali, può avvenire con strumenti ordinari del diritto societario, come una ricapitalizzazione con capitale di rischio, attratto dalla prospettiva di remunerazione e partecipazione al gruppo di comando. È dunque probabile che le due ipotesi, quella dell'impotenza patrimoniale irreversibile dell'imprenditore ad adempiere le proprie obbligazioni e quella, pur concettualmente ben distinta, dell'impotenza dell'impresa in quanto tale a permanere utilmente nel circuito economico, tendono a sovrapporsi fino quasi a coincidere. Perché l'apprezzamento che il mercato faccia o sia messo in grado di fare sulla vitalità economica dell'impresa, intesa come sua capacità di produrre reddito e di creare un "avanzo primario", potrà esprimersi in una gamma di alternative che vanno dalla rinegoziazione del credito pregresso, alla ricapitalizzazione o, nei casi di più incerto apprezzamento sulla praticabilità della procedura *olim* tipicamente risanatoria quale è stata quella dell'amministrazione controllata; e oggi aperta all'applicazione dei nuovi istituti introdotti con le riforme degli anni 2005–2007, quali la pianificazione attestata, la ristrutturazione, o i nuovi spazi del concordato preventivo in continuità aziendale.

È vero che la legge fallimentare nella sua originaria formulazione non poteva fare esplicito riferimento alla "crisi" come stato intermedio tra solvenza e insolvenza. L'espressione (ma non la definizione precisa del suo significato) per la verità era entrata nel linguaggio del legislatore per la prima volta nella riforma del 2005 con l'inserimento dei nuovi istituti sopra ricordati che presupponevano gravi situazioni di difficoltà, i quali tuttavia potevano ancora essere fronteggiati senza portare alla dissoluzione dell'impresa. La novità appariva di grande rilievo con riferimento al concordato preventivo; infatti nel sistema originario della legge del 1942 il solo deposito della domanda di concordato preventivo era ritenuto dalla giurisprudenza equivalente ad una prova legale dell'esistenza di una situazione di insolvenza, con la conseguenza, in caso di consecuzione della procedura fallimentare, della decorrenza dei termini per le azioni revocatorie fallimentari al momento di presentazione della domanda di concordato. Fu necessario un intervento del legislatore (art. 4 del d.l. 14 marzo 2015 convertito in legge 6 agosto 2015 n. 132) per chiarire che, nonostante la sostituzione all'art. 160, comma 1, n. 1 dell'espressione "che si trova in stato di insolvenza" con quella "che si trova in stato di crisi", l'imprenditore insolvente continuava ad essere compreso fra coloro che

possono proporre ai creditori un concordato preventivo. Senonché la legge “interpretativa” si fondava sull’affermazione che “per stato di crisi” si intende anche lo “stato di insolvenza”, lasciando così intendere che “stato di crisi” designi una ampia gamma di situazioni, quasi un cerchio maggiore che comprende come cerchio minore la situazione di insolvenza. Il che invece certamente non è; come dimostrano le due definizioni oggi entrambe espressamente dettate dalla legge che esprimono l’esatta distinzione che individua due fenomeni oggettivamente diversi.

In verità anche se l’originaria legge fallimentare del 1942 non prevedeva stadi intermedi espliciti tra solvenza e insolvenza, fu la giurisprudenza a introdurre attraverso un istituto come quello sopra ricordato dell’amministrazione controllata il concetto di reversibilità dell’insolvenza. Un istituto come quello dell’amministrazione controllata fu il primo elemento di sbriciolamento dell’edificio costruito dal legislatore con l’introduzione del concetto di “reversibilità dell’insolvenza”; per cui a un certo punto non basta più l’incapacità di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni per determinare la dichiarazione di insolvenza e quindi il fallimento; ma vi è spazio per una sorta di prova sperimentale e questa prova è offerta appunto dall’istituto dell’amministrazione controllata. Una legge del 1978 era tesa a prolungare l’amministrazione controllata a determinate condizioni; condizioni espresse con un ossimoro: quando esistono “comprovate possibilità” di risanare l’impresa. Lo stesso concordato preventivo nello stesso tempo attenuava o se si vuole cambiava l’oggetto del giudizio di meritevolezza; il giudizio si oggettivizza e si guarda all’impresa in quanto tale a prescindere da una occhiuta analisi del comportamento che si assume dovuto dall’imprenditore. Si verifica quindi quel fenomeno che Minervini chiamò il “rito di Avellino”, per cui all’amministrazione concordata segue il concordato preventivo e quando, secondo l’insegnamento di Galileo Galilei, “provando e riprovando” risulta che l’insolvenza è veramente irreversibile, non c’è praticamente più attivo, interviene il fallimento e la liquidazione si svolge senza alcun vantaggio per i creditori. È stato quello dell’amministrazione controllata un istituto in cui – come argutamente notava Piergiusto Jaeger – si ritrova(va) un aspetto della nostra “anima nazionale”: quello di cercare di rinviare *sine die* le decisioni sgradite. L’inserimento della “nozione” di crisi (anche se non ancora con la precisa descrizione della sua fenomenologia) è avvenuto proprio con l’inserimento nel 2005 dei ricordati nuovi istituti costruiti per dare all’imprenditore forme e modi per superare, anche con accordi negoziali di ristrutturazione del debito, momenti di difficoltà; forme come le convenzioni bancarie in precedenza sperimentate solo ad alto rischio in ragione del dogma cosiddetto della “indisponibilità dell’insolvenza”.

Oggi la novità è rappresentata dalla definizione, in positivo, dello “stato di crisi” descritto come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende “probabile” l’insolvenza del debitore. Torneremo sull’analisi di tale definizione. Riesce convincente la distinzione fra struttura ontologica della definizione e quella fenomenologica. La prima si sostanzia nei due concetti di “probabilità” e di insolvenza (la cui nozione torna così rilevante, ma solo in proiezione futura); la seconda individua la causa della prima situazione in “uno stato di difficoltà economico-finanziaria”. Il piano fenomenologico individua l’elemento rilevatore (ma non necessariamente esteriorizzato) nell’essere i “flussi di cassa prospettici” indicativi dell’impossibilità di far fronte, in futuro, alle proprie obbligazioni. L’elemento differenziale rispetto alla descrizione dello stato di insolvenza è dato dal fatto che l’incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni non è attuale: è insolvenza soltanto “prospettica”. Questa può esistere senza manifestazioni esteriori –necessarie invece per il verificarsi dello stato di insolvenza – quando la crisi dell’impresa è “intrinseca” ma può essere misurata rapportando il *cash flow* con gli impegni finanziari nell’orizzonte temporale di scadenza di obbligazioni assunte. Si caratterizza così dal fatto che l’incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni non è attuale: è insolvenza “prospettica”. Questa situazione può essere, specialmente tramite accordi di ristrutturazione, il terreno di elezione per la prevenzione dell’insolvenza “attuale”, o per la sua più efficiente risoluzione mediante concordato preventivo. La rilevazione tempestiva della situazione di crisi e della perdita del *going concern* è affidata in primo luogo allo stesso imprenditore, individuale ma soprattutto collettivo, attraverso la dotazione degli assetti adeguati alla costante verifica dell’andamento della gestione e della pronta rilevazione della crisi. Tra le misure previste per far fronte alla crisi, una volta che la stessa sia stata rilevata, vi sono le “nuove” procedure di allerta in funzione dell’accesso al procedimento di composizione assistita della crisi da attivarsi, in primo luogo, attraverso l’osservanza di obblighi di segnalazione facenti capo agli organi societari di controllo (articolo 14) ma anche a “creditori pubblici” particolarmente qualificati.

Fra i creditori qualificati le cui segnalazioni giovano alla rilevazione tempestiva della crisi si individuano due categorie. La prima è data da quella tipologia di creditori che tipicamente non si attivano di fronte ai ritardi nei pagamenti con la stessa tempestività e energia di altre categorie come i fornitori. Essi sono l’Agenzia delle Entrate e gli Enti previdenziali (utilizzati forse dagli imprenditori in difficoltà come forma anomala di autofinanziamento) oggi incentivati ad adempiere al dovere di segnalazione per non perdere il titolo preferenziale che loro spetta in caso di liquidazione giudiziale. L’altra categoria è data invece dai soggetti che, come gli Istituti

bancari – quali erogatori istituzionali del credito – sono invitati a comunicare agli organi di controllo interno societario le variazioni, revisioni e revoca degli affidamenti: e cioè a fornire dati che possono costituire indici per la tempestiva rilevazione di sintomatologie patologiche. Ma che hanno due caratteristiche: la prima (comune alla precedente) di provenire dall'esterno della società; la seconda, caratterizzante, di non essere costituita da dati "esteriori" o esteriorizzabili in atti interni alla società ma conoscibili anche da terzi, ma da introspezioni provenienti da un operatore economico che acquisisce ogni utile elemento di valutazione del "merito creditizio", secondo la professionalità propria del *bonus argentarius*.

La definizione di insolvenza, invece non contiene alcuna innovazione sostanziale rispetto al precedente art. 5 della legge fallimentare; pertanto resta fenomeno essenzialmente finanziario e quindi identificabile nella situazione di "illiquidità" che rivela l'incapacità patrimoniale del debitore a far fronte alle proprie obbligazioni.

Il "baricentro" della disciplina si sposta così dall'insolvenza alla crisi.

La rilevazione del "pericolo di insolvenza" non si abbandona più alla spontanea e non regolata autonomia di giudizio e di comportamento di ciascun soggetto del "mercato": l'imprenditore da un lato; gli *stakeholders* dall'altro e fra questi segnatamente il soggetto (la banca) che è l'erogatore istituzionale del credito; non si delega loro l'evolversi della situazione sino al definitivo verificarsi dell'insolvenza o al recupero della *bonitas nominis*. Ciò avviene tramite questo spostamento di baricentro che introduce una disciplina che necessariamente fuoriesce dall'*hortus conclusus* del diritto delle discipline concorsuali per riscrivere parte di fondamentali istituti del codice civile quali principalmente l'impresa e le società. E' uno spostamento di rilevante significato strategico perché esso dà vita ad una disciplina giuridica che non interviene a dettare le sue regole solo dopo che si è verificato un evento, uno stato di fatto ormai irreversibile, elevato a *species facti*; ma detta regole per una situazione ancora aperta, non statica ma dinamica e collegata a vicende di non immediata percezione ma conosciute e studiate dalle scienze aziendalistiche ed assunte ad autonoma rilevanza giuridica (nel senso di attribuire compiti, doveri di comportamento o di prevedere tipi di "prestazione" variamente distribuiti fra i vari soggetti del "mercato") in quanto indici predittivi o sintomatici di un "pericolo di insolvenza" o "pericolo di insolvenza" essi stessi. Pericolo che va precocemente individuato e opportunamente contrastato in questa fase con la varia tipologia di rimedi che conosciamo tra i quali figura anche quello delle procedure di allerta tese in qualche modo a coniugare "istituzioni" e "mercato".

Anche in questo caso la parola d'ordine è: "affidarsi agli esperti", non

perché (ben lo sappiamo in tempi di coronavirus) gli esperti siano infallibili, ma essi sono pur sempre meno fallibili di chi esperto non è.

