

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA
NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE".

Roma, 14-15 febbraio 2020

VINCENZO DI CATALDO - DAVIDE ARCIDIACONO

Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e *business judgment rule*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2086, co. 2, c.c. -
3. Il sindacato giudiziale sulle decisioni in tema di assetti organizzativi. Il
ruolo della *business judgment rule*. - 4. Un panorama comparatistico.

1. Premessa.

Il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, c.d. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di qui in avanti anche "Codice della crisi"), reca, come noto, disposizioni che modificano talune norme del codice civile, in tal modo incidendo sulla disciplina applicabile alle imprese e alle società *in bonis*. In materia di organizzazione di impresa il pensiero corre, in particolare, all'art. 375 del Codice della crisi che, per un verso, ha sostituito la rubrica dell'art. 2086 c.c. che oggi contiene disposizioni in materia di "gestione dell'impresa" e, per altro verso, e più significativamente, ha inserito un secondo comma il quale stabilisce il "dovere" per l'imprenditore "che operi in forma societaria o collettiva", "di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato

alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale". L'art. 377 del Codice della crisi, in tema di "assetti organizzativi societari", poi, richiama il novellato art. 2086 c.c. in relazione ai diversi tipi sociali capitalistici stabilendo che "la gestione dell'impresa" debba svolgersi nel rispetto di detto articolo e che essa spetti "esclusivamente" agli amministratori.

Le disposizioni appena ricordate hanno suscitato molteplici interrogativi e obiettivo del presente contributo è esaminare alcuni fra essi, alla luce della considerazione del sistema e di argomenti di tipo funzionale anche guardando alle interpretazioni e alle soluzioni normative presenti in alcuni degli ordinamenti più vicini al nostro.

In tal senso ci si può interrogare su come questa regola meriti di essere applicata, per un verso, ad imprenditori individuali di grandi dimensioni e, per altro verso, ad imprenditori collettivi di minime dimensioni. Nel far ciò sarà possibile meglio delineare la nozione di organizzazione che viene in rilievo ai fini dell'applicazione della disciplina in discorso. Strutturalmente collegato a questo problema è quello che concerne l'ambito di discrezionalità da riconoscere agli amministratori nell'organizzazione dell'impresa. Si pone, in particolare, il quesito circa l'applicabilità della *business judgment rule* anche a questa tipologia di decisioni. Una risposta affermativa a detto interrogativo avrebbe, come noto, l'effetto di limitare il sindacato giurisdizionale solo alle decisioni organizzative assunte in difetto di istruttoria, in conflitto di interessi, o che appaiano *ex ante* palesemente irragionevoli o irrazionali. Le restanti decisioni organizzative, invece, sarebbero da considerare conformi ai parametri fissati dalla legge, anche se, *ex post*, queste ultime si siano rivelate errate ed abbiano arrecato danni alla società, a singoli soci o a terzi. Una parte degli interpreti ritiene di escludere l'applicazione della

business judgment rule alle decisioni di organizzazione di impresa mercé la distinzione tra decisioni imprenditoriali, cui solo si applicherebbe la *business judgment rule*, e decisioni di organizzazione, cui tale regola non si applicherebbe, e facendo altresì leva sul dettato normativo che pone la cura dell'adeguatezza dell'organizzazione d'impresa come oggetto di un obbligo giuridico fissato dalla legge e, come tale, sottratto da valutazioni discrezionali degli amministratori. Il presente contributo punta a porre in luce i termini della questione e ad evidenziare, anche per il diritto italiano, la sussistenza di un ambito incomprimibile di discrezionalità degli amministratori in punto di conformazione di assetti organizzativi adeguati come tale sottratto al sindacato giurisdizionale.

2. *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2086, co. 2, c.c.*

A seguito della novella attuata dalla riforma del diritto societario del 2003, gli artt. 2381 e 2403 c.c., nell'ambito della disciplina delle s.p.a., ma con disposizioni ritenute espressione di principi generali di diritto dell'impresa, hanno sancito che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile debba essere adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa ripartendo i compiti relativi alla "cura" e alla "valutazione" dell'adeguatezza di detto "assetto" fra organi delegati e deleganti e assegnando al collegio sindacale il dovere di vigilare sull'adeguatezza di tale assetto nonché sul suo "concreto funzionamento"¹.

La formulazione di detti principi è stata, sia pure in parte, testualmente ripresa dall'art. 375 del Codice della crisi che, come noto, ha novellato l'art. 2086 c.c. introducendo un secondo comma il quale, oltre ad esprimere il principio dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile alla natura e alle dimensioni dell'impresa, ha

¹ In tal senso, fra gli altri, BUONOCORE, voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, 2007, 779.

precisato, per un verso, che la strutturazione adeguata degli assetti costituisca oggetto di un “dovere” in capo all’“imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva”, e, per altro verso, che detti assetti debbano essere istituiti “anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d’impresa e della perdita della continuità aziendale”².

Parte della dottrina ha criticato la scelta del legislatore delegato di impiegare l’art. 2086 c.c. ai fini della consacrazione di principi generali di diritto dell’impresa (gestita in forma collettiva) in ragione del processo di marginalizzazione che aveva, ormai da tempo, interessato le disposizioni contenute dall’articolo in questione le quali, dopo la fine dell’ordinamento corporativo, erano ormai estranee alle riflessioni riguardanti la sfera del diritto dell’impresa ed attratte, invece, nell’ambito del diritto del lavoro e, anche in quest’ultimo ambiente normativo, non erano ormai in grado di esprimere molto più di quanto già deducibile dal vincolo di subordinazione scaturente dal contratto di lavoro³. Altra parte della

² All’interno dell’art. 2086 c.c. trova altresì collocazione il dovere, riferito pur sempre all’imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, “di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”. Trattasi, tuttavia, di un dovere autonomo, benché strettamente legato dal punto di vista operativo, rispetto a quello oggetto di esame nel presente lavoro.

³ In quest’ultimo ambito, peraltro, la norma era stata ritenuta ormai “priva di contenuto tecnicamente giuridico”. Lo ricorda M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell’impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss., spec. 257 da cui l’espressione virgolettata, il quale, a sua volta, riprende le considerazioni di G. MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell’impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 619-636, spec. 632. Come ricorda ancora M.S. SPOLIDORO, *Note critiche*, cit., 258, dopo la fine dell’ordinamento corporativo, l’art. 2086 c.c. (ed, a seguito della novella, il primo comma di esso) non costituiva più una norma del diritto dell’impresa nell’ottica, in particolare, della funzionalizzazione dell’impresa ai superiori interessi nazionali, ed era stato piuttosto attratto all’orbita della disciplina dei rapporti di lavoro. L’Autore da ultimo citato aggiunge come, “[c]aduta la responsabilità dell’imprenditore “verso l’alto”, l’affermazione del suo potere gerarchico “verso il basso” cessava ad ogni effetto di esprimere un concetto giuridicamente autonomo rispetto a quello di subordinazione” (ID., *op. ult. loc. cit.*). E nel senso che, alla vigilia della riforma di cui si discorre, l’art. 2086 c.c. fosse ormai “del tutto trascurato in dottrina e giurisprudenza ... “salvo per alcuni profili lavoristici” v. V. SANTORO, *Tendenze conservative delle imprese nel diritto europeo e*

dottrina, tuttavia, in tempi più recenti, aveva parzialmente rivisitato l'interpretazione tradizionale leggendo nelle disposizioni del 2086 c.c. (e, oggi, nel primo comma di detto articolo) un frammento di disciplina dell'organizzazione dell'impresa⁴. Ciò, peraltro, in consonanza con i diversi formanti interpretativi che hanno sempre più valorizzato il momento dell'organizzazione all'interno della disciplina dell'impresa⁵. Ed è in quest'ottica che, in definitiva, si muove la novella legislativa la quale, pertanto, ha ricondotto l'art. 2086 c.c. - e, sembrerebbe, tutto l'art. 2086 c.c. - (anche) nell'alveo del diritto d'impresa. Come altrove osservato, la collocazione nella parte di codice civile dedicata alla disciplina dell'impresa di norme pacificamente ritenute appartenenti a quest'ambito normativo, ma finora formalmente contenute all'interno della disciplina delle società per azioni - e ci si riferisce al principio di adeguatezza organizzativa di cui agli artt. 2381 e 2403 c.c. -, può reputarsi operazione opportuna dal punto di vista tecnico⁶.