2. – Il tema dei doveri e della responsabilità degli organi societari si colloca come forma più evoluta di organizzazione dell'impresa, strutturata per l'esercizio in comune dell'attività economica. Si può convenire con chi scorge nell'inserzione di regole per l'esercizio dell'impresa (e in particolare di quelle legate alla funzione di prevenzione del rischio di insolvenza) entro il diritto societario, la volontà di considerare unitariamente realtà economica – l'impresa e la sua proiezione oggettiva, l'azienda– e realtà giuridica– la società appunto – che consente l'esercizio in comune di una attività economica. Si può riconoscere che la prevenzione del dissesto è lo scopo che sta alla base della normativa. Ma la previsione di specifici doveri facenti capo all'apparato amministrativo della società ha coinciso con la riforma organica del diritto concorsuale, non perché quei doveri e quelle responsabilità non fossero già ex ante in qualche modo deducibili dal sistema vigente, ma perché quella storica riforma ha costituito l'occasione per far emergere, per rendere espliciti quei vincoli e più agevole. Il riscontro della loro osservanza. Come emergerà più chiaramente nel prosieguo, con queste regole il legislatore non ha affatto inciso sul "contenuto" delle decisioni che competono agli organi gestori, ma ha inteso individuare, prescrivere il "*quomodo*", il modo con cui esse devono essere assunte, così contribuendo a "concretizzare" la clausola generale di cui al II comma dell'art. 1176 c.c.

L'attenzione agli assetti organizzativi adeguati ha assunto, sul piano normativo, il massimo rilievo con il decreto legislativo n. 231 del 2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi a vantaggio dell'ente.

Tale norma penalizzando direttamente il patrimonio sociale ha inteso superare lo stesso schermo della responsabilità limitata, portando nella sfera di interesse del socio in quanto tale, la preoccupazione di far sì che non siano violate norme – come quelle sulla sicurezza del lavoro o sulla tutela ecologica e ambientale – per la cui violazione era prevista una responsabilità che ricadeva soltanto sugli organi gestori e lasciava ai soci la fruizione dell'incremento di profitto derivante da quelle violazioni. Quindi in questo caso la creazione del modello organizzativo adeguato a prevenire il compimento dei fatti criminosi dovrebbe trovare qualche spazio nello statuto o nello stesso atto costitutivo.

Per descrivere tale fenomeno si è utilizzata così la formula "diritto societario della crisi" per evidenziare la specialità di questa disciplina. In termini ancor più espliciti si è parlato (Cagnasso) di regole o di particolare

declinazione di esse che vengono in considerazione nel caso in cui “la società non goda di buona salute”. Ma in senso ancora più ampio e comprensivo rilevano quelle regole di “diritto comune” che sono volte proprio a prevenire la crisi ponendo obblighi di monitorare costantemente l’andamento dell’impresa gestita in forma societaria e di porre in essere iniziative intese a garantirne l’equilibrio economico – finanziario.

In questo quadro e sulla falsa riga del progetto redatto dalla commissione Rordorf, la legge di delegazione 19 ottobre 2017, n. 5 interveniva all’art. 14 su vari punti comportanti modifiche al codice civile dotate di coerenza sistematica.

Fra queste rilevava la previsione espressa dell’applicabilità alle società a responsabilità limitata dell’art. 2394 c.c., sancendo così l’estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. anche nei confronti dei creditori sociali, pur non esplicitata nell’ambito della disciplina posta con la riforma del 2003, ma già variamente argomentata in via interpretativa, vuoi come esplicazione diretta dell’art. 2043 c.c. – a fronte dell’ingiustizia di un danno pur meramente economico – vuoi in via di surrogazione dell’azione sociale non esercitata dai soggetti legittimati, vuoi in forza del criterio interpretativo posto dall’esigenza di parità di trattamento rispetto ai gestori di società azionarie.

Soprattutto veniva ribadito per ogni tipo sociale il dovere per l’imprenditore e per gli amministratori di dotarsi di assetti organizzativi adeguati a consentire la rilevazione tempestiva della crisi e l’adozione degli strumenti necessari per far fronte a tale situazione.

Ora con riferimento alle s.r.l., prima della legge delegata, la “vigilanza sugli assetti amministrativi” era già prevista dalle disposizioni sul collegio sindacale dettate a proposito della società per azioni dall’art. 2403 richiamato dall’art. 2477 c.c., ma limitatamente alle società a responsabilità limitata sopra soglia, per le quali è obbligatoria la nomina dell’organo di controllo. In tale situazione era parso ad alcuni che fosse possibile adottare una soluzione “conservativa” diretta a limitare l’obbligo della predisposizione di “assetti adeguati” nella società a responsabilità limitata ai soli casi in cui risulti necessaria la presenza di un organo di controllo o di un revisore.

Ma il nuovo obbligo di istituire gli assetti “adeguati” aggiunge un preciso e più puntuale elemento rispetto a quelli più genericamente indicati all’art. 2381 c.c. Per cui, se può riuscire persino comprensibile che il “controllo” istituzionale sia necessario solo in presenza di società a responsabilità limitata sopra soglia, sarebbe stato più difficile restringere a tale ambito anche la previsione – resa vincolante laddove esistono “organi sociali” – di creare assetti adeguati aventi il contenuto specifico sopra richiamato. Sono semmai le dimensioni dell’impresa a costituire criterio

differenziatore per la creazione di procedure adattabili alle differenziate realtà in cui opera l'impresa ed a cui si correla la concretizzazione della regola, piuttosto che il carattere tipologico del modello societario. I principi di corretta amministrazione estesi, *ope legis*, alla creazione degli assetti di volta in volta adeguati, costituiscono parametri alla cui stregua verificare i doveri e le responsabilità dei soggetti cui è dato il compito di gestire l'impresa.

E fin da ora è da sottolineare come la costruzione di tali modelli dovrà comportare la creazione di procedure che tengono conto di ogni profilo di carattere contabile e di molteplici aspetti di natura organizzativa e amministrativa che presuppongono – anche – la piena padronanza delle scienze economiche e aziendalistiche.

L'attuazione delle ricordate direttive di politica legislativa, che segna un importante processo di modernizzazione del nostro diritto dell'impresa, nel passaggio dalla legge delega al decreto legislativo delegato ha visto formulazioni che, specie con riferimento alla nuova disciplina delle società a responsabilità limitate, paiono contenere alcune criticità o aporie legislative tali da creare non facili problemi interpretativi di cui si farà cenno in prosieguo.

3. – Già prima del completamento della riforma con l'approvazione del d.lgs. (10 gennaio 2019) recante il "Codice della crisi e dell'insolvenza" erano emerse alcune problematiche attinenti alla disciplina delle società a responsabilità limitata. La più generale – che si specifica in vari interventi modificativi – è rappresentata da una evoluzione che solo per comodità potremmo definire "controriformista" rispetto alla riforma del 2003.

Quest'ultima si caratterizzava per la previsione di una autonoma disciplina degli assetti organizzativi della società a responsabilità limitata fortemente differenziata da quella propria della società per azioni. La "nuova" s.p.a., pur costruita secondo un sistema "a geometria variabile" – per poter abbracciare un'ampia varietà di realtà imprenditoriali anche in evoluzione e dotare ciascuna del modello di gestione ritenuto più adeguato – rimane l'unico "tipo" fruibile dalla "società aperta": quella cioè caratterizzata da scissione fra proprietà e gestione; anche se può essere utilizzato in ipotesi di (iniziale) società chiusa. La società a responsabilità limitata invece resta(va) il modello tipicamente dettato per le sole società chiuse con normale compenetrazione fra soci e soggetti attivi nella gestione dell'impresa; anche se, da un lato il modello, nella amplissima gamma di alternative che consente, non è incompatibile per essere proposto per la gestione di imprese di grandi dimensioni; dall'altro, il carattere "chiuso" del modello ha incontrato eccezioni nella previsione normativa di start up e di

P.M.I. innovative. Resta comunque condivisibile l'opinione di Carlo Angelici secondo cui il modello, tipicamente applicabile alle imprese di minori dimensioni, in cui trova largo spazio la figura del socio-amministratore, in caso di vuoti normativi o statutari, dovrebbe trovare il referente per il "riempimento" non utilizzando le regole proprie della società per azioni, ma semmai quelle dettate per le società di persone.

L'evoluzione che abbiamo chiamato di segno "controriformistico" o retroguardista, già presente nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale successiva al 2003, emerge in alcuni punti della stessa legge di delega che vede singoli istituti, ma anche i principi fondamentali concernenti la gestione della società e la responsabilità degli amministratori, nei due tipi che connotano la disciplina della società di capitali, tendere verso la convergenza piuttosto che verso la differenziazione.

Così è stato per l'espressa previsione della responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata verso i creditori cui riesce direttamente applicabile l'art. 1394 c.c. (pur anticipata, nel risultato, dall'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza); per l'applicazione dell'art. 2409 c.c. anche in assenza dell'organo di controllo (soluzione che rende sistematicamente incoerente la permanenza di un sistema normativo che può consentire anche alle s.r.l. sopra soglia l'eliminazione dell'organo di controllo interno sostituito con la nomina di un "revisore" in alternativa all'organo sindacale). Ma soprattutto un principio fondamentale, quale quello che pone il dovere di istituire "assetti organizzativi adeguati" alla rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale, facente capo all'imprenditore e agli organi sociali, riguarda certamente ogni tipo societario e, nella stessa formula linguistica contenuta all'art. 2403 c.c., costituisce fondamentale profilo in cui si concreta l'agire nel "rispetto dei principi di corretta amministrazione". Trattandosi ormai di "principi" fondamentali della *governance* aventi portata generale anche se "declinabile in modo differente a seconda dei vari contesti", sembra pienamente condivisibile l'osservazione di Oreste Cagnasso che si tratta invero di "clausole generali" e quindi di "regole aperte adattabili all'oggetto, alle dimensioni ed alle caratteristiche delle singole imprese".

È soprattutto con riferimento alla disciplina delle società a responsabilità limitata (e delle società di persone anche in forza del III comma dell'art. 2475 c.c.) che, nella novella del 2019 emanata in attuazione della legge di delega, sembra accentuarsi in modo più netto il trend revisionistico verso più marcata restrizione degli spazi di "gestione personalistica" della società a responsabilità limitata; tanto (e con buon fondamento) in tema di controllo, quanto (ed a rischio di incorrere in eccesso di delega) sul tema dell'amministrazione. Sotto il primo profilo va ribadito

che, con la modifica all'art. 2086 c.c., l'obbligo di munirsi di un "assetto organizzativo amministrativo e contabile" adeguato in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per il superamento della crisi, è imposto ad ogni "imprenditore che opera in forma societaria o collettiva".

Emerge proprio la generale coessenzialità dei controlli all'attività di impresa che porta questa attività entro lo stesso concetto di "organizzazione" che sta dentro la definizione dell'impresa come "attività organizzata" di cui all'art. 2082 c.c. In effetti il precetto organizzativo posto nel novellato art. 2086 c.c. si riferisce all'imprenditore in quanto tale. Come è stato osservato l'art. 375 del Codice della crisi doveva occuparsi di "assetti organizzativi dell'impresa"; esso invece è rubricato in senso limitativo: "assetti organizzativi societari" e si occupa esclusivamente di assetti "societari". È l'art. 3 del Codice della crisi "norma di non immediata applicazione" a occuparsene, ma limitatamente alla prescrizione 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" senza così pretendere l'adozione di adeguati assetti organizzativi. È vero che la soluzione può essere valutata come non coerente col fatto che gli assetti organizzativi attengono al piano dell'organizzazione dell'impresa e non alla forma del suo esercizio individuale o collettivo. Ma ciò che il legislatore ha voluto marcare e normare, valendo anche per l'impresa individuale la necessità di una sia pur minimale organizzazione che la metta in grado di adottare di volta in volta le misure idonee sia alla rilevazione tempestiva della crisi sia all'adozione dei rimedi, è emblematicamente rappresentato dall'impatto della "gestione dell'impresa" (nuova rubrica del novellato art. 2086) con gli "assetti organizzativi societari" (rubrica del nuovo art. 2475).

Nello stesso tempo va fin da ora ricordato—per completezza di informazione—che, con l'avvento del Codice della crisi si è deciso (art. 379 comma 1 lettera c) di abbassare considerevolmente la soglia dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo o di un revisore, disconnettendola dal criterio costituito dal richiamo ai limiti previsti dall'art. 2435-bis per la redazione del bilancio di esercizio in forma abbreviata e stabilendo così nuovi limiti numerici più che dimezzati rispetto a quelli di riferimento. Ma successivamente, con la legge 14 giugno 2019, n. 55 di conversione del decreto legge cosiddetto "sblocca-cantieri", è stato nuovamente modificato il II comma dell'art. 2477 c.c. riposizionando il limite esattamente al doppio del precedente. E in ogni caso, non è stata apportata una modifica al testo del I comma dell'art. 2477 c.c. risalente alla riforma del 2003 laddove lascia all'autonomia statutaria la scelta fra organo sindacale (presuntivamente

monocratico) o revisore contabile che certo “organo” non è, ed al quale soprattutto non spetta il compito di vigilare sull’osservanza della legge sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sulla adeguatezza degli apparati organizzativi amministrativi e contabili.

Più discutibile e foriera comunque di seri problemi di coordinamento è stata, come è noto, la modifica apportata all’art. 2475 c.c. laddove viene tassativamente attribuita la gestione dell’impresa agli “amministratori” con apparente ridimensionamento o eliminazione delle competenze gestorie dei soci. Ciò, come rilevò lo stesso Renato Rordorf con una nota ufficiale prima della definitiva approvazione del decreto legislativo delegato, non è postulato dalla realizzazione dei principi della legge di delega che possono trovare attuazione senza intervenire sul modello amministrativo delle società a responsabilità limitata e delle stesse società a base personale.

La ricerca di una soluzione che porti ad evitare l’incostituzionalità per eccesso di delega della novellazione apportata all’art. 2475 c.c., laddove stabilisce che “la gestione dell’impresa ... spetta esclusivamente agli amministratori i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale” deve spingere, se possibile, ad una interpretazione costituzionalmente orientata. Questa dovrebbe (poter) portare a ricondurre la portata del testo normativo entro l’alveo della legge delega, mantenendo gli spazi di gestione personalistica consentiti nella disciplina della società a responsabilità limitata dalla riforma del 2003. Le difficoltà insite per produrre esiti interpretativi di compatibilità fra i due testi normativi hanno portato i commentatori ad interessanti approfondimenti ermeneutici svolti sia sul modello amministrativo della società a responsabilità limitata, sia sul significato da attribuire ai *verba legis* che hanno modificato il testo originario dell’art. 2475 c.c.

Sotto il primo profilo è emersa una generale ripulsa della tesi secondo cui con la riforma originaria la presenza di un organo amministrativo autonomo e distinto dalle persone dei soci “è un elemento naturale ma non essenziale del modello” di società a responsabilità limitata. L’eventuale mancanza di alterità soggettiva (o meglio la possibile identità tra le persone dei soci e quelle degli amministratori) non esclude la diversità dei ruoli e delle funzioni: basti pensare che, se sono riservate alla competenza inderogabile dell’organo amministrativo la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e di scissione e altre decisioni, ciò significa che necessariamente deve esistere un organo amministrativo distinto dall’assemblea dei soci. Vi sono materie sulle quali i soci adotteranno decisioni secondo le regole di cui agli artt. 2479, 2479-bis, 2479-ter c.c. (vale a dire di competenza assembleare) e altre come organo amministrativo secondo le regole degli artt. 2475, 2475-bis 2476-ter e 2476. Anche un

severissimo critico della riforma come Giancarlo Rivolta ha osservato che l'identità tra le persone dei soci e degli amministratori "non esclude la diversità dei ruoli e delle funzioni e la soggezione a regole diverse nell'una e nell'altra veste"; e aggiungeva "per quanto scombinata sia la riforma della società a responsabilità limitata ... non si può imputarle anche la astruseria di consentire la soppressione statutaria dell'organo amministrativo". Di particolare rilievo è l'impostazione – ampiamente argomentata da N. Abriani e A. Rossi – che dalla distinzione fra "gestione organizzativa" e "gestione operativa" deduce l'opzione interpretativa per cui la prima, ed essa soltanto, sarebbe riservata in via esclusiva agli amministratori (impegnati così nella decifrazione del "mantra" dell'art. 2086), mentre la funzione amministrativa, o gestoria in stretto senso, può continuare ad essere riportata nel quadro dell'amplissima autonomia statutaria consentita, senza che, per tale aspetto, la riforma della crisi dell'impresa debba comportare modifiche. La prima indicazione in tal senso era venuta già in sede di commento della legge delega n. 155 del 2017 da Paolo Montalenti laddove si denuncia in generale l'utilizzo improprio da parte del legislatore della formula "gestione dell'impresa" in luogo di quella di "organizzazione dell'impresa", così rinnovando quella "confusione lessicale tra assetti organizzativi dell'impresa ... assetti societari ... e amministrazione; concetti non coestensivi".

Ma nel quadro della proposta interpretativa ora considerata, in realtà, la predisposizione e l'applicazione degli assetti organizzativi "adeguati" costituiscono l'a priori della corretta amministrazione, e, in tutte le tipologie delle forme societarie, spettano inderogabilmente a coloro che rivestono il ruolo di "amministratori" della società; e ad essi fa capo altrettanto inderogabilmente la responsabilità di attivarsi senza ritardo per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti che l'ordinamento appresta per il superamento della crisi (dalla attuazione della procedura di allerta fino agli altri strumenti quali i piani attestati, gli accordi di ristrutturazione, la proposta di concordato in continuità aziendale).

Sotto altro profilo si ammette che, con l'attribuzione agli amministratori della competenza esclusiva alla istituzione e governo degli "assetti" si configura bensì una innovazione ma di limitata portata (come tale rientrando nei margini di discrezionalità del legislatore delegato) innovazione che va ad affiancare tale materia alle competenze che già oggi sono "riservate" all'organo amministrativo della società a responsabilità limitata dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. Peraltro le aporie conseguenti ad un testo normativo di legge delega, che sarebbe altrimenti difficile da sussumere fra le modifiche al codice civile "rese necessarie" per l'attuazione dei principi posti dalla legge di delegazione, sembrano accrescersi anche per la espressa

estensione alle s.r.l. dell'art. 2381. Il che potrebbe sottendere l'attivazione di un sistema di deleghe con la conseguente articolazione di poteri e responsabilità anche con riferimento all'assetto organizzativo: agli organi delegati quelli di "curare" che l'assetto organizzativo amministrativo e contabile "sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; al consiglio di amministrazione invece quello di "valutare" sulla base delle informazioni ricevute l'adeguatezza del sistema stesso. In quel sistema però ciascun consigliere "può" chiedere agli organi delegati che in consiglio di amministrazione "siano fornite informazioni relative alla gestione della società" e non altro. Limitazione, per i non delegati, di accesso all'informazione sulla gestione che può sembrare difficilmente compatibile con una disciplina che assegna agli stessi "soci che non partecipano all'amministrazione" il diritto non solo di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali, ma anche quello di "consultare anche tramite professionisti di loro fiducia i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione". Il richiamo potrebbe però essere inteso con l'implicita riserva "per quanto compatibili" e quindi dare spazio alla possibilità che non i soci amministratori, ma proprio i soci che non partecipano all'amministrazione abbiano quell'ampio diritto di consultazione sopra descritto. La proposta interpretativa così sintetizzata costituisce comunque un tentativo importante e diretto ad individuare un esito ermeneutico costituzionalmente orientato cercando il massimo di compatibilità possibile fra il testo del decreto legislativo delegato ed i principi estraibili dalla legge delega; e corrisponde forse anche ad una valutazione tutto sommato non sfavorevole alla "svolta" che il nuovo testo imprimerebbe sul modello amministrativo delle s.r.l. (e in caso di amministrazione disgiuntiva anche alla disciplina dettata dall'art. 2257 del c.c.).

Ma se è chiara e condivisibile – anche se non del tutto presente nel codice della crisi – la concentrazione delle funzioni che sottendono l'adempimento dei doveri di cui all'art. 2086 c.c. all'interno dell'organo amministrativo, la scelta di concentrazione è parsa estesa in base al tenore letterale del testo normativo anche all'attività di gestione in stretto senso. Si può anche convenire che l'organizzazione (e quindi la predisposizione e applicazione dei noti assetti organizzativi) costituisce il presupposto della gestione–mera amministrazione e la connota; ma le due funzioni e le due attività restano distinte; e la loro distinzione in molte materie (soprattutto con riferimento al pubblico impiego) costituisce il *discrimen* tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria. Quindi la "legittima" scelta di concentrare nell'organo amministrativo i poteri inerenti alla funzione organizzativa (e in particolare quelli di predisporre e dare attuazione ad assetti adeguati ai compiti fissati dall'art. 2086) non "rende necessitato"

l'ulteriore passaggio riferito agli "amministratori che compiono operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Dovendosi piuttosto considerare che, proprio con riferimento alla scelta dello strumento in concreto prescelto per il superamento della crisi (e dunque persino entro il perimetro disegnato dall'art. 2086), il codice della crisi ha confermato il disposto dell'art. 152 II comma (*ex artt.* 44 I comma, e 265) e quindi la possibilità che lo statuto, anche lo statuto di s.r.l., possa attribuire all'assemblea o ai soci intesi come collettività il potere di decidere sulla scelta degli strumenti giuridici più specificamente funzionali a gestire e possibilmente ricomporre la crisi di impresa. Ma ciò andrà a valere anche per la società per azioni nonostante l'art. 2480-bis c.c.

Anche a tale proposito alcuni contributi dottrinali (penso a quello di D. Latella e a quello di R. Franco) sembrano aprire spazi per soluzioni ermeneutiche le quali hanno il pregio di essere compatibili con il tenore letterale della norma delegata, pur limitandone la portata innovativa in guisa tale da escludere che essa intervenga in termini generali modificando il modello amministrativo della società a responsabilità limitata. La tesi si propone come lettura "teleologicamente orientata" in quanto "attenta agli interessi sottesi dalla norma" e funzionale alla tutela così avuta di mira. La lettura funzionale investe l'avverbio "esclusivamente" e perviene a ritenere "amministratori" e quindi destinatari (per quanto di rispettiva competenza) degli obblighi sanciti dal codice della crisi tutti coloro che –a prescindere da una investitura formale– possono compiere atti di amministrazione sia a rilevanza interna che esterna; e dunque non solo ai soggetti componenti l'organo amministrativo "bensì e funzionalmente a tutti i soggetti ai quali per quella singola e specifica materia o decisione sia stato attribuito un particolare diritto di amministrazione e/o una competenza ad amministrare contribuendo all'assunzione della decisione amministrativa della società ". In altre parole, destinatari della norma (e quindi del dovere di predisporre gli assetti adeguati e anche della gestione della società) sono quegli stessi soggetti ai quali, in base alle legittime regole dell'atto costitutivo resta affidato il potere di "compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale" con l'assunzione della correlativa responsabilità ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c. con conseguente perdita di rilievo, a questi fini, della distinzione tra gestione organizzativa e gestione operativa.