Ciò posto, rispetto ai principi ricavabili dagli artt. 2381 e 2403 c.c. - che, come appena ricordato, secondo l'interpretazione ricevuta, appaiono applicabili all'impresa *tout court* - la principale novità del dettato dell'art. 2086, co. 2, c.c., introdotto dall'art. 375 del Codice della crisi, consiste nell'ambito soggettivo di applicazione sul quale, peraltro, si sono addensati importanti dubbi interpretativi. A ben vedere, infatti, che assetti (adeguati) dovessero essere istituiti anche "in funzione della rilevazione

italiano della crisi. I costi organizzativi, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 633 da cui il precedente virgolettato.

⁴ E v., fra gli altri, G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, 137 ss., spec. p. 150 ove si ricorda, come punto di partenza dell'analisi del principio di adeguatezza dei flussi informativi, che "l'impresa ha una struttura necessariamente gerarchica (cfr. art. 2086 c.c.)".

⁵ E v. in tal senso, in particolare, V. BUONOCORE, voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, 2007, 779; e M. LIBERTINI ...

⁶ e v. V. DI CATALDO - S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in 305 ss., spec. 309 s.

tempestiva della crisi d'impresa e della perdita di continuità aziendale" non costituisce una novità, se non in senso formale, essendo "dovere" già implicitamente ricompreso nei principi di adeguata organizzazione di cui all'art. 2381 c.c.⁷. E lo stesso dicasi, forse, anche in ordine all'adozione delle misure idonee al superamento della crisi che, parimenti, costituisce oggetto di un "dovere" dell'impresa societaria o collettiva⁸.

Concentrando, dunque, l'attenzione sul versante soggettivo della disciplina di cui all'art. 2086, co. 2 c.c., se non desta dubbi il riferimento all'impresa esercitata "in forma societaria", non è, al contrario, immediatamente chiaro cosa indichi l'espressione "impresa esercitata in forma ... collettiva"⁹. A tal proposito, probabilmente, il referente è costituito dalle imprese che, pur non avendo forma societaria, siano caratterizzate da una base associativa (associazioni riconosciute o non riconosciute) o consortile (consorzi non aventi forma societaria)¹⁰. Da quest'ambito, tuttavia, rimangono formalmente escluse le fondazioni che esercitino attività di impresa le quali, come noto, non hanno una base associativa, e ciò, com'è evidente, impone all'interprete di stabilire se detta esclusione sia dipesa da una svista del legislatore, non in sintonia rispetto alle scelte di fondo dell'intervento normativo - nel qual caso occorrerà applicare analogicamente detta disciplina anche alle fondazioni - oppure se il silenzio serbato sul punto sia riconducibile ad una precisa volontà

⁷ Lo ricordano, fra gli altri, SANTORO, cit., 634; SPOLIDORO; e, v., in particolare, MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 813 ss.; fra le opere monografiche più recenti, v. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 194 ss.; LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 135 ss.

⁸ E v. ancora, fra molti, MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 813 ss.

⁹ E v. V. DI CATALDO - S. ROSSI, *Nuove regole*, 309; SPOLIDORO.

¹⁰ E v. V. DI CATALDO - S. ROSSI, *Nuove regole*, 309.

legislativa, nel qual caso l'applicabilità analogica della disciplina in esame rimarrà senz'altro preclusa¹¹.

Il profilo certamente più controverso, tuttavia, anche per le ricadute interpretative che involge, consiste nella circostanza che all'interno dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2086, co. 2, c.c. non figuri l'imprenditore individuale¹². Tale dato testuale, infatti, costringe a interrogarsi circa l'intento legislativo che ne sia alla base e l'attendibilità delle ragioni che, eventualmente, abbiano motivato il legislatore delegato ad effettuare una precisa scelta di disciplina. In quest'ultimo caso, infatti, si porrebbe l'ulteriore interrogativo circa l'eventuale applicabilità analogica di detta regola (di esclusione) e, pertanto, circa la necessità di disapplicare i principi di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. nei confronti delle imprese (societarie) di minime dimensioni economiche.

L'esame del problema non può non muovere dalla constatazione dell'inequivoca volontà del legislatore storico di sottrarre l'imprenditore individuale dal nuovo statuto organizzativo disegnato dall'art. 2086, co. 2, c.c.¹³.

Ciò emerge, in particolare, dai lavori preparatori. Ed infatti, come noto, la proposta di decreto legislativo recante modifiche al Codice civile in attuazione della delega contenuta nella legge 155 del 2017, consegnata

¹¹ Se non ci si inganna, infatti, non appare possibile interpretare estensivamente la locuzione "in forma... collettiva" fino a ricomprendere le fondazioni. E sulla differenza tra interpretazione estensiva e applicazione analogica e nel senso che sovente si fa luogo ad una applicazione analogica "mascherata" da interpretazione estensiva v. A. BELFIORE, *Interpretazione della legge e analogia*, in *Annali del Seminario Giuridico*, 2006, 3 ss.; Id., *Interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium Iuris*, 2008, 421 ss.

¹² A favore dell'estensione dei principi di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. all'impresa esercitata in forma individuale in quanto principi di carattere generale concernenti il piano dell'attività e non quello del soggetto v. R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *In ricordo di Michele Sandulli. La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Torino, 2019, p. 578 ss., spec. 583. *Contra*, SPOLIDORO, facendo leva sull'inequivoco tenore testuale delle disposizioni le quali sono frutto di precisa volontà legislativa.

¹³ E v. Spolidoro.

al Ministro della giustizia il 22 dicembre 2017 conteneva, all'art. 1, il riferimento all'"imprenditore che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste". Detto riferimento non subì modificazioni nemmeno successivamente e, anzi, la Relazione al decreto in questione - che, nelle intenzioni della Commissione Rordorf, doveva rimanere distinto rispetto al decreto che avrebbe dato vita al Codice della crisi - spiegava che "[p]oiché tali obblighi [di adeguata organizzazione] sono stati previsti dalla legge delega per ogni tipo di impresa, individuale o collettiva, si è scelto di inserirli nel testo dell'art. 2086...". L'espunzione definitiva del riferimento dell'imprenditore individuale è frutto dell'ultima elaborazione del testo del decreto legislativo - che, come noto, unifica le norme originariamente destinate ad essere recate da due distinti decreti - senza peraltro che la Relazione illustrativa del Codice della crisi offra lumi sulle ragioni che hanno condotto a detto mutamento di prospettiva.

Ciò posto, nella prospettiva dell'analisi delle ragioni all'origine di detta esclusione, può essere opportuno previamente offrire un quadro del contesto normativo dentro il quale si inserisce la novella dell'art. 2086 c.c., tenendo conto, in particolare, delle indicazioni provenienti dall'art. 14, co. 1, lett. b) della legge delega e di come esse, nel Codice della crisi, abbiano dato luogo ad una divaricazione dei regimi applicabili a seconda che si tratti di imprenditore individuale o di impresa societaria (o collettiva).

L'art. 14, co. 1, lett. b) della legge 19 ottobre 2017, n. 155 di "delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza" prevede, come noto, il "dovere dell'imprenditore" - senza ulteriori distinzioni - "e degli organi sociali di istituire assetti

organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale”¹⁴.

A tal proposito, come già sopra rilevato, il legislatore delegato, per le imprese societarie e collettive, ha previsto in seno al codice civile un “dovere” di istituire assetti adeguati, anche a fini diversi rispetto alla rilevazione di segnali di crisi o perdita di continuità aziendale, ma, al contempo, fra i “principi generali” del Codice della crisi, e, in particolare, all’art. 3, co. 2, ha ribadito il principio di adeguatezza organizzativa “ai sensi dell’art. 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi”. In un caso, cioè, il principio di adeguatezza degli assetti può dirsi coprire per intero la gestione dell’impresa, comprendendo, cioè, gli assetti eventualmente volti a massimizzare la redditività dell’impresa societaria o collettiva e, pertanto, nell’ottica del fisiologico funzionamento dell’organismo imprenditoriale¹⁵; nell’altro caso, invece, il principio di adeguatezza organizzativa è fissato unicamente in riferimento agli assetti volti a rendere possibile l’emersione tempestiva dello stato di crisi¹⁶.