In questo caso merita particolare considerazione (e condiziona la condivisibilità dell'esito ermeneutico che viene proposto e che varrebbe a "neutralizzare" i pericoli che sono apparsi insiti nell'innovazione normativa) la tecnica interpretativa che viene descritta come "teleologicamente orientata". Non vi è dubbio che si tratta di tecnica praticabile utilmente e che può condurre ad una ragionata scelta tra i diversi possibili significati che un

testo normativo (i suoi *verba legis*) può contenere. E' lo stesso massimo teorico del normativismo giuridico (il Kelsen della *Reine Rechtslehre*) a riconoscere che "la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto lo schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione; e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso qualsiasi è conforme alla norma ". Talvolta il reale significato del comando contenuto nel testo normativo si riconosce più che soltanto dalla "parola", dallo scopo avuto di mira. Una raffinata analisi di questa relazione tra il "frastico" contenuto nella descrizione normativa e il reale significato del comando che vi è sotteso rimanda a Giovanni Tarello e al suo studio intitolato alla "semantica del neustico ". A titolo di esempio ivi si immagina il significato del comando: "chiudete la finestra". L'interpretazione letterale sembra sufficiente a cogliere il valore semantico di quel semplice comando. Ma se esso è formulato dal capufficio che esce da una stanza che presenta due porte entrambe spalancate, una finestra e un oblò e nei tavoli degli impiegati volano i fogli, il reale significato è: chiudete quanto è necessario per fare in modo che non ci siano correnti d'aria!

Ma il problema interpretativo che pone il novellato testo dell'art. 2475 appare meno riferibile al profilo teleologico (che pure resta rilevante per l'identificazione della *ratio legis*) che non risolvibile mediante la normale ricerca del preciso significato delle parole usate nel contesto al quale si riferiscono. Sul piano della teoria generale *starting point* può essere assunto il noto inquadramento proposto da Herbert Hart (nella *Harvard Law Review* del 1971) sui disaccordi interpretativi circa il significato di un testo normativo che concerne i "casi limite" e che dipendono dal significato da attribuire all'enunciato linguistico (i *Concept Words*). Potendosi per ciascun termine della disposizione linguistica distinguere tra un nocciolo di significato chiaro (*Core off meaning*) e un'area di indeterminatezza (*penumbra*). Nell'ormai classico esempio ivi formulato (quello del cartello contenente la dicitura "divieto di ingresso ai veicoli ") si individuano casi "paradigmatici" (l'automobile, l'autobus, la motocicletta) ed altri più incerti (la bicicletta e via via il monopattino fino all'automobilina-giocattolo). In questi casi può giocare davvero un rilevante ruolo l'individuazione delle finalità della norma quali nella fattispecie garantire la sola sicurezza delle persone nel parco oppure assicurare la pace ed assoluta tranquillità di grandi e piccoli. Ma la struttura della disposizione da interpretare cambia quando il referente linguistico – il *Concept Word* – non è tale da descrivere una indeterminata classe di "oggetti" ai quali il predicato riesce applicabile (come nell'esempio citato in cui il carattere borderline del singolo oggetto considerato dipende dalla vaghezza di significato del termine adoperato) ma è esso stesso un "concetto giuridico " un concetto cioè che ritrova già la sua

definizione nel mondo del diritto.

Il “caso” è ordinato in base ad una determinata regola che preesiste e ivi trova la sua definizione. Tale è certamente il termine “amministratori” riferito alla società a responsabilità limitata, come definibile in base al codice civile quale esso è oggi. E’ ragionevole ritenere che il legislatore delegato volendo attribuire a chi amministra la società a responsabilità limitata il dovere di predisporre gli assetti adeguati a norma dell’art.2086 e preso atto, da un lato del pluralismo dei poteri decisori che l’art.2479 (richiamato espressamente dal novellato testo del primo comma dell’ art. 2475) consente, ma riconoscendo anche che (per “scombinata” che possa apparire la complessiva sistemazione amministrativa della società a responsabilità limitata, secondo la pittoresca espressione di Giancarlo Rivolta) l’organo amministrativo designato dal sistema esiste ed è quello – enunciato all’art. 2476 I comma – deputato a compiere “le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale”, con l’utilizzo dell’avverbio “esclusivamente” ha inteso riferire a quell’organo – che già esiste e così come esso esiste – il compito e la conseguente responsabilità (per “i danni derivanti dall’inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge”) connessi all’attuazione degli “assetti organizzativi “. E a ben vedere anche l’estensione della disciplina dell’art. 2381 c.c. riesce applicabile, in ogni caso, laddove esso enuncia un obbligo – quello dell’agire informato – che appartiene ontologicamente al dovere di diligenza richiesto dall’esercizio della funzione, e fissa, per il solo caso che l’atto costitutivo attivi un sistema di deleghe, quale debba essere l’assetto organizzativo corrispondente. Ma, quale che sia il sistema amministrativo prescelto dalla società a responsabilità limitata, fosse anche l’Amministratore Unico, i commi 3 e 5 dell’art. 2381 dettano regole di condotta e la redazione di documenti ritenuti necessari in vista dell’esercizio dell’impresa (in sé).

Certo resta innegabile il segno di riavvicinamento delle regole di *governance* delle società a responsabilità limitata a quelle della società per azioni, essendosi seguito – insieme all’ampliamento delle ipotesi di obbligatorietà dell’organo sindacale, alla reintroduzione del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., allo stesso ragionevole chiarimento della legittimazione dei creditori all’azione di responsabilità verso gli amministratori – un percorso inverso rispetto a quello a quello tracciato dal legislatore della riforma societaria che vide la luce nel 2003.

4. – La formula espressa dall’acronimo assetti “OR.AM.CO.” non si identifica soltanto nel complesso di regole che definiscono, a livello di *governance*, i processi decisionali (gli assetti organizzativi) ma anche, a valle, l’insieme delle procedure che valgono a realizzare l’ordinato svolgimento

dell'attività aziendale (assetti amministrativi). L'assetto contabile (in che si sostanzia il sistema di rilevazione dei fatti di gestione) trova una specificazione proprio nella prescrizione del III comma dell'art. 2381, che prevede un reporting avente per oggetto " i piani strategici, industriali e finanziari" (ivi si aggiunge "quando elaborati", potendo peraltro divenire necessaria la loro elaborazione in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa) mentre è il V comma ad esigere che, con cadenza almeno semestrale l'organo amministrativo rediga un rapporto sulla costante adeguatezza del OR.AM.CO. da comunicare entro l'organo amministrativo se collegiale e, in ogni caso, a quello di controllo. Il passaggio del baricentro della disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio dell'impresa (tanto più se gestita in forma collettiva anche ma non soltanto in vista dei suoi possibili esiti per i quali esiste una disciplina di dei procedimenti concorsuali) dalla insolvenza alla crisi ha importante significato strategico.

La stessa definizione di "crisi" (art. 2 lettera a del Codice della crisi) come "stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore" introduce un primo fondamentale punto che è descritto soltanto da scienze empiriche come la scienza economica e quella aziendalistica. Proprio dagli "esperti" (vedi Laghi, Verna, ma il suggerimento è accolto anche dai giuristi come mostra l'adesione di Rocco di Torrepadula) viene la chiara indicazione, di cui è apprezzabile il carattere "tassonomico", che la "probabilità" deve essere "superiore al 50%". Sottolineo questa affermazione perché essa vuole estrarre da un testo normativo che il giurista tende ad interpretare anche caso per caso, in base alla tecnica del "discorso argomentativo", un significato univoco esprimibile con un dato numerico. Ricordo che la bimillenaria sapienza di Aristotele osservava che non si può chiedere ad un matematico un discorso che sia "persuasivo", come non si può chiedere al retore o al giureconsulto un discorso che sia "dimostrativo". Il tentativo di tradurre un lemma del lessico normativo avente di per sé un significato "polisenso" (altrimenti il testo stesso della legge avrebbe fatto propria l'espressione numerica) – e che quindi costituisce un "significante" suscettibile di assumere una pluralità di significati entro i quali sarà da accogliere il significato che, per la singola vicenda, appare argomentabile nel modo più convincente – in una cifra numerica definita una volta per tutte, è quello di voler passare dal discorso "argomentativo" proprio del giurista a quello "dimostrativo", quando si tratta di "sussumere" situazioni concrete entro il concetto espresso dal "significante" polisenso. È questa forse una semplificazione quasi necessaria; ma che introduce rigidità da cui possono discendere conseguenze giuridiche assai gravi (soprattutto in casi di inosservanza dei comportamenti che devono essere adottati in presenza di "crisi" di impresa) trattandosi di un

calcolo di probabilità i cui tratti di aleatorietà dipendono inevitabilmente dalla valutazione degli “indici” da cui rilevare lo stato di “insolvenza prospettica”. Ciò è confermato anche dalle correzioni che risultano proposte nella bozza oggi conosciuta che contiene lo schema di decreto legislativo “correttivo” del d.lgs. n. 14/2019 (anche su suggerimento del C.N.D.E.C. incaricato di elaborare indici di allerta). La prima correzione viene proposta proprio in relazione al sopra riportato testo dell’art. 2 lettera a con la sostituzione nella definizione di crisi, della dizione “stato di difficoltà” con quella di “squilibrio” economico finanziario, trattandosi di espressione più corretta secondo i parametri della scienza aziendalistica. Anche nella norma che individua gli indici rivelatori della crisi, si propongono correzioni che sostituiscono la parola “sostenibilità” in quella di “insostenibilità” e la parola “adeguatezza” con “inadeguatezza”, essendosi colta “l’ambiguità di una definizione declinata in forma affermativa posto che l’obiettivo è quello di intercettare l’inadeguatezza dei flussi prospettici ... e dunque l’insostenibilità dell’indebitamento e la situazione di assenza di continuità aziendale”: con l’effetto così di voler rendere in qualche modo più diretto e definito il concetto e dunque meno tranchant il differenziale tra un rischio del 49% e uno del 51%. Naturalmente il valore ermeneutico degli indici, di ciascuno di essi e del loro insieme, la loro capacità predittiva (che è quella di ricostruire il nesso eziologico attraverso il passaggio per così dire “inverso” dall’effetto alla causa) che è propria di ogni operazione diagnostica, ha un carattere relativo, condizionato dal grado di omogeneità delle situazioni oggetto di osservazione, nel rapporto probabilistico tra passato e futuro. Ed è appena il caso di dare atto che, nell’attuale momento storico, caratterizzato dalla nota pandemia, è dallo sconvolgimento dei risultati econometrici calcolabili in precedenza secondo i più corretti criteri di calcolo probabilistico, si è verificata una eccezionale causa di “forza maggiore” la quale certamente dovrà comportare un rinvio della riforma in commento e la difficile ma necessaria elaborazione di nuove “regole di sistema”, come regole dell’emergenza, non escluse forme di “aiuti pubblici” all’impresa.

5. – È stata certamente la scelta di spostare il baricentro della disciplina della gestione dell’impresa e segnatamente di quella collettivamente gestita dall’insolvenza alla crisi a dettare nuove regole di comportamento funzionali alla più pronta rilevazione dei segnali di crisi e all’adozione dei provvedimenti più opportuni in vista del superamento della crisi.

Di qui la giusta constatazione [sopra ricordata] che all’imprenditore – e probabilmente ai consulenti di cui si dovrà circondare – viene fatto carico dell’acquisizione “di una massiccia dose di cultura economico-aziendale”. Ad esempio il rapporto, almeno semestrale, dell’organo amministrativo deve

riguardare sia il generale andamento della gestione, sia la sua prevedibile evoluzione. La strumentalità contabile che l'adozione di questo compito comporta è assai complessa. La rilevazione dei "flussi di cassa prospettici" non ha (come il rendiconto finanziario di cui all'art. 2425) mera portata storica, ma si basa su previsioni: la somma algebrica di *inflows* o *outflows* indica il *deficit* o il *surplus*. Ma il *deficit* va confrontato con la liquidità proveniente da affidamenti bancari, occasione a loro volta di nuovi *outflows*; le dilazioni di pagamento possono portare ad un temporaneo pareggio; ma il ricorso ad esse può essere già segno di "squilibrio", di cui andrà analizzata la causa (se occasionale o strutturale) prima che a deciderlo sia l'agente esterno, il mercato, determinando esso sì la piena simmetria anzi la coincidenza fra insolvenza prospettica e insolvenza reale.