D’altro canto, con esclusivo riguardo alle società lucrative, il legislatore delegato ha attuato i criteri della delega stabilendo, in seno al codice civile, il principio della gestione esclusiva e, in particolare, della cura esclusiva degli assetti di cui all’art. 2086 c.c., in capo ai componenti dell’organo amministrativo dei diversi tipi sociali (e v. artt. 2257, co. 1, c.c.; 2380-bis c.c.; 2374, co 1, c.c.) nonché per il sistema dualistico di

¹⁴ Interessa, in particolare, verificare come detta indicazione sia stata attuata dal legislatore del Codice della crisi con riferimento all’imprenditore individuale, da un lato, e all’impresa societaria e collettiva, dall’altro, e quali siano gli obiettivi che emergono dall’intervento normativo delegato in conformità alle indicazioni provenienti dalla legge delega.

¹⁵ E v. [V. Di Cataldo] - S. Rossi,

¹⁶ E non, testualmente, ai fini del rilievo del venir meno della continuità aziendale. Ciò, tuttavia, potrebbe spiegarsi in ragione della definizione di “crisi” che offre il Codice della crisi e che sembrerebbe includere anche il venir meno della continuità aziendale.

amministrazione e controllo delle s.p.a. e, ciò, come è stato condivisibilmente affermato, agevola l'individuazione dei soggetti in "posizione di garanzia" in merito all'istituzione e al corretto funzionamento degli assetti medesimi¹⁷.

Per l'imprenditore individuale, invece, il Codice della crisi ha attuato le indicazioni previste dalla legge delega prevedendo, all'art. 3 co. 1 del Codice medesimo, unicamente il dovere di "adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi"¹⁸. Inoltre, a differenza delle imprese "societarie o collettive", le quali sono tenute altresì ad "attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale", per l'imprenditore individuale è previsto, più modestamente, il dovere di "assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte". Come altrove rilevato, è possibile leggere nel linguaggio del legislatore l'intento di semplificare i "doveri" incombenti sugli imprenditori individuali, atteso che "rilevare" e "far fronte" alla crisi non equivale a tentare di superarla¹⁹.

Ci si può a questo punto interrogare circa le ragioni che hanno motivato il legislatore delegato ad escludere l'imprenditore individuale dal dovere di istituire assetti organizzativi amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

A tal proposito è stata illustrata in dottrina l'ipotesi secondo la quale alla base della scelta legislativa vi sia essenzialmente una motivazione tecnico-giuridica. È agevole, infatti, rilevare che i principi di adeguatezza organizzativa hanno occasione di emergere soprattutto ove vengano in questione obblighi di risarcimento imputabili all'organo

¹⁷ Così, in particolare, SPOLIDORO.

¹⁸ AMBROSINI

¹⁹ In tal senso v. DI CATALDO [- ROSSI], 311.

gestorio e/o di controllo di società di capitali (o cooperative) nei confronti dei soci e/o dei creditori per i danni riconducibili a difetti organizzativi della struttura imprenditoriale da essi amministrata o controllata²⁰. L'inosservanza di obblighi specifici stabiliti dalla legge o l'inadempimento del generale obbligo di (diligente) gestione dell'impresa societaria costituiscono, infatti, gli unici titoli per i quali i componenti degli organi di gestione e di controllo possono essere chiamati a rispondere (per i danni subiti dalla società). Nelle società di persone, inoltre, gli amministratori rispondono senz'altro per i danni arrecati alla società ed imputabili all'inosservanza di obblighi puntuali o al generale obbligo di (diligente) amministrazione. Essi, poi, in ogni caso, benché siano formalmente gestori di un patrimonio (anche) altrui, rispondono già solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni della società in qualità di soci²¹. Avuto riguardo all'impresa individuale, invece, un tale schema di imputazione degli obblighi risarcitori non appare applicabile poiché, altrimenti, il medesimo soggetto si troverebbe nella posizione, al contempo, di debitore e di creditore verso se stesso per i danni derivanti dal mancato rispetto dei principi di adeguata organizzazione.

Dette osservazioni sono senz'altro condivisibili. Esse, tuttavia, illuminano solo un versante della portata dei precetti posti dalla novella legislativa. Sotto altra angolatura, infatti, le norme poste dall'art. 2086, 2 co., c.c. possono essere intese come norme obiettive di svolgimento dell'attività d'impresa la cui sanzione appare collocata in altri luoghi dell'ordinamento²². Sotto quest'angolo visuale, pertanto, l'esclusione dell'imprenditore individuale non appare così cogente come potrebbe a

²⁰ E v. DI CATALDO [- ROSSI], 310 ove si rileva che le norme di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. abbiano un senso soprattutto per le società a responsabilità limitata ove non si dovessero ritenere applicabili alle s.r.l. le regole stabilite dall'art. 2381 c.c. in tema di assetti organizzativi di s.p.a.; SPOLIDORO.

²¹ Di qui lo scarso rilievo pratico della disposizione e v. ancora DI CATALDO [- ROSSI], 310.

²² In tal senso SPOLIDORO,

prima vista apparire e, anzi, si affaccia l'ipotesi che detta esclusione appaia come una distonia sistematica che, se irrazionale, potrebbe financo esigere una lettura correttiva in sede interpretativa. Se non ci si inganna, tuttavia, a fini concorsuali appaiono senz'altro sufficienti i "doveri" obiettivi di comportamento stabiliti dal Codice della crisi per l'imprenditore individuale. E così, ad esempio, la sanzione (penale) della bancarotta semplice sarà applicabile all'imprenditore individuale che, per non aver posto in essere le misure idonee a rilevare tempestivamente la crisi, non solo non sia riuscito a farvi fronte, se del caso attivando gli strumenti previsti dall'ordinamento a tal fine, ma abbia altresì aggravato il dissesto²³.

Da quanto fin qui esposto emergono, in controluce, alcune delle ragioni alla base della divaricazione di regole, in punto di assetti organizzativi, tra imprese individuali e imprese societarie (e collettive). E, in questo senso, la ragione maggiormente attendibile per siffatta diversità di trattamento può essere additata nella circostanza che un'articolazione formale di assetti presuppone un minimo di complessità strutturale che, di solito, manca nell'impresa individuale²⁴. Certo, non può revocarsi in dubbio che vi siano imprese individuali che esercitino attività che, per natura o dimensioni, necessitano di essere adeguatamente strutturate, ma può senz'altro affermarsi che esse costituiscono una frazione assai ridotta del totale delle imprese individuali che, invece, normalmente vedono il coinvolgimento diretto dell'imprenditore in iniziative economiche di non

²³ Rispetto ad altri plessi normativi, inoltre, non è chiara l'influenza che la perimetrazione soggettiva di cui all'art. 2086, 2 co., c.c. potrà esercitare in futuro sugli oneri organizzativi per la prevenzione di reati che, secondo alcune sentenze penali, devono ritenersi applicabili anche alle imprese individuali.

²⁴ In tal senso v. ancora DI CATALDO [- ROSSI], 309. In tal senso, pertanto, il rilievo, di per sé condivisibile, secondo il quale le regole di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. si pongono sul piano dell'attività e non del soggetto non possono far velo alla circostanza che le imprese individuali non necessitano di assetti formalizzati.

rilevante complessità strutturale. In ogni caso, poi, proprio per la (solitamente) minima dimensione economica delle imprese individuali, appare tutto sommato trascurabile l'impatto sul mercato (e, in particolare, per i creditori) derivante da un assetto, in ipotesi, non adeguato in concreto alle dimensioni dell'iniziativa economica considerata. In tal senso il legislatore delegato ha generalizzato una regola basandosi sull'*id quod plerumque accidit*²⁵. Il vantaggio di detta tecnica consisterebbe nell'eliminare del tutto i margini di incertezza applicativa che, altrimenti, residuerebbero in ordine al giudizio di adeguatezza in merito alla struttura organizzativa della singola impresa individuale.

È pur vero, cioè, che il legislatore delegato avrebbe potuto voler mantenere ferma per tutte le imprese la regola dell'adeguatezza organizzativa parametrata alla natura e alle dimensioni dell'iniziativa economica, affidandosi, così, all'applicazione di una clausola generale - o, se si preferisce, di uno *standard* - anche per le imprese individuali²⁶. In detta regola, infatti, come condivisibilmente osservato, è implicito un rinvio al criterio di *proporzionalità*, tale per cui l'impresa debba dotarsi di un'organizzazione più o meno complessa in relazione al tipo di attività e alle dimensioni dell'iniziativa economica²⁷. L'impiego di una simile tecnica normativa, tuttavia, come noto, se non si adotta la *business judgment rule* (o regola ad essa funzionalmente equivalente) quale metro di giudizio delle decisioni organizzative, si onera l'interprete e, in particolar modo il giudice, di un apprezzamento circa l'adeguatezza (o, se si preferisce, la non inadeguatezza) in concreto dell'assetto stabilito dalla singola impresa individuale e tale giudizio, di solito, avverrà dopo che si sia verificata l'insolvenza dell'impresa (e sia stata affidata agli organi della

²⁵ SPOLIDORO

²⁶ In generale, sul tema delle clausole generali v. LIBERTINI e DENOZZA

²⁷ E v. fra gli altri, CALANDRA BUONAURA; SANTORO, 634; e in tal senso già

liquidazione giudiziale la tutela delle ragioni creditorie). Di qui il rischio che, col senno del poi, l'organo giudicante, entrando nel merito delle misure organizzative poste in atto dall'imprenditore, le reputi in concreto insoddisfacenti (con conseguente aumento della massa attiva dedicata al soddisfacimento dei creditori della procedura). Detto rischio appare tanto più insopportabile per le imprese individuali se, seguendo l'opinione prevalente, si ritenga che gli assetti organizzativi si concretino essenzialmente in "regole organizzative procedimentali"²⁸. Così intesi, infatti, gli assetti comportano costi "gravosi proprio per le imprese minori"²⁹. Una lettura siffatta si spiega perché la riflessione giuridica (ma non solo) in tema di assetti si è fin qui concentrata soprattutto sulla grande impresa azionaria, specie quotata, e, ancor prima, sull'impresa bancaria. Negli ambiti menzionati è comprensibile una concezione degli assetti come strutture, metodi e procedure volti a coordinare i differenti momenti della gestione e a collegare il "centro" con la "periferia" consentendo, in definitiva, agli amministratori di avere sotto controllo la gestione (specie, del rischio) dell'impresa e assumere le decisioni strategiche ritenute più opportune³⁰. È stato, tuttavia, condivisibilmente rimarcato da attenta dottrina come l'aspetto della procedimentalizzazione sia solo un elemento, certamente il più vistoso, ma non l'unico e nemmeno l'essenziale, degli assetti adeguati; ed anzi, in taluni casi, la procedimentalizzazione può porsi in contrasto con il dovere di costruzione di assetti adeguati³¹. Le

²⁸ E v. SANTORO, 635 da cui il virgolettato nel testo.

²⁹ E v. SANTORO, 635 da cui il virgolettato nel testo.

³⁰ E v. MAUGERI, SANTORO, 635; SCOGNAMIGLIO, cit., 150 la quale rimarca come nell'impresa, in quanto necessariamente organizzata in forma gerarchica, "la garanzia dell'efficienza e fluidità di funzionamento della stessa riposa sulla circostanza che il preposto a ciascun anello o livello della struttura sia in grado di conoscere (attraverso l'adeguatezza dei flussi informativi) e di vegliare costantemente su ciò che vien fatto al livello immediatamente inferiore e così via, fino all'apice della struttura stessa":

³¹ SCOGNAMIGLIO, cit., 164 s. la quale rimarca come il fenomeno della "procedimentalizzazione" dell'attività imprenditoriale e della gestione dell'impresa, se è

considerazioni appena svolte appaiono certamente condivisibili laddove si discorra di imprese di ridotte dimensioni economiche ove si assiste, generalmente, alla gestione diretta e quotidiana da parte dell'imprenditore individuale. In condizioni del genere la procedimentalizzazione apparirebbe (non solo un "dovere" sproporzionato - e, di conseguenza inesigibile alla luce dell'interpretazione ricevuta della libertà d'impresa e di iniziativa economica - ma, anzitutto e senz'altro,) in contrasto con il dovere di adeguatezza organizzativa³².

Nella prospettiva che viene delineandosi, cioè, non si nega che la stragrande maggior parte delle imprese, anche individuali, si daranno assetti o, se si preferisce, si doteranno di un'organizzazione. Alcune regole civilistiche, infatti, presuppongono la sussistenza di assetti organizzativi e contabili minimali. E così, per esempio, se l'impresa individuale in concreto si articola in una sede principale e sedi secondarie, l'imprenditore normalmente preporrà taluni lavoratori subordinati alla gestione delle diverse sedi secondarie. Nell'atto di tale preposizione, poi, come noto, potrà attuare un decentramento completo delle decisioni d'impresa che ricadranno nella sfera operativa dei preposti oppure potrà riservare a sé le decisioni più importanti per tipologia o valore economico (eventualmente iscrivendo al registro delle imprese la procura institoria dalla quale risultino i limiti ai poteri di rappresentanza degli institori). Più in generale, poi, la gestione dei lavoratori comporta, in un certo senso, l'onere di organizzare mansioni e orari di lavoro dei dipendenti stessi. E così, ad

utile ad illuminare uno degli aspetti dell'agire organizzato" appare "insufficiente a cogliere in profondità il significato sistematico ed i profili di novità delle regole contenute nei menzionati commi degli artt. 2381 e 2403 c.c."

³² E in tal senso, esplicitamente, v. già SCOGNAMIGLIO, cit., 165 secondo la quale "[l]'attivazione di un certo iter procedurale per raggiungere un determinato obiettivo aziendale potrebbe ad esempio costituire non adempimento, bensì, al contrario, violazione dell'obbligo di adeguatezza organizzativa, ove quella regola procedurale risultasse ... non proporzionata alle dimensioni ed alla struttura dell'impresa stessa...".

esempio, nel rispetto delle norme di diritto del lavoro, l'imprenditore preporrà un dipendente alla gestione della cassa, un altro al magazzino, e via discorrendo, se del caso, sulla base delle specifiche competenze ed esperienze proprie di ciascun lavoratore, provvedendo, in un secondo momento, alla sostituzione dei lavoratori rivelatisi inadeguati al ruolo³³. L'imprenditore, poi, normalmente dovrà dotarsi di un indirizzo fisico e postale presso il quale ricevere le comunicazioni relative all'esercizio dell'impresa da parte della pubblica amministrazione e, sovente, anche di un indirizzo di posta elettronica (certificata). D'altro canto, sul versante contabile, anche l'imprenditore individuale è - quantomeno dal punto di vista civilistico (e penale) - obbligato alla tenuta ordinata della contabilità di base e a redigere il bilancio sulla scorta dei criteri di valutazione del bilancio di esercizio delle s.p.a. in quanto applicabili.

L'esclusione dell'imprenditore individuale dal novero delle imprese soggette all'art. 2086, co. 2, c.c. varrebbe, tuttavia, innanzitutto, ad escludere che gli assetti organizzativi minimi (di cui ogni impresa, a ben vedere, non può fare a meno) debbano necessariamente essere predeterminati e formalizzati in modo rigido, salvo, naturalmente, quanto eventualmente previsto da altri plessi normativi. Ed, infatti, se non ci si inganna, dalla sottrazione dell'imprenditore individuale all'imperio dell'art. 2086, co. 2, c.c. discende l'eliminazione, in radice, di qualsivoglia sindacato sull'adeguatezza di tali assetti da parte dell'autorità giudiziaria in tutti i casi in cui, ai fini della decisione, occorra fare applicazione dei principi (oggi) scolpiti dall'art. 2086, co. 2, c.c. La preoccupazione di un sindacato, per così dire, non particolarmente attento alle peculiari esigenze organizzative delle imprese di più ridotte dimensioni, comunque,

³³ E, nel caso in cui, ad esempio, siano risultanti ammanchi di cassa - pur sempre nel rispetto dei vincoli risultanti dal rispetto delle norme giuslavoristiche - l'imprenditore dovrà, naturalmente, provvedere alla sostituzione del lavoratore rivelatosi inadeguato al ruolo.

perderebbe quota ove dovesse ritenersi applicabile, anche alle decisioni sugli assetti organizzativi, un sindacato giudiziale ispirato ai principi della *business judgment rule*.