In generale, e valutando la vastità e la complessità tecnica richiesta per dare compiuta ed esatta attuazione sia all'obbligo di rilevare per tempo la crisi, sia di contrastarla, qualora essa si presenti, con la massima tempestività assumendo le iniziative necessarie per farvi fronte in quella situazione, è apparso (Inzitari) che si tratti di "un obbligo di comportamento nuovo che va ben oltre il dovere primario di eseguire la prestazione dovuta". Si aggiunge che si tratta di comportamenti che sono "connessi all'adempimento, ma si collocano all'esterno di esso".

Ciò è certamente vero se riferito al soggetto – l'imprenditore, individuale o collettivo che sia – e all'adempimento delle obbligazioni che fanno capo ad esso verso i terzi, variamente creditori di somme di denaro, di beni o di servizi. Come rilevano esattamente Abriani e Rossi "un eventuale assetto organizzativo non adeguato, nell'ambito di un giudizio di responsabilità degli organi sociali, non sarà mai l'*eventus damni*, ma al più potrà essere allegato come presupposto dell'*eventus damni*, con la conseguente difficoltà insita sia nello stabilire un efficiente nesso di causalità tra inadeguato assetto organizzativo ed evento dannoso ... sia (visto che la lacuna organizzativa si tradurrebbe in inadempimento omissivo) nella allegazione controfattuale di un assetto organizzativo capace in sé di impedire l'evento dannoso".

In altre parole tuttavia è ovvio che, se non vi sono inadempimenti ad obbligazioni che fanno capo ad un'impresa e che sono dipendenti dalla sua incapacità patrimoniale a farvi fronte, l'imprenditore o i gestori delle impresa organizzata in forma societaria non dovranno rispondere verso i terzi creditori per comportamenti – non soltanto omissivi – connessi alla inattuazione o inesatta attuazione degli obblighi di comportamento che l'ordinamento pone a carico dell'imprenditore – individuale o collettivamente organizzato – in base alle norme sopra ricordate. Ma nelle imprese collettivamente organizzate l'inesatta attuazione di quegli obblighi,

variamente distribuiti fra gli organi sociali, costituisce in primo luogo inadempimento dei soggetti che rivestono le cariche sociali cui compete di darne esatta attuazione; e, nel caso sia derivato danno al patrimonio sociale o ai creditori, questo inadempimento dà fondamento all'azione di responsabilità. Non appare invece del tutto condivisibile l'ulteriore deduzione (tratta da gli autori da ultimo citati) secondo cui l'inosservanza delle regole circa l'adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili si traduce in una scelta di allocazione di risorse comunque limitate e, in ipotesi, destinate a un'operazione di gestione "esterna" piuttosto che in investimenti su assetti organizzativi "interni"; e quindi l'inosservanza rientrerebbe entro le condizioni di operatività della *judge business rule* inerendo sostanzialmente al merito amministrativo.

Quest'ultima deduzione deve essere corretta perché, trattandosi di obblighi disposti dalla legge imperativamente, viene meno la prima condizione che deve sussistere perché possa negarsi la possibilità di una valutazione giudiziale che verta sul merito amministrativo: per il principio di non contraddizione non può ridursi a valutazione del merito un rilievo che attiene alla illegittimità di un comportamento anche se soltanto omissivo. Inoltre in linea di principio le intervenute prescrizioni legislative costituiscono specificazione dei compiti di cui è già tenuto l'organo amministrativo o il gestore che dir si voglia, quale quello diretto alla conservazione del patrimonio sociale (arg. ex artt. 2394 e 2486 c.c.) e delle modalità in cui essi compiti si devono articolare in relazione al tipo sociale ma soprattutto alla "natura e alle dimensioni dell'impresa" secondo un generale criterio che risale fino all'originario dettato del II comma dell'art. 2214 c.c. Non solo ma, come sopra ricordato, l'enunciazione normativa di quei doveri integra e specifica (correlativamente riducendo margini di discrezionalità) i principi di corretta amministrazione (arg. ex art. 2403 c.c.) e soprattutto il fondamentale principio di diligenza di cui all'art. 2392 che, a questo punto, appare opportuno rivisitare nei suoi termini generali.

6. – In via di estrema sintesi può rilevarsi che il momento oggettivo della prestazione, quello che realizza l'utilità che il creditore assegna alla prestazione o mira a realizzarla in alcune tipologie di obbligazioni, non si identifica con il comportamento strumentale del debitore, che però resta il vero oggetto dell'obbligazione, ma rimane separato da esso: talché dal suo mancato conseguimento non consegue affatto l'inadempimento dell'obbligazione. L'estensione precisa di ciò che il debitore sarà chiamato a fare identificherà il "comportamento diligente del debitore che però rimane sempre un "mezzo" per raggiungere un risultato cui certamente il creditore aspira, ma che il debitore non è tenuto a garantire. Si identifica così un

gruppo di obbligazioni aventi ad oggetto un “*facere*” non in sé considerato (come avviene nel rapporto di lavoro subordinato) ma pur sempre strumentale ad un risultato utile cui il creditore aspira. In linea di prima approssimazione, la “*summa divisio*” appare identificarsi in base alla distinzione tracciata tra i due commi dell’art. 1176 c.c. che, con riferimento alle obbligazioni inerenti ad un’attività professionale, distacca la nozione di diligenza dal parametro tradizionale del “buon padre di famiglia” per imporre il parametro costituito dalla “natura dell’attività esercitata”. A tale stregua, la prestazione stessa si identifica con l’attività posta in essere secondo le regole di diligenza e di perizia professionale; il comportamento conforme a tali canoni, anche se delude le aspettative del creditore, non opera come criterio di esclusione di responsabilità per non imputabilità del fatto impeditivo dell’adempimento, ma integra puramente e semplicemente gli estremi dell’esatto adempimento. Talora è stato lo stesso legislatore ad operare la scelta di regolare talune attività di “lavoro autonomo”, particolarmente qualificato, come quelle degli amministratori di società di capitali, passando dal generico parametro del “buon padre di famiglia” al quale –tramite il medio logico costituito dal richiamo alla diligenza del mandatario–faceva riferimento l’art. 2392 c.c. prima della riforma del 2003, a quello della diligenza “richiesta dalla natura dell’incarico” come dispone oggi il primo comma dell’ articolo 2392 c.c. Il dovere di diligenza che gli amministratori devono osservare nello svolgimento del loro compito è così riportato all’indicazione generale di cui al II comma dell’art. 1176 c.c. Come chiarisce opportunamente la Relazione alla legge di riforma del 2003 (par. 6 III 4) l’obbligo di usare la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico “non significa che gli amministratori devono necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria e in ogni settore dell’amministrazione dell’impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere ‘informate’ e meditate, basate sulle rispettive conoscenze, e frutto di un ‘rischio calcolato’ e non di irresponsabile o negligente improvvisazione”. Il passo riportato ci pare emblematico per identificare i caratteri di queste categorie di obbligazioni (al pari di quelle che originano dall’esercizio delle libere professioni intellettuali) e delle corrispondenti prestazioni. Ci si riferisce ovviamente alla dicotomia, di origine dottrinale (a partire dall’opera di R. Demogue, *Traité des obligations en general* del 1925, seguita in Francia dalla monografia di J. Frassard, ripresa e sviluppata in Italia dal noto saggio di L. Mengoni nella Rivista di diritto commerciale del 1954) fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato e del ruolo che vi gioca la dirigenza nel caso di amministratori di imprese societarie non diversamente da quanto accade nell’esercizio di attività libero-professionale (particolarmente quelle del medico o dell’avvocato) *ex parte creditoris*. Esiste un interesse avuto di mira:

nel caso dell'avvocato che fornisce patrocinio in causa, l'esito favorevole del processo; nel caso di ricorso al medico in presenza di malattia, il raggiungimento della guarigione; nel caso di amministratori di imprese societarie, il raggiungimento del maggior utile di impresa, lo *share value* e comunque la mancanza di pregiudizio al patrimonio sociale. Ma nessuno di questi esiti sperati – che pure costituiscono la ragion d'essere per il creditore della costituzione del vincolo obbligatorio – è anche oggetto dell'obbligazione è cioè compreso nella sfera della prestazione. Nel caso dell'obbligazione degli amministratori di società l'imposizione dell'obbligo di diligenza quale "richiesta dalla natura dell'incarico" non incrina la vigenza della cosiddetta *business judgement rule* in cui si esprime il divieto per il giudice di sindacare il merito delle decisioni manageriali, anche quando esse abbiano arrecato danno alla società. Ma la regola di diligenza "professionale", in presenza del rischio proprio di ogni attività imprenditoriale dovrà conformare ad essa la condotta dell'amministratore. Essa regola stabilirà non il contenuto ma il "come" prendere occasioni imprenditoriali e determinerà in tal modo l'estensione di ciò che "il debitore" è tenuto a fare. Non si tratta affatto di un criterio di esonero da responsabilità per il caso di inadempimento, perché l'amministratore che avrà osservato il suo dovere di diligenza in relazione a tutte le circostanze del caso (tipo di società amministrata, sue dimensioni, settore di attività, sua capacità finanziaria in relazione alla rilevanza dell'operazione ed ogni altra possibile situazione che connota l'affare) anche nel caso che dall'operazione abbia a derivare un danno per la società, non sarà inadempiente all'obbligazione assunta. E correlativamente se il danno sarà conseguenza di inosservanza di norme o di un "rischio non calcolato", secondo i principi aziendalistici che connotano l'attività di gestione dell'impresa, ci sarà inadempienza e obbligazione risarcitoria.

Occorre altresì chiarire un equivoco che potrebbe essere insito nell'affermazione di Inzitari secondo cui anche alle obbligazioni pecuniarie si applica la regola di diligenza. Infatti, se si assume la prestazione come l'oggetto dell'obbligazione, con riferimento ad alcune tipologie di prestazione (e particolarmente a quelle di "dare", fra le quali rientrano le obbligazioni pecuniarie) il momento oggettivo della prestazione, identificato con il conseguimento del "bene dovuto" si presenta come la normale conseguenza del "comportamento dovuto" dal debitore che realizza così il soddisfacimento dell'interesse del creditore. Anche in queste ipotesi il parametro della diligenza può assumere qualche rilievo, ma esso rimane esterno ed estraneo al contenuto dell'obbligazione, che si integra e si precisa, semmai, alla stregua della regola di correttezza e di buona fede oggettiva. Uno scrutinio in termini di diligenza (secondo il parametro di cui al I comma

dell'art. 1176 c.c., quello del "buon padre di famiglia") potrà venire in considerazione solo allorché, intervenuto un fatto impeditivo dell'adempimento, la valutazione del comportamento del debitore ad una stregua di diligenza sarà uno dei criteri per valutare l'imputabilità o meno del fatto impeditivo al debitore.

7. – E qui occorre qualche ulteriore specificazione di raccordo tra la disciplina generale – quale essa si evince in base al II comma dell'art. 1176 c.c. – e l'attuazione dei doveri specifici, ma compresi nella regola di buona e corretta amministrazione dettati dal nuovo II comma dell'art. 2086 c.c.