Ciò posto, se si aderisce all'idea che le considerazioni svolte offrano l'orizzonte entro il quale si staglia la scelta legislativa di escludere ogni valutazione in merito all'adeguatezza degli assetti dell'imprenditore individuale, si pone, da un lato, l'interrogativo circa l'applicabilità della regola che impone un'organizzazione adeguata anche agli imprenditori individuali che, contrariamente all'*id quod plerumque accidit*, gestiscano iniziative imprenditoriali di dimensioni rilevanti e, dall'altro, la questione dell'applicabilità analogica della regola posta per le imprese individuali alle imprese che, per dimensioni e tipologia di attività, siano comparabili alle imprese individuali e che, tuttavia, siano società di persone o società a responsabilità limitata. Non sfugge, infatti, come sovente le società di persone e le società a responsabilità siano gestite direttamente e quotidianamente da tutti i soci che siano al contempo amministratori di imprese che, economicamente, non siano molto rilevanti e, di conseguenza, non necessitano di strutture organizzative di particolare complessità.

L'applicabilità analogica di una norma, tuttavia, presuppone, come noto, la sussistenza di una lacuna che, tuttavia, nel caso in esame non sussiste. Ed, infatti, il legislatore, se ha escluso l'imprenditore individuale dall'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2086, co. 2, c.c., ha, al contempo, espressamente assoggettato ai principi di adeguata organizzazione tutte le imprese societarie, senza distinzione di sorta, ed anzi, in ragione dell'art. 377 del Codice della crisi - rubricato "Assetti organizzativi societari" -, ha previsto, tanto per le società di persone quanto per le s.r.l., che "[l]a gestione dell'impresa si svolge nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 2086, secondo comma" e che essa

“spetta esclusivamente agli amministratori” (e v. la nuova formulazione degli artt. 2257, co. 1, e 2475, co. 1, c.c.) con una disciplina che, sul punto, appare testualmente identica a quella stabilita dal medesimo art. 377 del Codice della crisi per le società per azioni che adottino il sistema tradizionale di amministrazione e controllo o il sistema monistico (e v. il novellato art. 2380-bis, co. 1, c.c.) e sostanzialmente equivalente a quanto stabilito per le s.p.a. che adottino il sistema dualistico (v. 2409-novies, co. 1, c.c.) ove la locuzione “amministratori” è sostituita da un più preciso riferimento al “consiglio di gestione”.

Punto di partenza dell’analisi è, pertanto, l’inequivoca scelta legislativa di assoggettare tutte le imprese societarie, senza alcuna distinzione, ai principi di adeguatezza organizzativa affidandone la cura esclusiva agli amministratori.

Ci si potrebbe a questo punto interrogare circa la conformità di tale disciplina (e della disparità di trattamento che essa conterrebbe) ai principi costituzionali che governano la materia, e cioè, non solo al principio di ragionevolezza ma, ancor prima, al principio di libertà d’impresa sancita a livello costituzionale e comunitario. La libertà d’impresa (o di iniziativa economica), infatti, secondo l’interpretazione prevalente e condivisibile tanto dell’art. 41, co. 1, della Costituzione quanto dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (di qui in avanti, anche “Carta”) copre i diversi “momenti” di cui si compone l’impresa intesa come “formazione sociale tipica”: dalla “fondazione”, alla “gestione”, alla “crescita”, alle “trasformazioni” e, infine, alla sua “cessazione”³⁴. Essa

³⁴ E v., in merito alla portata dell’art. 16 della Carta, le indicazioni provenienti dall’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali che ha stilato il *report* dal titolo *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, e, in particolare, p. 11 del documento. Aa. Vv., 11; circa l’interpretazione dell’art. 41 Cost., M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale*

copre, pertanto, anche il momento organizzativo e può essere declinata come “libertà di organizzazione e di gestione dell’impresa secondo criteri di economicità”³⁵.

Il legislatore, nella previsione di limiti a tale libertà gode, beninteso, di “una discrezionalità molto ampia”³⁶. La libertà d’impresa, infatti, è una “libertà ‘vigilata’ che deve essere contemperata con altri valori costituzionali, che con essa interferiscono”³⁷. In ogni caso, secondo l’interpretazione preferibile, tale libertà va “intesa come garanzia d’istituto e non come libertà individuale”³⁸. Ne consegue che gli eventuali limiti sono senz’altro compatibili con il dettato costituzionale “se e in quanto siano ragionevolmente funzionali all’esercizio efficiente di un certo tipo di attività, o a prevenire possibili disfunzioni nell’esercizio della stessa, o a limitare i rischi di insolvenza (così proteggendo quella fondamentale categoria di *stakeholder* che sono i creditori)”³⁹. Secondo una certa lettura

delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, 1633 ss., 1668 da cui i virgolettati nel testo.

³⁵ In questo senso v. Corte cost. 1991, n. 420 che, testualmente, esprime il principio secondo il quale “la libertà di organizzazione e di gestione dell’impresa secondo criteri di economicità ... è un elemento della libertà di iniziativa economica tutelata dall’art. 41 Cost.”.

³⁶ E v., in tal senso, nel commentare la giurisprudenza costituzionale in materia, M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, 1633 ss., 1667 da cui il virgolettato al testo.

³⁷ E v., ancora, in merito all’art. 41 Cost., M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, 1633 ss., 1668 da cui i virgolettati nel testo.

³⁸ E v., ancora, in merito all’art. 41 Cost., M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, 1633 ss., 1673 da cui i virgolettati nel testo.

³⁹ Così, in merito ai limiti all’esclusività dell’oggetto sociale di alcune società o ai limiti all’assunzione di partecipazioni sociali nelle stesse, ma con l’espressione di principi estensibili ad altre ipotesi, v. M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle*

dei principi comunitari (e nazionali) in materia, la legittimità dell'obiettivo perseguito dalla disciplina legislativa o comunitaria, tuttavia, non è sufficiente ai fini del superamento del vaglio di costituzionalità occorrendo altresì che detto obiettivo non venga perseguito in dispregio del principio di proporzionalità e, cioè, che la libertà d'impresa non sia soggetta a restrizioni sproporzionate rispetto all'obiettivo legislativo perseguito⁴⁰.

Orbene, sotto quest'angolo visuale, non v'è dubbio che la disciplina recata dall'art. 2086, co. 2, c.c. appaia finalizzata a limitare il rischio di insolvenza e, ancor prima, a promuovere l'efficiente esercizio delle imprese societarie (e collettive), mercé l'adozione di idonei presidi organizzativi a cura degli amministratori delle medesime società. Secondo l'interpretazione preferibile sopra delineata, inoltre, il principio di adeguatezza organizzativa (non solo implica ma, anzi) impone che le misure organizzative curate dagli amministratori (tanto di società di persone quanto di società a responsabilità limitata) siano proporzionate alle dimensioni e alla natura dell'attività esercitata. Potrebbe, ancora, aggiungersi, che le misure organizzative dovrebbero essere rispettose della disciplina del tipo societario di volta in volta in riferimento. E così, in tal senso, i principi di adeguata organizzazione trovano applicazione per le società di persone ove, come noto, è massimamente avvertita l'esigenza della semplificazione nell'assunzione delle decisioni relative al

imprese, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, 1633 ss., 1673 da cui i virgolettati nel testo.

⁴⁰ E v. ancora il *report Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, e, in particolare, p. 21 del documento cui si rinvia per gli ulteriori opportuni riferimenti.

perseguimento dell'oggetto sociale e di ciò non può non tenersi conto nell'adozione delle misure organizzative⁴¹.