Tale disciplina, come si è visto, non concerne direttamente il "merito" delle decisioni imprenditoriali, ma definisce imperativamente regole relative "come" e al "quando" quelle determinazioni devono essere assunte. La prima regola posta, per così dire, "a monte" è quella che obbliga a porre in essere l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile "adeguato" a cogliere i sintomi della crisi. La legge stessa individua i principali indicatori in presenza dei quali è ragionevole presumere uno stato di crisi (e stabilisce anche forme di segnalazione sia dall'interno dell'impresa collettiva – gli organi di controllo – sia *ab externo* di cui si è sopra parlato). La seconda, posta a valle della prima – che presuppone utilmente osservata – esige un ulteriore comportamento scisso in due fasi: la "tempestiva" reazione, la prima; e quindi l'adozione dei mezzi più idonei per fronteggiare il tipo di crisi rilevato (dal ricorso alle procedure di allerta in vista della composizione assistita della crisi fino in caso estremo di riconosciuta attualità e irreversibilità dell'impotenza finanziaria all'iniziativa per l'apertura della "liquidazione giudiziale").

Fanno capo agli amministratori i doveri che possiamo definire di "autocontrollo": – sia in funzione "proattiva" – quelli diretti a cogliere tempestivamente i segnali di crisi – sia in funzione "reattiva" – per l'attivazione degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per il superamento della crisi. Anche la predisposizione degli assetti organizzativi adeguati assurge così a scelta gestionale e passa da regola di condotta "implicita" a regola espressamente normata.

Ora, il puntuale ed esatto adempimento di ciascuna di queste di queste regole è comportamento dovuto ed esigibile, ma per ciascuno di essi non può negarsi la difficoltà nel tracciare la linea tra l'esatta osservanza della regola (e del dovere di diligenza che essa indica) e residui spazi di discrezionalità dell'amministratore che egli conserva e per i quali ed entro i quali soltanto può operare la *business judgement rule*. Con la conseguenza che il giudizio sull'osservanza del dovere di diligenza, entro tale spazio, va formulato "ex ante" e non in modo necessariamente vincolato al risultato

negativo che ne sia seguito; tenendo conto naturalmente del fondamentale criterio offerto “dalla natura e dalle dimensioni dell’impresa” e di tutti gli elementi conosciuti o conoscibili in base al grado di diligenza richiesto all’amministratore.

È stato acutamente individuato (Terrizzi) una sorta di *trade-off* fra gli interessi ai quali l’amministrazione della società deve essere finalizzata: interesse dei soci o interesse dei creditori; interessi che possono essere disallineati proprio in occasione della crisi d’impresa. In relazione ai valori espressi dall’ordinamento positivo l’alternativa parrebbe porsi tra promozione della “continuità aziendale” da un lato o preservazione dell’integrità del patrimonio sociale dall’altro.

Naturalmente, sul piano operativo, il dilemma può porsi e condurre l’organo amministrativo a dover prendere decisioni molto difficili e che non sono disgiunte dall’intrinseco rischio scaturente dall’esercizio dell’attività economica (e che come tali rientrano fra le scelte “di merito” sottratte, in quanto tali al sindacato giurisdizionale). Ma il criterio teorico sulla base del quale devono essere operate le determinazioni è quello noto: la prosecuzione dell’impresa potrà essere perseguita anche in una situazione di “crisi se essa è funzionale alla conservazione del valore dell’impresa”. L’ordinamento offre una serie di istituti (dalla attivazione della procedura di allerta in funzione della composizione assistita della crisi, alla presentazione di un “piano attestato”, fino alla stessa proposta di concordato in continuità) che costituiscono le procedure entro le quali possono essere discusse e condivise le scelte più opportune. La stessa procedura liquidatoria, a seguito della accertata insolvenza, dà spazio all’esercizio provvisorio, se “dalla interruzione può derivare un danno grave purché non arrechi pregiudizio ai creditori”.

Quando storicamente il valore essenziale della tutela del credito è stato massimo è quasi ossessivo, la disciplina sulla possibile continuazione dell’impresa dopo l’emersione dell’insolvenza è stata rigidissima. Mi riferisco agli artt. 794 e seguenti del Codice di Commercio del 1882 e all’art. 9 della legge 10 luglio 1930, n. 995, in forza dei quali la decisione di continuare per qualche tempo l’esercizio dell’impresa dopo la dichiarazione di fallimento era rimessa alla scelta dei creditori – dei soli creditori chirografari a partire dalle 1930 – con una maggioranza qualificata; e lo *sfavor* per la ripresa dell’esercizio era così forte che, se dalla continuazione fossero derivati crediti prededucibili eccedenti l’attivo fallimentare, sorgeva la responsabilità personale, per tali debiti, dei creditori e di essi soltanto che hanno votato per autorizzare la continuazione. Ma in verità quando la prosecuzione dell’attività di impresa – soprattutto in funzione della cessione a terzi – è funzionale all’interesse dei creditori questa deve essere perseguita

anche all'interno di una procedura liquidatoria. Ciò avviene anche ogni qualvolta il valore dell'impresa in attività è comunque superiore a quello di liquidazione di ciascuno dei suoi componenti. In tal caso un conflitto fra continuazione dell'impresa e interesse del ceto creditorio non si pone neppure in una situazione di conclamata insolvenza. Non diversamente dovrebbe avvenire nella situazione di insolvenza soltanto prospettica sulla base del principio che in tale situazione il valore della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale segna il punto di coincidenza fra l'interesse dei creditori e quello stesso dei soci.

Tutto ciò non vale a portare modifica alla disciplina generale desumibile dall' art. 1176 c.c. La prescrizione che se ne trae è quella che "il comportamento dovuto" – quale è determinato dalla fonte dell'obbligazione e dalla sua eventuale integrazione secondo una stregua di buona fede oggettiva – sia reso "in modo diligente", non identificandosi dunque la "diligenza" con il "comportamento dovuto". La prestazione del debitore, anche quando oggetto dell'obbligazione è una prestazione professionale che richiede un elevato grado di perizia (quale nella sostanza è quella dell'amministratore di società commerciali) consiste (cfr. Breccia; Rovelli) nel porre in essere una attività "strumentale" al conseguimento del risultato "tipico" che il creditore può legittimamente attendersi in presenza del comportamento dovuto; "nella quale hanno rilievo sia le misure dirette a conseguire il risultato" sia quelle esigibili – come appunto quelle sopra ricordate che non solo sono esigibili, ma addirittura imposte – "dirette ad opporsi a tutti i fatti che possono in vario modo pregiudicare le aspettative del creditore".

Per le obbligazioni professionali o a questi fini ad esse equiparabili – come quelle di gestione di un'impresa – il concetto astratto di diligenza andrà a precisarsi sul parametro di "standards" tipici e oggettivamente valutabili, pur se la loro concreta applicazione sconta la necessità di adeguarli al contenuto specifico di ogni rapporto e ai suoi caratteri particolari. La via è aperta all'elaborazione di "protocolli" (come avviene entro le discipline mediche) la cui costruzione è da affidare alla "comunità scientifica" che presiede allo studio della "organizzazione, amministrazione e contabilità" dell'impresa e dunque alla scienza aziendalistica.

In ogni caso, una responsabilità patrimoniale potrà essere affermata a tale titolo solo se è per quanto all' ipotizzato inadempimento dell'obbligazione a porre in essere degli "asseti adeguati" sia conseguita l'intempestiva rilevazione dei sintomi di crisi e questa abbia prodotto a sua volta una meno efficace "reazione", causa della irrecuperabilità della incapacità patrimoniale.

Va dunque ribadito che la responsabilità degli amministratori è sempre

una responsabilità da inadempimento; che questo si verifica se non sono osservati i doveri imposti dalla legge o dallo statuto, prima di tutto il dovere di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (e quindi nel rispetto di tutte quelle cautele, verifiche, informazioni tratte anche dalla predisposizione di un assetto organizzativo adeguato) tenuto conto anche delle loro specifiche competenze.

Come autorevolmente espresso con grande chiarezza (Bonelli) "manca nel nostro ordinamento un obbligo di non commettere errori e di prendere le decisioni convenienti"; ma resta fermo il controllo giudiziale per "valutare la corretta procedimentalizzazione del processo decisorio, cioè se gli amministratori hanno agito con quelle cautele, verifiche e informazioni preventive richieste dalla diligenza professionale".

Con riferimento agli obblighi di "curare" da un lato e "valutare" dall'altro (per riferirsi ai rispettivi compiti dei delegati e dei non esecutivi in caso di consiglio di amministrazione articolato fra amministratori delegati e non) gli assetti organizzativi adeguati, l'obbligo si presenta come "specifico e dettagliato"; ma non fino al punto da escludere in ogni caso margini di discrezionalità gestionale, da esercitare comunque, secondo ragionevolezza, attraverso un percorso decisionale idoneo a compiere scelte ponderate. Solo entro questo spazio potrà trovare applicazione la *business judgement rule* quale punto di equilibrio tra l'*enforcement* all'adempimento dei doveri degli amministratori e il pericolo di disincentivare gli amministratori stessi dall'assunzione del normale rischio di impresa.

8. – Se assumiamo, come dobbiamo assumere, quale soggetto destinatario degli obblighi di comportamento tracciati dal legislatore della riforma (quello non soltanto di rilevare per tempo la crisi per contrastarla, quanto e ancor prima di mettersi nelle migliori condizioni per poterlo fare) l'impresa stessa e dunque l'imprenditore che la gestisce, notiamo un dato caratteristico che lega tutti i comportamenti novellamente posti a carico dell'imprenditore dall'art. 2086 e che mirano a tradurre in vincolo giuridico quelle che sono regole di comportamento dettate dalle scienze aziendalistiche e poste per realizzare l'interesse dello stesso soggetto a carico del quale esse sono prescritte: l'imprenditore appunto.

Il "mantra" dell'articolo 2086 c.c. – espressamente ripetuto dall'art. 377 del codice della crisi – e posto all'esordio della disciplina in tema di amministrazione per ciascuno dei tipi societari, va a situarsi, per la società per azioni, a completamento dell'art. 2380-bis c.c., non per aggiungere un'ulteriore funzione all'operato dell'organo amministrativo che andrebbe a sommarsi a quelle riassunte come compimento delle "operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", ma come specificazione delle modalità

con cui quelle operazioni gestionali devono essere compiute. E poiché quelle, ivi assunte sono sostanzialmente quelle stesse modalità che l'operatore sarebbe tenuto ad effettuare se rispettasse le migliori regole della scienza aziendale entro un sistema giuridico di riferimento, si può constatare che, nella sostanza, il legislatore della riforma ha voluto rendere giuridicamente vincolanti regole nate come regole tecniche, dare così sostanza "precettiva" a regole di natura "descrittiva": e così definire *ex jure* un precetto in cui si concreta il "rispetto dei principi di corretta amministrazione" (e ne costituisce l'ovvio, necessario presupposto). E qui è necessario un breve *excursus* di teoria generale per chiarire i termini da ultimo adoperati. Le regole giuridiche sono regole "prescrittive" di per sé imperative, le regole tecniche no; esse sono soltanto descrittive del nesso fra una causa e un effetto. Nel pensiero giuridico di matrice marxista è emersa una riflessione utile a cogliere il senso di tale differenziazione. Dovendo tradurre in termini giuridici il postulato di Marx ed Engels secondo cui nella preconizzata società comunista non ci sarà più "governo sugli uomini", ma semplice "amministrazione delle cose", Pasukanis spiegò che questo sarà reso possibile perché in tale società presunta a-conflittuale, vi saranno ancora regole di comportamento ma queste non saranno regole giuridiche, ma regole tecniche. E una regola è tecnica quando mette in relazione fra loro una causa è un effetto, un mezzo e uno scopo. Tali sono tutte le regole espresse dalle scienze naturali: dalla loro descrizione in termini causa-effetto da parte della ricerca per così dire "pura", si passa alla loro applicazione pratica secondo la coppia mezzo-scopo. Saremmo invece portati a ritenere che la regola giuridica sia "*naturaliter*" prescrittiva, posta per obbligare ad un comportamento. Ma anche essa può diventare "descrittiva", e dunque "regola tecnica", ad una condizione: che vi sia identità di scopo tra chi è chiamato a "dire" la regola del caso concreto e chi è destinatario della sua prescrizione. Come nell'esempio che fa Pasukanis, anche il rispetto di queste regole potrà essere assistito da sanzioni o da costrizioni. Ma il loro rispetto sarà tendenzialmente spontaneo, come spontaneo è, per noi, l'adeguamento alle prescrizioni del medico, anche quando esse comportano sacrifici o costrizioni, perché sappiamo essere volte unicamente alla miglior tutela del nostro interesse; e tali anche quando in certe occasioni si manifestano in forme "invasive". Anche la "sintomatologia" è tecnica conosciuta e largamente utilizzata proprio nelle scienze mediche. E a ben vedere proprio da queste ultime è tratto il "mantra" dell'art. 2086 c.c. – e delle sue ulteriori specificazioni – quello di indicare anche all'operatore economico il dovere di agire utilizzando le tipiche scansioni di quelle scienze: diagnosi, prognosi e terapia. E non è forse un caso che un grande intellettuale come Michel Foucault, espressione della nostra cultura occidentale, abbia ritenuto a sua

volta che il diritto non sarà destinato a scomparire ma conterrà prevalentemente regole che egli chiama “regole medicali”.

Là dove nell'esercizio dell'impresa non vi è eterogestione (penso naturalmente all'imprenditore individuale) il rispetto delle nuove regole è come il rispetto delle prescrizioni del medico: si trarrà giovamento dalla loro osservanza. In caso di inosservanza o di negligente attuazione il soggetto-imprenditore potrà risentirne un danno; ma (direbbe un civilista di antica scuola) egli risentirebbe quel danno (soprattutto) a titolo di “autoresponsabilità”; come, sub Iulio, il dichiarante caduto in errore era tenuto al rispetto del vincolo negoziale nonostante l'assenza del fondamentale requisito della “volontà”, se l'errore è “inescusabile”.

Là dove invece vi è eterogestione e la funzione gestoria è coperta dall'organo amministrativo, quel le regole “descrittive” assumono *vis* “prescrittiva”; e se dalla loro violazione discenderà danno, di esso potrà dover rispondere il soggetto che lo ha causato secondo le regole di volta in volta applicabili. Pertanto le regole così dettate costituiscono, *ope legis*, principi di corretta amministrazione, valendo la loro traduzione in norme giuridiche prescrittive a circoscrivere aree di discrezionalità più presenti in regole soltanto “tecniche”, dotate di natura solo descrittiva; e ben possono così costituire i parametri certi per verificare responsabilità nei casi in cui la loro inosservanza sia stata causativa di danno.

9. – Alcune considerazioni finali non possono mancare a proposito dell'attuazione da parte del legislatore delegato dell'art. 14 lettera e) della legge n. 155 del 2017 che chiedeva l'emanazione dei “criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro l'organo amministrativo della società fondata sulla violazione dell'art. 2486 del codice civile”. Non si individuano nella legge delega precisi criteri direttivi. Certamente la liquidazione del danno di cui gli amministratori sono “personalmente responsabili” per atti od omissioni compiuti in violazione del I comma dell'art. 2486 c.c. (per cui al verificarsi di una causa di scioglimento e fino alla consegna ai liquidatori “gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”) è materia che ha da sempre posto problemi agli operatori ed ha conosciuto contrasti sia in dottrina che nella giurisprudenza. L'indubbia difficoltà di calcolare il quantum del pregiudizio derivante da singoli, anche se spesso numerosi, atti di *mala gestio*, ha visto, nel caso di azioni di responsabilità promossa dal curatore fallimentare, prevalere il ricorso all' art. 2486 c.c. che consente di concentrare la *causa petendi* nella violazione del ricordato precetto di gestione conservativa ed ha aperto il ricorso a due criteri presuntivi: quello cosiddetto

della “differenza tra attivo e passivo fallimentare” è quello detto della “differenza dei netti patrimoniali”. Per la verità le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 6 maggio 2015 n. 9100 hanno posto rigorosi limiti al ricorso a criteri presuntivi ammissibili soltanto in funzione di liquidazione equitativa quando ne ricorrono i presupposti. Ivi si afferma che nell’azione di responsabilità promossa nei confronti dell’amministratore “l’individuazione e la liquidazione del danno risarcibile deve essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell’amministratore ... che l’attore ha l’onere di allegare, onde possa essere verificata l’esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti e il danno di cui si pretende il risarcimento. Nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all’amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l’attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l’accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili a l’operato dell’amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto”. La linea è stata ribadita e ulteriormente motivata dalle Sezioni Unite stesse con la sentenza del 5 luglio 2017 n. 16601 ove si afferma: “postulare che l’amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società sol perché non ha correttamente adempiuto all’obbligo di conservazione delle scritture contabili ... equivale, in tale situazione, ad attribuire al risarcimento una funzione palesamente sanzionatoria. Ciò potrebbe oggi forse non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un contenuto *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento, ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi in cui una qualche norma di legge lo preveda”.

In questa situazione, in cui la giurisprudenza di legittimità si stava assestando sulla linea che, dato il carattere vincolante, ai sensi dell’art. 1223 del codice civile, del principio che esige la ricorrenza del nesso di causalità fra l’azione od omissione generatrici di responsabilità e il danno – per l’intero ammontare del quantum da risarcire –, il legislatore delegato (art. 378) ha introdotto due criteri di quantificazione del danno “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma dell’art. 2486”: il primo posto a regola generale, il secondo, in funzione suppletiva quando mancano gli elementi per poter applicare il primo criterio. Il primo è quello

sopra ricordato come criterio cosiddetto dei “netti patrimoniali”, il secondo quello del criterio cosiddetto differenziale.

La regola generale, dunque, introduce una presunzione di quantificazione del danno in misura pari alla “differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l’amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di procedure concorsuali, alla data di apertura di tale procedura, ed il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento”. La presunzione può dirsi “relativa” (solo) perché è fatta salva “la prova di un diverso ammontare”. Se, come appare nell’ipotesi più tipica, l’illecito è rappresentato dalla “prosecuzione dell’attività di impresa”, e il danno è rappresentato dalla differenza tra il valore dell’azienda al momento del verificarsi di una causa di scioglimento della società e quello che i beni aziendali conservano al momento dell’apertura di una procedura concorsuale, allora emergono criticità della norma con cui il magistero interpretativo deve fare i conti anche in funzione conservativa della sua stessa applicazione.

In primo luogo occorre partire dalla stessa definizione di “presunzione” legale posta all’art. 2727 c.c. Ivi si afferma che “le presunzioni sono le conseguenze che la legge ... trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto”. Primo fatto noto è nella situazione descritta all’art. 2486 c.c. il verificarsi di una causa di scioglimento della società; (di regola quella – prevista dall’art. 2484, n. 4 – di riduzione del capitale per perdite al di sotto del minimo legale e non seguita da pronta convocazione dell’assemblea ed alla conseguente delibera di riduzione e di contemporaneo aumento non inferiore al minimo legale, o sua trasformazione); a questo “fatto noto” consegue l’obbligo degli amministratori in carica di “gestire la società ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale”.

La violazione di questo obbligo costituisce l’ulteriore “fatto noto”, al quale la presunzione legale (semplice) ricollega la “conseguenza” dell’esistenza dell’obbligazione risarcitoria nella misura sopra indicata. La prova contraria in tal caso è bensì ammessa, ma consente alle parti convenute nel giudizio di responsabilità soltanto la prova di una “diversa” – è da supporre, in tal caso, minore misura dell’ammontare del danno. Sembrerebbe dunque che la norma, letta nella sua letteralità non si limiti a riguardare la “quantificazione” del danno (rispetto alla quale determinazione la presunzione legale è soltanto relativa), ma postuli, questa volta con presunzione assoluta l’esistenza del danno e il nesso causale tra la violazione accertata e l’esistenza del danno. In realtà però poiché tale regola generale, sancita nel III comma novellamente introdotto dell’art. 2486 si applica solo “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo”; e il secondo comma di tale articolo sancisce la

responsabilità personale e solidale degli amministratori “per i danni arrecati “al patrimonio sociale per condotte (omissive o commissive) poste in essere “in violazione del precedente comma”, l’operatività della presunzione legale semplice introdotta con il III comma si applica solo (così dovendo intendersi l’espressione “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo”) allorché è accertato non solo l’inadempimento ma anche l’esistenza di un rapporto di causalità tra l’inadempimento e il danno di cui si pretende il risarcimento. Se così non fosse seri dubbi sorgerebbero sulla legittimità costituzionale di un testo normativo con il quale il legislatore delegato, in assenza di criteri direttivi che orientassero in tale direzione, andasse a sterilizzare un principio generale, quale quello sancito dall’art. 1223 del codice civile – richiamato anche per la responsabilità aquiliana – salvo forse ipotizzare l’operatività dell’antico brocardo “*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*” applicabile però solo là dove, poiché l’inadempimento “dipende da “dolo” non opera la regola che il risarcimento è limitato tu al “danno prevedibile”. Non solo, ma poiché il testo aggiunto si inserisce al III comma di una disposizione che, come si è detto, postula per l’insorgenza di responsabilità risarcitoria, l’esistenza del nesso eziologico fra l’inadempimento e “i danni arrecati” da “atti od omissioni” in cui si concreta l’inadempimento stesso, una presunzione legale assoluta, che prescindendo dalla prova del nesso causale, andrebbe a contraddire il significato reso palese dal testo normativo che intende solo completare, introducendo la disciplina relativa al “*quantum*”, essendo quella sull’*an* dettata al precedente comma.

Questa proposta interpretativa – in qualche modo “adeguatrice” – può valere anche ad ovviare ad un grandissimo inconveniente segnalato da Abriani e Rossi. Come esattamente osservato, presupposto dell’applicazione del III comma dell’art. 2486 – e dunque del calcolo dell’ammontare del danno secondo i criteri sopra indicati (quello dei netti patrimoniali, ove possibile; altrimenti quello cosiddetto differenziale) – è l’accertamento della violazione dell’obbligo di gestire la società ai soli fini della conservazione del valore del patrimonio sociale. Ciò, in effetti, non significa che al verificarsi di una causa di scioglimento l’attività di impresa debba cessare: questo è smentito anche letteralmente dal I comma lettera b) dell’art. 2487 del codice civile dove si prevede che, contestualmente all’accertamento di una causa di scioglimento, l’assemblea – appositamente convocata ove non abbia provveduto prima, come può avvenire in caso di riduzione del capitale sotto il minimo legale, in cui scatta per l’amministratore l’obbligo di convocare “senza indugio” l’assemblea “per gli opportuni provvedimenti” – provveda, fra l’altro, a indicare “gli atti necessari per la conservazione del valore dell’impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio anche di singoli rami in funzione del

miglior realizzo” – nonché, in caso di fallimento, dalla ancora vigente art. 104 legge fallimentare (e fra qualche mese art. 211 cci). Questo conferma – come già in precedenza osservato – che una gestione liquidatoria non è incompatibile con la prosecuzione dell’attività di impresa; anzi può essere essa stessa funzionale alla miglior conservazione del patrimonio sociale. L’esito di tale sperimentazione, pur plausibilmente programmata in funzione conservativa (soprattutto in vista del maggior valore di una azienda in *going concern* che di beni aziendali disaggregati) può dare risultati negativi. Ma, come osservato dagli Autori citati: “nel corso dell’azione di responsabilità dovrà anzitutto essere accertato attraverso il *business judgement rule* e all’esito di una valutazione rigorosamente *ex ante* (non certo dipendente dal risultato delle scelte degli amministratori) che invece la situazione economico e finanziaria dell’impresa avrebbe imposto veramente la cessazione dell’attività di impresa subito al verificarsi della causa di scioglimento”. Se, nel processo, ci sarà separazione tra giudizio sull’*an debeatur* e quello sul quantum, la decisione sul punto dovrà essere presa nel primo giudizio; se ci sarà “*simultaneus processus*” la questione dovrà essere egualmente affrontata e decisa prima di passare al calcolo dell’esatto ammontare del risarcimento.