Così precisati i principi di adeguatezza organizzativa oggi scolpiti (non solo dagli artt. 2381 e 2403 c.c. ma anche, e anzitutto,) dall'art. 2086, co. 2, c.c. essi appaiono del tutto in linea con le indicazioni costituzionali in materia e, in particolare, con il principio di proporzionalità. E, anzi, sotto questo profilo, può rintracciarsi una *vis* espansiva delle norme in questione, in forza della loro *ratio*, tale per cui, benché non espressamente indicate all'interno del dettato legislativo, le fondazioni che esercitino attività di impresa dovrebbero ritenersi soggette alla medesima disciplina dettata per le imprese societarie (e collettive) di guisa che gli amministratori delle medesime saranno tenuti a curare l'adozione di presidi organizzativi adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa esercitata a servizio degli scopi altruistici stabiliti nell'atto di fondazione. E, del resto, l'applicazione analogica alle fondazioni (e alle associazioni) di norme e principi stabiliti in altri settori dell'ordinamento e, in particolare, nell'ambito della disciplina societaria, non costituisce certamente una novità⁴².

Può inoltre osservarsi che il principio di proporzionalità, insito nel precetto di adeguatezza organizzativa di cui costituisce aspetto essenziale, non soltanto fugge qualsivoglia dubbio di compatibilità costituzionale ma, anzi, consente, in linea di massima, di proiettare le regole di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. all'interno dei principi fondamentali del diritto dell'impresa, e, coltivando questa prospettiva, potrebbe financo ritenersi - in contrasto con la volontà del legislatore storico - che la disciplina in questione debba applicarsi anche alle imprese individuali di dimensioni

⁴¹ E v. SCOGNAMIGLIO, cit., 164 la quale, prima dell'introduzione del richiamo dell'art. 2381 c.c. da parte dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. riferiva l'osservazione del testo alle s.r.l.

⁴² E v., in particolare, CETRA.

consistenti (o, comunque, non minime) poiché, in tal caso, detti principi dovrebbero applicarsi in via diretta e non analogica⁴³.

Se, invece, dovesse tenersi ferma l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. alle imprese individuali (anche di dimensioni consistenti), in conformità con la volontà del legislatore storico, l'unica differenza apprezzabile tra la disciplina applicabile alle imprese individuali e quella applicabile alle altre imprese consisterebbe nella circostanza che, mentre per le prime emergerebbe la volontà legislativa di evitare qualsivoglia sindacato giudiziale sull'adeguatezza degli eventuali presidi organizzativi, le seconde sarebbero, invece, soggette ad un sindacato giudiziale di adeguatezza organizzativa. Alla natura e ai limiti di detto sindacato dovranno pertanto essere dedicate le pagine che seguono. Successivamente si darà conto del dato comparatistico, sia in ordine all'applicazione del principio di proporzionalità delle misure organizzative a seconda delle dimensioni e della tipologia di imprese, sia in merito al modo di intendere i limiti del sindacato giudiziale sull'adeguatezza dell'organizzazione.

3. Il sindacato giudiziale sulle decisioni in tema di assetti organizzativi. Il ruolo della business judgment rule.

Una volta appurato che il "dovere" di adeguatezza degli assetti imponga una graduazione delle misure organizzative in ragione di un principio di proporzionalità, e che, alla luce di detto principio, l'organo amministrativo potrebbe financo essere tenuto a non istituire determinati assetti e/o a non formalizzarne altri, occorre ancora chiarire l'estensione del sindacato giudiziale sugli assetti medesimi⁴⁴. A tal proposito, e per

⁴³ Così SACCHI.

⁴⁴ Nel senso che, in ossequio al principio di adeguatezza, gli amministratori potrebbero essere financo tenuti a non istituire (o formalizzare) assetti organizzativi v. I. KUTUFA,

comodità di esposizione, ci si limiterà ad esaminare la portata del sindacato giudiziale sugli assetti da condursi in sede di accertamento della responsabilità risarcitoria degli amministratori verso la società (o i creditori sociali) in caso di danni derivanti da errori di gestione che, in ultima analisi, appaiono riconducibili ad assetti che si siano rivelati, alla luce degli eventi occorsi, non adeguati.

Punto di partenza dell'analisi che si tenterà di svolgere è costituito dal ruolo che oggi svolge il "dovere" di istituzione di assetti adeguati ove si faccia questione dei criteri di imputazione dei danni secondo la scansione causale sopra descritta. A tal proposito, se non ci si inganna, può affermarsi che detto "dovere", discorrendo di gestione secondo criteri imprenditoriali di patrimoni (almeno in parte) altrui, debba essere più propriamente riguardato come "obbligo" cui gli amministratori sono tenuti ad (esattamente) adempiere nei confronti della società da essi gestita (e nei confronti dei creditori sociali).

È certamente vero, infatti, che il principio di adeguatezza degli assetti potesse essere enucleato, anche prima della novella degli artt. 2381 e 2403 c.c., come un aspetto implicito del "generico" obbligo di diligente gestione; parte della dottrina, tuttavia, ha rimarcato come, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, esso sia divenuto oggetto di un obbligo "specifico" gravante sugli amministratori di s.p.a.⁴⁵. Se, inoltre, insieme con una parte della dottrina, si ritiene che gli artt. 2381 e 2403 c.c. abbiano espresso principi generali di diritto dell'impresa, l'introduzione

714 ss.; in senso non dissimile, se non ci si inganna, G. SCOGNAMIGLIO, cit. E sul punto dell'estensione del sindacato giudiziale, con diversità di soluzioni, v. M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini* a cura di V. Di Cataldo, V. Meli e R. Pennisi, Milano, 2015, t. I, 379 ss.

⁴⁵ E v. sul punto, fra gli altri, I. KUTUFÀ, 709. E nel senso che nell'obbligo di diligente gestione dovesse essere ricompreso l'obbligo di predisporre assetti adeguati v. ABBADESSA, *Profili topici*.

del comma secondo dell'art. 2086 c.c., ad opera del Codice della crisi non ha mutato in nulla i termini della questione, costituendone semmai una esplicitazione: anche prima dell'introduzione di tali disposizioni, infatti, la "cura" (e la "valutazione") di assetti adeguati doveva ritenersi oggetto di un obbligo "specifico" gravante sui gestori di imprese (almeno in parte) altrui alla luce dei principi generali recati dagli artt. 2381 e 2403 c.c.

È stato osservato, inoltre, che la circostanza che la predisposizione di assetti adeguati sia oggetto di un obbligo specifico, e formalmente autonomo rispetto all'obbligo di diligente gestione, fa sì che la diligenza possa (tornare a) svolgere la funzione di misura dello "sforzo dovuto" nell'adempimento della prestazione "specificata" (e non più "generica") dedotta in obbligazione⁴⁶. Altra parte della dottrina sottolinea, invece, come la previsione di detto obbligo "specifico" sia pur sempre "espressione del 'generale' obbligo di corretto e diligente esercizio del potere di amministrazione"⁴⁷.

Quale che sia l'opinione preferibile, il compito più delicato concerne, in primo luogo, l'identificazione dei criteri e dei principi idonei a meglio precisare gli elementi costitutivi dello "sforzo dovuto" da parte degli amministratori nell'adempimento dell'obbligo di predisposizione di assetti adeguati. Una volta puntualizzati detti criteri e principi, potrà essere determinato il tipo di "controllo" che, ai fini dell'imputazione della responsabilità risarcitoria, deve essere operato dall'autorità giudiziaria

⁴⁶ E v. IRRERA; KUTUFÀ; e nel senso che "[i]ndicando come obbligo autonomo la predisposizione (l'applicazione e il mantenimento) di assetti adeguati, il legislatore ha scelto di attribuire all'efficienza degli assetti interni la qualità di variabile indipendente rispetto all'esito della gestione sociale" v. M. MOZZARELLI, 734 da cui il precedente virgolettato. Ciò comporterebbe, sul versante dell'imputabilità dell'inesattezza dell'inadempimento, che, a mente dell'art. 1218 c.c., la responsabilità possa essere esclusa solo allorquando l'inesatto adempimento sia dipeso da una causa non evitabile mercé l'impiego della diligenza dovuta (lo sottolinea I. KUTUFÀ, 724).