Tuttavia, anche se, con il chiarimento interpretativo sopra suggerito, l’applicazione del criterio “generale” – quello cosiddetto dei patrimoni netti – può sottrarsi alla critica di prescindere dalla ricorrenza del nesso di causalità fra la condotta che induce responsabilità e il danno risarcibile, permangono nella concreta disciplina talune incongruenze solo in parte correggibili con una *best practice* applicativa. Tale, ad esempio, la determinazione tassativa del *dies a quo* per il calcolo del valore del patrimonio netto destinato a valere come diminuendo (nell’operazione di sottrazione da cui si ricava l’entità monetaria del danno risarcibile) giorno che è fissato tassativamente nel momento del verificarsi della causa di scioglimento. Ora, anche nell’ipotesi più lineare (forse solo di scuola) nella quale la perdita qualificata del capitale sia evidenziata nel bilancio di esercizio al momento in cui essa si è effettivamente verificata, si apre un procedimento che vede la convocazione dell’assemblea e lascia ad essa varie alternative possibili alla liquidazione. Già nella vigenza del regime anteriore alla riforma del 2003 era stato argutamente rilevato che lo “scioglimento della società” si verifica in momenti diversi a seconda del problema che si deve risolvere. E in ogni caso dovrebbero essere prima detratti dal sottraendo i costi sostenuti secondo un criterio di normalità tra la data del verificarsi della causa di scioglimento e quella di inizio della liquidazione; ivi compresi i costi sostenuti – oggi doverosamente – per i tentativi di risanamento concretamente praticabili, non esclusi, in un futuro prossimo, quelli per l’attivazione e svolgimento delle procedure di allerta. Nello stesso

tempo la data per il calcolo del diminutore è fissata in quella di “apertura” di una procedura concorsuale, e non in quella di formulazione della domanda; in correndosi così in una apparente contraddizione (o in una irragionevolezza di disciplina) con l’attuale disposto dell’art. 182 sexies della legge fallimentare (che appare essere sostanzialmente riprodotto dal codice della crisi sia con riferimento agli accordi di ristrutturazione che al concordato preventivo) per cui dalla data di presentazione di una domanda “protettiva” cessa di operare la stessa causa di scioglimento prevista dal n. 4 dell’art. 2484 c.c. e dunque il presupposto stesso della applicazione dell’art. 2486 c.c.

Ma il “*vulnus*” al principio che esige la ricorrenza del nesso eziologico si verifica quando, non rendendosi operativo il criterio “generale” si applica quello sussidiario, per cui il danno “è liquidato in una misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”.

Sembra assumere Bruno Inzitari che ciò sia in qualche modo inevitabile perché i criteri di cui all’art. 1223 c.c. sono “strumenti dal sapore micro” mentre la responsabilità *ex art.* 2486 c.c. ha carattere “macro” (perché il danno è la conseguenza “indiretta” sulla garanzia patrimoniale della ingiustificata protrazione dell’attività di impresa) cui “mal si adattano i criteri di diritto comune”.

Ma la regola posta all’art. 1223 c.c. ha carattere universale nei rapporti “obbligatorî” come ce l’hanno i principi di cui agli artt. 40–41 del c.p. Il danno indiretto alla garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c. altro non è che il danno diretto al patrimonio sociale. E l’imputabilità agli amministratori dell’intero “danno da insolvenza” necessita di specifica prova del collegamento della riduzione del valore del patrimonio a comportamenti dell’organo amministrativo che costituiscono inadempimento agli obblighi che ad esso fanno carico; e ciò non può non valere anche quando si tratta di determinare la misura dell’aggravamento del dissesto causato da inosservanza dell’obbligo di gestione conservativa *ex art.* 2486, I comma, c.c. La nuova disciplina comporta invece il totale sganciamento della misura del danno risarcibile dalla condotta eccedente la finalità conservativa. Ricorrendone le condizioni (impossibilità di calcolo dei netti patrimoniali per mancanza o irregolarità delle scritture contabili o “per altre ragioni”) colui che riveste la carica di amministratore al momento del verificarsi della causa di scioglimento della società e che abbia contravvenuto al dovere previsto all’art. 2486 c.c. causando così comunque un danno alla società, non risponderà soltanto di tale danno ma dell’intero sbilancio tra passivo e attivo fallimentare. Ed è appena il caso di sottolineare che una parte di tale sbilancio può essersi maturata non solo prima del verificarsi della causa di scioglimento, ma anche prima che l’amministratore

in quel momento in carica abbia assunto l'incarico stesso. Si può supporre che una parte rilevante delle perdite si sia addirittura verificata per "*mala gestio*" di un precedente amministratore e che, per l'inerzia dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione di responsabilità siano trascorsi i termini per proporla. Si dovrebbe ritenere che egualmente l'amministratore in carica per ultimo risponda anche di tale voce di danno. Qui si misura in primo luogo la distanza anche con un'apertura all'utilizzo di tale criterio di calcolo contenuta nella citata sentenza n. 9100 del 2015 della Corte di Cassazione in cui, in primo luogo, la mancata tenuta delle scritture contabili imputabile all'organo amministrativo costituiva condizione per introdurre il "criterio differenziale" (mentre nella formulazione attuale può anche prescindere da questa ragione di grave inadempimento dei doveri sociali). Inoltre il criterio differenziale era assunto solo nell'ambito di una valutazione equitativa del danno non potuto dimostrare (e proprio per il motivo indicato) nel suo preciso ammontare; ma sempre in un quadro di diretta connessione all'inadempimento, quantomeno con un grado di elevata probabilità. Nessun correttivo di questo tipo appare praticabile quando, in forza del criterio legale introdotto, il danno non potrà non essere provato in base alla piana applicazione del criterio legale con conseguente esclusione del criterio equitativo.

Non resterebbe che ascrivere la previsione che chiama gli amministratori a rispondere patrimonialmente dell'intero deficit risultante nel procedimento di liquidazione giudiziale alla figura del "danno punitivo", che ha trovato cittadinanza nel nostro ordinamento alle condizioni e nei limiti tracciati da Cassazione S.U. 5 luglio 2017 n. 16601. In assenza di indicazioni in tal senso nella legge delega si pongono seri problemi di legittimità della legge delegata che ha introdotto in materia una norma avente carattere sanzionatorio e come tale esige la piena osservanza degli artt. 23 e 25 della Costituzione, senza che ne siano individuabili le "basi" nella legge approvata dal Parlamento. E comunque lo spazio entro il quale la giurisprudenza ha ammesso l'introduzione nel nostro ordinamento del "danno punitivo" è condizionato alla ricorrenza di un requisito di diritto sostanziale: quello della proporzionalità tra la misura della sanzione e l'illecito da cui essa consegue. La disciplina appare carente sotto due profili: il primo riguarda la teorica applicabilità della sanzione, anche ove non ricorra la violazione dell'obbligo che ne determina invece l'applicazione: quello della corretta tenuta delle scritture contabili (salvo ritenere che le "altre ragioni" da cui può dipendere l'impossibilità di ricostruire la contabilità sociale dovrebbero ugualmente farsi risalire a comportamenti scorretti imputabili all'organo gestorio). Il secondo riguarda la modalità di calcolo dell'elemento punitivo che deve restare "esterno" all'ammontare

complessivo del danno realmente causato, così da poterne valutare la “proporzionalità”.

10. – Infine desidero ricordare quanto è stato rilevato da Abriani e Rossi e cioè che “il legislatore della riforma ha colto l’occasione per fare i conti con la massima espressione del potere giudiziario in almeno due occasioni: sia allorquando, pur non rinnegando la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica del piano di concordato preventivo introdotta da Cassazione Sezioni Unite n. 152/2013, all’art. 47, comma 1, CCII, ha restituito ai tribunali quel potere di verificare la “fattibilità economica del Piano” che la Cassazione aveva loro sottratto; sia con la norma in esame ... allorché ha preso evidentemente le distanze da quella Cassazione Sezioni Unite n. 9100/2015 che, tra l’altro, oltre a occuparsi di quantificazione del danno (negando ingresso nel nostro ordinamento al criterio cosiddetto differenziale, al limite recuperabile “al fine della liquidazione equitativa del danno”) ribadiva con forza la necessità di verificare l’esistenza di un rapporto di causalità tra gli inadempimenti contestati agli organi sociali e il danno di cui si pretende il risarcimento. Difficile non dichiararsi d’accordo. Ma mi siano consentite due precisazioni.

La prima è che, quanto alla restituzione al tribunale del compito di verificare la fattibilità economica, la tendenza “retroguardista” era già emersa con la cosiddetta mini riforma dell’estate del 2015. A tal proposito avevo osservato – in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale n. 421 – che “il nuovo articolo 161 per cui la proposta <deve indicare l’utilità specificamente individuata e economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore> è ricca di significati. La disposizione pare innovativa anche rispetto all’arresto giurisprudenziale di cui alle S.U. del 2013. Si tratta di un’obbligazione, così assunta, che ha carattere vincolante e rispetto alla quale l’insufficienza palese dell’attivo rispetto al fabbisogno è destinata ad operare sul piano della ammissibilità della domanda. La distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità economica, ancora pur possibile sul piano concettuale, tende a ridursi: come per le <convergenze parallele> di lontana memoria i due piani tendono a <convergere senza collidere>”. Si può prendere atto che, con l’attuale art. 47 I comma del Codice della crisi, il rigore della geometria euclidea ha fatto premio anche sul pur raffinatissimo “politichese” d’antan.

Quanto alla radicale presa di distanza dai principi enunciati dalle S.U. nella sentenza del 2015, mi è anche di personale conforto la lettura di un noto scritto di uno dei massimi giuristi italiani Natalino Irti (apparso sulla Rivista delle Società n. 5 del 2015) il quale, nell’ultimo paragrafo riporta la citazione di J. Ortega y Gasset. Questi dopo aver sottolineato come ogni

aspetto della nostra vita “è essenzialmente insicurezza” e come per questo l’uomo ha bisogno che qualche dimensione della sua vita sia sicura per affrontare, partendo da essa, “il problematico resto” concludeva: “questo era il diritto per i Romani”. Chiosava amaramente Irti: “oggi anche il diritto fa parte del problematico resto”. Ma concludeva in nota: “la speranza si risveglia se lo sguardo cade ad esempio sulla sentenza Cass., Sez. Un. civ. 6 maggio 2015 n. 9100 (pres. L. A. Rovelli; estensore R. Rordorf) che offre in motivazione una rigorosa sequenza di fattispecie e giudizi sussuntivi”.

Abstract

**FROM INSOLVENCY TO BUSINESS CRISIS.
EFFECTS ON CORPORATE LAW**

L’Autore si confronta con le modifiche che la riforma della crisi di impresa al diritto societario, con particolare attenzione all’obbligo di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato.

Author examines the amendments to corporate law provided by the reform of insolvency law, with particular attention to to establish adequate corporate structure.