⁴⁷ E v. M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria), in Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, t. I, Milano, 2015, 379 ss., 383 da cui il virgolettato nel testo.

sulle decisioni assunte dagli amministratori in materia di organizzazione. Come noto, la dottrina appare divisa proprio in merito all'individuazione della cornice teorica che consenta la necessaria precisazione dei criteri e dei principi che governano (il controllo giudiziale del)l'adempimento dell'obbligo di adeguata organizzazione. Secondo alcuni, infatti, anche per tali decisioni – al pari delle (altre) decisioni imprenditoriali – occorrerebbe applicare i principi e i criteri che sono riassumibili nella formula della *business judgment rule*, a mente della quale le decisioni imprenditoriali assunte dagli amministratori, in assenza di conflitti di interesse, a seguito delle cautele, delle verifiche e dopo l'assunzione delle informazioni concretamente disponibili, non sono sindacabili salvo il caso di palese irrazionalità (o, secondo alcune versioni, palese irragionevolezza). Secondo altri, invece, il sindacato giudiziale dovrebbe essere più penetrante ed entrare all'interno del contenuto delle decisioni in materia di organizzazione interna onde saggiarne l'adeguatezza rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa, tenendo presente l'obiettivo costituito dal rispetto dei principi di corretta amministrazione *ex art. 2403 c.c.* cui la predisposizione di assetti adeguati appare funzionale⁴⁸.

Secondo una parte della dottrina il più penetrante controllo giudiziario sulle decisioni organizzative dipenderebbe dalla circostanza che la predisposizione di assetti adeguati costituisce adempimento di un

⁴⁸ E nel senso che l'introduzione, con la riforma del diritto societario del 2003, dei "principi di corretta amministrazione" di cui all'art. 2403 c.c. unitamente all'obbligo di istituzione di assetti adeguati, abbia costituito "[u]na vera e propria 'rivoluzione' in un sistema prima astretto nel binomio merito (insindacabile: c.d. *business judgment rule*) *versus* legalità" v. MONTALENTI, Scritti per Sandulli; ID., "[i]l parametro della *correttezza*, intesa essenzialmente come completezza informativo-procedurale del processo decisionale ... si inserisce come categoria intermedia, suscettibile di valutazione in termini di responsabilità, tra la legalità e il merito (insindacabili in virtù della *business judgment rule*)". In senso non dissimile a quanto espresso nel testo v. altresì M. MOZZARELLI, 736 ss.

obbligo "specifico"⁴⁹. In quest'ottica - si afferma - l'organizzazione interna dell'impresa diventa "parzialmente indisponibile"⁵⁰. E poiché il legislatore avrebbe deciso il livello al quale si colloca l'adempimento dell'obbligo circa la predisposizione degli assetti - costituito dall'adeguatezza degli stessi - "non sembra possibile limitare il sindacato del giudice sulla condotta dell'amministratore alla soglia della non palese irragionevolezza, ossia il limite minimo che si ritiene comunque invalicabile in materia di scelte di gestione" ma il giudice potrà senz'altro "sindacare immediatamente l'adeguatezza degli assetti"⁵¹.

Nella prospettiva accennata, la parziale indisponibilità degli assetti si giustifica, sul piano sostanziale, in quanto l'adeguatezza organizzativa appare elemento essenziale "a monte" perché, nell'impresa di certe dimensioni e complessità, gli amministratori possano agire "in modo informato" nel "rispetto dei principi di corretta amministrazione"⁵². Detto altrimenti, poiché le scelte di gestione sono insindacabili nel merito ma possono essere valutate soltanto sulla base del procedimento decisorio seguito, l'adeguatezza degli assetti costituisce la premessa necessaria perché possa darsi un procedimento decisionale corretto.

Se ben si vede, detta impostazione ascrive l'adeguatezza degli assetti come "risultato" senz'altro dovuto dagli amministratori in forza dell'art. 2086, co. 2 c.c. - e, ancor prima, degli artt. 2381 e 2403 c.c. - proprio perché funzionale al "rispetto dei principi di corretta amministrazione" - con la conseguenza che l'accertamento giudiziale dell'inadeguatezza degli assetti comporta senz'altro la responsabilità degli amministratori, a meno

⁴⁹ E v., in particolare, R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, 304 ss. il quale discorre di "precisi doveri". M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Studi in onore di Piras*, Torino, 2010, 728 ss.

⁵⁰ MOZZARELLI, 733.

⁵¹ M. MOZZARELLI, 740 da cui il virgolettato nel testo.

⁵² E v., in particolare, R. SACCHI,

che questi non dimostrino che il danno (da inadeguatezza degli assetti) dipenda da causa non superabile con la diligenza dovuta ai sensi dell'art. 2118 c.c.

Come è stato condivisibilmente osservato, un controllo di tal tipo appare senz'altro più vicino ad un controllo di merito che ad un controllo di legittimità⁵³. E ciò soprattutto se si tiene conto che un giudizio del genere sarà, per definizione, formulato a seguito del verificarsi di un "errore" umano o di una "falla" degli assetti e, pertanto, sarà inevitabilmente afflitto dal c.d. *hindsight bias*. Detto altrimenti, a seguito dell'evento dannoso sarà senz'altro agevole indicare, in sede di revisione giudiziale, altro sistema organizzativo (o idonea modifica dell'assetto medesimo) che, in concreto, appaia - pur sempre in una prospettiva *ex ante* - maggiormente idoneo a gestire il "rischio" del tipo poi avveratosi rispetto all'assetto adottato dagli amministratori che, in concreto, è "fallito". Così intesa la "natura" dell'obbligo in questione e, di conseguenza, il tipo di controllo circa l'adeguatezza degli assetti, può senz'altro condividersi l'opinione che rileva come, in tal modo, "appare seriamente a rischio il valore della libertà di impresa, protetto dall'art. 41 Cost. e dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"⁵⁴. Come da altri osservato, infatti, la "definizione della struttura organizzativa con cui svolgere l'attività economica ... costituisce uno dei momenti fondamentali in cui si esercita la funzione imprenditoriale"⁵⁵.

È pur vero, tuttavia, che chi aderisce all'impostazione teorica incline ad ammettere un sindacato "pieno" circa l'adeguatezza degli assetti in

⁵³ E nel senso che un controllo "pieno" sull'adeguatezza degli assetti concreti un controllo di merito "al di là del ricorso ad espedienti terminologici" v. R. SACCHI, *Amministrazione e controllo nell'impresa azionaria dopo la riforma del 2003*, in *Scritti in onore di Mario Libertini*, 584 da cui il precedente virgolettato.

⁵⁴ V., ancora, R. SACCHI, *Amministrazione e controllo nell'impresa azionaria dopo la riforma del 2003*, in *Scritti in onore di Mario Libertini*, 584 da cui il virgolettato nel testo.

⁵⁵ E v. relazione di V. CALANDRA BUONAURA da cui il virgolettato nel testo.

concreto adottati (nonché mantenuti e valutati nel loro concreto funzionamento), riconosce altresì che, nella maggior parte dei casi, sussiste un margine più o meno ampio di discrezionalità “tecnica” di cui, a seconda degli assetti di volta in volta in questione, godono gli amministratori nella selezione degli assetti⁵⁶. Ciò discende dalla circostanza che la legge non ha imposto l’istituzione (e il mantenimento) del miglior assetto possibile (o, se si preferisce, dell’assetto ottimale) di volta in volta disponibile alla luce delle acquisizioni delle scienze aziendali, ma, più modestamente, di un assetto che sia “buono” che, cioè, sia in linea (e funzionale) ai principi di corretta amministrazione. A ben vedere, infatti, ogni miglioramento degli assetti, se comporta una riduzione del “rischio organizzativo”, implica al contempo un “costo” per la società (o, comunque, per l’ente collettivo imprenditoriale)⁵⁷.

Altra parte della dottrina, poi, approfondendo detta indicazione, sottolinea come il preteso obbligo “specifico” abbia, in realtà, un contenuto “indeterminato” *a priori*, definito com’è mediante il ricorso ad una “clausola generale”, che deve essere riempita di contenuto dagli interpreti, in primo luogo, mediante il ricorso ad altre fonti formali e, in seconda battuta, in riferimento alle indicazioni provenienti da fonti non

⁵⁶ Così, in particolare, MONTALENTI, 2019, 486 s., da cui il successivo virgolettato, il quale dà conto della sussistenza di “fisiologiche aree di opinabilità”.

⁵⁷ E v. sul punto, ancora, M. MOZZARELLI, 738 s. il quale sottolinea come “ogni miglioramento marginale nella riduzione del rischio ... si traduce in ulteriore organizzazione da implementare e mantenere e, di conseguenza, un costo per la società.

Di conseguenza, se la legge imponesse la predisposizione dei migliori assetti possibili (lo stato dell’arte alla luce della scienza aziendalistica e delle best practices risultanti dal mercato) e il loro costante aggiornamento, si correrebbe il rischio di trasformare i doveri ex artt. 2381 e 203 c.c. dal riconoscimento di un mezzo (obbligatorio) finalizzato alla corretta gestione, ad un traguardo praticamente irraggiungibile, con costi ingenti e continui per la società”. In questa prospettiva, pertanto, un miglioramento degli assetti ha senso, da un punto di vista economico, solo se il costo dell’operazione è (più che) controbilanciato da un vantaggio economico in termini di efficienza gestionale (ad esempio, sotto forma di migliore gestione del rischio).

giuridiche⁵⁸. È pur vero, cioè, che, specie in materia contabile, la normativa applicabile orienta gli interpreti nella definizione delle caratteristiche di un assetto adeguato che, cioè, sia idoneo a consentire le valutazioni e le rilevazioni imposte dalla normativa contabile di riferimento; lo stesso non avviene, tuttavia, in altri ambiti organizzativi⁵⁹. E così, ad esempio, mancano indicazioni univoche in merito all'adempimento dell'"obbligo" di costruzione di sistemi di controllo interno adeguati che, pure è espressamente previsto come obbligatorio all'interno delle società quotate e delle società che adottino il modello monistico⁶⁰. Per le altre società (ed enti collettivi) gli amministratori saranno tenuti a valutare se i rischi cui è esposta in concreto la società giustifichi l'istituzione di un sistema di controllo interno e la sopportazione dei relativi costi.

Il riconoscimento di un'area di discrezionalità (per così dire) "tecnica", tuttavia, *di per sé* non fugge i dubbi circa la compatibilità con il sistema (societario e di diritto dell'impresa) della lettura fin qui illustrata in punto di estensione del sindacato giudiziale. Esso, infatti, innanzitutto, non sembra rispondere al problema dell'*hindsight bias* che affliggerebbe in misura intollerabile proprio un tipo di revisione giudiziale che mettesse capo ad una valutazione "piena" del contenuto della decisione degli amministratori in punto di assetti. Anche rispetto a queste ultime decisioni, infatti, si ripropone il problema dell'avversione al rischio degli amministratori che, tuttavia, può comportare un pregiudizio per i soci che, in tesi, trarrebbero invece vantaggio da assetti organizzativi innovativi e da una gestione maggiormente propensa al rischio. Di qui l'orientamento, variamente sviluppato negli ordinamenti più vicini al nostro, teso a non penalizzare eccessivamente, in sede di sindacato giudiziale, gli

⁵⁸ E v. CALANDRA BUONAURA,

⁵⁹ E si pensi alle *best practices* del settore e dalle elaborazioni delle scienze aziendalistiche.

⁶⁰ CALANDRA BUONAURA.

amministratori che pongano in essere assetti innovativi così dimostrando una certa propensione al rischio⁶¹.

Di qui la necessità di vagliare una lettura alternativa della portata dell'art. 2086, co. 2, c.c. nell'ambito della disciplina societaria (e delle imprese collettive), maggiormente rispettosa delle esigenze emergenti dal sistema. In questa direzione, come rilevato da alcuni, è decisiva la portata che si ritiene di poter assegnare ai principi di corretta amministrazione di cui all'art. 2403 c.c., soprattutto se letti unitamente ai "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" di cui all'art. 2497, co. 1, c.c. e, quindi, nella prospettiva di principi di diritto dell'impresa che informano senz'altro la gestione societaria (e di imprese collettive)⁶². I principi di corretta amministrazione di cui all'art. 2403 c.c., come noto, rimarcano la necessità della "completezza informativo-procedurale del processo decisionale" ⁶³. Essi, se ben si vede, se costituiscono clausola generale dell'intera attività imprenditoriale devoluta alla cura degli amministratori anche alla luce del nuovo art. 2381-*bis*, co. 1, c.c. (ma lo stesso dicasi in merito agli artt. 2409-*novies*, co. 1, c.c.; 2375, co. 1; 2257, co. 1, c.c.) non possono essere confinati soltanto nell'ambito delle decisioni gestorie, per così dire, "a valle" degli assetti adeguati, ma devono governare anche (e, verrebbe da dire, innanzitutto) il procedimento di assunzione delle decisioni organizzative che stanno "a monte" delle decisioni di gestione devolute all'organo amministrativo. Se si condivide tale premessa, è possibile rinvenire la cornice teorica alla luce della quale è possibile individuare con sufficiente grado di precisione lo "sforzo dovuto" dagli amministratori nell'assunzione delle decisioni in materia di organizzazione interna. Se, infatti, come detto, anche l'assunzione di dette

⁶¹ E v. relazione CALANDRA BUONAURA

⁶² E v. SACCHI, *Amministrazione e controllo*, in *Scritti in onore di Libertini*, 584.

⁶³ In tal senso MONTALENTI, in *Scritti Sandulli*, da cui il virgolettato al testo.

decisioni deve essere governata dai “principi di corretta amministrazione”, gli amministratori dovranno assumere le cautele, effettuare le verifiche e acquisire le informazioni ragionevolmente disponibili ai fini dell’assunzione di una decisione organizzativa che sia informata e scevra da conflitti di interesse. In questa direzione, pertanto, il sindacato giudiziale non si appunterà sull’adeguatezza in sé degli assetti (decisi ed attuati) ma sulla “correttezza” procedurale della decisione che abbia introdotto determinate soluzioni organizzative anche allorquando esse siano sperimentali o del tutto inedite⁶⁴. Che poi la soluzione interpretativa che si è ritenuto di poter rinvenire sia meglio descritta con la formula di *business judgment rule* o come “valutazione di correttezza flessibile” poco importa purché sia chiaro che il sindacato giudiziale si appunti sul(le eventuali manchevolezze del) procedimento che ha dato vita alla decisione e non sul contenuto della stessa (salvo sia possibile formulare, in concreto, un giudizio di manifesta irrazionalità degli assetti organizzativi adottati)⁶⁵.

4. Un panorama comparatistico.

⁶⁴ In questo senso, se non ci si inganna, la soluzione che si ritiene di poter accogliere differisce da quella individuata da Montalenti secondo il quale “il giudizio negativo [sull’adeguatezza degli assetti] è fondato soltanto quando siano violati gli elementari paradigmi che le scienze aziendali, le prassi consolidate, i principi essenziali comunemente adottati hanno nel tempo elaborato” e v. MONTALENTI, *Gestione dell’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla “Proposta Rordorf” al Codice della crisi*, in *Scritti in memoria di Michele Sandulli*, 486 da cui il precedente virgolettato. Nella cornice teorica individuata, infatti, oggetto di sindacato è sempre soltanto la correttezza del procedimento decisionale seguito e non la “normalità” del contenuto della decisione.

⁶⁵ Di “valutazione di correttezza flessibile” discorre MONTALENTI, 486 da cui il virgolettato al testo. Può peraltro osservarsi che la proposta interpretativa qui coltivata appare compatibile con l’idea di valorizzare lo strumento dell’eccesso di potere per sindacare gli atti degli organi delle s.p.a. e le decisioni in materia di organizzazione degli amministratori, in particolare, e v., per la valorizzazione dell’eccesso di potere quale strumento di controllo dell’esercizio del potere nelle società, M. LIBERTINI, *Contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza in difesa dello “istituzionalismo debole”*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 669 ss.

(testo ancora da inserire

.....
.....).